

N. 00173/2012 REG.PROV.COLL.

N. 00002/2012 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 Regionale di Giustizia Amministrativa

sezione autonoma di Bolzano

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2 del 2012, proposto da: COOPERATIVA ITACA, Società Cooperativa Sociale Onlus, in persona del suo Presidente e legale rappresentante Rosario Tomarchio, con sede a Pordenone in Vicolo R. Selvatico n. 16, partita IVA 01220590937, in proprio e quale capofila mandataria della costituenda ATI composta dalla COOPERATIVA ITACA, Società Cooperativa Sociale Onlus, COOPERATIVA SOCIALE ASSIST., in persona del suo Presidente e legale rappresentante p.t. Alberto Stenico, con sede in Bolzano, Piazza Mazzini 50/56, partita IVA 02622660211, nonché la AGAPE COOPERATIVA SOCIALE, in persona del suo Presidente e legale rappresentante p.t. Lorena Gavillucci, con sede in Bolzano, in via Galilei 2/a, partita IVA 02491510216, rappresentata e difesa nel presente procedimento dagli avv.ti Manfred Schullian (cod.fisc.: SCHMFR62C09A952R) e Vincenzo Morello (cod.fisc.:MRLVCN79S16A952H) del Foro di Bolzano, con domicilio eletto presso il loro studio sito in Bolzano, Via della Stazione 5;

contro

COMUNITÀ COMPRENSORIALE BURGRAVIATO, partita IVA 01341190211, in persona del legale rappresentante p.t., sig. Alois Peter Kröll, con sede in 39012 Merano (BZ), via Otto Huber 13, rappresentata e difesa dall'Avvocatura dello Stato di Trento, domiciliata per legge in Trento, largo Porta Nuova, 9;

nei confronti di

CARTAS DIOCESI BOLZANO-BRESSANONE, partita IVA 80003290212, in persona del legale rappresentante p.t., con sede in Bolzano, via Cassa di Risparmio 1, in proprio e quale capofila mandataria della costituenda ATI composta da CARTAS DIOCESI BOLZANO-BRESSANONE e la SOCIETÀ COOPERATIVA SOCIALE ASSISTENZA ALLE FAMIGLIE E AGLI ANZIANI, partita IVA 01482440219, in persona del Presidente e legale rappresentante p.t., con sede in 39011 Lana (BZ), via A. Hofer 2, rappresentata e difesa dagli avv.ti Stephan Vale e Armin Reinstadler, con domicilio eletto presso l'avv. Stephan Vale, in Bolzano, via Dante, 12/4;

previa concessione di provvedimento cautelare,

per l'annullamento:

della comunicazione di aggiudicazione definitiva dd. 25.11.2011, sub prot. 2308/Dr.RZ/ju, (doc. 1) con la quale veniva comunicato l'esito della gara di appalto per la gestione del servizio di "assistenza domiciliare per anziani, minori e le loro famiglie, adulti in difficoltà, soggetti portatori di handicap, soggetti affetti da disturbi psichici o con problemi di dipendenza" nei distretti sociali di Naturno, Val Passiria, Lana, Merano (esclusa la città di Merano) – CIG 32013838D1, delibera della Giunta comprensoriale n. 270 dd. 24.11.2011 (doc. 2), avente ad oggetto "amministrazione generale – servizio legale e contratti – appalto per la gestione del servizio "assistenza domiciliare per anziani, minori e le loro famiglie, adulti in difficoltà, soggetti portatori di handicap, soggetti affetti da disturbi psichici o con

problemi di dipendenza” nei distretti sociali di Naturno, Val Passiria, Lana, Merano (esclusa la città di Merano) - approvazione dei verbali ed aggiudicazione definitiva”, nonché i verbali di gara e nello specifico:

