

N. 01150/2011 REG.PROV.COLL.
N. 00473/2011 REG.RIC.
N. 00523/2011 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 Amministrativo Regionale per la Sicilia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

- sul ricorso numero di registro generale 473 del 2011, proposto da:
La Città del Sole Soc. Coop. Sociale O.n.l.u.s., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Carlo Comandè, e con domicilio eletto presso lo studio del predetto in Palermo, via N. Morello n. 40;

contro

la Provincia Regionale di Palermo, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Alessandro Cannizzaro, e con domicilio eletto presso l'Ufficio Legale della medesima Provincia in Palermo, via Maqueda n. 100;

nei confronti di

Medi Care Cooperativa Sociale a r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Gaetano

Barone, Angela Barone e Maria Rosaria Amodio, e con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Gaspare Lo Iacono in Palermo, via Mariano Stabile n. 151;

- sul ricorso numero di registro generale 523 del 2011, proposto da:
Cooperativa Sociale Artemide, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Carmelo Giurdanella ed Elio Guarnaccia, e con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Rosaria Zammataro in Palermo, via G. Serpotta n.66;

contro

la Provincia Regionale di Palermo, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Gabriella Fasciana, e con domicilio eletto presso l'Ufficio Legale della medesima Provincia in Palermo, via Maqueda n. 100;

nei confronti di

- Cooperativa Sociale Medi Care a r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Gaetano Barone e Angela Barone, e con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Gaspare Lo Iacono in Palermo, via Mariano Stabile n. 151;

- la Città del Sole Soc. Coop. Sociale O.n.l.u.s., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Carlo Comandè, e con domicilio eletto presso lo studio del predetto in Palermo, via N. Morello n.40;

- Socio Culturale Società di Servizi, in persona del legale

rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;

- L'Airone Cooperativa Sociale, in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

quanto al ricorso n. 473 del 2011:

- del verbale di seduta riservata della Commissione tecnica, allegato n. 2 al verbale di gara n. 2 del 4 gennaio 2011 e della scheda di valutazione allegata al verbale di seduta riservata della Commissione tecnica, nella parte in cui è stato attribuito a La Città del Sole Soc. Coop, Sociale O.N.L.U.S., relativamente alla voce di valutazione "B3": "0,1 punti per l'utilizzo di ogni operatore con almeno 12 mesi di esperienza nel servizio ai disabili", un punteggio pari a 2,4, anziché il punteggio massimo pari a 5 e, di conseguenza, un punteggio, relativo all'offerta tecnica, di 34,70 anziché di 37,30;

- del verbale di seduta riservata della Commissione tecnica, allegato n. 2 al verbale di gara n. 2 del 4 gennaio 2011 e della scheda di valutazione allegata al verbale di seduta riservata della Commissione tecnica, nella parte in cui è stato attribuito a Medi Care Società Cooperativa Sociale, relativamente alla voce di valutazione "B3": "0,1 punti per l'utilizzo di ogni operatore con almeno 12 mesi di esperienza nel servizio ai disabili", un punteggio pari a 5, anziché pari a 0 e, di conseguenza, un punteggio, relativo all'offerta tecnica, di 35,50 anziché di 30,50;

- del verbale di gara n. 2 del 4 gennaio 2011 nella parte in cui la Commissione di gara, preso atto delle valutazioni rese dalla

Commissione tecnica in relazione alle offerte tecniche presentate dalle concorrenti, aperte le buste "C" recanti le offerte economiche relative al III lotto, ha attribuito all'offerta di Medi Care Società Cooperativa Sociale un punteggio complessivo pari a 65,50 anziché pari a 60,50, ha attribuito a La Città del Sole Soc. Coop. Sociale O.N.L.U.S. un punteggio complessivo pari a 64,70 anziché pari a 67,30 ed ha dichiarato Medi Care Società Cooperativa Sociale aggiudicataria in via provvisoria del III lotto (zona Ovest e Sud) del "servizio in 4 lotti di assistenza igienico personale a favore degli studenti diversamente abili frequentanti gli Istituti di competenza Provinciale per l'anno scolastico 2010/2011 (periodo gennaio giugno 2011, compresi gli esami di qualifica e di Stato)", oltre che dei relativi allegati;

- del provvedimento di aggiudicazione definitiva emanato con Determinazione Dirigenziale n. 49 del 15 febbraio 2011;

- nell'ipotesi di accoglimento del primo motivo di ricorso, della nota della Provincia Regionale di Palermo, Area Servizi alla Persona, del 2 febbraio 2011;

- in via subordinata, del verbale di seduta riservata della Commissione tecnica, allegato n. 2 al verbale di gara n. 2 del 4 gennaio 2011 e della scheda di valutazione allegata al verbale di seduta riservata della Commissione tecnica, nella parte in cui è stato attribuito a La Città del Sole Soc. Coop. Sociale O.N.L.U.S., relativamente alla voce di valutazione "B3)": "0,1 punti per l'utilizzo di ogni operatore con almeno 12 mesi di esperienza nel servizio ai disabili", un punteggio pari a 2,4 anziché pari a 3,2, e, di conseguenza, un punteggio, relativo

all'offerta tecnica, di 34,70 anziché di 35,50 e, nella parte in cui, invece, è stato attribuito a Medi Care Società Cooperativa Sociale, relativamente alla medesima voce di valutazione "B3)" un punteggio pari a 5, anziché pari a 0 e, di conseguenza, un punteggio, relativo all'offerta tecnica, di 35,50 anziché di 30,50; ed inoltre del verbale di gara n. 2 del 4 gennaio 2011 nella parte in cui la Commissione di gara, preso atto delle valutazioni rese dalla Commissione tecnica in relazione alle offerte tecniche presentate dalle concorrenti, aperte le buste "C" recanti le offerte economiche relative al III lotto, ha attribuito all'offerta di Medi Care Società Cooperativa Sociale un punteggio complessivo pari a 65,50 anziché pari a 60,50 ed ha attribuito a La Città del Sole Soc. Coop. Sociale O.N.L.U.S. un punteggio complessivo pari a 64,70 anziché pari 65,50 ed ha dichiarato Medi Care Società Cooperativa Sociale aggiudicataria in via provvisoria del IH lotto (zona Ovest e Sud) del "servizio in 4 lotti di assistenza igienico personale ai favore degli studenti diversamente abili frequentanti gli Istituti di competenza Provinciale per l'anno scolastico 2010/2011 (periodo gennaio giugno 2011, compresi gli esami di qualifica e di Stato)", oltre che dei relativi allegati;

