

Publicato il 01/10/2024

N. 02533/2024 REG.PROV.COLL.
N. 00687/2024 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 Lombardia

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 687 del 2024, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Società Cooperativa Sociale Onlus Spazio Aperto Servizi, in proprio e quale mandataria dell'ATI costituenda con Amapola S.r.l. Impresa Sociale, Cooperativa Lotta contro L'Emarginazione Coop. Soc. Onlus, Cascina Biblioteca Società Cooperativa Sociale di Solidarietà a R.L., Soc. Coop. Soc. Comunità Progetto, Insula Net Società Cooperativa Impresa Sociale, Spazio Aperto Cooperativa Sociale, Consorzio S.I.R. - Solidarietà in Rete Scs, Associazione Piano C Ets, tutte in proprio e in qualità di mandanti dell'ATI, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, tutte rappresentate e difese dagli avvocati Elisabetta Parisi e Stefano Soncini, con domicilio digitale come da PEC

da Registri di Giustizia e domicilio fisico presso il loro studio in Milano, viale Elvezia, 12;

contro

Comune di Milano, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Antonello Mandarano, Stefania Pagano e Martina Sofia Spreafico, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico presso gli uffici dell'Avvocatura Comunale in Milano, via della Guastalla 6;

nei confronti

Medihospes Cooperativa Sociale, in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e quale capogruppo mandataria dell'ATI con Fondazione Progetto Arca Onlus, Associazione Kayros Onlus, Cura e Riabilitazione Cooperativa Sociale, Ambienteacqua Aps, Fondazione International Rescue Committee Italia Ets, Fondazione Progetto Mirasole Impresa Sociale, Cooperativa Sociale Naturalia a R.L. Onlus e Fondazione Cumse Ets, rappresentata e difesa dagli avvocati Michele Perrone e Angelo Michele Benedetto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Ministero dell'Economia e delle Finanze e Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, entrambi rappresentati e difesi dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Milano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domiciliata *ex lege* in Milano, via Freguglia, 1;

per l'annullamento

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

della determinazione dirigenziale del Comune di Milano n. 1438 del 27 febbraio 2024 e tutti gli altri atti connessi;

per quanto riguarda i primi motivi aggiunti presentati da Società Cooperativa Sociale Onlus Spazio Aperto Servizi il 29/4/2024:
dei medesimi provvedimenti impugnati con il ricorso introduttivo;
per quanto riguarda i secondi motivi aggiunti presentati da Società Cooperativa Sociale Onlus Spazio Aperto Servizi il 31/5/2024:
dei medesimi provvedimenti impugnati con il ricorso introduttivo e con i primi motivi aggiunti ed in particolare, a seguito dell'ostensione dei documenti da parte del Comune, della determinazione dirigenziale n. 12341 del 21 dicembre 2023 (doc. 19), della determinazione dirigenziale n. 742 del 6 febbraio 2024, con cui sono stati nominati i membri della Commissione tecnica per la valutazione delle domande di partecipazione all'istruttoria pubblica (doc. 20); del verbale n. 1 – Seduta pubblica del 6 febbraio 2024 (doc. 21); del verbale n. 2 – Seduta riservata del 7 febbraio 2024 (doc. 22); del verbale n. 3 – Seduta riservata del 8 febbraio 2024 (doc. 23); del verbale n. 4 – Seduta riservata del 12 febbraio 2024 (doc. 24); del verbale n. 5 – Seduta riservata del 15 febbraio 2024 (doc. 25); della comunicazione inviata dal Comune all'ATI Medihospes Cooperativa Sociale in data 6 febbraio 2024 e relativo riscontro (doc. 26), nonché di ogni altro atto o provvedimento agli stessi presupposto, conseguente o comunque connesso, il tutto come anche illustrato per le ragioni dedotte nel presente atto.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Milano, di Medihospes Cooperativa Sociale, del Ministero dell'Economia e delle Finanze e del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 settembre 2024 il dott. Giovanni Zucchini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il Comune di Milano, con deliberazione di Giunta n. 1506 del 2023, approvava un atto di indirizzo politico per la definizione del modello di gestione della struttura e degli appartamenti siti in viale Ortles n. 71 e n. 73, struttura denominata “Casa dell’Accoglienza Enzo Jannacci” (di seguito, anche solo “Casa”).

Si tratta di un edificio per l’accoglienza di adulti italiani e stranieri che versano in condizione di povertà e di emarginazione sociale, necessitanti di una sistemazione abitativa, anche temporanea.

Nella deliberazione era stabilita l’adozione di un modello gestionale fondato sugli istituti della co-programmazione e della co-progettazione previsti dal D.Lgs. n. 117 del 2017 (codice del terzo settore o anche solo “Cts”) ed in particolare dall’art. 55 del medesimo.

In attuazione della succitata deliberazione, era adottato e reso pubblico un avviso di istruttoria pubblica per l’individuazione di soggetti del terzo settore disponibili alla co-progettazione ed alla co-gestione della Casa e ciò anche nell’ambito del finanziamento previsto dal PNRR – avviso 1/2022 Missione 5 “Inclusione e coesione”.

Presentavano domanda di partecipazione due raggruppamenti (RTI oppure ATI), uno facente capo a Medihospes Cooperativa Sociale (di seguito anche solo “Mcs”) e l’altro con capogruppo la Società Cooperativa Sociale Onlus Spazio Aperto Servizi (di seguito anche solo

“Sas”).

Mcs otteneva il punteggio complessivo di 82,00 punti, contro i 79,4 di Sas.

Quest'ultima proponeva di conseguenza il ricorso principale in epigrafe contro la determinazione dirigenziale n. 1438 del 2024 di approvazione dei verbali della commissione giudicatrice ed altri atti connessi, chiedendone altresì la sospensione.

Si costituivano in giudizio il Comune di Milano e Medihospes in proprio e quale capogruppo del RTI, concludendo entrambi per il rigetto del gravame.

