

CONTRATTI PUBBLICI: Contratti dell’Agenzia per la cooperazione allo sviluppo - Affidamento a soggetti senza finalità di lucro - Disciplina normativa - D.Lgs. n. 163 del 2006 - Esclusione - Impugnativa - Art. 120, cod. proc. amm. - Esclusione.

Tar Lazio - Roma, Sez. III ter, 2 luglio 2020, n. 7584

- in *Rivista Trimestrale degli appalti*, 4, 2020, pag. 1909, con commento di Ezio Maria Barbieri, *L’affidamento di servizi a soggetti senza finalità di lucro nel codice degli appalti pubblici*.

“[...] L’art. 16 del medesimo regolamento, disciplina invece diversamente le “Iniziativa realizzate tramite soggetti aventi finalità di lucro” prevedendo in tal caso, a differenza di quanto stabilito nel sopra citato art. 19, al comma 3, espressamente l’applicabilità delle norme del codice degli appalti (“3. Le attività di cui al presente articolo si conformano in ogni caso ai principi e alle finalità della legge istitutiva, agli standard internazionali in materia di diritti umani, di lavoro dignitoso, di responsabilità sociale e di tutela ambientale, alle norme in materia di contratti pubblici e, in particolare, al Codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e successive modificazioni e integrazioni, nonché al codice di comportamento di cui all’articolo 20, fatte salve le competenze del Comitato congiunto.”) [...]”.

FATTO

1. Con ricorso notificato e depositato il 30 ottobre 2019, l’Associazione Comunità di Sant’Egidio ha adito questo Tribunale al fine di ottenere l’annullamento degli atti relativi all’affidamento della realizzazione dell’iniziativa “eCRVS - supporto alla modernizzazione del sistema di registro civile e statistiche vitali del Mozambico”, come in epigrafe specificati, bandita con avviso pubblicato in data 14 febbraio 2019 dall’Agenzia Italiana per la cooperazione e lo sviluppo (AICS) Maputo.

2. L’iniziativa, più in particolare, ha avuto origine da una richiesta del Ministero della Giustizia, Affari Costituzionali e religiosi del Governo del Mozambico ed è regolata secondo quanto previsto nel documento “condizioni e modalità per l’affidamento di iniziative di cooperazione allo sviluppo ad organizzazioni della società civile e altri soggetti senza finalità di lucro iscritti all’elenco di cui all’art. 26, comma 3, della legge 125/2014”, adottato con delibera del Comitato Congiunto dell’AICS n. 8/2017, come modificata con delibera n. 50/2018.

L’avviso, dopo aver descritto il programma, precisava che il finanziamento previsto era pari a € 2.0305.000.

I soggetti interessati a partecipare alla procedura dovevano presentare, a pena di esclusione, entro il termine del 27 maggio 2019, una proposta esecutiva corredata dal piano finanziario, nonché la documentazione amministrativa comprovante il possesso dei requisiti fissati nel medesimo avviso.

Infine, per quanto di rilievo, si precisava che le proposte sarebbero state valutate da una Commissione di gara secondo quanto riportato nella griglia di valutazione di cui all'allegato A4 all'Avviso che prevedeva l'attribuzione di un punteggio fino ad un massimo di 100.

2.1 La ricorrente associazione, al fine di proseguire il proprio impegno sociale in Africa, ha partecipato alla procedura, indicando quali *partner* primari soggetti nazionali nell'ambito della statistica quali l'Istituto Nazionale di Statistica - ISTAT e il Dipartimento di Scienze Statistiche dell'Università di Padova.

2.2 Il 2 settembre 2019 l'AICS ha pubblicato sul proprio sito internet la graduatoria delle proposte esecutive in base alla quale il finanziamento AICS è stato attribuito a TDHIT che ha conseguito 86,60/100 punti. L'ATS ACAP si è posizionata seconda, con un punteggio di 80,75/100.

