

Pubblicato il 05/03/2021

N. 00472/2021 REG.PROV.COLL.

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 121 del 2021, proposto da

*****, in persona del legale
rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Amedeo Savino, con
domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Unione dei Comuni del Versante Ionico non costituito in giudizio;
Comune di Badolato, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato
e difeso dagli avvocati Paolo Clarizia, Salvatore Staiano, con domicilio digitale come
da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Salvatore Staiano
in Catanzaro, via Turco 12;

nei confronti

*****, in persona del legale rappresentante pro
tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Fabio Saitta, con domicilio digitale
come da PEC da Registri di Giustizia;

PER L'ANNULLAMENTO

Per quanto riguarda il RICORSO INTRODUTTIVO:

PER L'ANNULLAMENTO PREVIA CONCESSIONE DELLA TUTELA
CAUTELARE

- della determinazione dell'Unione dei Comuni del Versante Ionico n. 74 del
29.12.2020 recante l'aggiudicazione in favore della *****
***** per il biennio 2021-2022
nel Comune di Badolato;

- di tutti i presupposti verbali di gara, nei limiti dell'interesse e limitatamente alle parti
in cui essi hanno assegnato il punteggio in relazione al criterio del “radicamento
territoriale”;

- di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale, con specifico riferimento
al disciplinare di gara, nella parte in cui esso ha previsto, quale criterio di valutazione
delle offerte, quello del “radicamento territoriale”;

PER LA DECLARATORIA DI INEFFICACIA

del contratto, ove stipulato, ai sensi e per gli effetti di cui agli artt. 121 e 122 c.p.a.;

E PER LA CONDANNA

a disporre il subentro della ricorrente nell'aggiudicazione e, ove stipulato, nel contratto, nonché, in subordine, al risarcimento del danno per equivalente, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 124 c.p.a.

Per quanto riguarda il RICORSO INCIDENTALE presentato da *****
***** il 8/2/2021:

- della determinazione dell'Unione dei Comuni del Versante Ionico n. 74 del 29.12.2020 recante l'aggiudicazione in favore della *****
***** per il biennio 2021-2022 nel Comune di Badolato;

- di tutti i presupposti verbali di gara, relativamente all'attribuzione del punteggio alla controinteressata per i criteri «*Servizi di accoglienza ed integrazione*» e «*Azioni di miglioramento della qualità del servizio offerto*»;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Badolato e di *****
*****;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 24 febbraio 2021, tenuta per come previsto dall'art. 25 del d.l. n. 137 del 2020 convertito in legge n. 176 del 2020, il dott. Domenico Gaglioti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1- L'odierna ricorrente aveva partecipato alla procedura aperta, bandita con modalità telematiche dalla Centrale di Committenza Unione dei Comuni del Versante Ionico in qualità di S.U.A., da aggiudicarsi sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa basata sulla sola componente tecnico-qualitativa ai sensi dei commi 3, lett. a), e 7 dell'art. 95 del D.lgs. 50/2016, per la “*Individuazione dell'Ente attuatore*”

cui affidare la gestione dei servizi di accoglienza integrata SIPRIMI (SPRAR) per il biennio 2021-2022, nel Comune di Badolato” ed importo a base di gara pari a € 772.941,18.

Alla gara ha partecipato, oltre l’odierna ricorrente, anche la controinteressata *****
***** , la quale già gestiva il servizio SPRAR attivato presso il Comune di Badolato.

2- All’esito della gara, la controinteressata ***** è posizionata al primo posto della graduatoria di merito, con un punteggio finale di 86,211/100, mentre l’odierna ricorrente si è classificata al secondo posto, con un punteggio finale di 77,321/100.

3- Con determinazione n. 74 del 29.12.2020 la Stazione Appaltante ha disposto l’aggiudicazione della gara di cui trattasi in favore della *****.

