

Publicato il 18/01/2017

N. 00062/2017 REG.PROV.COLL.
N. 01362/2016 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 la Toscana

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1362 del 2016, proposto da:
Società Cooperativa Sociale Nuova Sair Onlus, in persona del legale
rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea
Grazzini e Carmelo Barreca, con domicilio eletto presso lo studio
dell'avv. Andrea Grazzini in Firenze, piazza Vittorio Veneto, 1;

contro

Estar - Ente di Supporto Tecnico-Amministrativo Regionale, in
persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso
dall'avvocato Francesco Vallini, con domicilio eletto presso il suo
studio in Firenze, via del Parione 13;

Azienda Sanitaria Locale Toscana Centro, parte non costituita in
giudizio;

nei confronti di

Studio Auxilium - Infermieri e Professionisti Sanitari Associati
Stefano Chivetti - Leonardo Boni & Associati e Consorzio Hcm,

Cooperativa Sociale Libera Società Cooperativa, in persona dei rispettivi legali rappresentanti p.t., tutti rappresentati e difesi dagli avvocati Nicola Creuso, Nicola De Zan e Anna Valentina Laurini, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Eugenio Dalli Cardillo in Firenze, piazza Isidoro del Lungo 1;

per l'annullamento,

previa sospensione dei seguenti atti e/o provvedimenti:

- dei verbali di gara dell'8 febbraio 2016; 4 marzo 2016; 19 luglio 2016 e del verbale del 16 settembre 2016;
- di tutti verbali in seduta riservata di attribuzione dei punteggi all'offerta tecnica, ed in particolare, del verbale del 19 luglio 2016;
- del provvedimento del 19 settembre 2016, comunicato successivamente tramite pec in data 22 settembre 2016, con cui è stata aggiudicata in via definitiva all'ATI controinteressata la procedura aperta per l'affidamento del Servizio Infermieristico presso gli Istituti di pena della Toscana;
- ove occorra e nei limiti d'interesse del bando di gara, del disciplinare e del capitolato tecnico e normativo, ove da interpretarsi in senso conforme ai provvedimenti impugnati;
- ove occorra, dell'eventuale contratto sottoscritto con la controinteressata per l'affidamento del servizio;
- di ogni altro atto presupposto o consequenziale, allo stato non riconosciuto;

e per il riconoscimento

del diritto dell'odierna ricorrente al risarcimento in forma specifica, tramite aggiudicazione e stipula del contratto d'appalto, anche ove occorra tramite subentro al posto dell'ATI controinteressata nell'eventuale contratto medio tempore stipulato, ai sensi del

combinato disposto degli art. 121 e 122 del CPA, di cui si fa subordinatamente sin d'ora espressa e formale richiesta.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Estar - Ente di Supporto Tecnico-Amministrativo Regionale e dello Studio Auxilium - Infermieri e Professionisti Sanitari Associati Stefano Chivetti - Leonardo Boni & Associati, unitamente al Consorzio Hcm e alla Cooperativa Sociale Libera Società Cooperativa.

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 dicembre 2016 il dott. Giovanni Ricchiuto e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il presente ricorso la Cooperativa sociale Nuova Sair ha impugnato, unitamente agli atti presupposti, il provvedimento del 19/09/2016 con cui è stata aggiudicata la procedura aperta per l'affidamento del Servizio Infermieristico presso gli istituti di pena della Toscana per un importo a base d'asta di Euro 11.000.000,00 (undici milioni).

A seguito della pubblicazione del relativo bando di gara, e dell'esperimento delle relative procedure, risultava aggiudicataria l'ATI Auxilium, composta dallo Studio Auxilium, dal Consorzio HCM e dalla cooperativa sociale "Libera", con il punteggio pari a 100 (60 offerta tecnica e 40 prezzo), mentre l'ATI che vedeva come capogruppo mandataria la cooperativa Nuova Sair si classificava

come seconda, riportando il punteggio totale riparametrato di 84,59 (48 punti per l'offerta tecnica e 36,59 per l'elemento prezzo).