2.3 Il 5 settembre 2019 l'ATS ACAP ha presentato all'AICS Maputo un'istanza di accesso a tutti gli atti della procedura, ivi incluse le proposte progettuali degli altri partecipanti.

2.4 L'AICS Maputo ha riscontrato l'istanza soltanto: il 7 ottobre 2019, in relazione ai verbali di valutazione delle proposte; il 18 ottobre 2019, in relazione alla proposta progettuale di TDHIT, all'atto di nomina della Commissione (in quanto il 7 ottobre era stata fornita solo una bozza), alle dichiarazioni rese dai commissari sull'assenza di conflitti di interesse, alla Determinazione n. 147 dell'AICS del 2 settembre 2019.

3. A seguito dell'esame della documentazione acquisita, parte ricorrente ha riscontrato una serie di vizi di illegittimità della procedura che in tale sede contesta sulla base dei seguenti motivi di diritto:
I. Violazione dell'art. 20 dell'avviso, dell'art. 17 della l. 125/2014, degli artt. 1 e 3 della l. n. 241/1990, dell'art. 97 cost.; violazione dei principi nazionali e comunitari di parità di trattamento, imparzialità; eccesso di potere in tutte le sue figure sintomatiche e, in particolare, per difetto di presupposti, travisamento, illogicità, ingiustizia, difetto d'istruttoria, perplessità, disparità di trattamento e sviamento.

La ricorrente associazione deduce, più in particolare, che l'attribuzione del finanziamento a TDHIT sarebbe illegittima in quanto la stessa avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura.

L'avviso, infatti, prevedeva, all'art. 7 che i partecipanti dovessero, a pena di esclusione, presentare entro il termine di scadenza le proposte esecutive corredate dal piano finanziario.

Il successivo art. 20 precisava poi che nell'ambito del piano finanziario "*L'onere finanziario totale delle spese di funzionamento (Macrovoce B) e delle spese generali o costi amministrativi (Macrovoce E) non può superare il 28 % del totale dei costi effettivamente sostenuti per il progetto ed approvati in sede di rendicontazione*".

Benchè TDHIT nel proprio piano finanziario aveva indicato che l'ammontare delle spese di funzionamento e delle spese generali rispetto al totale dei costi era pari al 28,49%, dunque, oltre il limite del 28% imposto dal bando, la Commissione le ha consentito di rivedere il budget in sede di sanatoria.

II. Violazione dell'art. 16 dell'avviso e dell'allegato A4, art. 9 della disciplina AICS, artt. 1 e 3 della l. n. 241/1990, art. 97 cost; violazione dei principi nazionali e comunitari di parità di trattamento, imparzialità, trasparenza; eccesso di potere in tutte le sue figure sintomatiche e, in particolare, per difetto di presupposti, travisamento, contraddittorietà, illogicità, ingiustizia, difetto d'istruttoria, perplessità, disparità di trattamento, carenza di motivazione e sviamento.

Con tale motivo, parte ricorrente contesta nel merito l'attribuzione dei punteggi relativi ai parametro di valutazione n.1.1; 1.3; 2.2; 2.4 e 2.5, tale per cui l'ATS ACAP avrebbe dovuto classificarsi prima.

III. Violazione dell'art. 16 dell'avviso, dell'art. 12 delle condizioni e modalità per l'affidamento di iniziative dell'AICS, dell'art. 1 e 3 della l. n. 241/90, dell'art. 97 cost.; violazione dei principi nazionali e comunitari di trasparenza e parità di trattamento; violazione del principio del collegio perfetto; eccesso di potere in tutte le figure sintomatiche e, in particolare, per illogicità manifesta, contraddittorietà intrinseca ed estrinseca, sviamento.

In via subordinata, si rileva l'illegittimità dell'intera procedura di selezione.

La Commissione, infatti, nel valutare le offerte avrebbe agito in violazione del principio del collegio perfetto, principio cardine delle procedure competitive, recepito anche nella Disciplina AICS adottata proprio al fine di regolare le modalità di affidamento delle iniziative quale quella di specie.

