



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l' Umbria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 400 del 2013, proposto da:

Welfare Società Cooperativa Sociale, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Lorenzo Anelli, con domicilio eletto presso l'avv. Daniele Spinelli in Perugia, piazza Biordo Michelotti,1;

contro

Azienda Pubblica di servizi alla Persona Letizia Veralli, Giulio ed Angelo Cortesi, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Lietta Calzoni, con domicilio eletto presso la medesima in Perugia, via Bonazzi, n. 9;

per l'annullamento

- del bando di concorso pubblicato sulla G.U.R.I. in data 29 luglio 2013 e di tutti gli ulteriori documenti di gara (Disciplinare, Schema di contratto e relativi allegati A,B,C, e D), aventi per oggetto l'affidamento in appalto dei servizi socio sanitari della Residenza Protetta "Letizia Veralli, Giulio ed Angelo Cortesi";
- della nota prot. n. 1876 del 23 settembre 2013, con cui l'Azienda Pubblica resistente ha negato l'adozione del provvedimento di annullamento in autotutela dei sopra menzionati atti, invocato con apposito preavviso di ricorso ex art. 243-bis D.Lgs 163/2006;
- di ogni altro atto presupposto, coordinato, conseguente o comunque connesso;
- nonché per la condanna dell'Azienda Pubblica resistente al risarcimento dei danni arrecati alla Welfare Società Cooperativa Sociale per l'eventuale perdita di chance dovuta agli atti impugnati.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Azienda Pubblica di Servizi alla Persona Letizia Veralli, Giulio ed Angelo Cortesi;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 dicembre 2013 il dott. Cesare Lamberti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. L'Azienda Pubblica di servizi alla persona Letizia Veralli, Giulio e Angelo Cortesi, con sede in Todi, ha indetto una procedura aperta per l'affidamento dei servizi sociosanitari della Residenza Protetta, aventi ad oggetto la gestione di 64 unità non autosufficienti e la gestione in avviamento di un modulo di 11 posti destinati a residenza per anziani non autosufficienti, per un importo base d'asta di € 7.000.000,00 e la durata di cinque anni, da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

1.1. Ai fini dell'ammissione alla procedura di gara, il bando prescrive, tra l'altro, il possesso dei seguenti requisiti speciali "dichiarazione di aver maturato un fatturato specifico relativo a servizi socio sanitari svolti per conto di enti pubblici di cui all'art. 1, comma 2, del D.Lgs. 165/2001/istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza o aziende pubbliche di servizi alla persona a favore di persone non autosufficienti conseguito nell'ultimo triennio (2010, 2011, 2012) pari o superiori ad € 5.000.000,00, Iva esclusa".

2. La ricorrente, Welfare società cooperativa sociale, lamenta che il bando preclude la possibilità di dimostrare l'esistenza del requisito avvalendosi del fatturato relativo ai medesimi servizi sociosanitari svolti per conto di istituzioni private anche convenzionate con soggetti pubblici.

2.1. Sempre ai fini dell'ammissione, il bando dispone che i concorrenti debbano dichiarare "di aver altresì preso conoscenza di tutte le circostanze generali e particolari che possano influire sull'esecuzione del servizio e sulla determinazione dell'offerta e di giudicare i prezzi offerti remunerativi".

2.2. Dalla documentazione di gara, tuttavia, non si evincono numerosi dati particolarmente incidenti sull'esecuzione del servizio.

2.3. Relativamente all'offerta progettuale (max 70/100 punti), vengono individuati, in particolare, i seguenti sub elementi: b1) programma di formazione e aggiornamento professionale del coordinatore e degli operatori addetti ai servizi (max punti 5/70); b2) progetto di gestione(max punti 45/70); b3) migliorie e innovazione (max punti 10/70); b4) sistema per il controllo e miglioramento continuo della qualità (max punti 5/70); b5) sinergie da realizzare mediante documentati accordi in collaborazione con il tessuto sociale ispirate alla collaborazione dell'integrazione e alla messa in rete delle diverse risorse dei soggetti presenti sul territorio(max punti 5/70).

