

Pubblicato il 31/01/2023

N. 00311/2023 REG.PROV.COLL.
N. 01464/2022 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 Sicilia

sezione staccata di Catania (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 1464 del 2022, proposto da “Iride società cooperativa sociale”, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall’avvocato Rocco Mauro Todero, con domicilio digitale come da PEC da registri di giustizia;

contro

Città metropolitana di Catania, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall’avvocato Francesco Ortoleva, con domicilio digitale come da PEC da registri di giustizia;

nei confronti

Cooperativa sociale “I girasoli”, non costituita in giudizio;

per l’annullamento

- a) della determina del Dirigente del Servizio politiche sociali della Città Metropolitana di Catania n. 2021 del 20 giugno 2022;
- b) della determina del Dirigente del Servizio politiche sociali della Città Metropolitana di Catania n. 2199 del 5 luglio 2022;

- c) dell'allegato A ("Avviso pubblico... anno scolastico-accademico 2022-2023, 2023-2024 e 2024-2025");
- d) dell'allegato B ("Patto per la gestione del servizio... triennio scolastico-accademico 2022-2023, 2023-2024 e 2024-2025");
- e) dell'allegato C (domanda di iscrizione);
- f) del provvedimento di approvazione dell'elenco dei soggetti accreditati che hanno presentato istanza secondo le modalità di cui all'avviso pubblico impugnato;
- g) dell'elenco dei soggetti accreditati sulla base delle istanze presentate con le modalità di cui all'avviso pubblico impugnato.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti l'atto di costituzione in giudizio e la memoria della Città Metropolitana di Catania;

Viste le memorie delle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nella camera di consiglio del 25 gennaio 2023, il Presidente Aurora Lento e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato:

1. Come preannunciato dal Presidente alle parti, che nulla hanno osservato, il collegio ritiene di definire la causa con sentenza in forma semplificata, attesa la completezza dell'istruzione e l'avvenuta integrazione del contraddittorio mediante pubblici proclami.

La cooperativa ricorrente, la quale svolge attività di assistenza per l'autonomia e/o la comunicazione nei confronti degli alunni disabili, si duole del fatto che la Città metropolitana di Catania non le ha consentito l'iscrizione nell'elenco dei soggetti accreditati alla loro erogazione, per gli anni scolastici 2022/2023, 2023/2024, 2024/2025, in quanto non ha presentato istanza nel termine previsto dal relativo avviso pubblico.

2. Preliminarmente va esaminata l'eccezione d'ufficio dell'inammissibilità del ricorso, quale conseguenza della mancata presentazione dell'istanza di partecipazione, che il collegio, dopo attenta riflessione, ritiene infondata.

Come noto, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con la sentenza n. 4 del 2018, ha affermato il principio di diritto secondo cui le clausole del bando di gara, che non rivestano portata escludente, possono essere impugnate unicamente dall'operatore economico che abbia partecipato alla gara o manifestato formalmente il proprio interesse alla procedura.

Al fine di comprendere le ragioni per le quali tale principio non è applicabile alla controversia in esame, va rilevato che l'accreditamento relativo ai servizi sociali è, al pari quello riferito ai servizi sanitari, un titolo - o, in chiave oggettiva, una modalità di esecuzione del servizio - di carattere abilitativo-concessorio mediante il/la quale un soggetto privato viene "attratto" entro la sfera organizzativa pubblicistica del servizio pubblico sanitario, acquisendo la conseguente legittimazione ad operare "in luogo" dell'Amministrazione, originaria ed istituzionale titolare della funzione assistenziale, e riversando i costi del servizio a carico della stessa, secondo i criteri ed entro i limiti prefissati a livello contrattuale (in termini Consiglio di Stato, III, 27 ottobre 2022, n. 9148 con richiami a sentenze della stessa sezione n. 1206 del 27 febbraio 2018 e n. 6954 del 18 ottobre 2021).

L'accreditamento, da un punto di vista funzionale, istituisce, pertanto, un rapporto privilegiato, sebbene non esclusivo, tra l'Amministrazione concedente e l'erogatore privato, che, dal punto di vista della qualità del servizio e della sua rispondenza ai relativi obiettivi di efficacia ed appropriatezza, viene ad essere alla stessa completamente equiparato, creando le premesse per il corretto esercizio da parte dei cittadini della libera scelta (in termini la succitata sentenza n. 9148 del 2022).

