

Pubblicato il 10/11/2017

N. 05300/2017 REG.PROV.COLL.
N. 03886/2017 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3886 del 2017, proposto dal Consorzio Icaro Consorzio Cooperative Sociali Onlus, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Umberto Gentile, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Andrea Abbamonte in Napoli, via Melisurgo, n. 4;

contro

L'Ambito Territoriale n. 19 (Comuni di Afragola, Caivano, Cardito, Crispano), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituito in giudizio;

il Comune di Afragola, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Rosa Balsamo, con domicilio *ex lege* (art. 25 c.p.a.) presso la Segreteria di questo T.A.R.;

il Comune di Caivano, il Comune di Cardito, il Comune di Crispano,

in persona dei rispettivi rappresentanti legali *pro tempore*, non costituiti in giudizio;

nei confronti di

Associazione Aias di Afragola, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

a) della Determinazione n. 1033 del 1.9.2017, con la quale è stata disposta la revoca dell'aggiudicazione al Consorzio Icaro e contestuale aggiudicazione all'associazione AIAS di Afragola della procedura di gara per l'affidamento dei servizi previsti nel Piano Sociale di Zona, Annualità 2015, e precisamente il “*servizio di Centro Polifunzionale Disabili*” – codice nomenclatore Regione Campania D2, con aggiudicazione ex art. 95, punto 3, del D. Lgs. n. 50 del 2016, CIG. 6986133354 R.D.O. n. 1510570;

b) della proposta di deliberazione di revoca n. 239 del 1.9.2017 e del preliminare di determinazione n. 241 del 1.9.2017;

c) di ogni altro atto ovvero provvedimento presupposto, connesso ovvero consequenziale, se ed in quanto lesivo degli interessi del ricorrente, ivi compresa la lettera di invito/disciplinare, ed in particolare l'art. 7, anche ai fini della declaratoria di nullità di quest'ultima, nonché la comunicazione prot. 761 del 2.8.2017 recante l'avvio del procedimento di revoca dell'aggiudicazione al Consorzio ICARO; nonché la nota del 31.7.2017 con cui si è richiesto al Consorzio ICARO di comprovare l'avvenuta iscrizione del Consorzio nell'Albo Regionale delle Cooperative Sociali con la precisazione che il disciplinare di gara imponeva il possesso del requisito al momento della presentazione dell'offerta, nonché, per

quanto possa occorrere, della determinazione dirigenziale n. 269 del 23/02/2017 e n. 822 del 19.07.2017;

nonché per la declaratoria del diritto del ricorrente all'aggiudicazione della procedura di gara *de qua* ovvero per il subentro nel contratto di appalto ove *medio tempore* stipulato con la controinteressata;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Afragola;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 60 e 120 c.p.a.;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 24 ottobre 2017 la dott.ssa Brunella Bruno e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 c.p.a.;

Considerato:

che con il ricorso introduttivo del presente giudizio, notificato in data 2 ottobre 2017 e depositato il successivo 5 ottobre, il Consorzio Icaro – Consorzio Cooperative Sociali Onlus, ha agito per l'annullamento del provvedimento n. 1033 del 1/09/17, con la quale è stata disposta la revoca dell'aggiudicazione in favore del consorzio medesimo e la contestuale aggiudicazione in favore dell'Associazione AIAS di Afragola, relativamente alla procedura indetta dal Comune di Afragola, quale ente capofila dell'Ambito Territoriale n. 19, con determinazione n. 269 del 23/02/2017, per l'affidamento dei servizi previsti nel Piano Sociale di Zona e, precisamente, del servizio di “*Centro Polifunzionale Disabili*”;

che, unitamente alla sopra indicata determinazione, parte ricorrente ha impugnato anche gli altri atti in epigrafe indicati, avanzando altresì domanda diretta ad ottenere la declaratoria del diritto all'aggiudicazione della procedura di gara *de qua* ovvero il subentro nel contratto di appalto ove *medio tempore* stipulato con la controinteressata;

che, in particolare, la difesa di parte ricorrente ha contestato che l'iscrizione del Consorzio nell'Albo Regionale delle Cooperative sociali, posto alla base della determinazione in autotutela gravata, costituisca una causa di esclusione alla stregua delle previsioni del disciplinare di gara, rappresentando di aver proceduto a richiedere tale iscrizione prima della presentazione della domanda di partecipazione alla procedura e, segnatamente, in data 16 gennaio 2017, e che la relativa domanda ha trovato accoglimento in data 12 giugno 2017;

