



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda Bis)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6414 del 2013, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Soc Parsifal Consorzio Di Cooperative Sociali - Soc Coop Sociale Onlus, rappresentata e difesa dall'avv. Francesco Scalia, con domicilio eletto presso Domenico Talarico in Roma, via Lazzaro Spallanzani, 22;

contro

Citta' Di Ciampino, rappresentata e difesa dall'avv. Enrico Michetti, con domicilio eletto presso Enrico Michetti in Roma, via Giovanni Nicotera, 29;

nei confronti di

Soc Esperia Srl, rappresentata e difesa dall'avv. Sergio Caracciolo, con domicilio eletto presso Sergio Caracciolo in Roma, via Michele Mercati, 42;

per l'annullamento

del provvedimento di aggiudicazione definitiva del Dirigente Settore I del Comune di Ciampino n. gen. 925 del 28 maggio 2013;

di tutti gli atti presupposti, conseguenti e connessi.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Citta' Di Ciampino e di Soc Esperia Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 ottobre 2013 il dott. Raffaello Sestini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Considerato e ritenuto in fatto e in diritto quanto segue:

1 - Che il Consorzio PARSIFAL ha proposto ricorso avverso il provvedimento del Comune di Ciampino di aggiudicazione definitiva della gara per l'affidamento della gestione di due asili nido comunali per diciannove mesi educativi, impugnando altresì la nota prot. gen. 22208 del 21.6.2013, con la quale il Comune ha negato l'autotela ex art. 243-bis del codice degli appalti;

2 - Che con il primo, secondo, terzo e quarto motivo di ricorso vengono dedotti i vizi di eccesso di potere sotto plurimi profili sintomatici, nonché la violazione e falsa applicazione dell'art. 46 co. 1 bis e degli artt. 86 co. 3 bis e

3 ter e 87 co. 4 d.lgs. 163/2006, la violazione e falsa applicazione dell'art. 26 d.lgs. 81/2008, la violazione dell'art. 15 del capitolato speciale, la violazione e falsa applicazione dell'art. 18 della l. reg. Lazio n. 59/1980;

3 - Che si sono costituiti in giudizio sia il Comune resistente, che ha eccepito l'inammissibilità ed argomentato l'infondatezza del ricorso, sia la contro interessata, che ha altresì eccepito l'improcedibilità del ricorso per non aver il ricorrente impugnato la nota del Comune prot. n. 28896 del 28.6.2013, di conferma del diniego di autotutela;

4 - Che avverso tale nota il ricorrente ha proposto motivi aggiunti, e che questo TAR ha accolto l'istanza cautelare fissando per la trattazione del merito della controversia l'udienza pubblica del 10.10.2013;

5 - Che Amministrazione e contro interessata eccepiscono in via preliminare l'inammissibilità e l'irricevibilità del ricorso per la inapplicabilità, nel caso di specie, delle disposizioni del Codice dei Contratti Pubblici, trattandosi di appalto di servizi non prioritari di cui all'allegato II B del Codice riferito a servizi sociali, come tale soggetto esclusivamente ad alcune disposizioni peculiari ed ai principi generali del Codice;

6 - Che l'eccezione non può in alcun modo essere condivisa dal Collegio, in quanto la eccepita violazione della pari opportunità fra i partecipanti alla procedura selettiva attiene a fondamentali e pervasivi principi dell'ordinamento che trovano il proprio fondamento, da un lato, nei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione e, dall'altro, nei principi europei di concorrenza, libertà di stabilimento e libera prestazione dei servizi sanciti dal Trattato europeo, cui la fattispecie in esame non può certo restare estranea;

7 - Che, quanto alla eccezione di improcedibilità del ricorso avanzata dalla contro interessata, a giudizio del Collegio il ricorso non può essere ritenuto improcedibile, avendo il ricorrente omissso di impugnare una nota (del 28.6.2013) meramente confermativa del diniego di autotutela ex art. 243-bis del codice degli appalti, già opposto con nota prot. n. 22208 del 21.6.2013 e regolarmente impugnato con il ricorso. In particolare, secondo la costante giurisprudenza amministrativa l'interessato ha la facoltà, ma non l'obbligo, di impugnare l'atto con il quale la stazione appaltante ha negato l'autotutela ai sensi dell'art. 243-bis, comma 4, del D.Lgs. n. 163/2006, nell'ottica della ratio legis di risoluzione alternativa delle controversie e di conseguente deflazione del contenzioso. Inoltre, nel caso in esame, la Stazione appaltante ha comunicato al ricorrente, con nota prot. n. 22208 del 21.6.2013, un primo diniego di autotutela nei quindici giorni imposti, impugnato con il ricorso, ed ha ribadito il diniego con la nota prot. 28896 adottata solo il 28.6.2013, ben oltre il termine perentorio di quindici giorni;

8 - Che, quanto alla contestata irregolarità procedurale concernente i motivi aggiunti, osserva il Collegio che gli stessi sono stati notificati al domicilio reale delle parti il 29.7.2013 (lo stesso giorno in cui il ricorrente riferisce di aver letto la memoria della contro interessata) mentre la precedente comunicazione a mezzo fax della nota non era idoneo a determinarne la conoscenza legale, non avendone il ricorrente autorizzato espressamente l'utilizzo, ai sensi dell'art. 79, comma 5-bis, del codice degli appalti;