IV. Violazione degli artt. 1 e 6-bis della l. n. 241/90, art. 11 della disciplina AICS, art. 17 della l. 125/2014, art. 97 cost.; violazione dei principi nazionali e comunitari in materia divieto di conflitto di interessi, di trasparenza e parità di trattamento; eccesso di potere in tutte le figure sintomatiche e, in particolare, per illogicità manifesta, sviamento.

Sostiene la ricorrente che il commissario Stefano Marmorato si trovava in una situazione di conflitto di interesse tale da rendere illegittima la sua nomina, per aver lavorato, dal 2015, per Jembi/UEM-Moasis come "deputy programme coordinator" occupandosi proprio del Mozambico, essendo Jembi il principale partner di TDHIT nella partecipazione alla procedura in esame.

Inoltre tre membri della Commissione non avrebbero le "adeguate competenze" richieste per la procedura in esame.

V. Violazione degli artt. 1 e 3 della l. n. 241/90, art. 97 cost.; violazione dei principi nazionali e comunitari di trasparenza e parità di trattamento; eccesso di potere in tutte le figure sintomatiche e, in particolare, per illogicità manifesta, contraddittorietà intrinseca ed estrinseca, sviamento.

La procedura sarebbe altresì illegittima sotto ulteriori due autonomi profili che concernono i criteri di attribuzione del punteggio, essendo stato, da un lato, violato il divieto generale di commistione tra criteri soggettivi di qualificazione e quelli oggettivi attinenti alla valutazione dell'offerta, dando prioritario rilievo a quelli soggettivi, dall'altro, perché i criteri di valutazione non sarebbero stati sufficientemente dettagliati.

4. Si sono costituiti in giudizio l'Agenzia Italiana per la Cooperazione allo Sviluppo (AICS) e il Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione Internazionale.

5. Si sono costituite in giudizio le controinteressate Fondazione Terre Des Hommes Italia (TDHIT) e Associazione Italiana Amici di Raoul Follereau (AIFO). TDHIT ha eccepito, innanzitutto, l'applicabilità nel caso di specie del rito appalti, trattandosi di concessione di servizi, e conseguentemente, la tardività del ricorso. Nel merito ha poi contestato la fondatezza del gravame.

6. Con decreto presidenziale cautelare n. 7084/2019 sono stati chiesti documentati chiarimenti sulla procedura de qua alle resistenti amministrazioni.

7. All'esito della camera di consiglio del 27 novembre 2019 è stata accolta la domanda cautelare proposta essendo stati ravvisati apprezzabili profili di *fumus boni iuris* avuto riguardo alla lamentata violazione del principio del collegio perfetto.

8. Alla pubblica udienza del 19 febbraio 2020 la causa è stata trattenuta, infine, in decisione.

DIRITTO

1. In via preliminare deve essere esaminata l'eccezione di tardività del ricorso fondata sulla presupposta applicabilità, nella specie, del rito appalti disciplinato all'art. 120 c.p.a., sulla base dei canoni ermeneutici da ultimo indicati dall'Ad. Pl. n. 22/2016 in materia di concessioni di servizi.

L'eccezione è priva di pregio.

Sostiene la controinteressata TDHIT che debba intendersi come "affidamento" disciplinato dal codice degli appalti, la procedura con cui "*contestualmente, la pubblica amministrazione sceglie il suo contraente e gli attribuisce la titolarità del relativo rapporto. La valenza generale del termine, quindi, deve intendersi come comprensiva di tutte le tipologie contrattuali in relazione alle quali resta logicamente concepibile un affidamento e, quindi, sia degli appalti che delle concessioni*" (così, Ad. Pl. n. 22/2016), di talché vi rientrerebbe anche la procedura per cui è causa.

