N. 02952/2016REG.PROV.COLL.
N. 01332/2016 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 1332 del 2016, proposto da:

Mediterranea Società Cooperativa Sociale Onlus, in proprio e quale capogruppo del costituendo R.T.I. con Senis Hospes Soc. Coop. Sociale, in proprio e quale mandante del costituendo R.T.I., rappresentati e difesi dall'Avv. Michele Perrone, con domicilio eletto presso Alfredo Placidi in Roma, Via Cosseria, n. 2;

contro

Residenza dei Renai S.r.l., rappresentata e difesa dagli Avv.ti Giovanni Di Cagno e Francesco Paolo Bello, con domicilio eletto presso Arnaldo Del Vecchio in Roma, viale Giuseppe Mazzini, n. 73;

nei confronti di

Azienda Sanitaria Locale di Brindisi;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. PUGLIA - SEZ. STACCATA DI LECCE - n. 00256/2016, resa tra le parti, concernente l'affidamento in concessione dell'attività di gestione della R.S.A. di Ostuni.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Residenza dei Renai S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 giugno 2016 il Cons. Carlo Deodato e uditi per le parti gli Avvocati Michele Perrone e Alberto Linguiti su delega di Francesco Paolo Bello;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con la sentenza impugnata il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, sezione staccata di Lecce, annullava, in accoglimento del ricorso della Residenza dei Renai s.r.l. (d'ora innanzi RdR), l'aggiudicazione al R.T.I. costituito tra la mandataria Mediterranea società cooperativa onlus e la mandante Senis Hospes società cooperativa sociale (d'ora innanzi: RTI Mediterranea), del quale respingeva il ricorso incidentale, dell'affidamento in concessione, da parte dell'ASL di Brindisi, dell'attività di gestione della R.S.A. di Ostuni.

Avverso la predetta decisione proponeva appello il RTI Mediterranea, contestando la correttezza della statuizione gravata e domandandone la riforma, con conseguenti dichiarazione di inammissibilità o reiezione, nel merito, del ricorso proposto in primo grado da RdR.

Resisteva la RdR, rilevando l'infondatezza dell'appello e riproponendo le censure rimaste assorbite dal gravato giudizio di illegittimità dell'affidamento controverso, del quale chiedeva la conferma, in ipotesi con diversa motivazione.

Non si costituiva, invece, in giudizio la ASL di Brindisi.

Il ricorso veniva trattenuto in decisione alla pubblica udienza del 16 giugno 2016.

DIRITTO

1.- E' controversa la legittimità dell'affidamento al RTI Mediterranea, da parte dell'ASL di Brindisi, dell'attività di gestione della R.S.A. di Ostuni, sotto i profili di seguito esaminati.

Il Tribunale di prima istanza ha, in particolare, disatteso il ricorso incidentale

proposto dal controinteressato RTI Mediterranea, ed inteso a dimostrare la doverosità dell'esclusione della RdR (e, quindi, l'inammissibilità del ricorso principale per carenza di interesse) per la dedotta nullità del contratto di avvalimento (di garanzia) da essa prodotto, ed ha giudicato illegittima l'aggiudicazione della concessione impugnata, in accoglimento del primo motivo del ricorso principale, per il difetto, in capo al RTI affidatario, del requisito di partecipazione relativo al fatturato specifico, assorbendo le ulteriori censure ed accertando il diritto della società ricorrente all'affidamento della gestione della R.S.A di Ostuni.

Il RTI appellante contesta la correttezza di tale giudizio, sia in ordine alla reiezione del proprio ricorso incidentale, sia in ordine all'accoglimento del primo motivo del ricorso principale di primo grado, ed insiste nell'invocare la dichiarazione di inammissibilità o la reiezione nel merito di quest'ultimo, in riforma della decisione impugnata.

La società appellata difende, invece, la correttezza della decisione impugnata, della quale domanda la conferma, riproponendo le censure dedotte a sostegno del proprio ricorso originario (e dichiarate assorbite dal TAR).

2.- L'appello è parzialmente fondato, alla stregua delle considerazioni di seguito esposte e nei limiti di seguito precisati, e va accolto.

