

Costituisce principio generale in materia di procedimenti di evidenza pubblica quello della distinzione tra requisiti di partecipazione ed elementi di valutazione dell'offerta, con la conseguenza che la disciplina di gara non può legittimamente prevedere l'assegnazione di punteggio per aspetti che non concernono la qualità della prestazione e segnatamente per le caratteristiche economiche e tecniche che connotano l'impresa in generale

il Tar Campania, Napoli con la sentenza numero 3024 del 2 aprile 2007 ci insegna che:

<Nel caso in esame, la lex specialis di gara ha previsto l'assegnazione di una quota rilevante di punteggio per l'elemento costituito dalla "qualità organizzativa" e quindi per aspetti che non riguardano le concrete modalità di svolgimento del servizio ma per quelle che si rivelano più propriamente requisiti di capacità tecnica del soggetto partecipante, quali appunto le pregresse esperienze, la formazione del personale, le attrezzature tecniche e gli strumenti di studio; profili che anche secondo la nuova disciplina introdotta del D.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 riguardano la sola capacità tecnica e professionale (art. 42) e non anche il cd. merito tecnico (art. 83)>

a cura di Sonia Lazzini

Repubblica Italiana

In nome del Popolo Italiano

Sent.n. 3024/07

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania 1<sup>a</sup> Sezione - ha pronunciato la seguente

**S E N T E N Z A**

sul ricorso n. 5769/04 R.G. proposto da \*\* Consorzio di Cooperative Sociali onlus a r.l. in persona del legale rappresentante p.t. rappresentata e difesa dagli Avvocati Renata Spagnuolo Vigorita e Italo Spagnuolo Vigorita ed elettivamente domiciliata in Napoli, via Pergolesi n. 1, presso lo studio degli Avvocati Renata Spagnuolo Vigorita e Italo Spagnuolo Vigorita;

**c o n t r o**

Comune di Sant'Agata dei Goti in persona del Sindaco p.t. rappresentato e difeso dall'Avvocato Marco Cocilovo ed elettivamente domiciliato in Napoli, via Ponte di Tappia n. 82, presso lo studio dell'Avvocato Michele Di Gianni;

nonché nei confronti di

Cooperativa Sociale "La \*\*\*" s.r.l. in persona del legale rappresentante p.t., in proprio e quale capogruppo mandataria dell'ATI con la Cooperativa Sociale " la \*\*\*" non costituita in giudizio;

per l'annullamento

- della determinazione del Segretario Generale del Comune di Sant'Agata dei Goti n. 12 del 4 febbraio 2004 con cui veniva omologato il risultato della gara per l'affidamento del servizio di assistenza domiciliare agli anziani e veniva disposta l'aggiudicazione definitiva del servizio in favore del raggruppamento temporaneo fra le cooperative sociali "La \*\*\*" e "La \*\*\*" ;

- di tutti gli atti presupposti, preparatori, conseguenti e comunque connessi, ivi compreso, ove occorra, il capitolato speciale d'appalto, nella parte in cui vengono determinati i parametri di valutazione delle offerte;

nonché per l'accertamento del diritto

della società ricorrente al risarcimento dei danni.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Vista la costituzione in giudizio del Comune di Sant'Agata dei Goti;

Visti tutti gli atti di causa;

Relatore il Dott. Paolo Corciulo;

Uditi alla udienza pubblica del 7 marzo 2007 gli Avvocati di cui verbale di udienza;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

#### F A T T O

Dopo avere istituito con deliberazione di consiglio comunale n. 12/99 il servizio di assistenza domiciliare agli anziani, il Comune di Sant'Agata dei Goti, con determinazione n. 113/03 indiceva una gara per il relativo affidamento, gara che veniva aggiudicata alla cooperativa sociale La \*\* cui veniva tuttavia revocata con provvedimento del Commissario Prefettizio per mancato raggiungimento del punteggio minimo previsto dal bando.

Si procedeva quindi ad una nuova gara la cui determina di indizione n. 199 del 30 ottobre 2003 unitamente al bando ed al capitolato speciale venivano pubblicati all'Albo Pretorio fino al 14 novembre 2003.

La lex specialis prevedeva che si sarebbe proceduto con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa; in particolare, il punteggio, attribuibile nella misura massima di 100 punti, era stato diviso in tre fattori di valutazione e segnatamente il prezzo, con 20 punti, la qualità organizzativa

con 34 punti e la qualità del servizio con 46 punti.. All'art 14 venivano invece stabiliti i sottocriteri ed i parametri di valutazione.