Ne deriva che la procedura selettiva per l'iscrizione nell'albo degli accreditati all'erogazione dei servizi sanitari e/o sociali è finalizzata a individuare non l'operatore affidatario in via esclusiva, come si verifica nelle gare d'appalto, ma

i soggetti che possono svolgerlo, con oneri a carico dell'Amministrazione, su richiesta dell'utente.

Nella fattispecie in esame la ricorrente aspira, in particolare, a essere iscritta, insieme agli altri operatori, nell'albo, a carattere aperto e senza contingenti numerici, dei soggetti che possono essere scelti dai genitori per prestare il servizio di assistenza all'igiene e/o alla comunicazione nei confronti degli alunni disabili.

Ne deriva che la presentazione dell'istanza di partecipazione non è necessaria ai fini dell'impugnazione delle clausole non escludenti in quanto non si tratta di una gara in senso stretto e, pertanto, non si determina nessun effetto preclusivo rispetto all'iscrizione degli altri operatori; in altri termini, l'eventuale accoglimento del ricorso comporta l'aggiunta di un nuovo soggetto a quelli già individuati e non la loro esclusione, per cui è, comunque, soddisfatto l'interesse pubblico alla selezione dei soggetti che erogano il servizio.

3. Ciò posto in rito, può procedersi all'esame del primo motivo con cui si deduce che la prevista durata triennale dell'accreditamento contrasta con: i principi di economicità, efficacia, imparzialità, pubblicità, trasparenza, libera concorrenza di cui all'art. 1 della l. n. 241 del 1990 e d'imparzialità di cui all'art. 97 della Costituzione; gli artt. 1, 8 e 11 della legge 328/2000 che orientano la regolamentazione dei servizi sociali verso i principi di sussidiarietà cooperazione, efficacia, efficienza ed economicità.

La doglianza è fondata secondo quanto di seguito precisato.

Va, in primo luogo, richiamato il condiviso orientamento giurisprudenziale - relativo all'analogo settore dei servizi sanitari - secondo cui contrasta con i principi concorrenziali di matrice euro - unitaria il consolidamento della posizione di plusvalore concorrenziale conseguente all'accreditamento a scapito della necessaria verifica, periodica e trasparente, dell'eventuale maggiore efficienza e qualità di soggetti aspiranti. Si è, sotto tale profilo, richiamato quanto più volte affermato dall'Autorità garante per la

concorrenza ed il mercato in merito alla necessità di evitare il congelamento delle posizioni dei già accreditati conseguente a restrizioni indebite del numero degli operatori. Si è concluso nel senso che solo una valutazione periodicamente rinnovata e aperta alla comparazione tra chi è già accreditato e chi aspira ad esserlo può rispondere alla migliore e più efficiente allocazione delle risorse disponibili, con la precisazione che, quanto più la valutazione è periodica, cioè dinamica, e quanto meno si consolidano posizioni di vantaggio in singoli operatori, tanto più potranno emergere efficienza e risparmio a vantaggio della spesa pubblica (Consiglio di Stato, III, 4 febbraio 2021, n. 1043).

Tali consolidati principi vanno coordinati con quelli - parimenti consolidati - che evidenziano come il sistema dell'accREDITAMENTO risponda ad esigenze di efficienza ed economicità dell'azione amministrativa, in quanto esonerano l'Amministrazione dall'onere di verificare, in occasione della concreta erogazione delle prestazioni e fermo restando il suo potere di controllo e vigilanza sulle modalità di svolgimento del servizio, la sussistenza dei relativi requisiti qualitativi, tecnici ed organizzativi (in termini la succitata sentenza n. 9148 del 2022).

Nella fattispecie per cui è causa, la Città metropolitana di Catania ha attribuito efficacia triennale all'iscrizione nell'elenco dei soggetti accreditati per l'erogazione dei servizi in questione al fine (esplicitato nella memoria difensiva) di evitare i continui e complessi riscontri in ordine alla sussistenza dei requisiti organizzativi e gestionali previsti, che sarebbero stati necessari qualora fosse stata consentita l'iscrizione sulla base di una richiesta formulata in qualunque momento dall'operatore interessato.