Nell'impugnare detto provvedimento di aggiudicazione la ricorrente sostiene che l'offerta dell'ATI Auxilium avrebbe dovuto essere esclusa e che, comunque, la Commissione avrebbe commesso alcune irregolarità nell'attribuzione dei relativi punteggi.

In particolare si sostiene l'esistenza dei seguenti vizi:

1. la violazione degli artt. 41 e 42 e 38 del D. Lgs n. 163/06, in quanto la controinteressata avrebbe compilato una falsa dichiarazione sul possesso dei requisiti di fatturato a partire dal 2011, considerando che la società cooperativa Elt (facente parte del Consorzio HCM) sarebbe stata costituita a partire dal 2012;
2. la violazione degli artt. 41, 42 e 38 del D Lgs 163/06, in quanto la dichiarazione sul fatturato sarebbe comunque invalida, non consentendo di comprendere se il requisito sia stato rispettato;
3. la violazione dell'art 38 del D. Lgs n. 163/06, in quanto risulterebbe omessa la dichiarazione ex art. 38 di alcuni soci dell'associazione professionale Auxilium;
4. la violazione dell'art. 38 del D. Lgs n. 163/06, in quanto la dichiarazione resa da Auxilium sui principali servizi svolti nel triennio anteriore alla pubblicazione del bando di gara, non consentirebbe di comprendere se gli stessi ricadano nel triennio utile;
5. per quanto concerne il punteggio attribuito all'offerta tecnica si sostiene la violazione dell'art. 97 Cost., dell'art. 1 prot. 1 CEDU in correlazione con gli artt. 13 e 6 CEDU;
6. per quanto concerne il procedimento di anomalia dell'offerta si sostiene la violazione degli artt. 86-87 del D. Lgs. n.163/06, in quanto l'ATI Auxilium non avrebbe previsto i costi per l'attivazione

del servizio infermieristico presso il Reparto Psichiatrico Maschile del carcere di Sollicciano di "*prossima apertura*".

Nel corso del giudizio si costituivano sia l'Estar in qualità di amministrazione aggiudicatrice sia, ancora, l'ATI Auxilium in qualità di soggetto controinteressato.

Entrambe dette parti contestavano le argomentazioni proposte, chiedendo il rigetto del ricorso in quanto infondato.

Nel corso della camera di consiglio dell'8 novembre 2016, a seguito della rinuncia dell'istanza cautelare, veniva fissata l'udienza pubblica del 20 dicembre 2016.

In detta udienza i difensori dell'amministrazione aggiudicatrice chiedevano il deposito anticipato del dispositivo, rispetto alla sentenza, ai sensi dell'art. 120 comma 9 del cpa.

In questi termini il ricorso veniva trattenuto per la decisione.

DIRITTO

1. Il ricorso è infondato e va respinto.

1.1 Con il primo, il secondo e il quarto motivo si sostiene che la società Elt (facente parte del Consorzio HCM) avrebbe compilato una falsa dichiarazione (che sarebbe comunque invalida o irregolare) sul possesso dei requisiti di fatturato riferiti ai servizi svolti a partire dal 2008 e dal 2011 e, ciò, considerando che la stessa società sarebbe stata costituita a partire dal 2012.

In realtà le argomentazioni della cooperativa Nuova Sair risultano smentite dall'esame del documento in questione dal quale è possibile evincere che la società Elt ha dichiarato i servizi analoghi riferiti agli anni a partire dal 2012 e fino al 2014 così come richiesto dal bando di gara.

Il riferimento alle annualità del 2008 e del 2011 è da ricondurre al fatto che i servizi riferiti a dette annualità erano stati aggiudicati al Consorzio HCM e iniziati dallo stesso consorzio sin dal 2008 e dal 2011, per poi essere proseguiti da Elt a partire dalla sua costituzione nel 2012.

Costituisce, inoltre, circostanza incontestata che il raggruppamento di cui fa parte Elt (e quindi l'ATI Auxilium) risulta titolare di una qualificazione del tutto "sovrrabbondante", in quanto detta qualificazione è comunque posseduta dal raggruppamento nel suo complesso ai sensi dell'art. 1 del disciplinare.