Si costituivano in giudizio, trattandosi di una controversia in materia di PNRR (ai sensi dell'art. 12-*bis* del DL n. 68 del 2022 convertito con legge n. 108 del 2022; si vedano sul punto i documenti dal n. 1 al n. 5 depositati il 14.6.2024 dall'Avvocatura dello Stato), anche il Ministero dell'Economia e delle Finanze ed il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali.

All'udienza cautelare del 16.4.2024 la trattazione dell'istanza di sospensiva era rinviata a nuova data per consentire la proposizione di motivi aggiunti.

Sas depositava due successivi ricorsi per motivi aggiunti, rispettivamente in data 29 aprile e 31 maggio 2024, con nuova domanda cautelare.

In esito all'udienza in camera di consiglio del 18.6.2024, la Sezione fissava l'udienza di discussione con ordinanza n. 630 del 2024, senza ulteriore misura cautelare.

Contro la suindicata ordinanza Sas proponeva appello con istanza di misure cautelari monocratiche, ma quest'ultima istanza era respinta dal

Presidente della Sezione V del Consiglio di Stato con decreto n. 2991 del 31.7.2024.

Alla successiva udienza cautelare collegiale davanti al Consiglio di Stato del 29.8.2024, l'istanza di sospensiva era rinunciata.

Sas presentava però davanti al TAR Lombardia anche una domanda di riesame dell'ordinanza cautelare n. 630 del 2024, anch'essa con istanza di tutela monocratica.

Quest'ultima domanda era respinta con decreto del Presidente della scrivente Sezione II n. 837 del 30.7.2024, mentre alla successiva udienza cautelare collegiale del 6.9.2024 la sospensiva era rinunciata.

In data 31.7.2024 il Comune di Milano e l'ATI Mcs stipulavano la convenzione di co-progettazione.

Alla pubblica udienza del 17.9.2024 davanti al TAR, la causa era discussa e trattenuta in decisione.

DIRITTO

1A. In via preliminare pare utile riassumere, seppure per sommi capi, la disciplina normativa di cui viene fatta applicazione nella presente fattispecie.

Come noto, con D.Lgs. n. 117 del 2017 è stato approvato il codice del Terzo Settore (di seguito anche solo "Cts"), il quale all'art. 55 prevede che le amministrazioni pubbliche – fra cui i Comuni – possono realizzare con gli enti del Terzo Settore forme di co-programmazione, co-progettazione ed accreditamento, per l'individuazione dei bisogni da soddisfare, degli interventi necessari e delle modalità di realizzazione degli stessi.

La co-programmazione (art. 55 comma 2) è tesa ad individuare i bisogni

da soddisfare, gli interventi necessari, le modalità di realizzazione e le risorse disponibili.

La co-progettazione (art. 55 comma 3) serve a definire e a realizzare specifici progetti di servizio o interventi per soddisfare bisogni definiti, sulla base degli strumenti di programmazione.

Le amministrazioni (così il successivo art. 56) possono quindi stipulare convenzioni per lo svolgimento a favore di terzi di attività o servizi sociali di interesse generale, se più favorevoli rispetto al ricorso al mercato.

Gli articoli 55 e 56 citati delineano quindi un modello di gestione dei servizi fondato sul coinvolgimento attivo degli enti del Terzo Settore e tale modello è alternativo a quello caratterizzato dall'acquisizione di beni e servizi mediante lo strumento dell'appalto pubblico o della concessione di cui al vigente codice dei contratti pubblici (D.Lgs. n. 36 del 2023).

Infatti, l'art. 6 del succitato codice dei contratti (articolo rubricato "Principi di solidarietà e sussidiarietà orizzontale. Rapporti con gli enti del Terzo settore") consente alla pubblica amministrazione di utilizzare modelli organizzativi di amministrazione condivisa, senza alcun rapporto sinallagmatico e mediante condivisione con gli enti del Terzo settore di cui al Cts.

L'ultimo periodo del succitato art. 6 del D.Lgs. n. 36 del 2023 ha poi cura di specificare che gli istituti di cui al Titolo VII del Cts – Titolo comprendente i menzionati articoli 55 e 56 – non rientrano nel campo di applicazione del codice dei contratti pubblici.

La norma dell'art. 6 deve reputarsi espressione di due articoli della Costituzione:

- l'art. 2 che riconosce i diritti inviolabili dell'uomo non solo come singolo ma anche nelle "formazioni sociali" dove si svolge la sua personalità e che richiede l'adempimento dei doveri "inderogabili" di solidarietà sociale;
- l'art. 118 comma 4 sulla c.d. sussidiarietà orizzontale, in forza del quale lo Stato, le Regioni, le Città Metropolitane, la Province e i Comuni favoriscono l'iniziativa dei cittadini singoli e associati per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà.

Il principio di sussidiarietà trova anche un'esplicita menzione nell'art. 5 del Trattato sull'Unione Europea.

Nell'ambito del diritto euro-unitario, anche la direttiva UE n. 24 del 2014 ammette che specifici servizi siano sottratti al modello contrattuale; si vedano ad esempio l'art. 10 lett. h) della direttiva sulle specifiche esclusioni per gli appalti di servizi e l'art. 77 sugli appalti riservati per determinati servizi.

Sulla portata dell'art. 55 del Cts la Corte Costituzionale, con sentenza n. 131 del 2020, ha concluso che: *«Il citato art. 55, che apre il Titolo VII del CTS, disciplinando i rapporti tra ETS e pubbliche amministrazioni, rappresenta dunque una delle più significative attuazioni del principio di sussidiarietà orizzontale valorizzato dall'art. 118, quarto comma, Cost.»*, con la conseguenza che: *«Si instaura (...), tra i soggetti pubblici e gli ETS, in forza dell'art. 55, un canale di amministrazione condivisa, alternativo a quello del profitto e del mercato: la "co-programmazione", la "co-progettazione" e il "partenariato" (che può condurre anche a forme di "accreditamento") si configurano come fasi di un procedimento complesso espressione di un diverso rapporto tra il pubblico ed il*

privato sociale, non fondato semplicemente su un rapporto sinallagmatico».

