



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 Toscana

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 21 e 26 della legge 1034/71 e successive modifiche e integrazioni,
sul ricorso numero di registro generale 993 del 2009, integrato da motivi aggiunti,
proposto da:

Consorzio Metropoli s.c.s. Onlus, in persona del legale rappresentante p.t., e
L'Arca coop. sociale a r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentati e
difesi dall'avv. Luca Righi, con domicilio eletto presso il suo studio in Firenze, via
delle Mantellate n. 8;

contro

Comune di Empoli, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'avv.
Riccardo Farnetani, con domicilio eletto presso il suo studio in Firenze, via de'
Conti n. 3;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

- con il ricorso principale:

dell'”Avviso di selezione pubblica per l'affidamento del servizio di gestione dei nidi
di infanzia <Melograno> e<“Piccolo Mondo> – periodo 2009-2012 – Asta n.

6/2009", in data 16.4.2009, a firma del Dirigente del Servizio Dr. Riccardo Gambini;

dell'annesso capitolato speciale, con particolare (anche se non esclusivo) riferimento agli artt. 4, 5, 8 e 25;

per quanto occorrer possa dello schema di istanza di ammissione alla gara (alla. 1 al bando);

nonché di ogni altro atto presupposto, connesso e/o conseguente ancorché incognito, compresa, per quanto occorrer possa, la Determinazione dirigenziale n. 300 del 26.3.2009 (determinazione a contrattare);

- con i motivi aggiunti depositati il 3 luglio 2009:

del provvedimento di esclusione del Consorzio Metropoli soc.coop ONLUS dalla gara di cui é causa, di cui alla nota prot. n. 2009/3691 del 17.6.09, a firma del Presidente della Commissione dei gara;

nonché di ogni atto connesso e/o conseguente, ancorché incognito.

Visto il ricorso ed i motivi aggiunti, con i relativi allegati;

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

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 08/07/2009 il dott. Riccardo Giani e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Avvisate le stesse parti ai sensi dell'art. 21 decimo comma della legge n. 1034/71, introdotto dalla legge n. 205/2000;

Con l'atto introduttivo del giudizio i ricorrenti, premesso di essere operatori economici operanti nel settore socio-sanitario ed educativo, impugnano l'avviso di selezione con il quale il Comune di Empoli ha messo a gara l'affidamento del servizio di gestione di due nidi di infanzia, nonché il connesso capitolato speciale

di gara, sul rilievo che tali atti presentano profili di illegittimità tali da non consentire la formulazione di un'offerta suscettibile di essere ammessa alla procedura.

Nei confronti degli atti gravati i ricorrenti formulano le seguenti censure:

- 1) “Violazione e/o falsa applicazione dei principi generali in materia di appalti pubblici – eccesso di potere per illogicità; Difetto di motivazione, sviamento”, censurando gli atti di gara laddove richiedono agli offerenti l'utilizzo di personale in possesso di “adeguata esperienza lavorativa“ e cioè almeno 20 mesi di servizio in asili nido per gli educatori e almeno 10 mesi per il personale addetto a servizi accessori;
- 2) “Violazione e/o falsa applicazione dei principi generali in materia di contratti pubblici – Violazione del principio di libertà organizzativa dell'impresa – Eccesso di potere per illogicità manifesta, sviamento”, contestando l'inquadramento contrattuale richiesto dal capitolato per gli educatori;
- 3) “Violazione e/o falsa applicazione dei principi generali in materia di contratti pubblici – Violazione del principio di libertà organizzativa dell'impresa – Eccesso di potere per illogicità manifesta, sviamento”, ove si contestano i limiti posti dal CSA alla possibilità di interruzione del rapporto di lavoro con i dipendenti da parte dell'aggiudicatario del servizio;
- 4) “Violazione dei principi generali in materia di svolgimento delle gare di appalto con particolare riferimento ai poteri delle commissioni giudicatrici – Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 53, comma 2, della direttiva n. 2004/18/CE e dell'art. 83, commi 2 e 4, del d.lgs. n. 163/2006”;
- 5) “Violazione e/o falsa applicazione dei principi generali in materia di gare all'offerta economicamente più vantaggiosa - Eccesso di potere per illogicità manifesta, contraddittorietà, sviamento”.

I ricorrenti hanno comunque presentato domanda di partecipazione alla procedura de qua, la quale è stata respinta tra l'altro e in primis per mancato impegno all'impiego di personale educativo ed ausiliario in possesso dei requisiti di cui all'art. 4 del CSA.

L'atto di esclusione è stato gravato dai ricorrenti con atto di motivi aggiunti, con riproposizione delle censure già formulate nel ricorso principale.

Il Comune di Empoli si è costituito in giudizio per resistere al ricorso.

La causa è stata chiamata alla camera di consiglio del giorno 8 luglio 2009 per l'esame della domanda cautelare e trattenuta dal Collegio per la decisione nel merito con sentenza succintamente motivata, sussistendone i requisiti di legge e dato di ciò avviso alle parti.

