

N. 01157/2012 REG.PROV.COLL.

N. 00115/2009 REG.RIC.



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 la Liguria

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 115 del 2009, integrato da motivi aggiunti,
proposto da:

Associazione Isforcoop, in proprio e in qualità di capofila della costituenda A.T.S. tra Isforcoop, Ente di formazione I.A.L. Liguria, E.N.D.O.-F.A.P. Liguria, Ente di formazione I.S.C.O.T., Associazione Universitas Genuensis, Aesseffe Agenzia di servizi formativi S.c.p.a. e della costituenda A.T.S. tra Isforcoop, Ente di formazione I.A.L. Liguria, Associazione Universitas Genuensis, Aesseffe Agenzia di servizi formativi S.c.p.a., Ente di formazione E.L.Fo., nonché dei medesimi enti e associazioni, tutti rappresentati e difesi dall'avv. Marco Barilati, elettivamente domiciliati presso il suo studio in Genova, via Corsica, 21/18;

contro

Regione Liguria, in persona del Presidente *pro tempore* della Giunta regionale, rappresentata e difesa dall'avv. Marina Crovetto, con domicilio eletto presso l'Avvocatura regionale in Genova, via Fieschi, 15;

nei confronti di

Sogea formazione continua S.c.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Roberto Damonte, elettivamente domiciliata presso il suo studio in Genova, via Corsica, 10/4;

per l'annullamento

del decreto dirigenziale n. 3560 in data 2 dicembre 2008, a firma del Dirigente del Dipartimento ricerca, innovazione, istruzione, formazione e cultura – Sistema regionale della formazione e dell'orientamento, nella parte in cui affida la realizzazione del “Progetto d'intervento di prima formazione per operatori socio sanitari (di cui alla D.G.R. n. 638/2008) P.O. Regione Liguria OB “CRO” FSE 2007/2013 – Asse II Occupabilità” alla Sogea formazione continua S.c.r.l., per gli ambiti territoriali di Genova e di Savona,

nonché per l'annullamento

di ogni atto preparatorio, presupposto, conseguente e/o comunque connesso e segnatamente di tutti gli atti della procedura che hanno portato all'affidamento della realizzazione del progetto, ivi compresi (occorrendo) le norme dell'avviso pubblico nella parte di cui in narrativa, i verbali del 23 ottobre 2008 e del 18 novembre 2008,

e quindi

per l'annullamento ovvero per la declaratoria di nullità del contratto stipulato e per l'effetto l'aggiudicazione all'Isforcoop ed agli enti ed associazioni ricorrenti in epigrafe indicate del progetto di intervento relativo agli ambiti territoriali di Genova e Savona ovvero, in subordine, il risarcimento del danno ingiusto siccome previsto dall'art. 35 del d.lgs. n. 80/1998, come modificato dalla l. n. 205/2000, e dall'art. 244 del d.lgs. n. 163/2006.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Liguria e di Sogea Formazione Continua S.c.r.l.;

Visto il ricorso incidentale proposto da Sogea Formazione Continua S.c.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 luglio 2012 il dott. Richard Goso e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con decreto dirigenziale n. 2199 del 6 agosto 2008, la Regione Liguria ha approvato due avvisi per la presentazione di progetti relativi ad interventi di prima formazione e riqualificazione per operatori socio-sanitari (O.S.S.), rispettivamente concernenti i soggetti occupati e disoccupati, da realizzarsi con il contributo del Fondo Sociale Europeo 2007- 2013.

Gli avvisi, che disciplinavano le modalità e i termini di presentazione nonché i criteri di valutazione delle proposte progettuali, individuavano cinque aree di intervento (coincidenti con le A.S.L. in cui si articola il territorio ligure), con la possibilità per ogni proponente di partecipare per un massimo di tre ambiti territoriali.

L'Associazione Isforcoop (ricorrente principale), in qualità di capofila di due costituende associazioni temporanee di scopo, partecipava alla selezione per gli ambiti di Genova e di Savona; per gli stessi ambiti, presentava una proposta progettuale solamente la controinteressata Sogea S.c.r.l.

La valutazione dei progetti era compiuta dal gruppo di lavoro appositamente istituito dalla Regione Liguria, mediante attribuzione di un massimo di 80 punti per gli aspetti tecnici della proposta e di 20 punti per l'economicità dell'offerta.