In data 17 novembre 2003 si teneva la prima seduta della Commissione e si dava atto della partecipazione di tre concorrenti e segnatamente della cooperativa sociale Benessere, del consorzio di cooperative sociali \*\* e del raggruppamento temporaneo tra le cooperative sociali "La \*\*", "La \*\*", "La \*\*". quest'ultima dichiarata aggiudicataria provvisoria all'esito delle operazioni di valutazione, avendo conseguito il miglior punteggio di 99,59, seguita dal Consorzio \*\* con 83 punti e quindi dalla Cooperativa Benessere con 74,39 punti.

Successivamente il punteggio veniva modificato a seguito dello scioglimento di alcune riserve da parte della Commissione, oltre che per l'accoglimento di alcuni ricorsi presentati dal Consorzio \*\*; comunque, alla seduta straordinaria del 29 dicembre 2003 la nuova graduatoria finale vedeva sempre in testa il raggruppamento temporaneo tra le cooperative sociali "La \*\*", "La \*\*", con 85 punti, dichiarato aggiudicatario provvisorio, seguito dal consorzio \*\* con 85,00 punti e quindi dalla cooperativa sociale Benessere con 67,39 punti.

L'aggiudicazione definitiva veniva disposta con determinazione del Segretario Generale n. 12 del 4 febbraio 2004.

Avverso tale ultimo provvedimento, contro gli atti del procedimento, ivi compresi il bando ed il capitolato speciale proponeva ricorso a questo Tribunale Amministrativo Regionale il Consorzio \*\* chiedendone l'annullamento, previa concessione di idonee misure cautelari, oltre al risarcimento dei danni.

Contestava in primo luogo la società ricorrente che la lex specialis di gara aveva dato decisiva rilevanza ai fini dell'assegnazione del punteggio ad aspetti del tutto distinti dall'oggetto del servizio in quanto afferenti l'organizzazione aziendale e quindi da considerarsi unicamente come requisiti di partecipazione.

Deduceva in secondo luogo che il raggruppamento aggiudicatario avrebbe dovuto essere escluso non essendo state indicate le parti del servizio che ciascuna associata avrebbe dovuto eseguire.

Ancora, il consorzio \*\* contestava la decisione della Commissione di non assegnargli alcun punteggio per la disponibilità di sedi operative, poiché l'organo di gara aveva ritenuto che tale elemento non era supportato da idonea documentazione probatoria, mentre era stata invece presentata al riguardo una dichiarazione sostitutiva pienamente valida ed efficace; né comprensibile appariva l'atteggiamento contrario riservato alla controinteressata in favore della quale era stata riconosciuta invece l'idoneità probatoria di un contratto esibito in forma di semplice copia fotostatica.

In quarto luogo deduceva il consorzio ricorrente che sebbene la Commissione avesse fatto nei suoi confronti una rigida applicazione dei criteri di documentazione dei requisiti di partecipazione e di assegnazione del punteggio, uguale severità non era stata riservata nei confronti dell'aggiudicataria; al riguardo, a quest'ultima non solo era stata consentito di dimostrare la disponibilità di sedi operative attraverso una mera dichiarazione sostitutiva, ma le erano stati assegnati rilevanti punteggi per gli elementi costituiti dalla "relazione tecnico descrittiva relativa alla formazione degli operatori" e dalle "esperienze di integrazione, collegamento, collaborazione con altri soggetti" nonostante la documentazione a sostegno fosse consistita in dichiarazioni prive della sottoscrizione del legale rappresentante.

Infine si rilevava che la cooperativa “la \*\*” non era in possesso del requisito dello svolgimento almeno triennale di attività di gestione di servizi socio- assistenziali per un importo non inferiore al 50% di quello posto a base di gara e ciò sia perché la dichiarazione faceva riferimento a servizi biennali, sia perché dalla certificazione camerale emergeva che l’impresa non svolgeva alcun attività ed infine ancora perché dal bilancio e della documentazione allegata l’attività svolta nel precedente biennio concerneva l’assistenza, la cura e l’inserimento scolastico di minori e non anche l’assistenza domiciliare agli anziani.

Si costituiva in giudizio il Comune di Sant’Agata dei Goti chiedendo il rigetto del ricorso e della domanda cautelare, in particolare sollevando eccezione di irricevibilità per tardività delle censure proposte avverso il bando di gara ed il capitolato speciale.

