

Pubblicato il 23/02/2018

N. 00092/2018 REG.PROV.COLL.

N. 00795/2017 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

sezione staccata di Latina (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso n. 795 del 2017 R.G., proposto da Ars Educandi cooperativa sociale, in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avvocato Luisa Durazzano, da intendersi domiciliata agli effetti del presente giudizio presso la segreteria;

contro

il ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocatura generale dello Stato, presso la cui sede in Roma, via dei Portoghesi n. 12, è domiciliato ex lege;
Istituto Comprensivo 2° Anagni non costituito in giudizio;

nei confronti di

Stile libero società cooperativa sociale, in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Alessandro Agostini e Stefano Tanachella, da intendersi domiciliata agli effetti del presente giudizio presso la segreteria della sezione;

per l'annullamento, previa sospensione dell'esecuzione

del decreto di aggiudicazione definitiva della gara per l'affidamento del servizio di assistenza specialistica per l'anno scolastico 2017-2018 presso l'istituto comprensivo 2° Anagni, della risposta del Dirigente scolastico alla diffida della ricorrente, del decreto recante l'aggiudicazione provvisoria della gara, del bando di gara e dell'avviso pubblico e di ogni altro atto presupposto, connesso e/o conseguente nonché per la dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente stipulato e per l'aggiudicazione della gara alla ricorrente mediante subentro e, in ogni caso, per la condanna dell'amministrazione al risarcimento dei danni anche informa specifica.;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca e di Stile Libero - Soc. Coop. Soc. Onlus;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 gennaio 2018 il dott. Davide Soricelli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il ricorso all'esame la cooperativa ricorrente contesta gli esiti della procedura di gara indicata in epigrafe denunciando in particolare che illegittimamente: 1) il Dirigente scolastico ha cumulato nella propria persona le funzioni di responsabile unico del procedimento e di presidente della commissione di gara, così violando l'articolo 77, comma 4, d.lg. 18 aprile 2016, n. 50 che prevede invece l'incompatibilità tra tali funzioni; 2) non sono stati pubblicati sul profilo del committente nella sezione "amministrazione trasparente" tutti gli atti della procedura e, in particolare, il provvedimento di nomina della commissione (coi curricula dei componenti) e il verbale della commissione del 3 ottobre 2017 (relativo alla seduta in cui sono state esaminate e valutate le offerte) con conseguente violazione dell'articolo 29 d.lg. n. 50; 3) il bando di gara richiede quale requisito di ammissione il possesso di una sede operativa funzionante stabilmente nel territorio della provincia di Frosinone, con violazione conseguente del principio di concorrenza e di massima apertura delle gare pubbliche; 4) l'avviso pubblico richiede quale requisito di ammissione esperienza di tre anni nel settore dell'assistenza ai disabili mentre il bando di gara per il medesimo requisito richiede esperienza di 5 anni, con conseguente insanabile contraddittorietà della lex specialis; 5) i criteri di valutazione delle offerte (in particolare quello della innovatività delle proposte laboratoriali e dei progetti aggiuntivi e migliorativi) è del tutto generico; 6) l'articolo 9 del bando prevede l'attribuzione di un punteggio per l'esperienza maturata dal concorrente nel settore dell'assistenza ai disabili graduandolo in base al numero di scuole presso le quali tale esperienza è stata maturata; ciò violerebbe il principio generale secondo cui elementi attinenti alla capacità tecnica non possono costituire parametro di valutazione delle offerte tanto più che il parametro del numero degli istituti presso cui l'esperienza è stata maturata non è in alcun modo in grado di fornire elementi in ordine alla qualità dell'offerta; a ciò si aggiunge che è irragionevole sia il punteggio massimo previsto in correlazione alle esperienze in questione sia la circostanza che il medesimo criterio faccia riferimento alle sole esperienze maturate presso scuole dell'infanzia – primaria o secondaria di primo grado e non presso qualsiasi istituzione scolastica; analoga censura, mutatis mutandis, è formulata relativamente al criterio "continuità degli operatori" e alla previsione di un punteggio per ogni operatore in possesso di attestato di corso di formazione metodo A.B.A..

Il ministero dell'istruzione dell'università e della ricerca e l'aggiudicataria resistono al ricorso.

Con ordinanza n. 310 del 7 dicembre 2017 la sezione ha respinto l'istanza di tutela cautelare.