4- Avverso tale determinazione, con atto notificato il 27.1.2021 e depositato in pari data, viene proposto ricorso, le cui doglianze sono affidate al seguente articolato motivo: *VIOLAZIONE DEGLI ARTT. 4 E 30 DEL D.LGS. 50/2016 – VIOLAZIONE DEGLI ARTT. 3, 41 E 97 COST. – VIOLAZIONE DEI PRINCIPI EUROUNITARI DI TUTELA DELLA CONCORRENZA E DEL LIBERO MERCATO, PAR CONDICIO E NON DISCRIMINAZIONE, IMPARZIALITÀ, LIBERA CIRCOLAZIONE DEI SERVIZI – ECCESSO DI POTERE PER VIOLAZIONE DEI SUDDETTI PRINCIPI E DEL CANONE DI RAGIONEVOLEZZA – INGIUSTIZIA MANIFESTA.*

5- Con atto notificato il successivo 8.2.2021 e depositato in pari data, la controinteressata ***** si costituiva per resistere al giudizio e contestualmente spiegava ricorso incidentale, articolato nei seguenti motivi:

I. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEL PUNTO 4.1. DEL DISCIPLINARE DI GARA E DELL’ART. 3 6 L. 7 AGOSTO 1990, N. 241. ECCESSO DI POTERE PER DIFETTO DI ADEGUATA ISTRUTTORIA ED ILLOGICITÀ MANIFESTA;

II. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE, SOTTO DIVERSO PROFILO, DEL PUNTO 4.1. DEL DISCIPLINARE DI GARA E DEGLI ARTT. 3 E 6 L. 7 AGOSTO 1990, N. 241. ECCESSO DI POTERE PER DIFETTO DI ADEGUATA ISTRUTTORIA E DI MOTIVAZIONE, NONCHÈ PER ILLOGICITÀ MANIFESTA.

6- Con atto depositato il 9.2.2021 si costituiva il Comune di Badolato, deducendo l’inammissibilità e l’infondatezza del ricorso introduttivo del giudizio.

7- In vista della Camera di consiglio del 10.2.2021 parte ricorrente chiedeva un rinvio a difesa, stante l’avvenuta notifica del ricorso incidentale.

8- Seguiva la produzione di memoria da parte dei resistenti.

9- Con la memoria depositata il 22.2.2021 parte ricorrente ha altresì chiesto, nell'eventualità che la clausola sia ritenuta legittima, di rimettere alla Corte di Giustizia UE, ex art. 267 TFUE, la questione in ordine all'ammissibilità dell'interpretazione degli artt. 4, 30 e 95 del d.lgs. 50/2016 (nel senso che, nel settore dei servizi sociali rivolti alla persona, in deroga a quanto previsto dalle medesime disposizioni, sia consentito alle amministrazioni aggiudicatrici introdurre nei bandi di gara criteri di aggiudicazione che premiano con un punteggio aggiuntivo determinati operatori economici a motivo di aver svolto negli anni precedenti il servizio oggetto di affidamento) rispetto ai considerando 90, 92, l'art. 67, par. 4, della Direttiva 2014/24/UE, nonché ai principi di non discriminazione, parità di trattamento ed effettività della concorrenza.

10- Alla Camera di consiglio del 24.2.2021 il ricorso è stato spedito in decisione ai sensi dell'art. 60 c.p.a., sussistendone i presupposti.

DIRITTO

11- In ordine all'ordine di esame dei ricorsi, ritiene il Collegio di principiare dall'esame del ricorso principale.

11.1- Nel ricorso incidentale, infatti, la controinteressata lamenta che il punteggio attribuito all'offerta tecnica per i criteri «*Servizi di accoglienza ed integrazione*» e «*Azioni di miglioramento della qualità del servizio offerto*», inferiore al punteggio massimo attribuibile, sia stato ingiustificata e lesivo, di modo che l'eventuale attribuzione del punteggio massimo finirebbe per sterilizzare la differenza di punti ottenuta con l'applicazione del criterio oggetto del ricorso principale.