2.4. A fronte della suddetta elencazione e fissazione di sub punteggi, il bando dispone che relativamente a ognuno di essi (con esclusione dell'elemento b3) verrà motivatamente attribuito da ciascun componente la commissione un coefficiente variabile da 0 a 1: il prodotto della media dei coefficienti attribuiti da tutti i commissari moltiplicato per il punteggio massimo assegnabile determinerà il punteggio conseguito dai singoli concorrenti per i suddetti sotto elementi di valutazione.

2.5. Circa le modalità di attribuzione del coefficiente variabile da 0 a 1, il disciplinare contempla una mera schematizzazione dei possibili giudizi: eccellente da 0,76 a 1,00; buono da 0,51 a 0,75; sufficiente da 0,26 a 0,50; insufficiente da 0,00 a 0,25.

2.6. In nessuna parte del bando è dato rinvenire la linea valutativa che condurrà la commissione a definire eccellente, buono, sufficiente, insufficiente l'offerta progettuale presentata dalle concorrenti.

3. Assumendo l'oggettiva impossibilità di partecipare alla gara, la società Welfare cooperativa sociale propone i seguenti motivi di censura:

I - violazione dei principi di libera concorrenza, parità di trattamento e proporzionalità di cui all'art. 2, co.1 D.Lgs. 163/2006 nonché degli artt. 41 e 42 D.Lgs. n. 163/2006: è arbitrario limitare il fatturato specifico utilizzabile dai concorrenti per la dimostrazione del requisito economico finanziario a quello maturato per servizi sociosanitari svolti per conto dei soli soggetti pubblici;

II - violazione dell'art. 41, co. 2, ultimo periodo, D.Lgs. n. 163/2006: il bando limita l'accesso alla gara fissando una soglia minima di fatturato aziendale conseguito nell'ultimo triennio pari o superiore ad € 5.000.000,00 Iva esclusa

senza fornire alcuna motivazione a sostegno di tale scelta.;

III – violazione dell’art. 83, D.Lgs. n. 163/2006 e genericità dei criteri: sono del tutto indeterminate le linee valutative da seguire per l’attribuzione dei punteggi nell’offerta tecnica ed è così precluso ai concorrenti di formulare un’offerta progettuale massimizzata ad ottenere il miglior punteggio possibile;

IV - equivocità delle previsioni negoziali: dall’esame della documentazione di gara non è dato comprendere l’esatta determinazione degli oneri di cui l’aggiudicatario deve farsi carico.

3.1. La ricorrente ha poi formulato domanda di risarcimento del danno per equivalente subito dalla perdita di chances per conseguire tempestivamente l’appalto e per la perdita della possibilità di fruire delle chances di conseguire un fatturato sui servizi utile ad accrescere e/o confermare i requisiti di partecipazione alle gare pubbliche.

3.2. Si è costituita in giudizio l’Azienda Pubblica di servizi alla persona Letizia Veralli, Giulio e Angelo Cortesi che ha eccepito l’inammissibilità del ricorso perché proposto individualmente dalla società Welfare cooperativa sociale e non quale mandatario o mandante di un costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con la cooperativa sociale ACTL. L’Azienda intimata ha poi richiesto il rigetto del ricorso.

3.3. In data 15 novembre 2013 la ricorrente, Welfare cooperativa sociale, ha depositato memoria e in data 18 novembre e 23 novembre 2013 l’intimata Azienda Pubblica di servizi alla persona Letizia Veralli, Giulio e Angelo Cortesi ha depositato memoria e memoria di replica.

4. La causa viene in decisione alla pubblica udienza del 4 dicembre 2013.

DIRITTO

1. È impugnato il bando di gara per l’affidamento dei servizi relativi alla residenza protetta “Letizia Veralli, Giulio e Angelo Cortesi per n. 64 anziani non autosufficienti e per l’avviamento e la gestione di un modulo di 11 posti destinati a residenza per anziani non autosufficienti, della durata di cinque anni da aggiudicare con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa.