- in via gradatamente subordinata, del verbale di seduta riservata della Commissione tecnica, allegato n. 2 al verbale di gara n. 2 del 4 gennaio 2011 e della scheda di valutazione allegata al verbale di seduta riservata della Commissione tecnica, nella parte in cui è stato attribuito a La Città del Sole Soc. Coop. Sociale O.N.L.U.S., relativamente alla voce di valutazione "B3) ": "0,1 punti per l'utilizzo

di ogni operatore con almeno 12 mesi di esperienza nel servizio ai disabili", un punteggio pari a 2,4 anziché pari a 3,2, e, di conseguenza, un punteggio, relativo all'offerta tecnica, di 34,70 anziché di 35,50; ed inoltre del verbale di gara n. 2 del 4 gennaio 2011 nella parte in cui la Commissione di gara, preso atto delle valutazioni rese dalla Commissione tecnica in relazione alle offerte tecniche presentate dalle concorrenti, aperte le buste "C" recanti le offerte economiche relative al III lotto, piuttosto che disporre il sorteggio per la individuazione, tra La Città del Sole e Medi Care, della prima e della seconda in graduatoria, ha dichiarato Medi Care Società Cooperativa Sociale aggiudicataria in via provvisoria del III lotto (zona Ovest e Sud) del "servizio in 4 lotti di assistenza igienico personale a favore degli studenti diversamente abili frequentanti gli Istituti di competenza Provinciale per l'anno scolastico 2010/2011 (periodo gennaio giugno 2011, compresi gli esami di qualifica e di Stato)", oltre che dei relativi allegati;

- ove occorra e per quanto di ragione, di ogni altro atto connesso, presupposto o consequenziale ad oggi non conosciuto dall'odierna ricorrente.

NONCHÉ

- per l'accoglimento della domanda di conseguire l'aggiudicazione dell'appalto e la stipula del conseguente contratto (tutela in forma specifica), e nell'ipotesi in cui sia stato stipulato il contratto:

- per la declaratoria di inefficacia del contratto stesso, ai sensi e per gli effetti degli artt. 121 comma 1, lett. e) e d) e 122 del D. Lgs, n.

104/2010;

- per l'accoglimento della conseguente domanda di subentro, che fin d'ora pure, in quanto occorra, formalmente si esplicita;

per l'eventuale applicazione di sanzioni alternative ex art. 123 D.Lgs. 104/2010;

NONCHÉ ANCORA

per le subordinate ipotesi in cui non venissero conseguiti l'aggiudicazione e conseguente stipula del contratto, ovvero in cui (in caso di parziale esecuzione dell'opera da parte della controinteressata o per qualunque altra causa) venisse affidata solo una parte dei servizi oggetto di gara, per l'accoglimento della domanda di condanna della stazione appaltante al risarcimento per equivalente monetario per la refusione dei danni subiti e subendi a causa dei provvedimenti impugnati, nella misura che si indica già nel 13% dell'importo a base d'asta del contratto (10% per lucro cessante e 3% per perdita di qualificazione e di *chances*), ovvero nella maggiore o minore somma che risulterà in corso di giudizio, con espressa riserva di ulteriormente dedurre, precisare e comprovare, in ogni caso oltre interessi legali e rivalutazione monetaria trattandosi di debito di valore;

quanto al ricorso n. 523 del 2011:

- 1) del verbale di gara del 31 dicembre 2010 e relativi allegati;
- 2) del verbale di gara del 4 gennaio 2011 e relativi allegati, con cui è stata disposta, in favore della Cooperativa Sociale Medi Care a r.l., l'aggiudicazione in via provvisoria del terzo lotto relativo al servizio di “assistenza igienico-personale a favore degli studenti diversamente

abili frequentanti gli istituti di competenza provinciale per l'anno scolastico 2010/2011, periodo gennaio-giugno 2011 (compresi esami di qualifica e di stato)”;

3) ove occorra, della nota della Direzione Gare e Contratti della Provincia Regionale di Palermo, n. 1241 del 5 gennaio 2011;

4) della nota della Direzione politiche sociali e giovanili della provincia Regionale di Palermo, con cui l'amministrazione ha affidato in via d'urgenza l'esecuzione del terzo lotto all'attuale aggiudicataria in via provvisoria, con decorrenza dal 10 gennaio 2011;

5) ove occorra, della determinazione dirigenziale n. 23 del 31 gennaio 2011, che ha modificato in autotutela il verbale di gara di aggiudicazione provvisoria del 4 gennaio 2011;

6) della determinazione dirigenziale n. 49 del 15 febbraio 2011 della Direzione Gare e Contratti della Provincia Regionale di Palermo, con cui l'amministrazione ha disposto l'aggiudicazione definitiva del terzo lotto della gara in esame in favore della predetta concorrente;

7) ove occorra, del bando di gara, nella parte in cui prevede solo quattro giorni tra l'aggiudicazione provvisoria e l'inizio del servizio in questione, così eludendo e violando il termine di cd. stand still;

8) di ogni altro atto o provvedimento, ivi compreso, ove esistente, il provvedimento di aggiudicazione definitiva del servizio;

Visto il ricorso n. 473/2011, con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Provincia Regionale di Palermo;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della controinteressata Medi

Care Società Cooperativa Sociale, e il ricorso incidentale dalla stessa proposto;

Vista l'ordinanza cautelare n. 251/2011;

Vista la documentazione prodotta dalla resistente amministrazione;

Vista la documentazione e la memoria conclusiva depositate dalla ricorrente;

Vista la memoria depositata dalla Provincia Regionale di Palermo;

Designato relatore il Referendario Maria Cappellano;

