

**REPUBBLICA ITALIANA**  
**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

N.28/06 REG.DEC.  
N. 11224 REG.RIC.  
ANNO 2004

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Quinta Sezione  
ha pronunciato la seguente

**decisione**

sul ricorso in appello n. 11224 del 2004 proposto  
dall'ASSOCIAZIONE TEMPORANEA DI IMPRESE  
COSTITUITA TRA LE SOCIETÀ COOPERATIVE C.M.A.,  
IGECO, EVOLUZIONE E LA SOLIDARIETÀ, in persona del  
legale rappresentante *p.t.* del C.M.A. società capogruppo,  
rappresentata e difesa dagli avv.ti Antonio Boschetti e Giovanni  
Cerella, elettivamente domiciliata in Roma, alla via Albalonga,  
n.7, presso lo studio dell'avv. Clementino Palmiero;

**contro**

la FUTURA S.C.A.R.L., costituitasi in persona del Presidente e  
l.r. *p.t.*, rappresentata e difesa dall'avv. Giovanni Legnini,  
elettivamente domiciliata in Roma presso l'avv. Federica  
Salvatore, in via di Villa Severini, n. 54;

**e nei confronti**

dell'AMBITO SOCIALE N. 25 "MEDIO ED ALTO  
VASTESE", UFFICIO DI PIANO,  
non costituito in giudizio;

**per la riforma**

della sentenza in forma semplificata n. 861 del  
17.10.2004/21.10.2004 pronunciata tra le parti dal Tribunale  
amministrativo regionale dell'Abruzzo, sezione staccata di  
Pescara;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della società  
controinteressata;

Vista l'ordinanza n. 2168 del 3.5.2005 con cui la Sezione ha  
respinto l'istanza di sospensione dell'esecutività della sentenza  
appellata;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Designato relatore il cons. Gabriele Carlotti;

Udito alla pubblica udienza del 25.10.2005 l'avv. Legnini per l'appellata;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

#### FATTO E DIRITTO

1. L'A.t.i. capeggiata dal Centro Montano di Assistenza-C.M.A. (d'ora innanzi, per brevità, soltanto "Ati CMA") impugna la sentenza, specificata in epigrafe, con cui il T.a.r. dell'Abruzzo, sezione staccata di Pescara, ha accolto il ricorso promosso dalla Futura S.c.a.r.l. (nel prosieguo, "Futura" o "società Futura") onde ottenere l'annullamento del bando di gara dell'8 giugno 2004, adottato dell'Ufficio di Piano dell'Ambito Sociale n. 25 "Medio ed Alto Vastese", per l'affidamento dei servizi di "assistenza domiciliare" (AD) e di "assistenza domiciliare integrata" (ADI) per il triennio 2003/2005, nonché degli atti presupposti e conseguenti, tra cui i verbali di gara ed il provvedimento di aggiudicazione in favore dell'Ati CMA.

2. Nel presente grado di giudizio, così instaurato, si è costituita la società Futura, eccependo in via preliminare la tardività dell'appello e concludendo, nel merito, per l'integrale rigetto dell'impugnazione.

3. All'udienza pubblica del 25.10.2005 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

4. In punto di fatto è sufficiente riferire che l'Ambito n. 25 "Alto e Medio Vastese", individuato dalla Regione Abruzzo quale ente per la gestione unitaria dei servizi sociali della relativa circoscrizione territoriale, in applicazione della L. 8.11.2000, n. 328 (Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali), indisse una procedura di gara (con il sistema della licitazione privata) per l'affidamento dei servizi

sunnominati, in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

5. La gara fu aggiudicata all'Ati CMA, ma la Futura, odierna appellata, insorse avanti al T.a.r. sedente in Pescara contestando, in particolare, la legittimità della clausola della *lex specialis*, recante la previsione di un punteggio per l'esperienza pluriennale «nella gestione dei servizi nei confronti di Enti locali con sede nel territorio dell'Ambito n° 25», determinato in maniera crescente fino ad un massimo di 20 punti (sui 50 complessivamente riconoscibili per il c.d. "curriculum aziendale").

6. Il primo giudice accolse il ricorso, ritenendo manifestamente fondata la censura diretta a porre in dubbio la ragionevolezza di un criterio, come quello riferito, obiettivamente destinato a privilegiare le offerta provenienti da soggetti già da tempo operanti nella zona di riferimento dell'amministrazione indicente.

7. Avverso la decisione ha interposto appello l'Ati CMA, portando argomenti a sostegno della pretesa regolarità della normativa di gara.