1.1. Per i servizi inerenti alla RP/Residenza sita in Todi, il bando prevede la corresponsione di un corrispettivo annuale di € 1.400.000,00 soggetto solo ribasso, oltre annuali € 22.000,00 per oneri della sicurezza non soggetti al ribasso d’asta, oltre Iva come per legge, riferito al nucleo avviato di n. 64 posti per soggetti non autosufficienti: il suddetto compenso nel quinquennio di riferimento risulta pari a netti € 7.000.000,00 soggetto solo ribasso oltre complessivi € 110.000,00 per oneri della sicurezza non soggetti al ribasso d’asta, oltre Iva come per legge.

2. Precede la disamina del merito, l’eccezione d’inammissibilità per carenza d’interesse e/o per omessa notifica alla controinteressata coop. ACTL, formulata dall’Azienda Pubblica di servizi alla persona Letizia Veralli, Giulio e Angelo Cortesi nella memoria costitutiva 21 ottobre 2013: la ricorrente, Coop. Welfare, avrebbe proposto autonomo ricorso in proprio senza esservi legittimata, data la sua posizione di mandataria o mandante del costituendo raggruppamento con la cooperativa ACTL.

2.1. Il preavviso in data 04/09/2013, nel quale si manifestava l’intento di proporre ricorso avverso il bando, era stato sottoscritto congiuntamente dalla ricorrente Coop. Welfare e dalla coop. ACTL che avevano dichiarato espressamente l’interesse a partecipare alla gara in costituendo RTI: con successiva nota 19/09/2013, inviata per conoscenza anche alla ricorrente, la coop. ACTL ha comunicato alla stazione appaltante la decisione di non dare seguito all’impugnazione e ha regolarmente presentato l’offerta entro il termine di ricezione del 26 settembre 2013.

2.2. Con richiamo alla funzione deflattiva del contenzioso propria del preavviso di ricorso, l’Azienda Pubblica intimata sostiene la sopravvenuta carenza di interesse in capo alla Welfare coop. Sociale, ad agire in giudizio per annullare la procedura che, invece, l’altro componente del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese aveva interesse a conservare.

2.3. Sempre secondo l'intimata, la Coop. ACTL rivestirebbe, nel presente giudizio la qualifica di controinteressato in senso sostanziale perché titolare dell'opposto - e configgente - interesse a conservare la gara e pertanto la condizione di destinatario della notificazione del presente ricorso, da dichiarare inammissibile in difetto della relativa formalità.

2.4. Ad avviso del Collegio, dalla sottoscrizione del preavviso di ricorso da parte di due partecipanti ad una gara che abbiano manifestato la sola volontà di costituirsi in raggruppamento temporaneo, trae origine una situazione di mero fatto, insuscettibile di produrre conseguenze giuridicamente rilevanti e non già la contrapposizione di interessi giuridicamente rilevante che da luogo alla posizione di (e al correlativo onere di notificazione al) controinteressato.

2.5. Data la sua estraneità al procedimento di gara (T.A.R. Lombardia Brescia, sez. II, 2 marzo 2011, n. 372), l'esigenza di ridurre l'area delle controversie giudiziali con la risoluzione anticipata della lite cui adempie, ai sensi dell'art. 243 bis, D.Lgs. 163/2006, l'informativa sull'intento di proporre ricorso non determina alcun vincolo nei confronti delle imprese che intendano avvalersene perché meramente sollicitatoria dell'autotutela della stazione appaltante.

2.6. D'altra parte, è costante la giurisprudenza secondo cui ciascuna impresa, prima dell'associazione temporanea, è legittimata a proporre ricorso contro le determinazioni asseritamente lesive dei propri interessi: essendo riferita alla situazione soggettiva fatta valere nella qualità di operatore del settore o di presentatore dell'offerta, la legittimazione ad agire rappresenta un titolo specifico e differenziato, indipendente dai possibili successivi eventi riguardanti la mancata costituzione del raggruppamento (T.A.R. Abruzzo Pescara, sez. I, 2 novembre 2009, n. 646; Cons. St., sez. VI, 23 luglio 2008, n. 3652).

2.7. Dalla sottoscrizione congiunta dell'informativa ex art. 243-bis, D.Lgs. 163/2006 da parte della cooperativa ricorrente e di ACTL e dalla successiva reciproca divergenza circa la partecipazione alla gara da parte di quest'ultima non è possibile individuare alcuna situazione di controinteresse in grado di configurare in capo ad ACTL la qualifica di contraddittore in senso sostanziale.

