

N. 06244/2012 REG.PROV.COLL.
N. 00812/2012 REG.RIC.



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 812 del 2012, proposto da:

Soc Citta' Aperta Sca Onlus Rl, rappresentato e difeso dall'avv. Alessandro Graziani, con domicilio eletto presso Francesco Capecci in Roma, via Cavour, 211;

contro

Comune di Bracciano, rappresentato e difeso dall'avv. Lorenzo Anelli, con domicilio eletto presso Lorenzo Anelli in Roma, piazza dell'Orologio, 7;

nei confronti di

Soc Athos Tech Sca Rl; Isola Cooperativa Sociale, rappresentato e difeso dall'avv. Barbara Bracarda, con domicilio eletto presso Stefania Pazzaglia in Roma, via G.G. Belli,36;

per l'annullamento

Deliberazione di G.C. del 4 ottobre 2011 n. 646 del Comune di Bracciano;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Bracciano e di Isola Cooperativa Sociale;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 giugno 2012 il dott. Raffaello Sestini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto ed in diritto quanto segue:

1 - Che con il ricorso in epigrafe vengono impugnati gli atti della procedura di cottimo fiduciario indetta, ai sensi dell'art. 125, comma II, D.Lgs. n. 163/2006, dal Comune di Bracciano per l'affidamento, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dei servizi di pulizia e di gestione uffici e/o locali di pertinenza comunale per l'anno 2012 per un importo a base di gara di € 164.300,00 oltre IVA;

2 - Che la procedura di gara in economia è stata riservata, ai sensi dell'art. 52 D.Lgs. n. 163/2006, alle cooperative sociali di tipo B selezionate mediante previa indagine di mercato. A tal fine, in data 07/10/2011 il Comune di Bracciano ha pubblicato l'avviso relativo all'indagine di mercato per l'affidamento del servizio di pulizie, fissando al giorno 28/10/2011 il termine ultimo per la presentazione della candidature da parte delle cooperative interessate;

3 - Che alla scadenza del termine fissato per la presentazione delle candidature, con deliberazione di G.C. n. 505 del 03/11/2011 è stata nominata la Commissione di gara, con componenti individuati all'interno dell'Amministrazione comunale;

4 - Che all'esito della prima seduta di gara, tenutasi in data 09/11/2011, sono state ammesse alla procedura negoziata di cottimo fiduciario cinque cooperative, invitate con lettera dell'11/11/2011 alla gara informale. All'esito della valutazione delle offerte tecniche la Commissione di gara ha dato atto che di una "generale ed oggettiva omogeneità tra tutte le Cooperative partecipanti", attribuendo a tre cooperative delle quattro ammesse, tra cui la ricorrente e la controinteressata, il

punteggio massimo previsto per la qualità (60 punti) e 48 punti alla quarta cooperativa in gara;

5 - Che nella seduta di gara del 21/12/2011 la Commissione di gara, dopo aver aperto le buste contenenti l'offerta economica, ha stilato la graduatoria finale, con al primo posto la Cooperativa Isola con il punteggio totale di 100/100 avendo offerto un ribasso percentuale più alto, al secondo posto la Cooperativa Athos Tech con il punteggio di 99,68/100 e al terzo posto la ricorrente con il punteggio di 96.48/100.

6 - Che nelle more della verifica di congruità dell' offerta migliore, la Cooperativa ricorrente ha impugnato l'aggiudicazione provvisoria e tutti gli atti relativi alla procedura;

7 - Che il Comune intimato e la Cooperativa controinteressata si sono costituiti in giudizio, per affermare l'inammissibilità ed infondatezza delle censure e per difendere la piena legittimità della procedura impugnata;

8 - Che nella camera di consiglio del giorno 8 marzo 2012 il TAR ha accolto l'istanza cautelare e sospeso la procedura di gara, osservando che, ad una prima sommaria delibazione, i motivi di ricorso non manifestano un particolare fumus boni juris per la parte in cui mirano a modificare la graduatoria che vede la ricorrente solo al terzo posto, ma che la procedura eccezionale in deroga di cui all'art. 125, comma 11, D.Lgs. n. 163/2006, di non certa utilizzabilità nella presente fattispecie, sembra in ogni caso concretare, nelle specifiche oggettive circostanze, una non consentita elusione della normativa speciale di cui alla legge n. 381/1991 e di cui alla legge regionale n. 24/1996, consentendo l'utilizzo di cooperative sociali indipendentemente dalla prevista convenzione per la creazione di (nuove) opportunità di lavoro per le persone svantaggiate;