3.- Seguendo l'ordine delle questioni articolato nell'atto di appello, occorre principiare dall'esame della contestazione del capo di reiezione del ricorso incidentale proposto in primo grado dal RTI Mediterranea (con cui, si ricorda, si assumeva il difetto, in capo alla RdR, dei requisiti relativi al fatturato, sia globale, sia specifico).

3.1- Assume, al riguardo, l'appellante che il contratto di avvalimento in data 23 settembre 2014 con la Fondazione San Raffaele, prodotto dalla RdR al fine di attestare il possesso del suddetto titolo di partecipazione, fosse inidoneo ad dimostrare i requisiti in discussione, siccome privo della necessaria quantificazione e della specifica indicazione delle risorse finanziarie "prestate" dall'impresa ausiliaria, restando formulato in termini inammissibilmente generici.

3.2- La censura è infondata e va respinta.

3.3- Il Collegio non ignora (e, anzi, condivide) l'insegnamento giurisprudenziale secondo cui l'avvalimento non può risolversi nel prestito di un valore soggettivo puramente cartolare e astratto, ma deve, al contrario, contenere il puntuale e concreto impegno dell'impresa ausiliaria di mettere a disposizione di quella ausiliata le risorse economiche, i mezzi strumentali e, più in generale, l'apparato organizzativo effettivamente necessari alla partecipazione alla gara e all'esecuzione dell'appalto (cfr. ex multis Cons St., sez. III, 29 gennaio 2016, n. 346), ma reputa che, nella fattispecie esaminata, i predetti requisiti risultino integrati.

3.4- Fermo restando, infatti, che il contratto di avvalimento non può risolversi nella indeterminata e tautologica ripetizione letterale della formulazione lessicale della disposizione legislativa di riferimento, ma esige la declinazione negoziale di un vincolo puntuale ed univoco al "prestito" dei requisiti organizzativi, tecnici o finanziari di cui difetta l'impresa ausiliata per la partecipazione alla procedura, l'indagine circa l'efficacia del contratto allegato al fine di attestare il possesso dei relativi titoli partecipativi dev'esser svolta in concreto, avuto riguardo, cioè, al tenore testuale dell'atto ed alla sua idoneità ad assolvere la precipua funzione di garanzia assegnata all'istituto dall'art.49 del d.lgs. n.163 del 2006 (allora vigente).

3.5- In coerenza con il criterio di giudizio appena enunciato, rileva il Collegio che l'analisi del contratto di avvalimento prodotto dalla RdR (e stipulato con la Fondazione San Raffaele) rivela chiaramente la sua conformità al paradigma legale di riferimento e, quindi, la sua efficacia, ai fini del riconoscimento in capo alla RdR dei requisirti di partecipazione relativi al fatturato globale e a quello specifico (per come rispettivamente previsti ai punti C.7 e C.8 del disciplinare di gara).

Dalla lettura combinata del contratto e delle dichiarazioni prodotte dalla RdR ai sensi dell'art.49, comma 2, d.lgs. cit. emerge, infatti, che nel primo risultano puntualmente indicati l'importo annuo dell'appalto, i requisiti oggetto dell'avvalimento (per come previsti dalla lex specialis), la dichiarazione

dell'impresa ausiliaria di possederli e il suo impegno a prestare alla RdR tutte le risorse necessarie e, in particolare, il proprio fatturato globale e specifico, oltre all'assunzione della responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante, mentre nelle seconde sono stati analiticamente riportati i dati relativi al fatturato globale e specifico d'impresa prodotto dalla Fondazione San Raffaele nel triennio di riferimento (2011-2013), divisi per anno.

Ne consegue che l'impegno negoziale assunto dalla Fondazione San Raffaele deve intendersi completo, concreto, serio e determinato, nella misura in cui attesta la messa a disposizione della RdR del proprio fatturato (puntualmente indicato) e delle risorse eventualmente necessarie e contiene un vincolante impegno finanziario nei confronti della stazione appaltante.

Non devono, invece, reputarsi necessarii, ai fini che qui rilevano, la quantificazione e, a fortiori, il trasferimento delle risorse finanziarie oggetto del predetto impegno, sia perché le esigenze di garanzia sottese all'avvalimento in questione risultano compiutamente soddisfatte dal vincolo contrattuale ut supra formulato, sia perché i contenuti dell'impegno finanziario concretamente necessario appaiono del tutto imprevedibili al momento della sottoscrizione del contratto di avvalimento.