Sulla base della citata pronuncia della Corte Costituzionale, il Consiglio di Stato, Sezione Consultiva per gli Atti Normativi, con parere n. 802 del 2022 ha evidenziato che: *«6.2. La sentenza n. 131 del 2020 dissipa, inoltre, anche il dubbio sulla compatibilità con il diritto euro unitario delle modalità di affidamento dei servizi sociali, previste dal Codice del terzo settore, avanzato da questo Consiglio nel richiamato parere n. 2052 del 2018, evidenziando che “lo stesso diritto dell’Unione ... mantiene, a ben vedere, in capo agli Stati membri la possibilità di apprestare, in relazione ad attività a spiccata valenza sociale, un modello organizzativo ispirato non al principio di concorrenza ma a quello di solidarietà”».*

Si configurano, di conseguenza, due modelli alternativi di gestioni dei servizi rivolti, come nel caso di specie, a soggetti in particolari condizioni di fragilità, sicché nel caso di utilizzo del modello previsto dal Cts, le norme sulla contrattualistica pubblica di cui al D.Lgs. n. 36 del 2023 non possono estendersi alla procedura di co-programmazione e di co-progettazione di cui al medesimo Cts.

1.1 Ciò premesso, nel primo motivo del ricorso principale (“A”), Sas sostiene che l’ATI prima classificata doveva essere esclusa per mancanza dei requisiti di ammissione previsti dal combinato disposto degli articoli 7 e 9 lett. b) dell’avviso di istruttoria pubblica (cfr. il doc. 3 della ricorrente, pagine 7 e 8).

L’art. 7 dell’avviso consente la partecipazione agli enti del Terzo Settore (di seguito anche solo “Ets”) come definiti dall’art. 4 del Cts.

L’art. 4 citato individua quali Ets quelli iscritti al registro nazionale del

Terzo Settore (RUNTS) previsto dall'art. 45 del Cts.

L'art. 9 lettera b) dell'avviso prevede, quale requisito di idoneità professionale, l'iscrizione al RUNTS avviato con Decreto Direttoriale del Ministero del Lavoro del 23.11.2021, fermo restando per le sole ONLUS il regime transitorio di cui all'art. 101, comma 3, del D.Lgs. n. 117 del 2017.

In ordine all'iscrizione al RUNTS, infatti, l'art. 101 del Cts ("Norme transitorie e di attuazione") prevede al comma 3 che, nelle more dell'istituzione del Registro, le associazioni e gli enti del Terzo Settore mantengono l'iscrizione prevista dalle normative di settore.

Orbene, si sostiene nel ricorso, considerato che il RUNTS è ormai operativo, non vi è ragione perché le Onlus non si debbano iscrivere al registro, per cui le Onlus non iscritte al RUNTS non possono considerarsi quali Ets ai sensi dell'art. 4 del Cts, dal che consegue che le stesse non possono prendere parte al procedimento di cui è causa avviato dal Comune di Milano.

Nell'ambito dell'ATI facente capo a Medihospes, rileva la ricorrente, ci sono tre Onlus che non sono iscritte al RUNTS, sicché l'ATI stessa non poteva essere ammessa.

La censura, per quanto suggestiva e ben argomentata, non convince il Collegio.

In relazione al regime transitorio di cui all'art. 101 comma 3 del Cts, deve rilevarsi che in effetti, con decreto ministeriale n. 106 del 15.9.2020, è stato disciplinato il RUNTS di cui all'art. 45 del Cts; tuttavia l'art. 34 del decreto (cfr. per lo stesso il doc. 16 del Comune, pag. 28/54) detta una peculiare normativa per gli enti iscritti all'anagrafe delle Onlus (cfr. il comma 3 dell'art. 34), le quali sono obbligate a

presentare la domanda di iscrizione al RUNTS fino al 31 marzo del periodo di imposta successivo all'autorizzazione della Commissione Europea di cui all'art. 101 comma 10 del Cts.

Quest'ultimo comma, sempre inserito nell'articolo sul regime transitorio del Cts, subordina l'efficacia di talune disposizioni del Codice all'autorizzazione della Commissione Europea ai sensi dell'art. 108, paragrafo 3, del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE, l'art. 108 riguarda in particolare il regime degli aiuti di Stato).

Considerato che l'autorizzazione della Commissione non è ancora intervenuta, non sussiste allo stato alcun obbligo per le Onlus di chiedere l'iscrizione al RUNTS, ben potendo le stesse mantenere l'iscrizione nel loro registro di settore.

Tale conclusione appare pacifica, anche per le Amministrazioni diverse dal Comune chiamate al controllo sulle Onlus e sugli Ets.

Si vedano in tal senso la nota del Ministero del Lavoro del 29.12.2021, che riconosce agli enti iscritti all'anagrafe delle Onlus la qualifica di Ets durante il periodo transitorio (cfr. il doc. 27 del Comune, pagine 3 e 4), e la nota della Città Metropolitana di Milano, gestore del RUNTS, del 1° dicembre 2023, che conferma che per le Onlus vale ancora il regime transitorio di cui al citato art. 101 del Cts (cfr. il doc. 26 del Comune).

Di conseguenza, considerato che attualmente le Onlus non hanno ancora un preciso obbligo di iscrizione al RUNTS, valendo ancora per le stesse il regime transitorio dell'art. 101 del Cts, la scelta del Comune di Milano di consentire la partecipazione a tutte le Onlus non appare certamente *contra legem* oppure illogica; al contrario l'eventuale divieto di partecipazione alle Onlus avrebbe ridotto in maniera irrazionale ed indiscriminata la platea degli Ets, precludendo all'Amministrazione

l'apporto di soggetti attivi nel terzo settore, quali sono appunto le Onlus stesse.

