

Pubblicato il 06/10/2021

N. 06655/2021REG.PROV.COLL.
N. 04327/2021 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4327 del 2021, proposto da
Consorzio di Cooperative Sociali Onlus "Icaro", in persona del legale
rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Umberto
Gentile, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e
domicilio fisico eletto ex art. 25 c.p.a. presso la Segreteria della terza sezione
del Consiglio di Stato in Roma, p.zza Capo di Ferro 13;

contro

Asl Napoli 3 Sud, in persona del legale rappresentante pro tempore,
rappresentata e difesa dall'avvocato Rosa Anna Peluso, con domicilio digitale
come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso la sede
della Regione Campania in Roma, via Poli 29;

nei confronti

Litografi Vesuviani - Servizi Salute e Lavoro Soc. Coop. Soc. r.l., in persona
del legale rappresentante pro tempore, in proprio e quale mandataria del
raggruppamento costituito con Primavera Piccola Società Cooperativa Sociale
r.l., rappresentata e difesa dall'avvocato Orazio Abbamonte, con domicilio

digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto ex art. 25 c.p.a. presso la Segreteria della terza sezione del Consiglio di Stato in Roma, p.zza Capo di Ferro 13;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania (Sezione Quinta) n. 00639/2021, resa tra le parti, concernente gli esiti della procedura aperta indetta dalla Asl Napoli 3 Sud per l'affidamento del servizio triennale di supporto all'assistenza e alla riabilitazione psichiatrica territoriale.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Asl Napoli 3 Sud e della Litografi Vesuviani - Servizi Salute e Lavoro Soc. Coop. Sociale r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 settembre 2021 il Cons. Giovanni Pescatore e viste le conclusioni delle parti come da verbale di udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con Deliberazione del Direttore Generale del 02/12/2019 l'Asl Napoli 3 Sud ha indetto una procedura aperta per l'affidamento del servizio triennale di supporto all'assistenza e alla riabilitazione psichiatrica territoriale.

2. Ai fini dell'ammissione alla gara è stato richiesto ai partecipanti, quale requisito di capacità economica e finanziaria, di aver conseguito - negli ultimi tre esercizi finanziari approvati alla data di pubblicazione del bando - un fatturato specifico per forniture analoghe a quelle del settore di attività oggetto dell'appalto pari, al netto dell'IVA, a due volte il valore annuo posto a base di gara (disciplinare di gara, punto 8.2, pag. 9).

Quale requisito di capacità tecnica e professionale è stato invece richiesto - oltre all'elenco dei principali servizi identici prestati negli ultimi tre anni con l'indicazione degli importi, delle date e dei relativi destinatari pubblici o privati

- di aver realizzato almeno in un anno dell'ultimo triennio un servizio identico a quello di gara e per un fatturato almeno pari all'importo annuale posto a base d'asta, IVA esclusa (disciplinare di gara, punto 8.3, pag. 9).

3. Nel giudizio di primo grado l'odierno appellante, il Consorzio Icaro, ha contestato l'aggiudicazione intervenuta in favore del raggruppamento capeggiato dalla mandataria Litografi Vesuviani, sotto diversi profili tutti impigenti la tematica dell'effettiva integrazione dei due requisiti di ammissione innanzi marginati.

4. Nel presente giudizio vengono reiterate, nel quadro di una confutazione critica della pronuncia di primo grado, le doglianze già respinte dal Tar Napoli con sentenza n. 639/2021.

5. Il contraddittorio si è sviluppato attraverso le repliche difensive della stazione appaltante e della controinteressata, ritualmente costituitesi in giudizio.

6. A seguito del rinvio al merito dell'istanza cautelare, la causa è passata in decisione all'udienza pubblica del 23 settembre 2021.

DIRITTO

1. Va premesso che, a seguito dell'aggiudicazione di altra gara espletata nel 2014, il servizio oggi in contestazione è stato svolto per alcuni anni (2014-2019) dal raggruppamento odierno controinteressato, in parte in regime di proroga.

