



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 Emilia Romagna
(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 150 del 2011, proposto da:
C.A.D. Società Cooperativa Sociale ONLUS, in persona del legale
rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv. Leonardo
Zanetti e Giuseppe Piperata, con domicilio eletto presso lo studio
del secondo, in Bologna, Galleria G. Marconi, 1;

contro

- Comune di Cesena, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Benedetto Ghezzi, con domicilio eletto presso la Segreteria del T.A.R., in Bologna, Strada Maggiore n. 53;
- Comune di Bagno di Romagna, Comune di Mercato Saraceno, Comune di Montiano, Comune di Sarsina, Comune di Verghereto, non costituiti in giudizio;
- Provincia di Forlì - Cesena, non costituita in giudizio;

- Azienda U.S.L. di Cesena, non costituita in giudizio;

nei confronti di

-Il Cigno Cooperativa Sociale s.c. a r.l., in persona del Presidente p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Antonio Carullo, con domicilio eletto presso lo studio del medesimo, in Bologna, Strada Maggiore n. 47;

-Ancora Servizi società coop. soc., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv. Katia Ceccarelli ed Enrico Giuseppe Vallania, con domicilio eletto presso lo studio del secondo, in Bologna, via San Mamolo n. 12;

e con l'intervento di

ad opponendum:

Regione Emilia – Romagna, in persona del Presidente della Giunta Regionale p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Maria Rosaria Russo Valentini ed elettivamente domiciliata presso lo studio della medesima, in Bologna via G. Marconi n. 34;

per l'annullamento, previa sospensiva,

a)convenzione tra enti del Distretto Cesena-Valle Savio, nella misura in cui venga eventualmente ritenuta supportare gli atti di cui ai punti seguenti; b) della deliberazione della Giunta comunale di Cesena n. 209 del 6.7.2010 e relativo allegato; c) avviso di selezione, lettera d'invito, qualsiasi

altro testo di *lex specialis*, nella misura in cui venga eventualmente ritenuto supportare gli atti di cui ai punti seguenti; d) valutazione dei progetti di gestione; e)analisi del materiale sulla solidità e qualità dei

concorrenti; f) determinazione dirigenziale n. 2157 del 30.12.2010, di aggiudicazione della procedura; g) rigetto dell'istanza di autotutela (se esistente). E inoltre per ottenere: h) pronuncia dichiarativa dell'inesistenza e/o inefficacia e/o del contratto eventualmente stipulato medio tempore; g) risarcimento dei danni subiti a causa degli atti impugnati o in forma specifica (tramite aggiudicazione della procedura) o per equivalente monetario.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del comune di Cesena;

Visti, altresì, gli atti di costituzione in giudizio de Il Cigno Cooperativa Sociale s. c. a r.l. e di Ancora Servizi Società Cooperativa Sociale;

Visto l'atto d'intervento *ad opponendum* della Regione Emilia – Romagna;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 15 marzo 2012, il dott. Umberto Giovannini e uditi, per le parti, i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La presente controversia verte sulla legittimità degli atti della procedura selettiva di “accreditamento provvisorio” relativa alla

gestione di talune tipologie di “servizi sociali, socio-assistenziali e socio-sanitari”, bandita dall’amministrazione comunale di Cesena con avviso pubblico in data 7/10/2010, per la gestione di tali servizi presso la residenza anziani non autosufficienti e centro diurno “Casa Insieme” di Mercato Saraceno.

Occorre premettere, in fatto, che la gestione di tali delicati servizi pubblici mediante il peculiare istituto dell’accreditamento è disciplinata, nella Regione Emilia – Romagna, dall’art. 38 della legge regionale n. 2 del 2003, dall’art. 23 della legge regionale n. 4 del 2008 e, in sede applicativa, dalla Deliberazione della Giunta Regionale E.R. 20/4/2009 n. 514, sulla base dei principi ispiratori dell’istituto contenuti nell’art. 8 bis del D. Lgs. n. 502 del 1992.

