

N. 00551/2011 REG.PROV.COLL.
N. 00362/2010 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 Emilia Romagna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 362 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Società Cooperativa Sociale Ancora Servizi, rappresentata e difesa dagli avv. Katia Ceccarelli, Enrico Giuseppe Vallania, con domicilio eletto presso Enrico Giuseppe Vallania in Bologna, via San Mamolo N. 12;

contro

Azienda Servizi Alla Persona (A.S.P.) "Delia Repetto", rappresentata e difesa dagli avv. Federico Gualandi, Francesca Minotti, con domicilio eletto presso Federico Gualandi in Bologna, Galleria Marconi N. 2;

nei confronti di

Cooperativa Sociale Domus Assistenza, Cooperativa Sociale

Gulliver, rappresentati e difesi dagli avv. Alberto Della Fontana, Giovan Ludovico Della Fontana, con domicilio eletto presso Segreteria Tar in Bologna, Strada Maggiore 53;

per l'annullamento

della determinazione della Azienda Servizi alla Persona "Delia Repetto" (A.S.P.) n. 75 del 30 marzo 2010 di aggiudicazione definitiva della gestione del servizio socio assistenziale a favore dell'ATI formata da Cooperativa Sociale Domus Assistenza (mandataria) e Cooperativa Sociale Gulliver (mandante);

della determinazione della A.S.P. n. 338 del 27 novembre 2009 con la quale è stata indetta procedura aperta di rilevanza comunitaria e si è approvata la documentazione di gara per l'affidamento della gestione socio assistenziale del "Nucleo B" della Casa Protetta di Castelfranco Emilia, della Casa Protetta di Ravarino e del Centro Diurno "La Clessidra" di Castelfranco Emilia;

del bando di gara, del disciplinare e del capitolato speciale d'appalto relativi al summenzionato servizio;

della nota della A.S.P. prot. n. 60 del 18 gennaio 2010 di precisazioni in merito alla presentazione della documentazione di gara;

della determinazione della A.S.P. prot. n. 43 del 3 febbraio 2010 con la quale è stata nominata la Commissione di gara;

del verbale di gara del 25 gennaio 2010, del verbale di gara del 5 febbraio 2010 del verbale di gara del 9 febbraio 2010, del verbale di gara del 10 febbraio 2010, del verbale di gara del 12 febbraio 2010,

del verbale di gara del 18 febbraio 2010, del verbale di gara del 19 febbraio 2010, del verbale di gara del 26 febbraio 2010 e del verbale di gara del 3 marzo 2010 relativi alle sedute della Commissione di gara per l'ammissione dei concorrenti e la valutazione delle offerte; dell'aggiudicazione provvisoria del servizio a favore dell'A.T.I. formata da Cooperativa Sociale Domus Assistenza (mandataria) e Cooperativa Sociale Gulliver (mandante) disposta con verbale di gara del 2 marzo 2010 e con determinazione A.S.P. n. 56 del 3 marzo 2010; della determinazione della A.S.P. prot. n. 72 del 26 marzo 2010 di verifica dell'anomalia dell'offerta economica presentata dalla ditta provvisoriamente aggiudicataria dell'appalto; delle note del 12 marzo 2010 e 18 marzo 2010 con cui l'ASP nega l'estrazione di copia della documentazione richiesta.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Servizi Alla Persona (A.S.P.) "Delia Repetto" e di Cooperativa Sociale Domus Assistenza e di Cooperativa Sociale Gulliver;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 giugno 2011 il dott. Grazia Brini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

I. La ricorrente Società Cooperativa Sociale Ancora Servizi impugna gli atti della gara indicata in epigrafe, sfociata nell'aggiudicazione all'ATI controinteressata di cui è capogruppo la Cooperativa Sociale Domus Assistenza, per i seguenti motivi:

1-Violazione di legge per falsa interpretazione ed applicazione degli artt. 22 e ss. Legge 241 del 1990 come modificata dalla Legge n. 15 del 2005, nonché dell'art. 3 della Legge 241 del 1990 ss. mm..
Violazione dell'art. 13, comma 5 e 6 del D.lgs. 163/2006 e ss. mm.
Violazione del principio di correttezza, trasparenza e pubblicità dell'azione amministrativa;

2. Violazione di legge per violazione dell'art.83 del d.lgs. 163/2006 ss. mm. "Codice dei contratti pubblici" e comunque dei principi generali sul criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa"; violazione del considerando n.46 della direttiva comunitaria n. 18 del 2004; violazione del principio di par condicio e di massima trasparenza nell'agire pubblico; eccesso di potere per illogicità ed irragionevolezza manifesta nella redazione dei verbali di gara e nell'attribuzione dei relativi punteggi; eccesso di potere per arbitrarietà, pretestuosità);

3. Violazione dell'art.83 del d.lgs. 163/2006 ss. mm. e del considerando n.46 della direttiva comunitaria n. 18/2004; violazione dell'art.14 del Disciplinare di gara. Violazione delle regole procedurali di cui al verbale di gara del 5 febbraio 2010; eccesso

di potere per manifesta illogicità ed irragionevolezza nell'attribuzione dei punteggi da parte della commissione giudicatrice; evidente disparità di trattamento; manifesto errore in fatto e in diritto;

