

N. 01990/2011 REG.PROV.COLL.
N. 01612/2011 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ai sensi degli artt. 74 e 120, comma 10, cod. proc. amm.

sul ricorso con il numero di registro generale 1612 del 2011 proposto dalla Società Cooperativa sociale “LA FENICE” in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e nella qualità di capogruppo dell’A.T.I. con la Cooperativa Sociale “DIMENSIONE UOMO 2000” (mandante), rappresentata e difesa dagli Avvocati Stefano Polizzotto e Antonietta Sartorio, elettivamente domiciliata in Palermo, via N. Morello n. 40, presso lo studio del primo;

contro

- il Comune di Trapani, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall’Avv. Flavia Coppola, elettivamente domiciliato in Palermo, via Marchese di Villabianca, n. 111, presso lo studio dell’Avv. Antonino Russo;

nei confronti di

- Consorzio Solidalia Società Cooperativa sociale ONLUS, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall’Avv. Lucia Ponzo, presso lo studio della quale è elettivamente domiciliata in Palermo,

via Generale Arimondi n.2/Q;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

- del provvedimento di caducazione dell'aggiudicazione provvisoria, in favore dell'A.T.I. Soc. Coop. Sociale La Fenice, - Coop. Sociale Dimensione Uomo 2000, della gara con oggetto la “Convenzione per la gestione dell'azione progettuale denominata Happy Town ... il territorio sostenibile”, giusto verbale del 27 giugno 2011;
- del provvedimento di aggiudicazione provvisoria, in favore del Consorzio Solidalia Soc. Coop. Sociale ONLUS, della gara predetta, giusto verbale del 27 giugno 2011;
- della nota prot. n. 111765 del 19 luglio 2011 del Comune di Trapani;
- dell'avviso relativo alla gara di che trattasi, comunicato con nota prot. n. 111530 del 2 giugno 2011;
- della nota prot. n. 82272, del 3 maggio 2011 e della successiva prot. n. 103234 dell'8 giugno 2011 del Comune di Trapani, di comunicazione di non potere procedere alla aggiudicazione definitiva e di richiesta di riesame della procedura di gara di che trattasi;
- dell'aggiudicazione definitiva e dell'eventuale contratto di appalto in favore della odierna controinteressata;
- “ove occorra e per quanto di ragione”, del bando di gara, punto 12.3, ove venisse interpretato nel senso di determinare l'esclusione dell'odierna ricorrente secondo la specificazione di cui infra;
- di ogni altro atto connesso, presupposto e/o consequenziale;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Vista la memoria di costituzione in giudizio, con i relativi allegati, del Comune intimato;

Vista l'ordinanza n. 740/11 del 9 settembre 2011 di fissazione dell'udienza pubblica di trattazione nel merito del ricorso;

Vista la memoria di costituzione in giudizio con i relativi allegati del Consorzio controinteressato;

Viste le memorie difensive;

Relatore il Referendario Anna Pignataro;

Uditi, nella udienza del 21 ottobre 2011, l'Avv. S. Polizzotto per la Cooperativa ricorrente, l'Avv. L. Ponzo per il Consorzio controinteressato e l'Avv. F. Coppola per il Comune resistente;

Vista la documentazione tutta in atti;

Visto l'art. 120, comma 10, c.p.a., secondo cui nel rito abbreviato relativo alle procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture, la sentenza è redatta, ordinariamente, nelle forme di cui al precedente art. 74, e che tale rinvio debba intendersi specificamente riferito alle modalità di redazione ossia con sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo, ovvero ad un precedente conforme;

PREMESSO che, così come risulta in atti:

- la Cooperativa sociale La Fenice, con ricorso notificato il 26 luglio 2011 e depositato il giorno 27 seguente, ha impugnato il provvedimento di aggiudicazione definitiva, a favore del Consorzio controinteressato, del *“servizio socio-educativo per minori e le loro famiglie”*, denominato *“Convenzione per la gestione dell'azione progettuale denominata Happy Town ... il territorio sostenibile”*, di durata contrattuale pari a due anni, affidato con procedura aperta e secondo il criterio dell'offerta economica più vantaggiosa, per un importo complessivo pari a € 640.803,64, di cui a ribasso i soli oneri di gestione pari a € 69.163,96.

- a seguito della riapertura delle operazioni di selezione, l'aggiudicazione provvisoria a favore della ricorrente, già disposta il 2 febbraio 2011 (verbale n. 309), è stata dichiarata caducata dal seggio di gara nella successiva seduta del 27 giugno 2011 (verbale n.394), in ragione della *“emersa impossidenza del requisito tecnico di cui al punto 12.3 del bando di gara”* per le motivazioni

espresse nelle note prot. n. 82272 del 3 maggio 2011 e n. 103234 dell'8 giugno 2011 della stazione appaltante;

CONSIDERATO che

- il punto 12.1 del bando di gara, intitolato “*Requisiti di idoneità professionale Art. 39 D.lgs. n. 163/06*”, prescrive, in capo ai concorrenti, nella lett. b), il possesso della “*iscrizione all'albo regionale delle istituzioni assistenziali previsto dall'art. 26 della L.R. 09/05/1986 n. 22, nella sezione minori*”;

