

Se in un capitolato speciale di un appalto di servizi viene richiesto che la manodopera predisposta all'esecuzione del contratto debba essere alle strette dipendenze dell'impresa partecipante, una Commissione di gara non può ammettere il subappalto dopo l'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche

Vediamo i fatti che vengono sottoposti al Consiglio di Stato nella decisione numero 558 del 12 febbraio 2007.

Dall'art. 5 del Capitolato si deduce chiaramente (lett. n) punto 3) come la stazione appaltante abbia espressamente richiesto, ai fini dell'ammissione alla gara, che la ditta concorrente producesse copia del libro matricola, dal quale doveva risultare il numero totale del personale alle dipendenze dell'azienda ed altresì dichiarazione attestante che tale personale fosse inquadrato secondo le previsioni del CCNL, nonché (lett. k) la produzione della polizza assicurativa R.C. verso terzi e prestatori di lavoro che doveva riportare tutti i nominativi del personale impiegato dalla ditta, oltre alla copia della polizza assicurativa cumulativa infortuni del personale

Mentre:

<Al contrario, dai verbali in atti, si ricava chiaramente che le società controinteressate, in violazione di tali norme di gara, non hanno reso le dichiarazioni secondo le prescrizioni del Capitolato e che in ogni caso il personale a cui hanno fatto riferimento non era legato alle stesse da un vincolo di subordinazione.

Nè può ritenersi che il criterio prescelto dal Capitolato e volto ad offrire maggiori garanzie, in relazione alla richiesta di un vincolo di subordinazione dei dipendenti nei confronti della società sia in contrasto con le norme comunitarie, come sostenuto dall'appellata.

Sotto altro profilo, va anche rilevato che la possibilità di subappalto prevista dall'articolo 12 lettera e) del Capitolato, si riferisce alla disciplina di rapporti successivi alla stipula del contratto e relativi ad una fase patologica del rapporto (rescissione contrattuale e penali).

Nessun potere aveva, pertanto, la Commissione di modificare le regole del Capitolato, ammettendo la possibilità del subappalto, con decisione, oltretutto presa dopo l'apertura delle offerte tecniche, e quindi, dopo la conoscenza delle ditte che avevano fatto riferimento a tale forma di offerta>

A cura di Sonia Lazzini

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO N. 1173 REG.RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta ANNO 2006

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

Sul ricorso in appello n. 1173/2006 del 10 febbraio 2006, proposto da \* S.R.L. in proprio e quale capogruppo mandataria A.T.I.;

ATI – \* S.R.L.

ATI – \* S.R.L. rappresentate e difese dagli avv.ti Franco Gaetano Scoca e Patrizia Stallone con domicilio eletto in Roma via Giovanni Paisiello n. 55 presso l'avv. Franco Gaetano Scoca;

## CONTRO

- L'AZIENDA UNITA' SANITARIA LOCALE ROMA E rappresentata e difesa dall'avv. Rosaria Russo Valentini con domicilio eletto in Roma Corso Vittorio Emanuele II 284 presso l'avv. Rosaria Russo Valentini;

e nei confronti

- della \* S.R.L. rappresentato e difeso dall'avv. Andrea Manzi con domicilio eletto in Roma via Federico Confalonieri, n. 5 presso l'avv. Andrea Manzi;

- la \* S.R.L. non costituitasi;

per la riforma

della sentenza del TAR LAZIO- ROMA:Sezione III n. 7720/2005, resa tra le parti, concernente PUBBLICO INCANTO AFFIDAMENTO SERVIZIO – RISARCIMENTO DANNO;

Visto l'atto di appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio:

- dell'AZIENDA UNITA' SANITARIA LOCALE ROMA E;

- della \* S.R.L.;

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 9 maggio 2006, relatore il Consigliere Adolfo Metro ed uditi, altresì, gli avvocati Rosaria Russo Valentini, A. Manzi e P. Stallone;

Ritenuto in fatto e in diritto quanto segue:

## FATTO

Con bando pubblicato sulla G.U.C E. n. 145 del 28/7/04, l'Azienda sanitaria locale Roma E indicava una procedura per asta pubblica, avente ad oggetto la gestione di un servizio di trasporti infermi con ambulanze.

Con atto notificato in data 31/1/06, l'Ati “\*\*\* Srl “proponeva appello avverso la sentenza del Tar Lazio n. 7720/05, che aveva respinto l'impugnativa dei provvedimenti con i quali si era proceduto all'approvazione degli atti della gara.

Si sostengono i seguenti motivi di appello, in quanto erroneamente valutati dalla sentenza di I grado:

- violazione dell'art. 5 lett. n) n. 3, dell'art. 5 lett. k) del Capitolato speciale d'appalto ed eccesso di potere sotto svariati profili, sia perchè, ai sensi delle richiamate previsioni della "lex specialis", non potevano essere ammesse alla gara ditte che, come le controinteressate, anziché utilizzare proprio personale dipendente hanno fatto ricorso al sub appalto, sia perché la Commissione ha illegittimamente ritenuto, dopo l'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche, l'ammissibilità di tale subappalto, ove preventivamente autorizzato dall'Asl;

- violazione del D.Lgs. n. 276/03 e del D.M. 5/5/04, per violazione delle vigenti norme in materia di appalto di manodopera, interposizione illecita ed eccesso di potere, in quanto la "\*\*\*\* Srl", deputata a fornire tale manodopera, non sarebbe una cooperativa di lavoro ma una società a responsabilità limitata, che ha come scopo sociale l'organizzazione di mezzi strumentali e non la fornitura di lavoro temporaneo, non risultando, oltretutto, iscritta nell'apposito Albo; ciò darebbe luogo ad interposizione illecita di manodopera rispetto alla fattispecie in esame;

- violazione dell'art. 10 n. 2 del Capitolato ed eccesso di potere perchè risulta assegnato alle controinteressate un punteggio, che non poteva essere attribuito, perché riferibile soltanto al personale non dipendente.

