

Pubblicato il 24/03/2017

N. 00109/2017 REG.PROV.COLL.  
N. 00224/2016 REG.RIC.

 logo

**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 l' Abruzzo**

**sezione staccata di Pescara (Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 224 del 2016, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Polis Società Cooperativa Sociale, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Eugenio Dalli Cardillo, con domicilio eletto presso lo studio Marco Coco in Pescara, via Firenze 10;

*contro*

Comune di Pescara, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Marco De Flaviis, con domicilio eletto presso il suo studio in Pescara, Ufficio Legale Comune;

*nei confronti di*

Parsifal Consorzio di Cooperative Sociali - Società Cooperativa Sociale Onlus, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Antonio Ascenzi, con domicilio eletto presso lo studio Giulio Cerceo in Pescara, viale G.

D'Annunzio, 142;

Orizzonte - Società Cooperativa Sociale non costituito in giudizio;

*per l'annullamento*

della determinazione n. 172 del 20 maggio 2016 con la quale il Responsabile del Settore Politiche Sociali del Comune di Pescara ha aggiudicato in via definitiva alla società controinteressata la procedura aperta per l'affidamento del servizio di assistenza domiciliare in favore di cittadini del Comune; della nota in pari data con la quale si è comunicata alla società ricorrente la suddetta aggiudicazione definitiva; del verbale di gara n. 11 del 06.04.2016 con la quale la commissione di gara ha aggiudicato provvisoriamente il servizio; nonché i verbali di gara nn. 1 e 2 del 21.04.2016, nn. 3 e 4 del 22.04.2016, n. 5 del 26.04.2016, n. 6 del 27.04.2016, n. 7 del 28.04.2016, n. 8 del 29.04.2016, n. 9 del 03.05.2016 e n. 10 del 05.05.2016; nonché di ogni altro atto presupposto, connesso e conseguente, tra cui il diniego del 6 maggio 2016 di rilascio di copia integrale dell'offerta progettuale del Consorzio Parsifal.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Pescara e di Parsifal Consorzio di Cooperative Sociali - Società Cooperativa Sociale Onlus;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 febbraio 2017 il dott. Alberto Tramaglino e uditi l'avv. Eugenio Dalli Cardillo per la ricorrente, l'avv. Marco De Flaviis per il Comune resistente, l'avv. Antonio Ascenzi per la controinteressata;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1 – Costituiscono oggetto di impugnazione gli atti della procedura aperta indetta dal Comune di Pescara per l'affidamento del servizio di assistenza domiciliare in favore dei cittadini, di durata annuale e per un importo complessivo presunto pari ad € 1.400.000,00 oltre IVA, da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'art. 83 del T.U. 163/2006.

La società ricorrente, all'epoca gestore del servizio fino al 30 giugno 2016 e classificata al secondo posto della graduatoria, premesso che non le è stato consentito l'accesso integrale all'offerta tecnica dell'aggiudicataria, con il ricorso introduttivo ha dedotto che il Consorzio Parsifal doveva essere escluso dalla gara in quanto:

- i costi per la sicurezza (ai sensi dell'art. 10.3 del disciplinare di gara nell'offerta economica doveva essere tra l'altro indicato: “importo relativo ai costi interni per la sicurezza dell'appalto in oggetto, ricompresi nel prezzo complessivo offerto, che deve risultare congruo rispetto all'entità e alle caratteristiche del servizio...”) sono stati quantificati dall'aggiudicatario in € 9.600, misura che sarebbe incongrua in quanto ne deriva un onere pro-capite pari a € 118,51, inferiore a € 150,00 per addetto che costituirebbe il costo annuo minimo aziendale ai sensi del d.m. 17 marzo 2008;

- una delle cooperative consorziate (Orizzonte) non avrebbe il requisito di iscrizione alla Camera di Commercio per la “specifica attività di impresa corrispondente a quella oggetto del presente appalto”, obbligo esteso alle consorziate indicate quali esecutrici del servizio oggetto dell'appalto (“Nel caso di consorzi di cui all'art. 34,

comma 1, lettere b) e c) del Codice, le dichiarazioni di cui ai punti 1-2-3-4-5-6-7-8-9-10-11-12-13-14-15-16-17-18-19-20-21 - 22 -27 - 29 - 32 - 33 - 34 - 35 e 36, dovranno essere rese, pena l'esclusione, anche dai consorziati per i quali il consorzio concorre”: pag. 15 del disciplinare).

