

N. 03220/2014REG.PROV.COLL.

N. 08046/2013 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8046 del 2013, proposto da:

Libero Consorzio di Cooperative Sociali - Società Cooperativa, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv. Alfonso Celotto e Marco Galli, con domicilio eletto presso l'avv. Alfonso Celotto in Roma, via Principessa Clotilde, 2;

contro

Comune di Apricena;

nei confronti di

OSS Sanitas - Società di Cooperativa Sociale, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avv. Aurelio Pappalepore, con domicilio eletto presso l'avv. Antonia De Angelis in Roma, via Portuense, 104;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. PUGLIA, BARI, SEZIONE II, n. 01316/2013, resa tra le parti, concernente l'affidamento del servizio di gestione del palazzo della cultura nel Comune di Apricena – risarcimento del danno.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della OSS Sanitas - Società di Cooperativa Sociale;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 aprile 2014 il Cons. Paolo Giovanni Nicolo' Lotti e uditi per le parti gli avvocati Stefano Crisci su delega dell'avv. Alfonso Celotto e Aurelio Pappalepore;

FATTO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Bari, Sez. II, con la sentenza 10 settembre 2013, n. 1316, ha respinto il ricorso proposto dall'attuale appellante per l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione definitiva in favore della OSS della gara pubblica (procedura di aggiudicazione: gara aperta) per l'affidamento del servizio di "Gestione del palazzo della cultura" del Comune di Apricena (determinazione dirigenziale n. 908 reg. gen. pubbl. del 20.5.2013, doc. 5; comunicato alla ricorrente a mezzo fax del 21.5.2013, doc. 4); del provvedimento di aggiudicazione provvisoria della suddetta gara in favore di OSS (verbale di gara n. 4, doc. 9); infine, del provvedimento di ammissione alla gara della OSS e della conferma del medesimo (verbale di gara n. 1, doc. 6; verbale di gara n. 2, doc. 7).

Il TAR fondava la sua decisione rilevando, sinteticamente, che la stazione appaltante, con delibera n. 1176-2013, ha rideterminato il punteggio a favore della ricorrente in primo grado, riconoscendo così l'errore materiale compiuto, contestualmente rideterminandone il punteggio in 62,5 e confermando nel contempo quello dell'aggiudicataria.

Per il TAR, all'esito di tale rivalutazione complessiva delle offerte risulta evidente che, mancando l'impugnativa con motivi aggiunti della delibera de qua, l'unica censura per cui permane interesse è quella con cui si reclama l'esclusione dell'aggiudicataria.

Sotto quest'ultimo profilo, secondo il TAR la contestata affermazione contenuta nella nota Smar deve essere interpretata non nel senso che i servizi effettuati a favore della ASP Smar, a dimostrazione del requisito della pregressa esperienza, non siano stati oggetto di corrispettivo e per ciò di fatturazione, ma nel senso che il costo dell'esternalizzazione rappresenta il corrispettivo percepito e, quindi, il fatturato.

In altri termini, per il TAR, il fatturato sarebbe quello corrispondente al corrispettivo dell'esternalizzazione e, sotto questo profilo, l'aggiudicataria ha versato in giudizio copia delle fatture da essa rilasciate a tal fine che comprovano il requisito professionale richiesto.

L'appellante contestava la sentenza del TAR, deducendo:

- Errore di fatto e di valutazione del giudizio di primo grado. Errata valutazione della documentazione prodotta dall'aggiudicataria (fatture emesse nei confronti di ASP Smar) e mancata valutazione della documentazione prodotta dalla ricorrente/appellante (nota ASP Smar prot. 456 del 2.7.2013). Mancata esclusione della OSS. Violazione e falsa applicazione degli artt. 3, 41 e 97 Cost., artt. 2, 41, 42 e 46 cod. contr. pubblici, art. 7 bando di gara, art. 18 capitolato d'appalto. Violazione del principio di uguaglianza ed imparzialità, del principio della libertà di concorrenza, violazione di legge, violazione del bando, del capitolato, manifesta irragionevolezza ed illogicità motivazione, insufficienza motivazione.

Con l'appello in esame, quindi, si chiedeva l'accoglimento del ricorso di primo grado.

Si costituiva il soggetto controinteressato appellato chiedendo il rigetto dell'appello.

