



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 le Marche

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 390 del 2009, proposto da:
Cooperativa Alpha anche quale mandataria dell'a.t.i. con Cooperativa Sociale il Sestante a.r.l. e Cooperativa Sociale L'Elicriso a.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Patrizia Niccolaini, Giovanni Orciani, Ludovico Pazzi, con domicilio eletto presso l'Avv. Patrizia Niccolaini, in Ancona, via Goito 3;

contro

Comune di Sassocorvaro, rappresentato e difeso dall'avv. Andrea Galvani, con domicilio eletto presso l'Avv. Andrea Galvani, in Ancona, corso Mazzini, 156;

nei confronti di

Asscoop Cooperativa Sociale Onlus, rappresentata e difesa dall'avv. Alessandro Lucchetti, con domicilio eletto presso l'Avv. Alessandro Lucchetti, in Ancona, corso Mazzini, 156;

per l'annullamento, previa sospensione,

- della determinazione del Comune di Sassocorvaro area amministrativa n. 4 del 15 Gennaio 2009, notificata alla ricorrente con lettera raccomandata A.R. in data 10/2/2009, con cui si comunicava il provvedimento di aggiudicazione, alla ditta Asscoop, della gara ufficiosa a procedura aperta per l'affidamento in concessione di pubblico servizio per la gestione della struttura per anziani "Massaioli" sita in Sassocorvaro (PU);
 - di ogni altro atto, presupposto, connesso e conseguente ai provvedimenti impugnati, che comunque leda diritti ed interessi della ricorrente
- e per la condanna
dell'Amministrazione al risarcimento dei danni.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Sassocorvaro e di Asscoop Cooperativa Sociale Onlus;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 febbraio 2011 il dott. Tommaso Capitano e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Visto il dispositivo di sentenza 14/2/2001, n. 118;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La cooperativa ricorrente ha preso parte alla procedura ad evidenza pubblica bandita dal Comune di Sassocorvaro per l'affidamento della gestione quinquennale della locale struttura per anziani, all'esito della quale è risultata aggiudicataria la controinteressata Asscoop (la ricorrente si è collocata al secondo posto, con 75 punti, di cui 53 per il progetto tecnico, a fronte degli 84 punti – di cui 54 per il progetto tecnico – conseguiti dall'aggiudicataria).

L'aggiudicazione è stata preceduta dalla verifica di congruità dell'offerta della controinteressata, la quale, a giudizio della stazione appaltante, presentava alcune anomalie soprattutto per quanto concerne la ripartizione degli utenti potenziali fra le varie tipologie di ricovero previste nella struttura in questione (la quale può ospitare non più di 50 anziani, di cui 6 nella casa di riposo e 44 nella residenza protetta) e il costo del personale impiegato nel servizio.

Dopo aver ritenuto valide le controdeduzioni di Asscoop, il Comune le ha aggiudicato il servizio.

2. L'operato dell'Amministrazione viene censurato dalla cooperativa Alpha per i seguenti motivi:

- illegittima composizione della commissione di gara;
- mancata fissazione da parte della commissione dei criteri di valutazione delle offerte (operazione che sarebbe stata necessaria in ragione della genericità dei criteri previsti all'uopo dal bando di gara);
- violazione delle disposizioni del D.Lgs. n. 163/2006 e dei provvedimenti regionali in materia di obbligo degli appaltatori di servizi pubblici di garantire il rispetto dei trattamenti economici

previsti dai vigenti contratti collettivi per i dipendenti impiegati nell'esecuzione degli appalti;

- inattendibilità delle giustificazioni fornite da Asscoop (la quale, nel rendere le giustificazioni, ha tra l'altro inammissibilmente modificato la propria offerta, all'evidente scopo di ricondurla a congruità);

- difetto di motivazione, sia in relazione all'attribuzione dei punteggi, sia in relazione all'accoglimento delle giustificazioni di Asscoop.

La ricorrente ha proposto altresì la domanda risarcitoria.

