

STUDIO LEGALE FENOGLIO CALLEGARI

10138 Torino - Via Susa, 35 – Tel. 011.4334004 - 011.4335155 Fax 011.4331319 – P.IVA. 10847540019

Avv. Andrea FENOGLIO
Patrocinante in Cassazione
Avv. Prof. Mia CALLEGARI
Avv. Lorenzo FENOGLIO
Avv. Marco ARENA
Avv. Roberta SALERNO
Avv. Nadia TRAMONTANA
Avv. Valeria BIANCO
Dott.ssa Sarah QUAZZOLO
Dott.ssa Giulia BELLONE
Dott.ssa Maria Grazia ROGNETTA

Spett.le
Comune di Tortona
Corso Alessandria, n. 62
15057 – Tortona (AL)

RICORSO GERARCHICO

nell'interesse di

E.N.P.A. (Ente Nazionale Protezione Animali) Onlus, Sede nazionale, in persona del Presidente Nazionale e legale rappresentante *pro tempore*, signora Carla Rocchi, con sede in Roma, via Attilio Regolo, 27 (**doc. 1**),

e di

E.N.P.A. (Ente Nazionale Protezione Animali) Onlus, Sezione di Tortona, in persona del Presidente, signora Rita Livolsi, con sede in Tortona (AL), via Verdi, 4,

rappresentati e difesi nel presente procedimento, dall'avv. Andrea Fenoglio e dall'avv. prof. Mia Callegari, presso il cui studio, sito in Torino, via Susa, 35, eleggono domicilio, in forza di procure speciali rilasciate in data 27 gennaio 2016 in calce al presente atto,

- ricorrenti -

contro

COMUNE DI TORTONA, in persona del Sindaco *pro tempore*, con sede in Tortona (AL), corso Alessandria, 62,

- resistente –

per l'annullamento, previa sospensiva,

del **bando di gara d'appalto** mediante procedura aperta ad oggetto l'affidamento del "Servizio cattura cani randagi o vaganti incustoditi, gestione canile municipale (sanitario e rifugio), raccolta spoglie mortali di cani e gatti, soccorso animali d'affezione feriti – periodo dal 01.01.2016 al 31.12.2018", CIG: 65056697E3, pubblicato in data 14 dicembre 2015 (**doc. 2**) e della **determinazione n. 820 del Comune di Tortona, adottata in data 31 dicembre 2015**, pubblicata all'Albo Pretorio del Comune in data 11 gennaio 2016 per quindici giorni consecutivi ai sensi della vigente normativa e avente ad oggetto: "procedura aperta ad oggetto per l'affidamento del «Servizio cattura cani randagi o vaganti incustoditi, gestione canile municipale (sanitario e rifugio), raccolta spoglie mortali di cani e gatti, soccorso animali d'affezione feriti – periodo dal 01.01.2016 al 31.12.2008», approvazione verbale di gara ed aggiudicazione a «FTM cooperativa sociale a r.l.», con sede in Novi Ligure (AL)" (**doc. 3**),

nonché ed in ogni caso per l'annullamento

del **verbale della seduta pubblica di commissione di gara**, in data 29 dicembre 2015, conclusasi con l'aggiudicazione provvisoria dell'appalto in favore della Cooperativa Sociale F.T.M. a responsabilità limitata (**doc. 4**), della **determinazione n. 821, adottata in data 31 dicembre 2015**, pubblicata all'Albo Pretorio del Comune in data 11 gennaio 2016 per quindici giorni consecutivi ai sensi della vigente normativa e avente ad oggetto: "*Servizio di cattura cani randagi o vaganti incustoditi, gestione del*

canile municipale (canile sanitario e canile rifugio), raccolta spoglie mortali e soccorso animali di affezione incidentati o feriti. Nomina del direttore dell'esecuzione del contratto” (doc. 5) e di tutti gli altri atti e provvedimenti presupposti, antecedenti, consequenziali, successivi o comunque connessi con la predetta determinazione.

* * *

PREMESSO CHE

- 1) Con Determinazione Dirigenziale in data 7 dicembre 2015, il Comune di Tortona indiceva, ai sensi degli articoli 54 e 55 del D. Lgs. 163/2006 (c.d. Codice dei Contratti Pubblici), una procedura aperta, da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso per l'affidamento dell'appalto del “servizio cattura cani randagi o vaganti incustoditi, gestione canile municipale (sanitario e rifugio), raccolta spoglie mortali di cani e gatti, soccorso animali d'affezione feriti – periodo dal 01.01.2016 al 31.12.2008”, da espletarsi per il Comune di Tortona e i Comuni convenzionati.
- 2) Il bando di gara, successivamente pubblicato in data 14 dicembre 2015 (cfr. doc. 2), prevedeva quale termine di ricezione delle offerte le ore 12,00 del 28 dicembre 2015.
- 3) In data 29 dicembre 2015, in Tortona, corso Alessandria, 62, presso il settore Lavori Pubblici del Comune di Tortona, si riuniva, in seduta pubblica, la Commissione di gara (cfr. doc. 4), che procedeva alla verifica del rispetto dei termini di ricezione delle offerte pervenute, all'esame dei requisiti di partecipazione dei concorrenti sulla base della documentazione prodotta dai medesimi e, quindi, all'apertura delle offerte economiche presentate dai concorrenti che non fossero stati esclusi in base all'esito dei suddetti controlli.