9- Che, nel merito, la richiesta di annullamento, previa sospensiva, dei provvedimenti indicati si fonda in primo luogo sulla violazione e falsa applicazione dell'art. 46 co. 1 bis e degli artt. 86 co. 3 bis e 3 ter e 87 co. 4 del d.lgs. n. 163/2006 e dell'art. 26 del d.lgs. n. 81/2008, affermandosi la necessità di tenere distinti gli oneri di sicurezza per interferenze, già predeterminati dalla stazione appaltante, dagli oneri di sicurezza da rischio specifico o aziendale, la cui specificazione spetta a ciascuno dei concorrenti;

10 - Che, al riguardo, la parte contro interessata richiama peraltro la più recente giurisprudenza (per tutte, Consiglio di Stato, sentenza n. 3706 del 10.7.2013) secondo cui il vizio dell'omessa indicazione degli oneri di sicurezza aziendali da parte della stazione appaltante nella redazione del bando non può condurre alla sua automatica esclusione ma deve comportare, da parte della stazione appaltante, una verifica puntuale e argomentata circa la loro sussistenza ed entità, e nel caso in esame la stessa Stazione appaltante, con nota prot. 22896, ha ritenuto "che gli altri "oneri di sicurezza da rischio specifico erano riconoscibili in altre voci quali i costi di formazione specifici, le

visite mediche obbligatorie e la redazione degli atti prescritti, di modo che si tratterebbe di una mera violazione formale e non di una lacuna sostanziale dell'offerta;

11 - Che ogni ulteriore approfondimento appare al Collegio non necessario, attesa la fondatezza della successiva censura dedotta;

12 - Che con il secondo motivo di ricorso parte ricorrente sostiene, in particolare, l'illegittimità degli atti impugnati per eccesso di potere per violazione della par condicio, per violazione dell'art. 15 del capitolato speciale e per violazione dell'art. 18 L. reg. 59/2010, rilevando che l'aggiudicataria ha indicato nell'offerta tecnica un organico di 38 persone ed ha formulato l'offerta economica sulla base di tale organico, mentre successivamente, con i chiarimenti forniti alla Commissione, ha modificato sia l'offerta economica che l'offerta tecnica portando il personale a 45 unità;

13 - Che, osserva il Collegio, la circostanza che la società Esperia ha modificato in sede di giustificazioni, l'organico del personale indicato nell'offerta è pacifica, in quanto l'organico offerto si componeva di 39 addetti (tra cui un pediatra ed un coordinatore pedagogico di 6° livello) mentre in sede di giustificazioni, per garantire il rispetto dell'art. 15 del Capitolato, l'organico viene portato a 45 addetti, tra i quali non figurano più il pediatra ed il coordinatore pedagogico di 6° livello, e vengono ridistribuite differentemente le ore assegnate a ciascun addetto. Al contrario, l'art. 8 del Capitolato speciale d'appalto prescrive che "il progetto organizzativo del servizio oggetto dell'appalto, presentato dalla ditta, deve contenere l'indicazione di tutto il personale utilizzato per la gestione del servizio e delle ore assegnate a ciascun soggetto, della qualifica attribuita, del livello di inquadramento contrattuale". Ed il disciplinare di gara, nell'indicare i punteggi per la valutazione dell'offerta, assegna ben 20 punti a "2) organigramma e personale", dettagliando in modo analitico la relativa assegnazione;

14 - Che pertanto, conclude il Collegio, l'avvenuta variazione del numero degli addetti, delle ore assegnate a ciascuno di essi, del livello di inquadramento contrattuale di un coordinatore pedagogico e l'eliminazione di una figura professionale (il pediatra), hanno modificato l'offerta tecnica, sulla base della quale la Commissione ha assegnato parte rilevante del punteggio finale;

15 - Che la conseguente fondatezza della censura di violazione del divieto di modifica dell'offerta e del connesso principio di parità di trattamento dei concorrenti partecipanti alla gara, determina l'accoglimento del ricorso e l'annullamento dell'impugnata aggiudicazione, con il conseguente obbligo dell'Amministrazione aggiudicataria di procedere all'esclusione della società contro interessata e di rinnovare e concludere la procedura di gara in esame dal momento della mancata esclusione, salvo poter motivatamente dimostrare la sussistenza delle circostanze di legge che consentono un'eventuale annullamento in autotutela e la conseguente rinnovazione dell'intera procedura;

16 - Che l'accoglimento del ricorso nei predetti termini si palesa soddisfacente delle pretese azionate in giudizio da parte ricorrente, e ciò rende non necessario l'esame degli ulteriori profili di illegittimità relativi alla erronea quantificazione del costo orario dei lavoratori ed al difetto di istruttoria e che, anche in relazione alla complessità delle questioni dedotte, sussistono infine giustificati motivi per compensare le spese di giudizio fra le parti;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda Bis)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie ai sensi e per gli effetti di cui in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 ottobre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Eduardo Pugliese, Presidente

Raffaello Sestini, Consigliere, Estensore

Francesco Arzillo, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 29/10/2013

IL SEGRETARIO

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