3 Si sono costituiti il Comune e la controinteressata, formulando alcune eccezioni preliminari e chiedendo in ogni caso il rigetto del ricorso nel merito.

Alla pubblica udienza del 10 febbraio 2011 la causa è stata trattenuta per la decisione.

In data 14/2/2011 è stato pubblicato il dispositivo di sentenza n. 118/2011.

DIRITTO

1. Il ricorso non merita accoglimento, per le ragioni che si vanno ad esporre, il che esonera il Collegio dall'esame dell'eccezione di tardività dell'impugnazione.

2. In relazione al primo motivo, parte ricorrente contesta la composizione della commissione di gara, sostenendo che la stessa non era composta da un numero dispari di membri e che i componenti non erano esperti della materia oggetto dell'appalto, il che si pone in contrasto con le previsioni dell'art. 84 del D.Lgs. n. 163/2006. Ora, a parte le questioni sollevate dal Comune e dalla

controinteressata circa l'applicabilità diretta della norma nei riguardi degli enti locali e nelle procedure di cui all'art. 30 dello stesso Codice dei contratti pubblici, *per tabulas* risulta che la commissione era composta da: dott. Marco Feduzzi (presidente ed esperto *ratione muneris* della materia, visto che l'art. 107 del T.U.E.L. affida ai dirigenti, fra le altre mansioni, la presidenza delle commissioni di gara e di concorso), dott. Michele Cancellieri (direttore generale del Comune, qualifica che, come è noto, implica la supervisione dell'operato di tutti i dirigenti dell'ente e presuppone dunque la conoscenza delle problematiche dei vari settori), dott.ssa Anna Maria Tontini (responsabile area contabile del Comune), dott.sse Stefania Rasori e Milena Mancini (dipendenti dell'A.S.U.R. Marche ed esperte della materia).

Pertanto, tenuto conto del fatto che la commissione di gara deve occuparsi sia degli aspetti giuridico - amministrativi della procedura (verifica della documentazione allegata alle offerte, esame di eventuali reclami ed eccezioni formulati dai concorrenti, verifica dell'anomalia delle offerte, etc.) sia di quelli tecnici, nella specie la censura è infondata in punto di fatto.

Non è invece di per sé illegittima e/o lesiva degli interessi della ricorrente (anche per l'assenza di specifiche censure riguardo l'eventuale illegittima ammissione degli altri concorrenti) la circostanza che alla seduta dedicata alla verifica della regolarità formale dei plichi (11 dicembre 2008) non abbiano presenziato le dott.sse Rasori e Mancini.

3. Per quanto riguarda invece la presunta violazione dell'art. 83, comma 4, ultimo periodo, del D.Lgs. n. 163/2006 va innanzitutto osservato che la norma è stata abrogata dall'art. 1, comma 1, let. u), del D.Lgs. n. 152/2008, per cui essa non era vigente al momento della celebrazione della presente gara (bandita in data 7/11/2008).

Il Collegio osserva inoltre che la questione della previa fissazione dei criteri valutativi o motivazionali da parte della commissione di gara continua ad assumere, anche dopo l'abrogazione del citato art. 83, comma 4, ultimo periodo, del Codice dei contratti pubblici, notevole rilevanza in sede giudiziaria. Peraltro, si verifica che l'operato della commissione viene contestato (ovviamente a seconda della convenienza) sia nel caso decida di non fissare tali criteri (come nella specie), sia nel caso opposto.

Ciò detto, il Collegio ritiene legittimo l'operato della commissione, la quale si è limitata ad applicare i criteri previsti dal bando, ritenendoli sufficientemente dettagliati.