Trattandosi di un intervallo temporale particolarmente lungo ha, però, altresì, previsto che i soggetti accreditati presentino, a cadenza annuale, un'attestazione in merito al mantenimento dei requisiti, sulla cui veridicità si è riservata di attivare controlli.

A ben vedere, viene in considerazione una determinazione espressione di discrezionalità tecnica, sicché, come noto, il sindacato del giudice amministrativo è consentito solo nei casi di palese irragionevolezza, illogicità o travisamento dei fatti.

Ad avviso del collegio, ricorre la prospettata illogicità e irragionevolezza in quanto il blocco all'ingresso dell'accreditamento, se non contenuto (come verificatosi nella specie) in un arco temporale ragionevole, lede non solo l'interesse dell'operatore privato all'iscrizione dell'elenco, ma anche quello pubblico alla maggiore partecipazione possibile degli operatori del settore, oltre che quello alla libera concorrenza, che è strettamente correlato all'erogazione di un servizio più efficiente; restringe, inoltre, irragionevolmente la possibilità di scelta degli utenti a un elenco fisso di operatori.

Trattandosi di un servizio che viene svolto in maniera continuativa per un anno scolastico, l'arco temporale ragionevole era quello annuale (anche, eventualmente, in termini di finestre d'ingresso con periodicità pari o inferiori all'anno, fermo restando la durata dell'accreditamento per il triennio previsto dall'avviso), come riconosciuto implicitamente dalla Città metropolitana che, nell'avviso impugnato, ha previsto controlli sul persistente possesso dei requisiti con tale periodicità.

In altri termini, l'introduzione, nell'avviso, di una clausola con cui si dispone che i soggetti accreditati, ogni anno, debbano confermare, con dichiarazione sostitutiva di certificazione, il possesso dei requisiti e che la Città metropolitana possa attivare i controlli sulla veridicità della stessa, è indice significativo del fatto che il periodo ragionevole di riferimento per consentire l'iscrizione è proprio l'anno.

Ciò implica l'irragionevolezza non della previsione della durata triennale dell'accreditamento in sé considerato, ma della mancata introduzione di finestre d'ingresso (con la periodicità ritenuta opportuna dalla Città metropolitana) nel corso di tale periodo, le quali rappresentano un adeguato

contemperamento tra l'interesse pubblico a evitare controlli troppo ravvicinati sul possesso dei requisiti da parte degli operati e quello all'apertura al mercato al fine di garantire il libero dispiegarsi della concorrenza.

4. È, invece, infondato il secondo motivo con cui si contesta l'esiguità del termine concesso per la presentazione dell'istanza di partecipazione in quanto dalla documentazione di causa risulta che: l'avviso è stato pubblicato il 22 giugno 2022 e il termine perentorio per la presentazione della domanda, che scadeva il 7 luglio 2022, è stato successivamente prorogato al 15 luglio 2022.

Trattasi, ad avviso del collegio, di un termine congruo.

Ne deriva che l'avviso pubblico approvato con la determinazione dirigenziale n. 93 del 2022, come modificato con quella n. 2199 del 5 luglio 2022, è illegittimo e va annullato nella parte in cui prevede che l'iscrizione nell'elenco dei soggetti accreditati all'erogazione del servizio di assistenza e/o comunicazione nei confronti degli alunni disabili abbia durata pari a tre anni scolastici senza consentire periodici ingressi da parte di nuovi operatori.

Negli stessi termini e, pertanto, solo ed esclusivamente con riferimento alla durata triennale (in assenza di periodiche finestre temporali per i nuovi ingressi) dell'iscrizione (la quale rimane ferma) e, pertanto, da annullare è l'elenco dei soggetti accreditati.

L'annullamento degli atti impugnati nei limiti e nei sensi suindicati è disposto con salvezza delle ulteriori determinazioni della Città metropolitana di Catania.

Nelle peculiarità delle questioni trattate il Collegio ravvisa, tuttavia, in base al combinato disposto di cui agli articoli 26, comma 1, c. p. a. e 92, comma 2, c. p. c., eccezionali ragioni per l'integrale compensazione delle spese del giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi e nei termini di cui in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 25 gennaio 2023

con l'intervento dei magistrati:

Aurora Lento, Presidente, Estensore

Francesco Bruno, Consigliere

Valeria Ventura, Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

Aurora Lento

IL SEGRETARIO