



**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 il Veneto**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1157 del 2010, proposto da:  
La Locomotiva Scarl, rappresentato e difeso dagli avv. Enrico Tonolo, Nicola  
Zampieri, Gianluca Ghirigatto, con domicilio eletto presso Enrico Tonolo in  
Venezia, San Marco, 4590;

***contro***

Comunita' Montana Alto Astico e Posina, rappresentato e difeso dall'avv. Dario  
Meneguzzo, con domicilio eletto presso Gabriele De Gotzen in Mestre-Ve, viale  
G. Garibaldi, 1/1; Cooperativa Sociale Bassano Solidale;

***per l'annullamento***

del provvedimento di aggiudicazione definitiva dei servizi di assistenza e consegna  
pasti caldi a domicilio alla controinteressata dd. 24.5.2010; nonchè di ogni atto  
annesso, connesso o presupposto..

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comunita' Montana Alto Astico e Posina;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 novembre 2010 la dott.ssa Alessandra Farina e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

Con determina n. 5 del 27.1.2010 la Comunità Montana Alto Astico e Posina, in esecuzione della deliberazione di Giunta n. 6 del 26.1.2010, si determinava in ordine all'affidamento dei servizi di assistenza e consegna pasti caldi a domicilio per il periodo 1.4.2010-31.12.2010 (suscettibile di proroga per ulteriori due anni).

La procedura negoziata veniva indetta ai sensi della L. n. 328/2000, del D.P.C.M. 30 marzo 2001, della L.r.V. n. 23/2006 e del relativo atto di indirizzo contenuto nella DGRV n. 4189/2007.

Invitate quattro cooperative sociali, rispondevano all'invito soltanto due concorrenti : l'odierna ricorrente, La Locomotiva Scarl, e la controinteressata, Cooperativa Sociale Bassano Solidale.

Valutate in seduta riservata le offerte delle due uniche partecipanti, la Commissione, riscontrato il conseguimento del medesimo punteggio finale, con verbale del 15.3.2010 convocava nuovamente le concorrenti per il successivo giorno 17.3.2010, invitandole a presentare entro le ore 12 la propria migliore offerta economica, precisando che il prezzo a base d'asta sarebbe stato quello di euro 17,05/h per i servizi di consegna pasti e di euro 18,51/h per i servizi di assistenza domiciliare.

All'esito della gara, aggiudicataria provvisoria del servizio risultava essere la Cooperativa Bassano Solidale, che aveva proposto il maggior ribasso.

Confermata definitivamente l'aggiudicazione con determinazione n. 27 del 24.5.2010, l'amministrazione provvedeva a comunicare l'avvenuta aggiudicazione e gli altri atti di gara alla ricorrente, comunicazione ricevuta in data 31.5.2010.

Parte ricorrente provvedeva ad inoltrare formale istanza di accesso a tutti gli atti di gara.

Seguiva in data 21 giugno 2010 la sottoscrizione del contratto.

Contro tutti gli atti di gara ed in particolar modo avverso il provvedimento di aggiudicazione, insorgeva con il presente gravame, notificato in data 24.6.2010, l'odierna ricorrente, denunciandone l'illegittimità sotto diversi profili, contestando i criteri utilizzati dalla commissione al fine di assegnare i punteggi per il profilo economico dell'offerta, in quanto a seguito della loro applicazione l'offerta presentata dalla società La Locomotiva era stata ingiustamente penalizzata.

La difesa istante concludeva quindi chiedendo l'annullamento degli atti impugnati – previa loro sospensione cautelare – e conseguente condanna dell'amministrazione intimata al risarcimento del danno in forma specifica mediante declaratoria di inefficacia, anche retroattiva, del contratto medio tempore intervenuto fra la stazione appaltante e la controinteressata, ordinando altresì il subentro della ricorrente nella gestione del servizio per la durata rimanente.

In via subordinata, parte istante chiedeva la condanna dell'amministrazione intimata al risarcimento per equivalente o, in via ulteriormente subordinata, l'annullamento dell'intera procedura di gara e del contratto nelle more stipulato.