11.2- Tanto premesso, richiamata la giurisprudenza richiamata dal ricorrente incidentale (segnatamente Consiglio di Stato, Sez. V, 21.2.2011, n. 1072) per cui «*Nel caso in cui siano stati proposti un ricorso principale ed uno incidentale quest'ultimo va esaminato, di regola, dopo quello principale, a meno che esso non introduca un thema decidendum idoneo a determinare la declaratoria d'inammissibilità del gravame principale per difetto di interesse, in quanto la prova di resistenza sia favorevole al ricorso incidentale, e fermo restando che la subalternità dell'impugnativa incidentale, che esiste nella fase di proposizione della stessa, deve essere mantenuta anche in sede di decisione, nel senso che l'esame del ricorso incidentale può aver luogo non per il mero fatto che sia stato ritualmente proposto un ricorso principale, ma solo una volta che di quest'ultimo sia stata deliberata la fondatezza, perché soltanto tale evenienza fa sorgere l'interesse della parte all'esame della doglianza incidentale*»), ritiene il Collegio che l'eventuale accoglimento del ricorso incidentale non porterebbe *ex se* ad una declaratoria di inammissibilità del ricorso principale.

11.3- Difatti, l'eventuale accoglimento delle doglianze avverso il punteggio attribuito all'offerta della controinteressata non comporterebbe, di per sé, la diretta attribuzione

ad essa di un diverso punteggio (men che meno superiore), dovendosi rimettere gli atti all'amministrazione per l'assunzione delle conseguenziali determinazioni, ragion per cui l'eventuale accoglimento del ricorso incidentale non potrebbe comportare l'inammissibilità del ricorso principale.

11.4- Viceversa, la declaratoria di inammissibilità del ricorso principale comporterebbe l'improcedibilità del ricorso incidentale, nessun vantaggio ricavando la controinteressata dal suo eventuale accoglimento (*ex plurimis*, Cons. St., sez. III, 10 maggio 2017 n. 2170, T.A.R. Campania, Napoli, Sez. V, 2.3.2020, n.976).

12- Con il ricorso principale la ricorrente ha contestato la legittimità del controverso bando con riferimento alla previsione del punto 4.1 del disciplinare di gara che, nell'ambito dei "Criteri di valutazione dell'offerta tecnica", ha riservato un punteggio, pari a un massimo di 10 punti (rispetto al complessivo di 100 punti attribuibili all'offerta tecnica), agli operatori economici aventi un radicamento territoriale nella Provincia di Catanzaro per aver svolto già in passato il servizio oggetto di appalto all'interno del territorio provinciale.

In applicazione di tale criterio, infatti, alla controinteressata **** sono stati attribuiti 10 punti, determinanti ai fini dell'aggiudicazione.

12.1- Osserva la ricorrente che la giurisprudenza ha ripetutamente censurato le clausole di gara che risultino limitative della concorrenza atteso che esse introducono discriminazioni verso determinati operatori economici o comunque, all'opposto, condizioni di favore verso altri, a seconda se tali operatori economici abbiano o non abbiano già eseguito in passato appalti analoghi a quelli messi in gara in un dato territorio di riferimento e pronunce di analogo tenore ineriscono si rinvergono anche con riguardo ai criteri di valutazione delle offerte i quali abbiano accordato mera preferenza all'elemento del "radicamento territoriale", prevedendo un punteggio premiale in relazione ad esso.

12.2- Assume altresì la ricorrente il diritto, conseguenziale all'accoglimento del ricorso, a conseguire direttamente l'aggiudicazione definitiva in luogo della controinteressata ****, non essendoci spazio per ulteriori valutazioni discrezionali dell'amministrazione, trattandosi di compiere operazioni matematiche.