Ciò premesso, la cooperativa ricorrente riferisce di avere partecipato, a seguito di lettera d’invito in data 8/11/2010, al suddetto procedimento di accreditamento, indetto dall’amministrazione comunale di Cesena, e di avere a questa presentato, come richiesto nel precedente avviso pubblico, un progetto di gestione sia per residenza per anziani, sia per il centro diurno, in quanto l’affidamento del servizio dipende esclusivamente dall’elemento qualitativo offerto dalle concorrenti, non prevedendo l’istituto dell’accreditamento la presentazione di offerta economica, poiché la remunerazione del servizio è a carico dell’utenza, sulla base di un tariffario predisposto dalla Regione. L’interessata riferisce, inoltre, che all’esito della procedura, con la determinazione dirigenziale n.

2158 del 30/12/2010), il comune di Cesena ha disposto l'affidamento dell'accreditamento a R.T.I. avente Il Cigno s. c. a r.l. quale mandataria. Ritenendo che il suddetto provvedimento e gli altri atti indicati in epigrafe siano illegittimi, C.A.D. s.c.s. ne chiede l'annullamento, per i seguenti motivi in diritto.

1) violazione art. 51 c.p.c. perché il vice Sindaco del comune di Cesena dott. Battistini ha partecipato alla seduta, alla votazione e all'approvazione degli atti impugnati, nonostante la posizione della moglie determinasse un obbligo di astensione; 2) violazione degli artt. 1 e 3 L. n. 214 del 2004, perché il vice sindaco ha partecipato all'approvazione degli atti nonostante la situazione di conflitto di interessi in riferimento alla moglie; 3) violazione dell'art. 30, commi 3 e 4 del D. Lgs. n. 163 del 2006, in quanto il Comune ha invitato alla procedura solo tre concorrenti anziché cinque come previsto dalla norma sopra rubricata; 4) Violazione dell'art. 97 Cost. e dei principi sugli affidamenti, stante che R.T.I. Il Cigno affidataria del servizio avrebbe dovuto essere escluso per la presenza -quale amministratore *de jure* o *de facto*- della moglie del vice Sindaco del comune di Cesena; 5) violazione dei principi sugli affidamenti ed eccesso di potere sotto il profilo del difetto di istruttoria, stante che R.T.I. Ancora (altro partecipante alla procedura) avrebbe dovuto essere escluso, in quanto la cooperativa Ancora si è presentata da sola nella fase di prequalifica e quale mandataria in raggruppamento temporaneo nella successiva fase; 6) violazione dell'obbligo di pubblicità perché tutta la

procedura si è svolta in sessione riservata, anche per ciò che concerne l'apertura delle buste e il controllo della documentazione;

7) violazione dei principi sugli affidamenti e/o sui collegi giudicatori, dato che non risultano evidenziate nei verbali le misure adottate per la conservazione del materiale di gara;

8) violazione sui principi degli affidamenti e/o sui collegi giudicatori, non essendo state precisate le attività compiute nelle differenti sedute;

9) Violazione art. 38, comma 4, L.R. Emilia – Romagna n. 2 del 2003, perché l'istruttoria spettava non all'Ufficio di Piano ma all'organismo tecnico provinciale;

10) violazione dell'art. 38, c. 4, della stessa L.R. n. 2 del 2003, stante che il parere sugli elementi di cui al punto 5.b della lettera d'invito è stato reso monocraticamente anziché collegialmente;

11) Violazione dell'art. 38, c. 4 stessa L.R. n. 2 del 2003 e della deliberazione della Giunta Regionale n. 514 del 2009, perché il parere sugli elementi di cui al punto 5b della Lettera d'invito concretizza soltanto un'analisi e non una valutazione delle offerte, risultando privo di espressioni di giudizio;

12) eccesso di potere per errore sui presupposti, poiché in alcuni casi l'offerta della ricorrente è stata sottovalutata, mentre in riferimento a taluni altri elementi di valutazione l'offerta dell'aggiudicataria è stata ingiustamente sopravvalutata;

13) violazione dei principi sugli affidamenti, in quanto è stata ammessa e valutata l'offerta di un contributo in denaro da parte di R.T.I. Il Cigno;

14) eccesso di potere sotto i profili dell'illogicità e dello sviamento, poiché non è stata formulata una graduatoria;

15)

violazione dell'art. 3 della L. n. 241 del 1990 stante che l'aggiudicazione non indica le motivazioni della preferenza all'offerta di RTI il Cigno.

Il comune di Cesena, costituitosi in giudizio, chiede che il ricorso sia respinto, stante la ritenuta infondatezza di tutte le censure ivi rassegnate.