L'amministrazione intimata si costituiva in giudizio, controdeducendo a tutte le censure avversarie, concludendo per la reiezione del ricorso.

La controinteressata Cooperativa Bassano Solidale non si costituiva in giudizio.

Con ordinanza cautelare n. 451/2010 veniva accolta la richiesta di sospensione dei provvedimenti impugnati con contestuale fissazione della trattazione del merito per l'udienza pubblica del 25 novembre 2010.

In prossimità dell'udienza di trattazione entrambe le difese rinnovavano ed approfondivano, con specifico riguardo alla richiesta di risarcimento danni, le proprie argomentazioni difensive con rispettive memorie conclusionali e di replica. All'udienza del 25 novembre 2010 il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

## DIRITTO

I provvedimenti oggetto del ricorso in esame sono stati denunciati sotto diversi profili, una volta premessa e richiamata l'applicabilità anche nella fattispecie de qua – riconducibile agli affidamenti di servizi rientranti nell'allegato II B del D.lgs. n. 163/2006 – oltre che degli artt. 65, 68 e 225, dei principi generali di economicità, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità, ai sensi dell'art. 27 del Codice dei Contratti.

A sostegno della richiesta di annullamento dei provvedimenti impugnati sono stati dedotti i seguenti motivi:

- Violazione dei principi di imparzialità, trasparenza e parità di trattamento, irrazionalità manifesta ed eccesso di potere per l'illegittima introduzione da parte della Commissione di gara di un sub-criterio e di un sub-punteggio di valutazione dell'offerta economica non previsto dalla legge di gara.
- Introduzione di un sub-criterio di valutazione relativamente all'ultimo criterio oggettivo previsto dalla lex specialis (utilizzo del software).
- Introduzione di sub – punteggi per la valutazione dell'offerta tecnica, non indicati dalla lettera di invito, ma individuati dalla commissione solo al momento della valutazione delle offerte (10 punti per ciascun criterio soggettivo e 7,5 punti per ciascun criterio oggettivo).
- Violazione dell'art. 3 della L. n. 241/90 e gravissimo difetto di motivazione, nonché eccesso di potere per manifesta incongruità ed illogicità dei punteggi;
- Violazione della L.r.V. n. 23/2006, in quanto dalla mera assegnazione dei punteggi numerici non è possibile ricavare il processo logico seguito dalla

commissione in sede di valutazione delle proposte e la motivazione del giudizio finale.

Con specifico riguardo al primo motivo di ricorso parte istante osserva come la lettera di invito, conformemente a quanto indicato dalla DGRV n. 4819/2007, avesse previsto di attribuire al fattore prezzo un peso pari al 40% del punteggio complessivo da assegnare ed il rimanente 60% al fattore qualità del servizio, quest'ultimo ulteriormente suddiviso tra il punteggio assegnabile in applicazione dei criteri soggettivi dell'affidatario (30%) e quello assegnabile in applicazione dei criteri oggettivi inerenti il progetto di gestione (30%).

Secondo quanto riportato nei verbali di gara, la commissione, con specifico riguardo all'assegnazione dei punteggi per il profilo economico dell'offerta, tenuto conto dell'oggetto del bando che comprendeva sia il servizio di assistenza domiciliare sia il servizio di consegna pasti a domicilio, ha ritenuto di ripartire i 40 punti disponibili in 20 punti per la migliore offerta per il servizio assistenza domiciliare ed i restanti 20 punti per la migliore offerta per il servizio consegna pasti.

In applicazione dei criteri così stabiliti, la commissione ha quindi provveduto ad assegnare alla ricorrente 40 punti totali, corrispondenti al punteggio massimo ottenuto quale migliore offerta per entrambi i criteri ed alla controinteressata complessivi 37 punti, di cui 20 come miglior offerta (trattandosi del medesimo importo offerto anche dalla ricorrente) per il servizio pasti e 17 punti per il servizio assistenza domiciliare, ottenuti in via proporzionale secondo la formula “[ $(18,50/20) \cdot 18,55$ ] = 17” testualmente riportata in verbale.