Tale procedura, tuttavia, trova una sua specifica disciplina nel D.M. 22/07/2015, n. 113, regolamento recante: «Statuto dell'Agenzia italiana per la cooperazione allo sviluppo», che

all'art.19 disciplina espressamente l' "Affidamento di iniziative" a soggetti "senza finalità di lucro" demandando al Comitato congiunto, la disciplina delle condizioni e delle modalità per la selezione dei soggetti, appunto, "senza finalità di lucro" cui affidare la realizzazione di iniziative di cooperazione allo sviluppo, ivi inclusi gli interventi internazionali di emergenza, *"attraverso procedure comparative pubbliche nel rispetto della normativa vigente, degli standard internazionali e dei principi di cui all'articolo 2, comma 1."*

L'art. 16 del medesimo regolamento, disciplina invece diversamente le "Iniziativa realizzate tramite soggetti aventi finalità di lucro" prevedendo in tal caso, a differenza di quanto stabilito nel sopra citato art. 19, al comma 3, espressamente l'applicabilità delle norme del codice degli appalti ("3. Le attività di cui al presente articolo si conformano in ogni caso ai principi e alle finalità della legge istitutiva, agli standard internazionali in materia di diritti umani, di lavoro dignitoso, di responsabilità sociale e di tutela ambientale, alle norme in materia di contratti pubblici e, in particolare, al Codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e successive modificazioni e integrazioni, nonché al codice di comportamento di cui all'articolo 20, fatte salve le competenze del Comitato congiunto.")

D'altra parte è lo stesso codice degli appalti che nel definire all'art. 3, comma 1, lett. ii), gli appalti pubblici pone il requisito della onerosità del contratto.

La procedura oggetto della presente controversia, avente ad oggetto l'affidamento della realizzazione dell'iniziativa: "eCRVS -Supporto alla modernizzazione del sistema del registro civile e delle statistiche vitali del Mozambico" è diretta ad organizzazioni della società civile e ad altri soggetti senza finalità di lucro iscritti all'elenco di cui al comma 3 dell'art. 26 della Legge 125/2014 e, come tale, deve ritenersi sottratta dall'alveo di applicazione della disciplina dei contratti pubblici.

La stessa Adunanza Plenaria nella pronuncia richiamata dalla controinteressata, ha peraltro affermato, il carattere eccezionale e, dunque, di stretta interpretazione della norma di cui all'art. 120 c.p.a., stante la specialità del rito dalla stessa disciplinato che *"si risolve perlopiù, nella fissazione di termini più brevi di quelli ordinari, al fine di configurare un sistema processuale che permetta la definizione del giudizio in tempi certi e contenuti, in ragione della rilevanza degli interessi pubblici implicati dalle controversie presidiate da quel rito."*

Il carattere derogatorio, rispetto alla disciplina processuale comune, delle regole contenute negli artt.119 e 120 del c.p.a. implica, sul piano ermeneutico, l'utilizzo dei parametri interpretativi appresso indicati.

La natura eccezionale delle disposizioni esaminate impone, innanzitutto, all'interprete di evitare l'utilizzo di canoni interpretativi estensivi e analogici, ma anche teleologici (sulla necessità di

seguire canoni di stretta interpretazione delle norme eccezionali si veda Cass. Civ., SS. UU, 24 novembre 2008, n.27863).

L'attitudine delle norme oggetto di indagine a comprimere i diritti di difesa, riducendo i tempi per il loro valido esercizio, impedisce, infatti, di leggere la loro portata precettiva come estesa ad ambiti non direttamente segnati dal significato letterale delle espressioni lessicali utilizzate, così come preclude di ricavare, in esito a un'indagine che valorizzi la ratio della disposizione descrittiva, con valenza tassativa, delle controversie regolate dal rito speciale, effetti prescrittivi diversi da quelli direttamente riferibili al senso delle parole usate.