In subordine, viene chiesto l'annullamento dell'intera procedura in base al rilievo che il seggio di gara, peraltro costituito dal solo Responsabile dell'ufficio in assenza di un formale provvedimento di nomina, che avrebbe dovuto esaminare la sola documentazione amministrativa ai sensi della determinazione n. 134 del 19.04.2016, con cui è stato disposto “di demandare al Settore Contratti Pubblici la costituzione di un seggio di gara per l'esame della documentazione amministrativa (Busta A)”, ha invece proceduto anche all'apertura e alla verifica dell'integrità e del contenuto delle buste delle offerte tecniche. Pertanto, risulterebbe dimostrato per tabulas che, in violazione delle disposizione a cui la stessa Stazione appaltante si era autovincolata ed in particolare del dettato normativo di cui all'art. 283, comma 2 del D.P.R. 207/2010, secondo il quale "la commissione, costituita ai sensi dell'art. 84 del codice, ... apre in seduta pubblica i plichi contenenti le offerte tecniche al fine di procedere alla verifica della presenza dei documenti prodotti", il Responsabile del Settore Contratti Pubblici ha eseguito operazioni di gara che esulavano dai compiti che erano stati allo stesso affidati.

Viene da ultimo censurato il diniego di accesso all'offerta tecnica dell'aggiudicataria.

2 – Il Comune nelle sue difese ha sostenuto l'infondatezza delle censure in quanto:

- dalla normativa di settore non deriva alcun obbligo di assumere un costo minimo unitario di E. 150,00 per oneri di sicurezza, la cui congruità va invece valutata in relazione all'offerta complessiva;
- la consorziata coop. Orizzonte ha un oggetto sociale che risponde in pieno al servizio assistenziale richiesto;
- il Responsabile del Servizio si è limitato, in seduta pubblica, ad aprire la busta dell'offerta tecnica e ad elencarne il contenuto, onde verificare la presenza dei documenti prodotti, e quindi ad un'attività di mera verifica formale, non riservata alla commissione.

Analoghe le deduzioni della controinteressata, che sul primo motivo ha segnalato la estraneità del DM 17 marzo 2008, riguardante i servizi di pulizia, dato che il settore in questione è regolato dal DM 10 marzo 2013, che –al contrario del primo- non prevede un costo minimo aziendale per la sicurezza.

3 – Con ordinanza 307/2016 è stato disposto il deposito in giudizio delle parti omesse dell'offerta tecnica dell'aggiudicataria, adempimento effettuato il 19 settembre 2016.

Da ciò i motivi aggiunti, con cui è stata dedotta la indeterminatezza dell'offerta dell'aggiudicataria in quanto carente dell'indicazione del numero degli operatori da impiegare per lo svolgimento del servizio, con conseguente necessità di escludere la medesima e comunque di azzerare il punteggio assegnatole in relazione ai parametri qualitativi n. 2, 3, 4. Viene ulteriormente sostenuto che la mancata assunzione di un impegno relativo alla dotazione organica sarebbe suscettibile di determinare danni erariali.

Ha replicato con memoria il Comune sostenendo:

- che la normativa di gara non contiene alcuna previsione che stabilisca l'obbligo del concorrente di indicare il numero degli addetti da impiegare nell'esecuzione dell'appalto;
- i criteri sono volti alla valutazione del modello organizzativo proposto in funzione di precisi parametri, nessuno dei quali fa riferimento al numero degli addetti. Il numero degli operatori risulta peraltro predeterminato dall'obbligo di riassorbire il personale del gestore uscente ex art. 37 CCNL cooperative.

Tali questioni sono state ulteriormente puntualizzate dalle parti all'udienza di discussione.