- 4) In particolare, il Presidente della Commissione di gara, Ing. Francesco Gilardone, rendeva noto che, entro il termine ultimo perentoriamente fissato per la ricezione delle offerte, erano pervenuti n. 3 pieghi da parte dei seguenti concorrenti:
- Solemare società cooperativa sociale, con sede in Porto Viro (RO), corso Risorgimento, 23/4,
 - E.N.P.A. Onlus, con sede in Roma, via Attilio Regolo, 27, Sezione di Tortona,
 - cooperativa sociale FTM a r.l., con sede in Novi Ligure (AL), via dell'Industria, 18.
- 5) Previa verifica della documentazione prodotta, all'esito della quale tutti e tre i concorrenti erano ammessi alla fase di apertura delle buste contenenti le offerte economiche, la Commissione di gara approvava la seguente graduatoria di aggiudicazione provvisoria (cfr. doc. 4):
- 1°) cooperativa sociale FTM a r.l., provvisoriamente aggiudicataria con il ribasso del 37,188%,
 - 2°) Solemare società cooperativa sociale, con il ribasso del 14,20%,
 - 3°) E.N.P.A. Onlus, con il ribasso dell'1%.
- 6) Con conseguente determinazione n. 820, adottata in data 31 dicembre 2015 e pubblicata all'Albo Pretorio in data 11 gennaio 2016 (cfr. doc. 3), il Comune di Tortona approvava il suddetto verbale di seduta pubblica in data 29 dicembre 2015, provvedendo all'aggiudicazione definitiva del servizio in favore della FTM cooperativa sociale a r.l., con sede in Novi Ligure (AL), e, quindi, alla nomina del direttore dell'esecuzione del contratto con la deliberazione n. 821/2015(cfr. doc. 3).
- 7) A seguito dell'aggiudicazione, che si ritiene gravemente lesiva, a livello sia

nazionale che locale, degli interessi dell'E.N.P.A. Onlus, considerata tanto nella sua qualità di partecipante quanto nella sua qualità di ente morale con lo scopo principale di provvedere alla protezione degli animali ed alla connessa tutela e valorizzazione della natura e dell'ambiente (cfr. doc. 1), si è presentata istanza di accesso agli atti di gara, in esito alla quale si sono potuti esaminare i documenti presentati dalla Cooperativa Sociale F.T.M. a responsabilità limitata (**doc. 6**) e dalla Solemare Società Cooperativa Sociale (**doc. 7**), dalla verifica dei quali sono emersi vizi tali da inficiare la legittimità della procedura e dell'aggiudicazione.

* * *

Avverso i provvedimenti indicati in epigrafe, gli enti ricorrenti, come sopra rappresentati, difesi e domiciliati, propongono in questa sede formale ricorso, al fine di sentirne disporre l'annullamento, previa sospensione, per i seguenti principali

MOTIVI DI DIRITTO

- I -

VIOLAZIONE DI LEGGE.

ILLEGITTIMITÀ DEL PROCEDIMENTO PER MANCATO RISPETTO DEI TERMINI MINIMI DI RICEZIONE DELLE OFFERTE STABILITI DAL D. LGS. 12.04.2006 N. 163, ART. 70.

ECESSO DI POTERE.

I provvedimenti impugnati risultano *prima facie* illegittimi, in quanto adottati all'esito di una procedura amministrativa insanabilmente viziata sotto il profilo della violazione, da parte della stazione appaltante, del principio generale di pubblicità che dovrebbe presiedere allo svolgimento di ogni gara d'appalto, atteso il mancato rispetto del termine minimo stabilito dall'art. 70 del Codice degli Appalti.

Nel fissare un termine per la ricezione delle domande di partecipazione e delle

offerte, le stazioni appaltanti tengono conto della complessità della prestazione oggetto del contratto e del tempo ordinariamente necessario per la preparazione delle offerte, fermo restando, in ogni caso, l'obbligo di rispettare i termini minimi stabiliti dal Legislatore per i diversi tipi di procedure. L'osservanza dei termini in questione è manifestazione della trasparenza amministrativa, costituendo un'essenziale garanzia partecipativa in favore dei concorrenti e contribuendo a qualificare un procedimento di evidenza pubblica come rispettoso della *par condicio* dei partecipanti.

Come noto, ai fini della corretta individuazione del termine applicabile alla singola procedura, il Codice degli Appalti distingue a seconda che si tratti di contratti per l'affidamento di lavori, servizi e forniture di importo superiore alle soglie di rilevanza europea ovvero al di sotto di tali soglie. In particolare, per i contratti di rilievo comunitario (ossia quei contratti il cui valore, stimato al netto dell'imposta sul valore aggiunto, supera gli importi di cui all'art. 28 del D. Lgs. 163/2006), l'art. 70 del citato Codice detta termini che variano in dipendenza del tipo di procedura scelta per l'individuazione del contraente (aperta, ristretta, negoziata o strutturata come dialogo competitivo) e dell'avvenuta pubblicazione o meno dell'avviso di preinformazione.