9 - Che, nel merito, con il ricorso in epigrafe la Cooperativa Città Aperta contesta le risultanze della procedura negoziata di cottimo fiduciario indetta dal Comune di Bracciano sulla base di quattro profili di diritto:

10 - Che con il primo motivo di ricorso si lamenta la violazione della legge regionale Lazio 27/06/1996, n. 24, recante la disciplina delle cooperative sociali, e precisamente l'art. 12, comma 2, che imporrebbe la valutazione, 'per la scelta dei contraenti per l'aggiudicazione delle forniture dei beni e servizi di cui all'articolo 9, comma 1, lettera b), ...anche del progetto di inserimento dei soggetti svantaggiati, con particolare riferimento a: a) il numero dei soggetti svantaggiati e la tipologia dello svantaggio; b) le prestazioni lavorative richieste e le attività formative svolte; c) la presenza di programmi formativi individualizzati ed il numero e la qualifica di eventuali figure di sostegno ". E' quindi mancata, si osserva, la necessaria valutazione di un progetto di inserimento dei soggetti svantaggiati che, di contro, non è stato neppure richiesto;

11 - Che le Parti resistenti, peraltro, ritengono infondata la censura, confutando il richiamo alla legge Regione Lazio n. 24/1996, che attua in sede regionale quanto disposto dalla legge n. 381/1991, il cui art. 5, con espressa esclusione delle cooperative sociali socio-sanitarie ed educative, prevede la possibilità, per gli enti pubblici, di stipulare convenzioni con le cooperative di inserimento lavorativo (cd. di tipo B) iscritte all' Albo regionale, "anche in deroga alla disciplina in materia di contratti della Pubblica Amministrazione" (comma 10), per importi inferiori alle soglie comunitarie. In altri termini, la fornitura di beni o servizi può essere affidata alle cooperative sociali di tipo B, direttamente e senza bisogno di esperire le procedure di gara normalmente previste per simili aggiudicazioni, alla ricorrenza di due specifiche condizioni: 1) che l'importo per la fornitura di servizi e beni sia inferiore alla c.d. soglia comunitaria; 2) che le attività dedotte in convenzione creino oggettivamente "opportunità di lavoro per le persone svantaggiate". Le norme invocate consentirebbero quindi all'ente pubblico, avvalendosi della facoltà riconosciuta dall'art. 5 della legge n. 381/1991, di procedere all'affidamento in convenzionamento,

anche in deroga alla disciplina dei contratti pubblici, con cooperative di tipo "B" per servizi diversi da quelli socio sanitari ed educativi il cui importo stimato sia sotto soglia di rilievo comunitario. Nella fattispecie in esame, invece, il Comune di Bracciano non ha avrebbe affatto proceduto all'affidamento dei servizi di pulizia mediante convenzionamento, bensì attraverso l'indizione di una procedura negoziata ai sensi dell' art. 125, comma II, D.Lgs. n. 163/2006, preceduta da un avviso di indagine di mercato, riservandone poi la partecipazione a cooperative sociali di tipo B per l'evidente interesse pubblico di assicurare opportunità di lavoro a persone svantaggiate. Inoltre, la stessa disciplina di gara impone all'aggiudicatario la riassunzione dello stesso personale già impiegato nel medesimo servizio dall'impresa uscente che, nella specie, è proprio la Cooperativa ricorrente, rendendosi superflua la valutazione del progetto di inserimento dei soggetti svantaggiati;

12 - Che con il secondo e terzo motivo di ricorso si contestano, sotto diversi profili, i parametri di valutazione della qualità del servizio individuati dal Capitolato Speciale d'Appalto all' art. 7, capo 1.2 ("Sistema di auto controllo qualitativo delle prestazioni e verifica dell'organizzazione") e capo 2.1 ("Sistema organizzativo approntato a far fronte alle sostituzioni per assenze"), in quanto gli stessi non sarebbero volti ad incrementare la qualità del servizio;

