



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 il Friuli Venezia Giulia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 101 del 2011, proposto dall'Onda Nova soc. coop Onlus, rappresentato e difeso dall'avv. Dante Cudicio, con domicilio eletto presso Segreteria Generale T.A.R. in Trieste, p.zza Unita' D'Italia 7;

contro

Comune di Villa Santina, rappresentato e difeso dall'avv. Teresa Billiani, con domicilio eletto presso di lei. in Trieste, via Martiri della Liberta' 13;

nei confronti di

Societa' Dolce Soc. Coop., capogruppo mandataria, anche quale rappresentante delle mandanti Camst Soc. Coop. A R.L., Idealservice Soc. Coop.rappresentate e difese dagli avv. Antonio Rossi, Piero Santi, con domicilio eletto presso Piero Santi in Trieste, via Zanetti 8;

per l'annullamento

a)della Determinazione dirigenziale del Responsabile del Servizio Amministrativo del Comune di Villa Santina (UD) n. 79/AM d.d. 27 dicembre 2010, comunicata a

mezzo fax in data 1 febbraio 2011, ad oggetto «Servizio di gestione del Centro Anziani, società “Residence Stati Uniti d’America srl”»: Scelta del socio operativo di minoranza della società a responsabilità limitata denominata “Residence Stati Uniti d’America S.r. Affidamento appalto”;

b)del provvedimento di aggiudicazione provvisoria, contenuto nel verbale di gara n. 9;

c)dei Verbali di gara (nelle parti di cui al ricorso);

d)per quanto di interesse e di ragione, del Disciplinare di Gara (art. 9);

e)della nota prot. 299 d.d. 17 gennaio 2011;

f)della Determina n. 10/Am d.d. 28 gennaio 2011, non messa a disposizione;

g)della delibera di Giunta Comunale n. 154 d.d. 27 dicembre 2010;

h)della delibera di Giunta Comunale n. 20 d.d. 31 gennaio 2011;

i)di tutti gli altri atti comunque connessi, presupposti e conseguenti a quelli come sopra indicati, ivi compresi quelli eventualmente nelle more emanati e per la declaratoria della nullità e/o inefficacia

del contratto eventualmente nelle more stipulato in relazione alla procedura di dismissione del 40% delle quote della S.r.l. “Residence Stati Uniti d’America”

nonché per il risarcimento dei danni tutti, patiti e patienti dalla ricorrente a fronte ed in conseguenza dell’operato della Amministrazione resistente nella procedura di selezione per cui è ricorso, con conseguente condanna della medesima al risarcimento dei danni tutti cagionati alla ricorrente, con preferenza del ristoro in forma specifica.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Villa Santina e di Societa' Dolce Soc. Coop.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 novembre 2012 il dott. Enzo Di Sciascio e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

La ricorrente rappresenta, premesso di aver partecipato alla gara indetta dal Comune di Villa Santina per la gestione del Centro anziani "Residence Stati Uniti d'America srl" mediante procedura aperta da aggiudicarsi mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, finalizzata all'alienazione del 40% di detta società per l'erogazione di alcuni servizi, con punteggio assegnato fino all'85% per il progetto tecnico e fino al 15% per il prezzo, di essersi classificata al primo posto per l'offerta tecnica e al secondo per l'offerta economica.

L'aggiudicazione provvisoria avveniva a favore della controinteressata ATI Dolce, CAMST e Idealservice.

Seguiva una richiesta di interevento in autotutela del Comitato Paritetico per la Cooperazione Sociale della Regione, che evidenziava:

- che la formula usata per l'offerta economica avrebbe trasformato la natura della gara, onde l'assegnazione sarebbe in pratica intervenuta al massimo ribasso;
- che il ribasso offerto dalla controinteressata avrebbe comportato, per la sua anomalia, o la sua esclusione o la verifica della congruità dell'offerta.

Analoghe osservazioni venivano proposte dalla ricorrente.

Il Comune intimato, asserendo la piena regolarità della procedura, provvedeva all'aggiudicazione definitiva.

Pertanto la ricorrente contesta:

- 1) la mancata effettuazione della verifica di congruità, avendola la stazione appaltante chiaramente omessa (aggiudicazione provvisoria dd. 24.12.2010; aggiudicazione definitiva dd. 27.12.2010) violando sia l'art. 10 del disciplinare sia

l'art. 48 del D. Lgs. n. 163/2006, che la prevedono, ed aggiudicando la gara in palese difetto della dovuta istruttoria.

