



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

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Terza)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 4224 del 2010, proposto da: Vivisol S.r.l. in proprio. e quale capogruppo mandataria dell'A.T.I., – con Italiassistenza Spa, - Consorzio Privatassistenza Scarl, - Linde Medicaale Srl, rappresentati e difesi dall'avv. Giuseppe Franco Ferrari, con domicilio eletto presso Giuseppe Franco Ferrari in Roma, via di Ripetta, 142;

***contro***

Medicasa Italia Spa in proprio e nella qualità di capogruppo mandataria costituenda Ati, rappresentato e difeso dagli avv. Raffaele Izzo, Diego Vaiano, con domicilio eletto presso Diego Vaiano in Roma, Lungotevere Marzio N. 3; Vitalaire Italia Spa, - Global Service Srl, - Soccorso Italia Ambulanze di Roma Srl;

***nei confronti di***

Azienda Unita' Sanitaria Locale di Latina;

***per la riforma***

della sentenza del T.A.R. LAZIO - SEZ. STACCATA DI LATINA: SEZIONE I n. 00386/2010, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO TRIENNALE

## DEL SERVIZIO DI ASSISTENZA DOMICILIARE A PAZIENTI AD ELEVATA COMPLESSITÀ -

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Medicasa Italia Spa in proprio e quale capogruppo mandataria costituenda Ati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto il dispositivo di sentenza n. 1409 del 4 marzo 2011;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 marzo 2011 il Cons. Lydia Ada Orsola Spiezia e uditi per le parti gli avvocati Resta, su delega dell'avv.to Vaiano, Ferrari;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO e DIRITTO

1. Con deliberazione 14 ottobre 2009 n. 692 il Dir. Gen. della Azienda USL di Latina, approvati gli atti della commissione, ha aggiudicato all'ATI, di cui Vivisol s.r.l. (con sede in Monza) è mandataria, la gara per il servizio di assistenza domiciliare a pazienti ad elevata complessità, di durata triennale ed indetta con bando pubblicato sulla G.U.C.E. 27 febbraio 2009 per un importo annuo pari ad euro 2.760,240 (IVA esclusa). Nella graduatoria finale si sono classificati al primo posto la Vivisol con punti 89,00 (di cui punti 40 per l'offerta economica di euro 12.934,00).

Su ricorso della Medicasa Italia s.p.a. (in proprio e come capogruppo) il TAR Lazio, Sezione staccata di Latina, Sez. I, ha annullato l'aggiudicazione, unitamente ai verbali di gara in parte qua, disposta a favore dell'ATI Vivisol, in quanto quest'ultima doveva essere esclusa per aver omesso di rendere le dichiarazioni

relative alle quote di partecipazione di ciascuna impresa al raggruppamento ed alle parti del servizio eseguite da ciascuna impresa.

Accogliendo il ricorso proposto dalla Medicasa Italia s.p.a., il TAR Lazio, Latina, Sezione prima, con sentenza 26.03.2010, n. 386 ha annullato l'aggiudicazione (unitamente ai verbali di gara in parte qua) disposta a favore dell'ATI Vivisol, in quanto la stazione appaltante: a) avrebbe dovuto escluderla per violazione sia dell'art. 37 commi 4 e 13, del codice dei contratti sia dall'art. 37 comma 2; b) illegittimamente la commissione di gara, pur in presenza di identica valutazione qualitativa, aveva attribuito per la sottovoce "organizzazione del servizio" – offerta tecnica 10/10 punti all'ATI Vivisol e soltanto 9/10 punti all'ATI Medicasa Italia.

Il giudice di primo grado, infine, ha condannato la stazione appaltante al pagamento delle spese di lite, liquidate in euro 3.000,00, compensandole nei confronti delle altre parti.

1.1 Con appello notificato il 10 maggio 2010 la Vivisol s.r.l. (in proprio e quale mandataria) ha chiesto la riforma della suddetta sentenza, previa sospensione della medesima, impugnandola sotto più profili con i seguenti motivi:

1) erroneità per falsa applicazione dell'art. 37, commi 4 e 13, del d. lgs. n. 163/2006 e degli artt. 6 e 7 del capitolato speciale, nonché del principio di par condicio tra i partecipanti;

2) erroneità per falsa applicazione dell'art. 37 comma 2 d. lgs. n. 163/2006 e degli artt. 6 e 7 del capitolato speciale, nonché del principio di par condicio ;

3) erroneità per falsa applicazione dell'art. 9 del capitolato speciale, del principio di trasparenza, imparzialità e par condicio tra i partecipanti, nonché con riguardo all'illogicità della valutazione della voce "organizzazione del servizio".