In conclusione, si conferma il rigetto del primo mezzo del gravame principale.

1.2 Nel secondo motivo di ricorso ("B") è lamentato l'asserito difetto di motivazione del provvedimento impugnato, per non avere la ricorrente ricevuto i verbali della commissione ed in genere gli atti della procedura. La censura è palesemente priva di pregio, posto che l'Amministrazione ha messo a disposizione dell'esponente tutti gli atti del procedimento, tanto è vero che l'istanza di accesso ex art. 116 del c.p.a. contenuta nel ricorso principale è stata rinunciata nel corso dell'udienza cautelare del 16.4.2024, durante la quale il difensore dell'esponente ha affermato di non avere più interesse all'accesso.

A fronte dell'ostensione dei documenti citati, sono stati proposti i motivi aggiunti.

1.3 Nel terzo mezzo di ricorso ("C") l'esponente sostiene che la procedura avviata dal Comune di Milano non avrebbe rispettato il principio di segretezza delle offerte richiamato all'art. 11 dell'avviso di istruttoria pubblica (cfr. ancora il doc. 3 della ricorrente).

Sul punto – e tale considerazione vale anche per tutte le altre censure contenute nel gravame – giova premettere che la presente procedura di co-progettazione di cui al D.Lgs. n. 117 del 2017 non deve essere confusa con i procedimenti di appalto disciplinati dal D.Lgs. n. 36 del 2023, come diffusamente sopra spiegato al punto 1A della presente narrativa.

Ne consegue che l'Amministrazione non è tenuta al rispetto letterale delle norme del codice dei contratti pubblici, ma che la stessa è vincolata

ai principi di trasparenza di cui alla legge n. 241 del 1990, quest'ultima del resto espressamente richiamata dall'art. 55 comma 1 del Cts.

Ciò premesso, a detta della ricorrente il principio di segretezza sarebbe stato violato in quanto il Comune ha consentito l'invio della domanda di partecipazione anche con due PEC (posta elettronica certificata), purché immediatamente consecutive, senza l'obbligo di accorgimenti tecnici volti a garantire la segretezza della PEC medesima.

La presente procedura non ha però carattere di procedura rigorosamente competitiva, caratterizzata dalla valutazione di offerte tecniche ed economiche predisposte unilateralmente ed in maniera vincolante dal partecipante, ma è volta alla scelta di uno o più soggetti del Terzo settore con cui intraprendere un'attività di collaborazione (co-programmazione e co-progettazione), sicché le esigenze di segretezza tipiche dei procedimenti sui contratti pubblici assumono in questa sede caratteri diversi e meno rigidi, per cui appare sufficiente l'invio tramite la semplice PEC.

La possibilità di inviare due PEC consecutive è poi finalizzata a permettere la trasmissione di domande particolarmente lunghe a causa degli allegati.

Del resto la stessa ATI ricorrente ha inviato due PEC proprio a fronte del volume degli allegati alla sua istanza di partecipazione.

L'esponente, inoltre, non offre alcun concreto elemento, neppure indiziario, per provare l'asserita violazione del principio di segretezza nel corso della procedura.

Il terzo motivo deve quindi rigettarsi.

1.4 Nel quarto mezzo ("D") è lamentata nuovamente l'illegittimità dell'intera procedura in quanto l'apertura delle offerte è avvenuta in

seduta pubblica tramite collegamento telematico con la piattaforma “Teams” e non in presenza fisica degli operatori partecipanti.

Anche tale doglianza è priva di pregio.

Fermo restando ancora quanto esposto sulla differenza dell’attuale procedimento con le ordinarie procedure di appalto, preme evidenziare che lo svolgimento delle gare mediante collegamento telematico da remoto è prassi molto diffusa e che la stessa non è di reale ostacolo alla partecipazione degli operatori, che possono in ogni caso intervenire e dettare le loro valutazioni e le loro eventuali obiezioni.

L’ATI ricorrente, del resto, ha partecipato alle operazioni seppure da remoto, senza sollevare obiezioni e senza chiedere alcun intervento in presenza alle operazioni stesse (cfr. il doc. 10 del Comune, copia del verbale della seduta pubblica del 6.2.2024).

Quanto poi alla circostanza che nel corso della seduta, alle ore 16.00, è entrato in stanza un esperto informatico (cfr. ancora il citato doc. 10 del resistente, pag. 4 di 7), la circostanza è agevolmente spiegabile con il fatto che erano sopravvenute talune difficoltà tecniche, peraltro prontamente risolte.

L’esperto informatico, il cui intervento è tutto sommato fisiologico nelle procedure telematiche, è in ogni caso vincolato al segreto, sicché il suo intervento non ha leso il principio di segretezza.

Anche il quarto motivo deve di conseguenza rigettarsi.

1.5 Nel quinto mezzo (“E”) viene denunciata la presunta illegittimità della procedura per violazione del principio di separazione fra offerta tecnica ed offerta economica.

Sul punto giova premettere che il suindicato principio trova senza dubbio applicazione nei procedimenti regolati dal codice dei contratti

pubblici – pur dovendo il principio stesso essere declinato secondo una logica di proporzionalità e ragionevolezza, si veda sul punto Consiglio di Stato, Sezione VII, sentenza n. 5789 del 2024 – ma non può estendersi ad una procedura di co-programmazione e di co-progettazione, nella quale la proposta dell'operatore Ets contiene sia la parte tecnica sia quella economica, da valutarsi congiuntamente.

Del resto lo stesso Ministero del Lavoro, nell'adottare le Linee Guida sull'applicazione degli articoli 55 e 56 del Cts con decreto n. 72 del 2021, ha espressamente stabilito che gli Ets devono formulare una proposta progettuale contenente le attività da svolgere e le risorse messe a disposizione, quindi senza alcuna rigorosa separazione fra proposta tecnica e proposta economica (cfr. il doc. 18 del Comune, pag. 13 delle Linee Guida allegate al decreto).