All'udienza pubblica del 15 aprile 2014 la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

Rileva il Collegio che la vicenda in esame si concentra sul contestato possesso, e sulla relativa pedissequa dimostrazione, del requisito di partecipazione in capo all'aggiudicatario e richiesto dal bando di gara, attinente all'aver svolto servizi **simili** a quelli oggetto dell'appalto.

In specifico, il bando prescriveva la necessità di "avere svolto con buon esito, nell'arco degli ultimi 3 anni, servizi **simili** a quelli oggetto dell'appalto per un importo complessivo nel triennio, non inferiore ad euro 85.000 certificati e/o certificabili".

L'oggetto dell'appalto consiste nella Gestione del Polo Culturale Comunale comprendente il Servizio Bibliotecario e Informagiovani, la Mediateca Federiciana ed il Museo civico comunale.

Sotto il profilo del concetto di similarità dei servizi pregressi, deve rammentarsi che i servizi **analoghi** non significano servizi identici, poiché la formula "servizi **analoghi**" implica la necessità di ricercare elementi di similitudine tra i servizi presi in considerazione, elementi che non possono che scaturire dal confronto tra le prestazioni oggetto dell'appalto da affidare e le prestazioni oggetto dei servizi indicati dai concorrenti al fine di dimostrare il possesso della capacità economico-finanziaria dal bando, senza quindi fermarsi alla verifica del tipo di contratto in cui tali prestazioni sono inserite.

Pertanto, quando la lex specialis di gara richiede, come nella fattispecie, di dimostrare il pregresso svolgimento di servizi **simili**, non è consentito alla stazione appaltante di escludere i concorrenti che non abbiano svolto tutte le attività rientranti nell'oggetto dell'appalto, né le è consentito di assimilare impropriamente il concetto di servizi **analoghi** con

quello di servizi identici, considerato che la ratio di siffatte clausole è proprio quella di perseguire un opportuno contemperamento tra l'esigenza di selezionare un imprenditore qualificato ed il principio della massima partecipazione alle gare pubbliche.

Nel caso in esame, l'aggiudicataria ha dichiarato di aver svolto servizi **simili** a quelli oggetto dell'appalto presso l'ASP Smar di Manfredonia dal 1°.6.2012 al 31.3.2013, con fatturato di euro 243.695,02 (con annesso elenco fatture con importi).

L'ASP non ha certificato il contrario, come sostiene l'appellante, poiché nella nota prot. n. 456 del 2.7.2013 (doc. 24 appellante), l'ASP ha soltanto specificato che "quest'Azienda non annovera tra i servizi concessi a terzi quelli di cui alla Vs. nota di prot. n. 480/A/13: "Gestione di Biblioteche - Informagiovani - Museo civico - Mediateche".

Pertanto, tale nota dimostra esclusivamente che l'aggiudicataria non ha svolto servizi identici, ma non scarta a priori l'ipotesi che abbia svolto servizi **simili**.

Infatti, la nota dell'ASP Smar 15.4.2013, prot. n. 254 (doc. 14 appellante), attesta l'affidamento, a favore dell'aggiudicatario, di diversi servizi, tra cui anche quelli socio assistenziali e di animazione culturale, ludico-creative, di accoglienza ed orientamento informativo-formativo-culturale.

In particolare, la OSS Sanitas ha ricevuto in affidamento dal 1°.7.2012 presso l'ASP Smar di Manfredonia tutti i servizi indicati nella deliberazione di CdA, compresi quelli relativi all'attività di animazione (biblioteca, lettura libri, giornali, quotidiani, riviste, attività culturali, attività del tempo libero, attività musicali, eventi, etc.) svolta nell'ambito di un servizio di assistenza per anziani come risulta dalle fatture prodotte in giudizio.

La stessa nota della ASP Smar del 15.4.2013 attesta che nell'ambito degli affidamenti dei servizi di assistenza alla persona, nonché aventi ad oggetto le attività infermieristiche, socio-assistenziali e di animazione, prestati dalla Cooperativa OSS dal mese di giugno 2012 a tutt'oggi a beneficio degli anziani, la stessa collabora con l'Azienda allo svolgimento delle attività di animazione culturale, ludico-ricreative, socio assistenziali in favore degli anziani ed altresì di accoglienza ed orientamento informativo-formativo-culturale a beneficio delle famiglie anche al fine di orientarle sulla rete dei servizi con riferimento al settore di assistenza agli anziani.

Tali servizi tuttavia non possono, ad avviso del Collegio, in alcun modo giustificare un giudizio di similarità e, quindi, non possono ritenersi legittimare l'ammissione alla gara dell'aggiudicataria.

