Pubblicato il 31/07/2018

N. 04726/2018REG.PROV.COLL.
N. 03466/2018 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3466 del 2018, proposto da
Consorzio Cooperative Sociali Quarantacinque, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli Avvocati Fabrizio Viola, Elisa Codeluppi, con domicilio digitale come da PEC indicata in atti e domicilio fisico presso lo studio Fabrizio Viola in Roma, viale dei Parioli, 180;

contro

Comune di Riccione, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli Avvocati Giovanni De Vergottini, Vittorio Miniero, con domicilio digitale come da PEC indicata in atti e domicilio fisico presso lo studio Vittorio Miniero in Roma, via Antonio Bertoloni n. 44;

nei confronti

Cooperativa Sociale Dolce S.C.In Proprio ed in qualità di Mandataria Ati, Ati Sole Cooperativa Sociale non costituiti in giudizio;
Cooperativa Sociale Società Dolce Soc. Coop., Sole Società Cooperativa Sociale in Breve Sole Soc. Coop. Sociale, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentate e difese dagli Avvocati Antonio Rossi, Pietro

Sciubba, con domicilio digitale come da PEC indicata in atti e domicilio fisico presso lo studio Antonio Rossi in Roma, via Baldo degli Ubaldi n. 59;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna (Sezione Seconda) n. 87/2018, del 25 gennaio 2018, non notificata, resa tra le parti, concernente per l'annullamento:

- degli atti di gara ed, in particolare dell'avviso pubblico per l'accreditamento provvisorio per il servizio di Casa Residenza per anziani presso la struttura Vici Giovannini sita in Cattolica, via Beethoven, si sensi della D.G.R. 514/09 con il quale il Comune di Riccione, in qualità di soggetto istituzionalmente competente per il rilascio dei provvedimenti di accreditamento dei servizi socio sanitari nell'ambito distrettuale di Riccione, […] ha indetto una procedura di selezione pubblica finalizzata al rilascio dell'accreditamento provvisorio […] per la gestione di un servizio di casa residenza per anziani presso la struttura Vici Giovannini sita in Cattolica, Via Beethoven;
- della determinazione del Dirigente Settore servizi alla persona del Comune di Riccione, dott.ssa Stefania Pierigè, n. 295 del 29 marzo 2017 con la quale è stata nominata la commissione di gara;
- del verbale del 29 marzo 2017 con il quale il Presidente della commissione, ha dato atto delle offerte pervenute, ha proceduto alla predisposizione di una scheda di valutazione del progetto gestionale […] ed infine ha proceduto all'apertura della busta n. 1 contenente la proposta di accreditamento provvisorio predisposta dalla ricorrente;
- dei successivi verbali della commissione esaminatrice e relativi allegati del 3, 5, 12, 19 e 26 aprile 2017, del 2 e 9 maggio 2017;
- del verbale del 10 maggio 2017 della commissione esaminatrice con il quale la stessa, in seduta pubblica, ha comunicato i punteggi attribuiti alle offerte tecniche presentate dalle ditte partecipanti, comunicando altresì che la proposta progettuale presentata dal RTI controinteressato aveva conseguito il miglior punteggio;

- della determinazione dirigenziale n. 511 dell'11 maggio 2017 con la quale sono stati approvati i verbali della commissione di gara ed individuato il soggetto gestore da accreditarsi provvisoriamente, rinviando ad un successivo ed apposito atto […] il rilascio dell'accreditamento provvisorio;
- della nota del Comune di Riccione dell'8 giugno 2017 di risposta all'informativa ex art. 243-bis d. lgs 163/06;
- della determinazione dirigenziale n. 654 del 15 giugno 2017 con la quale il dirigente dott.ssa Pierigé ha deliberato di concedere l'accreditamento provvisorio di n. 54 posti letto di casa residenza per anziani da svolgersi presso la struttura Vici Giovannini sita in Cattolica, alla via Beethoven, alla RTI Cooperativa sociale società Dolce s.c. e Sole società cooperativa sociale […];
- nonché, ove occorra, di ogni altro atto procedimentale, antecedente, presupposto, conseguente e comunque connesso al predetto;
Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Riccione, della Cooperativa Sociale Società Dolce Soc. Coop. e della Sole Società Cooperativa Sociale;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 luglio 2018 il Cons. Solveig Cogliani e uditi per le parti gli Avvocati Fabrizio Viola e Marco Petitto su delega dell'Avvocato Giovanni De Vergottini;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il ricorso in appello, indicato in epigrafe, il Consorzio Cooperative sociali Quarantacinque, premesso di aver partecipato alla procedura indetta dal Comune di Riccione per l'accreditamento provvisorio ai sensi della deliberazione di Giunta regionale n. 514/2009, per la gestione del servizio di casa residenza anziani presso la struttura Vici Giovannini di Cattolica e di essersi collocato al secondo posto, chiede la riforma della sentenza di primo

grado che ha respinto il ricorso dallo stesso proposto per ottenere l'annullamento degli atti di gara e l'affidamento al nuovo soggetto gestore R.T.I. Cooperativa Sociale Dolce S.C. e Sole Cooperativa Sociale.