2.8. L'eccezione dell'azienda pubblica di servizi alla persona Letizia Veralli, Giulio e Angelo Cortesi va conclusivamente respinta con richiamo alla costante giurisprudenza secondo cui nel ricorso avverso il bando di gara, che per sua natura non ha destinatari determinati, non sono identificabili soggetti controinteressati (ex plurimis, T.A.R. Sardegna Cagliari, sez. I, 11 luglio 2008, n. 1367).

3. Precede la trattazione dei primi due motivi di merito, appuntati nei confronti del bando, laddove subordina l'ammissione alla gara alla "dichiarazione di aver maturato un fatturato specifico relativo a servizi socio sanitari svolti per conto di enti pubblici di cui all'art. 1, comma 2, D.Lgs. 165/2001/Istituzioni Pubbliche di Assistenza e beneficenza o Aziende Pubbliche di Servizi alla Persona a favore di persone non autosufficienti, conseguito nell'ultimo triennio (2010, 2011, 2012) pari o superiore a € 5.000.000,00 Iva esclusa".

3.1. Della clausola si afferma la contrarietà al principio di massima partecipazione alle gare e al divieto di prescrizioni restrittive della concorrenza, nella parte in cui esclude dalla partecipazione gli operatori che abbiano maturato lo specifico fatturato richiesto nello svolgimento di attività socio sanitarie per conto di enti e società private e l'inosservanza del criterio di proporzionalità laddove stabilisce la soglia minima di € 5.000.000,00 conseguito nell'ultimo triennio nello svolgimento di servizi analoghi.

3.2. La censura è fondata sotto entrambi i profili dedotti.

3.3. A fronte dell'espressa previsione dell'art. 42, co. 1, lett. a) D.Lgs. n. 163/2006 sulla possibilità dei concorrenti di fornire dimostrazione delle capacità tecniche tramite la "presentazione dell'elenco dei principali servizi o delle principali forniture prestatati negli ultimi tre anni con l'indicazione degli importi, delle date e dei destinatari,

pubblici o privati, dei servizi o forniture”, la limitazione del fatturato specifico utilizzabile a quello maturato per servizi socio sanitari svolti per conto dei soli soggetti pubblici è sicuramente escludente la partecipazione degli operatori del settore che abbiano svolto in tutto o in parti analoghi servizi in favore di soggetti privati.

3.4. Aver il legislatore condizionato le possibili modalità di dimostrazione della capacità tecnica e professionale “... a seconda della natura, della quantità o dell'importanza e dell'uso delle forniture o dei servizi”, non implica che il carattere del servizio sia di per sé sufficiente a offrire contezza della scelta per l'una o l'altra modalità, come si sostiene nella memoria di costituzione, ma onera la stazione appaltante a giustificarne motivatamente la ragione.

3.5. La libera concorrenza e la parità di trattamento nelle gare comunitarie escludono che all'amministrazione sia data la facoltà di restringere la partecipazione con criteri limitativi della capacità tecnica: l'aggettivazione “pubblici o privati”, contenuta nell'art. 42 del Codice a proposito degli enti presso i quali il fatturato è stato conseguito, deve essere interpretata cumulativamente e non disgiuntamente, salve restando le particolari ragioni che possano giustificare la discriminazione in favore dell'una o dell'altra tipologia di ente, di cui offrire però ampia contezza in sede di motivazione.

3.6. Che nel bando sia stato riportato il solo fatturato specifico relativo a servizi socio sanitari svolti per conto di enti pubblici di cui all'art. 1, comma 2, D.Lgs. 165/2001/Istituzioni Pubbliche di Assistenza e beneficenza o Aziende Pubbliche di Servizi alla Persona a favore di persone non autosufficienti è immotivatamente restrittivo ed è stato correttamente censurato dalla ricorrente sotto l'aspetto della contrarietà con la massima partecipazione alle gare.