I provvedimenti che qui si impugnano risultano illegittimi innanzitutto in quanto la *lex specialis* di gara risulta aver assegnato ai partecipanti un termine ultimo per la presentazione delle offerte di gran lunga inferiore rispetto al termine minimo previsto dalla disciplina garantistica sopra illustrata.

Avendo indetto una procedura di gara di rilevanza comunitaria (in quanto avente ad oggetto l'aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi del valore stimato di €. 373.698,00 e, dunque, superiore alla soglia di €. 211.000,00 stabilita dall'art. 28 del Codice degli Appalti), aperta e con riferimento alla quale la pubblicazione del bando di

gara non risulta essere stata preceduta da alcuna comunicazione di preinformazione, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 70, comma 2 del D. Lgs. n. 163/2006, il Comune di Tortona non avrebbe potuto stabilire un termine per la ricezione delle offerte inferiore a cinquantadue giorni, decorrenti dalla data di trasmissione del bando di gara.

Giacché il bando di gara risulta essere stato pubblicato in data 14 dicembre 2015 (come conferma l'articolo estratto dal quotidiano locale "*Oggi Cronaca*", datato 13 dicembre 2015 e pubblicato in rete il giorno successivo, che si offre in comunicazione *sub doc. 8*) e nel bando medesimo, al punto 13), è previsto che "*Le offerte dovranno pervenire al protocollo comunale entro e non oltre le ore 12,00 del giorno 28 dicembre 2015, secondo quanto indicato dall'art. 5 del Disciplinare di gara*", emerge in tutta evidenza la **grave violazione dell'iter procedimentale** in cui è incorsa l'amministrazione appaltante, avendo assegnato ai soggetti interessati a partecipare alla gara un termine di soli quindici giorni (dei quali soltanto undici lavorativi), **a fronte del termine minimo di cinquantadue giorni** che, invece, avrebbe dovuto concedere.

Va considerato, peraltro, che una tale violazione risulta tanto più grave in quanto il capitolato speciale d'appalto, nella sezione contrattuale, all'art. 13, impone ai partecipanti l'obbligo del sopralluogo preventivo presso le aree oggetto del servizio. In un simile caso, è ovvio che il termine teoricamente a disposizione dei partecipanti per la presentazione delle offerte (ossia per assumere la decisione di partecipare alla gara, predisporre la documentazione amministrativa, effettuare il sopralluogo e redigere l'offerta economica) venga ad essere drasticamente ridotto. Ne consegue che il Comune di Tortona avrebbe dovuto non solo rispettare il termine minimo fissato *ex lege* per la ricezione delle offerte, ma anche valutarne l'ampliamento, in considerazione del tempo necessario a consentire ai partecipanti di prendere visione delle aree di intervento, così

da scongiurare a monte qualsiasi pregiudizio alla serietà dell'offerta ed al *favor participationis*.

Per tutte le dirimenti ragioni illustrate con il presente motivo, il bando di gara pubblicato in data 14 dicembre 2015 e gli altri provvedimenti impugnati risultano già in radice illegittimi e, conseguentemente, dovranno essere annullati, dal momento che la violazione del principio di pubblicità costituisce vizio insanabile della procedura, il quale si ripercuote sui provvedimenti amministrativi adottati in esito all'irrituale procedimento di gara, invalidandoli *in toto*.

- II -

VIOLAZIONE DI LEGGE. CARENZA DEI REQUISITI DELL'AGGIUDICATARIO.

ASSOLUTA CARENZA DELL'OGGETTO SOCIALE DELLA COOPERATIVA SOCIALE F.T.M.

A RESPONSABILITÀ LIMITATA.

ECESSO DI POTERE.

I provvedimenti impugnati ed in particolare le deliberazioni concernenti l'aggiudicazione risultano illegittimi, altresì, per avere determinato l'affidamento dell'appalto a un soggetto gravemente inidoneo all'aggiudicazione del servizio, in quanto privo di un presupposto soggettivo fondamentale per la partecipazione alla gara: il requisito di idoneità professionale previsto *ex art.* 39 del D. Lgs. 163/2006.

La disposizione citata, al comma 1, dispone che:

“I concorrenti alle gare, se cittadini italiani o di altro Stato membro residenti in Italia, possono essere invitati a provare la loro iscrizione nel registro della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura o nel registro delle commissioni provinciali per l'artigianato, o presso i competenti ordini professionali”.

All'art. 3 del disciplinare di gara, *sub b)*, l'Amministrazione comunale ha

previsto, tra i requisiti di idoneità professionale per partecipare alla gara, per i soggetti di cui all'art. 34 del D. Lgs. 163/2006, l'iscrizione alla Camera di Commercio, Industria, Artigianato, Agricoltura (C.C.I.A.A.) – Registro delle Imprese per lo svolgimento di attività corrispondente al servizio da affidarsi con la gara.