Alla camera di consiglio del 19 maggio 2004 il Tribunale, con ordinanza n. 2991/04, respingeva la domanda cautelare, provvedimento confermato in grado di appello dalla Quinta Sezione del Consiglio di Stato con ordinanza n. 5236 del 29 ottobre 2004

All’udienza del 7 marzo 2007, in vista della quale venivano depositate memorie difensive, il Tribunale tratteneva la causa per la decisione.

#### MOTIVI DELLA DECISIONE

Il Consorzio \*\* ha impugnato la determinazione del Segretario Generale del Comune di Sant’Agata dei Goti n. 12 del 4 febbraio 2004 con cui è stata aggiudicata in via definitiva all’associazione temporanea tra le cooperative La \*\* e la \*\* la gara avente ad oggetto il servizio triennale di assistenza domiciliare agli anziani indetta con determinazione dirigenziale n 199 del 30 ottobre 2003.

Il consorzio ricorrente ha altresì proposto domanda per il risarcimento dei danni subiti.

Con il primo motivo di ricorso è stata censurata la disciplina di gara nella parte in cui ha assegnato rilevanza ai fini della valutazione delle offerte agli elementi costituenti “la qualità organizzativa”, in cui sono compresi aspetti che non riguardano le condizioni economiche e di espletamento del servizio offerto all’Amministrazione, ma requisiti soggettivi di partecipazione alla gara, quali la formazione del personale, le pregresse esperienze, la presenza di sedi operative e le attrezzature tecniche e gli strumenti di studio. .

Il motivo è fondato.

Osserva il Collegio che costituisce principio generale in materia di procedimenti di evidenza pubblica quello della distinzione tra requisiti di partecipazione ed elementi di valutazione dell’offerta, con la conseguenza che la disciplina di gara non può legittimamente prevedere l’assegnazione di punteggio per aspetti che non concernono la qualità della prestazione e segnatamente per le caratteristiche economiche e tecniche che connotano l’impresa in generale.

Nel caso in esame, la lex specialis di gara ha previsto l’assegnazione di una quota rilevante di punteggio per l’elemento costituito dalla “qualità organizzativa” e quindi per aspetti che non riguardano le concrete modalità di svolgimento del servizio ma per quelle che si rivelano più propriamente requisiti di capacità tecnica del soggetto partecipante, quali appunto le pregresse esperienze, la formazione del personale, le attrezzature tecniche e gli strumenti di studio; profili che anche secondo la nuova disciplina introdotta del D.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 riguardano la sola capacità tecnica e professionale (art. 42) e non anche il cd. merito tecnico (art. 83)

Ne consegue che così come formulato il bando di gara deve ritenersi illegittimo e quindi come tale meritevole di annullamento.

Nonostante l'accoglimento del ricorso e l'annullamento dalla *lex specialis* comporti la caducazione di tutti i successivi atti del procedimento, ritiene il Collegio di esaminare anche le altre censure, onde poter compiutamente delibare la domanda risarcitoria sotto il profilo del preteso diritto alla mancata aggiudicazione.

Con il secondo motivo è stato invece contestata la mancata esclusione del raggruppamento aggiudicatario che, in violazione del principio di cui all'art 10, secondo comma del D.Lgs. 24 luglio 1992 n. 358, recepito per i servizi dall'art. 11 del D.lgs. 17 marzo 1995 n. 157, non aveva indicato le singole parti di servizio che ciascuna associata avrebbe dovuto eseguire.

La censura è infondata.

Va osservato che nell'offerta economica dell'aggiudicataria (documento n. 15 della produzione dell'Amministrazione) è contenuta un'espressa specificazione delle parti di servizio che ciascuna associata avrebbe dovuto svolgere e ciò sia in termini quantitativi– nella misura del 95% per la Cooperativa La \*\* e del 5% per la Cooperativa La \*\* – sia qualitativi mercè l'indicazione delle specifiche attività di cui ognuna si sarebbe occupata.

E si tratta di una indicazione che soddisfa ampiamente quanto richiesto dalla norma.

Con il terzo motivo di ricorso è stata invece contestata la decisione della Commissione di non assegnare alla ricorrente alcun punteggio per le sedi operative, in quanto non sarebbe stata fornita idonea documentazione dimostrativa, tale non essendo stata ritenuta l'allegata dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà, che invece ad opinione della ricorrente era da ritenersi pienamente e utilizzabile trattandosi di rappresentare dati e notizie contenuti in registri dello stato civile; diverso trattamento era stato piuttosto riservato alla controinteressata che si sarebbe limitata ad esibire una semplice copia fotostatica della documentazione attestante il possesso del requisito in questione.