che, su tali basi, parte ricorrente ha articolato specifiche deduzioni anche incentrate sull'illegittimità della previsione di una causa di esclusione correlata alla suddetta iscrizione per violazione del principio di tassatività, nonché sull'erroneità delle valutazioni alla base della determinazione adottata, avendo l'amministrazione ommesso di considerare che il Consorzio ICARO ha designato quale cooperativa sociale esecutrice del servizio la Cooperativa sociale Esculapio a r.l., la quale è in possesso del requisito in contestazione a far data dal 2016 e, dunque, ben prima della scadenza del termine per la presentazione delle offerte;

che il Comune di Afragola, ente capofila dell'Ambito Territoriale n. 19, si è costituito in giudizio per resistere al gravame, sollevando eccezione preliminare di inammissibilità del ricorso a motivo

dell'omessa tempestiva impugnazione delle clausole della *lex specialis* poste alla base della determinazione adottato, nonché concludendo per il rigetto del ricorso nel merito;

che, con decreto monocratico n. 1565 del 2017 è stata accolta la domanda cautelare, limitatamente alla disposta aggiudicazione del servizio in favore della controinteressata, tenuto conto, in particolare del pregiudizio dedotto;

che alla camera di consiglio del 24 ottobre 2017, fissata per la trattazione della domanda interinale avanzata da parte ricorrente, il Collegio ha valutato sussistenti i presupposti per la definizione della presente controversia con sentenza in forma semplificata, in conformità alle previsioni dell'art. 60 c.p.a. e dell'art. 120 c.p.a.;

che non meritano accoglimento le deduzioni dirette a contestare la sussistenza nella *lex specialis* di una causa di esclusione correlata all'assenza del requisito di idoneità professionale costituito dall'iscrizione del Consorzio nell'Albo Regionale delle Cooperative sociali;

che, infatti, come emerge dalla documentazione versata in atti, l'art. 7 della lettera di invito - disciplinare di gara ha espressamente previsto l'iscrizione all'Albo regionale delle cooperative sociali quale requisito di ammissione alla procedura (“*sono ammessi a presentare le offerte*”) che, in quanto tale, costituisce un presupposto imprescindibile ai fini della partecipazione, non assumendo alcun rilievo l'omesso specifico richiamo di tale requisito tra le cause di esclusione, venendo in rilievo, in radice, una causa di inammissibilità della stessa presentazione delle offerte ;

che, pertanto, merita accoglimento l'eccezione sollevata dalla difesa di parte resistente, giacché la previsione della *lex specialis* sopra

richiamata avrebbe dovuto costituire oggetto di tempestiva impugnazione entro i prescritti termini di decadenza;

che, inoltre, alcun positivo apprezzamento può essere riconnesso, al fine di addivenire a diverse conclusioni, alla circostanza che il Consorzio ricorrente abbia proceduto a richiedere, prima della presentazione della domanda di partecipazione alla procedura *de qua*, l'iscrizione in argomento, emergendo in atti che l'iscrizione è avvenuta solo in data 12/6/2017 e, dunque, successivamente alla scadenza del termine prescritto; per giurisprudenza consolidata (il che esime da citazioni specifiche), infatti, i requisiti di partecipazione devono essere posseduti alla data di scadenza del termine di presentazione delle domande di partecipazione;

che il Collegio ritiene anche di evidenziare che la previsione in argomento non integra alcuna violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione; alla stregua della disciplina di riferimento e tenuto conto dell'oggetto dell'affidamento, la stazione appaltante era legittimata a richiedere per le cooperative sociali il requisito dell'iscrizione nell'apposito albo, venendo in rilievo una iscrizione che, alla luce delle previsioni della l.r. n. 7 del 2015 e del regolamento regionale 29 marzo 2016, n.1, viene effettuata sulla base di elementi inerenti alla capacità professionale ed economico finanziaria delle cooperative, funzionali ad assicurare il possesso delle risorse umane e tecniche necessarie per eseguire l'appalto con un adeguato standard di qualità (cfr. Cons. St., Sez. V, 18 gennaio 2017, n. 199);

che, tuttavia, la difesa di parte ricorrente ha articolato, in via di subordine, deduzioni ulteriori, dirette a sostenere che, comunque, il Consorzio avrebbe dovuto ritenersi in possesso del requisito dell'iscrizione nell'Albo Regionale delle Cooperative sociali e ciò in

quanto ha designato quale cooperativa sociale esecutrice del servizio la Cooperativa sociale Esculapio a r.l., la quale è in possesso del requisito in contestazione a far data dal 2016, epoca ampiamente precedente alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte; su tali basi, muovendo dall'assimilazione dei consorzi di cooperative ai consorzi stabili e dall'operatività del principio del c.d. "cumulo alla rinfusa" ha censurato l'erroneità del presupposto alla base della revoca impugnata;

che la censura merita accoglimento;

