



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria

Sezione Staccata di Reggio Calabria

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 407 del 2009, proposto da:
Cooperativa Rinascita Onlus, rappresentato e difeso dall'avv. Antonino Quattrone,
con domicilio eletto presso Antonino Quattrone Avv. in Reggio Calabria, via
Longitudinale N. 57 Pellaro;

contro

Comune di Bova, rappresentato e difeso dall'avv. Paola Lucrezia D'Agui', con
domicilio eletto presso Segreteria T.A.R. in Reggio Calabria, viale Amendola, 8/B;

nei confronti di

Cooperativa Sociale Clevers;

per l'annullamento

della gara d'appalto indetta dal Comune di Bova per l'affidamento della gestione
del servizio di assistenza domiciliare anziani residenti in aree rurali e precisamente
dei seguenti atti:

del verbale della commissione del 19 maggio 2009;

della pronunciata aggiudicazione definitiva in favore della controinteressata Cooperativa sociale Clevers;

nonché di ogni atto presupposto, connesso e/o consequenziale, compreso il contratto di servizio ove stipulato;

nonché, per la condanna del Comune di Bova al risarcimento dei danni patiti attraverso la reintegrazione in forma specifica ovvero attraverso il risarcimento per equivalente come previsto per legge.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Bova;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 giugno 2011 il dott. Salvatore Gatto Costantino e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Ricorre la Cooperativa “Rinascita” ONLUS per avversare l’esito della procedura di evidenza pubblica per l’affidamento dell’appalto di assistenza domiciliare agli anziani residenti in aree rurali.

Espone che il Comune di Bova indiceva la gara con bando del 28.04.2009, nel quale si prevedeva l’affidamento con il metodo dell’offerta economicamente più vantaggiosa; che, ricevute le offerte, tra le quali quella della odierna ricorrente, la Commissione tecnico-amministrativa per la valutazione delle offerte progettuali ed assegnazione dei punteggi procedeva, in seduta pubblica, all’apertura dei plichi contenenti le buste di partecipazione al Bando e per il controllo della documentaizone allegata; dichiarava ammissibili le offerte della odierna ricorrente e della controinteressata “Clevers”, mentre dichiarava ammissibile con riserva

l'offerta dell'Associazione "I Chora"; all'esito della valutazione delle offerte tecniche assegnava punti 75 alla controinteressata, punti 70 alla ricorrente e punti 55 alla Associazione ammessa con riserva, conseguendone l'aggiudicazione alla cooperativa "Clevvers". Con nota prot. n. 72 del 28 maggio 2009, il Comune di Bova inviava alla ricorrente copia del verbale del 19 maggio 2009. La Cooperativa ricorrente ha presentato al Comune richiesta di provvedimento in autotutela, finalizzato all'annullamento dell'aggiudicazione della gara d'appalto, nonché richiesta di accesso agli atti che non veniva esitata dal Comune.

E' stato quindi proposto l'odierno ricorso, affidato ad articolate censure con cui si fa valere l'illegittimità dell'aggiudicazione per violazione di legge sotto diversi profili, e per eccesso di potere.

Si è costituito il Comune di Bova che resiste al ricorso di cui chiede il rigetto.

Alla pubblica udienza del 22 giugno 2011 la causa è stata trattenuta in decisione.

I) Le censure dedotte da parte ricorrente possono suddividersi in due gruppi, dei quali con il primo si contesta la composizione della Commissione di gara, con il secondo se ne censurano le valutazioni. Il primo gruppo di censure è solo parzialmente fondato, mentre il secondo trova la piena condivisione del Collegio, conseguendone l'accoglimento del ricorso, nella parte di interesse, con l'obbligo di riedizione della procedura nel senso e nei limiti che saranno esposti a seguire (art.122 cpa).

II) Con il primo gruppo di doglianze (motivi di ricorso da 1 a 5) parte ricorrente censura la composizione della Commissione di gara per violazione, rispettivamente (1) dell'art. 21 septies e octies della l. 241/90 avendo la Commissione assegnato l'appalto in assenza dei requisiti abilitativi; (2) dell'art. 84 Dlgs 163/2006, non essendo state rese note le modalità di nomina del responsabile unico del procedimento, dei membri della Commissione e le ragioni della scelta di membri esterni all'Ente; (3) dell'art. 84, comma 10, dlgs 163/2006 per non essere stata

nominata la Commissione dopo la scadenza del termine di presentazione delle offerte; (4) dell'art. 84 comma 7 del Dlgs 163/2006 per essere uno dei commissari legato da vincoli di parentela ad una socia della cooperativa "Clevvers"; (5) dell'art. 51 della l. 142/90 per avere la Commissione nel suo complesso disposto l'aggiudicazione definitiva dell'appalto, in luogo del dirigente competente.

Le doglianze di parte ricorrente espresse nei motivi di censura appena richiamati non trovano la condivisione nel Collegio, ad eccezione di quella relativa alla nomina della Commissione prima della scadenza del termine per la presentazione delle offerte.

Secondo l'art. 84 del codice dei contratti, requisito essenziale per i professionisti per prendere parte alle commissioni di gara, ai sensi del comma 8 e 9, è l'iscrizione di almeno dieci anni al rispettivo Albo.