1.2 Si è costituita in giudizio la Medicasa Italia s.p.a., che, con puntuali controdeduzioni ha chiesto il rigetto dell'appello, rappresentando altresì l'insussistenza dei presupposti per la sospensione della sentenza.

Con ordinanza 9 luglio 2010, n. 2690 la Sez. V ha respinto l'istanza di sospensione della sentenza.

Con memoria difensiva l'appellante Vivisol ha puntualmente illustrato i mezzi di impugnazione, rappresentando – tra l'altro – che l'ATI Vivisol andava considerato raggruppamento orizzontale, per cui non sarebbero applicabili gli obblighi di indicazione di cui all'art. 37, commi 4 e 13 del d. lgs. n. 163/2006 e che il capitolato speciale aveva individuato sette servizi principali, sei dei quali svolti dalla stessa Vivisol, mandataria a pieno titolo.

Con memoria di replica l'appellata Medicasa Italia s.p.a. ha controdedotto alle avverse argomentazioni ed ha depositato la nota 18 gennaio 2011, n. 1715 con cui l'Azienda USL di Latina le ha comunicato l'aggiudicazione definitiva confermata con delibera dir. Gen. 17 gennaio 2011, n. 26, in esito alla sentenza di primo grado. La stazione appaltante non si è costituita.

Alla pubblica udienza del 4 marzo 2011, uditi i difensori presenti per le parti come da verbale, la causa è passata in decisione.

Su richiesta dell'appellata in data 4 marzo 2011 è stato pubblicato il dispositivo di sentenza n. 1409/2011.

2. La controversia concerne l'aggiudicazione all'ATI di cui Vivisol s.r.l. è mandataria, del servizio triennale di assistenza domiciliare di pazienti ad alta complessità all'esito della gara espletata dall'Azienda USL di Latina e definita con determinazione del direttore generale 14 ottobre 2009, n. 692.

Sotto il profilo processuale, con l'appello all'esame, la Vivisol s.r.l. (in proprio e quale mandataria ATI) ha chiesto la riforma della sentenza 26 marzo 2010 n. 386 con cui il TAR Lazio, Latina Sez. prima, ha annullato l'aggiudicazione già disposta a favore della ATI Vivisol medesima, accogliendo sia le censure (dedotte dalla Medicasa Italia s.p.a. seconda classificata) avverso la mancata esclusione

dell'offerta Vivisol s.r.l. sia quelle relative all'attribuzione del punteggio per la sottovoce "organizzazione del servizio".

Ad avviso dell'appellante, il giudice di primo grado erroneamente avrebbe ritenuto che nella gara in controversia, relativa ad appalto di servizi, l'art. 13 d. lgs. n. 163/2006 prevede (vedi commi 4 e 13) l'obbligo delle imprese partecipanti di specificare nell'offerta sia le parti del servizio che saranno eseguite dai singoli membri dell'ATI sia le stesse quote di partecipazione al raggruppamento (primo mezzo di impugnazione).

Ritiene l'appellante, invece, che la "quota" di partecipazione (indicazione quantitativa della prestazione offerta) possa essere indicata nella fase successiva a quella della presentazione dell'offerta, atteso che l'unico onere a carico delle imprese raggruppate sarebbe quello di eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione.

L'appello non è fondato..

Invero, come la giurisprudenza ormai consolidata ha precisato (vedi C.d.S., VI, n. 472/2011, V, n. 1038/2010 e n. 744/2010, nonché n. 5817/2009 e n. 6586/2004), deve sussistere una perfetta corrispondenza tra percentuale di prestazione da eseguire e quota di effettiva partecipazione al raggruppamento, che deve essere indicata fin dalla presentazione dell'offerta, e non ex post in sede di esecuzione del contratto.

La ratio di tale obbligo, peraltro, va individuata sia nella necessità che la stazione appaltante possa verificare il possesso dei requisiti di qualificazione da parte delle singole imprese in corrispondenza all'effettiva parte di prestazioni che ciascuna deve effettuare sia, sotto diverso profilo, la necessità di evitare la partecipazione di comodo di imprese molto quotate, che, in realtà, non sarebbero impegnate nell'espletamento dell'appalto conferendo la propria organizzazione e le proprie specifiche risorse produttive.

2.1 Né trova alcun riscontro testuale l'assunto dell'appellante secondo il quale il comma 13 del citato art. 37 (e la corrispondente giurisprudenza che richiede la dichiarazione in questione in sede di offerta) sarebbe applicabile ai soli appalti di lavori, e non a quelli di servizi, per i quali le stazioni appaltanti avrebbero discrezionalità nell'individuare i requisiti di capacità tecnica del raggruppamento.