Infatti, tra l'attività di Gestione di Biblioteche - Informagiovani - Museo civico – Mediateche, richiesta dalla gara contestata in questo giudizio e l'attività pregressa di animazione svolta dall'aggiudicataria nell'ambito di un servizio di assistenza per anziani sussiste un incolmabile iato concettuale e funzionale.

Mentre l'attività posta a base di gara è rappresentata da un'attività di carattere eminentemente culturale, quella svolta previamente dalla OSS Sanitas è senza dubbio un'attività di tipo assistenziale o, al limite, di tipo ludico, pur con alcuni contenuti accessori culturali (biblioteca, lettura libri, giornali, quotidiani, riviste, attività culturali, attività del tempo libero) che hanno, all'evidenza, carattere solo complementare e non certo qualificante del servizio effettivamente svolto.

Pertanto, non risulta sussistere alcun rapporto di attinenza o di pertinenza tra l'attività di Gestione di Biblioteche - Informagiovani - Museo civico – Mediateche, richiesta dalla gara contestata in questo giudizio e l'attività pregressa di animazione svolta dalla OSS Sanitas presso l'ASP Smar.

Con la conseguenza che il contenuto della predetta nota della ASP Smar del 15.4.2013, che attesta che "Quanto attestato non ha comportato e non comporta, in alcun modo, oneri finanziari a carico di quest'azienda in quanto trattasi di servizi ed attività rientranti nell'ambito degli affidamenti esternalizzati", pur dimostrando la correttezza della valutazione del TAR, poiché facendosi riferimento al contracting out (id est, all'esternalizzazione) a favore dell'affidatario (quindi della OSS Sanitas) indica che tali servizi sono già inclusi nel prezzo pattuito per l'affidamento medesimo, non rileva nel caso in esame, non riguardando servizi **analoghi**.

Infatti, le fatture prodotte da OSS, pur essendo documenti che si inquadrano tra gli atti giuridici a contenuto partecipativo, consistendo nella dichiarazione indirizzata all'altra parte di fatti concernenti un rapporto già costituito, ove tale rapporto non sia contestato tra le parti, possono costituire un valido elemento di prova quanto alle prestazioni eseguite ed al relativo ammontare, purché tali prestazioni siano, ovviamente, qualificabili come **simili** il che, alla luce delle predette considerazioni, deve essere recisamente escluso.

Conclusivamente, alla luce delle predette argomentazioni, l'appello deve essere accolto e, in riforma della sentenza impugnata, deve essere accolto il ricorso di primo grado, con conseguente annullamento dell'aggiudicazione.

Ai sensi dell'art. 122 c.p.a. , fuori dei casi indicati dall'articolo 121, comma 1, e dall'articolo 123, comma 3, una volta annullata l'aggiudicazione definitiva, come nella specie, questo Collegio ritiene di dover disporre il subentro dell'attuale appellante nel contratto, atteso che il vizio dell'aggiudicazione non comporta l'obbligo di rinnovare la gara, la domanda di subentro è stata proposta e lo stato di esecuzione del contratto e la tipologia stessa del contratto, così come sopra descritta, consente tale subentro.

Il subentro decorre, naturalmente, dalla comunicazione ovvero dalla notificazione della predetta sentenza al Comune.

Residua l'esame della domanda risarcitoria ex art. 124 c.p.a., poiché questo giudice non può oggettivamente dichiarare l'inefficacia della parte del contratto che ha già avuto esecuzione e la domanda risarcitoria, pur presentata in via subordinata a quella di reintegrazione in forma specifica, deve trovare pieno ingresso e piena considerazione in relazione a tale parte del contratto.

Dunque, in riferimento alla parte del contratto che ha già avuto esecuzione può disporsi il risarcimento del danno per equivalente ex art. 2043 c.c., sussistendovi tutti i presupposti (illegittimità dell'aggiudicazione, nesso di causalità, colpa in re ipsa trattandosi di appalti pubblici - Consiglio di Stato, Sez. V, 8 novembre 2012, n. 5686).

Ai sensi dell'art. 34, comma 4, c.p.a. questo Collegio può stabilire i criteri in base ai quali il Comune deve proporre a favore del creditore, odierno appellante, il pagamento di una somma entro un congruo termine a titolo di risarcimento danni. Tale termine viene stabilito, nella specie, in novanta giorni dalla comunicazione ovvero dalla notificazione della predetta sentenza al Comune.