4 – Va innanzitutto dichiarata l'improcedibilità della domanda di accesso, superata dalla suddetta ordinanza resa in sede cautelare e dal successivo adempimento da parte del Comune.

4.1 - Il primo motivo è infondato in quanto interamente basato sull'assunto di una previsione normativa che fisserebbe gli oneri per la sicurezza nella misura unitaria minima di 150 Euro. Come invece dedotto dalle parti resistenti, il richiamato DM del 2008 è estraneo alla fattispecie avendo lo stesso ad oggetto servizi diversi da quello messo in gara. Pur ammesso che talune voci di costo possano essere analoghe indipendentemente dalla categoria di appartenenza dei lavoratori, come deduce la ricorrente in memoria, resta il fatto che per il settore in esame non risulta predeterminato un costo minimo unitario, sicché sussisteva l'onere di allegare una concreta analisi dei costi atta a far emergere la manifesta incongruità, “rispetto all'entità e alle caratteristiche del servizio”, degli oneri dichiarati dalla controinteressata. Anche il riferimento al costo indicato dalla stessa ricorrente (E. 13.200) è del resto da solo inidoneo ad evidenziare tale palese incongruità.

4.2 - Risulta generico il secondo motivo, risolvendosi lo stesso nell'elencazione delle prestazioni che compongono il servizio da erogare (indicate in via esemplificativa dall'art. 5 del c.s.a.) e nella riproduzione dell'oggetto sociale della Cooperativa Orizzonte risultante da visura camerale, senza che dal mero confronto tra i due elenchi di attività emergano le ragioni per cui tale oggetto non sarebbe corrispondente al servizio da affidare.

La dedotta "non corrispondenza" tra i due gruppi di attività doveva essere a maggior ragione specificata alla luce del fatto che tra le attività sociali della cooperativa è espressamente inclusa l'assistenza domiciliare (lett. e) e tenuto conto dei chiarimenti forniti dalla s.a. sui "servizi analoghi" a quello messo in gara (v. doc. 16 ric., risposte ai quesiti 1 e 3) in relazione alle attività di cui alla lettera d) del suddetto estratto camerale.

Non integra, del resto, una specifica censura l'affermazione che il servizio "rischia di essere affidato ad un soggetto privo di qualunque esperienza in materia", privo di "disponibilità ... di uno specifico fatturato nel settore" (pag. 13 della memoria), in quanto non supportata da allegazioni in fatto e in diritto riguardo alla dichiarazione della stessa consorziata di avvalersi, "ai sensi dell'art. 35 del D. Lgs, 163/2006, in ordine ai requisiti di carattere tecnico-organizzativo ed economico-finanziario, ... di quelli dichiarati e/o dimostrati dal suddetto Consorzio".

4.3 – Si ritiene a questo punto di passare all'esame dei motivi aggiunti, dato che il residuo motivo del ricorso introduttivo è logicamente subordinato a quelli preordinati all'estromissione della controinteressata dalla gara.

Va quindi preliminarmente rilevato che l'ordinanza 149/2016, nel respingere la domanda cautelare, ha prospettato la tardività dei motivi aggiunti, punto non toccato dall'ordinanza 5001/2016 con cui il Consiglio di Stato, "considerato che la delicata questione concernente l'individuazione delle risorse preposte allo svolgimento del servizio messo a gara necessita di un adeguato approfondimento di merito", ha disposto la trasmissione per la sollecita fissazione dell'udienza di merito ai sensi dell'art. 55, comma 10, cod. proc. amm.

Al riguardo si osserva che non risulta la proposizione di un'eccezione di irricevibilità, né la tardività emerge dagli atti, non essendo contestata la deduzione della ricorrente che il (preteso) vizio oggetto dei motivi aggiunti fosse conoscibile solo attraverso l'esame gli atti depositati il 19 settembre 2016 a seguito dell'ordinanza 307/2016. I motivi aggiunti devono quindi ritenersi tempestivi in quanto notificati (26 settembre) abbondantemente entro il termine di 30 giorni dall'acquisita conoscenza dell'offerta tecnica dell'aggiudicataria nella sua interezza.