Nemmeno tale verifica, come previsto dalla medesima norma richiamata, è stata effettuata nei confronti della ricorrente, seconda classificata, provvedendo invece immediatamente all'aggiudicazione definitiva.

E' stata inoltre richiesta, con l'aggiudicazione definitiva, l'esecuzione anticipata delle prestazioni contrattuali, prima della stipula del contratto e fuori dei casi in cui la normativa vigente (art. 11, 9° e 10° comma del D. Lgs. n. 163/2006) la consente, non ricorrendo l'ipotesi, evocata dalla stazione appaltante, del grave danno per l'interesse pubblico, dato che le prestazioni stesse continuavano, nelle more, ad essere assicurate dalla Cooperativa Ambra, che in precedenza gestiva il servizio.

Inoltre, essendo oggetto della gara l'acquisizione di una quota di minoranza della società che gestisce il Centro anziani oggetto di gara, essendo quella di maggioranza del Comune intimato, per poter subentrare nella gestione la vincitrice dell'appalto doveva diventare socio e l'ATI controinteressata, fino alla stipula del contratto non avrebbe potuto rivestire detta qualifica, rimanendo la gestione in capo alla Cooperativa citata, onde non poteva essere disposto l'immediato subentro. Ne consegue l'illegittimità del provvedimento di aggiudicazione definitiva (deliberazione giunta n. 154 dd. 27.12.2010).

Sarebbero stati violati altresì gli artt. 11, 79 e 86 del D. Lgs. n. 163 del 2006, l'art. 26 del D. Lgs. 9.4.1988 n. 81, l'art. 3 della L. n. 241/90 e ricorrerebbe il vizio di eccesso di potere non essendo stata imparziale l'azione amministrativa e mancando la dovuta istruttoria e motivazione, in quanto illegittimamente la stazione appaltante non avrebbe rilevato il pronunciato scostamento del ribasso offerto dalla controinteressata rispetto a quello di tutte le altre concorrenti, onde si sarebbe imposta una verifica dell'eventuale anomalia della sua offerta, con la richiesta di giustificazione del prezzo offerto, con aperta violazione delle norme e dei principi

appena elencati e ciò nonostante la richiesta della ricorrente, che non sapeva che si fosse già provveduto all'aggiudicazione definitiva, di sottoporre a verifica di congruità l'offerta della controinteressata, richiamandosi all'aggiudicazione provvisoria.

Invero l'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa in seguito a tale dovuta verifica, in quanto la sua offerta non consentirebbe né il pareggio fra costi e ricavi né il rispetto, in base alle tabelle ministeriali, della copertura del costo del lavoro, ed addirittura offrirebbe delle onerose prestazioni migliorative, né si spiegherebbe il forte divario con l'offerta della precedente aggiudicataria, che aveva tutto l'interesse a diminuire al massimo il guadagno, pur di mantenere la gestione del servizio.

L'art. 9 del disciplinare di gara assegnava il punteggio dell'offerta economica secondo un metodo (c.d. interpolazione lineare) che ha premiato con il massimo dei punti (15) l'offerta economica della controinteressata, così superando l'offerta della ricorrente, che si era classificata al primo posto per la qualità.

Peraltro degli 85 punti assegnabili sotto tale profilo essa ricorrente ne ha conseguito solo 51,70 con ciò dimostrando che la metodologia impiegata dalla stazione appaltante mirava a privilegiare il ribasso a base d'asta, con ciò trasformando una gara da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa in una al massimo ribasso.

L'illegittimità di tale criterio di calcolo determinerebbe l'illegittimità derivata del verbale di gara n. 9, del provvedimento di aggiudicazione definitiva e degli atti conseguenti.

Sarebbe illegittima, per violazione dell'art. 24 della L. n. 241/90, dell'art. 11 della L. n. 163/2006 e del DPR n. 184/2006, altresì la – pur brevissima – pubblicazione dell'offerta tecnica della ricorrente all'Albo pretorio comunale, che consentirebbe, in future procedure, ad altre imprese, che così vengono a conoscere il suo know –

how senza alcun suo previo consenso, il che determinerebbe la colpa dell'amministrazione e il conseguente risarcimento del danno.