13- A fronte di tali censure replicano i resistenti osservando, in estrema sintesi, che la clausola *de qua* non è stata prevista quale criterio di esclusione (come, peraltro, nella giurisprudenza richiamata da parte ricorrente), bensì quale criterio di valutazione dell'offerta tecnica, per di più con riferimento ad un servizio per il quale è stata riconosciuta la peculiare valenza dell'integrazione territoriale e della sinergia con il territorio (come emerge anche dalla deliberazione dell'ANAC 30.9.2014 n. CP-7, ovvero dal Manuale operativo per l'attivazione e la gestione di servizi di accoglienza integrata in favore di richiedenti e titolari di protezione internazionale e umanitaria

curato dal Servizio Centrale dello S.P.R.A.R. e dal Ministero dell'Interno (SIPROIMI). Soggiungono, altresì, i resistenti che a tale punto 4.1 sarebbe stato peraltro attribuito un peso ponderale alquanto limitato e dunque inidoneo a generare una distorsione della concorrenza (10 punti su 100).

14- Chiarita nei termini sopra indicati la materia del contendere, ritiene il Collegio che il ricorso sia infondato.

15- Si deve preliminarmente ribadire – risultando ciò decisivo per l'esito della controversia – che il ricorrente ha esplicitamente circoscritto le censure di ricorso alla contestazione della legittimità di una singola clausola del disciplinare di gara, la quale indica, la quale, nell'elemento di valutazione "B", prevede: *“Radicamento dell'organizzazione nel territorio della Provincia di Catanzaro per massimo punti 10 (Il concorrente dovrà inserire in busta dichiarazione contenente indicazioni in merito agli anni in cui ha svolto la propria attività inerente al sistema SIPROIMI (SPRAR) nella Provincia di Catanzaro. Il punteggio sarà così determinato: - attribuendo punti 2 per ogni annualità che ha svolto la propria attività inerente al sistema”*.

16- Venendo al merito della questione, la clausola controversa introduce, nel novero degli elementi tramite i quali valutare l'offerta tecnica (e non, si puntualizza, nell'ambito dei requisiti per l'ammissione alla gara), un profilo non rientrante direttamente nel capitolo prestazionale in sé e per sé considerato, quanto piuttosto – in quanto riconducibile al “fatto storico” (come qualificato dal ricorrente) dell'esperienza soggettiva pregressa dei concorrenti nel territorio provinciale ove il controverso servizio dovrà essere espletato – inquadrabile nell'ambito dei requisiti soggettivi in possesso dei concorrenti.

17- Sull'aspetto ora evidenziato – quello, cioè, della commistione tra caratteristiche oggettive dell'offerta presentata in una determinata gara e requisiti soggettivi in possesso del concorrente (tematica sulla quale la giurisprudenza aveva, in passato, opposto dubbi di ammissibilità, atteso che la riferibilità di tali clausole non al *proprium* dell'offerta quanto al *curriculum* maturato avrebbe determinato l'insorgere di indebite discriminazioni e distorsioni alla concorrenza) – la giurisprudenza (anche questa Sezione: cfr. sentenza n. 357 del 22.2.2021) ha avuto modo osservare che *“la possibilità di applicare in maniera "attenuata" il divieto generale, di derivazione comunitaria, di commistione tra le caratteristiche oggettive della offerta e i requisiti soggettivi della impresa concorrente, è da ritenere ammessa soltanto a) se aspetti dell'attività dell'impresa possano effettivamente "illuminare" la qualità della offerta (cfr. CdS, VI, 2770/08 e sez. V n. 837/09), e b) a condizione che lo specifico punteggio assegnato, ai fini dell'aggiudicazione, per attività analoghe a quella oggetto dell'appalto, non incida in maniera rilevante sulla determinazione del punteggio complessivo”* (Consiglio di Stato sez. V, 3.10.2012, n.5197).