Il punteggio così ottenuto per il contenuto economico dell'offerta è stato poi sommato a quello per il profilo tecnico, ove alla ricorrente sono stati attribuiti in totale 50 punti (30 per i criteri di valutazione soggettivi inerenti il soggetto affidatario + 20 per i criteri di valutazione oggettivi inerenti il progetto di gestione

del servizio) ed alla controinteressata un totale di 53 punti (23 + 30) : la somma dei punteggi così ottenuti con quelli già assegnati per il contenuto economico della proposta vedeva infine attribuiti complessivamente ad entrambe le offerte 90 punti sui 100 disponibili (40+50 per la ricorrente e 17+53 per la controinteressata).

Per effetto della situazione di parità così determinatasi, veniva disposta una nuova convocazione delle concorrenti per la formulazione di un'offerta economica al rilancio, esclusivamente in ribasso, in esito alla quale è risultata più vantaggiosa l'offerta della Cooperativa Sociale Bassano Solidale, cui veniva affidato il servizio.

Come già anticipato, le censure dedotte in ricorso si sviluppano in primo luogo con riferimento ai criteri individuati dalla commissione ai fini della valutazione delle offerte economiche, dei quali viene contestata l'arbitrarietà, in quanto non previsti dalla lettera di invito, la quale si era espressamente limitata a prevedere l'assegnazione di un unico punteggio massimo di 40 punti pur in presenza di due sottovoci di prezzo.

Parte ricorrente evidenzia l'illegittimità dell'avvenuta ripartizione in parti uguali dei 40 punti, disponibili secondo la lettera di invito, per il complesso delle due prestazioni oggetto del servizio da affidare.

La decisione della commissione di procedere suddividendo in parti uguali i punti assegnabili (20 per il servizio di assistenza domiciliare e 20 per il servizio di consegna pasti a domicilio), ha dato luogo ad un ingiusto appiattimento delle due voci costitutive dell'offerta, nonostante il peso diverso riferibile a ciascuna nell'ambito dell'importo totale, atteso che il servizio di assistenza (stimato in 15.000 ore) avrebbe inciso per il 93% dell'importo, mentre il servizio consegna pasti (stimato per le rimanenti 1.000 ore) soltanto per il restante 7%.

Ritiene il Collegio di poter confermare quanto già anticipato in sede cautelare e quindi di poter accogliere il ricorso, con riguardo al primo motivo dedotto, in via

del tutto assorbente rispetto alle ulteriori censure esposte in ordine ai criteri introdotti al fine di valutare le offerte sotto il profilo tecnico.

Va infatti ricordato che la gara de qua aveva per oggetto l'affidamento di servizi socio-assistenziali, nel dettaglio poi specificati nel servizio di assistenza domiciliare ed in quello di consegna pasti a domicilio.

L'importo dell'appalto risultava stimato in complessivi € 300.000,00, IVA esclusa, prevedendo l'erogazione di un servizio complessivamente stimato per un totale di 16.000 ore, di cui 15.000 di assistenza domiciliare e 1000 di servizio consegna pasti, per il periodo dal 1.4.2010 al 31.12.2011, suscettibile di proroga.

Riguardo al contenuto economico dell'offerta era prevista l'attribuzione di 40 punti : nessuna ulteriore indicazione era contenuta nella lettera di invito, il che doveva portare alla conclusione che il punteggio massimo sarebbe stato assegnato al concorrente che avesse presentato – evidentemente con riferimento al complesso delle prestazioni richieste, finalizzate a rendere i due tipi di servizi socio-assistenziali – l'offerta più vantaggiosa, complessivamente intesa.

A simile conclusione è possibile giungere anche tenendo conto del rapporto esistente fra le due tipologie di servizi richiesti, che, nell'ambito di un'unica offerta, non sono previsti nella medesima proporzione, ma evidenziano una prevalenza in termini orari del servizio di assistenza domiciliare rispetto a quello di consegna pasti a domicilio, il che non poteva condurre ad attribuire alle due prestazioni il medesimo peso ponderale.

