



**R E P U B B L I C A I T A L I A N A**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per l' Umbria**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 144 del 2014, proposto da:  
Cooperativa Polis Soc. Coop. Sociale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Eugenio Dalli Cardillo e Lietta Calzoni, con domicilio eletto presso l'avv. Lietta Calzoni in Perugia, via Bonazzi, 9;

***contro***

Comune di Marsciano, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avv.ti Mario Rampini e Roberto Baldoni, con domicilio eletto presso l'avv. Mario Rampini in Perugia, piazza Piccinino n. 9;

***nei confronti di***

Società Cooperativa Sociale ACTL, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Lorenzo Anelli, con domicilio eletto presso l'avv. Daniele Spinelli in Perugia, piazza Michelotti,1;

***per l'annullamento***

della determinazione n. 162 datata 27.03.2014 del Responsabile del Settore Servizi Sociali con la quale la procedura aperta per l'affidamento del servizio di assistenza

domiciliare per persone anziane, diversamente abili e minori e del servizio di assistenza educativa scolastica dal 01.04.2014 al 31.01.2016 del Comune di Marsciano, veniva aggiudicata in via definitiva alla Società Cooperativa Sociale ACTL; dell'aggiudicazione provvisoria; dei verbali di gara del 14, 18, 19, 20 febbraio e 25 marzo 2014; dell'atto di indizione della gara; dell'atto di rettifica del capitolato speciale di cui alla determina n. 18 del 13 gennaio 2014; della determina n. 93 del 13 febbraio 2014, di nomina della Commissione giudicatrice; del bando, del disciplinare e del capitolato, nei limiti dell'interesse; del diniego tacito sull'istanza di accesso del 25 febbraio 2014; di tutti gli atti e provvedimenti dell'Amministrazione che hanno limitato il diritto di difesa della Cooperativa Polis; del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta ex art. 86 del T.U. 163/2006 e del relativo verbale del 25.03.2014; del procedimento di verifica dei requisiti ex art. 48 del T.U. 163/2006 e dei relativi verbali ad oggi ignoti; di ogni altro atto presupposto, connesso e conseguente, ancorché ignoto; di tutti i provvedimenti antecedenti, concomitanti e susseguenti, ancorché ignoti, nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto, stipulato tra le parti anche nelle more del giudizio, con riserva, nel caso di impossibilità nel subentro nel servizio, di chiedere tutela risarcitoria per i danni subiti.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Marsciano e della Società Cooperativa Sociale ACTL;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 giugno 2014 il Cons. Stefano Fantini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

La società cooperativa ricorrente premette di avere partecipato alla procedura aperta, indetta dal Comune di Marsciano, per l'affidamento dei servizi di assistenza domiciliare per persone anziane, diversamente abili e minori e per i servizi di assistenza educativa scolastica, per la durata di ventidue mesi (dall'1 marzo 2014 al 31 dicembre 2015, termine poi posticipato dall'1 aprile 2014 al 31 gennaio 2016), con importo a base di gara pari ad euro 420.000,00, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Impugna in questa sede il provvedimento di aggiudicazione definitiva alla società cooperativa sociale ACTL, di cui alla determinazione n. 162 del 27 marzo 2014, nonché gli atti presupposti, tra cui la determina n. 93 in data 13 febbraio 2014, di nomina della Commissione giudicatrice, ed i verbali di gara, deducendo a sostegno del ricorso i seguenti motivi di diritto :

1) Relativamente alla cauzione provvisoria presentata dalla cooperativa sociale ACTL, violazione dell'art. 4 del disciplinare di gara e dell'art. 10 del capitolato speciale; violazione dell'art. 46, comma 1 bis, del d.lgs. n. 163 del 2006; incertezza sulla paternità, provenienza e contenuto della garanzia presentata in gara dall'impresa aggiudicataria per difetto di sottoscrizione della stessa (è apposta la generica denominazione di "un procuratore"); violazione dell'art. 75 del d.lgs. n. 163 del 2006 e delle modalità di costituzione della cauzione provvisoria che richiedono certezza della provenienza e di colui che firma la medesima anche ai fini della verifica dei poteri del procuratore che sottoscrive per il garante. Discende dall'incertezza dell'identità di colui che sottoscrive per conto del garante la cauzione provvisoria prodotta dalla cooperative ACTL che la medesima doveva essere esclusa dalla gara.