17.1- E' stato, infatti, rilevato che un'applicazione meno rigida dell'incondizionata affermazione di tale divieto *“deve però essere mantenuta entro rigorosi limiti applicativi; in particolare, pur potendosi ritenere superata l'iniziale differenziazione tra appalti di servizi e appalti di lavori (tuttavia ancora confermata, incidentalmente, da Cons. Stato, V, 17 gennaio 2018, n. 279), va in linea di principio data continuità e riconfermato il fondamento del divieto di commistione tra requisiti soggettivi di partecipazione e requisiti oggettivi di valutazione dell'offerta, con la specificazione che ne è tuttavia consentita un'applicazione attenuata, secondo criteri di proporzionalità, ragionevolezza ed adeguatezza, quando sia dimostrato, caso per caso, che per le qualificazioni possedute il concorrente offra garanzie di qualità nell'esecuzione del contratto apprezzabili in sede di valutazione tecnica delle offerte (cfr. Cons. Stato, III, 27 settembre 2016, n. 3970)”*, tenuto conto che *“l'ammissibilità di aspetti attinenti al profilo soggettivo è condizionata al fatto che detti elementi possano non vengano apprezzati, in astratto, come requisito meramente soggettivo dell'impresa partecipante, ma costituiscano un elemento di valutazione strettamente correlato all'oggetto dell'appalto e afferente all'offerta tecnica presentata, condizionando l'esecuzione del contratto, nei termini e secondo modalità specificamente apprezzate dalla stazione appaltante; e sempre che lo specifico punteggio assegnato, ai fini dell'aggiudicazione, al requisito in parola non incida in maniera rilevante sulla determinazione del punteggio complessivo”* (Consiglio di Stato, Sez. V, 17.3.2020, n. 1916).

17.2- Per completezza, si precisa che, sulla stessa lunghezza d'onda, è stato altresì affermato che: *“Non è irragionevole attribuire un determinato punteggio, in sede di gara d'appalto, peraltro non determinante, ad operatori che hanno già svolto attività sociali nella Regione, con ciò maturando una significativa esperienza delle necessità locali, ovvero che hanno una loro sede nell'ambito della Regione, il che esprime un apprezzabile radicamento nel territorio e semplifica i rapporti con la ditta che si aggiudica la commessa”* (T.A.R. Friuli-Venezia Giulia, Sez. I, 8.4.2011, n.190).

18- Trasposte al caso controverso le succitate coordinate interpretative (ritenute, peraltro, pienamente rispettose del diritto euronitario), ne consegue che la contestata clausola della legge di gara, in sé considerata, non appaia irragionevole e la relativa previsione non risulti censurabile in sede giurisdizionale.

18.1- Sotto un primo aspetto, infatti, si osserva che, dalla documentazione versata in atti dalla controinteressata, è agevole evincere il rilievo assolutamente non secondario che la maturazione di un'integrazione territoriale assume nel servizio di accoglienza integrata in favore di richiedenti e titolari di protezione internazionale e umanitaria.

18.1.1- Il *“Manuale Operativo per l'attivazione e la gestione di servizi di accoglienza integrata in favore di richiedenti e titolari di protezione internazionale e umanitaria”* prevede, infatti, che l'impostazione di interventi di accoglienza integrata, oltre a doversi fondare su un forte radicamento e dialogo con il territorio, necessiti della

partecipazione di competenze e capacità eterogenee, competenti e qualificate, mentre, con riferimento alle indicazioni delle équipes dello SPRAR viene ivi indicata la necessità di una stretta collaborazione con i servizi socio-sanitari locali, i dipartimenti di salute mentale, le realtà o private competenti nell'accompagnamento e all'inserimento socio-economico-abitativo delle persone con situazioni di disagio, mentre per i minori devono garantirsi le collaborazioni con i servizi socio-educativi locali, con il mondo dell'associazionismo giovanile, con le associazioni sportive e ricreative ed ancora per le vittime di tratta è imprescindibile il lavoro di rete e il raccordo con le realtà, associative e istituzionali, specializzate nell'accoglienza e nella protezione di tale condizione di vulnerabilità.