Accedendo, infatti, a canoni ermeneutici diversi da quello letterale si rischierebbe, invero, di assegnare alle disposizioni in esame, che, si ricorda, conformano, in senso restrittivo, l'esercizio del diritto di difesa, un significato diverso da quello immediatamente percepibile dalla loro lettura” (così, ancora, Ad. Pl. n. 16/2019).art. 19

In conclusione, i canoni ermeneutici suddetti e la particolare disciplina dettata per l'affidamento delle iniziative di cooperazione a soggetti privi di scopo lucrativo, devono condurre ad escludere dall'ambito di applicabilità della disciplina dettata dal codice dei contratti pubblici la procedura oggetto della presente controversia.

Il ricorso, notificato entro il termine ordinario di legge, deve, pertanto, ritenersi tempestivo.

2. Venendo al merito, il ricorso è fondato.

Per ragioni di ordine logico, il collegio deve procedere al previo esame dei motivi con cui si contesta la legittimità dell'intera procedura rispetto a quelli, ancorché prospettati dalla ricorrente in via principale, con cui si contesta esclusivamente la mancata aggiudicazione dell'affidamento dell'iniziativa nei propri confronti.

2.1. Prendendo le mosse, dunque, dal primo dei motivi dedotto in via subordinata, ovvero il terzo motivo con cui si censura la violazione del principio del collegio perfetto, lo stesso si rivela meritevole di accoglimento.

Le “*Condizioni e modalità per l'affidamento di iniziative di cooperazione allo sviluppo ad organizzazioni della società civile e altri soggetti senza finalità di lucro iscritti all'elenco di cui all'art. 26, comma 3, della legge 125/2014*” (approvate con Delibera del Comitato Congiunto n. 8/2017 e modificate con Delibera n.50/2018), sanciscono espressamente il principio del collegio perfetto per le procedure *de quibus*, statuendo:

- all'art. 12 che “*Il Presidente e i membri votanti devono prendere parte a tutte le riunioni della Commissione e condurre la valutazione in base alle modalità e alla griglia previste dall'avviso*”;

- all'art. 13 che *“La Commissione può costituire gruppi di lavoro, composti da almeno due membri, tra cui dividere la valutazione delle proposte. I gruppi sottopongono alla discussione della Commissione in plenaria la propria valutazione anche in termini di punteggio per ciascuna proposta. Il punteggio finale viene assegnato dalla Commissione, le cui decisioni sono prese a maggioranza assoluta”*.

Nel caso di specie tali regole sono state palesemente disattese, come evincibile dai verbali depositati in atti.

La Commissione incaricata della valutazione delle proposte si è riunita per la prima volta il 4 giugno 2019, risultando composta da un Presidente, un Segretario e cinque membri.

La seconda riunione plenaria si è tenuta il giorno 28 giugno 2019.

Nel verbale del 28 giugno 2019, più in particolare, si dà atto che:

- *“i membri votanti della Commissione si sono riuniti in quattro sessioni nel periodo successivo al primo incontro in plenaria del 4 giugno u.s.*

- *In particolare 4 membri sui 5 votanti hanno svolto analisi e discussioni informative e tese ad approfondire le soluzioni tecnico-organizzative delle OSC in concorso, i rispettivi pacchetti di termini di riferimento ed eventuali CV inviati, nel corso di 3 incontri: nei giorni 13 giugno (14,00-16,30), 18 giugno (9,00-13,00) e 21 giugno (9,00-12,30), sono stati attribuiti punteggi a tre proposte rispetto agli undici criteri della griglia di valutazione che già era stata pubblicata con l'Avviso di affidamento il 14 febbraio u.s.*

- *Sui singoli risultati di queste 3 sessioni, il quinto membro (Ing. S. Cambaza) ha successivamente concordato, dichiarando che il suo voto/punteggio per ciascuna proposta, su ciascun aspetto valutato, era allineato alla media dei punteggi espressi dagli altri quattro membri — la tabella che riporta i punteggi finali ha dunque un quinto valore corrispondente alla media dei primi quattro.*

- *Nella riunione del 24 giugno (14,00-16,30), tutti i membri votanti hanno analizzato la quarta proposta esecutiva, poi svolto una nuova comparazione tra i progetti presentati e armonizzato il peso attribuito ai diversi aspetti positivi e negativi di ciascuna proposta esecutiva”*.