il verbale n. 2 dd. 16.11.2011 concernente la valutazione tecnica (doc. 3) con il quale vengono inseriti dei sub-pesi dei criteri di aggiudicazione; il verbale n. 3 dd. 24.11.2011 (doc. 4), con il quale si dà atto dell’apertura delle offerte economiche e dell’assegnazione del punteggio, così come di qualsiasi altro atto prodromico, endoprocedimentale, consequenziale o comunque connesso, anche se non espressamente richiamato o non conosciuto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Comunità Comprensoriale Burgraviato e della Caritas Diocesi Bolzano-Bressanone e della Società Cooperativa Sociale Assistenza Alle Famiglie e Agli Anziani;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 120, co. 9, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 aprile 2012 il dott. Luigi Mosna e uditi per le parti i difensori:

avv. U. Oberhammer, in sostituzione dell'avv. M. Schullian, per le ricorrenti;

Avvocato dello Stato S. Pirrone per la Comunità Comprensoriale Burgraviato;

avv. A. Reinstadler per la Caritas Diocesi Bolzano-Bressanone e per la Società Cooperativa Sociale Assistenza.

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando del 01.09.2011 la Comunità Comprensoriale Burgraviato (in seguito: Comunità) indiceva una gara finalizzata ad appaltare il servizio di “Assistenza

domiciliare per anziani, minori e le loro famiglie, adulti in difficoltà, soggetti portatori di handicap, soggetti affetti da disturbi psichici o con problemi di dipendenza nei distretti sociali di Naturno, Val Passiria, Lana, Merano (esclusa la città di Merano)”.

L'importo a base d'asta era stabilito in € 3.025.050,00 annuali e l'aggiudicazione avveniva con procedura aperta secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Nell'art. 8 del capitolato d'oneri venivano stabiliti 11 criteri di valutazione del progetto tecnico, con l'attribuzione a ciascuno di essi di un punteggio, prevedendo per ogni progetto un punteggio massimo di 70 punti e minimo di 45 punti per essere ammesso. Inoltre il primo criterio veniva suddiviso in due sub criteri.

Alla gara partecipavano due concorrenti: la ricorrente e la controinteressata.

Nella seduta del 16.11.2011 (come risulta a pag. 2, punto 1, del relativo verbale), con riferimento al progetto tecnico relativo alla gestione, la commissione giudicatrice aveva stabilito quanto segue: “prima di visionare i singoli progetti ...conviene di approfondire i seguenti aspetti dei criteri elencati nel capitolato d'oneri nella valutazione”.

Quindi la commissione, prima dell'apertura delle buste contenenti la documentazione tecnica, provvedeva a precisare in sub criteri ogni singolo criterio di cui al citato art. 8.

Nella successiva seduta del 24.11.2011, alla presenza di alcuni rappresentanti delle due concorrenti, la commissione comunicava, tra l'altro, che alla ricorrente era stato attribuito un punteggio complessivo di 41,36 punti, inferiore ai 45 richiesti dall'art. 8 e che, questa, conseguentemente, veniva esclusa dalle fasi successive della procedura.

Dopo l'apertura della sola busta economica della controinteressata, alla stessa veniva assegnato il massimo punteggio ed aggiudicato provvisoriamente il servizio.

Con la impugnata deliberazione n. 270/2011 veniva deliberata l'aggiudicazione definitiva alla controinteressata.

Questo provvedimento, unitamente ad altri, meglio precisati in epigrafe, vengono aggrediti con il ricorso, il cui esito è affidato ai seguenti motivi:

1) sub-criteri:

Violazione del principio del giusto procedimento e del principio della par condicio, della trasparenza ed imparzialità; violazione dell'art. 83 D.Lgs. n. 63/2006; eccesso di potere per arbitrarietà, perplessità ed illogicità; violazione e/o falsa applicazione della lex specialis.

2) Valutazione offerta progettuale:

Violazione del principio del giusto procedimento e del principio della par condicio, della trasparenza ed imparzialità; violazione dell'art. 83 D.Lgs. n. 163/2006; eccesso di potere per arbitrarietà, perplessità ed illogicità; carenza di motivazione e travisamento dell'offerta.