4.4 - I predetti motivi aggiunti sono comunque infondati.

Va precisato che il progetto tecnico dell'aggiudicataria prevede una serie di figure professionali (referente, responsabile, coordinatore, psicologo, ecc.) con indicazione del titolo di studio e della specifica esperienza lavorativa del personale addetto. Al contrario della ricorrente, che ha allegato alla sua proposta l'elenco nominativo degli operatori socio-sanitari (OSS) e socio-assistenziali da utilizzare (che coincide con il personale in servizio) con indicazione dell'esperienza professionale di ciascuno, la controinteressata si è limitata a specificare il titolo di studio e di qualifica degli operatori che avrebbe

impiegato, precisando che gli stessi “avranno almeno un’esperienza triennale”, senza tuttavia fornirne l’elenco o indicarne il numero. È dunque a queste ultime figure che si riferiscono i motivi in esame.

L’obbligo di indicare il numero degli addetti al servizio tuttavia non si evince dall’art. 8 del Capitolato Speciale di Appalto, essendo invece richiesto dalla disposizione che l’aggiudicatario (e non il concorrente) disponga “di una dotazione di personale in quantità, qualificazione e profilo professionale adeguati a garantire un’efficace gestione”, sicché l’affermazione che quello in questione sarebbe “elemento essenziale dell’offerta” da indicare a pena di esclusione non trova conferma nella disciplina di gara. Lo stesso art. 8 impone, sempre “all’aggiudicatario”, entro 30 giorni dall’affidamento, di riassorbire il personale alle dipendenze del gestore uscente nonché di fornire l’elenco nominativo dell’ulteriore personale da impiegare nella gestione del servizio, rendendo così evidente che gli adempimenti diretti a comprovare l’adeguatezza della dotazione organica (in rapporto alle monte ore annuo da coprire) sono richiesti nella fase successiva a quella che si conclude con l’aggiudicazione.

Né può ritenersi che la mancata indicazione del numero degli addetti comportasse l’indeterminatezza dell’offerta. Anche in base alle considerazioni di cui ai punti successivi, dagli atti di gara, infatti, non emerge in alcun modo che quello in questione fosse un elemento essenziale ai fini dell’individuazione del contenuto dell’offerta, essendo le varie proposte invece caratterizzate dal modello organizzativo in funzione della copertura del servizio e del fabbisogno evidenziato negli atti di gara.

4.5 – Da altro profilo la ricorrente sostiene che, mancando il dato numerico in parola, la valutazione del modello organizzativo

proposto dalla controinteressata sarebbe impossibile rispetto ai parametri 2, 3 e 4 di cui all'art. 11 Disc., con conseguente illegittimità del punteggio attribuito.

Il criterio sub 2), “personale”, è relativo alla “qualificazione ed esperienza degli operatori”.

Ribadito che “qualificazione ed esperienza” sono indicate nell’offerta della controinteressata rispetto alle figure professionali diverse dagli operatori socio-sanitari e socio-assistenziali, riguardo a queste ultime va considerato che la c.d. clausola sociale impone all’aggiudicatario l’utilizzo del personale del gestore uscente e fa ritenere irrilevante, anche da questo aspetto, l’indicazione del numero degli operatori. Dall’obbligo di riassorbimento infatti discende che, pur nell’ambito di diversi modi di organizzazione del lavoro, in ogni caso l’aggiudicatario disporrà degli stessi operatori già in servizio, titolari nel loro complesso di una determinata professionalità a prescindere dall’impresa che li utilizza e da eventuali marginali variazioni del loro numero. Si tratta, in definitiva, di una componente neutra, che incide in maniera sostanzialmente identica sulle proposte dei singoli concorrenti e perciò priva di riflessi sul punteggio relativo a tale criterio, che invece deriva essenzialmente dalla qualificazione ed esperienza delle figure professionali che caratterizzano i vari modelli organizzativi proposti.