Appare chiaro, quindi, che per ben tre proposte progettuali l'esame e la valutazione è avvenuta in violazione del principio del collegio perfetto in quanto svolta in assenza di un membro, l'ing. Cambaza), peraltro il membro esperto, ingegnere informatico, che si è limitato solo in un momento successivo ad avallare il punteggio espresso precedentemente dagli altri membri.

Non può, innanzitutto richiamarsi il disposto normativo dell'art. 13 su citato, perché nella specie non è stato costituito alcun gruppo di lavoro “con almeno due membri”, poiché il membro Cambaza ha operato le valutazioni delle prime tre proposte progettuali sostanzialmente da solo.

Né può, al riguardo, altrimenti soccorrere il costante indirizzo giurisprudenziale, richiamato dalle controparti, che, ribadendo il principio *“per cui la commissione giudicatrice di gare d'appalto è un collegio perfetto, che deve operare, in quanto tale, in pienezza della sua composizione e non con la maggioranza dei suoi componenti, con la conseguenza che le operazioni di gara propriamente valutative, come la fissazione dei criteri di massima e la valutazione delle offerte, non possono essere delegate a singoli membri o a sottocommissioni (cfr. Cons. giust. amm. sic., 21 luglio 2008, n. 661; Cons. Stato, V, 22 ottobre 2007, n. 5502; Id., VI, 2 febbraio 2004, n. 324)”*, afferma altresì che *“per evidenti esigenze di funzionalità, il principio è temperato per cui non è indispensabile la piena collegialità quando occorra effettuare attività preparatorie, istruttorie o strumentali, destinate, come tali, a refluire nella successiva e definitiva valutazione dell'intero consesso (cfr. Cons. Stato, V, 25 gennaio 2011, n. 513; Id., IV, 5 agosto 2005, n. 4196) (così, ex plurimis, Cons. Stato Sez. V, 6 luglio 2018, n. 4143).*

Nel caso di specie è evidente, infatti, che le operazioni svolte in assenza della piena collegialità non sono state di carattere meramente preparatorio o istruttorio, ma squisitamente valutative, dunque, in chiara violazione del principio sancito, anche per tali tipologie di affidamenti, dalla disciplina dell'Agenzia.

2.2. Il riscontrato vizio di legittimità delle operazioni svolte dalla Commissione di gara non può che determinare l'annullamento dell'intera procedura oggetto del presente gravame.

3. L'accoglimento del terzo motivo di ricorso e, dunque, l'accertata illegittimità, in radice, della procedura di affidamento nel caso in esame, comporta, sulla base dei principi da ultimo statuiti dall'Adunanza Plenaria n. 5 del 2015, l'assorbimento degli altri motivi di ricorso, con i quali è stata contestata la legittimità delle valutazioni della proposta presentata dalla ricorrente, nonché gli altri vizi procedurali soprarichiamati, sussistendo un evidente rapporto di continenza logica rispetto al motivo appena esaminato e, da questo collegio, ritenuto fondato.

4. In conclusione, il ricorso deve essere accolto con conseguente annullamento della graduatoria, dei verbali della Commissione e della determina di aggiudicazione dell'iniziativa in favore della controinteressata TDHIT.

5. La peculiarità della fattispecie in esame giustifica, tuttavia, l'integrale compensazione delle spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Ter), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto annulla i gravati provvedimenti come in motivazione indicati.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 febbraio 2020 con l'intervento dei magistrati:

Giampiero Lo Presti, Presidente

Francesca Romano, Primo Referendario, Estensore

Emanuela Traina, Referendario