3) Violazione del principio del giusto procedimento e del principio della par condicio, della trasparenza ed imparzialità; eccesso di potere per arbitrarietà, perplessità ed illogicità; contraddittorietà dell'operato della commissione giudicatrice.

Si sono costituite in giudizio la Comunità e la controinteressata, resistendo alle pretese della ricorrente.

Con ordinanza n. 13/2012, resa nella Camera di Consiglio del 24.01.2012, è stata accolta l'istanza cautelare della ricorrente e, conseguentemente, sono stati sospesi gli atti impugnati, al solo fine della sollecita definizione del ricorso.

All'udienza pubblica del 18.04.2012, dopo la discussione delle parti, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

Nei termini di rito il dispositivo della sentenza è stato depositato presso la segreteria di questo Tribunale, ai sensi dell'art. 120, cod. proc. amm.

DIRITTO

Con il primo motivo di gravame viene dedotta la violazione dell'art. 83, comma 4, d.lgs. n. 163/2006, come modificato dall'art. 1, comma 1, lett. u, d.lgs. 11.9.2008, n. 152, che, in adesione al parere n. 2357/08, espresso dalla Sezione Consultiva per gli atti normativi del Consiglio di Stato nell'adunanza del 14.07.2008, ha cancellato l'ultimo periodo del citato comma 4, che recitava, testualmente: "La commissione giudicatrice, prima dell'apertura delle buste contenenti le offerte, fissa in via generale i criteri motivazionali cui si atterrà per attribuire a ciascun criterio e sub criterio di valutazione il punteggio tra il minimo e il massimo prestabiliti dal bando".

Sostiene la ricorrente che la modifica, introdotta dal d.lgs. 11.9.2008, n.152, abbia tolto alla commissione la possibilità di fissare dei "sub criteri o sub pesi di aggiudicazione", ancorchè la determinazione degli stessi sia avvenuta prima dell'apertura delle buste; e ciò al fine di limitare la discrezionalità delle commissioni esaminatrici, garantendo, in tal modo, l'imparzialità delle valutazioni e la tutela della "par condicio" tra i concorrenti.

Con il motivo all'esame, deduce, quindi, anche, la violazione e/o falsa applicazione della lex specialis, per non essersi attenuta la commissione, nella propria valutazione dell'offerta tecnica, ai criteri stabiliti nel capitolato d'onere.

La doglianza ha pregio.

La problematica sollevata dalla ricorrente è stata già sottoposta ed affrontata dalla giurisprudenza, sia di merito che del Consiglio di Stato; in particolare, questo, con varie pronunce, ritiene che, in una gara pubblica d'appalto con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, alla commissione non sia preclusa la facoltà di introdurre elementi di specificazione dei criteri stabiliti dal bando, purchè intesi a precisare l'iter motivazionale nella valutazione delle offerte, secondo i criteri generali previsti nella lex specialis. Viene, cioè, riconosciuta alla

commissione la possibilità di prevedere sotto criteri di specificazione del metodo di attribuzione dei singoli punteggi, nell'ambito del punteggio complessivo da attribuire ad ogni criterio o sub criterio, stabilito dal bando di gara; con esclusione, in ogni caso, di provvedere all'integrazione dello stesso, introducendo nuovi elementi di valutazione, spettando solo a quest'ultimo la determinazione e la specificazione di eventuali sotto criteri di valutazione (Cons. Stato, sez. III, 01.02.2012 n. 514; id, sez. III, 23.12.2011 n. 6804; id. sez. V, 13.07.2010 n. 4502; id. sez. V, 16.06.2010 n. 3806; id. sez, VI, 17.052010 n. 3052; id. sez. VI, 11.03.2010 n. 1443; id. sez. V, 15.02.2010 n. 810).