Il Tribunale condivide anche nel merito l'operato della commissione, visto che:

- il servizio in argomento consta di specifiche modalità di esecuzione, ben note alle cooperative del settore (Alpha fra l'altro è il precedente gestore del servizio) e dettagliatamente descritte nel capitolato tecnico;
- un ruolo peculiare rivestono ovviamente le figure professionali addette all'appalto, per cui del tutto logicamente il bando ha previsto la valutazione delle modalità di organizzazione ed integrazione dei

piani di lavoro di tali operatori;

- analogamente deve dirsi per quanto concerne i progetti di formazione, aggiornamento, supervisione, coordinamento del personale e di quelli inerenti l'integrazione e la relazione della struttura con il territorio e le associazioni di volontariato;

- *nulla quaestio* per quanto riguarda proposte innovative e servizi aggiuntivi (essendo del tutto evidente che, in relazione a tale criterio, il punteggio maggiore va al concorrente che offre un numero più elevato di tali servizi, purché ritenuti utili in base alla tipologia di utenza che fruisce della struttura in questione).

In ogni caso, il vigente art. 83, comma 4, non consente alla commissione di fissare criteri di valutazione non previsti dal bando.

4. Va anche rigettato il dedotto vizio di difetto di motivazione, sia perché la commissione ha comunque indicato le ragioni a base dell'attribuzione dei singoli punteggi, sia perché le offerte tecniche della ricorrente e della controinteressata hanno ottenuto pressoché lo stesso punteggio (54 contro 53).

Ciò significa che la commissione ha considerato equivalenti i due progetti e, pertanto, sarebbe stato onere della ricorrente, una volta presa visione dell'offerta tecnica di Asscoop, dedurre qualche specifica doglianza afferente il merito dei due progetti (alla luce dei criteri di cui si è detto al precedente punto 3.). Al contrario, a pagina 4 del ricorso, Alpha si limita a sostenere apoditticamente che le eventuali differenze fra le due offerte avrebbero dovuto essere valutate a proprio favore, il che non consente al giudice nemmeno di

valutare l'opportunità di approfondimenti istruttori sul merito delle due offerte.

5. Ma il punto centrale della controversia sta naturalmente nella verifica di congruità dell'offerta presentata dalla cooperativa risultata aggiudicataria, questione che si scinde in tre ulteriori profili:

- rispetto delle tariffe approvate dalla Giunta Regionale con deliberazioni periodiche (nella specie, la n. 352/2008 e la n. 1133/2003), ai sensi della L.R. n. 34/2001;
- ammissibilità della modifica postuma dell'offerta economica;
- genericità della motivazione con cui la stazione appaltante ha ritenuto condivisibili le giustificazioni.

5.1. Va in primo luogo premesso che nella specie, per ciò che concerne l'offerta economica, la stessa non andava riferita al canone annuo richiesto all'amministrazione (come accade, ad esempio, per il servizio di mensa scolastica o per la raccolta e lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani o per la manutenzione degli apparati tecnici), bensì era espressa in termini di incremento percentuale sulla retta di degenza indicata negli atti indittivi (per inciso, Asscoop ha formulato un rialzo dello 0% sulla retta, mentre Alpha ha proposto un incremento del 4%, e questo ha fatto la differenza fra le due cooperative). Ciò vuol dire, in primo luogo, che in tanto si può parlare di modifica dell'offerta economica in quanto Asscoop abbia formulato un rialzo diverso da quello indicato in offerta (il che non risulta dagli atti di causa, anzi il contratto depositato in giudizio dal Comune il 19/5/2009 dimostra esattamente il contrario – vedasi l'art.

8).

5.2. In secondo luogo, il Collegio osserva che la nota di chiarimenti di Asscoop del 18/12/2008 non opera alcun riferimento alla tabella allegata alla stessa (nella quale effettivamente, sotto la voce “entrate previste”, la ripartizione degli utenti è diversa da quella indicata in sede di gara), il che assume un rilievo peculiare in termini di dichiarazioni negoziali. Come è noto, infatti, ragionando in termini civilistici, l’offerta è equiparabile all’accettazione della proposta contrattuale ed essa presuppone l’espressione consapevole della volontà del dichiarante. Ora, il presidente di Asscoop, nella citata nota del 18/12/2008 non asserisce in alcun modo di voler modificare l’offerta economica, limitandosi a spiegare le ragioni per le quali era stato indicato in offerta un numero di ospiti della casa di riposo superiore a quello massimo indicato nel capitolato tecnico (10 anziché 6) e i motivi per cui il costo del personale non era in linea con le citate tabelle approvate dalla Giunta Regionale ai sensi della L.R. n. 34/2001.