In buona sostanza, in base ai criteri individuati dalla lettera di invito, il punteggio massimo di 40 punti sarebbe stato assegnato all'offerta economica più conveniente relativamente al complesso dei servizi richiesti.

La suddivisione dei punti assegnabili operata dalla commissione non trova quindi riscontro nelle previsioni della lex specialis, determinando un'alterazione della valutazione dell'economicità delle offerte a tutto svantaggio della ricorrente.

Invero, come dimostrato dalla difesa istante, utilizzando la medesima formula impiegata dalla commissione, ma tenendo come punteggio massimo di riferimento per la migliore offerta complessivamente intesa i quaranta punti previsti dalla lettera di invito, alla ricorrente (miglior offerente con € 35,56) sarebbero stati assegnati 40 punti ed alla controinteressata, per un'offerta maggiore pari ad € 35,60, sarebbero stati assegnati 31,64 punti ottenuti in via proporzionale dalla formula  $[(35,56/40)*35,60]$ .

Di conseguenza, sommati i punti per il contenuto economico dell'offerta con quelli ottenuti per il profilo tecnico (anche senza considerare le ulteriori doglianze dedotte a tale specifico riguardo), in applicazione della medesima formula matematica impiegata dalla commissione, il punteggio finale delle due concorrenti sarebbe stato il seguente :

La Locomotiva punti totali 90  $[40+(30+20)]$

Cooperativa Sociale Bassano Solidale punti totali 84,64  $[31,64 + (23+30)]$ .

Sulla base di tale classifica la ricorrente sarebbe risultata miglior offerente e quindi affidataria provvisoria del servizio, non essendosi verificata la situazione di parità che invece ha richiesto l'ulteriore formulazione di nuove offerte economiche al rilancio.

A questo riguardo vanno peraltro disattese le argomentazioni svolte dalla difesa della Comunità Montana, la quale ha obiettato che – seguendo il ragionamento della ricorrente – si sarebbero introdotti dei meccanismi non previsti dalla lettera di invito, mentre semmai si sarebbero potuti utilizzare, in assenza del regolamento di attuazione richiamato dall'art. 83 del D.lgs. n. 163/06, i criteri individuati dai DD.P.C.M. 117/99 e 18/11/2005.

Invero, come riconosciuto dalla stessa difesa resistente, i due decreti richiamati trovano applicazione in settori di servizi diversi da quelli oggetto della gara, essendo riferibili ai servizi di pulizia ed ai servizi sostitutivi di mensa.



Ma soprattutto una diversa valutazione sarebbe stata impossibile proprio in considerazione del contenuto della lettera di invito che sul punto non è rimasta silente, avendo chiaramente ed autonomamente individuato l'unico punteggio complessivo di 40 punti da assegnare alla miglior proposta economica, senza prevedere alcuna sottoripartizione, previsione che, in quanto contenuta nella lex specialis di gara, doveva essere osservata dalla commissione.

Il ricorso va quindi accolto con conseguente annullamento degli atti impugnati, in modo particolare del provvedimento di aggiudicazione del servizio alla controinteressata.

Restano quindi da stabilire le modalità del risarcimento del danno subito dalla ricorrente per effetto degli atti impugnati, cui è tenuta, per effetto dell'accoglimento del gravame, l'amministrazione intimata.

Parte ricorrente ha formulato la propria richiesta al riguardo invocando, in prima battuta, l'applicazione dell'art. 121, comma 1 lettera c) del D.lgs. n. 104/2010, in quanto la sottoscrizione del contratto d'appalto è intervenuta in epoca antecedente sia al periodo di sospensione sia alla scadenza del termine di trenta giorni per la proposizione del ricorso, con conseguente richiesta di dichiarazione di inefficacia retroattiva del contratto intervenuto fra la Comunità Montana e la controinteressata e successivo subentro della ricorrente nella gestione del servizio.