Si chiede inoltre la declaratoria dell'inefficacia del contratto e il risarcimento del danno, con preferenza per quello in forma specifica o, in mancanza, per equivalente per l'illegittima mancata aggiudicazione.

A sostegno del proposto gravame ha depositato documenti e consulenza tecnica.

Si sono costituiti in giudizio il Comune intimato e la capogruppo mandataria dell'ATI controinteressata, anche per conto delle imprese mandanti, controdeducendo e depositando memorie.

Ha replicato con memorie la ricorrente.

Appare necessario premettere qualche considerazione circa l'oggetto dell'appalto, variamente definito dagli atti di gara, su cui vi è cenno nel primo motivo di ricorso.

Secondo la ricorrente esso consisteva in "una procedura aperta da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, finalizzata all'alienazione del 40% delle quote della società a responsabilità limitata, denominata "Residence Stati Uniti d'America srl" ove "la qualità di socio avrebbe consentito all'aggiudicatario della quota azionaria di poter poi erogare, in favore della stessa struttura i servizi di cucina e ristorazione, di assistenza ausiliaria e assistenza notturna, di pulizia e sanificazione".

Osserva il Collegio che, se questa descrizione corrisponde al punto II.1.1 della Descrizione dell'oggetto dell'appalto, non corrisponde all'art. 2, prima parte, del capitolato speciale d'appalto, intitolato "Oggetto e durata" in cui si afferma che "L'appalto ha per oggetto i seguenti servizi, da rendersi in favore del Centro per Anziani di Villa Santina...1. servizio di pulizia e ristorazione 2. servizio di assistenza ausiliaria e assistenza notturna (che include il servizio di lavaggio e stiratura di biancheria e indumenti) e di animazione 3. pulizia e sanificazione del Centro".

Tale definizione appare al Collegio quella che realmente definisce l'oggetto dell'appalto, in quanto la procedura competitiva, cioè la gara d'appalto, ha per oggetto soltanto i predetti servizi, in ordine ai quali vengono presentate e vagliate le offerte e individuati l'aggiudicatario provvisorio e quello definitivo e si procede ad individuare l'aggiudicatario, secondo il punto IV.2.1 del bando, assegnando i relativi punteggi in base alla valutazione del progetto (per l'85%) e all'offerta economica (15%).

La gara non aveva quindi come oggetto, come correttamente sottolinea la difesa comunale, la cessione pro tempore di una quota della società che gestisce la Casa per anziani comunale, anche perché detta quota non era un bene pubblico ma apparteneva, fino alla sottoscrizione del contratto, a una società privata, la precedente aggiudicataria del servizio, bensì l'individuazione del miglior offerente per l'esecuzione dei servizi in gara, tanto è vero che nessuna procedura competitiva è stata aperta sul prezzo di detta quota, fissato inderogabilmente dal bando.

Come poi specifica il punto III.1.3 del bando medesimo "L'aggiudicatario diviene socio di minoranza al 40% della società "Residence Stati Uniti d'America srl" mediante la sola verifica del possesso dei relativi requisiti, quindi al di fuori di ogni gara o procedura competitiva.

Se ne deve concludere che l'appalto in discussione era regolato dall'art. 20 del D. Lgs. n. 163/2006, ed aveva per oggetto i servizi di cui agli artt. 17 (alberghieri e di ristorazione) e 25 (sanitari e sociali) di cui all'allegato IIB, pur essendo finalizzato, a gara conclusa, all'acquisizione da parte dell'aggiudicatario di tali servizi di una quota della società, di cui si è sopra discusso.

La prospettazione della ricorrente sul punto non può essere pertanto condivisa.

E' infondato il primo motivo, innanzitutto là dove deduce, considerato il brevissimo intervallo fra aggiudicazione provvisoria e definitiva, che non sia

effettuata la verifica circa il possesso, da parte dell'assegnatario, dei requisiti economici e tecnici, richiesti dal disciplinare di gara.

Prima di dedurre detta mancata effettuazione della verifica di congruità dell'offerta dell'aggiudicataria è necessario chiedersi se, nel caso di specie, tale verifica era dovuta.