Il Tribunale ha ritenuto, invece, di non dover esaminare l'eccezione di tardività proposta dalla controinteressata, con cui si evidenziava che la determinazione del Comune di Riccione n. 511 dell'11 maggio 2017, che recepiva i verbali di gara elaborati dalla commissione di valutazione ed ha definitivamente "*individua[to] quale soggetto gestore da accreditarsi provvisoriamente ai sensi della deliberazione di Giunta regionale n. 514/2009 RTI Cooperativa Sociale Società Dolce Società Cooperativa … con Sole Società Cooperativa Sociale*", era stata comunicata lo stesso giorno al Consorzio ricorrente e, pertanto, avrebbe dovuto essere autonomamente impugnata entro il 10 giugno 2017. Il Consorzio ricorrente, invece, aveva notificato il proprio ricorso solo il 14 luglio 2017, ritenendo di poter far decorrere il termine dal successivo provvedimento del 15 giugno 2017, con il quale il Comune di Riccione recepiva l'attività di verifica svolta dall'OTAP e concedeva alle Cooperative controinteressate l'accreditamento provvisorio della struttura residenziale.

Deduce il Consorzio appellante i motivi di appello di seguito indicati.

I – Erroneità della sentenza di prime cure laddove ha ritenuto infondato il primo motivo di ricorso, con cui era denunziata l'illegittima composizione della Commissione preposta all'esame delle offerte in quanto presieduta dal responsabile del procedimento, dirigente del servizio competente sulla procedura di gara in violazione dell'art. 77, co. 4, d.lgs. n. 50 del 2016, che nel testo vigente al momento dell'indizione della procedura (l'avviso era pubblicato in data 31 gennaio 2017) prevedeva che "*i commissari non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta*".

La sentenza censurata, ha ritenuto di dover concludere che la norma indicata dovesse essere interpretata in senso di non poter escludere del tutto al R.U.P.

la partecipazione alla commissione in assenza di obiettive ragioni sottese ad una presunta incompatibilità, ciò alla luce delle seguenti considerazioni:

- le Linee guida n. 3/2016, approvate con determinazione ANAC n. 1096 del 26 ottobre 2016, hanno concluso nel senso che "*il ruolo del RUP è, di regola, incompatibile con le funzioni di commissario di gara e di presidente della commissione giudicatrice (art. 77, comma 4 del Codice), ferme restando le acquisizioni giurisprudenziali in materia*"; tuttavia, tali acquisizioni non risultano univoche;
- il correttivo introdotto dal d.lgs. n. 56 del 2017 che reca "*I commissari non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta. La nomina del RUP a membro delle commissioni di gara è valutata con riferimento alla singola procedura*", ha eliminato, dunque, l'incompatibilità assoluta; tale testo entrato in vigore successivamente all'indizione della gara, non deve essere considerato un'innovazione, poiché già sulla base della previgente formulazione l'ANAC aveva affermato l'inesistenza di un'automaticità dell'esclusione;
- inoltre, nell'ambito delle amministrazioni locali, l'art. 107 d.lgs. n. 267 del 2000 attribuisce ai dirigenti "*tutti i compiti di attuazione degli obiettivi e dei programmi definiti con gli atti di indirizzo adottati dai medesimi organi, tra i quali in particolare, secondo le modalità stabilite dallo statuto o dai regolamenti dell'ente…la presidenza delle commissioni di gara e di concorso; la responsabilità delle procedure d'appalto e di concorso…".*

Ancora il primo giudice evidenziava che parte ricorrente non aveva specificato le ragioni effettive dell'asserita incompatibilità, aggiungendo che la tipologia della procedura indetta dal Comune assoggettava alla valutazione della commissione unicamente il dato progettuale e non l'offerta economica, già regolata dalle fonti regionali.

Secondo l'appellante la sentenza sarebbe erronea per non aver correttamente applicato la normativa vigente al tempo di indizione della gara e perché il cumulo nel medesimo soggetto dell'incarico di RUP e di dirigente del Settore che ha indetto la procedura, nonché di Presidente della commissione è viziata

da incompatibilità *ex lege*, in quanto l'attività svolta dal dirigente interferiva direttamente con il contratto per l'affidamento oggetto della procedura, in violazione dei principi di trasparenza ed imparzialità, dei quali l'art. 77, co. 4, d.lgs. n. 50 del 2016, nell'originaria formulazione, sarebbe presidio.