Ne consegue che la dichiarazione riferita al 2008 e al 2011 sia del tutto irrilevante ai fini della dimostrazione dell'avvenuto svolgimento dei servizi analoghi.

2. Vanno respinte anche le argomentazioni dirette a sostenere che la dichiarazione della Elt, in quanto riferita agli anni 2012, 2013 e 2014, sarebbe erronea considerando che avrebbe dovuto riferirsi ad un diverso periodo triennale, da computarsi a ritroso dalla pubblicazione del bando e, quindi, a decorrere dal 24/11/2015.

Al contrario di quanto sostenuto è evidente che la dichiarazione di fatturato non poteva considerare l'anno in corso, dovendo necessariamente avere a riferimento gli anni già conclusi.

Detta interpretazione è stata confortata da un parere dell'Anac (n. 198 del 21/12/2012) che, espresso in sede di precontenzioso, ha affermato che ai fini della dimostrazione della capacità finanziaria ed economica delle imprese partecipanti ad una gara per l'affidamento di un appalto di servizi, l'art. 41, D.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, mostra un evidente riferimento alla nozione di "esercizio", inteso come periodo amministrativo (di durata ordinariamente annuale,

coincidente con l'anno solare fatti salvi casi specifici e particolari in cui l'esercizio può iniziare e concludersi in un periodo infrannuale), nel corso del quale vengono realizzate le operazioni di gestione dell'impresa, che successivamente verranno documentate ed illustrate in sede di bilancio di esercizio; pertanto, deve farsi riferimento, in ordine alla dichiarazione sul fatturato, ai tre anni solari che precedono quello in cui sia avvenuta la pubblicazione del bando, risultando irrilevante l'eventuale espletamento della gara in data successiva.

La censure sopra citate sono, pertanto, infondate e vanno respinte.

3. Altrettanto infondato è il terzo motivo con il quale si sostiene che l'associazione professionale Auxilium avrebbe omesso di presentare la dichiarazione ex art. 38 per quanto concerne alcuni soci dell'associazione professionale Auxilium.

Sul punto va evidenziato che, seppur il disciplinare di gara prevede che le dichiarazioni di cui all'art. 38 in materia dei "requisiti morali" dovevano essere riferite a *"tutti i componenti risultanti dall'atto di associazione nel caso in cui l'operatore economico sia una associazione professionale"*, detta disposizione non avrebbe potuto essere applicata automaticamente allo studio Auxilium, considerando che quest'ultimo è costituito da una struttura analoga a quella tipica di una società, nell'ambito della quale i poteri di rappresentanza sono definiti da uno statuto e attribuiti ad un consiglio di amministrazione. In questo senso è, peraltro, il tenore dell'art. 38 comma 1 lettera b) e c) del D. Lgs. 163/2006 che considera rilevanti le figure che hanno poteri di gestione e rappresentanza all'interno di una società.

E' quindi possibile ritenere che la stessa ratio dell'art. 38 sia diretta a verificare l'assenza dei motivi ostativi nei confronti dei soggetti che

rivestono un incarico di gestione o di direzione di un ente, circostanza quest'ultima che consente di adottare la stessa linea interpretativa in presenza di associazioni, che seppur composte da una pluralità di soci, sono costituite da una struttura in cui sussistono dei soggetti delegati ad operare e a rappresentare l'ente.

Ne consegue l'ammissibilità delle dichiarazioni rese solo da parte dei soggetti in possesso dei poteri di gestione e di rappresentanza, individuati nel caso di specie nei confronti del Presidente e del Vice-presidente dello studio Auxilium.

Altrettanto dirimente è constatare che la *lex specialis*, non prevedeva, in assenza delle dichiarazioni sopra citate, la sanzione dell'esclusione, circostanze queste ultime che consentono di ritenere infondato il motivo sopra citato.

4. Il quinto e il sesto motivo hanno ad oggetto la contestazione dei punteggi attribuiti all'offerta tecnica, sostenendo la violazione dell'art. 97 Cost., dell'art. 1 prot. 1 CEDU in correlazione con gli artt. 13 e 6 della stessa CEDU.