2) Illegittimità dell'aggiudicazione definitiva disposta in favore della società cooperativa sociale ACTL per carenza di motivazione e violazione dell'art. 11,

comma 9, del codice dei contratti pubblici; violazione dell'art. 7 del disciplinare di gara, lamentando che la disposta esecuzione anticipata del servizio, prevista nel provvedimento di aggiudicazione, sia immotivata e violi il termine dello *stand still*.

In via subordinata, ai fini dell'annullamento della gara, la società ricorrente deduce i seguenti ulteriori motivi :

3) Violazione dell'art. 83, commi 2, 4 e 5, del d.lgs. n. 163 del 2006; violazione dell'art. 15 del capitolato pubblicato con avviso di rettifica in data 13 gennaio 2014 che non contempla, quale criterio di valutazione delle offerte tecniche, il metodo del confronto a coppie, adottato dalla Commissione giudicatrice; eccesso di potere per carenza di istruttoria, per incertezza e contraddittorietà tra la iniziale previsione dell'art. 15 del capitolato (che tale confronto a coppie prevedeva) e quella derivante dalla rettifica del 13 gennaio 2014; incertezza ed indeterminatezza del criterio di valutazione dell'offerta tecnica.

In ogni caso, la gara *de qua* dovrebbe essere annullata per incertezza ed indeterminatezza del criterio di valutazione dell'offerta tecnica attesa l'assoluta discrepanza ed incompatibilità tra l'art. 15 del capitolato pubblicato in data 14 dicembre 2013 (che prevede il confronto a coppie) e l'art. 15 del capitolato pubblicato il 13 gennaio 2014 (che tale metodo non prevede).

4) In subordine : violazione delle modalità di applicazione del metodo del confronto a coppie, atteso che, come si evince dal verbale n. 2, la Commissione non ha indicato le coppie delle offerte comparate; violazione dell'art. 83, commi 2, 4 e 5, del d.lgs. n. 163 del 2006; eccesso di potere per carenza di istruttoria, difetto di motivazione per impossibilità di ricostruire il percorso valutativo adottato dalla Commissione di gara; sviamento di potere; violazione dell'All. P al regolamento del codice dei contratti pubblici.

5) In ulteriore subordine : violazione delle modalità di applicazione del metodo del confronto a coppie, atteso che la Commissione giudicatrice non ha indicato le

coppie delle offerte che ha comparato; eccesso di potere per carenza di istruttoria, impossibilità di ricostruire il percorso valutativo adottato dalla Commissione di gara; violazione dell'art. 83, commi 2, 4 e 5, del d.lgs. n. 163 del 2006; violazione dell'All. P al regolamento del codice dei contratti pubblici.

Il confronto a coppie prevede che ciascun commissario rediga la tabella triangolare caratteristica del confronto a coppie indicando sia l'offerta preferita nel confronto a due a due delle offerte, sia il punteggio di preferenza. Nel caso di specie, in disparte il fatto che non emerge quale sia stato il confronto a coppie, risulta dai verbali delle sedute della Commissione che per ciascun elemento di valutazione della qualità tecnica ed organizzativa è stata compilata un'unica tabella triangolare, ove è confluito il medesimo punteggio concordato tra tutti i commissari. Ogni commissario avrebbe dovuto esprimere la propria preferenza compilando una propria tabella triangolare, mentre la compilazione di un'unica tabella cumulativa in cui è confluito il punteggio concordato tra tutti i commissari è in contrasto con il metodo di valutazione prescelto.