Nella specie, deduceva che detto dirigente aveva:

- predisposto, approvato e sottoscritto l'avviso pubblico,
- nominato se stessa come componente e presidente della commissione,
- scelto i restanti componenti della commissione,
- nominato il segretario della procedura,
- sottoscritto i verbali,
- concesso l'accreditamento provvisorio alla controinteressata,
- approvato lo schema di contratto di servizio,
- sottoscritto il contratto medesimo.

II – Erroneità della sentenza nel respingere il secondo motivo di doglianza, con cui si censurava la valutazione delle offerte, avendo ritenuto il giudice di prime cure che la stessa fosse sottratta al sindacato del giudice amministrativo salvo la manifesta illogicità ed irragionevolezza:

- quanto ai vizi di illogicità del giudizio svolto dalla commissione nell'attribuire un punteggio superiore alla controinteressata, dedotti con riferimento al sub criterio 1.3., relativo agli aspetti organizzativi e gestionali, il giudice di primo grado sottolineava che la censura attiene al merito amministrativo; di contro, l'odierno appellante sostiene l'irragionevolezza del punteggio che avrebbe valutato favorevolmente l'*iter* finalizzato a garantire l'efficace presa in carico del servizio, previsto dall'offerta della controinteressata attraverso il coinvolgimento degli utenti, affermando che l'Amministrazione avrebbe dovuto tenere, invece, in maggiore considerazione l'esperienza ultradecennale del Consorzio;

- relativamente al sub criterio 1.4., attinente alla programmazione dei turni, e rispetto al quale l'appellante ha ottenuto il medesimo punteggio della controinteressata, il giudice di prime cure riteneva che nessuna implicazione

discenderebbe dalla fungibilità tra l'"*autosostituzione*" e l'"*eterosostituzione*" del personale; l'appellante rileva che, per un verso, non è stata tenuta in debita considerazione il fatto che la sostituzione turnistica da parte dello stesso sarebbe stata garantita dalle unità dello stabile organico, a differenza di quanto previsto dalla controinteressata, e, per altro verso, non si sarebbe preso in considerazione il fatto che, nella programmazione dei turni di notte, la Coopertiva Dolce aveva offerto la sorveglianza attiva e la risposta diversificata ai bisogni degli ospiti attraverso personale in servizio nelle aree contigue, pertanto in violazione – secondo la prospettazione di parte appellante - alla legge riguardo l'accreditamento ed i suoi requisiti;

- con riferimento al sub criterio 3.3., attinente al contrasto all'instabilità al lavoro, relativamente al quale la controinteressata ha ottenuto un punteggio di 6 punti a fronte del 3,5 assegnati all'appellante, il primo giudice evidenziava che dati depositati dall'A.T.I. controinteressata sarebbero inerenti ai servizi analoghi e come tali valutati, mentre l'appellante deduce che sarebbero stati confrontati erroneamente dati difformi, ovvero quelli della controinteressata limitati da una particolare tipologia di servizio precisamente allocato per migliorare l'indice di *turnover* ed il tasso di assenteismo e quelli dell'appellante riferiti alle professionalità OSS e INF di Coopselios, operanti in tutte le strutture residenziali anziani dalla stessa gestite;

- con riguardo al subcriterio 6.1., relativo ai beni, agli impianti tecnologici ed alle attrezzature, rispetto alla quale l'appellante ha ottenuto un punteggio maggiore della controinteressata, il giudice di prime cure evidenziava che la valutazione svolta dalla commissione doveva intendersi immune da vizi in quanto la soluzione offerta dalla controinteressata appariva comportare un miglioramento degli impianti tecnologici in linea con le previsioni della *lex specialis* ; al contrario l'appellante sostiene che la proposta della controinteressata non sarebbe valutabile in quanto la proposta dell'ATI si concentrerebbe su sostituzioni ed implementazioni, che gli atti di gara aveva indicato come di competenza del Comune ed, inoltre, l'implementazione degli

impianti non risulterebbe destinata ad essere effettuata entro l'anno di accreditamento provvisorio. Si sono costituiti per resistere il Comune di Riccione e la Cooperativa sociale Società Dolce (nel prosieguo, per brevità, Coop. Dolce), e la Sole Società Cooperativa sociale (nel prosieguo, per brevità, Coop. Sole).