3.6- Dev'essere, in conclusione, confermato il capo di reiezione del ricorso incidentale proposto in primo grado dal RTI Mediterranea, in ragione della riscontrata legittimità dell'ammissione alla gara, sotto il profilo sopra esaminato, dell'offerta presentata dalla RdR.

4.- Con il secondo motivo di appello viene, invece, criticato il gravato giudizio di illegittimità dell'aggiudicazione della gara all'odierno appellante, assunto dai primi giudici sulla base del rilievo dell'inidoneità del contratto d'affitto d'azienda stipulato in data 22 marzo 2013 tra la società cooperativa sociale La Rondine (concedente) e la società cooperativa sociale Mediterranea (affittuaria) ad attestare il possesso, da parte del RTI Mediterranea, del requisito relativo al fatturato specifico.

Sostiene, al riguardo, il RTI appellante che, al contrario di quanto ritenuto dai giudici di prima istanza, il contratto d'affitto d'azienda fosse idoneo a trasferire

alla cooperativa Mediterranea, non solo il complesso dei beni strumentali all'esercizio dell'impresa, ma anche il fatturato pregresso dell'impresa concedente, siccome intrinsecamente appartenente all'azienda affittata.

4.1- Il motivo è fondato e va accolto, alla stregua delle considerazioni che seguono.

4.2- La tesi, assunta a fondamento del gravato giudizio di illegittimità formulato dai primi giudici, secondo cui il fatturato specifico maturato prima della stipula del contratto d'affitto d'azienda, attenendo a un profilo soggettivo dell'attività d'impresa, esula dal compendio di beni trasferito (e trasferibile) con il predetto accordo negoziale, non può essere condivisa, sia perché non si fonda, in astratto, su alcun dato positivo (risultando, anzi, che la disciplina normativa di riferimento autorizzi il predetto effetto traslativo), sia perché risulta, in concreto, smentito dal contratto della cui efficacia si controverte.

4.3- Quanto alla regolazione positiva della fattispecie esaminata, rileva il Collegio che l'unica disposizione dedicata a disciplinare gli effetti del contratto d'affitto d'azienda sulla qualificazione dell'impresa affittuaria stabilisce, chiaramente ed espressamente, che quest'ultima "può avvalersi dei requisiti posseduti dall'impresa locatrice se il contratto di affitto abbia durata non inferiore a tre anni" (art. 76, comma 9, d.P.R. 5 ottobre 3010, n.207).

Così individuato il paradigma legale di riferimento, alla cui stregua dev'essere, quindi, scrutinata la legittimità dell'ammissione alla gara del RTI Mediterranea, risulta agevole rilevare che i termini generali della formulazione testuale della disposizione impongono, per un verso, una sua esegesi coerente con il dato testuale, che non contempla alcuna eccezione al novero dei requisiti di cui può avvalersi l'affittuario (ubi lex non distinguit neque nos distinguere debemus), ed impediscono, per un altro, qualsivoglia interpretazione riduttiva, che finisca, cioè, inammissibilmente, per escludere, per via ermeneutica, alcuni requisiti dalla facoltà di avvalimento riconosciuta in via generale dalla norma.

4.4- In aggiunta all'efficacia naturale, per come stabilita dalla disposizione richiamata, del contratto di affitto d'azienda (ed in coerenza con essa), le parti hanno, peraltro, concretamente e chiaramente voluto il trasferimento anche del

fatturato pregresso come oggetto dell'accordo negoziale, come si ricava dalla lettura dell'art.2.1, xiv, del contratto.

4.5- Né varrebbe, al riguardo, obiettare che il predetto risultato avrebbe potuto essere prodotto, ai fini che qui rilevano, solo con l'utilizzo del diverso strumento del contratto di avvalimento (del quale quello d'affitto d'azienda non contiene tutti gli elementi costituivi), sia perché, si ripete, la normativa di riferimento contempla espressamente l'effetto in questione come naturale conseguenza giuridica del contratto di affitto d'azienda (anche, cioè, in difetto di una sua espressa previsione nel documento contrattuale), sia perché, in mancanza di divieti o limiti positivi (nella specie non rintracciabili), la definizione dell'oggetto degli effetti traslativi prodotti dallo schema contrattuale in questione resta rimessa all'autonoma negoziale delle parti contraenti (che possono, quindi, validamente contemplare il fatturato specifico pregresso dell'impresa come afferente all'azienda oggetto dell'affitto).