6) Violazione dell'art. 87, comma 4, del d.lgs. n. 163 del 2006; incompatibilità dei membri della Commissione di gara; violazione dell'art. 97 della Costituzione, nell'assunto che la Commissione giudicatrice ha tra i componenti, diversi dal Presidente, il referente dell'esecuzione del contratto, ovvero l'assistente sociale del Comune di Marsciano dr.ssa Silvia Silvestri. Quest'ultima risulta assunta dalla Stazione appaltante con un contratto a tempo indeterminato in organico al settore dei servizi sociali che ha indetto la procedura di gara e che è l'unità organizzativa riferibile al contratto d'appalto oggetto della gara *de qua*.

7) Con riguardo al diniego tacito di accesso agli atti relativi all'offerta progettuale della società cooperativa sociale ACTL : violazione degli artt. 22 e seguenti della legge n. 241 del 1990, nonché dell'art. 13, comma 6, del d.lgs. n. 163 del 2006; eccesso di potere per carenza di istruttoria; violazione del diritto di difesa della

cooperativa Polis; violazione dei principi di parità di trattamento, buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa.

Il disconoscimento dell'ostensione del progetto tecnico della società aggiudicataria costituisce un inaccettabile svuotamento del diritto di difesa della cooperativa Polis.

La società ricorrente ha dichiarato la propria disponibilità al subentro nel contratto, ove *medio tempore* stipulato, previa pronuncia di inefficacia del contratto, e chiesto altresì la condanna dell'Amministrazione al risarcimento del danno.

Si sono costituiti in giudizio il Comune di Marsciano e la società cooperativa sociale ACTL puntualmente controdeducendo alle censure avversarie e chiedendone la reiezione.

All'udienza del 25 giugno 2014 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

## DIRITTO

1. - Principiando, in ossequio al principio dispositivo, dai motivi graduati in via prioritaria, finalizzati ad ottenere anzitutto l'esclusione dalla gara dell'impresa aggiudicataria, e poi l'annullamento dell'aggiudicazione, va anzitutto esaminato il primo mezzo, con cui si deduce il difetto di sottoscrizione della cauzione provvisoria presentata in gara dalla cooperativa ACTL, inidonea a dare certezza dell'identità del garante, nella misura in cui la polizza fideiussoria indica solamente la dicitura "un procuratore" (dell'assicuratore), senza specificazione del nome della persona fisica.

Il motivo non appare meritevole di positiva valutazione.

La polizza fideiussoria, costituente cauzione provvisoria, presentata dalla controinteressata, possiede i requisiti previsti dall'art. 4.A, 4), del disciplinare di gara ed, in via generale, dall'art. 75 del codice dei contratti pubblici.

La fideiussione risulta sottoscritta dal garante, e nessuna prescrizione di legge o della *lex specialis* di gara richiede l'autentica, anche mediante autocertificazione, della

firma del soggetto sottoscrittore. L'esigenza di certezza in ordine alla provenienza della polizza da parte della società che l'ha emessa, con conseguente validità dell'impegno, può ritenersi soddisfatta mediante l'uso di una modulistica proveniente dalla società che ha prestato la garanzia fideiussoria (T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 17 luglio 2003, n. 3588).

Va, del resto, considerato che, in base al principio di tassatività delle cause di esclusione dalle gare pubbliche, introdotto dall'art. 46, comma 1 bis, del d.lgs. n. 163 del 2006, non costituisce causa di esclusione la presentazione di una cauzione provvisoria d'importo insufficiente e/o deficitario rispetto a quello richiesto dalla *lex specialis*, ovvero di una cauzione incompleta, dovendo in tali evenienze l'impresa essere previamente invitata dalla Stazione appaltante ad integrare/emendare la cauzione (in termini Cons. Stato, Sez. III, 5 dicembre 2013, n. 5781).