Con la memoria depositata il 29 giugno 2018, le Cooperative resistenti hanno ribadito l'eccezione di tardività del ricorso introduttivo, già svolta in primo grado, e hanno sottolineato che il procedimento di cui vengono impugnati gli atti non ha ad oggetto l'aggiudicazione di un contratto di appalto o di una concessione, ma un provvedimento di accreditamento provvisorio *ex* art. 23 l. reg. n. 4/2008 di una struttura residenziale per anziani; tant'è che l'Allegato 1 della deliberazione n. 514/2009 cit., al punto 1.1, precisa che *"[l]o strumento dell'accreditamento non è riconducibile allo schema dell'appalto di servizi "*.

Pertanto, l'art. 77, evocato da parte appellante, non potrebbe essere applicato alla fattispecie in forza di quanto disposto dall'art. 164, comma 2° del codice dei contratti pubblici, che prevede che le uniche regole del Codice applicabili al procedimento *de quo* sono quelle poste dall'art. 30 del medesimo codice.

Per il resto, ribadisce l'insindacabilità delle scelte dell'Amministrazione.

Il Comune contesta l'applicabilità dell'art. 77 del codice dei contratti alla fattispecie oggetto di controversia, in considerazione del regime transitorio vigente, nelle more della costituzione dell'Albo dei Commissari da parte dell'Anac. Comunque, con riferimento alla specifica fattispecie, rileva che la coincidenza del RUP e del Presidente della commissione nella medesima persona sarebbe dettata dalla esigenza di non disperdere le competenze, che le garanzie di trasparenza ed imparzialità sarebbero rispettate in forza della terzietà degli altri componenti della commissione ed, in ogni caso, l'approvazione della Dott.ssa Piergè dei provvedimenti elencati da parte appellante dipenderebbe dalla sussistenza di presupposti oggettivi, quali la definizione dei bisogni da soddisfare e la rispondenza dell'offerta individuata come migliore, in relazione ai requisiti stabiliti negli atti di gara.

Con riferimento al secondo motivo di appello, l'Amministrazione resistente evidenzia:

- quanto al primo criterio, pur assegnando, quindi, un buon punteggio ad entrambe le offerte la Commissione Giudicatrice ha prediletto la offerta dell'A.T.I aggiudicataria, perché offre un maggior risalto al coinvolgimento delle famiglie e degli utenti nella fase di avvio della gestione; anche il Consorzio appellante, pur essendo il gestore del servizio uscente, prevedeva tuttavia in offerta tecnica numerose novità che avrebbero comportato un impatto iniziale in quella che sarebbe stata dopo la aggiudicazione l'inizio della "nuova" gestione, senza però il coinvolgimento delle famiglie e degli utenti;
- con riferimento al secondo criterio, evidenzia che l'offerta dell'A.T.I. aggiudicataria, è stata apprezzata perché, con il metodo dell' 'eterosostituzione' non offre più ore di lavoro da parte dell'OSS, ma garantisce che l'OSS si occupi esclusivamente di assistenza alla persona, mentre tutte le altre attività materiali (tra le quali, ad esempio, la cura del posto letto dell'assistito) sono delegate ad altro personale di qualifica diversa da quella di OSS; in questo modo l'Operatore Socio Sanitario dedicherà, comunque, un numero maggiore di ore di lavoro all'attività per la quale è principalmente qualificato, ovvero la assistenza socio sanitaria del paziente e non viene disperso il suo tempo in attività materiali terze a tale assistenza;
- con riferimento al terzo criterio, la valutazione della commissione sarebbe giustificata dal fatto che l'analisi della offerta tecnica dimostra che l'A.T.I. aggiudicataria ha evidenziato dati effettivamente molto positivi in relazione al *turn over* e all'assenteismo e che tali dati ineriscono proprio ai servizi analoghi a quelli oggetto di affidamento da parte del Comune;
- infine, con riguardo al quarto criterio di valutazione, le proposte dell'A.T.I. sarebbero volte a migliorare gli impianti tecnologici ed, in particolare, alla tutela dell'ambiente ed al risparmio energetico proprio come richiesto dagli atti di gara predisposti dall'Amministrazione.

Peraltro, l'accreditamento provvisorio permette la realizzazione di un periodo nel quale il soggetto gestore del servizio provvisoriamente accreditato può dare concretamente prova del rispetto dei requisiti previsti e della capacità gestionale in vista dell'accreditamento definitivo del servizio. La posticipazione delle migliorie al secondo e terzo anno, in regime di accreditamento, dunque, sarebbero sintomo di serietà della offerta presentata.

Con memoria di replica, l'appellante controdeduce la tardività della riproposizione della eccezione da parte della controinteressata, evidenziando la contraddittorietà della tesi laddove invoca il decorso del termine relativo al rito accelerato e però esclude l'applicabilità della disciplina del codice dei contratti pubblici alla procedura in discussione; per il resto, insiste per l'accoglimento della propria domanda.