L'esclusione della facoltà da parte della commissione di integrare il bando di gara mediante la previsione di criteri integrativi dello stesso, ossia di criteri valutativi, viene avvalorata, anche, dalla giurisprudenza comunitaria; a tale proposito, si richiama la sentenza 24.01.2008 (proc. C-532/2006) della Corte di Giustizia CE, nella quale si statuisce la necessità che "...tutti gli elementi presi in considerazione dall'autorità aggiudicatrice per identificare l'offerta economicamente più vantaggiosa e la loro importanza relativa siano noti ai potenziali offerenti al momento in cui presentano le offerte ... infatti i potenziali offerenti devono essere messi in condizione di conoscere, al momento della presentazione delle loro offerte, l'esistenza e la portata di tali elementi ... pertanto un'amministrazione aggiudicatrice non può applicare regole di ponderazione o sottocriteri per i criteri di aggiudicazione che non abbia preventivamente portato a conoscenza degli offerenti ... gli offerenti devono essere posti su un piano di parità durante l'intera procedura, il che comporta che i criteri e le condizioni che si applicano a ciascuna gara debbano costituire oggetto di un'adeguata pubblicità da parte delle amministrazioni aggiudicatrici".

In sostanza, occorre esaminare, in ogni singola fattispecie, se la commissione abbia previsto nuovi criteri di valutazione dell'offerta tecnica, ovvero si sia limitata a precisare dei criteri di motivazione.

Invero, per quanto sopra detto, i primi sono, comunque, inammissibili in quanto devono essere tutti previsti nella *lex specialis*, mentre i secondi sono ammissibili, purchè la loro specificazione sia effettuata dalla commissione prima dell'apertura dei plichi contenenti le offerte.

Peraltro, occorre premettere che la differenziazione tra queste due categorie di criteri appare tutt'altro che agevole.

A tal fine, il TAR Molise, sez. I, nella sentenza di data 01.03.2011 n. 69, afferma che “l'ontologica distinzione tra indicazione dell'oggetto della valutazione (attinente ai criteri valutativi) e giudizio sulla valutazione (attinente ai criteri motivazionali) si fonda sulla presenza o meno di un discorso giustificativo---che, anche per via schematica (griglie motivazionali), consenta di ricollegare l'attribuzione del punteggio ad un determinato presupposto di fatto”. E, ancora, dalla recente decisione del 01.02.2012 n. 514 del Consiglio di Stato, sez. III, si evince che i criteri motivazionali sono quelli “volti a precostituire il percorso motivazionale posto a base dell'attività di giudizio”, mentre i valutativi tendono a “scomporre in sottoelementi i più ampi criteri di valutazione fissati nella *lex specialis*---“.

Venendo, ora, a trattare la fattispecie contesa, evidenzia il Collegio che, in base a quanto sopra, devono essere qualificati come valutativi, quanto meno due sub criteri stabiliti dalla commissione giudicatrice; in particolare quello sub n. 2 , ossia “se l'organizzazione dell'orario lavorativo settimanale e giornaliero corrisponde alle necessità del servizio e degli utenti” (compreso nel criterio previsto nell'art. 8 del capitolato d'onori, con riferimento alla “Proposta di organico comprensivo della qualifica professionale e del piano di distribuzione giornaliero e settimanale”) e

quello sub. n. 3, nella parte in cui prevede “il radicamento nel contesto locale” (dei volontari: n.d.r.), relativo al criterio previsto nel citato art. 8, avente ad oggetto il “Programma di coinvolgimento del volontariato nella gestione del servizio”.

Orbene, il primo sub criterio, per poter consentire un’offerta tecnica adeguata, presuppone la conoscenza nel dettaglio sulla consistenza numerica e sulla tipologia della utenza oggetto del servizio appaltato; dovendo una ditta partecipante alla gara, in difetto di detta conoscenza, limitarsi a presentare un’offerta di massima, sfornita dei necessari dettagli, che avrebbe potuto, invece, precisare se il sub criterio le fosse stato reso noto nella *lex specialis*.