Sul punto, nell'istanza di partecipazione alla procedura aperta e contestuale dichiarazione sostitutiva unica, allegata all'offerta *sub* “modello A” (cfr. doc. 6), la Cooperativa Sociale F.T.M. a responsabilità limitata (qui di seguito, per brevità, anche solo “F.T.M.”) si è limitata ad autocertificare di essere iscritta per i servizi oggetto di gara alla Camera di Commercio di Alessandria, al n. AL-254405 dal 16 gennaio 2014, nel Registro Ditte, al n. 02420800068, senza nemmeno indicare il Codice attività.

Quanto dichiarato da F.T.M., tuttavia, non corrisponde al vero.

Dalla visura camerale che si produce con il presente ricorso *sub* **doc. 9**, infatti, emerge che l'oggetto sociale della cooperativa non coincide, nemmeno in parte, con l'oggetto della procedura d'appalto indetta dal Comune di Tortona. Quanto estratto dal Registro delle Imprese dimostra che la F.T.M. svolge in misura prevalente attività di pulizia, disinfezione, disinfestazione, derattizzazione e sanificazione, come comprovato, fra l'altro, dall'attribuzione alla stessa del Codice ATECO 81.29.99, che ricomprende le seguenti attività economiche: pulizia e manutenzione di piscine, pulizia di treni, autobus e aeroplani, pulizia interna delle cisterne per trasporti su strada o marittimi, pulizia di bottiglie e, più in generale, altri servizi di pulizia.

Le deliberazioni che si impugnano con il presente ricorso risultano dunque illegittime, disponendo l'aggiudicazione definitiva dell'appalto in favore di un soggetto che, per contro, avrebbe dovuto essere escluso dalla gara.

Solo per scrupolo difensivo e al mero fine di prevenire pretestuose eccezioni

avversarie, va osservato sin d'ora come la cooperativa sociale aggiudicataria non abbia certamente soddisfatto la richiesta della stazione appaltante relativa al possesso del requisito *de quo* attraverso l'avvalimento, ai sensi dell'art. 49 del Codice degli Appalti, nei confronti dell'Associazione Amici degli Animali Onlus. Fermo restando che l'avvalimento in questione non era diretto all'acquisizione del requisito di cui al disciplinare di gara, art. 3, lettera b), bensì dell'esperienza di un servizio analogo di cui alla lettera f) della medesima disposizione della *lex specialis*, si rileva che, in ogni caso, la F.T.M. non avrebbe potuto sopperire alla carenza del requisito soggettivo in questione facendo affidamento sull'oggetto sociale della sua ausiliaria.

Secondo l'insegnamento della Giurisprudenza, infatti, pur nell'ampiezza dei margini applicativi dell'art. 49 del D. Lgs. n. 163 del 2006, *“non possono costituire oggetto di avvalimento i requisiti di idoneità morale e professionale, prescritti dagli articoli 38 e 39 del medesimo codice, avendo l'istituto in questione la finalità di favorire la più ampia possibile partecipazione alle gare, al tempo stesso assicurando il corretto livello di qualità prescritto dal bando, ma non anche l'aggiramento di presupposti indefettibili per detta partecipazione”* (così Cons. Stato, Sez. VI, 15.05.2015, n. 2486; v. anche, in senso conforme, Cons. Stato, Sez. V, 5 novembre 2012, n. 5595, Cons. Stato, Sez. V, 23 ottobre 2012, n. 5408, Cons. Stato, Sez. IV, 24 novembre 2014, n. 5805).

Anche l'Autorità Nazionale Anticorruzione, soffermandosi sulla impossibilità di avvalersi dei requisiti di idoneità professionale *ex art. 39* del codice degli Appalti, ha ritenuto che *“Il possesso di specifiche abilitazioni e l'iscrizione agli albi professionali, entrambi requisiti di idoneità professionale ex art. 39 del D. Lgs. n. 163/2006, inerendo alla disciplina pubblica delle attività economiche, e, configurando uno status connotato*

da un elevato tasso di soggettività, non possono essere oggetto di avvalimento (cfr. AVCP Determinazione 2/2012)” (cfr. parere di precontenzioso n. 218 del 18 dicembre 2013; nella specie era stato ritenuto non suscettibile di avvalimento il requisito dell’iscrizione all’Albo regionale delle imprese che gestiscono il servizio di trasporto scolastico).

Per tutte le ragioni sin qui esposte, i provvedimenti impugnati risultano illegittimi e, pertanto, dovranno essere annullati.

- III -

VIOLAZIONE DI LEGGE.

**ILLEGITTIMITÀ DELL'AVVALIMENTO DI F.T.M. NEI CONFRONTI
DELL'ASSOCIAZIONE AMICI DEGLI ANIMALI ONLUS.**

MANCATO RISPETTO DEI REQUISITI RICHIESTI DALLA LEGGE DI GARA.

DIFETTO DI ISTRUTTORIA.