1.1. Sull'assunto per cui i contratti in proroga sarebbero da intendersi come rapporti *contra legem* e radicalmente nulli (v. parere Anac n. 867/2019, reso ai sensi dell'art. 211 comma 1ter del d.lgs. n. 50/2016), la parte appellante sostiene che il raggruppamento aggiudicatario non avrebbe potuto accedere alla nuova gara indetta nel 2019:

i) sia perché, per effetto delle ripetute proroghe, sarebbe configurabile a suo carico la causa escludente di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) d.lgs. n. 50/16 (primo motivo di appello);

ii) sia perché il fatturato maturato sulle base di titoli nulli non potrebbe essere conteggiato al fine di integrare il requisito di capacità economica e finanziaria (secondo motivo di appello).

1.2. I due motivi vanno entrambi disattesi, sulla traccia della corretta linea argomentativa seguita dalla pronuncia impugnata.

Sotto il primo profilo è decisivo osservare che i gravi illeciti professionali ai quali fa riferimento l'art. 80, comma 5, lett. c) d.lgs. n. 50/16 accedono a fattispecie di condotta direttamente riconducibili all'impulso oggettivo e volitivo dell'impresa partecipante alla gara. Viceversa, la scelta di disporre la proroga del contratto rimanda a valutazioni ed iniziative proprie ed esclusive della parte pubblica e della cui correttezza non è chiamato a rispondere l'operatore affidatario, al contrario responsabile della copertura in continuità del servizio commissionatogli.

Il consorzio appellante non indica alcuna disposizione normativa che assegni all'affidatario della commessa pubblica un onere d'iniziativa od un potere di vigilanza sull'operato dell'ente aggiudicatore, ovvero che dalla violazione di tale onere faccia discendere una quale conseguenza di rilievo giuridico. Né risulta agevole immaginare in quali forme e con quali modalità un siffatto ruolo di vigilanza dovrebbe attuarsi e tradursi in azioni cogenti ed efficaci.

1.3. Il secondo rilievo incorre nel medesimo inconveniente, in quanto conduce ad un identico e indebito travaso di responsabilità dal soggetto committente al soggetto affidatario dell'appalto.

1.4. Non convince neppure la sovrapposizione logica del tema della validità del rapporto giuridico con quello della spendibilità dell'elemento prestazionale che da esso trae origine.

Il servizio espletato ha consistenza di fatto reale ineliminabile nella sua consistenza storica (*factum infectum fieri nequit*), oltre che giuridica ed economica (v. artt. 2033, 2041 e 2126 c.c.).

Il requisito del fatturato è stato preso in considerazione dalla legge di gara esattamente in questa prospettiva, in quanto il bando ha richiesto ai

concorrenti di aver “conseguito - negli ultimi tre esercizi finanziari approvati alla data di pubblicazione del bando - un fatturato specifico per forniture analoghe”, senza condizionare la spendibilità del profilo curricolare ad altro che alla mera verifica di corrispondenza tipologica al settore di attività oggetto dell'appalto. Dunque, il fatturato - posto a bilancio e remunerato - costituisce fonte obiettiva di qualificazione nella stretta e sufficiente misura in cui attesta una accresciuta e concreta acquisizione di competenza professionale e di solidità imprenditoriale (profili, questi ultimi, in alcun modo toccati dalle censure della parte ricorrente). Per quanto esposto, del tutto correttamente il Tar ha concluso nel senso che i vizi dell'affidamento non fossero imputabili al concorrente e non potessero costituire ragione per non riconoscere il dato storico del fatturato conseguito e dell'esperienza professionale per il suo tramite comprovata.

2. Vengono in considerazione i motivi di censura (dal terzo al quinto) riferiti alla sussistenza del requisito di capacità tecnica e professionale.

2.1. Il raggruppamento aggiudicatario perviene alla sua integrazione (“*fatturato almeno pari all'importo annuale posto a base d'asta, IVA esclusa*”) attraverso plurimi contratti di avvalimento: due, intercorsi tra la mandataria Litografi Vesuviani e le ausiliarie Gnosis e Prodos; uno, stipulato tra la mandante Primavera e l'ausiliaria Filo di Arianna.