Allo stesso modo il secondo sub criterio, per poter essere formulata un’offerta consapevole, rendeva necessaria la conoscenza specifica del territorio sul quale i volontari sarebbero stati chiamati ad operare; con la precisazione che un territorio non è facilmente conoscibile per una società concorrente con sede al di fuori della Provincia di Bolzano, come, nel caso, la ricorrente che ha la propria sede in Pordenone.

Con la conseguenza che, anche questo sub criterio avrebbe dovuto essere previsto nell’art. 8.

Quanto sopra determina che i due sub criteri sono il risultato di una scomposizione, effettuata dalla commissione, dei criteri nn. 2 e 3 previsti nell’ art 8 del capitolato d’oneri; ciò, in quanto, per poter qualificare detti sub criteri come finalizzati a motivare l’assegnazione di un punteggio relativo ai due fatti presi a base della valutazione di questi, sarebbe stato necessario che i medesimi fossero stati, senza dubbio di sorta, deducibili dai criteri fissati dalle voci nn. 2 e 3 precitate (“Proposta di organico comprensivo della qualifica professionale e del piano di distribuzione giornaliero e “Programma di coinvolgimento del volontariato nella gestione del servizio”); mentre queste non contengono alcun, quantomeno evidente, riferimento ai presupposti dei fatti, oggetto di valutazione (presupposti

relativi, rispettivamente, alla conoscenza dettagliata sulla consistenza numerica e sulla tipologia della utenza assistita ed alla conoscenza specifica del territorio sul quale i volontari sarebbero stati utilizzati).

Inoltre, entrambi i sub criteri de quibus, in quanto non espressamente indicati nel capitolato d'oneri, possono, di fatto, aver agevolato la contro interessata, avendo la medesima "già svolto il servizio proprio nelle zone interessate dalla gara", secondo l'affermazione della ricorrente (pag. 9 del ricorso), peraltro mai contestata dalle altre parti.

Le considerazioni sopra svolte portano alla conclusione che la censura trattata sia fondata e che, quindi, vada accolta.

L'assorbimento della doglianza esonera il Collegio dall'esame degli altri motivi di gravame.

In conclusione il ricorso è meritevole di accoglimento, con conseguente annullamento dei provvedimenti aggrediti.

Le spese di lite seguono la soccombenza e vengono liquidate, come da dispositivo, in favore della parte ricorrente, con la precisazione che, anche, il contributo unificato, deve esserle rifiuto dalle parti soccombenti.

P.Q.M.

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa - Sezione Autonoma di Bolzano - disattesa ogni contraria istanza ed eccezione, definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati.

Condanna, in via solidale tra di loro, la Comunità Comprensoriale Burgraviato e la Caritas Diocesi Bolzano-Bressanone in proprio e quale capofila mandataria della costituenda ATI (composta dalla precitata Caritas Diocesi Bolzano-Bressanone e dalla Società Cooperativa Sociale Assistenza alle Famiglie e agli Anziani) alla rifusione delle spese di lite in favore della Cooperativa Itaca, Società Cooperativa

Sociale onlus in proprio e quale capofila mandataria della costituenda ATI (composta dalla precitata Cooperativa Itaca, dalla Cooperativa Sociale Assist. nonché dalla Agape Cooperativa Sociale); spese liquidate in complessivi euro 6.000,00 (seimila/00), oltre alla rifusione del contributo unificato. Il tutto con l'aggravio degli oneri ed accessori, come per legge.

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

Così deciso in Bolzano nella camera di consiglio del giorno 18 aprile 2012 con l'intervento dei magistrati:

Lorenza Pantozzi Lerjefors, Presidente

Hugo Demattio, Consigliere

Luigi Mosna, Consigliere, Estensore

Margit Falk Ebner, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/05/2012

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)