



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 Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4894 del 2010, integrato da motivi aggiunti,
proposto da:

La Speranza - Soc. Cooperativa Sociale di Servizi Socio Sanitari, rappresentato e
difeso dall'avv. Renato Labriola, con domicilio eletto presso l'avv. F. Landolfi in
Napoli, via Depretis,78;

contro

Comune di Formicola, in persona del Sindaco P.T., rappresentato e difeso dall'avv.
Clemente Manzo, con domicilio eletto presso Guglielmo Conca in Napoli, via T.
Caravita, 10;

nei confronti di

Ati Soc. Cooperativa "Alba", La Serenita' Coop. Sociale, rappresentati e difesi
dall'avv. Emilio Russo, con domicilio presso la Segreteria del Tar Campania;

per l'annullamento

quanto al ricorso introduttivo:

- della nota prot. 2896 del 2 agosto 2010 di comunicazione da parte del Comune di Formicola dell'aggiudicazione provvisoria alla a.t.i. Cooperativa Alba – Cooperativa La Serenità della procedura di gara per l'affidamento in concessione dei servizi di gestione della casa albergo per anziani; - dei verbali di gara e di tutti gli atti della procedura;

- nonché per il risarcimento dei danni;

quanto ai motivi aggiunti:

- dei medesimi atti, nonché della delibera 168 del 16.9.2010 di aggiudicazione definitiva della procedura in oggetto alla a.t.i. Cooperativa Alba – Cooperativa La Serenità e della relativa nota di comunicazione;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Formicola e di Ati Soc. Cooperativa "Alba" e di La Serenita' Coop. Sociale;

Viste le memorie difensive e tutti gli atti della causa;

Data per letta nell'udienza pubblica del giorno 12 gennaio 2011 la relazione del dott. Michele Buonauro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La cooperativa ricorrente espone di aver partecipato alla gara per l'affidamento del servizio in concessione di gestione della casa albergo per anziani del comune di Formicola.

La gara si è conclusa con l'aggiudicazione provvisoria in favore della a.t.i. Cooperativa Alba – Cooperativa La Serenità.

Avverso l'aggiudica provvisoria e l'aggiudica definitiva sono rivolti rispettivamente il ricorso introduttivo ed i motivi aggiunti, ambedue motivati sulla sussistenza di plurime cause di esclusione del raggruppamento vincente dalla procedura di gara,

in relazione all'uso indebito dell'istituto dell'avvalimento (per il certificato di qualità, il fatturato, l'esperienza quinquennale pregressa) da parte della mandante La Serenità..

Si sono costituiti la stazione appaltante e la società aggiudicataria, che concludono per la reiezione del ricorso.

Accolta l'istanza cautelare con ordinanza n. 2102 del 2010 confermata in appello, all'udienza di discussione del 12 gennaio 2011 la causa è trattenuta per la decisione.

DIRITTO

Il ricorso merita un favorevole apprezzamento.

Occorre esaminare, fra le plurime cause asseritamente ostative alla partecipazione della Cooperativa La Serenità alla procedura per la gestione della casa per anziani, quella relativa alla mancanza del requisito dell'esperienza quinquennale e continuativa richiesta dal punto III.2.3. del bando di gara.

Vale innanzitutto precisare che tale requisito, di tipo soggettivo, deve essere posseduto da ciascun partecipante al raggruppamento ed quindi anche, come nella specie, dalla mandante che partecipi alla gara in a.t.i., sia essa costituenda ovvero costituita.

Le forme di aggregazione dei soggetti aspiranti all'affidamento degli appalti pubblici hanno essenzialmente lo scopo di aprire la dinamica concorrenziale, consentendo la coalizione di imprese di minore dimensione per favorirne la crescita e l'ingresso su mercati più estesi. In questa prospettiva, i raggruppamenti temporanei sono assoggettati ad un trattamento tendenzialmente uguale o comunque non deteriore, rispetto a quello previsto, in generale, per i soggetti che partecipano alla gara singolarmente.

Pertanto, relativamente ai requisiti per l'accesso alla gara, la valutazione dell'idoneità tecnica, finanziaria ed economica dei raggruppamenti, va effettuata, in via di principio, cumulativamente quando si riferisce ad aspetti di carattere

oggettivo (come il fatturato), tenendo conto della sommatoria dei mezzi e delle qualità che fanno capo a tutte le imprese raggruppate. La valutazione delle condizioni soggettive, come quella relativa alla esperienza nel settore, va invece, in via di principio, effettuata al possesso delle stesse singolarmente da ciascuna delle imprese riunite, salvo che ciò sia escluso per prescrizione di legge o per espressa disposizione del bando (cfr. T.A.R. Lazio Roma, sez. II, 06 febbraio 2007 n. 923).

Il punto III.2.3. prevede espressamente che occorre un'esperienza (continuativa e non cumulabile con altre esperienze) nel settore oggetto di gara di almeno cinque anni, mentre il punto III.1.2. prescrive che i concorrenti devono essere operativi da almeno cinque anni in strutture analoghe e che in caso di raggruppamento è possibile sommare i requisiti di capacità tecnico – professionale ed economica, purché la mandataria ne posseda almeno il 70%.