Visto il ricorso n. 523/2011, con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Provincia Regionale di Palermo, con le relative deduzioni difensive;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della controinteressata Cooperativa Sociale Medi Care a r.l., con le relative deduzioni difensive;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della controinteressata La Città del Sole Soc. Coop. Sociale O.n.l.u.s., con le relative deduzioni difensive;

Vista l'ordinanza cautelare n. 253/2011;

Visto il ricorso incidentale proposto dalla controinteressata La Città del Sole Soc. Coop. Sociale O.n.l.u.s.;

Preso atto che le altre concorrenti graduate in posizione peggiore rispetto alla ricorrente, ritualmente intimata, non si sono costituite in giudizio;

Vista la replica presentata dalla ricorrente al ricorso incidentale proposto dalla controinteressata;

Visti gli atti tutti delle cause;

Designato relatore il Referendario Maria Cappellano;

Uditi alla udienza pubblica del 17 giugno 2011, per entrambi i ricorsi, i difensori delle parti costituite, presenti come da verbale;

Visto il disposto di cui agli artt. 119 e 120 cod. proc. amm.;

Visto il disposto di cui all'art. 3, comma 2, cod. proc. amm. e ritenuto che la complessità delle questioni da trattare tanto in punto di fatto, che di diritto, impedisca la redazione della sentenza in maniera sintetica;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

A. – Con ricorso n. 473/2011, notificato il 23 febbraio 2011 e depositato il 3 marzo successivo, la ricorrente – seconda in graduatoria - ha impugnato gli atti in epigrafe indicati, con cui la Provincia Regionale di Palermo ha aggiudicato in via definitiva, ed affidato in via d'urgenza, all'odierna controinteressata Cooperativa Sociale Medi Care a r.l. il terzo lotto relativo al servizio (suddiviso in quattro lotti) di “assistenza igienico-personale a favore degli studenti diversamente abili frequentanti gli istituti di competenza provinciale per l'anno scolastico 2010/2011, periodo gennaio-giugno 2011 (compresi esami di qualifica e di stato)” (importo complessivo € 2.069.747,20).

Espone che:

- al fine di dare applicazione all'art. 9 del capitolato d'oneri, nel corso

della seduta riservata del 31.12.2010 la commissione tecnica, appositamente costituita, aveva stabilito che sarebbero stati presi in considerazione gli elenchi con specificazione delle qualifiche e/o dei *curricula* degli operatori riportati nel relativo elenco;

- rispetto a tale clausola, la ricorrente si era impegnata ad utilizzare n. 57 operatori, di cui n. 24 indicati nel relativo elenco con esperienza di almeno 12 mesi, già in forza alla Provincia per l'espletamento del servizio al momento di partecipazione alla gara; ulteriori n. 32 operatori, di cui era stato prodotto il *curriculum vitae*;

- in applicazione della richiamata clausola, alla ricorrente veniva attribuito un punteggio inferiore – punti 2,4 invece degli auspicati 5 punti –, mentre alla controinteressata era stato attribuito il relativo punteggio, sebbene la predetta non avesse allegato né l'elenco degli operatori, né il relativo *curriculum*.

Ha chiesto l'annullamento degli atti di aggiudicazione del terzo lotto, previa sospensiva e con vittoria di spese, per i seguenti motivi:

1) *Violazione e falsa applicazione dell'art. 9 lett. B) del capitolato d'appalto – travisamento dei presupposti di fatto e di diritto – eccesso di potere – violazione e falsa applicazione dell'art. 3 della legge n. 241/90 sotto il profilo del difetto di motivazione.*

1.1) La commissione tecnica avrebbe attribuito alla ricorrente un punteggio inferiore rispetto a quanto documentato con riguardo all'utilizzazione degli operatori con esperienza di almeno 12 mesi (punti 2,4 invece degli auspicati 5 punti), senza che dagli atti di gara possa desumersi la ragione del mancato computo di tutti gli operatori

indicati.

1.2) Peraltro, sebbene la commissione tecnica avesse stabilito di prendere in considerazione gli elenchi con specificazione delle qualifiche e/o dei *curricula* degli operatori riportati nel relativo elenco, avrebbe poi attribuito il relativo punteggio massimo alla controinteressata (punti 5), la quale si era limitata a dichiarare genericamente il numero degli operatori con esperienza di almeno 12 mesi, che sarebbero stati utilizzati.

1.3) Inoltre, a seguito di reclamo proposto dalla medesima ricorrente in data 26.01.2011, la stazione appaltante, con nota del 02.02.2011 – parimenti impugnata – comunicava di avere attribuito, per la suddetta voce, il relativo punteggio facendo esclusivamente riferimento ai 32 *curricula* presentati, con asserita immotivata mancata valutazione degli ulteriori 24 operatori elencati.

2) *In via subordinata: violazione e falsa applicazione dell'art. 9, lett. B) del capitolato d'appalto – travisamento dei presupposti di fatto e di diritto – eccesso di potere.*

Prendendo le mosse dalla motivazione addotta dall'amministrazione, quanto alla valutazione del numero degli operatori, contenuta nella citata nota del 02.02.2011, alla ricorrente, coerentemente, avrebbe dovuto essere attribuito un punteggio, per la voce in contestazione, pari a 3,2 (0,1 punti per n. 32 operatori, di cui era stato prodotto il *curriculum* asseritamente vagliato dalla commissione), con conseguente diritto all'attribuzione della relativa differenza (0,8 punti), con punteggio complessivo almeno pari a 65,50, in atto pari a quello

attribuito alla controinteressata.

Al tempo stesso, a quest'ultima dovrebbero essere decurtati n. 5 punti attribuiti sempre per tale voce – con punteggio complessivo pari a 60,50 - non avendo la predetta prodotto alcun *curriculum* né elenco nominativo; con conseguente aggiudicazione in favore della ricorrente.

3) In via gradatamente subordinata: violazione e falsa applicazione dell'art. 9, lett. B) del capitolato d'appalto – travisamento dei presupposti di fatto e di diritto – eccesso di potere – violazione del disciplinare di gara nella parte in cui dispone che "ove si sia in presenza di più aggiudicatari con offerte uguali, si procede esclusivamente al sorteggio del primo e del secondo aggiudicatario escludendo qualsiasi altro sistema di scelta.

