

Qualora un criterio di valutazione che favorisca le imprese locali sia irrilevante ai fini dell'esecuzione del contratto, è corretto affermare che, anche in assenza di una palese limitazione alla partecipazione, si sia comunque attuata un'inosservanza dei

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

Sebbene la censura nei confronti del criterio che attribuisce un punteggio di favore delle imprese locali, non può essere definita sulla base della possibile restrizione alla partecipazione alla gara, tuttavia poiché tale criterio favorisce le società locali sulla base di una caratteristica irrilevante ai fini della affidabilità dei soggetti chiamati a svolgere il servizio per il quale era stata bandita la gara., non vi è dubbio che la scelta della Stazione Appaltante sia stata fatta in spregio alla normativa comunitaria e nazionale che sancisce il principio della libera circolazione.

Merita di essere segnalato il seguente passaggio tratto dalla decisione numero 195 del 25 gennaio 2008 emessa dal Consiglio di Stato

< la censura nei confronti del criterio che attribuisce un punteggio di favore nei confronti delle imprese locali, non poteva essere definita sulla base della possibile restrizione alla partecipazione alla gara.

Pare evidente che nessuna preclusione alla partecipazione alla gara deriva dal criterio contestato, ma quello che la ricorrente ha voluto censurare è la discriminazione subita per l'illegittimità di un criterio che, di per sé privo di ogni giustificazione, finisce per privilegiare le società cooperative locali, in spregio alla normativa comunitaria e nazionale che sancisce il principio della libera circolazione.

Sotto questo profilo, la censura deve essere accolta, dal momento che essa favorisce le società locali sulla base di un criterio irrilevante ai fini della affidabilità dei soggetti chiamati a svolgere il servizio di assistenza per il quale era stata bandita la gara.>

Attenzione però

< Detto questo, l'illegittimità del criterio di preferenza territoriale, sebbene sia in grado di determinare l'annullamento della relativa previsione del bando e della conseguente attribuzione di punteggio alla aggiudicataria (punti 7 per la sede legale nell'ambito 26 di due cooperative facenti parte dell'ATI vincitrice) non consente di affermare che l'aggiudicazione doveva avvenire in favore della ricorrente, la quale ha totalizzato un punteggio di 40 punti, pari a quello della aggiudicataria, una volta detratti i 7 punti per il criterio avanti giudicato illegittimo.>

A cura di *****

Riportiamo qui di seguito la decisione numero 195 del 25 gennaio 2008 emessa dal Consiglio di Stato

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N.195/08

Reg.Dec.

N. 5175

Reg.Ric.

ANNO

2004

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello proposto da ALFA Consorzio Cooperative Sociali Onlus, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'*****, ed elettivamente domiciliata in Roma, via Eustachio Manfredi n. 17, presso lo studio dell'avv. *****;

contro

- il Comune di San Salvo, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'avv. *****, ed elettivamente domiciliato in Roma, presso lo studio dell'avv. ***** in via Federico Confalonieri, n. 5;

- BETA soc. coop. a r. l., in proprio e quale mandataria dell'A.T.I. BETA soc. coop. a r. l., BETA BIS soc.

coop. a r. l., *****à soc. coop. a r.l., in persona dei rispettivi rappresentanti legali p.t., rappresentate e difese dall'avv. *****, ed elettivamente domiciliate in Roma, via Leonardo Pisano n. 16, presso lo studio dell'avv. *****;

per l'annullamento

della sentenza n. 297 del 2004 del Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo, sezione staccata di Pescara, resa inter partes.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio delle parti intime;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 13 novembre 2007, relatore il Consigliere *****, uditi l'avv. ***** per delega dell'avv. Di *****, l'avv. ***** per delega dell'avv. ***** e dell'avv. *****.

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con la sentenza impugnata, il TAR Pescara ha respinto il ricorso della interessata (odierna appellante) avverso la determinazione del Comune di San Salvo di "approvazione del bando di gara e schema di convenzione per affidamenti servizi previsti nel piano di zona dei servizi sociali anno 2003/2005", con annessi tre bandi di gara (approvati con la medesima determinazione dell'11.9.2003), e della successiva determinazione (30.10.2003) di affidamento della gestione dei servizi alla aggiudicataria A.T.I. soc. BETA

coop., con risarcimento del danno.