18.1.2- Anche la deliberazione dell'ANAC n. 30.9.2014 n. CP-7 (richiamata dalla controinteressata a sostegno delle proprie tesi e non condivisa dal ricorrente), non risulta ultronea rispetto alla questione controversa, ponendosi, anzi, in linea con la ricostruzione finora sviluppata.

In tale provvedimento, attinente ad una gara per l'affidamento della gestione dei servizi di accoglienza, integrazione e tutela per richiedenti protezione internazionale, l'Autorità ha osservato che, relativamente ad una clausola che valorizzava il "contesto", nel senso di «radicamento dell'organizzazione nel territorio del Comune, conoscenza delle caratteristiche del fenomeno», *“sebbene in ipotesi rientrante nell'ambito delle c.d. clausole territoriali sulla cui illegittimità l'Autorità si è più volte espressa (v. ex multis Deliberazione n. 108/2012), si conviene con l'Amministrazione, atteso che la territorialità del servizio è strettamente connessa con una migliore efficacia della sua esecuzione e la stessa localizzazione territoriale dei progetti SPRAR voluta dal legislatore, giustifica l'indirizzamento delle risorse pubbliche verso il contesto circoscritto dei soggetti del terzo settore operanti sul territorio di riferimento”*.

18.1.3- Conseguenze da quanto esposto che, quantunque, in astratto, anche soggetti privi di una rete di relazioni sul territorio (non avendo precedentemente gestito servizi di accoglienza in tale ambito territoriale) possano costruire, nel corso dell'espletamento del servizio, una rete idonea a radicarsi sul territorio, è anche vero che la previsione di un punteggio aggiuntivo per chi già possiede tale integrazione per aver espletato il medesimo servizio in precedenza, può consentire di valorizzare l'idoneità della rete già formata nel tempo quale *“quid pluris”* astrattamente idoneo a migliorare il servizio da espletare.

18.2- Anche sotto l'aspetto del peso della contestata clausola nell'economia della gara, il punteggio attribuito al controverso sub-criterio (pari a 10 punti rispetto al totale di 100 punti attribuibili all'offerta tecnica nel suo complesso) risulta ragionevolmente equilibrato e, dunque, inidoneo a sbilanciare le posizioni tra i *competitor* tramite l'insorgere di distorsioni anticoncorrenziali.

18.3- Per completezza si osserva, infine, che le conclusioni ora rassegnate non risultano scalfibili dall'assunto per cui numerosi bandi di altre amministrazioni comunali non prevedano una clausola analoga a quella contestata, attesa l'autonomia attribuita ad ogni ente locale sul punto, oltre all'ulteriore rilievo per cui, anche a ritenere formatasi una prassi amministrativa (conclusione di cui è lecito dubitare, promanando i bandi versati in atti da enti locali diversi) non ne discenderebbe comunque l'insorgenza di effetti normativi.

18.4- Da quanto finora esposto consegue altresì che vada disattesa la richiesta, formulata da parte ricorrente, di deferimento alla Corte di Giustizia della questione pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 del TFUE.

19- Le considerazioni finora esposte conducono al rigetto della domanda di annullamento e, in conseguenza di ciò, delle ulteriori domande proposte dal ricorrente.

20- Dalle suesposte conclusioni in ordine al ricorso principale consegue l'improcedibilità del ricorso incidentale.

21- La peculiarità della controversia giustifica la compensazione integrale delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

- rigetta il ricorso principale;
- dichiara improcedibile il ricorso incidentale.

Compensa le spese di lite.

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

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 24 febbraio 2021 con l'intervento dei magistrati:

L'ESTENSORE

Domenico Gaglioti

IL PRESIDENTE

Giancarlo Pennetti