Sempre traendo spunto dalla motivazione addotta dall'amministrazione, quanto alla valutazione del numero degli operatori indicati dalla ricorrente, contenuta nella citata nota del 02.02.2011, si ribadisce che alla predetta avrebbe dovuto essere attribuito un punteggio, per la suddetta voce, pari a 3,2 (0,1 punti per n. 32 operatori, di cui era stato prodotto il *curriculum* asseritamente vagliato dalla commissione), e non quello concretamente attribuito (2,4), con conseguente diritto all'attribuzione della relativa differenza (0,8 punti), con punteggio complessivo almeno pari a 65,50, in atto pari a quello attribuito alla controinteressata.

Quindi la ricorrente avrebbe dovuto godere quantomeno della chance di aggiudicazione del terzo lotto, attraverso il meccanismo del sorteggio.

Chiede, pertanto, l'annullamento degli atti di gara, e formula sia domanda di subentro nel contratto, previa eventuale declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente già stipulato; sia, in via subordinata, la condanna della stazione appaltante al risarcimento dei danni per equivalente monetario.

– Si è costituita in giudizio la controinteressata Cooperativa Sociale Medi Care a r.l., chiedendo la reiezione del gravame, in quanto infondato, nonché impugnando, con rituale ricorso incidentale, il verbale del 04.01.2011, nella parte in cui: 1) non sarebbe stata valutata la componente progettuale, con particolare riferimento a n. 10 proposte migliorative; 2) l'attribuzione alla ricorrente del punteggio massimo (n. 10 punti) per l'utilizzazione del 100 % degli operatori con garanzia di continuità.

– Al fine di resistere al ricorso si è costituita in giudizio la Provincia Regionale di Palermo.

– Alla camera di consiglio del 25 marzo 2011 il difensore di parte ricorrente ha formalmente rinunciato all'istanza cautelare: quindi, con ordinanza n. 251 depositata il 28.03.2011, il Collegio, preso atto di detta rinuncia, ha fissato per la discussione del merito l'udienza pubblica del 17 giugno 2011.

– In vista dell'udienza di discussione del merito della controversia, la resistente amministrazione ha depositato documentazione e memoria conclusiva, avversando le censure mosse dalla ricorrente principale e concludendo per la reiezione del ricorso.

– Anche la ricorrente ha prodotto scritto difensivo conclusivo,

controdeducendo alle censure mosse dalla controinteressata con il gravame incidentale e con il controricorso, insistendo per l'accoglimento del ricorso principale, previa reiezione di quello incidentale.

B. – Con ricorso n. 523/2011, notificato il 24 febbraio 2011 e depositato il 10 marzo successivo, l'odierna ricorrente ha impugnato gli atti in epigrafe indicati, con cui la Provincia Regionale di Palermo ha aggiudicato in via definitiva, ed affidato in via d'urgenza, all'odierna controinteressata Cooperativa Sociale Medi Care a r.l. il terzo lotto relativo al servizio (suddiviso in quattro lotti) di “assistenza igienico-personale a favore degli studenti diversamente abili frequentanti gli istituti di competenza provinciale per l'anno scolastico 2010/2011, periodo gennaio-giugno 2011 (compresi esami di qualifica e di stato)”, per il periodo gennaio-giugno 2011 (importo complessivo € 2.069.747,20).

Esponde che:

- l'art. 9 del capitolato d'oneri prevedeva l'assegnazione, tra l'altro, di punti fino a 5 (in ragione di 0,1 punti), per l'utilizzo di ogni operatore con almeno 12 mesi di esperienza nel servizio ai disabili; e di punti fino a 10 per l'impiego di volontari o altre figure professionali, psicologi, educatori (laurea triennale), infermieri professionali, educatori con competenze nel TEIPA, quale arricchimento del progetto e, in aggiunta a quello previsto nel presente capitolato (0,1 punti per ogni unità);
- rispetto a tale clausola, la ricorrente aveva presentato due

dichiarazioni, con cui individuava in 50 il numero di operatori con esperienza da utilizzare nel servizio in caso di aggiudicazione, con diritto a 5 punti; in 100, il numero di volontari ed altri operatori, con diritto ad ulteriori 10 punti;

- nel corso della seduta riservata del 31.12.2010, la commissione tecnica, appositamente costituita, stabiliva ulteriori criteri di attribuzione di detto punteggio – con asserita alterazione delle regole del gioco – stabilendo di prendere in considerazione gli elenchi con specificazione delle qualifiche e/o dei *curricula* degli operatori riportati nel relativo elenco;

- in applicazione di detto criterio integrativo, alla ricorrente non veniva attribuito alcun punteggio - invece degli auspicati 15 punti, che le farebbero conseguire il punteggio complessivo di 75,50 - in ragione della mancanza dei nominativi e delle qualifiche; con conseguente aggiudicazione provvisoria (e poi definitiva) del terzo lotto dell'appalto in interesse all'odierna controinteressata, nonché l'affidamento in via d'urgenza del servizio, in asserita violazione del cd. stand still.

Ha chiesto l'annullamento degli atti di aggiudicazione del terzo lotto, previa sospensiva e con vittoria di spese, per i seguenti motivi:

1) *Violazione e falsa applicazione: dell'art. 83 D. lgs. n. 163/2006; dell'art. 97 Cost. – Violazione dei principi di trasparenza e della par condicio – Illegittimità dei criteri integrativi dettati dalla commissione tecnica.*

Gli indicati criteri integrativi sarebbero stati adottati in violazione dell'art. 83 del d. lgs. n. 163/2006, il quale vieta alle commissioni di

gara di introdurre ulteriori elementi di valutazione delle offerte rispetto a quelli indicati nella legge di gara.