8. L'impugnazione è infondata e merita integrale reiezione.

9. Per un corretto inquadramento delle questioni devolute alla cognizione del Collegio, occorre ulteriormente precisare in fatto che:

- la norma di gara contestata prevedeva l'attribuzione di un punteggio, direttamente proporzionale alla pregressa durata dei servizi prestati dalle partecipanti a favore degli enti aventi sede nella circoscrizione territoriale dell'Ambito appaltante ed incrementabile secondo una graduazione così congegnata: 5 punti per un'"esperienza gestionale" fino a 5 anni; 10 punti per esperienze protratte per un periodo da 6 a 10 anni; 15 punti per esperienze da 11 a 15 anni ed, infine, 20 punti, pari al massimo conseguibile, per esperienze durate oltre 15 anni;

- l'Ati CMA, aggiudicatasi l'appalto in questione con il punteggio complessivo di 84,97, sopravanzò la Futura, collocatasi al secondo posto nella graduatoria finale con 80 punti, proprio in virtù del possesso del requisito in parola nella misura massima (v. il verbale del 7.9.2004).

10. Innanzitutto preme osservare, così fugando ogni dubbio nutrito al riguardo dall'appellante, che la Futura era (e rimane) pienamente legittimata all'impugnativa degli atti censurati in primo grado, dal momento che - pur ipotizzando di eliminare idealmente il punteggio rispettivamente attribuito, per la medesima voce, a ciascuna delle imprese litiganti - la società appellata nondimeno conserverebbe un interesse strumentale alla rinnovazione della gara, certamente meritevole di tutela giurisdizionale e sufficiente a sorreggere sul piano dell'ammissibilità l'originario ricorso introduttivo.

11. Tanto premesso, è d'uopo soffermarsi sulla questione al centro del contendere, ossia la legittimità, o meno, della norma di gara sopra riferita.

12. Sul punto il Collegio condivide le considerazioni svolte dal tribunale abruzzese, essendo del tutto evidente che la descritta ripartizione dei punteggi, oltre a distorcere la concorrenza, non fosse affatto giustificata da alcun preminente interesse pubblico.

13. Ed invero, sebbene le stazioni appaltanti godano di un ampio potere di inserire nei bandi di gara disposizioni ulteriori rispetto a quelle prescritte obbligatoriamente dall'ordinamento, nondimeno siffatta potestà può legittimamente esercitarsi soltanto a condizione che essa non ecceda gli immanenti limiti interni della discrezionalità amministrativa.

Collide tuttavia con i principi generali testé richiamati la predisposizione di regole di gara illogiche, arbitrarie o che si presentino incoerenti con l'interesse pubblico da perseguire in via prioritaria.

Orbene, non v'è dubbio che l'attribuzione di uno specifico punteggio che miri a valorizzare in maniera differenziale un

determinato nesso di collegamento con il territorio di riferimento dell'amministrazione indicente può considerarsi ammissibile soltanto se non preponderante rispetto agli altri criteri di selezione e, soprattutto, se funzionale all'esigenza di migliorare l'erogazione dei servizi affidati.

È, per contro, d'immediata percezione come la clausola contestata si ponga in radicale conflitto con i superiori valori della parità di trattamento tra i concorrenti e della proporzionalità dell'azione amministrativa, non soltanto per la rilevanza ponderale in concreto assegnata al requisito (in grado di assorbire, laddove riconosciuto nella misura massima consentita, ben il 40% dei punti totali assegnabili per il "curriculum aziendale"), ma, soprattutto, perché espressione di un uso distorto della discrezionalità amministrativa. Infatti, la sensibile preferenza accordata alle sole imprese localizzate su un determinato territorio a scapito di tutte le altre partecipanti non è giustificata da alcun nesso di strumentalità necessaria rispetto al conseguimento dell'interesse pubblico primario alla selezione del concorrente provvisto della migliore capacità operativa. D'altronde va confutato l'argomento difensivo incentrato sulla pretesa razionalità della graduazione dei punteggi in rapporto alla durata temporale dei servizi precedentemente prestati, non apparendo logicamente accettabile la presunzione - che, di converso, sembra aver condiviso l'amministrazione vastese -, secondo cui la stabile presenza *in loco*, per un periodo superiore a 15 anni, costituisca di per sé un elemento idoneo a garantire sia una migliore qualificazione tecnica degli operatori dei servizi sociali esitati sia una più approfondita consapevolezza delle reali esigenze della collettività ivi insediata.

L'assunto, già in sé altamente opinabile, trasmoda poi in vera e propria illogicità, ogniqualvolta si tratti di distinguere – come nella vicenda che occupa la Sezione - tra imprese concorrenti comunque in possesso di una conoscenza delle problematiche sociali del territorio, conseguita attraverso

un'esperienza gestionale maturata nel corso di molti atti di attività.

14. Alla luce delle precedenti considerazioni colpisce, pertanto, che l'amministrazione appellata, pur messa sull'avviso da un legale appositamente interpellato in ordine al punto controverso, abbia completamente ignorato il suddetto parere, contrario alla scelta di un criterio preferenziale ingiustificatamente restrittivo e stridente con le indicazioni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato ivi espressamente richiamate (v. il parere del 13.5.2004).