- il successivo punto 12.2 “*Per comprovare la capacità tecnica economica e finanziaria (art. 41 D.lgs. n. 163/06 e s.m.i.)*”, alla lettera b) stabilisce che i concorrenti, con apposita dichiarazione, sono tenuti ad attestare il fatturato globale dell'impresa e l'importo relativo dei “*servizi nel settore oggetto della gara*” realizzati negli ultimi tre esercizi (2007, 2008 e 2009);

- il punto 12.3 seguente, “*Per comprovare la capacità tecnica (art. 42 D.lgs. n. 163/06 e s.m.i.)*”, prescrive che i concorrenti con apposita dichiarazione sono tenuti ad elencare i principali servizi prestati negli ultimi tre anni antecedenti la data di scadenza del bando di gara, dal quale risulti un dato importo “*dei servizi corrispondenti a quelli oggetto del bando*”;

CONSIDERATO, altresì, che:

- nella nota della stazione appaltante n. 82272 del 3 maggio 2011, il cui contenuto è richiamato *per relationem* nella motivazione del verbale n. 394/2011 di aggiudicazione definitiva, si contesta alla cooperativa odierna ricorrente di non avere comprovato idoneamente il possesso della capacità tecnica di cui al punto 12.3. del bando, per avere elencato “*una serie di servizi di assistenza igienico personale rivolti a minori disabili*” - per i quali, al tempo del loro affidamento, era stato richiesto il requisito dell'iscrizione all'albo regionale previsto dall'art. 26 della l.r. n. 22/86, sezione inabili, “*... che non possono essere propriamente intesi come corrispondenti (come chiaramente riportato al punto 12.3 del bando di gara...) a quelli richiesti ...e indicati nello stesso bando, che prevede servizi di natura socio educativa ricreativa rivolti a minori e alle loro famiglie*”,

e per i quali *“al punto 12.1 del bando, viene richiesta l’iscrizione all’Albo regionale previsto all’art. 26 della l.r. n. 22/86 – sezione minori”*;

CONSIDERATO che la ricorrente deduce l’illegittimità degli atti impugnati per i seguenti tre motivi:

“1. Violazione e falsa applicazione degli artt. 41 e 42 del D.lvo n. 163/2006; violazione e falsa applicazione dei punti 12.3 e 12.2 del bando di gara; grave travisamento dei fatti; erroneità dei presupposti”, in quanto il punto 12.3 del bando non richiederebbe ai concorrenti la dimostrazione di avere svolto servizi “identici” ma solo di quelli “che rientrano nel settore oggetto di gara” e ciò anche alla stregua del principio della massima partecipazione che imporrebbe un’interpretazione ampia delle clausole equivoche e non chiare del bando di gara, quale sarebbe quella impugnata;

“2. Violazione e falsa applicazione degli artt. 41 e 42 del D.lvo n. 163/2006; contraddittorietà manifesta; difetto di istruttoria; violazione del principio della massima partecipazione”, in quanto vi sarebbe contraddizione tra il punto 12.2 e il 12.3 della *lex specialis*, se inteso, quest’ultimo, nel senso della necessità della dimostrazione di avere svolto servizi “identici” perché, in tal modo, si introdurrebbe surrettiziamente un ulteriore requisito di capacità economica e finanziaria, peraltro erroneamente, tra quelli di capacità tecnica e ciò determinerebbe, inoltre, un’ingiustificata restrizione della concorrenza e la violazione dei principi di ragionevolezza e di massima partecipazione agli appalti pubblici;

“3. Violazione e falsa applicazione degli artt. 41 e 42 del D.lvo n. 163/2006; violazione e falsa applicazione dei punti 12.3 e 12.2 del bando di gara; grave travisamento dei fatti; grave disparità di trattamento; contraddittorietà manifesta; difetto d’istruttoria”; si sostiene che, qualora la clausola della *lex specialis* impugnata, venisse intesa nel senso asseritamente voluto dalla stazione appaltante, neanche al Consorzio controinteressato potrebbe essere riconosciuto il possesso della capacità tecnica ai sensi del punto 12.3,

poiché il servizio svolto di “Comunità alloggio minori”, ed a tal fine dichiarato, non potrebbe essere qualificato quale “servizio identico” a quello oggetto della gara *de qua*;

RITENUTO

- che tutti i motivi dedotti presuppongono che il punto 12.3 del bando in questione sia stato interpretato dalla stazione appaltante nel senso che il possesso della capacità tecnica vada accertato sulla base del comprovato possesso del pregresso svolgimento di servizi “identici” a quello del settore oggetto della gara;

- che tal esegesi della *lex specialis* non può essere condivisa, né potrebbe trovare appiglio in una presunta equivocità della clausola di che trattasi, tenuto conto che l’impugnato punto 12.3 indica, inequivocabilmente, quale parametro di valutazione, lo svolgimento pregresso di “servizi corrispondenti a quelli oggetto della gara” e non di servizi “identici”;