In via subordinata, sempre in caso di accoglimento del ricorso, laddove, aderendo ad una lettura rigorosa del disposto normativo che non prevede l'estensibilità della clausola "stand-still" anche agli appalti per i servizi di cui all'Allegato II B (quale è quello in oggetto), la difesa istante ha comunque chiesto l'applicazione della previsione contenuta nell'art. 122 del D.lgs. n. 104/10, così escludendo la declaratoria di inefficacia retroattiva del contratto, ma consentendo il subentro nello stesso e la prosecuzione del servizio ed il riconoscimento del risarcimento per equivalente per il mancato svolgimento di parte dell'appalto.

Ritiene il Collegio che, sebbene siano condivisibili le considerazioni espresse in merito alla possibilità di estendere per principio di ordine generale, pur in assenza di una espressa previsione normativa, l'applicabilità della clausola di stand-still anche alle ipotesi non contemplate nel Codice dei Contratti, nel caso di specie le pretese risarcitorie di parte ricorrente possano trovare adeguata soddisfazione mediante l'applicazione del disposto di cui all'art. 122 del D.lgs. n. 104/10.

Di conseguenza, annullata l'aggiudicazione, tenuto conto degli interessi delle parti, della dimostrata effettiva possibilità per la ricorrente di conseguire l'aggiudicazione in assenza dei vizi di illegittimità riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nello stesso, non ravvisandosi le condizioni per disporre l'annullamento dell'intera gara, deve essere dichiarata l'inefficacia del contratto in essere con decorrenza dalla data della comunicazione della presente decisione a cura della Segreteria della Sezione ovvero dalla sua notificazione, a cura di parte ricorrente, se anteriore.

Con la medesima decorrenza, vista la domanda di subentro formulata dalla difesa ricorrente e considerato che il servizio è ancora in corso di svolgimento, essendone prevista la conclusione al 31 dicembre del 2011, eventualmente prorogabile per ulteriori due anni, si dispone che, a titolo di risarcimento in forma specifica, la ricorrente subentri nel rapporto contrattuale con l'amministrazione e conseguentemente prosegua nella conduzione del servizio.

Quanto poi al ristoro dei danni subiti per effetto del mancato svolgimento del servizio per tutto il periodo antecedente alla declaratoria di inefficacia del contratto, si dispone che la ricorrente sia risarcita per equivalente.

A tale riguardo, visto il conteggio elaborato dalla difesa istante tenendo conto dell'offerta dalla stessa formulata all'amministrazione in sede di gara e calcolati i mesi di servizio non prestato dalla ricorrente, resta da stabilire l'entità della percentuale da applicare, percentuale che parte istante indica in € 10.777,53 - pari

al 10% dell'ammontare, IVA esclusa, del fatturato ottenuto moltiplicando le ore non lavorate per il valore orario offerto, pari a complessivi €.112.265,94 – oltre ad interessi e rivalutazione monetaria.

A tale riguardo il Collegio condivide l'orientamento più recente che non riconosce applicazione immediata, automatica ed indifferenziata al criterio che fissa tale percentuale al 10%.

Pertanto, tenuto conto del periodo in cui parte ricorrente non ha potuto prestare il servizio e del restante periodo in cui lo stesso potrà essere direttamente gestito dalla stessa secondo le condizioni economiche da questa offerte, appare equo disporre che il margine di guadagno possa essere computato sull'ammontare del valore orario delle prestazioni offerto dalla società La Locomotiva, IVA esclusa, calcolato entro la ridotta percentuale del 5%, per un totale di € 5.000,00, oltre ad interessi legali e rivalutazione monetaria dal dovuto al saldo.

Infine, per quanto riguarda le spese di giudizio, il Collegio ritiene che queste possano essere integralmente compensate fra le parti costituite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla gli atti impugnati.

Spese compensate.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 25 novembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Antonio Borea, Presidente

Riccardo Savoia, Consigliere

Alessandra Farina, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 17/12/2010

IL SEGRETARIO

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