All'udienza di discussione del 19 luglio 2018, al causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

I – Osserva il Collegio, in via preliminare, che l'eccezione di tardività delle Coperative appellate risulta riproposta al di là del termine previsto dall' art. 101 co. 2, che dispone "*per le parti diverse dall'appellante*", che le eccezioni siano svolte "*con memoria depositata a pena di decadenza entro il termine per la costituzione in giudizio*". Nella specie, le Cooperative appellate si sono costituite con memoria del 17 maggio 2018, a seguito della notifica del ricorso in data 19 aprile 2018, ma hanno spiegato l'eccezione, già svolta in primo grado, solo con la memoria del 29 giugno 2018, dunque oltre il termine di trenta giorni, termine dimezzato ai sensi degli artt. 119 e ss. previsto per il rito accelerato.

Peraltro, ritiene il Collegio di dover affermare l'applicabilità del predetto rito ai sensi di quanto disposto dall'art. 119 lett. a) che dispone l'applicabilità – tra l'altro - ai provvedimenti concernenti le procedure di affidamento di pubblici servizi.

In ogni caso, per completezza, rileva il Collegio che pur non essendo preclusa alla parte interessata - secondo l'orientamento pacifico elaborato dalla

giurisprudenza amministrativa in ordine all'aggiudicazione provvisoria nella previgente disciplina (cfr., Consiglio di Stato - Sez. IV, 7 novembre 2014, n. 5497) – l'impugnazione della determinazione dirigenziale di approvazione dei verbali istruttori ove questa si palesi lesiva, è solo con il successivo provvedimento definitivo (nella specie costituito dalla deliberazione del 15 giugno 2017) che l'Amministrazione dà atto dell'avvenuta verifica della regolarità della procedura e del possesso dei requisiti prescritti dall'avviso pubblico da parte del gestore individuato e che, dunque, si produce la lesione della posizione giuridica dell'interessato risultato non 'vincitore' della procedura.

II - Va anche precisato, in via prioritaria, che, nella specie che occupa, si verte sulla legittimità di una procedura tesa all'individuazione del soggetto gestore del servizio residenziale per anziani non autosufficienti denominato Vici Giovannini. Si tratta, dunque, dell'affidamento – tramite un sistema denominato di accreditamento regionale - di un servizio socio assistenziale di cui alla l.reg. n. 2 del 2003.

La legge regionale predetta è richiamata nella determinazione n. 654 del 2017 di concessione dell'accreditamento provvisorio gravata.

Così come risulta richiamata anche la l. reg. n. 4 del 2008 ed, in particolare l'art. 23, che riguarda la procedura di accreditamento e demanda ad una successiva deliberazione della Giunta regionale per l'attuazione. Tale deliberazione, anch'essa indicata in premessa, è stata assunta dalla Giunta (n. 514/2009) ed espressamente indica: "*Con l'istituto dell'accreditamento, in coerenza con il principio fondamentale già espresso dalla legislazione nazionale sullo svolgimento delle attività socio-sanitarie (art. 8-bis del d.lgs. 502/92 e successive modificazioni), si innova il sistema regionale del welfare e ci si propone di assicurare una maggiore coerenza con il sistema complessivo di regolamentazione e programmazione del sistema integrato di servizi sociali e sanitari, fatto proprio dalla Legge Regionale n. 2 del 2003. Da esso, infatti, prende vita un modello di accreditamento che, inserendosi organicamente nel quadro della Legge Regionale n. 2 del 2003, ne costituisce al contempo evoluzione e specificazione, con la*

finalità di garantire che l'erogazione dei servizi fornisca adeguate risposte, sia dal punto di vista qualitativo che sotto il profilo quantitativo, ai bisogni della popolazione.

Lo strumento dell'accreditamento non è riconducibile allo schema dell'appalto di servizi e consiste invece in un provvedimento amministrativo discrezionale che l'Amministrazione competente adotta al termine di un procedimento valutativo da effettuarsi in coerenza con le decisioni adottate in sede di programmazione e alle logiche ed ai requisiti di qualità dei servizi erogati. L'accreditamento è infatti finalizzato ad individuare i servizi e le strutture necessari per la copertura del fabbisogno espresso nella programmazione territoriale e consente, a seguito dell'espletamento di procedure nelle quali dovranno essere dimostrati da parte dei soggetti gestori i requisiti di qualità nella conduzione e nell'erogazione del servizio, l'instaurazione dei rapporti di servizio pubblico tra i soggetti titolari della committenza dei servizi sociosanitari ed i soggetti gestori/erogatori di tali servizi, le cui relazioni vengono disciplinate attraverso un apposito contratto di servizio".