Le deliberazioni di aggiudicazione che qui si impugnano risultano inoltre illegittime giacché l’Amministrazione appaltante ha ritenuto ammissibile l’avvalimento da parte della F.T.M. dell’Associazione Amici degli Animali Onlus, nonostante le palesi violazioni dell’art. 49 del D. Lgs. n. 163/2006.

Al primo comma, tale disposizione prevede che:

“Il concorrente, singolo o consorziato o raggruppato ai sensi dell’articolo 34, in relazione ad una specifica gara di lavori, servizi, forniture può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo, ovvero di attestazione della certificazione SOA avvalendosi dei requisiti di un altro soggetto o dell’attestazione SOA di altro soggetto”.

Con particolare riferimento al requisito dell’esperienza pregressa maturata nel

settore, il ricorso all'avvalimento è di regola ritenuto ammissibile, purché a determinate condizioni, opportunamente individuate dalla Giurisprudenza. In particolare, le numerose pronunce riguardanti l'avvalimento di tale requisito hanno sottolineato come: *“il contratto di avvalimento, a pena di esclusione, debba identificare in modo chiaro ed esauriente la volontà del soggetto ausiliario di impegnarsi, la natura dell'impegno assunto e la concreta portata delle risorse messe a disposizione per effetto dell'avvalimento, consistente ad esempio nel prestito di una congrua porzione delle risorse organizzative, personali, di mezzi e di know how maturate ed affinate dall'ausiliaria attraverso le proprie qualificate esperienze curricolari”* (cfr. T.A.R. Toscana, sez. I, 21 marzo 2013 n. 443; in senso conforme si vedano anche Cons. Stato, sez. V, 5 dicembre 2012, n. 6233; TAR Lombardia, sez. III, 29 dicembre 2012, n. 3290; TAR Toscana, sez. I, 21 maggio 2012, n. 986). Ed ancora più precisamente: *“Per condivisibile indirizzo giurisprudenziale il requisito dell'esperienza pregressa rappresenta, nell'ambito dei servizi e delle forniture, quello che l'attestazione SOA è per gli appalti di lavori, vale a dire il principale elemento di qualificazione dell'impresa (C.d.S., sez. III, 15 novembre 2011, n. 6040), va a questo riguardo osservato che, ai sensi dell'art. 88 del DPR 5 ottobre 2010, n. 207, per la qualificazione in gara il contratto di cui all'articolo 49, comma 2, lettera f), del d.lgs. 163/06 deve riportare in modo compiuto, esplicito ed esauriente le risorse e i mezzi prestati, in modo determinato e specifico, e che, atteso il predetto parallelismo, lo stesso principio non può che valere anche per la dimostrazione del possesso, mediante avvalimento, dei requisiti di capacità tecnica e professionale negli appalti di servizi, quale nella specie una pregressa esperienza specifica nel settore dell'appalto per cui è causa”* (cfr. Cons. Stato, sez. V, 6 agosto 2012, n. 4510). Per contro, ***“la messa a disposizione di requisiti***

(soggettivi e) astratti, cioè svincolata da qualsivoglia collegamento con risorse materiali o immateriali, snatura e stravolge l'istituto dell'avvalimento per piegarlo ad una logica di elusione dei requisiti stabiliti nel bando di gara" (così TAR Campania, 2 febbraio 2011, n. 644). Contratti di avvalimento dal tenore generico e indeterminato, quale quello allegato alla documentazione da parte di F.T.M. si presentano incapaci di integrare uno schema minimale di diritti, obblighi e quindi garanzie per una sicura attuazione dell'avvalimento e, dunque, dello stesso appalto pubblico, in condizioni di chiarezza e trasparenza.

Nello specifico, in data 24 dicembre 2015, la F.T.M. ha stipulato con la Associazione Amici degli Animali Onlus di Verbania un contratto di avvalimento per soddisfare la richiesta relativa al possesso del requisito di cui al disciplinare di gara, art. 3, lett. f), ossia l'esperienza di almeno un servizio analogo alla prestazione oggetto della gara, svolto per dodici mesi consecutivi negli ultimi 36 mesi dalla data di pubblicazione del bando (cfr. doc. 6). Con riferimento a tale requisito, affinché non finisse frustrata l'esigenza sottostante alla prescrizione del requisito occorre che fosse contrattualmente garantita la concreta messa a disposizione dell'impresa in gara, ai fini del suo impiego per l'esecuzione dell'appalto, di una congrua porzione delle risorse organizzative, personali, di mezzi e di *know-how* maturate ed affinate dall'ausiliaria attraverso le proprie esperienze curriculari, ciò che, invece, non è avvenuto. Attesa la genericità e indeterminatezza delle formulazioni contenute nel contratto in esame, tale esigenza non può ritenersi soddisfatta.

Le censure che precedono sarebbero di per sé sole ampiamente sufficienti a rendere inammissibile l'avvalimento *de quo*, con conseguente illegittimità dei provvedimenti che qui si impugnano.

Sotto il profilo strettamente formale, tuttavia, va ancora rilevato che la F.T.M. ha allegato soltanto uno dei documenti richiesti dal comma 2 dell'art. 49, ai fini della legittimità dell'avvalimento, ossia il contratto stipulato con l'impresa ausiliaria, omettendo di presentare le separate dichiarazioni prescritte dalla disposizione citata alle lettere a), b), c), d) ed e).