Si è osservato, da una parte della giurisprudenza che, a stretto rigore, le prescrizioni afferenti la cauzione provvisoria, riportate nell'art. 75 del codice dei contratti pubblici, non prevedono alcuna sanzione di inammissibilità dell'offerta neppure per l'ipotesi in cui la stessa non risulti prestata, diversamente da quanto disposto dal successivo ottavo comma con riferimento alla garanzia fideiussoria del 10 per cento dell'importo contrattuale per l'esecuzione del contratto (T.A.R. Lazio, Sez. I ter, 9 ottobre 2013, n. 8711).

2. - Il secondo motivo si incentra sulla violazione del termine di *stand still* per effetto della disposta (dal provvedimento di aggiudicazione), seppure immotivatamente, esecuzione anticipata del contratto.

La censura è inammissibile, prima ancora che infondata, nei termini in cui è prospettata, e cioè ai fini dell'annullamento dell'aggiudicazione.

Ed infatti l'inosservanza del termine previsto dall'art. 11, comma 10, del d.lgs. n. 163 del 2006 per la stipulazione del contratto non costituisce causa di invalidità dell'aggiudicazione stessa. La giurisprudenza ha costantemente affermato che

L'inosservanza della clausola dello *stand still* non incide sul procedimento di gara, potendo tale circostanza avere effetti sul contratto ed eventualmente rilevare ai fini della valutazione della responsabilità, anche risarcitoria, mentre non ha autonomo rilievo invalidante sull'aggiudicazione (in termini, tra le tante, T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 9 aprile 2014, n. 2031; T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. II, 25 giugno 2013, n. 610; 18 aprile 2013, n. 363; T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, Sez. I, 20 ottobre 2010, n. 942). Ciò trova conferma anche nell'ermeneusi della previsione dell'art. 121, lett. c), del cod. proc. amm., alla cui stregua il giudice che annulla l'aggiudicazione dichiara l'inefficacia del contratto solo laddove il mancato rispetto dell'art. 11, comma 10, abbia privato il ricorrente della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipulazione del contratto e sempre che tale violazione si aggiunga ai vizi propri dell'aggiudicazione, diminuendo le possibilità del ricorrente di ottenere il bene della vita; resta peraltro ferma l'applicazione delle sanzioni (alternative) previste dall'art. 123 del cod. proc. amm.

3. - Procedendo alla disamina dei motivi graduati in via subordinata, ritiene il Collegio, tenendo conto della censura dedotta e del rapporto logico-giuridico intercorrente tra i vari motivi, di prendere le mosse dal sesto, con cui si deduce la violazione dell'art. 84, comma 4, del codice dei contratti pubblici, lamentandosi l'incompatibilità, quale membro della Commissione giudicatrice diverso dal Presidente, della dr.ssa Silvia Silvestri, che è referente dell'esecuzione del contratto, in quanto applicata al settore dei Servizi sociali, che è l'unità organizzativa interessata dal contratto in questione; la ricorrente genericamente ipotizza anche l'incompatibilità dell'altro componente dr.ssa Lucia Padiglioni.

Allega negli scritti difensivi parte ricorrente che dall'art. 1 del capitolato speciale di appalto si evince che «il servizio viene erogato su indicazione dell'assistente sociale comunale, secondo le procedure previste dalla normativa vigente e in base alle disponibilità delle risorse economico finanziarie»; il che evidenzierebbe



inequivocabilmente come la dr.ssa Silvestri sia destinata a svolgere, in fase di esecuzione contrattuale, la propria funzione relativamente al contratto del cui affidamento si tratta, anche alla stregua dell'insegnamento di Cons. Stato, Ad. Plen., 7 maggio 2013, n. 13.

L'Amministrazione resistente, da parte sua, ha dedotto che la dr.ssa Silvestri svolge la sua prestazione lavorativa, a tempo parziale, seguendo i procedimenti del Tribunale per i Minorenni, e non assolve dunque ad alcun compito in relazione al servizio appaltato, cui sono preposte le assistenti sociali dr.sse Fornetti ed Alessandri.

Il motivo appare meritevole di positiva valutazione, nei termini che seguono.