All'esito di tale valutazione, la Regione Liguria, con decreto dirigenziale n. 3560 del 2 dicembre 2008, affidava la realizzazione di entrambi i progetti in questione a Sogea che aveva conseguito 78 punti complessivi per l'ambito genovese (contro i 77,11 del raggruppamento Isforcoop) e 77,30 punti per quello savonese (contro i 65,11 del raggruppamento Isforcoop).

Con ricorso giurisdizionale ritualmente notificato e depositato, Isforcoop contesta la legittimità dell'affidamento, deducendo motivi di gravame così rubricati:

I) Violazione e/o falsa applicazione dei principi generali in materia di procedure di gara. Violazione dei principi di ragionevolezza, trasparenza, imparzialità e buona amministrazione di cui agli artt. 3 e 97 Cost. Violazione delle norme di gara e, segnatamente, dei punti 6, 7, 8 e 14 dell'avviso pubblico di chiamata progetti per la realizzazione di un intervento di prima formazione per operatori socio-sanitari da realizzare con il contributo Fondo Sociale Europeo 2007-2013 Programma operativo Regione Liguria Obiettivo CRO – Asse II Occupabilità, approvato con D.G.R. n. 638 del 13 giugno 2008 nonché violazione e/o falsa applicazione delle norme contenute nel Manuale per la gestione e la rendicontazione, approvato con D.D.G. 28 aprile 2005, n. 146. Violazione e/o falsa applicazione della circolare del Ministero del lavoro n. 41/2003. Violazione del principio di imparzialità. Violazione della *par condicio*. Difetto dei presupposti, di istruttoria e di motivazione. Le censure contenute nel primo motivo di ricorso concernono l'ammissione alla gara dei progetti di Sogea che, ad avviso dell'esponente, avrebbero invece dovuto essere dichiarati inammissibili, a causa dell'irregolarità e incompletezza della proposta.

II) Violazione del punto 15 dell'avviso pubblico di chiamata progetti per la realizzazione di un intervento di prima formazione per operatori socio-sanitari da realizzare con il contributo Fondo Sociale Europeo 2007-2013 Programma operativo Regione Liguria Obiettivo CRO – Asse II Occupabilità, approvato con D.G.R. n. 638 del 13 giugno 2008 nonché violazione dei parametri fissati nel I verbale del 23 ottobre 2008. Violazione della *par condicio*, dei principi di cui agli artt. 3 e 97 Cost. Difetto dei presupposti e di istruttoria. Illogicità e contraddittorietà manifesta. Difetto di motivazione. Sviamento.

Con il secondo motivo di ricorso, vengono contestati i punteggi attribuiti all'offerta di Sogea, asseritamente sovradimensionati, e viene anche dedotta la sottovalutazione dei progetti presentati dalla ricorrente.

In conclusione, la ricorrente insta per l'annullamento *in parte qua* del provvedimento di affidamento, per la declaratoria di nullità del contratto o, in subordine, per il risarcimento dei danni.

Si costituiva in giudizio la controinteressata Sogea, opponendosi all'accoglimento del ricorso con comparsa di stile.

Con decreto presidenziale n. 40 del 4 febbraio 2009, era accolta l'istanza di tutela cautelare provvisoria proposta da Isforcoop.

Con ricorso incidentale successivamente notificato, Sogea impugnava lo stesso provvedimento di affidamento del servizio, nella parte in cui aveva ammesso alla valutazione le proposte progettuali di Isforcoop.

Questi i motivi di gravame dedotti dalla ricorrente incidentale:

I) Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 7, 8 e 14 dell'avviso pubblico di chiamata progetti per la realizzazione di un intervento di prima formazione per operatori socio-sanitari da realizzare con il contributo Fondo Sociale Europeo 2007-2013 Programma operativo Regione Liguria Obiettivo CRO – Asse II Occupabilità. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. "A.2" della circolare del

Ministero del lavoro e delle politiche sociali 5/12/2003, n. 41. Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 37, comma 7, e 34, comma 2, del d.lgs. n. 163/2006 s.m.i. Violazione e/o falsa applicazione dei principi della *par condicio* tra i concorrenti a procedure selettive pubbliche. Violazione e/o falsa applicazione dei principi in tema di concorrenza.

II) Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 37, comma 7, e 34, comma 2, del d.lgs. n. 163/2006 s.m.i. Violazione e/o falsa applicazione dei principi della *par condicio* tra i concorrenti a procedure selettive pubbliche. Violazione e/o falsa applicazione dei principi in tema di concorrenza.