Infine, è doveroso svolgere un'ultima, ma non meno importante, precisazione in ordine all'avvalimento di cui qui si contestano l'ammissibilità e legittimità.

Qualora si tentasse di classificare l'avvalimento in questione come contratto di subappalto o subfornitura, esteso all'intera prestazione richiesta, si rischierebbe, come già anticipato, di ricadere in un uso distorto dell'istituto in esame, volto ad eludere fraudolentemente i rigorosi regimi vincolistici che caratterizzano la disciplina delle sopra citate forme contrattuali.

A tale proposito, è appena il caso di osservare che, in materia di subappalto, l'art. 118 del Codice degli Appalti Pubblici introduce vincoli e condizioni volti a limitare il ricorso all'istituto. A mero titolo esemplificativo, si può rammentare che il ricorso al subappalto è sottoposto ad autorizzazione da parte della stazione appaltante; che le opere oggetto di subappalto devono essere individuate dal concorrente già in sede di offerta; che per le prestazioni oggetto di subappalto devono essere applicati gli stessi prezzi unitari risultanti dall'aggiudicazione con un ribasso non superiore al 20 per cento; che è sancito il divieto del subappalto a cascata.

Inoltre, la stessa *lex specialis* di gara, all'art. 11 della sezione contrattuale del capitolato, ammette il subappalto soltanto entro il limite del 30% dell'importo contrattuale e ad esclusivo favore di soggetti in possesso dei requisiti prescritti per la partecipazione alla gara, fatte salve le ulteriori condizioni stabilite dalla legge.

Tanto basta a far concludere che, quand'anche fosse considerato sotto questa diversa luce, l'avvalimento *de quo* risulterebbe comunque illegittimo, comportando la nullità dei provvedimenti impugnati.

- IV -

VIOLAZIONE DI LEGGE.

**VIOLAZIONE DELLA LEGGE DI GARA. CARENZA DEI REQUISITI DEL
PARTECIPANTE SOLEMARE.**

ECESSO DI POTERE.

**IV.1. CARENZA DEL REQUISITO DI IDONEITÀ PROFESSIONALE DELLA SOLEMARE
SOCIETÀ COOPERATIVA SOCIALE.**

Il verbale contenente la graduatoria e gli altri provvedimenti impugnati risultano altresì illegittimi in quanto, all'esito della verifica ricognitiva in ordine al possesso da parte dei concorrenti dei requisiti previsti dal bando di gara, l'Amministrazione comunale non ha ritenuto carente del requisito di idoneità professionale la Solemare Società Cooperativa Sociale (qui di seguito, per brevità, anche solo "Solemare").

Come illustrato nel paragrafo che precede, l'art. 3, lett. b) del disciplinare, con riferimento ai soggetti di cui all'art. 34 del D. Lgs. 163/2006, ha previsto che l'iscrizione alla Camera di Commercio, Industria, Artigianato, Agricoltura (C.C.I.A.A.) – Registro delle Imprese per lo svolgimento di attività corrispondente al servizio da affidarsi con la gara fosse requisito di idoneità professionale indispensabile ai fini della partecipazione alla gara.

Dall'esame del certificato di iscrizione alla Camera di Commercio allegato dalla Solemare all'offerta per la partecipazione alla gara (cfr. doc. 7) risulta che l'oggetto sociale prevede soltanto *“la gestione di strutture per l'accudimento e l'accoglienza di*

animali quale per esempio canili, gattili, riserve di pesca, fattorie didattiche” e non anche il servizio di cattura di cani randagi o vaganti incustoditi, la raccolta delle spoglie mortali e il soccorso degli animali di affezione incidentati o feriti, attività queste espressamente ricomprese nel bando di gara.

Sulla scorta delle risultanze camerali, dunque, il Comune di Tortona avrebbe dovuto disporre l'esclusione dalla gara della cooperativa suddetta.

A tale necessaria determinazione l'Amministrazione comunale avrebbe dovuto pervenire anche sulla base della Giurisprudenza amministrativa più recente.

In un caso sottoposto al vaglio del Consiglio di Stato (cfr. Cons. Stato, sez. V, 15 ottobre 2015, n. 4768), riguardante una procedura d'appalto del tutto analoga a quella oggetto della presente impugnazione, finalizzata cioè all'affidamento dei servizi di gestione di un canile/gattile municipale, cattura di cani randagi o vaganti e di cani e gatti incidentati, nonché di altre attività connesse all'espletamento di tali servizi, è stato ritenuto pienamente legittimo l'operato della Commissione di gara che aveva disposto l'esclusione del concorrente che, in base alle certificazioni camerali, risultava svolgere attività “minore”, in senso quantitativo e qualitativo, rispetto a tutte le attività previste dal bando di gara. In particolare, è stato condiviso il criterio adottato dalla stazione appaltante che, nel disporre l'esclusione, aveva ancorato le proprie determinazioni, come era sancito dal bando di gara, alla certificazione della Camera di Commercio, che era chiara e univoca nel suo contenuto descrittivo, senza valutare eventuali ulteriori attività svolte dalla ditta concorrente, ma non risultanti dalla certificazione camerale. Secondo il Collegio, infatti, un diverso *modus procedendi* avrebbe comportato una evidente violazione della *lex specialis* della gara.