Precipuamente, con riferimento alla procedura da seguire, precisa: "*Nelle procedure di accreditamento vanno ovviamente richiamati e rispettati, come peraltro previsto dalla legge regionale 2/2003, i principi di pubblicità, trasparenza, non discriminazione, proporzionalità, ovvero quei criteri che – fatti propri dall'ordinamento europeo e da quello nazionale - si impongono ad ogni scelta del legislatore e dell'amministrazione regionale e locale quando provvedano a regolamentare e ad adottare provvedimenti che abilitino all'erogazione di servizi per conto della Pubblica Amministrazione*". (*omissis*) "*Il soggetto istituzionale competente provvede alla concessione dell'accreditamento nel rispetto delle procedure disciplinate ai successivi punti 5, 6 e 7 e garantendo criteri di non discriminazione, pubblicità, trasparenza, nonché assicurando la comunicazione pubblica delle procedure.*

Pertanto:

- il percorso decisionale, e per l'accreditamento provvisorio anche l'intenzione di accreditare, deve garantire adeguate forme di comunicazione ai diversi soggetti interessati;

- le decisioni finali devono essere motivate e nell'ambito del procedimento amministrativo relativo all'accreditamento occorre garantire l'applicazione degli istituti di partecipazione previsti dalla normativa vigente per i soggetti interessati al procedimento;

- nella procedura deve essere assicurata imparzialità di valutazione e la piena parità di trattamento rispetto ai criteri di valutazione predeterminati, con particolare riguardo all'accreditamento provvisorio quando risulta necessario effettuare una selezione tra più aspiranti all'accreditamento del servizio;

- le procedure di accreditamento provvisorio dei servizi devono garantire che le domande presentate dai soggetti gestori siano basate sulla preventiva conoscenza degli schemi di contratto di servizio da stipularsi successivamente per la regolamentazione del rapporto di accreditamento. In particolare, dovranno essere predeterminati ed adeguatamente evidenziati le condizioni particolari e gli eventuali impegni ed oneri economici richiesti al soggetto gestore nella fornitura dei servizi strumentali e di supporto ed eventualmente nell'uso dell'immobile ove si svolge il servizio, laddove questo venga messo a disposizione da parte di un ente pubblico.

Il soggetto istituzionale competente organizza lo svolgimento della funzione amministrativa in materia di accreditamento in conformità al proprio Statuto ed alla propria organizzazione assicurando:

- la comunicazione alla Regione del responsabile del procedimento amministrativo, delle modalità di presentazione delle domande e dei provvedimenti di accreditamento;

- nel caso di gestione diretta di servizi, la individuazione di una responsabilità tecnica del procedimento amministrativo relativa all'accreditamento diversa da quella del/i responsabile/i della gestione dei servizi".

E' ben chiaro che il servizio di gestione in argomento – ricompreso espressamente tra i servizi oggetto della disciplina appena menzionata – era regolato con 'specialità' nell'ambito delle regole dell'evidenza pubblica, in epoca precedente all'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti.

Vale, peraltro, notare che la precedente disciplina di cui alle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE escludevano dalla piena applicazione della disciplina dell'evidenza pubblica i servizi elencati nell'allegato II B - tra i quali figuravano anche i servizi sociali e sanitari – prevedendo – quest'ultima -, all'art. 20, che l'affidamento di questi servizi fosse regolato esclusivamente

dagli articoli 23 (specifiche tecniche) e 35, paragrafo 4 (avvisi sui risultati della procedura di aggiudicazione).

In ogni caso anche la determina n. 59 del 30 gennaio 2017, in vero, contiene un sistema di avviso pubblico ai fini della manifestazione di interesse, con riferimento al d.lgs. n. 50 del 2016, nel frattempo entrato in vigore ai soli fini dell'individuazione dei soggetti destinatari dell'avviso (art. 45 del predetto decreto). La determinazione n. 259 del 29 marzo 2017 contiene un generico richiamo al d.lgs. n. 50 del 2016.

III – Svolta siffatta premessa di inquadramento normativo, la questione su cui si controverte può essere sinteticamente e secondo i criteri affermati dall'Adunanza Plenaria 27 aprile 2015, n.5, risolta alla luce dell'orientamento espresso dalla Sezione, con la sentenza n.2835/2018. In ordine all'entrata in vigore delle prescrizione di cui all'art. 77 in questione, infatti, la Sezione ha affermato che il comma 12 dell'art. 216 del d.lgs. n. 50/2016 (e prima del correttivo di cui al d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56, il comma 12 dell'art. 77) stabilisce che "*Fino alla adozione della disciplina in materia di iscrizione all'Albo di cui all'articolo 78, la commissione giudicatrice continua ad essere nominata dall'organo della stazione appaltante competente ad effettuare la scelta del soggetto affidatario del contratto, secondo regole di competenza e trasparenza preventivamente individuate da ciascuna stazione appaltante*".