2) *Eccesso di potere per irragionevolezza e contraddittorietà – violazione del principio di massima partecipazione – violazione del principio di non aggravamento. Inequivocità del significato della clausola in questione.*

La richiamata clausola (art. 9 capitolato d'oneri), se intesa nel senso di richiedere nominativi e qualifiche degli operatori, risulterebbe in contrasto con le altre previsioni della lex specialis e, in particolare: con la clausola del bando (art. 17, lettera e), che impegnava i concorrenti ad utilizzare operatori in possesso dell'attestato di qualifica professionale Osa e Oss riconosciuti dalla Regione Siciliana; con la clausola del capitolato (art. 6), che impone solo all'affidatario del servizio di trasmettere alla P.A. l'elenco completo degli operatori da utilizzare.

3) *Violazione e falsa applicazione: dell'art. 11, commi 9, 10 e 10-ter d. lgs. n. 163/2006; dell'art. 97 Cost. – eccesso di potere per sviamento dalla causa tipica – Illegittimità dell'esecuzione in via d'urgenza per elusione del cd. stand still e del periodo di sospensione obbligatoria, nonché per ritardi nello svolgimento della gara imputabili esclusivamente alla stazione appaltante.*

L'affidamento in via d'urgenza del servizio violerebbe il cd. *stand still*, e lo stesso bando di gara, stando alla tempistica indicata, non consentirebbe alla P.A. di rispettare nessuno dei termini previsti dalle calendate norme, con dedotta illegittimità anche della legge di gara in parte qua.

– Al fine di resistere al ricorso si è costituita in giudizio la Provincia

Regionale di Palermo, chiedendo la reiezione sia dell'istanza cautelare, sia del ricorso, in quanto infondato.

– Si è costituita in giudizio la controinteressata Cooperativa Sociale Medi Care a r.l., contestando la ricostruzione di parte ricorrente, e chiedendo la reiezione del gravame, in quanto infondato.

– Si è, altresì, costituita in giudizio la controinteressata La Città del Sole Soc. Coop. Sociale O.n.l.u.s., seconda graduata per il terzo lotto, rendendo noto di avere proposto separato ricorso (R.G. 473/2011) avverso l'aggiudicazione di detto lotto alla Medi Care a r.l., avversando, al contempo, il gravame proposto dall'odierna ricorrente e chiedendone, pertanto, il rigetto.

– Alla camera di consiglio del 25 marzo 2011 il difensore di parte ricorrente ha formalmente rinunciato all'istanza cautelare: quindi, con ordinanza n. 253 depositata il 28.03.2011, il Collegio, preso atto di detta rinuncia, ha fissato per la discussione del merito l'udienza pubblica del 17 giugno 2011.

– Con ricorso incidentale ritualmente notificato e depositato, la controinteressata La Città del Sole Soc. Coop. Sociale O.n.l.u.s. ha impugnato gli atti di gara, nella parte in cui, in relazione alla voce "B4)", non è stato attribuito alla ricorrente principale un punteggio pari a zero, anche per avere la predetta presentato una dichiarazione di impegno non conforme a quanto richiesto dal capitolato d'onere (art. 9, punto B4).

– Con memoria depositata in vista della pubblica udienza, parte ricorrente ha avversato le censure proposte con il ricorso incidentale

dalla controinteressata, insistendo per l'accoglimento del ricorso principale.

DIRITTO

A. – Va preliminarmente disposta la riunione dei ricorsi nn. 473/2011 e 523/2011, ai sensi dell'art. 70 cod. proc. amm., stante la stretta connessione, soggettiva ed oggettiva, tra gli stessi.

B. – La controversia azionata da entrambe le ricorrenti, di cui ai ricorsi specificati in epigrafe, concerne l'aggiudicazione definitiva, e l'affidamento in via d'urgenza, in favore della controinteressata Medi Care a r.l., del terzo lotto relativo al servizio (suddiviso in quattro lotti) di “assistenza igienico-personale a favore degli studenti diversamente abili frequentanti gli istituti di competenza provinciale per l'anno scolastico 2010/2011, periodo gennaio-giugno 2011 (compresi esami di qualifica e di stato)”, per il periodo gennaio-giugno 2011 (importo complessivo € 2.069.747,20).

La ricorrente del ricorso n. 473/2011 tende a conseguire il punteggio di 67,30, a fronte del punteggio attribuitole pari a 64,70; o, in via subordinata, un punteggio di 65,50 (pari a quello attribuito all'attuale aggiudicataria), con l'intento o di fare decurtare il punteggio alla controinteressata, ottenendo comunque l'aggiudicazione; o, in via ulteriormente subordinata, di conseguire una chance di aggiudicazione attraverso il sorteggio (espressamente previsto dalla legge di gara).

La ricorrente del ricorso n. 523/2011 – quinta nella graduatoria relativa al medesimo lotto - lamenta la mancata attribuzione del punteggio previsto dall'art. 9 del capitolato speciale d'oneri – che

sarebbe pari a 15 punti – grazie al quale la predetta conseguirebbe il punteggio complessivo pari a 75,50, a fronte di quello attribuito all'attuale aggiudicataria, pari a 65,50.

B.1. – Va, quindi prioritariamente esaminato il ricorso n. 523/2011, il quale, se fondato, renderebbe privo di interesse il ricorso n. 473/2011, atteso che la ricorrente di tale gravame, come esposto, tende a conseguire il punteggio massimo di 67,30, inferiore a quello che, in tesi, conseguirebbe la Cooperativa Sociale Artemide (ricorrente del ricorso n. 523/2011).

Può, peraltro, prescindere dall'esame del ricorso incidentale proposto dalla controinteressata La Città del Sole Soc. Coop. Sociale O.n.l.u.s., in quanto il ricorso principale n. 523/2011 non merita accoglimento.

- Con i primi due motivi – che possono, per ragioni logiche, essere esaminati congiuntamente – sostiene la ricorrente, per un verso, che la commissione tecnica avrebbe illegittimamente integrato i criteri di valutazione previsti dalla legge di gara; per altro verso, che la disposta integrazione di detti criteri si porrebbe in contrasto con talune prescrizioni contenute nel bando e nel capitolato d'onori.

La doglianza è complessivamente infondata.