Su richiesta del Collegio, la responsabile del Settore Servizi Sociali del Comune di Marsciano ha versato agli atti del giudizio una dichiarazione in data 12 giugno 2014, mediante la quale attesta che la dr.ssa Silvestri è impegnata in via prioritaria e pressochè esclusiva nella gestione degli adempimenti e procedimenti in materia di tutela minorile, e che non sarà chiamata neppure in futuro ad interessarsi dei servizi di assistenza domiciliare ed educativa – scolastica.

Ora, anche a prescindere dalla, pur rilevabile, assenza di atti protocollati recanti la ripartizione dei compiti, e dunque l'assetto organizzatorio dei "servizi sociali" del Comune (tale non è neppure la "comunicazione interna" in data 25 marzo 2014), anche con riferimento specifico alla "dichiarazione di chiarimento" non può non rilevarsi come sia configurabile un ambito di incompatibilità della commissaria Silvestri, atteso che, secondo quanto è dato desumere dal punto 2.2 del capitolato speciale, il servizio di assistenza domiciliare riguarda anche "i minori e le loro famiglie".

Si aggiunga che la dr.ssa Silvestri risulta avere assunto servizio alle dipendenze dell'Amministrazione comunale il 14 febbraio 2014, e la preposizione, peraltro non esclusiva, alla "tutela minorile" è stata definita con la ricordata nota del

responsabile in data 25 marzo 2014; nell'arco temporale che va dal 14 febbraio al 25 marzo (nel quale si sono svolte le operazioni di valutazione delle offerte) la stessa dr.ssa Silvestri è stata dunque verosimilmente occupata anche negli altri servizi sociali, ciò rafforzandone la situazione di incompatibilità rispetto alla procedura di valutazione comparativa concorrenziale oggetto di controversia.

Il fondamento di razionalità dell'art. 84, comma 4, del d.lgs. n. 163 del 2006, come evidenziato dalla già ricordata decisione dell'Adunanza Plenaria, è quella di garantire una rigida separazione della fase di preparazione della documentazione di gara con quella di valutazione delle offerte, a garanzia della neutralità del giudizio, ed in coerenza con la regola generalmente sottesa alle cause di incompatibilità dei componenti degli organi amministrativi (in termini anche Cons. Stato, Sez. V, 14 giugno 2013, n. 3316).

Pertanto, se può affermarsi che non sono incompatibili a fare parte della Commissione giudicatrice tutti i soggetti che, in quanto dipendenti della Stazione appaltante, sono in qualche misura coinvolti nella specifico servizio oggetto dell'appalto, lo sono invece i chiamati a svolgere una funzione relativamente allo specifico contratto.

L'art. 84, comma 4, delinea un'incompatibilità da riferire non già a situazioni future, ma rispetto ad incarichi svolti prima della nomina a commissario (Cons. Stato, Sez. III, 26 gennaio 2012, n. 343).

Giova ribadire che la disposizione in questione è finalizzata ad impedire la presenza nella Commissione di gara di soggetti che abbiano svolto un'attività idonea ad interferire con il giudizio di merito sull'appalto, in grado cioè di incidere sul processo formativo della volontà che ha condotto alla valutazione delle offerte, potendone condizionare l'esito.

4. - L'accoglimento di tale censura, che stigmatizza la partecipazione ai lavori della Commissione giudicatrice di un soggetto incompatibile comporta non solo

l'annullamento del provvedimento di nomina della Commissione stessa, ma anche delle determinazioni dalla stessa adottate, ed in particolare del provvedimento di aggiudicazione.

Tale effetto demolitorio consente al Collegio di assorbire gli ulteriori mezzi di gravame, incentrati sull'asserita illegittimità del ricorso al confronto a coppie, quale metodo attuativo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Appare peraltro opportuno, a questo riguardo, per completezza di esposizione, precisare brevemente che la rettifica dell'art. 15 del capitolato speciale, disposta in data 13 gennaio 2014, ha riguardato solamente l'offerta economica, ragion per cui la mancata riproduzione del richiamo del confronto a coppie è frutto di un mero rifiuto, inidoneo a determinare incertezza od addirittura l'indeterminatezza del criterio di valutazione dell'offerta tecnica.