III) Violazione e/o falsa applicazione, sotto ulteriore profilo, degli artt. 7 e 14 dell'avviso pubblico di chiamata progetti per la realizzazione di un intervento di prima formazione per operatori socio-sanitari da realizzare con il contributo Fondo Sociale Europeo 2007-2013 Programma operativo Regione Liguria Obiettivo CRO – Asse II Occupabilità. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 37, comma 8, del d.lgs. n. 163/2006. Violazione della *par condicio* e dei principi in tema di partecipazione a procedure selettive pubbliche.

IV) Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 37, comma 8, del d.lgs. n. 163/2006. Violazione della *par condicio* e dei principi in tema di partecipazione a procedure selettive pubbliche.

Con motivi aggiunti al ricorso principale, proposti a seguito della conoscenza dei progetti presentati in gara da Sogea, Isforcoop deduceva ulteriori censure di legittimità rubricate come segue (proseguendo con la numerazione del ricorso principale):

III) Violazione e/o falsa applicazione dei principi generali in materia di procedure di gara. Violazione dei principi di ragionevolezza, trasparenza, imparzialità e buona amministrazione di cui agli artt. 3 e 97 Cost. Violazione delle norme di gara e, segnatamente, dei punti 6, 7.1, 7.3.1, 7.4 e 14 dell'avviso pubblico di chiamata

progetti per la realizzazione di un intervento di prima formazione per operatori socio-sanitari da realizzare con il contributo Fondo Sociale Europeo 2007-2013 Programma operativo Regione Liguria Obiettivo CRO – Asse II Occupabilità, approvato con D.G.R. n. 638 del 13 giugno 2008. Violazione e/o falsa applicazione delle norme contenute nel Manuale per la gestione e la rendicontazione, approvato con D.D.G. 28 aprile 2005, n. 146, richiamato al § 3 dell'avviso pubblico. Violazione della *par condicio*. Difetto dei presupposti, di istruttoria e di motivazione.

IV) Violazione del punto 15 dell'avviso pubblico di chiamata progetti per la realizzazione di un intervento di prima formazione per operatori socio-sanitari da realizzare con il contributo Fondo Sociale Europeo 2007-2013 Programma operativo Regione Liguria Obiettivo CRO – Asse II Occupabilità, approvato con D.G.R. n. 638 del 13 giugno 2008, in relazione a quanto previsto dai punti 7.2, 7.3.1 e 7.4 nonché violazione dei parametri fissati nel I verbale del 23 ottobre 2008. Violazione della *par condicio*, dei principi di cui agli artt. 3 e 97 Cost. Violazione e/o falsa applicazione delle norme contenute nel Manuale per la gestione e la rendicontazione, approvato con D.D.G. 28 aprile 2005, n. 146, richiamato al § 3 dell'avviso pubblico, anche in relazione agli artt. 23 e 25 della l.r. 5 novembre 1993, n. 52. Difetto dei presupposti e di istruttoria. Illogicità e contraddittorietà manifesta. Difetto di motivazione. Sviamento.

Le censure dedotte con il primo motivo aggiunto riguardano la pretesa indisponibilità, da parte dell'affidataria, delle strutture necessarie per lo svolgimento delle attività formative programmate; con il secondo motivo aggiunto, la ricorrente principale si sofferma ancora sulla valutazione del progetto della controinteressata.

Anche la ricorrente incidentale proponeva motivi aggiunti, deducendo:

III) Violazione e/o falsa applicazione dei principi generali in materia di procedure di gara. Violazione dei principi di ragionevolezza, trasparenza, imparzialità e buona amministrazione di cui agli artt. 3 e 97 Cost. Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 7, 8 e 14 dell'avviso pubblico di chiamata progetti per la realizzazione di un intervento di prima formazione per operatori socio-sanitari da realizzare con il contributo Fondo Sociale Europeo 2007-2013 Programma operativo Regione Liguria Obiettivo CRO – Asse II Occupabilità. Violazione delle norme di cui al Manuale per la gestione, approvato con D.D.G. n. 146 del 28/4/2005. Violazione e/o falsa applicazione della circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 5/12/2003, n. 41. Violazione e/o falsa applicazione dei principi della *par condicio* tra i concorrenti a procedure selettive pubbliche. Difetto dei presupposti, di istruttoria e di motivazione.