L'art. 83, comma 1, del d. lgs. n. 163/2006 (Criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa) prevede che, in caso di contratto affidato con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, sia il bando di gara a stabilire i criteri di valutazione dell'offerta, pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto, tra i quali annovera, per quanto qui di specifico interesse, il prezzo e la

qualità.

Il comma 2 del citato art. 83 stabilisce, inoltre, che i criteri di valutazione e la ponderazione relativa a ciascuno di essi siano indicati nella medesima legge di gara.

Il successivo comma 4, nella versione risultante dall'abrogazione disposta con l'art. 1, comma 1, lettera u), del d. lgs. n. 152/2008, non consente più alle commissioni di gara di fissare i criteri motivazionali cui si atterranno per attribuire a ciascun criterio e subcriterio di valutazione il punteggio, tra il minimo e il massimo, prestabiliti dal bando.

Riportato il quadro normativo di riferimento, di cui si assume la violazione, e venendo al caso di specie, va premesso, quanto al primo motivo, che:

- l'art. 6 del bando di gara stabiliva, quanto al criterio di aggiudicazione, che *“si procederà all'aggiudicazione, per ogni singolo lotto, in favore della offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'art. 83, comma 1, Decreto Legislativo n° 163/2006 su un max di 100 punti secondo gli elementi di valutazione di cui all'art. 9 del capitolato speciale d'oneri...”*;

- il richiamato art. 9 del capitolato d'oneri stabiliva tutti gli elementi di valutazione, con prevalenza dell'elemento qualitativo su quello economico (indicatori della qualità del progetto, *max* punti 70; componente economica, *max* punti 30);

tra l'altro, quanto agli indicatori di qualità del progetto, che vengono specificamente in rilievo, *“...fino a 5 punti, in ragione di 0,1 punti, per l'utilizzo di ogni operatore con almeno 12 mesi di esperienza nel servizio ai*

disabili;

fino a 10 punti per l'impiego di volontari o altre figure professionali, psicologi, educatori (laurea triennale), infermieri professionali, educatori con competenze nel TEIPA, quale arricchimento del progetto e in aggiunta a quello previsto nel presente capitolato, in ragione di 0,1 punti per ogni unità”;

- con la contestata decisione contenuta nel verbale di gara del 31.12.2010, la commissione tecnica ha stabilito, prima di procedere all'apertura dei plichi, che “...per la valutazione dei volontari, saranno presi in considerazione gli elenchi con specificata la qualifica e/ o curricula corrispondenti ai nominativi riportati in elenco, per la valutazione dell'utilizzo degli operatori con esperienza nel servizio saranno presi in considerazione gli elenchi con specificata la qualifica e/ o curricula corrispondente ai nominativi riportati in elenco, non saranno prese in considerazione mere dichiarazioni d'intento”.

Dalla complessiva lettura delle prescrizioni della legge di gara si evince, in primo luogo, che – data la particolare delicata natura della tipologia di servizio reso alla persona – alla componente qualitativa sia stato attribuito un peso superiore rispetto a quella economica; in secondo luogo, che – quantomeno con riferimento all'impiego di volontari e altre figure professionali - la prestazione si caratterizza come aggiuntiva, rispetto a quella prevista da capitolato.

Quanto alla asserita integrazione dei criteri di valutazione, nessuna integrazione di detti criteri è stata effettuata dalla commissione tecnica, la quale non è neppure incorsa nel divieto, oggi esistente, di fissare il punteggio minimo e massimo, come previsto nella vecchia versione dell'art. 83, comma 4, essendo il meccanismo di attribuzione

del punteggio, per ogni singola componente (progettuale; organizzativa ed esperienza; economica) espressamente ed analiticamente predeterminato dall'art. 9 del capitolato speciale.

Quanto, in particolare, al punto b) del citato articolo, dalla sola lettura del dato contenuto nell'art. 9 del capitolato può evincersi come la attribuzione del punteggio per le indicate caratteristiche non avrebbe potuto ragionevolmente prescindere dalla indicazione puntuale del personale, con le caratteristiche richieste; a maggior ragione, per quanto attiene al personale volontario, o rivestente peculiari profili professionali, in quanto costituente componente migliorativa del progetto.

Si consideri, peraltro, che la ricorrente ha presentato dichiarazioni estremamente generiche, in cui si è limitata a dichiarare la propria disponibilità ad utilizzare personale, avente le caratteristiche richieste: il che appare *prima facie* assolutamente insufficiente per consentire alla commissione tecnica di attribuire il punteggio previsto dal capitolato.

Ritiene, quindi, il Collegio che la conoscenza del dato, dal quale desumere l'esperienza maturata (di almeno 12 mesi), o l'inserimento aggiuntivo di volontari o altre figure professionali, fosse indispensabile per apprezzare il dato di fatto da riscontrare, costituente *quid pluris* ai fini dell'attribuzione del relativo punteggio.

Si può, dunque, affermare che la commissione si è limitata a stabilire un metodo di lavoro, specificando le modalità, con cui avrebbe proceduto alla valutazione della componente tecnica, senza che venga in rilievo alcuna integrazione dei criteri stabiliti dalla legge di gara,

riferentisi, già di per sé soli, ai dati oggettivi della documentata utilizzazione di operatori con almeno 12 mesi di esperienza; nonché di volontari o altre figure professionali (peraltro elencate dallo stesso punto b4 del capitolato).

Conclusivamente, quanto alla prima censura, rileva il Collegio che, dall'esame del contenuto del capitolato speciale di gara, delle disposizioni ivi richiamate e del verbale di gara, si evince che, come evidenziato in precedenza, la Commissione si è limitata a dare pratica applicazione alle indicazioni ivi contenute, applicandole al caso concreto.

– Con il secondo motivo la ricorrente argomenta nel senso della illogicità del criterio integrativo stabilito dalla Commissione nella seduta del 31.12.2010.

Quanto alla richiesta della qualifica e/o *curricula* per gli operatori con almeno 12 mesi di esperienza nel settore, fa notare come la legge di gara abbia già previsto l'obbligo per le concorrenti di utilizzare operatori in possesso dell'attestato di qualifica professionale Osa e Oss riconosciuti dalla Regione Siciliana (lett q), con relativa dichiarazione da rendere in tal senso (e resa dalla ricorrente).