Sul punto, ha, dunque, posto in evidenza come "*Il rilevo della disciplina transitoria non è solo giuridico-formale, ma attiene alla struttura stessa del sub-procedimento di valutazione tecnica delle offerte di cui al comma 3 dell'art. 77 del d.lgs.18 aprile 2016 n.50, fondato su un meccanismo per il quale i commissari sono scelti:*

-- "…fra gli esperti iscritti all'Albo istituito presso l'ANAC…" ma solo …mediante pubblico sorteggio da una lista di candidati costituita da un numero di nominativi almeno doppio rispetto a quello dei componenti da nominare e comunque nel rispetto del principio di rotazione;

-- di norma "non appartenenti alla stessa stazione appaltante" e in via di eccezione "solo se non disponibili in numero sufficiente, anche tra gli esperti della sezione speciale che prestano

servizio presso la stessa stazione appaltante".

Ne discende che, in tale contesto, "*il mancato completamento degli elenchi di esperti "terzi" era un presupposto assolutamente necessario per la nomina di un organo assolutamente separato dalla stazione appaltante, e ciò rendeva impossibile l'applicazione dell'intero impianto, ivi compreso il comma 4 del medesimo art. 77".*

Di qui, discende, altresì, che nel periodo transitorio, si doveva fare, pertanto, riferimento al quarto comma del precedente art. 84 per cui *"I commissari diversi dal Presidente non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta".*

Ne discende che il primo motivo di appello si appalesa infondato.

IV – Tuttavia, per completezza, ritiene il Collegio di non esimersi dall'esame dell'argomento usato dalle controinteressate e sopra accennato sinteticamente.

E' ben chiaro che, nella specie, che occupa, si verte in una fattispecie, che è denominata di 'accreditamento', fattispecie che, ai sensi dell'art. 11 della legge n. 328/2000, comportava l'individuazione degli enti del terzo settore che possono erogare il servizio, al di là della disciplina del previgente codice.

Tali meccanismi 'semplificati' non sono esclusi dalle nuove direttive comunitarie, di cui il codice dei contratti costituisce il recepimento nell'ordinamento interno. Difatti, l'ultimo periodo del considerando 114 della direttiva 2014/24/UE precisa che «*Gli Stati membri e le autorità pubbliche sono liberi di fornire tali servizi direttamente o di organizzare servizi sociali attraverso modalità che non comportino la conclusione di contratti pubblici, ad esempio tramite il semplice finanziamento di tali servizi o la concessione di licenze o autorizzazioni a tutti gli operatori economici che soddisfano le condizioni definite in precedenza dall'amministrazione aggiudicatrice, senza che vengano previsti limiti o quote, a condizione che tale sistema assicuri una pubblicità sufficiente e rispetti i principi di trasparenza e di non discriminazione».* Del resto la stessa ANAC nella delibera n. 32 del 2016, con riferimento alle convenzioni di cui all'art. 7, comma 1, della legge n.

266/1991, ha affermato quanto la derogabilità dell'applicazione delle regole dell'evidenza pubblica.

La procedura oggetto di contenzioso, tuttavia, riveste tratti di peculiarità determinati dai seguenti elementi:

- al di là del nome assegnato dall'Amministrazione è tesa non solo al riconoscimento dell'esistenza di requisiti per così dire abilitanti, bensì proprio all'individuazione del soggetto gestore di una servizio;
- la procedura oggetto di contenzioso non è riconducibile di concessione ai sensi dell'art. 164, come invocato da parte controinteressata;
- essa non è neppure riferibile ad una mera procedura 'ordinaria' di appalto di servizi.

Se, sotto il primo aspetto, dunque, il procedimento – soprattutto alla luce del nuovo assetto ordinamentale che prende in considerazione, anche i servizi socio-sanitari - non può essere ricondotta ad un mero preventivo 'accreditamento', esso difficilmente risulta riconducibile allo schema della concessione, anche alla luce di quanto affermato ripetutamente dall'ANAC (cfr. delibera n. 1197 del 23 novembre 2016). Infatti, emerge che lo schema applicato comporti una gestione, retribuita al soggetto individuato attraverso la procedura, per lo svolgimento del servizio presso la struttura comunale, mediante un sistema in cui però è sostanzialmente sottratto il rischio operativo ovvero una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato. Nella specie, alla luce della particolarità del servizio di cui si tratta, appare che gli utenti debbano essere ammessi in virtù di criteri predeterminati dalla parte pubblica.

Dunque, deve rilevarsi che, nella specie, la convenzione tra pubblica amministrazione e soggetto individuato attraverso il procedimento di accreditamento risulta quella propria e conseguente ad un appalto di servizi.