Ai sensi dell'art. 86, 2° comma del D. Lgs. n. 163/2006, nel caso di aggiudicazione del contratto col metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa essa è dovuta quando "sia i punti relativi al prezzo, sia la somma dei punti relativi agli altri elementi di valutazione sono entrambi pari o superiori ai quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara", cioè, nel caso di specie, entrambi pari o superiori, per il prezzo a 12 punti e per la qualità a 68 punti.

Poiché l'aggiudicataria otteneva per la qualità soltanto 44,50 punti non era necessario far luogo a detta verifica, neanche nei confronti del secondo classificato, onde anche detta censura è priva di pregio.

Tutte le censure concernenti la presunta anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria vanno pertanto rigettate.

Del pari inconsistente è la censura che riguarda l'asserita illegittimità dell'anticipata erogazione del servizio rispetto alla sottoscrizione del contratto, dato che si tratta di adempimento dell'aggiudicatario, previsto peraltro dal disciplinare di gara, non impugnato sul punto, che si colloca al di là della scelta del contraente ed è quindi inidonea ad infirmarla. Detta anticipata erogazione è stata peraltro richiesta dalla stazione appaltante, onde non protrarre, dopo che il precedente contratto era scaduto, l'erogazione del servizio a costi superiori, foriera di danno erariale.

Non comprende il Collegio quale ulteriore illegittimità possa ricavarsi dal fatto che il gestore uscente, evidentemente interessato a conservare la gestione della struttura, abbia formulato un'offerta che di poco si discosta dalla base d'asta, onde questo elemento avrebbe dovuto essere di guida al Comune per giudicare anomala

l'offerta al ribasso della ricorrente, dato che, come si è visto, la verifica dell'anomalia è subordinata a precisi parametri, fra cui non ricorre il paragone con una particolare offerta, tanto più quando la gara si svolge mediante procedura aperta.

Con il terzo motivo, mediante l'impugnazione dell'art. 9 del disciplinare di gara, si contesta il criterio di valutazione dell'offerta economica, mediante interposizione lineare, che avrebbe dato un eccessivo peso all'offerta più bassa, rispetto alla qualità del servizio, trasformando in tal modo la natura della gara.

Tale motivo di gravame, peraltro, così come configurato, può essere espresso solo dopo che si sono conosciuti l'esito della gara e le offerte delle altre partecipanti, onde non pare legittimo al Collegio che si censuri, *secundum eventum*, l'art. 9 del disciplinare, una disposizione preesistente alla gara e in sé astratta, e quindi non lesiva di una particolare concorrente piuttosto che di un'altra, dal momento che, essendo già preventivamente nota, non avrebbe impedito a nessuna delle imprese concorrenti di delineare la propria offerta, se l'elemento del prezzo era così prevalente, in modo da far leva su di esso.

Certamente una clausola illegittima della *lex specialis* ben può essere impugnata, ma solo quando ritenuta lesiva (e su questo si fonda l'eccezione di tardività della censura di parte controinteressata, che non mette d'uopo, ad avviso del Collegio, di esaminare, per le ragioni di seguito esposte) ed illegittima.

La clausola di specie è però legittima.

Un ribasso sulla base d'asta del 15%, quale quello qui contestato, è infatti ammesso dall'art. 35, 1° comma, della L.R. 31.3.2006 n. 6, che disciplina il sistema integrato regionale di cittadinanza sociale, il quale, ai sensi del precedente art. 1, 3° comma, comprende “gli interventi e servizi sociali ampiamente intesi, comprensivi dei servizi socio – assistenziali, socio – educativi e socio – sanitari” fra cui indubbiamente rientrano quelli oggetto dell'appalto qui in discussione.

Il criterio dell'interpolazione lineare è inoltre, contrariamente a quanto sostiene parte ricorrente, nelle gare da aggiudicarsi mediante il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dall'allegato G del DPR 10.10.2010 n. 207.

Di conseguenza sia l'art. 9 del disciplinare che il verbale di gara n. 9, che ne dà applicazione, sono legittimi e il motivo di gravame che li contesta è infondato.

Del pari infondato è l'ultimo motivo di gravame, con cui si contesta la pubblicazione dell'offerta tecnica della ricorrente nel sito informatico del Comune, senza previo consenso ed in violazione dell'art. 11 del D. Lgs. n. 163/2006, dell'art. 24 della L. n. 241/90, dell'art. 3 del DPR n. 184/2006, degli artt. 1 e seguenti del D. Lgs. n. 163/2006.