La censura è priva di pregio.

Osserva il Collegio che l'art. 12 del capitolato speciale consentiva la possibilità di presentare dichiarazione sostitutiva della documentazione attestante il possesso dei requisiti di partecipazione e di assegnazione di punteggio unicamente per le certificazioni di enti pubblici e privati attestanti lo svolgimento nell'ultimo triennio di attività concernenti la gestione di servizi sociali ed in particolare di assistenza agli anziani; ne consegue che analoga possibilità non era consentita per gli altri aspetti inerenti la documentazione e quindi neanche per la dimostrazione di disponibilità di sedi operative.

Tale prescrizione, che non ha costituito oggetto di impugnazione, vincolava quindi la Commissione ad accettare le dichiarazioni sostitutive nelle sole ipotesi in cui la *lex specialis* di gara espressamente consentiva tale alternativa allegazione probatoria, che quindi restava esclusa per le sedi operative che erano dimostrabili unicamente attraverso l'esibizione di copia di un titolo detentivo, locativo o dominicale.

Né, del resto una tale facoltà avrebbe potuto essere consentita per effetto di una possibile efficacia autoapplicativa della norma di cui all'art. 77 bis del D.P.R. 28 gennaio 2000 n. 445, ipotesi da escludersi in presenza della richiamata disposizione del capitolato che in modo inequivoco non

consentiva il ricorso a tali forme di semplificazione in relazione anche alla documentazione attestante la disponibilità di sedi operative.

Né fondata appare l'obiezione circa una presunta disparità di trattamento operata in favore del raggruppamento aggiudicatario, atteso che, come si evince dagli atti del procedimento depositati dal Comune resistente, nemmeno l'autodichiarazione presentata da "La \*\*", circa la disponibilità di sedi operative è stata in alcun modo considerata dalla Commissione che si è limitata ad attribuire punteggio al raggruppamento solo per la disponibilità da parte dell'altra associata, "La \*\*", di sedi di cui è stato esibito idoneo titolo di detenzione.

Con il quarto motivo di ricorso è stato invece dedotto che la Commissione di gara avrebbe attribuito punteggio al raggruppamento per la "relazione tecnico descrittiva relativa alla formazione degli operatori", nonché per le "esperienze di integrazione/ collegamento/collaborazione con altri soggetti"/ nonostante le relative dichiarazioni fossero prove di sottoscrizione.

La censura è infondata.

Osserva il Collegio che la documentazione di cui la ricorrente lamenta la mancata sottoscrizione consiste in due specifiche relazioni tecniche; in primo luogo si tratta di quella di cui al punto 4, lettera d) dell'art 12 del capitolato, volta a illustrare elementi di valutazione dell'offerta afferenti la formazione del personale, nonché della relazione di cui al successivo punto 5 lettera b), contenente l'indicazione degli aspetti relativi all'elemento costituito dalla "qualità del servizio", ad eccezione di quello concernente le esperienze documentate con enti pubblici e privati.

Ebbene, non essendo tali elaborati tecnico-descrittivi in alcun modo assimilabili alle forme di semplificazione documentale proprie dell'autocertificazione o della dichiarazione sostitutiva di atto notorio, non contenendo stati, qualità o fatti per la cui attestazione sono richiesti obbligatorie forme sostitutive di autenticazione, se ne deduce che ai fini della loro validità ed utilizzabilità non era necessaria alcuna sottoscrizione, ma unicamente la loro inequivoca riconducibilità al soggetto alla cui offerta dette relazioni erano state allegate.

Pertanto, deve ritenersi legittima la determinazione della Commissione assunta nella seduta del 29 dicembre 2003 in cui, sciogliendo alcune riserve in merito all'attribuzione provvisoria del punteggio, l'organo di gara ha ritenuto idonee tali relazioni ai fini dell'assegnazione di punteggio all'associazione temporanea controinteressata, sebbene queste fossero prive di sottoscrizione, in quanto comunque inequivocamente alla stessa riconducibili.