Per la ricostruzione della disciplina applicabile, dunque, deve farsi riferimento alla normativa regionale ed alla disciplina specifica dei settori socio sanitari già menzionata, in relazione ai provvedimenti che hanno individuato il sistema di

accreditamento e, quanto alla selezione avvenuta nel 2017, alla specifica disciplina prescritta dal codice dei contratti, che – nella versione originaria di cui al d.lgs. n. 50 del 2016, prima del correttivo - contiene l'apposito allegato IX, dedicato ai "*servizi di cui agli articoli 140, 142, 143 e 144*", che individua i servizi ai quali si applicano le disposizioni degli articoli 140 e 142-144, tra i quali i "*Servizi sanitari, servizi sociali e servizi connessi*".

Il codice ha escluso i contratti relativi ai servizi sociali da quelli (in parte) esclusi, collocando la relativa disciplina (se si tratta di contratti di valore superiore alle soglie di rilevanza comunitaria fissate dall'art. 35 – come nel caso che occupa – visto che il valore complessivo del servizio è stimato in 1.700.000,00 euro) tra i "*particolari regimi di appalto*" di cui al Titolo VI della Parte II.

Sotto il profilo della disciplina applicabile, il codice ha assoggettato tali contratti ad un «regime alleggerito», [a seguito dell'introduzione del correttivo diversificato a seconda che il contratto ricada nei settori ordinari (Capo II - articoli 142 e 143) o in quelli speciali (Capo I - articolo 140, che espressamente richiama gli articoli 142 e 143)], ma, comunque, ispirato ai principi fondamentali di trasparenza e di parità di trattamento degli operatori economici.

Per ulteriore completezza deve precisarsi che in sede di correttivo, l'art. 142, comma 5-*bis*, ha enucleato, nell'ambito di tali servizi, una specifica sottocategoria di servizi nei c.d. settori ordinari, che comprende soltanto "servizi sanitari, servizi sociali e servizi connessi", "servizi di prestazioni sociali" e "altri servizi pubblici, sociali e personali, inclusi servizi forniti da associazioni sindacali, da organizzazioni politiche, da associazioni giovanili e altri servizi di organizzazioni associative", per i quali prevede l'applicazione delle nuove disposizioni di cui ai commi da 5-*ter* a 5-*octies* del medesimo art. 142.

Dispone, comunque, per quanto qui interessa, l'art. 142, comma 1 che "*Le stazioni appaltanti che intendono procedere all'aggiudicazione di un appalto pubblico per i*

servizi di cui all'allegato IX rendono nota tale intenzione con una delle seguenti modalità:
a) mediante un bando di gara, che comprende le informazioni di cui all'allegato XIV, parte I, lettera F, conformemente ai modelli di formulari di cui all'articolo 72;
b) mediante un avviso di preinformazione, che viene pubblicato in maniera continua e contiene le informazioni di cui all'allegato XIV, parte I. L'avviso di preinformazione si riferisce specificamente ai tipi di servizi che saranno oggetto degli appalti da aggiudicare. Esso indica che gli appalti saranno aggiudicati senza successiva pubblicazione e invita gli operatori economici interessati a manifestare il proprio interesse per iscritto".

Da quanto sin qui evidenziato, discende – al di là delle difese delle parti appellate in ordine alla disciplina applicabile nella vigenza del codice dei contratti, pre-correttivo – che non può trovare condivisione la prospettazione del Consorzio appellante.

V - Quanto al secondo motivo, appare sufficiente evidenziare che i rilievi di parte appellante attengono al merito delle valutazioni dell'Amministrazione, come risulta ampiamente dalla riportata esplicazione dei punteggi assegnati, a cui appare sufficiente rinviare per motivi di sinteticità, non palesandosi profili di illogicità o irragionevolezza.

Tali valutazioni – tutt'altro che irragionevoli, come detto – sono, pertanto, sottratte al sindacato di questo giudice.

VI – In considerazioni di quanto sin qui evidenziato, l'appello deve essere respinto e per l'effetto, deve essere confermata – con diversa motivazione – la sentenza n. 87 del 2018.

In considerazione della complessità della fattispecie esaminata, sussistono giusti motivi per la compensazione delle spese tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l'effetto, conferma, la sentenza n. 87 del 2018, con diversa motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 luglio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Franco Frattini, Presidente

Massimiliano Noccelli, Consigliere

Giorgio Calderoni, Consigliere

Solveig Cogliani, Consigliere, Estensore

Ezio Fedullo, Consigliere

L'ESTENSORE	**IL PRESIDENTE**
Solveig Cogliani	**Franco Frattini**

IL SEGRETARIO