Si è inoltre costituito in giudizio Il Cigno s.c. a r.l., in proprio e quale società mandataria del R.T.I. vincitore della procedura in questione, chiedendo la reiezione del gravame, siccome infondato.

Si sono costituite in giudizio anche le concorrenti Società Aurora s.c.s. e la Società Dolce s.c.s., chiedendo entrambe che sia respinto il quinto motivo, con il quale la ricorrente chiede la loro esclusione dalla procedura in questione.

E' infine intervenuta *ad opponendum* rispetto alle ragioni della ricorrente, la Regione Emilia – Romagna, chiedendo anch'essa la reiezione del ricorso in quanto infondato.

Con ordinanza collegiale n. 227 in data 4/3/2011, questa Sezione ha respinto l'istanza cautelare presentata dalla ricorrente; avverso detta ordinanza, ha interposto appello cautelare la ricorrente; in riferimento ad esso il Consiglio di Stato, sez. III, con ordinanza 2614 in data 17/6/2011 pur respingendolo, ha tuttavia disposto la sollecita fissazione della causa nel merito da parte di questo Tribunale, ritenendo che le questioni evidenziate nel ricorso meritassero una decisione nel merito entro breve termine.

Alla pubblica udienza del 15/3/2012 ,la causa è stata chiamata e, quindi, è stata trattenuta per la decisione, come da verbale.

Il Collegio ritiene che il ricorso non sia meritevole di accoglimento.

Innanzitutto si rileva la palese infondatezza del primo, del secondo e del quarto motivo di ricorso, come sopra rubricati, stante che il rapporto di *coningio* esistente tra il sig. Carlo Battistini, quale componente della Giunta Comunale di Cesena e la sig.ra Anna Grazia Giannini, quale socia della cooperativa Il Cigno, non costituisce elemento in alcun modo rilevante al fine della verifica in ordine alla sussistenza o meno, in capo al primo soggetto, dell'obbligo di astenersi in occasione dell'adozione, da parte della Giunta Comunale, della deliberazione n. 209 del 6/7/2010, atto anch'esso oggetto, con i relativi allegati, della presente impugnativa.

Nella specie, ritiene il Collegio che si tratti di atto comunale avente carattere generale, mediante il quale la Giunta ha approvato il programma attuativo del piano per la salute ed il benessere sociale e che, pertanto, sulla base di tale sua effettiva natura, in alcun modo possa essere ritenuto inerente alla stipulazione di un contratto di accreditamento da parte del Comune e in alcun modo esso rilevi o possa rilevare sulla situazione patrimoniale familiare delle predette persone, con conseguente palese insussistenza della causa di incompatibilità ipotizzata dalla ricorrente. Parimenti del tutto irrilevante è tale rapporto familiare in relazione alla procedura selettiva di cui è causa, non avendo il sig. Battistini – quale

componente della Giunta comunale - in alcun modo preso parte alla redazione o all'adozione degli atti del relativo procedimento, peraltro di stretta competenza dirigenziale.

Pure il successivo mezzo d'impugnazione risulta manifestamente infondato, poiché il numero di tre partecipanti alla procedura in questione, ritenuto dalla ricorrente in contrasto con l'art. 30 del D. Lgs. n. 163 del 2006, è il risultato derivante dalla circostanza – di per sé dirimente – che all'avviso pubblico bandito dal comune di Cesena hanno dato riscontro positivo, mediante formale dichiarazione di interesse, tre sole imprese tra quelle svolgenti attività nello specifico settore in questione. Da qui, evidentemente, discende che l'invito a partecipare alla successiva fase della procedura selettiva non potesse che riguardare le predette imprese.

In ogni caso, nella specie, stante la peculiarità e sostanziale diversità tra l'istituto dell'accreditamento e la disciplina in materia di gare pubbliche preordinate all'affidamento di pubblici appalti e concessioni di servizi, non poteva essere applicata la disposizione contenuta nel Codice degli Appalti, oltretutto in presenza di una specifica disciplina regionale (D. G.R. 20/4/2009 n. 514) regolatrice della procedura in questione, che in alcun modo prevede la revoca della procedura nel caso che abbiano manifestato interesse al bando pubblico meno di cinque imprese autorizzate.

