**MAGGIOLI EDITORE - Appalti e contratti**

**TAR Liguria sez. II 5/10/2016 n. 987**

**Appalti pubblici - Avvalimento - Obbligo di reale messa a disposizione delle risorse umane e dei beni strumentali occorrenti per la realizzazione dei lavori o dei servizi oggetto di gara - Conseguente obbligo per l'impresa ausiliata di presentare alla stazione appaltante l'elencazione dettagliata dei fattori produttivi - Necessaria per valutare la loro idoneità all'esecuzione dell'opera**

Ai sensi dell’art. 88 del D.P.R. 5.10.2010, n. 207, *“per la qualificazione in gara, il contratto di cui all'articolo 49, comma 2, lettera f), del codice deve riportare in modo compiuto, esplicito ed esauriente: a) oggetto: le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico*[…]*”*.

L'esigenza di una puntuale individuazione dell’oggetto del contratto di avvalimento, oltre ad avere un sicuro ancoraggio sul terreno civilistico nella generale previsione codicistica che configura quale causa di nullità di ogni contratto l'indeterminatezza ed indeterminabilità del relativo oggetto (art. 1346 cod. civ.), trova la propria essenziale giustificazione funzionale, inscindibilmente connessa alle procedure contrattuali del settore pubblico, nella necessità di non permettere agevoli aggiramenti del sistema dei requisiti di ingresso alle gare pubbliche (così Cons. di St., III, 29.1.2016, n. 346).

Difatti, elemento essenziale dell'istituto dell'avvalimento è la reale messa a disposizione delle risorse umane e dei beni strumentali occorrenti per la realizzazione dei lavori o dei servizi oggetto di gara, con conseguente obbligo per l'impresa ausiliata di presentare alla stazione appaltante l'elencazione dettagliata dei fattori produttivi, in modo da consentirle di conoscere la consistenza del complesso economico-finanziario e tecnico-organizzativo offerti in prestito dall'ausiliaria, e di valutare la loro idoneità all'esecuzione dell'opera (Cons. di St., sez. V, 28.9.2015, n. 4507). E ciò in quanto l'avvalimento, traducendosi in una deroga al principio del possesso dei requisiti di partecipazione da parte del concorrente, impone, anche nelle gare finalizzate all'affidamento di servizi e indipendentemente dal carattere operativo o di garanzia del contratto, l'individuazione delle risorse esterne che giustificano l'applicazione del regime di favore (così Cons. Stato, sez. III, 7 luglio 2015, n. 3390; sez. V 26 maggio 2015, n. 2627).

Pubblicato il 05/10/2016

**N. 00987/2016 REG.PROV.COLL.**

**N. 00471/2016 REG.RIC.**

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria**

**(Sezione Seconda)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 471 del 2016, proposto da:

KCS Caregiver Cooperativa Sociale, rappresentata e difesa dall'avvocato Enrico Di Ienno, con domicilio eletto presso lo studio dell’avv. Andrea Barra in Genova, via Macaggi, 21/5;

***contro***

Comune di Sanremo, rappresentato e difeso dagli avvocati Stefano Fadda, Danilo Sfamurri e Sara Rossi, con domicilio eletto presso il loro studio in Genova, via Peschiera, 22;

***nei confronti di***

- Consorzio di Cooperative Kursana Soc. Coop. a r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Filippo Martinez, Davide Moscuzza e Roberto Damonte, con domicilio eletto presso lo studio del terzo in Genova, via Corsica 10/4;

- Residenza Protetta Casa Serena di Poggio, non costituita in giudizio;

***per l'annullamento***

del provvedimento n. 1082/2016, concernente l’affidamento della gestione dei servizi di assistenza infermieristica, socio assistenziale coordinamento infermieristico e OSS presso la residenza protetta comunale "Casa Serena" per la durata di anni 4 (quattro).

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Sanremo e del Consorzio di Cooperative Kursana Soc. Coop. a r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 settembre 2016 il dott. Angelo Vitali e uditi per le parti i difensori, come specificato nel verbale di udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

Con ricorso notificato in data 1.6.2016 la società KCS Caregiver Cooperativa Sociale, gestore uscente dei servizi di assistenza infermieristica, coordinamento infermieristico, coordinamento OSS, assistenza socio-assistenziale, consulenza fisiatrica etc. presso la residenza protetta comunale “Casa serena” del comune di Sanremo, ha impugnato tutti gli atti ed i verbali della gara, da aggiudicarsi con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, indetta dal comune di Sanremo per l’affidamento della nuova gestione per la durata di quattro anni, nonché l’aggiudicazione definitiva disposta a favore della controinteressata Kursana Consorzio di cooperative, disposta con determinazione del dirigente del settore servizi alla persona 29.4.2016, n. 1082.