Tuttavia tale norma costituisce solo un riferimento di principio per l'affidamento dei servizi sociali, perché le relative tipologie di servizi sono escluse dall'applicazione del Codice dei contratti ai sensi dell'art. 20 e sono disciplinati dalle norme in tema di servizi alla persona di cui alla legge 328/2000 (e relativo DPCM attuativo del 30.03.2001 su cui si veda meglio oltre).

Di conseguenza, dovendosi fare riferimento alle norme specifiche in tema di affidamento dei servizi sociali ed a quelle ordinamentali proprie degli Enti locali, si deve ritenere che il Comune di Bova, di ridotte dimensioni demografiche, avendo comprovato in giudizio di non possedere nel proprio organico professionalità adeguate alla gestione della procedura di appalto per cui è causa, si è dunque legittimamente avvalso della facoltà, di nomina dei componenti la Commissione di gara all'esterno dell'Ente, riconosciuta in linea di principio dall'art. 84, comma 8 del codice dei contratti e regolata nell'ambito degli Enti locali dalle norme di cui all'art. 110 Dlgs 267/2000.

In tal senso, la condizione di legittimità per il reperimento di apposite professionalità cui affidare la composizione di una commissione di gara per l'affidamento di servizi esclusi dall'applicazione del codice dei contratti ex art. 20 dlgs 163/2006 è che i componenti nominati possiedano specifica professionalità nella materia oggetto della gara.

La lettura dei curriculum allegati dei due componenti la commissione conforta la scelta dell'Ente in ordine alle specifiche professionalità dei commissari, in quanto uno dei due, il dott. Romeo è iscritto all'albo dei commercialisti dal 1998 ed ha specifiche esperienze in tema di gestione degli organismi sociali del c.d. Terzo Settore, mentre la dott.ssa Ghibaudi, esperta in politiche sociali e laureata in scienze della riabilitazione, ha predisposto i progetti di intervento finanziati dalla Regione e costituenti l'oggetto della gara di affidamento per cui è causa.

Non colgono poi nel segno le censure rivolte a contestare la presidenza della Commissione in capo al Segretario comunale, perché quest'ultimo nel Comune di Bova è anche responsabile del settore amministrativo e dunque è da considerarsi figura apicale di riferimento. La sua partecipazione alla commissione in qualità di presidente destituisce di utilità pratica la censura ulteriore secondo la quale la Commissione di gara si sarebbe illegittimamente sostituita al responsabile del procedimento nell'adozione del provvedimento di aggiudicazione. Prive di riscontro, e dunque generiche, sono le ulteriori censure relative alla pretesa situazione di incompatibilità di uno dei commissari.

E' invece fondata la censura con cui si lamenta che la Commissione di gara non è stata nominata dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte: nonostante la formale difesa del Comune, sul punto, la lettura degli allegati alla costituzione rende palese che il dott. Romeo è stato chiamato a costituire tutte le commissioni di gara dell'Ente (generalmente intese e dunque prima della loro celebrazione) sin dal 2003, mentre la dott.ssa Ghibaudi è stata incaricata di

provvedere alla gestione dei servizi che essa stessa aveva (con successo) progettato, sin dal 2008; manca infine il vero e proprio atto di nomina della professionista nella commissione per la gara in esame.

Anche in relazione ai contratti esclusi ex art. 20 dlgs 163/2006, trova applicazione la norma di principio sancita dall'art. 84 comma 10 del codice dei contratti, che è espressiva di una generale esigenza di tutela della imparzialità della PA, la quale è tenuta a individuare i componenti di una commissione di gara da espletarsi con il meccanismo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dopo la presentazione delle offerte, in modo da garantire che non possano sussistere commistioni di interesse o altre interferenze tra i potenziali candidati ed i componenti esterni che dovranno concorrere ad aggiudicare la gara.

In questa parte il ricorso è dunque fondato e come tale va accolto, conseguendo l'obbligo di rinnovare l'atto di designazione dei componenti la Commissione di gara; per evidenti ragioni di effettività di tutela, ex art. 34 lett. "c" del c.p.a., il Comune dovrà nominare quali membri esterni della commissione di gara, professionisti o funzionari esperti nella materia diversi da coloro che l'hanno illegittimamente composta e che hanno già avuto contezza delle offerte e degli elementi tecnici del progetto proposto.

III) Con distinti argomenti di censura, si lamenta la violazione dell'art. 11 e 12 del Dlgs 163/2006 per aver disposto la Commissione di gara l'aggiudicazione provvisoria e quella definitiva in un unico contesto (motivo nr. 6); e l'immotivato giudizio di prevalenza del progetto presentato dalla controinteressata, cui sono stati attribuiti punteggi in misura maggiore alla ricorrente nella valutazione della qualità di progetto.

Sul punto, il gravame è fondato.

Preliminare ad ogni altra valutazione (ed assorbente del motivo sub 6) è l'esame dell'ultimo punto appena esposto.