Sotto tale profilo, quindi, ogni concorrente non potrebbe utilizzare che operatori con tali caratteristiche, con superfluità della richiesta indicazione della qualifica (o, in alternativa, del *curriculum*), ai fini dell'attribuzione del punteggio aggiuntivo.

Ma tale contestazione attiene, a ben vedere, al contenuto dello stesso criterio di attribuzione del punteggio previsto dal capitolato speciale

di appalto – il quale, giova rammentarlo, prevedeva l'attribuzione di punteggio aggiuntivo per l'utilizzo di ogni singolo operatore con esperienza di almeno 12 mesi -, di talché la censura si presenta, sotto tale specifico profilo, inammissibile, in quanto tendente a revocare in dubbio la logicità e la coerenza della complessiva legge di gara, non impugnata *in parte qua*.

Va, peraltro, notato in senso contrario che il riferimento all'obbligo dell'aggiudicatario di trasmettere l'elenco degli operatori, fa riferimento a quelli, la cui presenza sia obbligatoria secondo le previsioni del capitolato, e prevista, secondo un numero prestabilito, per ogni lotto.

Inoltre, l'essere in possesso dell'attestato di qualifica professionale, richiesto come requisito minimo, non integra di per sé l'ulteriore requisito (valore aggiunto) rappresentato da un operatore, il quale ha anche maturato un'esperienza di almeno un anno nel servizio ai disabili: e, su tale punto, va rimarcato che la ricorrente ha presentato una mera dichiarazione di intenti, il cui contenuto non avrebbe consentito all'organo tecnico di attribuire alcun punteggio aggiuntivo, anche considerando che l'art. 9 citato si esprime nel senso dell' "*utilizzo di ogni operatore*", richiedendo, quindi, concreta dimostrazione circa l'utilizzazione di soggetti con il livello minimo di esperienza.

Senza considerare che la valutazione di cui al punto 9 del capitolato attiene anche, in parte, al progetto migliorativo.

– Non merita adesione neppure il terzo motivo, con cui si lamenta la violazione della clausola di "*stand still*".

Sul punto, è stato rilevato che la violazione della clausola di “*stand still*”, senza che concorrano vizi propri dell'aggiudicazione, non comporta l'annullamento dell'aggiudicazione o l'inefficacia del contratto, in quanto trattasi di una fase successiva a quella di selezione del migliore contraente, che, per ciò stesso, non potrebbe ripercuotersi negativamente sul provvedimento di aggiudicazione definitiva (T.A.R. Lazio, Roma, III *ter*, 9 dicembre 2010, n. 35816; II, 2 dicembre 2010, n. 35031; T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, I, 20 ottobre 2010, n. 942; T.A.R. Campania, Napoli, I, 14 luglio 2010, n. 16776).

Inoltre, la violazione della norma in questione presuppone che sia intervenuta la stipulazione del contratto, senza il quale non sussiste alcuna violazione della clausola in commento, non essendo l'esecuzione in via d'urgenza parificabile alla stipulazione del contratto, anche ai fini dell'applicazione delle disposizioni contenute negli artt. 121 e 122 cod. proc. amm.: laddove, nel caso in specie, al momento in cui la ricorrente ha proposto ricorso, la P.A. aveva solo affidato in via d'urgenza il servizio, giustificando, peraltro, il ritardo con cui aveva proceduto all'indizione della gara.

– Concludendo, per quanto suesposto, il ricorso n. 523/2011 è infondato e va respinto, con salvezza degli atti impugnati.

La reiezione della domanda di annullamento dell'aggiudicazione definitiva comporta, di conseguenza, la reiezione delle connesse domande di risarcimento dei danni, e di subentro nel contratto eventualmente stipulato.

B.2. – Va ora esaminato il ricorso n. 473/2011, il quale si presenta parimenti infondato, il che esime il Collegio dall'esaminare il ricorso incidentale proposto dalla controinteressata Medi Care a r.l..

– Il primo motivo, con cui viene contestata la mancata attribuzione del punteggio per n. 32 *curricula* presentati, in applicazione dell'art. 9 del capitolato d'onori, non merita accoglimento.

Va premesso che:

- l'art. 9 del capitolato d'onori stabiliva, quanto agli indicatori di qualità del progetto in interesse, “...*fino a 5 punti, in ragione di 0,1 punti, per l'utilizzo di ogni operatore con almeno 12 mesi di esperienza nel servizio ai disabili*”;

- con verbale del 31.12.2010 (in atti), la commissione tecnica ha stabilito, per quanto qui di specifico interesse, che “...*per la valutazione dell'utilizzo degli operatori con esperienza nel servizio saranno presi in considerazione gli elenchi con specificata la qualifica e/o curricula corrispondente ai nominativi riportati in elenco, non saranno prese in considerazione mere dichiarazioni d'intento*”;

- dal verbale di gara n. 2 del 04.01.2011 si evince che la commissione tecnica ha esaminato la documentazione presentata dalla ricorrente, consistente, tra l'altro, in “...*E) dichiarazione personale utilizzato F) (da 1 a 32) curricula vitae*”;

attribuendo, per la voce in contestazione (personale con esperienza di almeno 12 mesi), il punteggio pari a 2,4 (cfr. scheda di valutazione, in atti);

- l'elenco presentato dalla ricorrente e indicato al superiore punto E) in seno al verbale appena citato, all'interno della dichiarazione

sostitutiva resa dal legale rappresentante della stessa, comprendeva n. 25 operatori, di cui n. 24 con esperienza di almeno 12 mesi nel servizio ai disabili (cfr. dichiarazione in atti).

Va anche chiarito che la ricorrente non pone in contestazione quanto stabilito dal predetto organo tecnico in ordine alla valutazione dell'utilizzo degli operatori predetti, ma sostiene che, nel caso in specie, la commissione avrebbe dovuto attribuire il relativo punteggio, oltre che ai 24 operatori (con esperienza) elencati, anche a quelli (n. 32), di cui era stato prodotto il *curriculum vitae*.