4.6- Avuto, quindi, riguardo alla circostanza che la durata del contratto in esame è stata stabilita in sessanta mesi (art.3.1), deve riconoscersi la correttezza della spendita, da parte dell'affittuaria cooperativa Mediterranea, del requisito del fatturato specifico prodotto dalla cooperativa La Rondine, in coerenza con il disposto dell'art.76, comma 9, d.P.R, cit. (allora vigente) e con la volontà negoziale consacrata nel suddetto contratto.

4.7- Quanto, da ultimo, alla dedotta non computabilità, ai fini dell'attestazione del requisito attinente al fatturato specifico, di quello prodotto dalla società cooperativa Il Cardine (a sua volta locatrice d'azienda in favore della cooperativa La Rondine), basti rilevare che la relativa censura risulta, per un verso, inammissibile, in quanto dedotta in primo grado solo con la memoria difensiva (mentre avrebbe dovuto essere formulata con ricorso, trattandosi di un'autonoma causa petendi), e, per un altro, infondata, atteso che la cessione d'azienda dalla cooperativa Il Cardine alla cooperativa La Rondine autorizzava senz'altro quest'ultima a trasferire alla cooperativa Mediterranea anche il fatturato specifico prodotto dalla prima e già ceduto alla seconda.

5.- L'accoglimento dell'appello principale del RTI Mediterranea impone

l'esame dei motivi rimasti assorbiti nella decisione impugnata e ritualmente riproposti in appello dalla RdR.

6.- Con il primo dei motivi riproposti si insiste nel sostenere l'illegittimità dell'ammissione alla gara del RTI Mediterranea, siccome inammissibilmente costituito come raggruppamento verticale, in violazione dell'art.37, comma 2, d. lgs. cit, nonostante l'omessa indicazione negli atti di gara delle prestazioni principali.

6.1- La censura è infondata in fatto in quanto basata sull'erronea qualificazione del RTI Mediterranea come verticale (per come definito dall'art.37 comma 2, d.lgs. cit.) e sulla conseguente inammissibilità di tale formula associativa, in ragione dell'omessa indicazione negli atti di gara delle prestazioni principali.

Sennonchè, a ben vedere, le imprese destinate a costituirsi in raggruppamento temporaneo dichiaravano la divisione tra di esse delle prestazioni da eseguirsi, non secondo la logica del raggruppamento verticale (secondo cui il mandatario svolge quelle principali e il mandante quelle secondarie), ma mediante una ripartizione per tipologia di servizi (che non risulta vietata da alcuna disposizione legislativa indicata dalla RdR come violata).

7.- Con la seconda censura si ribadisce l'erroneità della valutazione dell'offerta tecnica presentata dalla RdR e si rivendica l'attribuzione di un punteggio maggiore.

7.1- Rileva il Collegio che la doglianza risulta inammissibilmente preordinata a sollecitare un sindacato di merito dei giudizi contestati per mezzo della generica allegazione di una sottovalutazione degli elementi innovativi e migliorativi proposti dalla RdR.

Le valutazioni impugnate si rivelano, al contrario, del tutto coerenti, attendibili, plausibili e, soprattutto, prive di profili di manifesta irragionevolezza o di palese erroneità.

7.2- Orbene, a fronte dei caratteri appena segnalati, le valutazioni espresse dalla commissione di gara devono intendersi estranee all'ambito oggettivo del sindacato di legittimità delle relative determinazioni, che, com'è noto, non può estendersi fino a scrutinare il merito dei pertinenti giudizi tecnici, se non nelle

limitate ipotesi, nella specie non riscontrabili, in cui gli stessi risultino assunti sulla base di una fallace rappresentazione della realtà fattuale o in esito ad una delibazione del tutto illogica o arbitraria della qualità dell'offerta tecnica (cfr., ex multis, Cons. St., sez. V, 18 gennaio 2016, n.120).