4.6 – Quanto al criterio 3, “efficacia e completezza degli argomenti formativi (correlati alla specificità del servizio)”, non è specificato cosa siano tali “argomenti formativi” né vi è alcuna deduzione riguardo alla proposta dell’aggiudicataria che sul punto prevede “un percorso formativo dalla durata di 100 ore articolato nelle seguenti

unità formative...”, la cui valutazione non si vede come potesse essere correlata all’indicazione del numero degli addetti.

Neanche il criterio 4, “gestione del personale e sue criticità (turn over)”, suddiviso in due sub-criteri [4.1 “modalità adottate per il contenimento del turn over degli operatori (anche per i casi di ferie, malattia, sciopero e/o altro evento che comporti la sostituzione)”]; 4.2 “organizzazione del personale impegnato nell’erogazione del servizio con particolare riferimento alle situazioni complesse”], rivolto a valorizzare taluni specifici aspetti del modello organizzativo proposto, mostra evidenti attinenze con il numero degli operatori, né la ricorrente specifica in che termini tale fattore fosse qui indispensabile ai fini dell’attribuzione del punteggio.

Anche tali censure risultano pertanto generiche e comunque di per sé inidonee a dimostrare il carattere essenziale dell’elemento in questione.

4.7 - Che quello in esame fosse elemento non essenziale anche ai fini della determinazione del corrispettivo dell’aggiudicataria è desumibile dal complesso degli atti di gara. L’atto con cui è stata determinata la base d’asta (determinazione 8 marzo 2016) precisa, infatti, che questa è stata stabilita nella misura oraria E. 17,84, comprensiva di spese generali e di produzione, “sulla base dei seguenti elementi: tipologia operatori necessari allo svolgimento del servizio: operatore socio assistenziale e assistente sociale per attività di coordinamento; ore richieste di attività: n. 78.475 annue ...” e a seguito di “rilevazione della tipologia del personale occorrente e del monte-ore richiesto per ciascuna qualifica” (p.to 4 disciplinare e doc. 15 ric).

La base d’asta, e quindi l’offerta, si forma, perciò, in base al numero di ore annue richieste a ciascuna qualifica e al relativo costo

complessivo, senza che in tale fase si manifesti la rilevanza di numero e nominativi degli operatori addetti.

L'obbligo che l'aggiudicatario si assume non è quindi quello di mettere a disposizione un certo numero di operatori (comunque in buona sostanza predeterminato dalle regole del settore) bensì di disporre di un modello organizzativo adeguato a coprire un determinato fabbisogno complessivo di ore annue. È vero che la prestazione richiesta "è caratterizzata dalla voce di costo concernente la manodopera" (p. 10 della memoria), ma resta il fatto che l'offerta scaturisce dal prodotto tra il fabbisogno di ore per anno e il loro costo unitario, sicché sono questi due elementi, non l'altro, a renderla "determinata". È dunque infondata l'affermazione della ricorrente che, in assenza di indicazione del numero degli addetti, si finirebbe per retribuire una prestazione indeterminata e gestibile dall'affidataria con ampi e non controllabili margini di elasticità. È vero invece che la proposta riguarda un modello organizzativo i cui tratti essenziali sono valorizzati attraverso i criteri di attribuzione del punteggio, da nessuno dei quali è desumibile la rilevanza del numero degli addetti ai fini dell'ammissione dell'offerta e della sua valutazione e risultando, anzi (art. 8 c.s.a., cit.), che il riscontro dell'adeguatezza "quantitativa" della dotazione organica rispetto al monte ore annuo viene effettuato dopo l'aggiudicazione, fase in cui si opera altresì la definizione della pianta organica con il riassorbimento del personale dell'ex gestore e l'eventuale ricorso a ulteriori dipendenti.

5 - Sul terzo motivo va premesso che con determinazione dirigenziale n. 134/PS del 19/04/2016 è stata nominata la Commissione giudicatrice ed è stato altresì stabilito "di demandare al Settore Contratti Pubblici la costituzione di un seggio di gara per

l'esame della documentazione amministrativa (Busta A)". La ricorrente lamenta che non è stato adottato alcun provvedimento di costituzione del "seggio di gara" e che il Responsabile del Settore Contratti Pubblici ha provveduto anche all'apertura e alla verifica dell'integrità e del contenuto delle buste delle offerte tecniche.