Secondo la parte appellante, la carenza di un idoneo requisito deriverebbe in questo caso: *i)* dal fatto che il raggruppamento aggiudicatario raggiunge il fatturato minimo annuale attraverso il cumulo di distinti servizi, mentre la legge di gara avrebbe inteso l'importo in senso unitario, ovvero come corrispettivo di un singolo servizio; *ii)* dalla indeterminatezza contenutistica dei contratti di avvalimento, ritenuti generici nella descrizione delle prestazioni e delle dotazioni (personale, mezzi, attrezzature) poste a disposizione delle imprese ausiliate; *iii)* dall'inconsistenza del compenso remunerativo riconosciuto agli operatori ausiliari.

2.2. La pronuncia impugnata offre motivazioni capaci di resistere a ciascuno dei riepilogati rilievi.

I) Sotto il primo profilo, la norma del disciplinare che viene in considerazione (parag. 8.3) non esprime in modo univoco il significato restrittivo che il Consorzio Icaro intende attribuirgli con uno sforzo ricostruttivo in sé indicativo di un dato testuale non evidente.

Ne consegue che per marcare un'accezione restrittiva del requisito e fugare in proposito ogni margine di dubbio sarebbe stato onere della stazione appaltante ancorare *expressis verbis* il fatturato richiesto all'esecuzione di un unico rapporto contrattuale.

Il chiarimento 4 lett. c) predisposto sul punto dall'amministrazione (onde precisare che il fatturato non dovesse essere necessariamente attinto da un unico contratto ma potesse essere raggiunto anche sommando più importi contrattuali) è quindi intervenuto in un contesto di ambiguità interpretativa che lo rendeva certamente legittimo e opportuno. Tra le due letture possibili, è stata poi avallata quella, più favorevole all'apertura del confronto concorrenziale, maggiormente coerente con i consolidati orientamenti ermeneutici.

II) Anche l'affermazione di genericità contenutistica dei contratti non può essere condivisa.

Il contratto tra Primavera e Filo di Arianna contiene obblighi prestazionali sufficientemente precisi e puntuali, consistenti nella messa a disposizione di un supervisore dei servizi di riabilitazione psichiatrica (i); nella fornitura di strumenti di accoglienza, know how gestionali, modulistica per le attività di accesso e monitoraggio (ii); indi nella programmazione di periodici incontri di scambio d'esperienze tra operatori di ausiliata ed ausiliaria (iii) e di periodiche attività di consulenza formativa ad opera di esperto nella riabilitazione psichiatrica (iv).

Si tratta di indicazioni esaustive, se rapportate al contenuto del servizio di assistenza oggetto di gara, in quanto idonee a consentire una effettiva e

sufficiente individuazione del concreto apporto materiale e operativo garantito dal soggetto ausiliario.

Ancor più analitico risulta il contratto stipulato dalla Litografi Vesuviani con la Prodos, in quanto recante l'indicazione di quattro addetti che con le loro distinte ed indicate competenze affiancheranno il personale dell'RTI, al fine di ottimizzare qualitativamente il livello delle prestazioni, affrontare i problemi tecnici di maggiore rilievo, scambiare informazioni, metodologie, strumentazione per l'organizzazione dei servizi. Sono dunque individuati i settori di attività nei quali verrà fornita assistenza e le figure professionali a ciò deputate.

Il contratto tra la Litografi Vesuviani e Gnosis è incentrato sulla elencazione di obblighi prestazionali individuati per distinte tipologie (questo il testo: “*i) potenziamento del know how nei progetti riabilitativi, attraverso il trasferimento delle tecniche innovative possedute dall'ausiliaria; ii) corsi di formazione per gli operatori realizzati attraverso specifiche figure professionali per supportare la progettualità, individualizzati nell'area del sostegno all'abitare, all'inclusione sociale e lavorativa degli affetti da patologie psichiatriche; iii) incontri di supervisione con personale dell'ausiliaria; iv) affiancamento al coordinatore dell'ausiliata nella fase di avvio dell'attività; v) affiancamento nell'organizzazione degli standard operativi e procedure di efficientizzazione dei servizi?*”).

Il fatto che, in quest'ultimo contratto, la dotazione di personale (sulla quale si incentra l'essenziale contributo ausiliario) emerga in controtela rispetto alla descrizione delle prestazioni rese - facendosi menzione di soggetti dipendenti dell'impresa ausiliaria dotati di specifica competenza nelle mansioni di volta in volta indicate - non impedisce di assumerne l'effettiva presenza e di concludere, pertanto, nel senso della determinabilità del contenuto contrattuale.