DIRITTO

Preliminarmente va respinta l'eccezione di inammissibilità del ricorso per difetto di interesse sollevata dalla controinteressata che sostiene che la ricorrente non avrebbe offerto la "prova di resistenza", cioè non avrebbe dimostrato che, in difetto delle illegittimità denunciate, essa si sarebbe aggiudicata la gara.

L'eccezione è infondata dato che chi contesta gli esiti di una gara non è in generale tenuto a offrire la prova che in difetto delle illegittimità che denuncia l'avrebbe vinta; ciò vale in particolare nei casi in cui – come avviene nella fattispecie – sono denunciate illegittimità che, ove ritenute fondate, comporterebbero l'annullamento delle operazioni di gara e la rinnovazione della procedura.

Ciò premesso, il ricorso è in parte fondato.

È anzitutto infondato il primo motivo con il quale viene denunciata l'illegittimità della composizione della commissione di gara.

Va premesso che il provvedimento di nomina della commissione non è stato depositato dalle parti (la ricorrente sostiene che esso non è stato neppure pubblicato nelle forme prescritte dall'articolo 29 d.lg. n. 50); non è comunque stato contestato che il Dirigente scolastico abbia cumulato le funzioni di presidente della commissione e di r.u.p..

E infatti la difesa dell'amministrazione ha contestato la censura proposta rilevando che l'articolo 77 d.lg. n. 50 non sarebbe applicabile nella fattispecie venendo in rilievo un contratto "sotto soglia" e invocando un parere del Consiglio di Stato che, muovendo dalla continuità esistente tra il "vecchio" articolo 84 d.lg. 12 aprile 2006, n. 163 e il nuovo articolo 77 d.lg. n. 50, esclude la configurazione di automatiche incompatibilità a carico del r.u.p..

Il Collegio osserva che, anche a prescindere dal carattere di contratto sotto soglia dell'affidamento all'esame (rilievo al quale potrebbe opporsi che l'incompatibilità invocata è questione di "trasparenza" al rispetto del cui principio sono soggetti anche i contratti sotto soglia), l'articolo 77 è stato modificato (la nuova formulazione è in vigore dal 20 maggio 2017), nel senso di non escludere a priori la partecipazione del r.u.p. alle commissioni di gara ("la nomina del RUP a membro delle commissioni di gara è valutata con riferimento alla singola procedura"); nella fattispecie, se si considera la modestia dell'affidamento e soprattutto la circostanza che la stazione appaltante è un istituto di istruzione nel cui organico deve supporre non esista personale amministrativo che abbia una particolare specializzazione in materia di gare, la partecipazione alla commissione del Dirigente scolastico che ha anche assunto la veste di r.u.p. non può essere considerata illegittima, apparendo ragionevolmente giustificata.

La mancata pubblicazione degli atti di gara nelle forme dell'articolo 29 – benchè imposta dalla natura di adempimento posto a garanzia della trasparenza della procedura – non implica illegittimità degli atti di gara potendo solo influire sulla decorrenza dei termini per la proposizione delle impugnazioni basate sulla conoscenza degli atti non resi noti.

La censura relativa al requisito della sede nella provincia di Frosinone è invece inammissibile dato che la ricorrente – avendo partecipato alla gara e risultando che si è collocata al secondo posto della relativa graduatoria (in particolare il collocamento al secondo posto risulta dalla memoria della controinteressata) – non è stata lesa (ma al limite favorita) da tale previsione.

Analoga considerazione può esser fatta per la contraddittorietà della durata dell'esperienza richiesta quale requisito di ammissione alla gara (tre anni secondo l'avviso pubblico e cinque anni secondo il bando); la ricorrente non ha ragione di dolersi di questa contraddizione dato che ha partecipato alla gara ed era quindi (verosimilmente) in possesso del requisito più restrittivo richiesto dal bando.

Risultano invece in parte fondate le censure formulate avverso il bando di gara e, in particolare, quelle che denunciano la illegittima commistione tra requisiti soggettivi di partecipazione alla gara e parametri per la valutazione delle offerte.