Invero ritiene il Collegio un mero refuso la menzione dell'art. 11 del D. Lgs. n. 163/2006, che riguarda le fasi della procedura di affidamento e la stipulazione del contratto, in luogo del successivo art. 13, intitolato "Accesso agli atti e divieti di divulgazione".

Tale norma, peraltro, disciplina soltanto l'esclusione il differimento e la sottrazione dall'accesso, diritto che si esplica con una domanda diretta all'amministrazione che detiene il documento (ed infatti il primo comma dell'art. 1 "il diritto di accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, ivi comprese le candidature e le offerte è disciplinato dalla legge 7 agosto 1990 n. 241") e non riguarda pertanto il caso di specie, relativo ad una asserita indebita pubblicazione.

Conformemente l'art. 24 della legge n. 241/90 dispone che "il diritto di accesso è escluso" nei casi ivi elencati e, per quel che qui interessa, al 6° comma lett. d) "quando i documenti riguardino...la riservatezza di...gruppi, imprese...con particolare riferimento agli interessi, fra l'altro "finanziario, industriale e commerciale di cui siano in concreto titolari, ancorché i relativi dati siano forniti all'amministrazione dagli stessi soggetti cui si riferiscono" e l'art. 3 del DPR

12.4.2006 n. 184, anche nei casi in cui l'accesso è consentito, ne deve dare comunicazione ai controinteressati.

Lo stesso art. 13 del D. Lgs. n. 163/2006 sopra citato, peraltro, all'art. 5 lett. a), vieta, fuori della particolare ipotesi degli appalti secretati, non solo l'accesso, che, come si ribadisce, è una procedura che si avvia solo a domanda di parte, ma anche "ogni altra forma di divulgazione" in cui rientra la pubblicazione all'albo oggetto del presente motivo di gravame "alle informazioni, fornite dagli offerenti nell'ambito delle offerte ovvero a giustificazione delle medesime, che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali".

Nel caso di specie il ricorrente nemmeno deduce di aver richiesto, per particolari aspetti della propria offerta tecnica, la protezione del segreto tecnico o commerciale.

Come si è visto egli si appella soltanto alle limitazioni al diritto di accesso a tale offerta, che nessuno risulta di aver richiesto.

Né sembri questa una causidica interpretazione della normativa, in quanto, anche ove si volesse ritenere, il che il Collegio esclude, rilevante la disciplina sul diritto di accesso, deve tenersi conto che il suo esercizio è la regola, mentre le eccezioni debbono essere puntualmente elencate da atti normativi (si osservi, al riguardo, il notevole numero di norme regolamentari che definiscono i documenti negati all'accesso).

Il motivo è pertanto infondato.

Esso è, altresì, in questa sede, inammissibile.

La stessa ricorrente riconosce che la contestata pubblicazione è avvenuta "a conclusione della procedura di gara" ed ha individuato la lesione subita nel fatto che "si è vista irreparabilmente depauperata del proprio know – how...potenzialmente da tutti gli operatori del settore, che avendo notizia della

pubblicazione ne avessero approfittato” nonché nella circostanza che “in successive gare aventi analogo oggetto perciò l’Onda Nova, oggettivamente derubata a cagione del comportamento tenuto dal Comune di Villa Santina, verrà a patire evidente pregiudizio”.

Si tratta però di un danno che, se anche – il che si nega – fosse attribuibile a un comportamento illegittimo del Comune, non ha riflesso alcuno sulla procedura di gara, ormai conclusa, per cui la ricorrente si duole con il presente gravame e non se ne potrà quindi richiedere il risarcimento in questa sede.

In conclusione il ricorso, comprensivo di richiesta risarcitoria e di declaratoria di inefficacia del contratto dev’essere rigettato.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Condanna la ricorrente al rimborso delle spese e competenze processuali, che liquida in € 2000 (duemila) a favore del Comune di Villa Santina e in € 2000 (duemila) a favore dell’ATI Dolce soc. coop, CAMST soc. coop e Idealservice soc. coop.

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

Così deciso in Trieste nella camera di consiglio del giorno 28 novembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Umberto Zuballi, Presidente

Enzo Di Sciascio, Consigliere, Estensore

Oria Settesoldi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 02/01/2013

IL SEGRETARIO

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