Il primo giudice ha individuato gli “aspetti salienti” della vicenda sottoposta al suo esame: “pretesa limitazione e/o disparità di trattamento in punto di partecipazione (violazione degli artt. 48, 49, 52 e 59 trattato CE, artt. 3, 41 e 97 cost., art. 10 L. r. n. 85/1994), per il punteggio “preferenziale” (punti 7) accordato alle cooperative operanti nell’ambito n. 26”; “tipologia delle cooperative che potevano partecipare alla gara, secondo la ripartizione di cui alla L. r. n. 85/1994”.

I vizi dedotti sono stati respinti, in quanto la attribuzione di un punteggio “preferenziale” (e anche “promozionale”) non preclude la partecipazione alla gara, e il bando di gara consente anche alle cooperative miste di partecipare alla procedura, e comunque, secondo il TAR, “stante l’infondatezza degli altri motivi di gravame” pur volendo considerare eccessivi i “7” punti, il risultato non cambierebbe, poiché l’A.T.I. BETA risulterebbe prima anche con un sol punto”.

2. Appella la ricorrente, la quale chiede la riforma della sentenza impugnata alla luce delle censure originarie, che vengono reiterate in questa sede, e precisa che l'appalto "sarà verosimilmente scaduto" al momento dell'esame dell'odierno gravame, per cui rimane l'interesse all'accoglimento della pretesa risarcitoria, previo annullamento degli atti impugnati.

3. Si sono costituiti il Comune di San Salvo e l'A.T.I. aggiudicataria per contestare la fondatezza del gravame.

4. Il ricorso è stato trattenuto in decisione all'udienza del 13 novembre 2007.

Come rilevato dalla stessa appellante, essendo venuto a scadenza l'affidamento del servizio in questione, l'interesse della stessa all'annullamento del bando di gara e dell'affidamento della gestione del servizio all'A.T.I. resistente, residua solo ai fini della domanda di risarcimento del danno, che il primo giudice ha respinto, avendo dichiarato infondato il ricorso originario.

L'odierno gravame deve, quindi, essere esaminato al fine di verificare la fondatezza della domanda risarcitoria (reiterata in questa sede), rispetto alla quale l'appellante dichiara di avere interesse.

Si assume nell'appello che sarebbe errata la statuizione del primo giudice che ha considerato "invocato impropriamente il principio comunitario di libera circolazione", dal momento che il criterio di attribuzione di un punteggio per la localizzazione della società cooperativa, ammessa alla gara (punti 7 per la sede legale di due o più soc. coop. dell'A.T.I. in uno dei comuni dell'Ambito 26; punti 5 per la sede legale della soc. coop. o di una delle soc. coop. dell'A.T.I. in uno dei comuni dell'Ambito 26; punti 2 per la sede legale della soc. coop. o di una delle soc. coop. dell'A.T.I. nella Regione) non discrimina e/o limita la partecipazione alla gara stessa.

Deve convenirsi con l'appellante che la censura nei confronti del criterio che attribuisce un punteggio di favore nei confronti delle imprese locali, non poteva essere definita sulla base della possibile restrizione alla partecipazione alla gara.

Pare evidente che nessuna preclusione alla partecipazione alla gara deriva dal criterio contestato, ma quello che la ricorrente ha voluto censurare è la discriminazione subita per l'illegittimità di un criterio che, di per sé privo di ogni giustificazione, finisce per privilegiare le società cooperative locali, in spregio alla normativa comunitaria e nazionale che sancisce il principio della libera circolazione.

Sotto questo profilo, la censura deve essere accolta, dal momento che essa favorisce le società locali sulla base di un criterio irrilevante ai fini della affidabilità dei soggetti chiamati a svolgere il servizio di assistenza per il quale era stata bandita la gara.

Detto questo, l'illegittimità del criterio di preferenza territoriale, sebbene sia in grado di determinare l'annullamento della relativa previsione del bando e della conseguente attribuzione di punteggio alla aggiudicataria (punti 7 per la sede legale nell'ambito 26 di due cooperative facenti parte dell'ATI vincitrice) non consente di affermare che l'aggiudicazione doveva avvenire in favore della ricorrente, la quale ha totalizzato un punteggio di 40 punti, pari a quello della aggiudicataria, una volta detratti i 7 punti per il criterio avanti giudicato illegittimo.