Con il primo mezzo i ricorrenti censurano le previsioni della normativa di gara che prescrivono requisiti di ammissione dei concorrenti alla procedura, in particolare richiedendo l'impegno ad utilizzare nella gestione del servizio solo personale dotato di adeguata esperienza professionale. Il profilo in esame assume peraltro importanza centrale nella decisione della controversia, perché i soggetti ricorrenti hanno presentato domanda di partecipazione alla gara senza assumere tale impegno, e perciò sono stati esclusi dalla procedura con atto da essi gravato con i motivi aggiunti.

Con l'impugnato avviso di selezione (doc. 1 dell'Amministrazione resistente) il Comune di Empoli ha indetto una gara con procedura concorsuale aperta per l'affidamento, in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, del servizio di gestione di due nidi per l'infanzia. Nel bando, tra gli elementi di valutazione della qualità dell'offerta, si prevede anche l'attribuzione di un punteggio da zero a dieci punti per la "qualità professionale degli operatori che si intendono impiegare nello svolgimento del servizio di gara in aggiunta ai requisiti di cui all'art. 4 del Capitolato Speciale d'Appalto". Il citato art. 4 del CSA (doc. 2

Comune) si occupa dei “requisiti degli operatori”, distinti tra “educatori nidi d’infanzia” e “operatori ausiliari”. In particolare si prevede, quanto agli educatori, che essi oltre la maggiore età e il necessario titolo di studio debbano avere “una adeguata esperienza lavorativa non inferiore complessivamente a 20 mesi di servizio svolto c/o nidi d’infanzia comunali o privati autorizzati. Per il calcolo della durata dell’esperienza lavorativa non vengono considerati tempi di lavoro inferiori a 18 ore/settimana”. Quanto agli operatori ausiliari, anche qui oltre l’età e i titoli di studio, è prescritto il possesso di “una adeguata esperienza lavorativa non inferiore complessivamente a 10 mesi di servizio svolto c/o nidi d’infanzia comunali o privati autorizzati. Per il calcolo della durata dell’esperienza lavorativa non vengono considerati tempi di lavoro inferiori a 18 ore/settimana”. Il senso delle prescrizioni di gara risulta assolutamente pacifico: gli offerenti devono impegnarsi ad utilizzare personale dotato di una esperienza minima, nella misura determinata dal CSA, salva la valutazione, in sede di qualità dell’offerta, dell’utilizzo di personale dotato di esperienza aggiuntiva rispetto a quella minima prescritta. Dunque l’utilizzo di personale con l’esperienza minima prescritta si pone come condizione di ammissibilità dell’offerta alla procedura di gara, tant’è che nella specie, poiché i ricorrenti non avevano assunto l’impegno nel senso appena descritto, la loro domanda di partecipazione è stata respinta.

Con il motivo di gravame in esame i ricorrenti censurano la normativa di gara laddove prescrive come indefettibile l’utilizzo di personale avente tutto i requisiti minimi di esperienza stabiliti dall’art. 4 del CSA, ritenendo che tali previsioni siano illegittimamente restrittive della concorrenza, traducendosi in prescrizioni irragionevoli e sproporzionate rispetto ad un corretto bilanciamento tra garanzia di massima partecipazione alla gara e ricerca di imprenditori che possano garantire la massima possibile qualità dell’offerta. Nella sostanza con la doglianza in esame i ricorrenti censurano la scelta dell’Amministrazione di cui all’art. 4 del CSA,

ritenendo che essa si sia tradotta nella imposizione di un requisito di ammissione alla procedura eccessivo e quindi lesivo del principio di proporzionalità cui le scelte amministrative devono ancorarsi.

La censura risulta infondata.

Il principio di proporzionalità, elaborato nel seno della dottrina e della giurisprudenza tedesca e poi assunto come principio generale del diritto comunitario, trova senz'altro ingresso e significativo rilievo anche nel nostro ordinamento, non solo perché nella specie si verte in materia di rilevanza comunitaria o per il generale rinvio ai principi comunitari contenuto nell'art. 1, comma 1, della legge n. 241 del 1990 (come modificato dalla legge n. 15 del 2005), ma più specificamente per l'ampio richiamo del suddetto principio effettuato dal Codice dei contratti pubblici (tra l'altro agli artt. 2, 27, 30 d.lgs. n. 163 del 2006). Su tale principio sussiste un'ampia elaborazione giurisprudenziale, oltre ad approfonditi studi, e disponiamo oggi anche di una definizione normativa, dal momento che l'art. 23 della legge 28 dicembre 2005, n. 262, seppur in un contesto disciplinare determinato, afferma che il principio di proporzionalità è "inteso come criterio di esercizio del potere adeguato al raggiungimento del fine, con il minor sacrificio degli interessi dei destinatari". In effetti anche secondo l'elaborazione giurisprudenziale e dottrinale la verifica del rispetto del principio di proporzionalità deve svolgersi intorno a questi due profili, cioè da un lato verificando se la determinazione amministrativa risulta funzionale rispetto alle finalità perseguite dalla p.a. e quindi adeguata rispetto alla funzione e dall'altro vagliando se essa non risulti però eccessiva nella misura, cioè spropositata rispetto al perseguimento dell'interesse pubblico primario e tale da sacrificare troppo e in termini ingiustificati gli altri interessi coinvolti nella procedura amministrativa.