4. Analoghe considerazioni sorreggono il fondamento della censura d'irrazionalità della soglia minima di fatturato aziendale pari o superiore ad € 5.000.000,00 nell'ultimo triennio senza alcun sostegno motivazionale.

4.1. Con l'aggiunta (ad opera dall'art. 1, c. 2-bis, lett. b), D.L. n. 95/2012) dell'ultimo periodo all'art. 41, co. 2, del D.Lgs. n. 163/2006, secondo cui “sono illegittimi i criteri che fissano, senza congrua motivazione, limiti di accesso connessi al fatturato aziendale” il legislatore ha inteso porre termine alle ingiustificate limitazioni quantitative apposte alla partecipazione alle gare sotto l'aspetto della capacità economica e finanziaria.

4.2. Tale deve considerarsi senz'altro il fatturato conseguito nell'ultimo triennio, richiesto dalla resistente Azienda Pubblica, di servizi pari o superiore a cinque milioni di euro, pari cioè a circa i 2/3 dell'importo totale della gara, pari a sette milioni di euro.

4.3. In mancanza di idonea motivazione che giustifichi una così elevata capacità economica, il Collegio ritiene la clausola ingiustificatamente restrittiva e limitativa, come tale, della più ampia partecipazione alle gare propria di quello comunitario, cui deve conformarsi l'ordinamento interno.

4.4. Non può essere considerata idonea giustificazione quanto riportato nella memoria di costituzione dell'Azienda Pubblica sulla particolarità del servizio costituito dai servizi socio sanitari, assistenziali e animativi - ricreativi e di interazione con il territorio, comprensivi dei servizi di ristorazione e lavanderia da espletare ventiquattro ore al giorno e per tutto l'anno presso la Residenza protetta Varalli-Cortesi a favore di settantacinque soggetti anziani non autosufficienti.

4.5. A tutto volere ammettere circa la loro idoneità a costituire corretto supporto motivazionale, siffatte giustificazioni sono state fornite in sede di difesa giudiziale (cfr. in part. pagg. 10 e 11 della memoria 21 ottobre 2013) e non dalla Stazione appaltante nella lex specialis della gara come necessario per la loro giuridica rilevanza.

4.6. Resta così assorbito il quarto motivo di equivocità delle previsioni negoziali per indeterminatezza nella documentazione di gara degli oneri di cui l'aggiudicatario deve farsi carico.

5. Va invece respinta l'altra censura di inosservanza della motivazione, in capo alla Commissione di gara, per l'attribuzione dei coefficienti numerici ai sub elementi di cui si compone la griglia di giudizio delle offerte

progettuali dalle concorrenti.

5.1. Al proposito, il bando dispone che relativamente a ognuno di essi (con esclusione dell'elemento b3) verrà "motivatamente attribuito" da ciascun componente la commissione un coefficiente variabile da 0 a 1.

5.2. Conseguente che la distribuzione dei punteggi fra un minimo e un massimo predeterminato: da 0,76 a 1,00 per eccellente; da 0,51 a 0,75 per buono; da 0,26 a 0,50 per sufficiente; da 0,00 a 0,25 insufficiente debba essere giustificata dalla Commissione con un esaustivo giudizio circa le ragioni concrete dei punti attribuiti, non essendo sufficiente il solo giudizio finale (di eccellente, buono, sufficiente, insufficiente) a rendere trasparente e conoscibile dai partecipanti alla gara la valutazione dei sub elementi.

6. Delle censure prospettate nel ricorso devono essere conclusivamente accolte la prima e la seconda mentre va respinta la terza e va assorbita la quarta.

6.1. Non essendo stata ancora perfezionata la procedura di gara non c'è luogo a determinazione del danno risarcibile.

6.2. Le spese del presente giudizio possono essere compensate per la fattualità delle questioni trattate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Umbria definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie per le ragioni e nei limiti sopra specificati.

Annulla per l'effetto l'impugnato bando di gara.

Compensa le spese, competenze ed onorari del presente giudizio.

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

Così deciso in Perugia nella camera di consiglio del giorno 4 dicembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Cesare Lamberti, Presidente, Estensore

Stefano Fantini, Consigliere

Paolo Amovilli, Primo Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/12/2013

IL SEGRETARIO

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