In questa situazione di parità di punteggio, non vi è alcuna certezza sul fatto che l'aggiudicazione dovesse essere fatta alla ricorrente piuttosto che alla aggiudicataria, che risulta avere il medesimo punteggio di 40 punti.

In proposito non può valere l'osservazione del Comune di San Salvo, il quale (pag. 3 della memoria) sostiene che, sulla base del criterio illegittimo della attribuzione di un punteggio per la localizzazione della società, alla appellante andrebbero 2 punti per la sede locale nella Regione, per cui il punteggio della stessa sarebbe 38 (40 meno 2), e alla aggiudicataria dovrebbero essere assegnati 40 punti (47 meno 7), con il risultato che comunque quest'ultima avrebbe un punteggio maggiore della appellante.

Il Comune non chiarisce perché l'aggiudicataria dovrebbe mantenere il punteggio di 2 punti per la localizzazione della sede nella Regione, mentre per lo stesso titolo i 2 punti dovrebbero essere tolti alla ricorrente.

È chiaro che l'illegittimità del punteggio per la localizzazione territoriale comporta che dal punteggio di 47 punti, assegnato alla aggiudicataria, devono essere sottratti 9 punti (7 più 2), e dal punteggio di 40 della ricorrente devono essere sottratti 2 punti, con la conseguenza che il risultato finale è comunque pari (38 punti per ambedue).

*** consapevole di questo risultato di parità l'appellante insiste per l'accoglimento della seconda censura, con la quale si lamenta che alcune società cooperative non potevano fare parte dell'A.T.I. aggiudicataria, perché non sono cooperative sociali di tipo A, le uniche che potevano essere ammesse alla gara, trattandosi di servizi socio - assistenziali.

Se la censura è comprensibile su un piano logico, giacché non sembra rispondente allo scopo il consentire la partecipazione alla gara di soggetti che non abbiano come oggetto statutario lo svolgimento di servizi socio - assistenziali, la stessa è però infondata alla stregua della disciplina del bando, che consente la partecipazione alla gara di “cooperative sociali di tipo A, cooperative miste, Associazioni di promozione sociale, organizzazioni non lucrative di utilità sociale (ONLUS) nonché di tutti i soggetti di cui all’art. 1 comma 5 della legge 328/2000, che possono gestire, in base alla loro natura giuridica, i servizi oggetto del presente appalto”.

L’indicazione dei soggetti che possono partecipare alla gara è molto ampia e per nulla specifica nel senso voluto dalla ricorrente (si pensi alle cooperative miste e alle associazioni di promozione sociale e/o di utilità sociale), sicché non può condividersi la deduzione della appellante che chiede di dichiarare illegittima la partecipazione alla ATI aggiudicataria di “due piccole cooperative del tipo B (rispettivamente al n. 34 e 129 dell’Albo Regionale)”.

L’appello, divenuto improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse a motivo della scadenza dell’affidamento della gestione del servizio in questione, va dichiarato infondato nella restante parte in cui si chiede l’accoglimento della domanda risarcitoria.

Le spese e gli onorari di giudizio possono essere compensati.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, respinge il gravame in epigrafe nella parte in cui si chiede il risarcimento del danno, e lo dichiara improcedibile nella restante parte a motivo della sopravvenuta carenza di interesse, dovuta alla scadenza dell'affidamento del servizio previsto nel piano di zona dei servizi sociali per l'anno 2003/2005. Compensa le spese.

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

Così deciso in Roma, il 13 novembre 2007 dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) nella Camera di Consiglio con l'intervento dei Signori:

Presidente

Consigliere est.

Consigliere

Consigliere

Consigliere

Presidente

Consigliere

Segretario

GIUSEPPE ROMEO

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 25/01/2008

(Art. 55, L.27/4/1982, n.186)

Il Direttore della Sezione

CONSIGLIO DI STATO

In Sede Giurisdizionale (Sezione Sesta)

Addì.....copia conforme alla presente è stata trasmessa

al Ministero.....

a norma dell'art. 87 del Regolamento di Procedura 17 agosto 1907 n.642

Il Direttore della Segreteria

<https://www.diritto.it/qualora-un-criterio-di-valutazione-che-favorisca-le-imprese-locali-sia-irrilevante-ai-fini-dell-esecuzione-del-contratto-e-corretto-affermare-che-anche-in-assenza-di-una-palese-limitazione-alla-part/>