III) Per completezza va precisato che l'ulteriore surrettizia allusione ad una supposta inadeguatezza “quantitativa” del supporto offerto dalle imprese ausiliarie, ritenuto non proporzionato alla mole del servizio in gara, introduce un argomento esulante dal fuoco del motivo di appello - incentrato sulla sola

“indeterminatezza” descrittiva del contratto di avvalimento - ed una tipologia di scrutinio (relativa all’organizzazione del servizio e, quindi, alla congruità dell’offerta tecnica) non coincidente con l’ambito specifico della violazione denunciata.

IV) Va infine respinta la tesi della nullità dei contratti per assenza di compenso.

In linea con le controdeduzioni svolte sul punto dalle parti resistenti, occorre osservare, nell’ordine: *a)* che tutti e tre i contratti recano la previsione di un corrispettivo; *b)* nel contratto con il corrispettivo più basso – quello tra la Primavera e la filo d’Arianna – si contempla espressamente (art. 4, comma 4) il rimborso di ogni costo per le risorse materiali ed immateriali, tecniche o finanziarie che si dovessero rendere necessarie per l’esecuzione del rapporto. Dunque, il corrispettivo iniziale costituisce la remunerazione del solo impegno dell’ausiliaria alla partecipazione, in posizione ancillare, alla gara. Lo stesso compenso verrà integrato mediante remunerazioni ulteriori, rapportate al concreto ausilio prestato; *c)* gli altri due contratti recano compensi (di 2.000,00 e 3.000,00 €) di cui si prevede la corresponsione al momento stesso dell’aggiudicazione, dal che non pare potersi escludere la sussistenza di un obbligo retributivo aggiuntivo, da rapportare al concreto apporto fornito in corso di esecuzione.

Tanto si afferma anche alla luce dell’orientamento di recente ribadito dalla sezione (Cons. Stato, Sez. III, n. 5294/2021) secondo il quale con riferimento al contratto di avvalimento ricorre l’esigenza di ancorare la determinazione del corrispettivo all’effettiva entità della prestazione resa dall’impresa ausiliaria, quale potrà delinearsi solo all’esito, o comunque nel corso, dell’esecuzione dell’appalto, alla luce delle specifiche esigenze di “soccorso” manifestate dall’impresa ausiliata ovvero della concreta attività sostitutiva posta in essere da quella ausiliaria. L’eventuale lacuna derivante dalla mancata espressa determinazione del (così inteso) corrispettivo può essere colmata in forza della norma suppletiva, analogicamente applicabile, di cui all’art. 1657

c.c., concernente il contratto di appalto, a mente della quale <<*se le parti non hanno determinato la misura del corrispettivo né hanno stabilito il modo di determinarla, essa è calcolata con riferimento alle tariffe esistenti o agli usi; in mancanza, è determinata dal giudice*>>.

Nel caso specifico, infine, la valutazione di congruità dei corrispettivi deve poi ulteriormente tenere conto del fatto - opportunamente evidenziato dalle difese resistenti - che le società cooperative paciscenti sono accomunate da una chiara convergenza solidaristica delle loro finalità e che una parte cospicua delle attività di supporto dovrà svolgersi con forme, tempi e modalità tali da non implicare spese vive effettive, trattandosi per lo più di incontri formativi e organizzativi e di attività di affiancamento affidate a personale già in forza alle cooperative ausiliarie.

3. L'esito del giudizio è quindi di complessiva reiezione dell'appello, pur potendosi disporre la compensazione delle spese processuali, in virtù della consistenza in parte inedita e comunque marcatamente interpretativa delle questioni poste.

P.Q.M.

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

Spese di lite compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 settembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Giulio Veltri, Presidente FF

Giovanni Pescatore, Consigliere, Estensore

Solveig Cogliani, Consigliere

Umberto Maiello, Consigliere

Antonio Massimo Marra, Consigliere

Giovanni Pescatore

Giulio Veltri

IL SEGRETARIO