13 - Che le Parti resistenti eccepiscono la manifesta inammissibilità delle due censure, non essendo rinvenibile alcun interesse giuridicamente rilevante della ricorrente, neppure alla rinnovazione alla gara, avendo essa conseguito il massimo punteggio previsto dal Capitolato Speciale per ciascuno dei due elementi valutativi contestati. In ogni caso, proseguono le resistenti, la scelta dei criteri di valutazione dell' offerta economicamente più vantaggiosa ed il peso da attribuire a ciascuno di essi è rimessa alla valutazione discrezionale dell' amministrazione, e può essere sindacata solo

se manifestamente illogica o irragionevole, contestazione assente nel ricorso;

14 - Che con il terzo motivo di ricorso si lamenta, inoltre, anche la carenza di selettività dei previsti parametri tecnici, con una conseguente sostanziale alterazione dello stesso criterio di aggiudicazione stabilito, che verrebbe surrettiziamente tramutato in gara al massimo ribasso, così come confermato dalla circostanza che ai primi tre classificati è stato attribuito il massimo punteggio per il merito tecnico;

15 - Che le Parti resistenti obiettano il significato non conclusivo della circostanza che ben tre offerte rivestano, in modo del tutto imprevedibile, lo stesso pregio tecnico, con la conseguente fisiologica prevalenza, secondo le regole di gara, dell'offerta economica migliore a parità di pregio tecnico;

16 - Che con il quarto motivo di ricorso si lamenta la violazione dell'art. 84, comma 10, D.Lgs. n. 163/2006 in quanto la nomina della Commissione di gara sarebbe avvenuta prima della scadenza fissata per la presentazione delle offerte;

17 - Che le parti resistenti contro deducono che l'esatto inquadramento della procedura selettiva in esame rende inapplicabile la normativa di cui al D.Lgs. n. 163/2006 invocata da parte ricorrente, trattandosi di una procedura in economia, e in specie un cottimo fiduciario di cui all'art. 125 del D.Lgs. 163/2006, quindi di procedura negoziata in cui le acquisizioni avvengono mediante affidamento a terzi nel rispetto dei principi di trasparenza, rotazione, parità di trattamento, previa consultazione di almeno cinque operatori, senza che risulti invece applicabile l'intero Codice dei

contratti pubblici. Inoltre l'Amministrazione avrebbe provveduto, nel pieno rispetto di quanto disposto dall' art. 125, comma II, D.Lgs. ll. 163/2006, a selezionare i concorrenti attraverso un 'indagine di mercato con pubblicazione di apposito avviso, all' esito della quale le cooperative

interessate hanno presentato richiesta di invito alla gara informale per l'affidamento del servizio di pulizia entro il 28/10/2011, come previsto al punto 7 dell'avviso pubblico di indagine di mercato, e, dunque, in data antecedente alla nomina della Commissione di gara avvenuta con deliberazione di G.C. n. 505 del 03/11/2011. Pertanto, in una procedura selettiva come quella di specie, caratterizzata da un previo avviso di indagine di mercato, non sarebbe illegittima la nomina della Commissione di gara avvenuta successivamente alla scadenza del termine fissato per la presentazione delle candidature per il cottimo fiduciario anche se anteriormente a quello di presentazione delle offerte;

18 – Che a giudizio del Collegio il ricorso risulta fondato, quanto al primo ed all'ultimo motivo di impugnazione dedotti, e deve essere pertanto accolto;

19 – Che, in particolare, l'Amministrazione e la controinteressata, con formulazione pressoché coincidente, oppongono a contrasto del primo motivo di ricorso deduzioni riferite a profili, fasi e istituti differenti, scaturendone una impropria commistione di piani e di momenti procedurali;

20 – Che, infatti, non è dubbia la discrezionalità dell'Amministrazione nella scelta se avvalersi della facoltà, accordata dall'art. 5 della legge n. 38171991, di procedere all'affidamento in convenzionamento, anche in deroga alla disciplina dei contratti pubblici, con cooperative di tipo "B" per servizi diversi da quelli socio sanitari ed educativi il cui importo stimato sia sotto soglia di rilievo comunitario. Ma effettuata tale scelta, l'applicazione dell'art. 12, l.r. Lazio 27 giugno 1996 n. 24 costituisce una implicazione consequenziale cogente, discendendone il dovere dell'Amministrazione di esigere e valutare un idoneo progetto di inserimento per persone svantaggiate;