- che tale rapporto di corrispondenza è stato correttamente parametrato dalla stazione appaltante rispetto all’oggetto della gara la cui descrizione è data nel punto 3.4 del bando, intitolato “*Descrizione del servizio => Natura: servizio socio-educativo per minori e le loro famiglie*” alla stregua delle tipologie e delle relative prestazioni previste per la sezione “minori” di cui all’Albo regionale istituito ai sensi dell’art. 26 della l.r. n. 22 del 1986, comprendente, oltre la predetta, le sezioni anziani, inabili e ragazze madri; tra loro distinte sia in ragione del target di utenza, sia delle tipologie, finalità e prestazioni principali dei servizi programmati;

- che l’avvenuto svolgimento del servizio di assistenza igienico personale a favore di minori inabili, così come dichiarato dalla ricorrente al fine della dimostrazione della adeguata capacità tecnica per l’affidamento del servizio oggetto di lite – fatto, questo, che non è oggetto di contestazione – appare, ragionevolmente, non corrispondente – quanto ai tratti essenziali delle prestazioni e del risultato finale (obiettivo) richiesto -a quello “oggetto del

bando” (v. punto 12.3), né rientrante nel “settore oggetto della gara (v. punto 12.2), delimitato dal punto 3.4 ai servizi “*socio-educativo per minori e le loro famiglie...finalizzati all’assistenza ai minori a mezzo del sostegno delle famiglie nel ruolo educativo... mediante attività di sostegno scolastico, genitoriale, aggregazione ed assistenza domiciliare di emergenza*”. La circostanza che la *lex specialis* di gara richiede ai concorrenti di documentare il pregresso svolgimento di servizi non identici ma solo corrispondenti non autorizza, poi, a dilatare il concetto di corrispondenza fino a ricomprendervi qualunque attività non assimilabile a quella oggetto dell' appalto (cfr. Cons. Stato, sez. V, 17 marzo 2009, n. 1589). La previsione, nel bando di gara, di elementi di valutazione dell'offerta tecnica di tipo soggettivo (concernenti la specifica attitudine del concorrente a realizzare lo specifico progetto oggetto di gara), infatti, è giustificata dalla esigenza di acquisire conoscenza di aspetti dell'attività dell'impresa che possano evidenziare la qualità dell'offerta (v. Cons. Stato, sez. V, 16 febbraio 2009, n. 837), in quanto le precedenti esperienze maturate rappresentano indici significativi della qualità delle prestazioni che l'impresa può garantire ma a patto che riguardino prestazioni sufficientemente simili, almeno negli aspetti essenziali, a quelle oggetto della gara cui l'impresa intende partecipare;

- alla luce di tali argomentazioni, appaiono infondati i primi due motivi di ricorso, non rilevandosi alcun contrasto logico tra il punto 12.2 e il punto 12.3 del bando, né la lesione del principio di ragionevolezza. Né, d'altra parte, il principio di massima partecipazione alle gare (della quale la cooperativa ricorrente assume, parimenti, la violazione) può essere assolutizzato come valore in sé, in quanto, seppure è auspicabile la più ampia partecipazione delle imprese alle gare, al fine di garantire una scelta ampia che soddisfi il principio di buon andamento, è comunque opportuno che detto principio riceva una lettura “relativizzata”, non potendosi prescindere dalla dimostrazione del possesso da parte dei partecipanti dei

necessari requisiti di capacità tecnico-professionale e economico-finanziaria. Ciò significa che l'esigenza della massima partecipazione va ragionevolmente bilanciata con quella dello svolgimento del servizio da parte di un operatore economico in possesso di adeguata esperienza, proprio e sempre nell'ottica della garanzia del superiore principio del buon andamento dell'azione amministrativa (cfr. Cons. Stato, sez. V, 15 ottobre 2010, n. 7525);

RITENUTO, altresì, infondato il terzo motivo – in disparte la questione della sua dubbia ammissibilità, atteso che lo stesso mirando a contestare la legittimità della partecipazione alla gara di parte controinteressata avrebbe dovuto essere oggetto d'impugnazione incidentale -, per le medesime ragioni sopra illustrate, poiché, invece, il servizio di “comunità alloggio per minori”, svolto e dichiarato dal Consorzio controinteressato quale prova del possesso del necessario requisito di capacità tecnica, pare avere natura “corrispondente” a quella del servizio oggetto della gara, giacché la sua finalità non è soltanto quella di garantire un alloggio a minori impossibilitati a rimanere nel proprio domicilio (per motivi di carattere economico-familiare-abitativo) ma ha anche funzioni educative;

RITENUTO, per le ragioni appena svolte, che il ricorso è infondato e va respinto.

Le spese del giudizio vanno eccezionalmente compensate tra le parti alla luce dell'esito del giudizio cautelare e della particolarità delle questioni da dirimere.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia, Sezione terza, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 21 ottobre 2011

con l'intervento dei magistrati:

Nicolo' Monteleone, Presidente

Maria Cappellano, Referendario

Anna Pignataro, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 03/11/2011

IL SEGRETARIO

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