Con l'ultimo motivo di ricorso è stata lamentata la mancata esclusione del raggruppamento aggiudicatario a causa della non veridicità di alcune dichiarazioni rese dall'associata "La \*\*"; in particolare, contrariamente a quanto richiesto dalla disciplina di gara che richiedeva lo svolgimento per almeno un triennio di attività nella gestione di servizi socio- assistenziali, tale cooperativa aveva dichiarato di averle svolte solo per un biennio, affermazione inoltre smentita sia dal certificato camerale da cui sarebbe emerso che questa addirittura non svolgeva attualmente alcuna attività, sia dal bilancio e della relazione depositati in sede di gara da cui si evinceva che l'unica attività svolta non riguardava l'assistenza agli anziani, ma la cura ed l'inserimento scolastico di minori accolti in una casa-famiglia.

Inoltre, pure falsa era la dichiarazione di non aver sostenuto nel corso dell'esercizio spese per l'attività di ricerca e di sviluppo, atteso che tale affermazione risultava smentita dalla dichiarazione di disporre di un centro studi interno per l'elaborazione di indagini conoscitive e sociologiche, nonché dalla descrizione della metodologia di indagine e di ricerca che la

cooperativa sosteneva di aver posto in essere per monitorare i bisogni ed i problemi sociali del territorio.

La censura è infondata.

Con riferimento alla dichiarazione resa dalla controinteressata in riferimento al requisito di cui all'art. 12 lettera e) del capitolato speciale e segnatamente di "aver svolto almeno per un triennio attività nella gestione di servizi socio- assistenziali per un importo non inferiore al 50% dell'importo a base dell'appalto", recante l'indicazione di un biennio invece che del prescritto triennio, deve ritenersi che si tratta effettivamente di un lapsus calami e non già di una dichiarazione falsa; al riguardo si osserva che la stessa contestazione di parte ricorrente ha ad oggetto non la mancanza del fatturato richiesto nel triennio, e quindi la carenza del requisito economico prescritto, ma più semplicemente la mancata corrispondenza tra l'arco temporale di riferimento indicato dal capitolato e quello indicato nella dichiarazione: ed a tale proposito che si tratta di un mero errore materiale è circostanza che risulta dalle altre dichiarazioni sostitutive rese da "La \*\*\*" che fa riferimento a plurimi servizi di durata superiore al triennio.

Quanto alle ulteriori deduzioni afferenti la non veridicità delle dichiarazioni rese da "La \*\*\*" circa l'attività svolta, si osserva che lo svolgimento di servizi assistenziali in favore di minori, quali emergono sia dalla relazione al bilancio 2002 allegata dalla ricorrente sia dalla autodichiarazione presentata dalla stessa cooperativa in sede di gara, integra pienamente il requisito afferente lo svolgimento di servizi socio- assistenziali richiesto dal capitolato, non potendo tali circostanze essere smentite dalle generiche indicazioni contenute nella certificazione camerale esibita dalla ricorrente.

Infine, pure indimostrata resta la supposta falsità della dichiarazione inerente la disponibilità di un centro studi da parte della cooperativa "La \*\*\*", atteso che tale indicazione non è in contrasto con il mancato sostenimento di spese per l'attività di ricerca e di sviluppo nella relazione al bilancio 2002, ben potendo risalire ad un'epoca anteriore a tale esercizio le spese sostenute per la sua realizzazione.

Per effetto delle considerazioni che precedono, anche se il ricorso è meritevole di accoglimento, la domanda risarcitoria deve essere invece respinta: infatti, escluso ogni possibilità di aggiudicazione per il consorzio ricorrente, l'unico interesse che residua è quello strumentale alla ripetizione della gara, eventualità da escludersi atteso il lungo tempo ormai trascorso; tantomeno può essere riconosciuta una forma di risarcimento per equivalente e ciò sia per la mancata allegazione di un benché minimo principio di prova circa la sussistenza di un danno emergente sotto il profilo delle spese di partecipazione sostenute, sia riguardo al lucro cessante, essendo parte ricorrente un soggetto che opera senza fini di lucro e rispetto al quale resta quindi estranea ogni possibile lesione per un mancato profitto rispetto ad una tipologia di servizio il cui costo per la stazione appaltante è inoltre ispirata unicamente ad una finalità di ristoro delle spese sostenute dal soggetto gestore.

Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese processuali.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania – Prima Sezione

- accoglie il primo motivo di ricorso e per l'effetto annulla gli atti impugnati;;
- respinge gli altri motivi;

- respinge la domanda risarcitoria;

- spese compensate.

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

Così deciso in Napoli nella Camera di Consiglio del 7 marzo 2007 dai Magistrati

Antonio Guida Presidente

Paolo Corciulo Primo Referendario, estensore

Paolo Severini Primo Referendario

Il Presidente L'Estensore