Quanto al sesto e al quattordicesimo mezzo di impugnazione, il Collegio ne deve parimenti evidenziare l'infondatezza, stante che il

sistema dell'accreditamento, disciplinato dall'art. 38 della L.R. Emilia – Romagna n. 2 del 2003 per la gestione di talune tipologie di servizi sociali, socio sanitari e assistenziali, contempla un peculiare e celere procedimento selettivo, da effettuarsi coerentemente alla programmazione dei servizi erogati, che è improntato unicamente sulla valutazione discrezionale dell'offerta qualitativa del servizio di ogni impresa partecipante, e che, pertanto, non prevede le forme di trasparenza procedimentali proprie degli appalti pubblici o delle gare per l'affidamento in concessione di servizi, quali sono la pubblicità delle sedute e, all'esito delle operazioni valutative, la redazione della relativa graduatoria delle imprese concorrenti.

Ai sensi di quanto prevede la deliberazione regionale n. 514 del 2009, al punto 7.3.3., infatti, l'amministrazione comunale "...valuta le proposte di accreditamento provvisorio presentate dai soggetti invitati, anche con riferimento alla qualità ed alla solidità del soggetto proponente, tenendo conto prioritariamente di eventuali elementi migliorativi rispetto ai requisiti e standard previsti per l'accreditamento secondo le condizioni predeterminate nell'invito medesimo; individua il soggetto gestore al quale viene rilasciato l'accreditamento provvisorio per la gestione del servizio, ne motiva la scelta ed assicura adeguata informazione a tutti i soggetti invitati alla procedura...".

La specifica normativa regionale non prevede, pertanto, che alla valutazione delle proposte di accreditamento provvisorio e

all'individuazione del gestore si pervenga mediante attribuzione di punteggi e conseguente redazione di graduatoria tra le imprese partecipanti.

Si deve inoltre rilevare che sulla peculiarità del sistema dell'accREDITAMENTO si è pronunciata anche la Corte Costituzionale, stabilendo, nella sentenza n. 94 del 2009, che "L'accREDITAMENTO delle strutture è stato configurato come un atto connotato da profili di discrezionalità amministrativa, avente ad oggetto la verifica concernente la funzionalità delle stesse rispetto agli indirizzi di programmazione regionale, atto comunque da solo insufficiente a consentire l'erogazione di prestazioni a carico del S. s.n.. Siffatta erogazione è stata, infatti, subordinata alla stipula di appositi accordi contrattuali, con i quali neppure è acquistata una certa quantità di servizi, ma è soltanto autorizzata l'erogazione delle prestazioni entro un tetto massimo prefissato da remunerare con il sistema a tariffa". A seguito di tale conclamata diversità con i procedimenti di gara relativi ad appalti o concessioni, è evidente l'infondatezza delle riferite censure che le norme relative a siffatti procedimenti vorrebbero applicate meccanicamente anche agli accREDITAMENTI di cui si discute (v. in termini: T.A.R. Sicilia -PA- sez. I, 6/5/2011 n. 874).

Parimenti non sono meritevoli di accoglimento il settimo, l'ottavo e il quattordicesimo mezzo di impugnazione, anch'essi fondati sull'errato presupposto dell'assimilazione della procedura di

accreditamento (nella specie: provvisorio) all'appalto di servizi; ciò comporta l'inconsistenza dell'argomentazione rilevante l'omissione di tutela, da parte dell'amministrazione comunale, circa la corretta conservazione dei plichi contenenti le offerte delle concorrenti, sia perché tale obbligo non è previsto dal legislatore regionale relativamente alla procedura in questione sia perché la ricorrente – a fronte dell'argomentazione del Comune in merito all'avvenuta corretta conservazione in cassaforte della documentazione relativa alla procedura, non ha a sua volta indicato alcun elemento o indizio di segno contrario, idoneo a dimostrare che, a seguito di tale asserita non corretta conservazione della documentazione, sia almeno potenzialmente venuta meno l'obiettività delle valutazioni effettuate. Occorre infine rilevare che nella già citata disciplina regionale, non vi è alcun riscontro circa la pretesa, azionata in ricorso, di singola verbalizzazione per ogni seduta da parte del gruppo di lavoro che ha proceduto all'istruttoria procedimentale, nella specie non trattandosi, come si è detto, di attribuzioni di commissione giudicatrice di gara pubblica di appalto o di concessione di servizi.