Sebbene il punto III.2.3. nella rubrica si intitola “Capacità tecnica – tipo di prove richieste”, al di là della qualifica nominale attribuita dalla lex specialis di gara, non può dubitarsi che l'esperienza pregressa nel settore appartenga alla condizione soggettiva di ciascun soggetto che partecipa alla gara. Pertanto nel caso in cui una norma del bando d'indizione di una gara di appalto prescriva tra i requisiti di ammissione la specifica esperienza nel settore oggetto dell'appalto, ed all'appalto partecipi un'associazione di imprese, la specifica esperienza deve essere posseduta da tutte le imprese associate e non solo da quella mandataria (vedi, in termini, Consiglio di Stato, sez. IV, 28 ottobre 1999 n. 1639).

Non a caso la Cooperativa La Serenità, al fine di integrare il possesso del requisito esperienziale, si è premurata di colmare tale lacuna (pacificamente risultante dagli atti) mediante l'istituto dell'avvalimento.

Pertanto, per valutare la legittimità dell'aggiudicazione in favore del raggruppamento controinteressato occorre verificare se i requisiti prestati

dall'ausiliaria società Cooperativa Il Sorriso siano o meno computabili a beneficio della ausiliata.

L'istituto dell'avalimento - di origine comunitaria - si delinea quale strumento in grado di consentire la massima partecipazione dei concorrenti alle gare pubbliche permettendo alle imprese non in possesso dei requisiti tecnici o economici, di sommare - unicamente per la gara in espletamento - le proprie capacità tecniche ed economico-finanziarie a quelle di altre imprese.

Il ricorso all'avalimento, peraltro, non comporta il trasferimento definitivo dei requisiti dell'impresa ausiliaria, ma, al contrario, la loro cessione a favore dell'impresa ausiliata nei limiti della singola gara.

In caso di avalimento, dunque, l'impresa ausiliata non potrà fruire dei requisiti fatti oggetto di prestito in altre future gare e ciò a conferma del carattere non permanente dell'istituto, il quale esplica i propri effetti singolarmente.

Il principio generale che permea l'istituto, quindi, è quello secondo cui ai fini della partecipazione alle procedure concorsuali il concorrente, per dimostrare le capacità tecniche, finanziarie ed economiche nonché il possesso dei mezzi necessari all'esecuzione dell'appalto, può fare riferimento alla capacità e ai mezzi di uno o più soggetti diversi, ai quali conta di ricorrere. Conseguentemente, deve sempre essere consentito ai partecipanti a procedure concorsuali - al fine di dimostrare il possesso dei requisiti tecnici, economici ed organizzativi di partecipazione - di fare riferimento alle capacità di altri soggetti, qualunque sia la natura giuridica dei vincoli intercorrenti con questi ultimi.

Nel caso di specie, tuttavia il requisito oggetto di avalimento consiste in una condizione soggettiva, del tutto disancorata dalla messa a disposizione di risorse materiali, economiche o gestionali. La centralità della messa a disposizione delle risorse all'interno del sinallagma tipizzante il contratto di avalimento è peraltro ribadita dall'articolo 88 del Regolamento di attuazione del Codice dei Contratti

(d.P.R. n. 207 del 5 ottobre 2010), che prescrive l'indicazione puntuale ed analitica delle risorse e dei mezzi prestatati.

Pertanto, esclusa l'ipotesi dell'avvalimento operativo, di portata generale, la fattispecie in esame è da ricondurre al cosiddetto avvalimento di garanzia, figura nella quale l'ausiliaria mette in campo la propria solidità economica e finanziaria a servizio dell'aggiudicataria ausiliata, ampliando così lo spettro della responsabilità per la corretta esecuzione dell'appalto.

Tuttavia tale figura, che peraltro trova riscontri limitati nell'ordinamento, proprio per la sua peculiare funzione di estensione della base patrimoniale della responsabilità da esecuzione dell'appalto può essere ontologicamente ammessa solo in relazione alla dimostrazione del possesso di idonei requisiti economici e finanziari, come nel caso del volume di affari o del fatturato. In questa (limitata) ipotesi l'avvalimento di garanzia dispiega una apprezzabile funzione, vale a dire assicurare alla stazione appaltante un partner commerciale che goda di una (complessiva) solidità patrimoniale proporzionata ai rischi dell'inadempimento o inesatto adempimento della prestazione dedotta nel contratto di appalto.

Al di fuori di tale ipotesi la messa a disposizione di requisiti (soggettivi e) astratti, cioè svincolata da qualsivoglia collegamento con risorse materiali o immateriali, snatura e stravolge l'istituto dell'avvalimento per piegarlo ad una logica di elusione dei requisiti stabiliti nel bando di gara.

La deroga al principio di personalità dei requisiti di partecipazione alla gara è strettamente collegata alla possibilità di avere a disposizione risorse o capacità economiche in favore dell'ausiliaria, da cui l'ausiliata è legata in virtù della dichiarazione di responsabilità resa dalla prima (ed eventualmente dalla stipulazione di un contratto), cui consegue una responsabilità solidale delle due imprese in relazione all'intera prestazione dedotta nel contratto da aggiudicare.

Pertanto illegittimamente l'amministrazione ha proceduto all'aggiudicazione del servizio in favore dell'a.t.i. Cooperativa Alba – Cooperativa La Serenità.

Sulla scorta della motivazione esposte le doglianze formulate dalla parte meritano accoglimento con assorbimento delle restanti censure. Ne consegue la fondatezza del ricorso e dei connessi motivi aggiunti e l'annullamento dell'ammissione alla gara del r.t.i. Alba – La Serenità, mentre sussistono giusti motivi per compensare integralmente le spese di giudizio.

P.Q.M.

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati. Spese compensate.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 12 e 13 gennaio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Antonio Guida, Presidente

Fabio Donadono, Consigliere

Michele Buonauro, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 02/02/2011

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)