che dalla documentazione versata in atti emerge, infatti, che effettivamente il Consorzio Icaro ha indicato quale cooperativa sociale esecutrice del servizio la Cooperativa sociale Esculapio a r.l.; in particolare in sede di partecipazione alla gara il Consorzio Icaro ha indicato la Cooperativa sociale Esculapio a r.l. quale esecutrice del servizio nella misura del 94%, mentre la percentuale residua del 6% è stata riservata alle attività di gestione e supervisione del servizio da parte del Consorzio;

che, dunque, la consistenza della percentuale del 94% sopra indicata di pertinenza della cooperativa esecutrice ed il carattere residuale del 6% riservato ad attività del Consorzio – giustificato in ragione del ruolo assunto da quest'ultimo che assume la responsabilità per l'adempimento degli obblighi nei confronti dell'amministrazione – costituiscono elementi rilevanti che avrebbero dovuto essere considerati dalla stazione appaltante;

che, del pari, è stata prodotta in giudizio la documentazione comprovante l'iscrizione della Cooperativa Esculapio all'Albo Regionale delle Cooperative Sociali, giusto decreto n. 1121 del 23

dicembre 2016, precedente, dunque, alla data di indizione della procedura;

che la giurisprudenza ha chiarito la piena assimilazione dei consorzi di cooperative ai consorzi stabili (cfr. T.A.R. Sardegna, Cagliari, Sez. I, 10 aprile 2015, n. 693) tenuto conto dell'analogia tra i consorzi stabili e consorzi di cooperative e, in particolare, del carattere permanente di queste ultime che realizzano una nuova struttura soggettiva e costituiscono l'unica controparte del rapporto di appalto, integrando il rapporto tra struttura consortile e cooperative consorziate un rapporto di carattere organico, con la conseguenza che è il consorzio ad interloquire con l'amministrazione appaltante; che dalla sopra esposta assimilazione consegue l'applicazione della disciplina dettata per i consorzi stabili anche ai consorzi di cooperative;

che, ai sensi dell'art. 47, comma 2 del d. lgs. n. 50 del 2016 s.m.i. *“i consorzi di cui agli articoli 45, comma 2, lettera c), e 46, comma 1, lettera f), al fine della qualificazione, possono utilizzare sia i requisiti di qualificazione maturati in proprio, sia quelli posseduti dalle singole imprese consorziate designate per l'esecuzione delle prestazioni, sia, mediante avvalimento, quelli delle singole imprese consorziate non designate per l'esecuzione del contratto”*; nella fattispecie, come sopra esposto, il Consorzio ricorrente ha indicato quale società esecutrice del servizio nella misura del 94% la Cooperativa Esculapio, risultando, pertanto, integrato il presupposto rilevante ai fini dell'applicazione della sopra indicata disposizione; che, dunque, la sopra richiamata disposizione si pone in linea di continuità con la disciplina previgente e, segnatamente, con le previsioni recate dagli artt. 34, 35 e 36 del d. lgs. n. 163 del 2006 e dal d.P.R. n. 207 del 2010;

che, in tale quadro, merita accoglimento anche l'ulteriore deduzione con la quale parte ricorrente ha contestato la violazione delle garanzie di partecipazione procedimentale, non avendo la stazione appaltante articolato alcuna argomentazione quanto alla sussistenza del requisito di ammissione in esame in ragione della particolare posizione assunta dalla Cooperativa Esculapio alla stregua delle coordinate normative e dei principi sopra indicati;

che, peraltro, neanche in giudizio la difesa del Comune di Afragola ha sviluppato specifiche deduzioni sul punto;

che non merita accoglimento la domanda diretta ad ottenere la declaratoria del diritto del Consorzio ricorrente ad ottenere l'aggiudicazione ed il subentro nel contratto di appalto ove *medio tempore* stipulato, in quanto la pretesa azionata risulta già integralmente soddisfatta dagli effetti che conseguono all'accoglimento della domanda di annullamento del provvedimento impugnato ed in quanto, come sopra esposto, con decreto monocratico n. 1565 del 2017 è stata disposta la sospensione dell'aggiudicazione in favore della controinteressata;

che, in conclusione, il ricorso va in parte dichiarato inammissibile e per la restante parte accolto, nei termini e nei limiti sopra indicati;

che il Collegio valuta nondimeno sussistenti i presupposti per disporre l'integrale compensazione delle spese di lite tra le parti, tenuto conto dell'esito complessivo del giudizio e delle incertezze interpretative determinate dalla formulazione della *lex specialis*.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe proposto, in parte lo dichiara inammissibile e per la restante parte lo

accoglie nei termini e nei limiti di cui in motivazione e per l'effetto annulla la determinazione n. 1033 del 1° settembre 2017.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 24 ottobre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Pennetti, Presidente

Francesco Guarracino, Consigliere

Brunella Bruno, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Brunella Bruno

IL PRESIDENTE
Giancarlo Pennetti

IL SEGRETARIO