21 – Che nella fattispecie in esame, invece, è lo stesso Comune di Bracciano

ad ammettere in giudizio di non aver affatto voluto affidare i servizi di pulizia mediante convenzionamento, bensì di aver perseguito una semplice procedura negoziata ai sensi dell'art. 125, comma II, D.Lgs. n. 163/2006 preceduta da un avviso di indagine di mercato, avvalendosi, nell'evitare l'ordinaria procedura competitiva ad evidenza pubblica, dello "scudo" giustificativo, giuridico e motivazionale, costituito dal favore dell'ordinamento per l'inserimento lavorativo delle persone svantaggiate, peraltro senza attivare lo strumento previsto dalla legge per il perseguimento dell'interesse pubblico generale perseguito (il progetto d'inserimento);

22 – Che il Comune intimato riferisce di essersi invece affidato ad una semplice "clausola di assorbimento" del personale svantaggiato, già adibito al servizio in esame proprio in virtù del progetto di inserimento attivato in passato dalla ricorrente quale precedente aggiudicataria del servizio stesso, ponendo quindi una mera riserva di posti senza garantire la prosecuzione dei necessari strumenti e percorsi differenziati o personalizzati di inserimento previsti dalla legge, e concretando in tal modo un caso emblematico di sviamento di potere;

23 – Che a giudizio del Collegio il secondo e terzo motivo di ricorso sono, così come eccepito dalle parti resistenti, inammissibili, in parte per difetto d'interesse in mancanza di una pur ipotetica lesività delle lamentate illegittimità, in parte per la mancata deduzione di vizi di illogicità (irragionevole apprezzamento dei fatti, incongrua previsione dei punteggi, contraddittorietà delle previsioni, disparità di trattamento fra i partecipanti...) tali da superare l'ambito di insindacabile apprezzamento tecnico dell'amministrazione resistente;

24 - Che secondo il Collegio risulta, viceversa, palesemente fondato il quarto motivo di ricorso, poiché l'articolazione temporale della procedura di gara, anche quanto al rapporto fra termine di presentazione delle offerte

e nomina della commissione, si configura quale strumento attuativo dei fondamentali principi di imparzialità e buon andamento –e quindi di massima partecipazione secondo pari condizioni di massima concorrenza, che nel sistema giuridico costituzionale e comunitario caratterizzano qualsiasi procedura di aggiudicazione di contratti pubblici, ovvero disposta da soggetti pubblici a valere sulla finanza pubblica. Pertanto, secondo la migliore giurisprudenza condivisa dal Collegio, l'evidenza pubblica connota ogni affidamento, anche negoziale, di contratti pubblici, e pertanto la scelta dell'Amministrazione di ricorrere a procedure competitive, pur informali e pur nell'ambito di sistemi di affidamento negoziali ove consentiti, obbliga l'Amministrazione procedente al rispetto della procedura prescelta e delle connesse regole di evidenza pubblica, quale quella in esame;

25 - Che l'accoglimento dei motivi di ricorso nei termini che precedono comporta la radicale ed irrimediabile illegittimità della procedura di affidamento, che travolge la pubblicazione del capitolato speciale d'appalto e dell'avviso pubblico per indagine di mercato e l'invio delle lettere d'invito per la parte in cui omettono la richiesta del progetto d'inserimento richiesto dalla legge, e di tutti gli atti conseguenti fino all'affidamento del servizio, con il conseguente obbligo dell'Amministrazione di procedere senza indugio alla rinnovazione della procedura nei termini anzidetti;

26 – Che le spese di giudizio devono seguire la soccombenza ed essere poste a carico del Comune nella misura liquidata nel dispositivo;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda Bis) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati ai sensi e per gli effetti di cui in motivazione.

Condanna il Comune intimato al pagamento in favore della ricorrente delle spese di giudizio, liquidate in euro 4.000,00 (quattromila/00).

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 giugno 2012

con l'intervento dei magistrati:

Antonio Vinciguerra, Presidente

Raffaello Sestini, Consigliere, Estensore

Francesco Arzillo, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/07/2012

IL SEGRETARIO

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