7.3- Anche il motivo in esame dev'essere, pertanto, disatteso.

8.- Occorre, allora, procedere all'esame delle censure dedotte a sostegno dei motivi aggiunti proposti avverso la delibera del direttore generale della ASL di Brindisi n.1843 del 3 novembre 2015, con cui era stato revocato (per effetto della sopravvenuta revoca dell'interdittiva emessa contro la cooperativa Mediterranea) il provvedimento dichiarativo della decadenza del RTI Mediterranea dall'aggiudicazione (inizialmente decretato per effetto dell'interdittiva che aveva originariamente colpito la suddetta mandataria).

8.1- Anche i motivi così riproposti, esaminabili congiuntamente per ragioni di sintesi, vanno respinti, alla stregua delle considerazioni di seguito esposte.

8.2- La revoca controversa si appalesa, per un verso, correttamente motivata con riferimento al sopravvenuto aggiornamento (con il provvedimento del Prefetto di Roma in data 22 settembre 2015) dell'interdittiva inizialmente emessa contro la cooperativa Mediterranea, che ha comportato l'eliminazione, con efficacia retroattiva, delle ragioni ostative che avevano determinato la decadenza dall'aggiudicazione, e, per un altro, rispettosa dell'ordinanza (n.511 del 2015 del TAR di Lecce) di rigetto dell'istanza cautelare di sospensione di quest'ultima, siccome priva di qualsivoglia valenza preclusiva dell'esercizio degli ordinari poteri di autotutela da parte della stazione appaltante.

8.3- L'atto di autotutela in esame non risulta, inoltre, contrastante con la normativa antimafia, nella misura in cui ha riammesso alla gara una concorrente, per effetto della sopravvenuta revoca del provvedimento ostativo all'aggiudicazione dell'appalto e, quindi, proprio sulla base del rilievo dell'attuale insussistenza di controindicazioni antimafia (peraltro derivante dalla sottoposizione dell'impresa alla misura di prevenzione dell'amministrazione giudiziaria e, quindi, in coerenza, e non in elusione, della normativa antimafia).

8.4- Non può, da ultimo, ravvisarsi, a carico dell'atto impugnato in primo

grado con i motivi aggiunti, il vizio di violazione dell'art.7 della legge n.241 del 1990, in quanto l'avviso di avvio del procedimento non era dovuto nei confronti di un soggetto nei confronti del quale il provvedimento era destinato a produrre effetti diretti (posto che quelli prodotti nella sfera giuridica della RdR erano solo indiretti o riflessi).

In ogni caso, quand'anche volessero ravvisarsi gli estremi del predetto vizio, lo stesso non potrebbe determinare l'annullamento del provvedimento impugnato, ai sensi dell'art.21-octies, comma 2, l. cit., atteso che lo stesso non avrebbe potuto essere diverso da quello adottato, in quanto assunto in esito alla verifica vincolata della sopravvenuta carenza della ragione ostativa che aveva determinato la decadenza revocata.

9.- Alle considerazioni che precedono conseguono, in definitiva, l'accoglimento dell'appello e, in riforma della decisione impugnata, la reiezione nel merito del ricorso e dei motivi aggiunti proposti in primo grado dalla Residenza dei Renai s.r.l., con conseguenti declaratoria dell'inefficacia del contratto eventualmente stipulato e ordine del subentro in esso del RTI Mediterranea, ai sensi dell'art.122 c.p.a., con decorrenza dal trentesimo giorno successivo alla pubblicazione della presente decisione.

10.- La complessità delle questioni dibattute e la parziale reciprocità della soccombenza giustificano l'integrale compensazione delle spese di entrambi i gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, respinge il ricorso e i motivi aggiunti proposti in primo grado, dichiara l'inefficacia del contratto eventualmente stipulato tra la ASL Brindisi e la Residenza dei Renai s.r.l. e ordina il subentro in esso del RTI Mediterranea, con la decorrenza indicata in motivazione. Dichiara compensate per intero le spese di entrambi i gradi di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 giugno 2016 con l'intervento dei magistrati:

Marco Lipari, Presidente

Carlo Deodato, Consigliere, Estensore

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

Massimiliano Noccelli, Consigliere

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

L'ESTENSORE **IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 30/06/2016

IL SEGRETARIO

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