In questo senso, l’aggiudicataria ha voluto solo evidenziare che l’equilibrio complessivo dell’offerta non muta cambiando l’ordine dei fattori, il che è ritenuto ammissibile dalla giurisprudenza (vedasi, ad esempio, TAR Lecce, III, n. 1406/2008).

5.3. Nel merito, poi, il Collegio non ritiene inattendibili le predette giustificazioni.

In relazione al primo aspetto, la stessa ricorrente non ha posto in discussione l’asserzione di Asscoop secondo cui il numero reale di

ospiti della casa di riposo è di norma superiore a quello massimo consentito, e ciò non già dal punto di vista fisico (essendo ovviamente vietato ospitare un numero di utenti superiore alla capienza della struttura, e ciò sia per ragioni igienico-sanitarie sia per motivi inerenti la sicurezza e la prevenzione antincendio) bensì dal punto di vista della posizione amministrativa dell'utente (e cioè per il periodo in cui, in attesa delle valutazioni dell'U.V.D. dell'A.S.U.R. sulla presenza di malattie *lato sensu* mentali, quale ad esempio la demenza senile, all'utente viene applicata la retta relativa alla casa di riposo).

5.4. In relazione al secondo profilo, Asscoop ha spiegato che il costo indicato nell'offerta non corrisponde alle tariffe regionali in quanto queste ultime comprendono anche la quota relativa ai costi di gestione (8%) e quella inerente i costi per la formazione e la sicurezza, voci che l'aggiudicataria ha inserito fra i "costi vari".

La ricorrente contesta questo calcolo, sostenendo che, anche a voler scorporare dagli importi delle tabelle regionali le suddette voci, in ogni caso il costo del personale indicato da Asscoop risulterebbe inferiore di circa 83.000 Euro a quello risultante dalla corretta applicazione delle più volte citate tabelle regionali.

5.5. A tal riguardo, nella memoria difensiva del 19/5/2009, la controinteressata Asscoop ha dettagliatamente spiegato le ragioni per le quali il costo del personale è in linea sia con le tabelle regionali, sia con i decreti ministeriali che periodicamente operano la ricognizione del costo del lavoro relativamente ai vari comparti produttivi, sia, soprattutto, con i c.c.n.l. di riferimento. Alla memoria sono state

anche allegate le buste paga di alcuni dipendenti, al fine di provare che, di fatto, la controinteressata eroga al personale un trattamento economico rispettoso dei c.d. minimi sindacali.

Analoghi calcoli, meno dettagliati, sono contenuti nella memoria difensiva del Comune depositata sempre il 19/5/2009.

A fronte di tali chiarimenti, la ricorrente non ha formulato specifici rilievi nei successivi scritti difensivi, limitandosi a contestarne la fondatezza e a richiedere al Tribunale di disporre una verifica o una consulenza tecnica.

5.6. Ora, a parte i profili strettamente processuali (in base ai quali la censura dovrebbe essere rigettata per genericità, non potendo il ricorrente limitarsi a sostenere l'inesattezza dei calcoli profferiti dalle parti intimare senza confutarli con l'ausilio, ad esempio, di una perizia redatta da un consulente del lavoro), il Collegio osserva che:

- in primo luogo, i decreti ministeriali emanati periodicamente in applicazione dapprima della L. n. 327/2000 e ora dell'art. 86 del D.Lgs. n. 163/2006 non forniscono, come è noto, dati utilizzabili *sic et simpliciter*, includendo essi voci che non sono applicabili a fattor comune e non tenendo conto, ad esempio, di sgravi contributivi e di altri benefici analoghi;
- allo stesso modo, la controinteressata, senza essere smentita sul punto, ha asserito che il costo orario indicato nelle citate tabelle regionali è comprensivo di una maggiorazione dell'8%, dovuto all'intento di assicurare alle cooperative un margine di utile minimo stimabile intorno al 3% (che si ottiene sottraendo alla maggiorazione

dell'8% il ribasso medio che in sede di gara viene praticato dalle cooperative, pari al 5%);