La controinteressata vincitrice della gara, costituitasi in giudizio, ha sostenuto l'infondatezza dei dedotti motivi di appello, la sua inammissibilità per mancata notifica del ricorso alla "\*\*\*\*" e, in via incidentale, l'inammissibilità del gravame in quanto l'Ati ricorrente non era in possesso dell'autorizzazione al trasporto infermi rilasciata dalla regione Lazio ma da altra regione, e pertanto, illegittimamente la Commissione la avrebbe ammessa alla gara, pur in carenza di un requisito previsto dal capitolato; sostiene anche l'illegittima attribuzione, in suo favore, di alcuni punteggi.

## DIRITTO

L'appello è fondato.

In via preliminare va respinto il motivo, proposto in via incidentale dall'appellata, relativo alla mancata possesso, da parte dell'appellante, dell'autorizzazione regionale al trasporto infermi in quanto, come rilevato dalla stessa regione in una nota depositata in atti, tale requisito costituirebbe un fattore di discriminazione della concorrenza e del libero mercato perchè lesiva, a livello nazionale, del principio di libertà economica e, a livello comunitario, del principio di libera prestazione dei servizi ponendosi, quindi, in contrasto con gli artt. 43 e 49 del Trattato CE.

Pertanto, correttamente la Commissione ha disapplicato tale illegittima prescrizione del Capitolato.

Va ritenuta inammissibile anche la censura di mancata notifica del ricorso alla "\*\*\*\* Srl", atteso che, comunque, a tale società non può attribuirsi che un mero interesse di fatto nel giudizio "de quo".

Nel merito, i motivi di appello sono fondati.

Dall'art. 5 del Capitolato si deduce chiaramente (lett. n) punto 3) come la stazione appaltante abbia espressamente richiesto, ai fini dell'ammissione alla gara, che la ditta concorrente producesse copia del libro matricola, dal quale doveva risultare il numero totale del personale alle dipendenze dell'azienda ed altresì dichiarazione attestante che tale personale fosse inquadrato secondo le previsioni del CCNL, nonché (lett. k) la produzione della polizza assicurativa R.C. verso terzi e prestatori di lavoro che doveva riportare tutti i nominativi del personale impiegato dalla ditta, oltre alla copia della polizza assicurativa cumulativa infortuni del personale.

Le disposizioni del bando sono, pertanto, univoche nel richiedere la produzione di documentazione e di dichiarazioni attestanti che il personale da adibire al servizio doveva essere alle dipendenze delle imprese partecipanti alla gara e ciò a pena di esclusione.

Ciò trova ulteriore conferma nell'art. 10 n. 3, che richiede, con riferimento al personale con mansioni di infermiere professionale e di autista barelliere, il possesso del DM 10, ossia della denuncia mensile che il datore di lavoro presenta per i contributi previdenziali relativi al personale dipendente dall'azienda.

Al contrario, dai verbali in atti, si ricava chiaramente che le società controinteressate, in violazione di tali norme di gara, non hanno reso le dichiarazioni secondo le prescrizioni del Capitolato e che in ogni caso il personale a cui hanno fatto riferimento non era legato alle stesse da un vincolo di subordinazione.

Nè può ritenersi che il criterio prescelto dal Capitolato e volto ad offrire maggiori garanzie, in relazione alla richiesta di un vincolo di subordinazione dei dipendenti nei confronti della società sia in contrasto con le norme comunitarie, come sostenuto dall'appellata.

Sotto altro profilo, va anche rilevato che la possibilità di subappalto prevista dall'articolo 12 lettera e) del Capitolato, si riferisce alla disciplina di rapporti successivi alla stipula del contratto e relativi ad una fase patologica del rapporto (rescissione contrattuale e penali).

Nessun potere aveva, pertanto, la Commissione di modificare le regole del Capitolato, ammettendo la possibilità del subappalto, con decisione, oltretutto presa dopo l'apertura delle offerte tecniche, e quindi, dopo la conoscenza delle ditte che avevano fatto riferimento a tale forma di offerta.

In relazione a quanto esposto gli esaminati motivi, in quanto fondati, sono sufficienti per l'accoglimento dell'appello e, di conseguenza, vanno annullate le offerte proposte da entrambe le ditte controinteressate, perché in contrasto con le disposizioni del Capitolato.

Dalla fondatezza dell'appello consegue l'accoglimento dell'istanza risarcitoria, a cui dovrà provvedere l'Amministrazione ai sensi di quanto previsto dall'art. 7 della L. n. 205/00, tenendo conto del danno economico diretto sotto forma dei costi sostenuti nonché dei mancati introiti realizzati, sia di quello derivante da perdita di chance.

Le spese del giudizio seguono la soccombenza e vanno liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, accoglie l'appello n. 1173 e, per l'effetto, accoglie il ricorso di I grado nei limiti di cui in motivazione.

Pone le spese del giudizio, per complessivi €5.000/00 (cinquemila) a carico delle parti soccombenti

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 9 maggio 2006 con l'intervento dei Signori:

Agostino Elefante   Presidente

Chiarenza Millemaggi Cogliani Consigliere

Paolo Buonvino Consigliere

Nicola Russo Consigliere

Adolfo Metro Consigliere estensore

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

f.to Adolfo Metro

f.to Agostino Elefante

IL SEGRETARIO

f.to Francesco Cutrupi

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12 febbraio 2007

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL DIRIGENTE

f.to Antonio Natale

N°. RIC.1173/2006

FDG