Premette di essersi classificata al secondo posto nella graduatoria finale e, a sostegno del gravame, deduce quattro motivi di ricorso, rubricati come segue.

1. Violazione e falsa applicazione della lex specialis. Violazione del § 8.1 e in particolare del § 8.1.4 del disciplinare di gara. Violazione della par condicio; Eccesso di potere per disparità di trattamento, illogicità, contraddittorietà. Violazione dell’art. 97 Cost..

Il consorzio controinteressato avrebbe dovuto essere escluso dalla gara non avendo tempestivamente prodotto, a corredo della domanda di partecipazione, la dichiarazione antimafia prevista dall’art. 85 comma 3 del D. Lgs. n. 159/2011 e dal punto 8.1.4 del disciplinare di gara, inerente i familiari conviventi di maggiore età del revisore unico della Cooperativa consorziata Kursana Piemonte, esecutrice del servizio.

2. Violazione e falsa applicazione della lex specialis. Violazione del § 8.1.4 del disciplinare di gara. Violazione dell’art. 38 comma 2-bis e dell’art. 46 comma 1-ter del D. Lgs. 163/2006. Violazione del principio della par condicio; Eccesso di potere per disparità di trattamento, illogicità, contraddittorietà. Violazione dell’art. 97 Cost..

Lamenta la tardiva presentazione, nella fase di controllo ex art. 48 D. Lgs. n. 163/2006, delle dichiarazioni relative ai sindaci dell’ausiliaria Cooperativa sant’Andrea relativamente ai familiari conviventi ex art. 85 comma 3 del D. Lgs. n. 159/2011, in violazione della normativa sul soccorso istruttorio.

3. Violazione e falsa applicazione della lex specialis. Violazione del § 8.3.2 e § 8.4 del disciplinare e dell’art. 3 allegato 2. Violazione dell’art. 49 del D. Lgs. n. 163/2006 e art. 48 D. Lgs. 163/2006. Eccesso di potere per disparità di trattamento, illogicità, contraddittorietà. Violazione dell’art. 97 Cost..

Lamenta che la Cooperativa Sant’Andrea, ausiliaria della controinteressata, non sarebbe in possesso in proprio del requisito messo a disposizione, concernente la gestione di una RSA di più di 180 posti letto, in quanto la gestione della RSA Famagosta di Milano è in realtà avvenuta in associazione con un’altra impresa (Segesta), ciò che oltretutto connoterebbe di falsità la dichiarazione circa il possesso del requisito.

4. Violazione e disapplicazione dell’art. 63 della direttiva 2014/24. Violazione dell’art. 49 del D. Lgs. n. 163/2006 e art. 88 D.P.R. 207/2010. Violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara. Disparità di trattamento. Eccesso di potere nelle forme dello sviamento, travisamento, contraddittorietà e difetto di motivazione. Violazione dell’art. 97 Cost..

Denuncia la genericità del contratto di avvalimento con la Cooperativa Sant’Andrea, che non indicherebbe le risorse personali messe a disposizione della controinteressata.

Insta per la declaratoria di inefficacia del contratto e si dichiara disponibile al subentro.

Si sono costituiti in giudizio il comune di Sanremo e il Consorzio di cooperative Kursana Coop. Soc. a r.l., controdeducendo sul merito delle singole censure ed instando per la reiezione del ricorso.

Con ordinanza 30.6.2016, n. 132 la Sezione ha accolto la domanda incidentale di sospensione dell’esecuzione del provvedimento di aggiudicazione definitiva

Previo scambio delle memorie conclusionali e di replica, alla pubblica udienza del 29 settembre 2016 il ricorso è stato trattenuto dal collegio per la decisione.

**DIRITTO**

Il ricorso è fondato, sotto l’assorbente profilo dedotto con il quarto motivo di ricorso, concernente la genericità del contratto di avvalimento con la Cooperativa Sant’Andrea.

Ai sensi dell’art. 88 del D.P.R. 5.10.2010, n. 207, *“per la qualificazione in gara, il contratto di cui all'articolo 49, comma 2, lettera f), del codice deve riportare in modo compiuto, esplicito ed esauriente: a) oggetto: le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico*[…]*”*.