Non è neppure sostenibile che non sia inferibile dalla documentazione di gara il percorso valutativo compiuto dalla Commissione; ed infatti i dati delle comparazioni si desumono dalle tabelle triangolari allegate ai verbali nn. 2 e 3.

Non sembra neppure persuasivo l'assunto di parte ricorrente che contesta il ricorso ad una tabella cumulativa, la quale sarebbe in contrasto con il metodo del confronto a coppie. Di tale scelta la Commissione ha dato congrua motivazione nel verbale n. 2 (pag. 2), stabilendo «di compilare collegialmente la tabella triangolare, salvo che vi siano discordanze di valutazione da parte dei singoli commissari». Si tratta solamente di una semplificazione del confronto a coppie (il cui *quid proprium* sta nel fatto che ogni elemento qualitativo dell'offerta è oggetto di valutazione attraverso la determinazione di coefficienti all'interno di una tabella triangolare, nella quale le offerte di ogni concorrente sono confrontate a due a due, e per ogni coppia di offerte il commissario indica l'elemento preferito, attribuendo un punteggio che va da uno a sei), non precluso dalla formulazione dell'All. G al d.P.R. n. 207 del 2010, compatibile con la natura di collegio perfetto della

Commissione giudicatrice, e tanto più giustificato anche in ragione del fatto che si verte al cospetto di un appalto, concernente i servizi sociali, rientrante tra quelli previsti nell'All. II B al codice dei contratti pubblici, e quindi assoggettato alla sola disciplina di cui all'art. 20 del codice dei contratti pubblici.

Ne consegue che le censure 3/5 non appaiono meritevoli di positivo apprezzamento.

5. - Destituito di fondamento, oltre che generico, è poi l'ultimo motivo con cui si contesta il silenzio diniego asseritamente maturato sull'istanza di ostensione documentale del 21 febbraio 2014.

Ed infatti, come noto, ai sensi dell'art. 13, comma 2, lett. c), del codice dei contratti pubblici l'accesso, in relazione alle offerte, è differito all'approvazione dell'aggiudicazione, di cui alla determina del 27 marzo 2014. Tanto che risulta poi tempestivamente fissata la data dell'accesso per il successivo 7 aprile 2014.

6. - L'accoglimento del solo sesto motivo di ricorso, relativo alla composizione della Commissione giudicatrice, imponendo la rinnovazione del procedimento di gara, preclude, allo stato, la delibazione della pretesa risarcitoria svolta dalla ricorrente.

Allo stato, può solamente evidenziarsi che, per effetto della sospensione cautelare del provvedimento di aggiudicazione, la società ricorrente, secondo quanto si evince dagli scritti difensivi, ha proseguito, in qualità di gestore uscente, lo svolgimento del servizio, senza subire alcun pregiudizio patrimoniale.

7.- Le spese di giudizio seguono la soccombenza e sono poste a carico dell'Amministrazione resistente, nella misura liquidata nel dispositivo, in favore della sola società ricorrente.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Umbria (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, definitivamente pronunciando sul ricorso, lo accoglie, nei sensi di cui alla motivazione, con conseguente annullamento dei provvedimenti impugnati, nei limiti dell'interesse.

Condanna l'Amministrazione comunale alla rifusione, in favore della società cooperativa Polis, delle spese di giudizio, liquidate in euro millecinquecento/00 (1.500,00).

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

Così deciso in Perugia nella camera di consiglio del giorno 25 giugno 2014 con l'intervento dei magistrati:

Cesare Lamberti, Presidente

Stefano Fantini, Consigliere, Estensore

Paolo Amovilli, Primo Referendario

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 02/08/2014

IL SEGRETARIO

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