Il Piano Economico Finanziario (PEF) predisposto dal partecipante deve quindi indicare le risorse messe a disposizione dell'Amministrazione ed una stima dei costi di cui sarà chiesto il rimborso, posto che l'art. 56 comma 2 del Cts prevede il rimborso delle spese effettivamente sostenute e documentate.

Il progetto presentato deve quindi indicare le attività da svolgersi e le connesse risorse ed è destinato a confluire, al termine della co-progettazione, nel progetto definitivo predisposto congiuntamente dall'Amministrazione e dagli Ets.

Anche il quinto motivo deve pertanto rigettarsi.

1.6 Nel sesto mezzo ("F") Sas lamenta la genericità dei criteri di attribuzione del punteggio contenuti nell'avviso di istruttoria pubblica (si veda ancora il doc. 3 della ricorrente, art. 12, pagine 12 e 13).

Sul punto giova premettere che la predisposizione dei criteri di

attribuzione del punteggio costituisce in ogni modo manifestazione di discrezionalità dell'Amministrazione, censurabile soltanto in caso di evidenti errori o di manifesta illogicità, al pari del resto di quanto sostenuto dalla giurisprudenza amministrativa in tema di contratti pubblici.

Nel caso di specie, poi, trattandosi di una procedura di co-progettazione, i criteri valutativi non devono impedire il successivo sviluppo, d'intesa con l'Amministrazione, del progetto presentato dall'operatore, proprio perché la procedura delineata dall'art. 55 del Cts non ha carattere rigidamente competitivo ma collaborativo; soltanto nelle gare d'appalto il progetto è predisposto dal solo partecipante e la stazione appaltante può soltanto valutarlo ma non certo modificarlo o integrarlo.

Orbene, i criteri indicati nell'avviso non paiono generici o indeterminati, trattandosi complessivamente di dieci fra criteri e sub-criteri, fra l'altro piuttosto dettagliati (si pensi, a mero titolo di esempio, al criterio "A - Contesto Territoriale", dove viene specificato che occorre conoscere il contesto territoriale di riferimento soprattutto di Casa Jannacci, con un'analisi dei bisogni del territorio comprensiva di elementi qualitativi e quantitativi).

A ciò si aggiunga che l'avviso (cfr. il citato doc. 3, pag. 13) prevede una scala di valutazione con sei tipi di giudizi, da "Non valutabile" ad "Ottimo".

L'esponente lamenta in particolare la presunta illegittimità del criterio sulla "Aggregazione in ATI", che premia, fra l'altro, il numero di enti che compongono il raggruppamento.

Il criterio vuole però favorire il coinvolgimento del più ampio numero di Ets, senza contare che i due RTI parti del presente giudizio hanno lo

stesso numero di componenti, sicché la censura sotto tale profilo non appare neppure ammissibile.

Il sesto motivo deve quindi rigettarsi.

1.7 Nel settimo mezzo (“G”) Sas lamenta la radicale illegittimità della scelta comunale di indire una procedura ai sensi del D.Lgs. n. 117 del 2017.

Dopo una ricostruzione dell’evoluzione legislativa sul tema del rapporto fra Amministrazioni ed enti del Terzo settore, la ricorrente ricorda che la gestione della struttura di cui è causa era stata affidata dal Comune mediante un contratto di appalto ai sensi dell’abrogato codice dei contratti pubblici (D.Lgs. n. 50 del 2016).

In seguito l’Amministrazione ha invece optato per la co-progettazione di cui è causa.

Il servizio da gestire, secondo l’esponente, è rimasto però identico ed al nuovo operatore sarà riconosciuto un corrispettivo pari sostanzialmente al prezzo dell’appalto, mentre gli articoli 55 e 56 consentono solo il rimborso di costi fissi ed invariabili.

In pratica, a detta della ricorrente, un servizio come quello di cui è causa non potrebbe essere gestito secondo le regole del Cts, configurando di fatto un ordinario appalto di servizi.

Anche tale censura, per quanto suggestiva, non merita condivisione.

Premesso che la scelta del modello gestionale – contratto di appalto o procedura ex art. 55 del Cts – costituisce manifestazione di amplissima discrezionalità dell’Amministrazione, nel caso di specie il Comune ha indicato in una pluralità di suoi documenti la scelta del modello gestionale di cui al Cts.

Si vedano, in particolare:

- il Piano di Sviluppo del Welfare della Città di Milano per gli anni 2021-2023 approvato con deliberazione del Consiglio Comunale n. 99 del 2022 (cfr. il doc. 1 del Comune, si veda soprattutto il Capitolo 4 del Piano);
- il Regolamento sui rapporti fra il Comune e gli Ets approvato con deliberazione consiliare n. 45 del 2023 (cfr. il doc. 2 del Comune);
- la già citata (in FATTO) deliberazione di Giunta Comunale n. 1506 del 2023, costituente l'atto di indirizzo politico per la gestione della "Casa Jannacci" che opta per gli strumenti della co-programmazione e della co-progettazione (cfr. il doc. 4 del Comune).

L'avviso di istruttoria pubblica, inoltre (si veda ancora il doc. 3 della ricorrente, oltre al doc. 6 del Comune), individua con chiarezza i soggetti partecipanti (art. 7), l'oggetto che è costituito da un progetto di massima da sviluppare (articoli 3 e 5), mentre per quanto riguarda le risorse economiche, l'art. 6 dell'avviso prevede una serie di risorse messe a disposizione dal Comune ed il rimborso delle sole spese "effettivamente sostenute, rendicontate e documentate" (si veda anche l'art. 16 dell'avviso sulle rigorose modalità di rendicontazione, soggette a controllo anche della Corte dei Conti, trattandosi di un finanziamento PNRR).