Alla luce delle considerazioni che precedono, risulta evidente che, nel caso di

specie, si è verificata una grave violazione del bando di gara, tale da inficiare, anche sotto tale ulteriore profilo, la legittimità dei provvedimenti impugnati, i quali, pertanto, dovranno essere annullati.

IV.2. CARENZA DELL'ISCRIZIONE ALL'ALBO REGIONALE DELLE COOPERATIVE SOCIALI DEL PARTECIPANTE SOLEMARE.

Le considerazioni che precedono hanno già di per sé carattere assorbente.

Ciò nondimeno, i provvedimenti impugnati risultano illegittimi sotto un ulteriore e diverso profilo, essendo stata ammessa alla procedura di gara una cooperativa sociale carente del requisito dell'iscrizione all'Albo Regionale prescritto, a pena di esclusione, dal bando di gara.

In materia di disciplina delle cooperative sociali, la Legge 8 novembre 1991, n. 381, all'art. 9, ha istituito i c.d. albi regionali delle cooperative sociali. Con l'iscrizione a tali albi regionali, le cooperative sociali possono, fra l'altro, accedere ai contributi pubblici, ottenere l'affidamento e stipulare convenzioni per la fornitura di servizi, nonché acquisire il 5 per mille delle imposte sui redditi delle persone fisiche.

La *lex specialis* di gara, all'art. 3, lett. d) del disciplinare, subordina la partecipazione delle cooperative sociali alla preventiva iscrizione all'Albo Regionale delle Cooperative Sociali di Tipo A o B, previsto dall'art. 9 della Legge 381/91, per lo svolgimento delle attività oggetto dell'appalto.

A tale proposito, nell'istanza di partecipazione alla procedura aperta e contestuale dichiarazione sostitutiva unica, allegata all'offerta *sub* "modello A" (cfr. doc. 7), la Solemare ha dichiarato "*di aver presentato iscrizione all'Albo Regionale delle Cooperative Sociali della Regione Veneto in data 22/12/2015 e di attendere il prossimo consiglio che si terrà a Gennaio 2016*" per la deliberazione della stessa. Così facendo,

la concorrente, risultata seconda in graduatoria all'esito della procedura di gara, ha sostanzialmente autocertificato che, al momento della presentazione della sua offerta, non era in possesso di uno dei requisiti di partecipazione richiesti dalla stazione appaltante a pena di esclusione. La carenza di tale requisito da parte di Solemare risulta inoltre *per tabulas* dall'Albo Regionale delle Cooperative Sociali della Regione Veneto (consultabile sul sito <http://www.regione.veneto.it/web/sociale/cooperative-sociali> ed offerto in comunicazione con il presente ricorso *sub doc. 10*), nel quale il nominativo della cooperativa sociale in questione non figura.

Costituisce principio generale in materia di appalti pubblici quello per cui i requisiti, sia di ordine generale che speciali, devono essere posseduti dai concorrenti al momento della presentazione della domanda di partecipazione (nella procedura ristretta o nella procedura negoziata senza bando) o dell'offerta (nella procedura aperta).

Anche alla luce di queste argomentazioni, pertanto, i provvedimenti impugnati risultano gravemente viziati e, come tali, dovranno essere annullati.

- V -

IRREGOLARITÀ PROCEDIMENTALE.

VIOLAZIONE NORME DI GARA.

DIFETTO DI ISTRUTTORIA.

OMESSO SOPRALLUOGO DA PARTE DI F.T.M. E SOLEMARE PRESSO LE AREE OGGETTO DELL'APPALTO.

Preme rilevare, infine, una irregolarità che concorre ulteriormente a comprometterne la complessiva legittimità, stante il mancato rispetto, nel caso di specie, dei generali principi di imparzialità e trasparenza ai quali l'attività contrattuale della Pubblica Amministrazione dovrebbe invece ispirarsi.

L'art. 13 della sezione contrattuale del capitolato speciale d'appalto, al comma 1, stabilisce che “L'appaltatore dovrà dichiarare di aver preso visione delle aree oggetto del servizio, con sottoscrizione di apposito documento da allegare agli altri documenti di gara”.

Trattasi della c.d. dichiarazione di avvenuto sopralluogo, che, come noto, in ambito di appalti pubblici, risponde ad importanti esigenze di tutela della stazione appaltante, la quale, obbligando i partecipanti alla gara a prendere visione delle aree di intervento, si pone al riparo da eventuali successive contestazioni, da parte dei medesimi, sullo stato dei luoghi.

Nel caso di specie, né la F.T.M. né la Solemare risultano avere allegato ai documenti di gara la suddetta dichiarazione, concorrendo a determinare l'illegittimità dei provvedimenti che qui si impugnano.