Che il predetto seggio sia andato oltre la verifica affidatagli sembra del tutto evidente, essendo questa esplicitamente riferita alla sola "documentazione amministrativa (Busta A)".

Non si ritiene, tuttavia, che ciò integri un vizio tale da comportare l'illegittimità dell'intera procedura. Che i principi di trasparenza, imparzialità e pubblicità, che la ricorrente richiama, non siano stati violati è innanzitutto desumibile dalla circostanza che l'apertura della busta delle offerte tecniche è stata effettuata in seduta pubblica nel rispetto di formalità e garanzie analoghe a quelle a cui sarebbe stata assoggetta la Commissione. Si è trattato, del resto, di operazione diretta al riscontro formale della presenza nei plichi della documentazione richiesta, priva di qualsiasi profilo valutativo, al termine della quale si è proceduto alle ulteriori operazioni finalizzate ad assicurare la conservazione e l'integrità dei plichi, anche queste del tutto analoghe a quelle che avrebbe posto in essere un diverso organismo. Nemmeno risulta che nel corso di tali operazioni le imprese abbiano fatto osservazioni o sollevato obiezioni, né in questa sede si deduce alcunché riguardo ad ipotetici vizi di tale fase.

Non vi è perciò alcuna evidenza che i principi di imparzialità, trasparenza e pubblicità siano stati messi in discussione dalle modalità di costituzione e dall'operato del seggio di gara e che ciò abbia prodotto un qualche concreto pregiudizio agli interessi delle imprese partecipanti.

Si versa, quindi, in fattispecie a cui possono a maggior ragione applicarsi i principi espressi da Cons. St., V, 27 gennaio 2016 n. 275 riguardo a buste delle offerte tecniche aperte in seduta riservata in procedura anteriore all'art. 12 del D.L. 52/2012: "Ritiene il Collegio che si sia di fronte proprio ad un caso tipico di applicazione del disposto di cui all'art. 21-octies, comma 2, prima parte, della l. n. 241-90, in quanto l'Amministrazione ha violato una regola procedimentale, previamente stabilita nella lex specialis, nel compimento di un atto vincolato (apertura delle buste), laddove è evidente ... che il risultato finale (ammissione dei concorrenti con quella documentazione reperita nelle buste) non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto verificatosi". Viene perciò richiamato l'onere del ricorrente di "dedurre in specifico tramite l'indicazione di indizi significativi" la "presenza di oggettivi dubbi documentati circa la non rispondenza del contenuto delle buste con quanto originariamente inserito", restando altrimenti escluso "che mere inosservanze procedimentali possano riverberarsi in termini di illegittimità e, quindi, di annullabilità degli atti di gara (o degli atti amministrativi tout court) ogni qualvolta non vi siano ripercussioni sostanziali sulla decisione assunta dall'Amministrazione, evitando quindi, i meccanismi perversi dell'automatismo illegittimità-annullabilità che comporterebbero gravi danni per l'interesse pubblico in omaggio ad una mera esigenza di adeguamento burocratico fine a se stesso".

Ne consegue il rigetto anche di quest'ultima doglianza.

6 – Ricorso e motivi aggiunti sono quindi infondati con conseguente rigetto della domanda di annullamento e di quelle dalla stessa dipendenti.

Le spese vanno compensate, tenuto conto dell'esito complessivo del giudizio e del fatto che l'impugnazione si è dovuta qui scindere, con connessi oneri, in due distinti atti, ricorso introduttivo e motivi aggiunti, a causa della conoscenza successiva di documenti prima segreti dall'amministrazione (su richiesta della controinteressata).

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo sezione staccata di Pescara, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo rigetta. Spese compensate.

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

Così deciso in Pescara nella camera di consiglio del giorno 24 febbraio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Amedeo Urbano, Presidente

Alberto Tramaglini, Consigliere, Estensore

Massimiliano Balloriani, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Alberto Tramaglini**

**IL PRESIDENTE**  
**Amedeo Urbano**

IL SEGRETARIO