In conclusione, il settimo motivo deve rigettarsi.

1.8 Nell'ottavo ed ultimo mezzo del gravame principale ("H") Sas denuncia l'illegittimità della procedura per l'omissione della co-programmazione e per avere il Comune individuato in maniera analitica la co-progettazione, escludendo così ogni fase collaborativa.

In ordine alla prima parte della censura, si rileva che l'art. 55 non impone l'obbligatorietà di una fase di co-programmazione anticipata a

quella di co-progettazione.

In altri termini, non esiste una rigida gerarchia fra le due attività, il che è del resto coerente con la necessaria flessibilità richiesta al modello gestionale di cui al citato art. 55.

Nel caso di specie, peraltro, la fase di co-programmazione ha avuto caratteri particolari, posto che la struttura da gestire era già esistente e che erano comunque noti i bisogni da soddisfare; peraltro il Comune ha proceduto ad individuare gli interventi e la loro modalità di realizzazione con gli atti succitati al punto 1.7 (si vedano i documenti del Comune dal n. 1 al n. 4).

Quanto poi al contenuto della co-progettazione, l'avviso di istruttoria pubblica (si veda ancora il doc. 3 della ricorrente) non prevede una analitica disciplina del contenuto del piano da presentarsi, bensì la redazione di un progetto di massima da svilupparsi successivamente fino al progetto definitivo (si vedano in particolare gli articoli dal n. 3 al n. 5 e n. 13 dell'avviso).

Anche la scheda tecnica di progetto costituente l'allegato n. 4 all'avviso, pur riportando una serie di indicazioni sul servizio e sulla struttura da gestire, consente lo sviluppo della successiva attività di co-progettazione (cfr. il doc. 3 *decies* della ricorrente ed il doc. 6 del Comune).

In conclusione, devono rigettarsi l'ottavo motivo e l'intero ricorso principale.

2. Il primo ricorso per motivi aggiunti contiene una sola censura (motivo n. 9 lettera "I"), dove si lamenta l'illegittimità dell'intera procedura per l'asserita violazione di quanto previsto nella deliberazione di Giunta n. 1506 del 2023 e quindi per inosservanza del principio dell'autovincolo.

Secondo la ricorrente, l'avviso di istruttoria pubblica approvato con

determinazione dirigenziale avrebbe violato l'atto di indirizzo politico della Giunta, prevedendo una modalità di svolgimento della procedura in contrasto con l'atto della Giunta stessa.

Infatti, continua l'esponente, l'avviso prevede una prima fase della procedura – distinta con la lettera A) – di carattere selettivo e competitivo, mentre l'art. 55 del Cts esclude il carattere competitivo della procedura.

Sul punto occorre rilevare che la deliberazione di Giunta è – appunto – un atto di indirizzo politico, che non fa venire meno l'autonomia e la competenza dei dirigenti nell'assumere gli atti di gestione, secondo il modello dell'art. 107 del D.Lgs. n. 267 del 2000 (Testo Unico degli enti locali o TUEL).

La deliberazione di Giunta, inoltre, non indica in dettaglio i caratteri della procedura ma si limita a prevedere un "approccio non competitivo" con gli Ets (cfr. il doc. 4 del Comune, pag. 4 punto 2).

Ciò premesso, l'avviso di istruttoria prevede in effetti una prima fase procedurale di carattere selettivo per la scelta dell'Ets – singolo o associato – più idoneo allo sviluppo dell'attività di co-progettazione (cfr. l'art. 10 lett. A del doc. 3 della ricorrente, pagine 8 e 9).

A tale fase farà seguito quella vera e propria di co-progettazione (si veda l'art. 10 lett. B dell'avviso di istruttoria pubblica), a quella succederà quella conclusiva di stipulazione della convenzione (art. 10 lett. C dell'avviso).

La fase preliminare di scelta dell'Ets (o degli Ets riuniti) è però di fatto inevitabile, in quanto si tratta di selezionare, fra le varie proposte trasmesse all'Amministrazione, quella maggiormente rispondente alle esigenze di quest'ultima.

La fase di selezione preliminare dovrà necessariamente rispettare i principi di trasparenza, di pubblicità e di non discriminazione di cui alla legge n. 241 del 1990, dovendo comunque il Comune scegliere con trasparenza e sulla base di criteri predeterminati il soggetto del Terzo settore con cui avviare la co-progettazione (cfr. l'art. 12 della legge n. 241 del 1990, che impone la predeterminazione dei criteri e delle modalità di attribuzione di vantaggi economici e si ricordi che nel modello dell'art. 55 succitato gli Ets otterranno in ogni caso il rimborso delle spese effettivamente sostenute).

Nel caso di specie, pertanto, l'Amministrazione ha previsto e disciplinato una fase di individuazione degli Ets con criteri di trasparenza.

Il primo ricorso per motivi aggiunti deve quindi rigettarsi.

3. Il secondo ricorso per motivi aggiunti contiene quattro censure (motivi dal n. 10 al n. 13, lettere da "L" ad "O"), tutte concernenti l'attribuzione dei punteggi alla proposta della ricorrente o a quella dell'altro RTI, attribuzione reputata illegittima sotto vari profili (cfr. il doc. 12 *d* del Comune per le tabelle riepilogative dei punteggi assegnati con le relative valutazioni).

Sul punto preme dapprima evidenziare che, in tema di attribuzione del punteggio tecnico nelle gare di appalto, la giurisprudenza amministrativa rileva pacificamente che tale attribuzione costituisce manifestazione di discrezionalità tecnica della stazione appaltante, censurabile soltanto in caso di evidenti errori o manifesta illogicità, non potendo il partecipante alla gara pretendere di sostituire la propria personale valutazione a quella dell'Amministrazione aggiudicatrice.