- VI -

ISTANZA DI SOSPENSIONE CAUTELARE DEI PROVVEDIMENTI IMPUGNATI.

Alla luce dei rilievi che precedono, sembrano sussistere i presupposti affinché sia disposta la sospensione, in via cautelare, dei provvedimenti oggetto della presente impugnazione e, in particolare, della determinazione n. 820 del Comune di Tortona, in data 31 dicembre 2015, con cui è stata disposta l'aggiudicazione definitiva in favore della F.T.M.

La presenza del *fumus boni iuris* appare più che evidente, ove si considerino i molteplici profili di illegittimità che inficiano i provvedimenti impugnati, ampiamente illustrati nei paragrafi che precedono.

Quanto al *periculum in mora*, si osserva come con la determinazione sopra citata sia già stata autorizzata la stipulazione di apposito contratto con la cooperativa sociale

aggiudicataria, che, per tutti i motivi sopra esposti, risulta gravemente carente dei requisiti richiesti per l'affidamento del servizio.

Il danno che può derivare a cani, gatti e altri animali d'affezione presenti sul territorio tortonese dall'affidamento dei servizi alla F.T.M. è evidentemente enorme. Basti considerare che le condizioni in cui versava il canile comunale di Tortona erano già gravemente compromesse a causa della gestione da parte della precedente aggiudicataria, Adigest S.r.l. Nel corso del periodo di affidamento del servizio a tale ditta, intercorrente tra il 1 luglio 2012 ed il 30 giugno 2015, i volontari dell'E.N.P.A. Tortona si sono visti costretti a reiterare allarmanti segnalazioni all'amministrazione comunale, affinché ponesse fine ai gravissimi pregiudizi in atto nei confronti degli animali coinvolti. In particolare, l'E.N.P.A. denunciava al Comune come non fosse garantito un servizio veterinario per l'effettuazione dei piccoli interventi; osservava come le cuccie coibentate fossero state inopinatamente sostituite da pericolose cuccie di legno non a norma di legge; rilevava come le aree destinate allo sgambamento degli animali fossero state notevolmente ridimensionate.

All'indomani dell'avvicendamento delle ditte aggiudicatarie, la situazione critica dianzi descritta risulterebbe addirittura peggiorata. Del resto, ci si chiede come potrebbe essere diversamente, dal momento che la gestione del canile è stata affidata ad un soggetto che non risulta essere in possesso dei requisiti di idoneità professionale a ciò necessari.

Pare sussistere, dunque, il requisito dell'irreparabilità del danno, giacché, ove il provvedimento di aggiudicazione definitiva non fosse sospeso, la sicurezza degli animali, alla tutela dei quali i servizi oggetto dell'appalto impugnato dovrebbero essere diretti e la cui protezione costituisce primario obiettivo quale risultante dall'oggetto

sociale della ricorrente (cfr. doc. 1), risulterebbe gravemente compromessa.

* * *

Alla luce di quanto esposto, gli enti ricorrenti, come sopra rappresentati, difesi e domiciliati, con l'espressa riserva di ulteriormente produrre e dedurre e presentare motivi aggiunti,

PROPONGONO FORMALMENTE

il presente ricorso gerarchico affinché la S.V. Ill.ma,

Previa sospensione, con eventuale adozione in sede cautelare di tutti i più opportuni provvedimenti atti a garantire la piena ed effettiva tutela dei diritti e della posizione sostanziale dell'associazione ricorrente,

Per quanto occorre in via di autotutela, accolga il presente ricorso e, per l'effetto, provveda ad annullare e/o revocare la determinazione n. 820, adottata dal Comune di Tortona in data 31 dicembre 2015, e gli altri provvedimenti impugnati come meglio indicati nell'epigrafe e nel testo del presente ricorso, nonché i provvedimenti presupposti, antecedenti, consequenziali, successivi o comunque connessi, per i motivi indicati nel ricorso e per quelli eventualmente aggiunti, con ogni più opportuno provvedimento, ivi compreso il subentro dell'E.N.P.A. nel servizio, previa declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato con la Cooperativa Sociale F.T.M. a responsabilità limitata.

Con riserva di ulteriormente argomentare, produrre e dedurre.

Si allegano i seguenti documenti:

- 1) Statuto ENPA Onlus;
- 2) Bando gara d'appalto;
- 3) Determinazione n. 820 del 31/12/2015;

- 4) Verbale seduta pubblica di commissione di gara in data 29/12/2015;
- 5) Determinazione n. 821 del 31/12/2015;
- 6) Domanda di partecipazione alla gara d'appalto di Coop. Soc. F.T.M. a r.l.;
- 7) Domanda di partecipazione alla gara d'appalto di Solemare Soc. Coop. Soc.;
- 8) Articolo pubblicato su "Oggi Cronaca" in data 13/12/2015;
- 9) Visura camerale della Cooperativa Sociale F.T.M. a r.l.;
- 10) Copia Albo regionale delle cooperative sociali della Regione Veneto.

Torino, 29 gennaio 2016

avv. Andrea Fenoglio

avv. prof. Mia Callegari