Con riferimento a dette censure va evidenziato, in primo luogo, che la ricorrente si limita a censurare i punteggi estrapolando, in modo atomistico, specifici elementi dell'offerta tecnica e affermando che questi ultimi sarebbero stati erroneamente valorizzati (se attribuiti al raggruppamento Auxilium) o, al contrario, non sarebbero stati adeguatamente presi in considerazione (se riferiti ai punteggi attribuiti alla ricorrente).

Non considera la ricorrente che il punteggio attribuito è il risultato di una valutazione complessiva che, come è noto, costituisce espressione di un potere di discrezionalità tecnica ed è riservato alle commissioni giudicatrici, con conseguente insindacabilità nel merito

delle relative valutazioni ove non inficiate da palesi profili di erroneità, illogicità o sviamento (TAR Toscana, sez. I, 30 marzo 2015, n. 528 e Cons. Stato, sez. V, 5 aprile 2016, n. 1331).

Sposare le tesi della ricorrente avrebbe l'effetto di sostituirsi alla valutazione della commissione, senza per questo che sia stato dimostrato, come nel caso di specie, l'effettiva esistenza di specifici sintomi dell'eccesso di potere (T.A.R. Emilia Romagna, Parma, 27 febbraio 2015, n. 51 e T.A.R. Emilia-Romagna - Bologna, sez. II, 21/01/2016, n. 95).

Si è affermato, infatti, che *"nelle gare pubbliche da aggiudicarsi sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, (...) l'Amministrazione non applica scienze esatte, che conducono ad un risultato certo e univoco, ma formula un giudizio tecnico connotato da un fisiologico margine di opinabilità, per sconfessare il quale non è sufficiente evidenziare la mera non divisibilità del giudizio, dovendosi piuttosto dimostrare la sua palese inattendibilità, l'evidente insostenibilità del giudizio tecnico compiuto dalla commissione giudicatrice, con la conseguenza che, ove non emergano travisamenti, pretestuosità o irrazionalità, ma solo margini di fisiologica opinabilità e non divisibilità della valutazione tecnico-discrezionale operata dalla Pubblica amministrazione, il giudice amministrativo non potrà sovrapporre alla valutazione opinabile del competente organo della stessa la propria giacchè, diversamente, egli sostituirebbe un giudizio opinabile (quello della commissione giudicatrice) con uno altrettanto opinabile (quello del consulente o del giudice), assumendo così un potere che la legge riserva all'Amministrazione (T.A.R. Emilia-Romagna - Parma, sez. I, 10 febbraio 2015, n. 38)"*.

La ricorrente sostiene, in particolare, che a seguito della rettifica intervenuta sul capitolato, il raggruppamento Auxilium non avrebbe inserito nell'offerta tecnica l'organizzazione del *"reparto di prossima*

apertura" riferito al reparto psichiatrico maschile del carcere di Sollicciano, circostanza che avrebbe dovuto portare ad un'esclusione della ricorrente o ad una penalizzazione in sede di offerta.

Sul punto è dirimente constatare che la struttura della gara di cui si tratta prevede la conclusione di un accordo quadro, istituto che presuppone la sottoscrizione di successivi contratti applicativi in funzione delle esigenze che vengono prospettate dall'Amministrazione, anche da riferirsi all'apertura di nuove strutture.

Si consideri, inoltre, che l'allegato 1.3 del capitolato tecnico, e proprio con riferimento al reparto di accoglienza maschile di Sollicciano, utilizza i termini di "*possibile*" e "*prossima*" apertura, circostanza quest'ultima che consente di ritenere condivisibile la prospettiva dell'Estar circa la volontà di anticipare alle imprese partecipanti la mera possibilità (senza che sussistesse alcuna certezza sul punto) che le strutture dove fornire il servizio infermieristico sarebbero potute aumentare.

Detta interpretazione risulta confermata dal fatto che il prezzo a base d'asta di Euro 11.000.000,00 è rimasto immutato a seguito della sopracitata rettifica, circostanza che dimostra che la previsione delle strutture dove fornire il servizio risultava indipendente dall'offerta economica.