Le conclusioni cui è giunta la giurisprudenza in punto di contratti

pubblici possono tutto sommato essere estese anche alla presente fattispecie, ancorché il Comune si è avvalso del differente modello procedimentale di cui al più volte citato art. 55 del Cts.

3.1 Nel motivo n. 10 (“L”) Sas evidenzia dapprima che il PEF presentato da Mcs non rispetterebbe le previsioni degli articoli 6 e 11 dell’avviso di istruttoria, sicché la proposta di Mcs doveva essere esclusa o comunque non avrebbe potuto ottenere il punteggio assegnatole dalla commissione, pari a otto.

Secondo l’esponente, il PEF di Mcs (cfr. il doc. 29 della ricorrente) conterrebbe una serie di voci destinate a finanziare esclusivamente la stessa ATI e prive pertanto di collegamento con il progetto di gestione della struttura.

Sul punto occorre premettere che nella procedura in esame il PEF non costituisce un documento da valutare a sé stante (come l’offerta economica nei contratti pubblici), bensì da considerarsi unitamente al progetto presentato, dovendo riportare la mera stima dei costi progettuali.

Dopo lo sviluppo della co-progettazione si perverrà al progetto definitivo, con l’allegato PEF (si veda l’art. 10 dell’avviso, punto 5, in forza del quale soltanto al termine della co-progettazione il piano economico sarà definito nel dettaglio).

Il PEF presentato dall’ATI deve quindi essere valutato complessivamente in rapporto al progetto, mentre la pur abile difesa della ricorrente atomizza, per così dire, le singole voci di costo.

Ad ogni buon conto, con riferimento alle specifiche censure, si evidenzia quanto segue.

Le spese per la formazione del personale sono state valutate

dall'Amministrazione come coerenti con il progetto; del resto la formazione dei soggetti preposti al servizio è necessaria per la buona esecuzione del progetto.

Anche la voce di costo per la cancelleria, non coperta da finanziamento pubblico, non risulta incoerente rispetto alle attività ludiche e ricreative previste in progetto.

L'inserimento delle due succitate voci di costo nell'ambito del PEF non risulta quindi avulsa dalle attività da svolgere in base al progetto.

Analoghe considerazioni possono essere fatte per altre voci di costo comunque riconducibili alla gestione, quali i due eventi per anno di catering, l'affitto degli uffici di Medihospes e le spese accessorie dei referenti (ad esempio, biglietti, parcheggi e trasferte): si tratta di spese coerenti con le finalità di progetto, visto anche che l'avviso non ne vietava l'inserimento nel PEF.

Il criterio valutativo "D" legato al PEF (cfr. il doc. 3 della ricorrente, pag. 13) imponeva alla commissione di valutare la completezza del PEF, il dettaglio e la disaggregazione delle principali voci di costo e la coerenza fra la previsione dei ricavi e la sostenibilità del progetto.

L'esponente lamenta anche, in relazione al proprio PEF, l'erroneità del punteggio assegnato (pari ad otto, come del resto per il PEF di Msc), rivendicando invece il punteggio massimo di 10 previsto dall'avviso di istruttoria.

La commissione, tuttavia, sempre nell'ambito dell'ampia discrezionalità da riconoscerle, pur avendo attribuito un giudizio lusinghiero al PEF della ricorrente (buono) non ha ritenuto di assegnare il massimo punteggio e tale valutazione non appare manifestamente erronea.

In conclusione, il motivo n. 10 deve rigettarsi.

3.2 Nel mezzo di gravame n. 11 (“M”) l’esponente elenca quelle che, almeno a suo dire, costituiscono incongruenze della proposta progettuale di Mcs (si veda per quest’ultima il doc. 27 della ricorrente ed il doc. 22 del Comune).

Le prime doglianze (dal n. 3 al n. 11 del motivo) attengono alle figure professionali indicate al punto B.2 della proposta, punto che sarebbe incongruente con la parte D.1 del PEF riportante il costo del personale (cfr. il doc. 22 del Comune).

In altri termini, non vi sarebbe un rigoroso allineamento fra le figure professionali proposte, i loro costi ed il monte ore di impiego.

Sulla questione si deve dapprima rilevare, richiamando quanto sin d’ora esposto, che la proposta progettuale ha il carattere di progetto di massima, indicando una serie di figure professionali suscettibili di utilizzazione nello svolgimento del servizio, considerando che il concreto sviluppo della proposta progettuale e del connesso PEF avverrà durante la vera e propria fase di co-progettazione di cui all’art. 10 dell’avviso di istruttoria.

Fermo restando quanto sopra esposto, si deve altresì rilevare che:

- il numero di infermieri è indicato da Mcs in quattro e non in cinque (cfr. ancora il doc. 22 del Comune, pag. 10 di 36);
- sul numero dei mediatori, il commento al PEF contiene un errore materiale ed il monte ore settimanale dei mediatori è di 114 ore;
- gli assistenti sociali di Mcs sono sette e non sei, il settimo è anche coordinatore delle politiche attive ed è indicato al punto 1.1.9 del PEF;
- l’educatore finanziario è la dr.ssa Simona Angelillo, come risulta dall’Allegato 1 di dettaglio della proposta (cfr. anche il doc. 1 della controinteressata depositato il 15.6.2024);

- il numero degli educatori è otto, con una stima di 38 ore settimanali per ciascuno, quanto all'educatore per le politiche attive lo stesso è indicato a pag. 28 della proposta progettuale;
- nella stima del costo degli OSS (operatori socio sanitari) è stato commesso un errore di calcolo, fermo restando però che il rimborso dei costi riguarderà solo quelli effettivamente sostenuti;
- sempre con riguardo agli OSS, si rileva che tutti hanno ricevuto la formazione per la gestione dell'alto rischio (punto 1.1.14 del commento al PEF, pag. 31 del progetto);
- le ore per il pedagoga sono effettivamente 15 e non 4.