Anche il nono motivo non si sottrae a giudizio di infondatezza, dato che, risultando al momento di espletamento della procedura oggetto di causa non ancora costituito "l'organismo tecnico" previsto dall'art. 38, comma 4 della L.R. n. 2 del 2003, correttamente il Comune ha affidato la funzione istruttoria relativa all'accreditamento provvisorio all'Ufficio di Piano, come stabilito dalla Giunta Regionale Emilia –

Romagna con la deliberazione n. 514 del 2009 (v. doc. n. 8 dep. dal Comune).

Il decimo mezzo d'impugnazione non può trovare accoglimento, dato che, ai sensi della già più volte citata normativa regionale, oggetto di valutazione collegiale, con espressione del correlato "parere", dovevano essere solo gli elementi di cui al punto 5a) della Lettera d'Invito, vale a dire quelli concernenti l'offerta tecnica qualitativa di ogni partecipante. Conseguentemente risulta infondato anche il successivo motivo, dal momento che l'elemento di cui al punto 5b) della Lettera d'invito, non essendo oggetto di valutazione collegiale, ben poteva essere "trattato" singolarmente, risolvendosi esso, in definitiva, nella mera operazione istruttoria di trascrizione in un elenco della documentazione presentata da ogni concorrente.

Il dodicesimo motivo è infondato, posto che, con esso, la ricorrente rileva l'illegittimità delle valutazioni discrezionali poste in essere dall'amministrazione comunale, tuttavia non riuscendo a comprovarne la manifesta irragionevolezza o la contraddittorietà o, altrimenti, che esse siano frutto di evidente travisamento di fatti, con ciò regredendo la censura ad inammissibile sindacato sul merito dell'azione amministrativa, finalizzato a sostituire una propria valutazione delle proposte in competizione a quella già effettuata dall'amministrazione.

Parimenti da respingere è il successivo mezzo di impugnazione, posto che l'amministrazione comunale ha spiegato in modo congruo

e attendibile, sulla base della stessa *ratio* dello strumento dell'accreditamento, che non prevede la presentazione di offerta economica da parte delle imprese concorrenti per l'affidamento del relativo servizio, che il contributo economico messo a disposizione da R.T.I. il Cigno attiene unicamente all'elemento qualitativo, costituendo somma in denaro da investire quale miglioria della struttura con l'ampliamento dei servizi che possono effettuarsi presso la stessa (realizzazione di un Centro Diurno per le Demenze). Risulta infondato anche il quattordicesimo e ultimo motivo di ricorso, posto che il provvedimento di accreditamento indica esaurientemente le ragioni sulla base delle quali il Comune ha valutato quale migliore la proposta di R.T.I. Il Cigno; ragioni la cui sussistenza trova peraltro conferma nel fatto che la ricorrente ha avuto modo di contestarle nel merito, in sede di redazione dei precedenti motivi, assumendo che il Comune, proprio basandosi su tali motivazioni, avesse illegittimamente o valorizzato la proposta di R.T.I. Il Cigno a scapito della propria o svalutato quella di C.A.D. favorendo in tal modo la proposta dell'impresa accreditata.

In ultimo, il Collegio deve esaminare il quinto mezzo d'impugnazione, con il quale si sostiene che R.T.I. Ancora, l'altra concorrente che ha partecipato alla selezione, ma che, come la ricorrente non ha ottenuto l'accreditamento, avrebbe dovuto essere esclusa.

Al riguardo, si osserva che il motivo è inammissibile, posto che,

accertata l'infondatezza di tutti i motivi proposti avverso la concorrente accreditata – nessun concreto interesse può vantare la ricorrente ad ottenere l'esclusione dalla procedura in parola dell'altra concorrente non vincitrice.

Per le suesposte ragioni, è respinta l'azione impugnatoria proposta con il presente ricorso, con conseguente reiezione anche della contestuale e correlata azione risarcitoria.

Il Collegio ritiene, tuttavia, anche in ragione della novità e della peculiarità delle questioni esaminate, che sussistano giusti motivi per l'integrale compensazione, tra le parti, delle spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia – Romagna,
Bologna (Sezione Seconda)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Bologna, nella camera di consiglio del giorno 15 marzo 2012, con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Mozzarelli, Presidente

Bruno Lelli, Consigliere

Umberto Giovannini, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 14/05/2012

IL SEGRETARIO

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