- ne consegue che, al fine di verificare il rispetto dei minimi sindacali, il punto di riferimento obbligato sono i c.c.n.l., i quali indicano con esattezza la retribuzione oraria che compete ad ogni dipendente in base alla qualifica, all'anzianità ed altre variabili individuali.

A tal ultimo riguardo, si osserva che in nessun punto degli atti indittivi era richiamato l'obbligo per i concorrenti di rispettare le tariffe regionali (essendo al contrario richiesto di garantire i trattamenti economici previsti dagli accordi nazionali e locali), le quali vengono per la prima volta menzionate dalla commissione nel verbale di gara del 17/12/2008 e dal Comune nella richiesta di giustificazioni. Ciò è rilevante, anche in ragione del fatto che le tariffe regionali si applicano in quanto espressamente richiamate negli atti di gara (vedasi punto 2 del dispositivo della deliberazione di G.R. n. 352/2008). In realtà, come correttamente rilevato dalla difesa del Comune, l'applicazione delle tabelle regionali presuppone un altro tipo di procedura, finalizzata all'affidamento alle cooperative sociali di appalti relativi alla gestione di servizi sociali e socio-sanitari o alla fornitura di beni e servizi e da aggiudicare in base ai criteri stabiliti nella deliberazione di G.R. n. 1133/2003. Nella specie si tratta di procedura diversa sia dal punto di vista giuridico (concessione e non appalto, il che è provato dal fatto che è il gestore a dover corrispondere un canone annuo al Comune, remunerandosi a sua volta con i ricavi derivanti dalla gestione della struttura – art. 13, let. k), del capitolato),

sia in relazione alle modalità di formulazione dell'offerta economica.

Fra l'altro, considerato che le tariffe in argomento debbono essere poste a base d'asta (vedasi sempre il punto 2 del dispositivo della del. G.R. n. 352/2008), ciò significa che le stesse possono essere derogate *in peius* in sede di offerta, il che confligge logicamente con la tesi di parte ricorrente secondo cui le tariffe *de quibus* sono inderogabili.

5.7. Si deve quindi concludere che per quanto attiene al profilo che precede le parti intime hanno dato conto del rispetto da parte di Asscoop dei contratti collettivi di settore, per cui l'operato della stazione appaltante va ritenuto legittimo anche *in parte qua*.

Ne consegue l'infondatezza del dedotto vizio di difetto di motivazione, anche perché costituisce principio giurisprudenziale pacificamente condiviso quello per cui, laddove la stazione appaltante ritenga di condividere le giustificazioni, è sufficiente la motivazione *per relationem* (alle giustificazioni medesime, ovviamente a condizione che le stesse siano state rese adeguatamente), un più stringente onere motivazionale essendo invece richiesto quando l'amministrazione aggiudicatrice ritenga di confermare il giudizio di non congruità dell'offerta sottoposta a verifica di anomalia.

6. In conclusione, il ricorso va respinto sia per ciò che attiene alla domanda impugnatoria, sia, conseguentemente, per quanto riguarda la domanda risarcitoria (quest'ultima, peraltro, sarebbe anche inammissibile per genericità, visto è stata enunciata solo nelle conclusioni del ricorso e non è accompagnata dalla benché minima argomentazione).

In ragione della complessità della fattispecie le spese di giudizio possono però essere compensate integralmente fra le parti costituite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate,

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

Così deciso in Ancona nella camera di consiglio del giorno 10 febbraio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Passanisi, Presidente

Gianluca Morri, Consigliere

Tommaso Capitano, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/02/2011

IL SEGRETARIO

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