Sas lamenta anche incongruenze nei costi nella tabella A2.2 sulla valorizzazione del patrimonio immobiliare, con riguardo alle spese per l'allestimento degli spazi di accoglienza e a quelle l'allestimento dell'infermeria.

Per queste ultime, però, la stessa ricorrente ammette un disallineamento per soli 104,00 (centoquattro/00) euro, che appare oggettivamente irrilevante.

Quanto alle prime spese, la differenza è di circa 19.000,00 euro e non pare rilevante alla luce del più volte ricordato carattere di massima del progetto; la stessa si spiega con la circostanza che Mcs ha previsto un aumento del 17% per il reintegro dei materassi.

In definitiva, il motivo n. 11 ("M") deve respingersi.

3.3 Nel mezzo n. 12 ("N") Sas lamenta in primo luogo l'attribuzione all'ATI prima classificata di 4,8 punti (giudizio "buono") per il criterio B.2 relativo ai profili professionali.

Al contrario, la ricorrente ha ottenuto 4,2 punti, pari al giudizio "discreto".

L'esponente richiama dapprima quanto già indicato al motivo n. 11 ("M") sulle asserite incongruenze del PEF e sul punto il Collegio evidenzia, per ragioni di economia espositiva, quanto già riferito al punto 3.2 della presente narrativa.

Sas rileva ancora che nella sua proposta, Mcs riporta i titoli di studio delle varie figure ma non le loro competenze specifiche.

Queste ultime sono state dettagliate da Mcs in un documento allegato alla proposta e denominato "Dettaglio Professionalità" (cfr. per lo stesso il doc. 28 della ricorrente).

Tale modalità, secondo l'esponente, sarebbe illegittima, in quanto sarebbe stato consentito alla controinteressata una inammissibile integrazione della propria proposta.

Anche tale doglianza non merita condivisione.

Nella sua proposta Mcs ha indicato con precisione i singoli profili professionali, i loro titoli di studio, la formazione e l'esperienza acquisita (si veda ancora il doc. 22 del Comune); tuttavia, di fronte alla difficoltà di aggiungere nella proposta informazioni di maggiore dettaglio con gli annessi documenti (si pensi ai *curricula*), Mcs ha formulato richiesta di chiarimenti e l'Amministrazione (cfr. il doc. 5 della ricorrente, chiarimento n. 4) ha consentito all'Ets di allegare documenti esplicativi, fermo restando che la valutazione dell'Amministrazione avrebbe riguardato la parte descrittiva ed economica della proposta.

Il chiarimento deve intendersi nel senso che i documenti aggiuntivi devono avere un valore integrativo ed esplicativo, senza addurre elementi di novità o di modifica del progetto.

In tal senso, Mcs si è limitata (si veda ancora il doc. 28 della ricorrente), ad un'attività di chiarimento e di specificazione, senza alcuna modifica

della proposta, il che esclude l'illegittimità della condotta dell'Amministrazione nell'attribuzione del punteggio.

Il motivo n. 12 deve quindi rigettarsi.

3.4 Nel mezzo n. 13 (lettera "O") Sas censura l'attribuzione del punteggio per il criterio B.3 che premia l'esperienza di rete di collaborazioni già attive o che il candidato dichiara di potere attivare.

Per tale criterio Mcs ha ottenuto 4,8 punti, pari al giudizio di "buono", al pari della ricorrente.

Mcs ha elencato 74 enti ma, a detta della ricorrente, alcuni di questi non sono idonei a creare "rete" oppure non sono pertinenti con le finalità del progetto di cui è causa.

Ad esempio, sempre secondo Sas, non possono creare "rete" gli enti pubblici fra cui lo stesso Comune di Milano oppure le ATS (Agenzie di Tutela della Salute) e le Aziende Socio Sanitarie Territoriali (ASST), vale a dire le vecchie ASL con le annesse aziende ospedaliere.

Per taluni enti quali l'ANPI o il Parco Certosa, Sas dubita della rilevanza dell'attività svolta da Mcs rispetto agli obiettivi di "Casa Enzo Jannacci".

L'esponente rileva ancora come appaiono insufficienti le lettere di intenti ed i protocolli con enti depositate da Mcs, a fronte invece delle numerose lettere prodotte da Sas.

Sul punto occorre evidenziare che:

- i singoli enti pubblici preposti ad attività di assistenza sociale, come i Comuni, o sanitaria come le ASST possono stipulare singoli accordi ed avviare specifici progetti con gli Ets, per cui gli enti stessi possono rientrare nella nozione di "rete" prevista dall'avviso di istruttoria;
- anche enti e istituzioni operanti in ambiti diversi da quello sociale e

sanitario, si pensi ad un Ente Parco, possono però essere coinvolti in progetti educativi e di volontariato da destinarsi agli ospiti di “Casa Enzo Jannacci”, i quali necessitano certamente di assistenza socio-sanitaria ma anche di attività in senso lato educative a loro favore.

L'attribuzione del punteggio per il citato criterio B.3 non implica però valutazioni di tipo strettamente quantitativo ma qualitativo, per cui sotto tale profilo la scelta della commissione non appare manifestamente illogica o erronea.

Ne conseguono il rigetto anche del secondo ricorso per motivi aggiunti e quindi dell'intero gravame in epigrafe.

4. La declaratoria di complessiva infondatezza del ricorso e dei motivi aggiunti, per le ragioni sopra esposte, implica l'integrale rigetto della domanda di risarcimento dei danni proposta dalla ricorrente.

5. Le spese di lite possono essere interamente compensate, attese l'assoluta novità e la rilevante complessità delle questioni dedotte in giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li respinge in ogni loro domanda.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 17 settembre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Maria Ada Russo, Presidente

Giovanni Zucchini, Consigliere, Estensore

Stefano Celeste Cozzi, Consigliere

L'ESTENSORE
Giovanni Zucchini

IL PRESIDENTE
Maria Ada Russo

IL SEGRETARIO