In prossimità dell'udienza camerale fissata per la trattazione dell'istanza cautelare, la ricorrente principale e la ricorrente incidentale depositavano memorie a sostegno delle rispettive argomentazione difensive.

Si costituiva in giudizio la Regione Liguria, contrastando la fondatezza del ricorso principale.

Con ordinanza della Sezione n. 84 del 19 marzo 2009, veniva respinta, per carenza di *fumus*, l'istanza cautelare incidentalmente proposta con il ricorso principale.

In prossimità della pubblica udienza, hanno depositato ulteriori memorie difensive la Regione Liguria e Sogea S.c.r.l.

Il ricorso, infine, è stato chiamato all'udienza del 12 luglio 2012 e ritenuto in decisione.

In pari data, è stato pubblicato il dispositivo di sentenza n. 999/2012.

DIRITTO

1) Prima di scrutinare le censure di legittimità dedotte dalle parti, occorre definire la natura della selezione cui esse hanno partecipato, onde individuare la normativa che governava la procedura medesima.

Sostiene la ricorrente principale, a tale riguardo, che la procedura in questione non sarebbe assimilabile ad un appalto pubblico, trattandosi invece di procedura ad evidenza pubblica volta alla concessione di una pubblica funzione inerente lo svolgimento di attività formative a favore di soggetti estranei alla pubblica amministrazione (cfr. memoria 18 marzo 2009, pp. 3 e 4).

Le controparti non affrontano espressamente la questione, anche se la ricorrente incidentale imposta le proprie difese sull'applicazione delle disposizioni del codice dei contratti pubblici e, in varie occasioni, qualifica il rapporto originato dall'affidamento come appalto pubblico di servizi.

Il Collegio condivide quest'ultima impostazione.

Deve escludersi, infatti, la riconducibilità del rapporto all'ambito delle concessioni (di servizi), facendo difetto i requisiti oggettivi di cui agli artt. 3, comma 12, e 30, del codice degli appalti pubblici.

In particolare, non è ravvisabile nella fattispecie l'elemento inerente le modalità di remunerazione del privato che, nella prospettiva comunitaria fatta propria dal legislatore del codice, costituisce l'unica (o, perlomeno, la fondamentale) distinzione tra appalti e concessioni di servizi e consiste, nel secondo caso, nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo (cfr. T.A.R. Liguria, sez. II, 21 gennaio 2009, n. 81).

Nel caso in esame, invece, la remunerazione dell'affidataria non deriva dalla gestione del servizio ed essa non si assume, in conseguenza, i rischi economici della gestione, atteso che le attività oggetto del finanziamento comunitario sono retribuite con la presentazione di un semplice rendiconto delle spese sostenute dal soggetto attuatore (cfr. Manuale per la rendicontazione, p. 3).

A fronte di tale dato, assume un rilievo secondario e non decisivo ai fini della qualificazione del rapporto, invece, il fatto che il servizio non venga erogato direttamente in favore dell'amministrazione aggiudicatrice, bensì della collettività.

Nel caso in cui siano rinvenibili nell'ambito del medesimo servizio sia elementi riconducibili all'appalto di servizi sia alle concessioni (come avviene quando il servizio è reso al pubblico ma è remunerato dall'amministrazione), il criterio da osservare ai fini della qualificazione del rapporto è infatti, nella prospettiva abbracciata dal codice dei contratti pubblici, quello della remunerazione (e del rischio di gestione) e la normativa applicabile sarà quella prevista per gli appalti di servizi.

2) Tanto precisato, è immediata l'identificazione delle prestazioni che formano oggetto dell'affidamento controverso con la categoria dei "servizi relativi all'istruzione, anche professionale" di cui all'allegato IIB del codice dei contratti pubblici.

L'appalto in questione è regolato, quindi, dalle disposizioni richiamate dall'art. 20 del codice, ma soggiace anche all'applicazione dei principi fondamentali di cui al successivo art. 27.

3) Quanto alla natura della selezione all'esame, va ancora chiarito che si tratta inequivocabilmente di procedura unitaria, come reso evidente dall'unicità dell'avviso pubblico con cui è stata indetta nonché dei criteri di valutazione delle proposte progettuali previsti dall'avviso.