15. Non riveste poi alcun pregio l'argomento mirante ad individuare nell'art. 4 del D.P.C.M. 30.3.2001 il diretto fondamento positivo della regola di gara avversata.

16. La disposizione citata, peraltro inserita un mero atto d'indirizzo della Presidenza del Consiglio dei ministri, si limita ad assegnare generico rilievo «alla conoscenza degli specifici problemi sociali del territorio e delle risorse sociali della comunità» quale criterio selettivo da prendere in considerazione ai fini dell'affidamento, all'esterno, della prestazione dei servizi di assistenza; tuttavia la direttiva ricavabile dalla norma citata non legittima affatto (e, quindi, non era onere della controinteressata impugnarla) l'attribuzione di un punteggio, per di più percentualmente assai consistente, destinato a premiare la singola partecipante per il semplice fatto di aver in pregresso stretto rapporti contrattuali con uno o più degli enti situati all'interno dei confini circoscrizionali dell'amministrazione aggiudicatrice.

17. Al riguardo, in aggiunta a quanto già rilevato, merita infatti osservare, per un verso, che la passata "esperienza gestionale", nei termini declinati nel bando adottato dall'Ambito appellato, non è una via obbligata per acquisire un'adeguata conoscenza dei problemi e delle risorse sociali di un determinato territorio e, per altro verso, che all'art. 4 del citato decreto non può essere ascrivito un significato precettivo totalmente incompatibile con il

complesso dei principi, promananti dalla cornice esegetica di riferimento, che presidiano allo svolgimento di ogni procedura selettiva pubblica. In altre parole, va ripudiata la tesi secondo cui l'osservanza dello specifico criterio indicato dalla norma succitata autorizzi la deroga ai canoni generali della proporzionalità, della ragionevolezza dell'azione amministrativa nonché a quello, valido in tutto il settore della contrattualistica pubblica, della garanzia della parità di trattamento tra i partecipanti ad una procedura competitiva.

18. In ultimo, concorre al rigetto dell'appello l'apprezzamento della fondatezza di uno dei motivi, dedotto in primo grado dalla società controinteressata e non esaminato dal T.a.r., ma ritualmente riproposto in appello con la memoria di costituzione. Si allude alla denunciata violazione del principio, inderogabile per ogni tipo e genere di selezione concorsuale, della pubblicità delle sedute della commissione giudicatrice riservate all'apertura dei plichi contenenti la documentazione amministrativa richiesta per la partecipazione alla gara.

La sussistenza del vizio emerge in maniera incontrovertibile dalla lettura del verbale del giorno 7.9.2004, né la doglianza è superabile adducendo l'ininfluente argomento della mancata offerta della prova di un'effettiva manipolazione della documentazione prodotta, giacché si risolverebbe in un manifesta petizione di principio accollare, al soggetto deducente la violazione in questione, l'onere dell'impossibile dimostrazione di un fatto (ossia l'alterazione dei plichi) unicamente verificabile attraverso il rispetto della "formalità sostanziale" (*id est*, l'apertura pubblica delle buste) in concreto omessa.

19. In conclusione, l'appello in epigrafe merita totale reiezione, con conseguente assorbimento dell'eccezione preliminare d'irricevibilità del gravame, sollevata dalla società Futura, in punto all'asserita inosservanza del termine ("breve") di trenta giorni per la proposizione dell'impugnazione (eccezione che, però, ad una sommaria delibazione, si rivela non fondata,

muovendo essa da un erroneo presupposto interpretativo, giacché, per effetto della recente giurisprudenza della Corte costituzionale, a partire dalla n. sentenza n. 477/2002, risulta ormai stabilmente introdotto nell'ordinamento processuale civile ed amministrativo, fra le norme generali sugli atti, il principio della "scissione degli effetti" spiegati dalla notifica nei confronti del notificante e del notificatario).

20. Il regolamento delle spese, liquidate nel dispositivo, segue la soccombenza.

**P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando, respinge l'appello.

Condanna l'appellante alla rifusione delle spese del grado in favore della controparte che si liquidano complessivamente in €. 4.000,00 (quattromila/00).

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

Così deciso in Roma dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, nella camera di consiglio del 25.10.2005, con l'intervento dei signori magistrati:

Sergio Santoro	- Presidente
Raffaele Carboni	- Consigliere
Chiarenza Millemaggi Cogliani	- Consigliere
Goffredo Zaccardi	- Consigliere
Gabriele Carlotti	- Consigliere estensore
L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
f.to Gabriele Carlotti	f.to Sergio Santoro

**IL SEGRETARIO**

f.to Francesco Cutrupi

**DEPOSITATA IN SEGRETERIA**

**L'11 gennaio 2006**

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

**IL DIRIGENTE**

f.to Antonio Natale