Per regola generale, applicabile anche ai contatti sotto soglia, trattandosi di regola posta a garanzia della parità di trattamento e della concorrenza tra gli operatori, non è consentito inserire tra i criteri di valutazione delle offerte elementi relativi alla capacità tecnica dell'impresa; nella fattispecie, invece, il bando di gara prevede tra i criteri di valutazione dell'offerta elementi che con l'offerta oggettivamente considerata non presentano alcun legame, riferendosi invece a caratteristiche (oltretutto quantitativo-dimensionali) del concorrente; ciò vale in particolare per l'elemento relativo all'esperienza maturata nel settore dell'assistenza ai disabili presso scuole dell'infanzia – primaria e secondaria di primo grado, con “l'aggravante” che per questo criterio è prevista l'attribuzione di un punteggio massimo elevato (sino a trenta punti) e graduato in base al numero di istituti presso il quale è stata maturata l'esperienza (con l'evidente conseguenza che sono favoriti i concorrenti di maggiori dimensioni); né l'introduzione di questo criterio di valutazione può essere eccezionalmente giustificabile in base al rilievo che l'esperienza così maturata possa essere in grado di garantire una maggiore qualità dell'offerta (a differenza per es. del criterio relativo alla continuità degli operatori ovvero al possesso da parte degli addetti dell'attestato di formazione metodo A.B.A., criteri per i quali potrebbe fondatamente sostenersi che essi riflettono una miglior qualità del servizio erogabile). La circostanza che il concorrente abbia svolto un servizio analogo a quello posto in gara presso altri istituti scolastici (magari in gran numero) non garantisce infatti che l'offerta dell'operatore così qualificato sia migliore di quella di altri operatori che abbiano maturato esperienze meno (quantitativamente) significative.

Ciò comporta, con assorbimento di ogni altra censura, l'annullamento della lex specialis di gara e, in via derivata, di tutti gli atti del procedimento.

In ordine alla conseguenze dell'annullamento e, in sintesi, ritiene il Collegio: a) di non dichiarare inefficace il contratto ex articolo 122 c.p.a., considerato che il vizio riscontrato comporterebbe la rinnovazione dell'intero procedimento a partire dalla redazione di un nuovo bando di gara; in questa situazione, quindi, la dichiarazione di inefficacia, considerato altresì che si tratta di un affidamento limitato al corrente anno scolastico che è ormai ampiamente trascorso e quasi prossimo alla scadenza, non attribuirebbe alcun concreto vantaggio alla ricorrente e priverebbe soltanto gli utenti del servizio; b) di respingere la domanda avente a oggetto l'aggiudicazione della gara alla ricorrente e il suo “subentro” nel servizio; è infatti evidente che l'accoglimento di tale domanda presupporrebbe l'avvenuto riscontro della illegittimità della mancata aggiudicazione alla ricorrente (cioè l'accertamento che, in difetto delle illegittimità denunciate, essa avrebbe vinto la gara); così tuttavia non è, dato che la ricorrente non ha proposto vizi il cui positivo riscontro avesse una tale conseguenza ma esclusivamente vizi il cui riscontro avrebbe implicato l'integrale rinnovazione (e tale sarebbe la conseguenza del vizio riscontrato); c) di respingere infine la domanda di risarcimento dei danni “anche in forma specifica”; si tratta infatti di una domanda formulata in termini del tutto generici senza neppure la allegazione dello specifico danno di cui si chiede la riparazione; in realtà, esclusa la possibilità di reintegrazione in forma specifica (cioè dell'aggiudicazione del servizio alla ricorrente) per le ragioni appena esaminate, l'unico danno che la ricorrente potrebbe aver subito è quello derivante dal mero fatto della partecipazione alla gara (che comporta naturalmente dei costi), ma a parte che non sono questi i danni di cui è stato chiesto il ristoro (nel senso che questi danni

non sono stati allegati né provati), è ragionevole supporre, tenuto conto della modestia della gara, che la partecipazione alla stessa non abbia implicato a carico del concorrente il sostenimento di costi significativi.

Conclusivamente il ricorso è accolto in parte, con conseguente annullamento degli atti di gara. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sezione staccata di Latina, definitivamente pronunciandosi sul ricorso in epigrafe, lo accoglie in parte, come da motivazione.

Condanna l'amministrazione al pagamento delle spese di giudizio che liquida in euro duemila, oltre accessori di legge, con distrazione al difensore della ricorrente per dichiarato anticipo.

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

Così deciso in Latina nella camera di consiglio del giorno 25 gennaio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Antonio Vinciguerra, Presidente

Davide Soricelli, Consigliere, Estensore

Antonio Massimo Marra, Consigliere

L'ESTENSORE
Davide Soricelli

IL PRESIDENTE
Antonio Vinciguerra

IL SEGRETARIO