Gli accennati elementi teorici devono essere adesso applicati alla vicenda in esame, cioè alle prescrizioni di gara che richiede l'impegno degli offerenti di impiegare

soltanto personale avente una specifica esperienza e che determinano tale necessaria esperienza nello svolgimento di attività corrispondente a quella che dovranno adempiere in esecuzione dell'appalto nella misura di 20 mesi per gli educatori e di 10 mesi per il personale ausiliario. In primo luogo deve quindi scrutinarsi il profilo attinente alla funzionalità del requisito richiesto rispetto all'interesse pubblico avuto di mira dalla p.a. e quindi la sua adeguatezza rispetto alla funzione. L'esito di tale scrutinio è ad avviso del Collegio sicuramente positivo. Appare infatti convincente la considerazione che il Comune, nel momento in cui deve affidare un servizio assai delicato come quello di gestire due nidi dell'infanzia, si preoccupi della competenza del personale che dovrà svolgere in concreto l'attività appaltata, ponendo quindi dei requisiti minimi di esperienza da qualificarsi come necessari e ineludibili. L'affermazione dei ricorrenti secondo cui i requisiti di esperienza andrebbero valutati solo in termini di qualità dell'offerta, non potendo di contro costituire requisiti di ammissibilità della stessa, appare eccessivamente rigida e infondata. Ben ha fatto invece la stazione appaltante a modulare il rilievo del profilo dell'esperienza: in parte come condizione di ammissibilità dell'offerta (nei termini dell'art. 4 del CSA) e in parte come elemento di valutazione nell'ambito dell'offerta economicamente più vantaggiosa (secondo il disposto del punto 5.A.4 del bando). In secondo luogo deve però adesso vagliarsi se questo dato di esperienza minima che è richiesto ai partecipanti alla gara come condizione di ammissibilità alla stessa non sia eccessivo e non finisca per restringere immotivatamente la concorrenza, venendo quindi ad essere sproporzionato. Ritiene il Collegio che anche questo secondo esame abbia esito positivo per le scelte operate dalla p.a. Infatti, a ben vedere, la misura del dato di pregressa esperienza richiesto al personale impiegato dai partecipanti alla selezione non appare affatto eccessivo e tale da restringere illegittimamente la concorrenza tra gli operatori del settore, apparendo congruo l'utilizzo di personale educativo che

abbia almeno 20 mesi di esperienza e di personale ausiliario che ne abbia 10 di mesi di attività pregressa, periodi che sembrano corrispondere a quelli minimi necessari per affinare sul campo le competenze acquisite sul piano più strettamente teorico attraverso il conseguimento dei titoli di studio. Si tratta di periodi circoscritti, certo necessari in aggiunta agli studi teorici per poter adeguatamente svolgere le mansioni affidate, e che non appaiono costituire un restringimento illegittimo alla concorrenza, come sarebbe stato se fosse stata richiesta a tutti gli operatori impiegati una pluriennale esperienza già maturata.

Alla luce delle considerazioni che precedono il primo motivo di ricorso, e la prima censura dei motivi aggiunti, risultano infondati e devono essere respinti.

Osserva il Collegio che non vi è tuttavia spazio processuale per passare all'esame delle ulteriori censure proposte. Infatti, poiché i ricorrenti non sono in possesso del requisito di esperienza necessario per partecipare alla procedura, e risulta quindi in tal modo correttamente adottato il provvedimento di esclusione degli stessi, nessun interesse possono essi vantare all'esame delle ulteriori doglianze proposte, il cui eventuale accoglimento non porterebbe loro alcuna utilità

Ne consegue che il ricorso, e i motivi aggiunti, devono essere in parte respinti e in parte dichiarati inammissibili per difetto di interesse. Ritiene il Collegio che la novità della questione esaminata e la complessità della stessa giustificano comunque una integrale compensazione tra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana, sez. 1[^], definitivamente pronunciando, in parte respinge e in parte dichiara inammissibile il ricorso in epigrafe e i connessi motivi aggiunti, ai sensi di cui in motivazione.

Compensa tra le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 08/07/2009 con
l'intervento dei Magistrati:

Gaetano Ciccìò, Presidente

Carlo Testori, Consigliere

Riccardo Giani, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/07/2009

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

IL SEGRETARIO