Nel caso di specie, è possibile stabilire i seguenti criteri:

- deve essere esclusa la pretesa di ottenere l'equivalente del 10% dell'importo a base d'asta, non essendo detto criterio oggetto di applicazione automatica ed indifferenziata, essendo necessaria la prova documentata, a carico dell'impresa, della percentuale di utile che avrebbe conseguito qualora fosse risultata aggiudicataria dell'appalto (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 8 novembre 2012, n. 5686) nel periodo intercorrente tra l'avvio del servizio e il subentro sopra indicato;
- la percentuale di utile che avrebbe conseguito l'aggiudicataria deve essere parametrata, come detto, al periodo intercorrente tra l'avvio del servizio e il subentro sopra indicato;
- il mancato utile come sopra individuato spetta nella misura integrale solo se la concorrente dimostra di non aver potuto altrimenti utilizzare mezzi e maestranze, in quanto tenuti a disposizione in vista dell'aggiudicazione; in difetto di tale dimostrazione, è da ritenere che l'impresa possa aver ragionevolmente riutilizzato mezzi e manodopera per altri lavori o servizi, con la conseguente decurtazione del risarcimento di una misura a titolo di aliunde perceptum vel percipiendum (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 8 novembre 2012, n. 5686);
- per quanto riguarda il danno emergente, la partecipazione alle gare pubbliche di appalto implica per le imprese la sopportazione di costi che, di norma, restano a carico delle imprese medesime, sia in caso di aggiudicazione, sia in caso di mancata aggiudicazione; quindi nulla è dovuto a tale titolo (Consiglio di Stato, sez. VI, 3 settembre 2013, n. 4392);
- in sede di risarcimento dei danni derivanti dalla mancata aggiudicazione di una gara di appalto, è onere dell'interessato richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento del c.d. danno curriculare (come nella specie) e fornirne adeguatamente la relativa prova (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 21 settembre 2010, n. 7004);
- per liquidare l'obbligazione di risarcimento del danno da fatto illecito, il giudice deve effettuare una duplice operazione; innanzitutto va reintegrato il danneggiato nella stessa situazione patrimoniale nella quale si sarebbe trovato se il danno non fosse stato prodotto, dovendosi così provvedere alla rivalutazione del credito, cioè alla trasformazione dell'importo del credito originario in valori monetari correnti alla data in cui è compiuta la liquidazione giudiziale; normalmente questa operazione viene effettuata avvalendosi del coefficiente di rivalutazione elaborato dall'Istat, applicando l'indice dei prezzi al consumo per famiglie di operai e impiegati, se non dimostrato un diverso indice di rivalutazione.

In secondo luogo, dovrà calcolarsi il cd. danno da ritardo, utilizzando il metodo consistente nell'attribuzione degli interessi (c.d. compensativi), da calcolare secondo i criteri già fissati dalla Corte di Cassazione (sentenza n. 1712/95), secondo cui gli interessi (ad un tasso non necessariamente corrispondente a quello legale) vanno calcolati dalla data del fatto non sulla somma complessiva rivalutata alla data della liquidazione, bensì sulla somma originaria rivalutata anno dopo anno, cioè con riferimento ai singoli momenti con riguardo ai quali la predetta somma si incrementa nominalmente in base agli indici di rivalutazione monetaria (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 8 novembre 2012, n. 5686).

Pertanto, sempre ai sensi dell'art. 34, comma 4, c.p.a., le parti devono giungere ad un accordo sulla base di detti criteri; in difetto, con il ricorso previsto dal Titolo I del Libro IV c.p.a., possono essere chiesti la determinazione della somma

dovuta ovvero l'adempimento degli obblighi ineseguiti.

Le spese del doppio grado di giudizio possono essere compensate, sussistendo giusti motivi connessi alla difficile perimetrazione del concetto di servizi **analoghi**.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso di primo grado, annullando l'aggiudicazione definitiva impugnata.

Dispone il subentro dell'appellante nel servizio, ai sensi di cui in motivazione.

Dispone il risarcimento del danno per equivalente e a favore dell'appellante ai sensi dell'art. 34, comma 4, c.p.a., con le modalità e nei termini di cui in motivazione.

Compensa le spese di lite del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 aprile 2014 con l'intervento dei magistrati:

Carmine Volpe, Presidente

Vito Poli, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere, Estensore

Fulvio Rocco, Consigliere

Doris Durante, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il **25/06/2014**

IL SEGRETARIO

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