Tale impostazione si scontra, tuttavia, con la dichiarazione resa dalla stessa ricorrente, risultando i *curricula* soltanto materialmente inseriti nella busta relativa all'offerta tecnica; ne consegue che, sebbene fossero stati prodotti 32 *curricula* - i quali documentavano l'esperienza pregressa di n. 32 operatori - tuttavia, non essendovi alcun collegamento con la dichiarazione resa, né con altra dichiarazione presentata, non si comprende come la commissione avrebbe potuto catalogare detti operatori - se in base all'elemento di valutazione "esperienza 12 mesi"; o, viceversa, in base a quello relativo al progetto migliorativo (volontari o altre figure professionali) - e attribuire, conseguentemente, il relativo punteggio.

Di talché, del tutto correttamente la commissione si è limitata ad attribuire il punteggio (pari a 2,4) ai soli operatori, con indicata qualifica ed esperienza, riportati nell'elenco nominativo (0,1 x n. 24 = 2,4).

- Quanto rilevato rende, peraltro, priva di consistenza anche la

dedotta censura di difetto di motivazione - nonché la terza censura proposta in via ulteriormente subordinata, facente leva sulla risposta fornita dalla P.A. con nota del 02.02.2011 -, essendo agevolmente evincibile dagli atti di gara l'origine dell'attribuzione del suddetto punteggio; né potrebbe venire in rilievo - come fondatamente sostenuto dalla resistente amministrazione - la risposta fornita dalla P.A. con la contestata nota del 02.02.2011 - secondo cui il punteggio sarebbe stato attribuito in ragione dei n. 32 *curricula* presentati - in quanto il contenuto di detta comunicazione si scontra con l'evidenza documentale sopra rappresentata, e non incide sulla legittimità degli atti posti in essere dalla commissione di gara.

La reiezione delle indicate censure comporta la conferma, per la ricorrente, del punteggio complessivo pari a 64,70.

- Con il secondo motivo, la ricorrente lamenta che alla controinteressata sarebbe stato attribuito il punteggio per gli operatori con esperienza di almeno 12 mesi, sebbene la predetta non avesse presentato alcun elenco nominativo, né alcun *curriculum*.

Anche tale doglianza va disattesa.

Va premesso e rammentato che la Commissione, con il metodo di lavoro che si era data, tendeva a conseguire il risultato di attribuire il punteggio non già in base a mere e generiche dichiarazioni di intenti, ma a dichiarazioni delle concorrenti, da cui potesse evincersi con certezza l'utilizzo di personale con le caratteristiche richieste, in quanto afferenti all'aspetto qualitativo del servizio: pertanto, in applicazione dell'art. 9 del capitolato, e tenendo conto del

complessivo tenore della dichiarazione resa dalla controinteressata, correttamente la commissione ha attribuito alla predetta il punteggio per l'utilizzo di personale con 12 mesi di esperienza, atteso che il requisito del personale per ogni lotto risultava *per tabulas*, essendosi la stessa obbligata a reimpiegare, per ogni singolo lotto, il medesimo personale già utilizzato dal gestore uscente del medesimo servizio espletato in favore della stazione appaltante.

In altre parole - sostanzialmente dequotata la portata del verbale del 31.12.2010, avuto riguardo al peso attribuito dall'art. 9 agli elementi necessari per l'attribuzione del punteggio - la commissione avrebbe potuto e dovuto attribuire il punteggio solo in presenza di dati certi, e non di mere dichiarazioni di intenti, attraverso l'esame del contenuto sostanziale delle dichiarazioni rese dalle concorrenti.

C. – Conclusivamente, vanno emesse, previa riunione dei due ricorsi in epigrafe indicati, le seguenti statuizioni:

a) il ricorso n. 523/2011 va respinto, con salvezza degli atti impugnati; - le spese di giudizio seguono la soccombenza e si liquidano, come da dispositivo, in favore della Provincia Regionale di Palermo; mentre, attesa la natura delle questioni trattate, si ritengono sussistere i presupposti, ai sensi dell'art. 92 c.p.c., per compensare le stesse con la Cooperativa Sociale Medi Care a r.l. e la Città del Sole Soc. Coop. Sociale O.n.l.u.s.; nulla è, invece, da statuirsi nei confronti di "Socio Culturale Società di Servizi" e L'Airone Cooperativa Sociale, non costituite in giudizio.

b) Il ricorso n. 473/2011 va respinto, con salvezza degli atti

impugnati;

-le spese di giudizio seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo, in favore della Provincia Regionale di Palermo; mentre, attesa la natura delle questioni trattate, si ritengono sussistere i presupposti, ai sensi dell'art. 92 c.p.c., per compensare le stesse tra le parti private.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, Sezione Terza, definitivamente pronunciando, previa riunione dei ricorsi n. 473/2011 e n. 523/2011 in epigrafe indicati:

a) quanto al ricorso n. 523/2011, lo respinge;

- condanna la Cooperativa Sociale Artemide, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, al pagamento delle spese di giudizio, che liquida in favore della Provincia Regionale di Palermo, in persona del Presidente *pro tempore*, in complessivi € 2.000,00 (euro duemila/00), oltre oneri accessori come per legge; compensa le stesse nei riguardi della La Città del Sole Soc. Coop. Sociale O.n.l.u.s.. e della Cooperativa Sociale Medi Care a r.l.; nulla per le spese nei riguardi di Socio Culturale Società di Servizi, e L'Airone Cooperativa Sociale;

b) quanto al ricorso n. 473/2011, lo respinge;

condanna La Città del Sole Soc. Coop. Sociale O.n.l.u.s., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, al pagamento delle spese di giudizio, che liquida in favore della Provincia Regionale di Palermo, in persona del Presidente *pro tempore*, in complessivi € 2.000,00 (euro duemila/00), oltre oneri accessori come per legge; compensa le stesse

tra le parti private.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 17 giugno 2011 con l'intervento dei magistrati:

Calogero Adamo, Presidente

Federica Cabrini, Consigliere

Maria Cappellano, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/06/2011

IL SEGRETARIO

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