Si consideri, inoltre, che il provvedimento di rettifica del capitolato sancisce espressamente che le modifiche apportate non avevano avuto l'effetto di mutare in maniera sostanziale né le modalità di esecuzione del servizio, né i volumi di attività e conseguentemente l'importo di spesa garantito dall'azienda sanitaria interessata.

4.1 Altrettanto non condivisibili sono le argomentazioni riferite alla voce "*sistema organizzativo*" sub criterio "*Organizzazione del servizio*", nell'ambito della quale sono stati attribuiti 5 punti ad ATI Auxilium e 3,5 punti all'ATI Nuova Sair e, ancora, all'asserita mancata adozione del modello assistenziale del "*case management*".

In relazione a detto modello, e al fine di dimostrare l'infondatezza dell'argomentazione proposta, è sufficiente evidenziare che la Regione Toscana non ne ha chiesto l'adozione, ma si è limitata a suggerirne l'utilizzo, senza introdurre sul punto alcuna prescrizione vincolante.

4.2 Nemmeno è dimostrato che la commissione abbia valorizzato per l'ATI Auxilium la previsione nell'offerta tecnica di un "*team leader di riferimento*", in quanto dal verbale di gara è possibile desumere che la Commissione ha attribuito il punteggio di 5 punti, avendo a riferimento il complesso del modello organizzativo proposto dall'ATI Studio Auxilium, senza che sia possibile evincere l'apprezzamento di un particolare aspetto (appunto il team leader) del modello organizzativo scelto dallo stesso studio Auxilium.

4.3 Altrettanto influenti devono ritenersi le argomentazioni dirette ad evidenziare l'assenza di un carattere innovativo dell'offerta di Auxilium con riferimento all'ambulatorio infermieristico presso il reparto penale maschile di Sollicciano e, ciò, considerando che l'offerta tecnica della controinteressata descrive il servizio anche sotto lo specifico aspetto dell'attività ambulatoriale infermieristica.

4.4 Per quanto concerne sempre la voce sistema organizzativo, ed in particolare la voce "*Modalità per garantire il mantenimento degli schemi di servizio*", è dirimente constatare che sia la ricorrente che la

controinteressata hanno ottenuto lo stesso punteggio a fronte di progetti sostanzialmente assimilabili.

4.5 Altrettanto priva dei vizi di eccesso di potere è la valutazione relativa alla presenza degli infermieri di prossimità e la previsione di un coordinatore generale e di un coordinatore di servizio, elementi questi ultimi che appaiono, almeno in astratto, comunque diretti migliorare l'offerta.

4.6 Anche la valutazione riferita al sub-criterio della "*consistenza qualitativa del personale*" è stata posta in essere in considerazione del fatto che la dimostrata esperienza del personale infermieristico straniero in Italia è suscettibile di fornire garanzie circa la buona conoscenza della lingua italiana, così come non poteva che essere valutato positivamente il possesso dell'attestato di PBLSD (Pediatric Basic Life Support and Defibrillation) da parte del personale infermieristico.

5. Da ultimo non sussistono i profili di eccesso di potere dedotti nemmeno per quanto riguarda i punteggi attribuiti al criterio "*metodologie di autocontrollo*" e al criterio "*metodologie tecniche operative*", considerando l'assenza dei profili di eccesso di potere evidenziati dalla ricorrente.

Risulta evidente che le contestazioni dei punteggi attribuiti, non sono mai suscettibili di integrare uno dei sintomi dell'eccesso di potere, risultando inesistenti profili di irregolarità così gravi da determinare l'invalidità delle valutazioni poste in essere dalla Commissione.

6. In conclusione l'infondatezza di tutte le censure proposte consente di respingere il ricorso.

La particolarità della fattispecie esaminata consente di compensare le spese del presente giudizio, tra tutte le parti costituite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa le spese.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 20 dicembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Rosaria Trizzino, Presidente

Raffaello Gisondi, Consigliere

Giovanni Ricchiuto, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Giovanni Ricchiuto

IL PRESIDENTE
Rosaria Trizzino

IL SEGRETARIO