Inoltre, sotto il profilo logico, l'argomento prova troppo, poiché anche nel caso di appalto di lavori l'individuazione delle specifiche categorie SOA, di cui si richiede il possesso, si pone su un piano diverso rispetto all'obbligo di indicare la quota di partecipazione al raggruppamento.

Infatti la corrispondenza tra percentuale delle prestazioni e quota di partecipazione al raggruppamento consente alla stazione appaltante di fissare nel contratto, previa adeguata valutazione, gli obblighi imprenditoriali a carico di ciascun soggetto del raggruppamento e cristallizzare l'assetto delle quote interne (del raggruppamento medesimo) che, altrimenti, sarebbe una variabile indipendente dall'esecuzione delle percentuali delle prestazioni.

2.2 Tali valutazioni trovano conferma proprio nel caso di specie.

Infatti, dagli atti difensivi dell'appellante (memoria febbraio 2011) è emerso che la Vivisol s.r.l., pur partecipando all'ATI di cui è mandataria solo per il 40 %, nella propria offerta aveva dichiarato di eseguire oltre l'85% dei servizi oggetto dell'appalto (e cioè sei dei sette servizi principali di cui all'art. 1 del capitolato speciale). Appare, perciò, evidente la necessità che, fin dalla presentazione dell'offerta, la stazione appaltante sia posta in grado di conoscere la portata della prestazione professionale e finanziaria a cui ciascuno dei membri del raggruppamento si è auto vincolato nell'ambito del medesimo, al fine di valutare esattamente sia l'osservanza formale della prescritta corrispondenza tra la quota di partecipazione al R.T.I. e relativa percentuale di esecuzione del servizio da parte di

ciascuno degli operatori riuniti, sia, sotto l'aspetto sostanziale, la portata dell'obbligo di esecuzione di cui ciascun operatore è responsabile in concreto.

D'altra parte, lo stesso capitolato speciale, all'art. 6, prevedeva che i raggruppamenti dovessero conformarsi "per la partecipazione alla gara" alla disciplina di cui all'art. 37 d. lgs. n. 163/2006.

2.3 Né l'obbligo in questione riguarderebbe solo le ATI già costituite con la conseguente non riferibilità all'appellante ATI, che si è costituita dopo l'aggiudicazione entro i termini (10 giorni) previsti dal capitolato.

Infatti, secondo la consolidata giurisprudenza, Cons. St., V, n. 1038/2010, è indiscutibile, in presenza dell'art. 34 lett. D) d. lgs. n. 163/2006, l'intento del legislatore di obbligare anche i costituenti R.T.I. ad osservare le prescrizioni dell'art. 37 per la salvaguardia verso l'esterno del principio di "par condicio" nei confronti degli altri concorrenti, nonché di quello di buon andamento e di trasparenza.

Quindi, l'ATI Vivisol non poteva essere ammessa alla gara per violazione del comma 13 art. 37 d. lgs. n. 163/2006.

3. Alla luce delle esposte considerazioni, pertanto, il primo motivo di appello va respinto, con la conseguente conferma della sentenza di primo grado che ha disposto l'annullamento dell'aggiudicazione (e dei verbali di gara in parte qua) per la mancata esclusione dell'ATI Vivisol.

Conseguentemente, il collegio non procede all'esame degli altri due motivi di appello poiché la loro ipotetica fondatezza non muterebbe l'esito del giudizio.

Concludendo, quindi, l'appello va respinto.

Gli oneri di entrambi i gradi di giudizio, liquidati in euro 6.000,00, oltre gli accessori di lite, seguono la soccombenza e, pertanto, sono posti a carico dell'appellante, che verserà euro 3.000,00 alla Medicasa Italia s.p.a., (unica controparte costituita), mentre nulla è dovuto alla stazione appaltante ed alle altre

parti non costituite; in tali sensi precisandosi la portata effettiva della statuizione del dispositivo n. 1409/2011, laddove dispone “ne verserà la metà a ciascuna delle controparti”.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, respinge l'appello.

Pone le spese di lite di entrambi gradi di giudizio, liquidate in euro 6000,00 (seimila), oltre gli accessori di legge a carico dell'appellante che ne verserà la metà a ciascuna delle controparti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 4 marzo 2011 con l'intervento dei magistrati:

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Roberto Capuzzi, Consigliere

Lanfranco Balucani, Consigliere

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere, Estensore

Alessandro Palanza, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 06/04/2011

IL SEGRETARIO

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