La suddivisione in cinque ambiti territoriali risponde ad evidenti esigenze pratiche connesse alle diverse aree geografiche in cui dovranno essere erogate le prestazioni che costituiscono il servizio e, risultando equipollente alla ripartizione in lotti dell'appalto, non vale certo a far venire meno il carattere unitario della procedura concorrenziale.

4) Ciò premesso, va accordata priorità all'esame del ricorso incidentale, siccome diretto a contestare la legittimazione della ricorrente principale, attraverso l'impugnazione della sua ammissione alla procedura concorrenziale (Cons. Stato, Ad. plen., 7 aprile 2011, n. 4).

5) E' fondato il primo motivo del ricorso incidentale, concernente la violazione del divieto di partecipazione multipla sancito dall'art. 37, comma 7, del codice dei contratti pubblici, in forza del quale è precluso ai concorrenti, tra l'altro, di partecipare alla gara in più di un raggruppamento temporaneo.

Tale disposizione si atteggia come principio generale a presidio dei valori di cui all'art. 27 del codice, essendo volto a prevenire gli effetti distorsivi che la partecipazione del medesimo concorrente in più raggruppamenti farebbe ricadere sulla procedura selettiva, costituendo oggettivo fattore di turbativa della gara e determinando l'inevitabile alterazione della regolarità della stessa sotto i profili della trasparenza, della correttezza e della *par condicio* dei concorrenti.

Tale divieto trova piena applicazione, pertanto, anche nei settori esclusi di cui all'allegato IIB del codice.

In punto di fatto, appare evidente la violazione del divieto *de quo* verificatasi nella fattispecie, avendo la ricorrente principale Isforcoop partecipato alla medesima procedura di gara in qualità di due distinte associazioni temporanee di scopo, ossia come capofila del raggruppamento costituendo con IAL, ENDO-FAP, ISCOT, AESSEFFE e Universitas Genuensis, per l'ambito genovese, e al contempo come capofila del distinto raggruppamento, da costituirsi con soggetti parzialmente diversi (IAL, AESSEFFE, Universitas Genuensis ed ELFO), per l'ambito savonese.

Ne consegue la declaratoria di illegittimità del provvedimento di affidamento del servizio, nella parte in cui ammette alla procedura selettiva le due associazioni temporanee di scopo capeggiate dalla ricorrente principale.

6) Per completezza, va rilevata anche la fondatezza del terzo motivo del ricorso incidentale, inerente la mancata sottoscrizione dei progetti da parte dei legali rappresentanti di tutti i soggetti associandi nelle due associazioni temporanee di scopo.

Premesso che anche questa circostanza è incontestata in fatto, è appena il caso di rilevare come le costituenti associazioni temporanee fossero sprovviste di autonoma soggettività giuridica rispetto ai soggetti che si erano impegnati a costituirle e non avessero neppure provveduto a rilasciare alcun mandato alla capofila prima della presentazione delle proposte progettuali.

In tale contesto, la mancata sottoscrizione delle proposte medesime da parte di tutti gli associandi impediva di ritenere seria l'offerta (specie per quanto concerne il piano finanziario ivi contenuto), non essendo la stessa riconducibile alla volontà delle mandanti dei costituendi raggruppamenti, ma solo alla capofila che l'aveva sottoscritta.

Anche sotto questo profilo, pertanto, l'ammissione di Isforcoop alla procedura concorrenziale si pone in contrasto con le esigenze di trasparenza e correttezza della selezione medesima, configgendo con i valori sanciti dall'art. 27 del codice dei contratti pubblici per la totalità delle procedure di affidamento.

7) L'accoglimento delle censure del ricorso incidentale, concernenti la partecipazione alla gara della ricorrente principale, rende improcedibile il ricorso principale, non sussistendo più in capo al soggetto che ha introdotto il giudizio l'interesse concreto e attuale alla sua definizione nel merito.

8) Considerando le peculiarità della vicenda controversa, le spese del grado di giudizio possono essere integralmente compensate fra le parti costituite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, così dispone:

- accoglie il ricorso incidentale e, per l'effetto, annulla, nei limiti e con gli effetti di cui in motivazione, gli atti gravati con tale mezzo di tutela;
- dichiara improcedibile il ricorso principale e i relativi motivi aggiunti;
- compensa le spese del grado di giudizio.

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

Così deciso in Genova nella camera di consiglio del giorno 12 luglio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Enzo Di Sciascio, Presidente

Giuseppe Caruso, Consigliere

Richard Goso, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 03/09/2012

IL SEGRETARIO

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