Il bando di gara prescrive cinque elementi di valutazione dell'offerta: a) validità del progetto in relazione agli obiettivi indicati dall'Ente; b) organizzazione e professionalità; c) associazioni che utilizzano personale qualificato residente; d) esperienza e qualità dell'attività maturata nel settore; e) partecipazione ai tavoli di concertazione dell'ambito territoriale.

La ricorrente ha ottenuto nel primo parametro (su un massimo di 40 punti) un punteggio di 30, mentre alla controinteressata ne sono stati attribuiti 40; nella seconda voce ha ottenuto 15 punti, a fronte di 25 punti (massimo attribuibile) alla controinteressata; dieci punti a pari merito nel terzo parametro; 15 punti (massimo attribuibile) a fronte di 0 punti alla controinteressata nel quarto parametro; 10 punti (massimo attribuibile) a fronte di 0 punti alla controinteressata nel quinto parametro.

Dalla costituzione del Comune e dagli atti di causa non è dato evincersi alcun riferimento a sottoparametri o ulteriori graduazioni operate dalla Commissione del punteggio previsto nel bando per la valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Palese è dunque la fondatezza della censura: la Commissione ha attribuito i punteggi contestati senza alcuna motivazione, e senza offrire alcun elemento di giudizio che consenta di ricostruire, anche ex post, l'iter logico osservato. Si tratta, in altri termini, di un giudizio assertivo, numericamente espresso, ed intrinsecamente illogico perché (nell'assenza di specifici sottoparametri che diano contezza di quanto deciso) il maggior punteggio riconosciuto per voci qualificanti quali l'esperienza e qualità dell'attività maturata nel settore e la partecipazione ai tavoli di concertazione (che esprime la presenza dell'organismo nella rete del welfare locale) appare contrastante con il minore punteggio attribuito alla proposta progettuale, a favore di un organismo che invece è del tutto privo di ogni esperienza in materia.

Si deve considerare, a tale proposito, che l'assegnazione di servizi sociali alla persona trova il proprio quadro giuridico di riferimento nella legge 328/2000 e nel relativo regolamento di attuazione, quanto alle procedure di affidamento, adottato ai sensi dell'art. 5 della l. 328/2000 cit. che è stato emanato con DPCM 30 marzo 2001. In forza di tale disciplina, "ai fini dell'affidamento dei servizi previsti dalla presente legge, gli enti pubblici, fermo restando quanto stabilito dall'art. 11, promuovono azioni per favorire la trasparenza e la semplificazione amministrativa nonchè il ricorso a forme di aggiudicazione o negoziali che consentano ai soggetti operanti nel terzo settore la piena espressione della propria progettualità, avvalendosi di analisi e di verifiche che tengano conto della qualità e delle caratteristiche delle prestazioni offerte e della qualificazione del personale". L'affidamento del servizio ad organismi del c.d. "terzo settore" (costituito da organismi ed associazioni sociali, ex art. 2 l. 328/2000), deve dunque essere assicurato con procedimenti nei quali sono fortemente valorizzati la qualità della prestazione e della proposta progettuale e l'esperienza dell'organismo. La valorizzazione di tali elementi (che comporta la forte svalutazione dell'elemento "prezzo" nei meccanismi di gara) attraversa necessariamente, condizionandolo, il generale obbligo di motivazione, arricchendolo della necessità che nell'apprezzamento delle proposte progettuali delle concorrenti, le relative commissioni di gara estrinsechino adeguatamente i criteri di valutazione e le ragioni delle valutazioni effettuate al fine di rendere palese il peso e l'incidenza effettiva della "qualità, delle caratteristiche della prestazione offerta e della qualificazione del personale", tramite "analisi e verifiche".

Per tali ragioni, è illegittima l'aggiudicazione di un servizio alla persona effettuata con l'attribuzione di meri punteggi numerici, senza predeterminazione dei rispettivi criteri, e senza l'allegazione di alcun elemento motivazionale che ne giustifichi l'entità, perché ciò non consente il rispetto né delle generali esigenze di trasparenza

ed imparzialità dell'Amministrazione, né delle specifiche esigenze di tutela di cui all'art. 5 della l. 328/2000.

Ne consegue che il ricorso è fondato e come tale va accolto.

Poiché non risulta essere stato stipulato un formale contratto, il TAR fa obbligo all'Ente, ex art. 34, lett. "c", a tutela delle situazioni giuridiche dedotte in giudizio, di riedizione del procedimento, previa rinnovazione dei componenti esterni della Commissione e determinazione di adeguati sub criteri di valutazione da parte della Commissione così rinnovata.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria, Sezione staccata di Reggio Calabria, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla gli atti ed i provvedimenti impugnati.

Condanna parte resistente alle spese di lite che liquida in euro 2.500,00 oltre IVA, CPA, importo del contributo unificato e delle spese di notifica, oltre spese generali nella misura di legge del 12,50%.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa e manda alla Segreteria giurisdizionale di comunicarne copia alle parti.

Così deciso in Reggio Calabria nella camera di consiglio del giorno 22 giugno 2011 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Caruso, Presidente FF

Salvatore Gatto Costantino, Primo Referendario, Estensore

Desirè Zonno, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 06/07/2011

IL SEGRETARIO

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