L'esigenza di una puntuale individuazione dell’oggetto del contratto di avvalimento, oltre ad avere un sicuro ancoraggio sul terreno civilistico nella generale previsione codicistica che configura quale causa di nullità di ogni contratto l'indeterminatezza ed indeterminabilità del relativo oggetto (art. 1346 cod. civ.), trova la propria essenziale giustificazione funzionale, inscindibilmente connessa alle procedure contrattuali del settore pubblico, nella necessità di non permettere agevoli aggiramenti del sistema dei requisiti di ingresso alle gare pubbliche (così Cons. di St., III, 29.1.2016, n. 346).

Difatti, elemento essenziale dell'istituto dell'avvalimento è la reale messa a disposizione delle risorse umane e dei beni strumentali occorrenti per la realizzazione dei lavori o dei servizi oggetto di gara, con conseguente obbligo per l'impresa ausiliata di presentare alla stazione appaltante l'elencazione dettagliata dei fattori produttivi, in modo da consentirle di conoscere la consistenza del complesso economico-finanziario e tecnico-organizzativo offerti in prestito dall'ausiliaria, e di valutare la loro idoneità all'esecuzione dell'opera (Cons. di St., sez. V, 28.9.2015, n. 4507).

E ciò in quanto l'avvalimento, traducendosi in una deroga al principio del possesso dei requisiti di partecipazione da parte del concorrente, impone, anche nelle gare finalizzate all'affidamento di servizi e indipendentemente dal carattere operativo o di garanzia del contratto, l'individuazione delle risorse esterne che giustificano l'applicazione del regime di favore (così Cons. Stato, sez. III, 7 luglio 2015, n. 3390; sez. V 26 maggio 2015, n. 2627).

Ciò chiarito rispetto alla fattispecie astratta, nel caso di specie il contratto di avvalimento tra la Cooperativa Sant’Andrea ed il Consorzio Kursana, nel prestare al secondo il requisito di un’esperienza gestionale analoga in una R.S.A. con un minimo di 180 posti letto, ha così elencato le risorse e i mezzi prestati: “a) Personale: attività di coordinamento per la struttura di gestioni complesse; b) Know How: in particolare il supporto nello sviluppo di procedure gestionali atte all’efficace coordinamento dei servizi socio sanitari assistenziali presso Strutture con una ricettività superiore ai 180 posti letto; c) Sviluppo di procedure operative per il controllo della qualità dei servizi prestati per nucleo e singolo ospite” (doc. 18 delle produzioni 28.6.2016 di parte comunale).

Non occorre un particolare sforzo argomentativo per sottolineare la estrema genericità del contratto.

Esso si limita infatti all’elencazione apodittica di concetti generali e indeterminati nel contenuto, quali la “attività di coordinamento”, il “know how” circa le procedure gestionali, le “procedure operative” per il controllo della qualità dei servizi prestati, senza riportare in modo compiuto, esplicito ed esauriente, rispetto a ciascuno di essi, le risorse personali e i mezzi prestati in modo determinato e specifico, come impone l’art. 88 del D.P.R. 207/2010 citato.

E così, rispetto al personale non è indicato il numero del personale di coordinamento e le corrispondenti qualifiche professionali messo concretamente a disposizione.

Analogamente, non sono indicate né le procedure gestionali, né le procedure di controllo qualità specificamente adottate nella RSA Famagosta di Milano e concretamente poste a disposizione del Consorzio di cooperative Kursana.

Donde la genericità del contratto di avvalimento, e l’illegittima ammissione alla procedura di gara, in violazione dell’art. 49 del D. Lgs. n. 163/2006 e dell’art. 88 del D.P.R. n. 207/2010, del Consorzio di cooperative Kursana, che doveva essere escluso per mancanza del relativo requisito di qualificazione.

Le spese di giudizio seguono come di regola la soccombenza, e sono liquidate in dispositivo.

**P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Seconda)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto,

Accoglie il ricorso e, per l’effetto, annulla il provvedimento di aggiudicazione definitiva della gara.

Condanna il comune di Sanremo e il Consorzio di cooperative Kursana Coop. Soc. a r.l. al pagamento, in favore della società ricorrente, delle spese di giudizio, che liquida in € 4.000,00 (quattromila), oltre IVA e CPA, oltre al rimborso del contributo unificato.

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

Così deciso in Genova nella camera di consiglio del giorno 29 settembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Pupilella, Presidente

Luca Morbelli, Consigliere

Angelo Vitali, Consigliere, Estensore

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **L'ESTENSORE** |  | **IL PRESIDENTE** |
| **Angelo Vitali** |  | **Roberto Pupilella** |

IL SEGRETARIO

www.appaltiecontratti.it