4. Violazione di legge per falsa applicazione dell'art.83 del d.lgs. 163/2006; violazione della lex specialis di gara; eccesso di potere per contraddittorietà intrinseca agli atti di gara; violazione della Circolare 1/3/2007 n.1 della Presidenza del Consiglio dei Ministri; violazione del principio dell'evidenza pubblica della distinzione dei momenti valutativi; eccesso di potere per illogicità , irragionevolezza, ingiustizia grave e manifesta, regolarità nella valutazione, disparità di trattamento, difetto di istruttoria; violazione del principio di imparzialità, par condicio ed obiettività (art.97 cost.) ;

5. Violazione della L.R. Emilia Romagna n.34/1988; dell'art. 38 della L.R. Emilia Romana n.2/2003; della L.R. Emilia Romagna n. 12/2007 nonché delle Delibere della Giunta Regionale Emilia Romagna nn. 514/09. 2109/09 e 2110/09 .

In seguito al deposito in data 4/5/2010 da parte della Coop. controinteressata di una parte di elaborato progettuale sono stati proposti i seguenti motivi aggiunti:

6. Violazione sotto ulteriore profilo dell'art. 83 del d.lgs. 163/2006 ss. min. e del considerando 46 della direttiva comunitaria n. 18/2004. Violazione dell'art. 14 del Disciplinare di gara. Eccesso di potere per manifesta illogicità, irragionevolezza nell'attribuzione dei punteggi da parte della commissione giudicatrice. Evidente disparità di

trattamento. Manifesto errore in fatto e in diritto .

Sono costituiti l'Azienda Servizi appaltante e l'ATI controinteressata.

Con ordinanza n.298/2010 è stata respinta l'istanza cautelare.

II.1. E prioritario l'esame del quinto motivo, con cui la ricorrente, che già gestiva il servizio, censura l'indizione della gara in luogo della proroga del contratto.

La censura è tardiva posto che la lesione prospettata si è concretizzata al momento in cui è stata indetta la gara stessa, e non già a seguito dell'aggiudicazione a favore della controinteressata.

E' comunque anche infondata, posto che la proroga dei rapporti in essere costituiva una mera facoltà (riservata fra l'altro dalla norma regionale alle aziende ed enti del servizio sanitario regionale, mentre nel caso si tratta di un'Azienda Servizi alla persona), e posto che alla data in cui è stata indetta la gara non era neppure applicabile il sistema dell'accreditamento transitorio e provvisorio, non essendo state ancora pubblicate sul BUR le delibere di Giunta regionale n.2109 e 2110 del 2009.

II.2 Il primo motivo è superato dalle produzioni documentali avvenute in corso di causa.

II.3. Con il secondo motivo si è lamentato che il sistema di valutazione del disciplinare di gara fosse tale da lasciare la Commissione assolutamente libera nella valutazione dell'offerta tecnica.

Il motivo non è fondato.

Il disciplinare ha previsto (art.7) l'attribuzione di 75 punti per il merito tecnico del progetto e 25 punti per il prezzo.

Ha poi indicato per l'offerta tecnica 5 criteri di valutazione: -sistema organizzativo dei servizi (suddiviso in 5 sub-criteri e relativi sub-punteggi); -capacità professionale e organizzazione aziendale (suddiviso in 3 sub-criteri e relativi sub-punteggi); -formazione (suddiviso in 2 sub-criteri e relativi sub-punteggi); -sicurezza (idem); -migliorie (unico punteggio, ma non oggetto di contestazione).

Inoltre per i tre sub-criteri 1, 2 e 3 nell'ambito del sistema organizzativo dei servizi, il disciplinare ha indicato in dettaglio gli elementi in cui tali progetti dovevano svilupparsi quali: -la politica e pianificazione del servizio; -la pianificazione operativa del servizio ecc.; -le procedure per la gestione informatizzata del servizio; -il modello organizzativo per la comunicazione, trasparenza e partecipazione con gli utenti e loro familiari; i processi e le procedure per le attività connesse al percorso assistenziale;il sistema di circolazione delle informazioni; gli indicatori e gli strumenti di controllo della qualità; la verifica e valutazione di efficacia e efficienza del servizio;il sistema per monitorare la soddisfazione degli utenti.

Si ritiene pertanto che la lex specialis presenti il requisito della completezza, tale da mettere in grado i concorrenti di conoscere i criteri di valutazione e da circoscrivere in modo adeguato la discrezionalità tecnica della Commissione di gara.

II.4. Con il terzo motivo si lamenta: a) che alla controinteressata sarebbe stato attribuito un punteggio altissimo per gli elementi di valutazione 1 (organizzazione nucleo B Casa Protetta Castelfranco Emilia) e 2 (organizzazione Casa protetta di Ravarino), mentre avrebbe meritato un punteggio pari a 0 poiché si sarebbe limitata a specificare solo i primi due dei 9 fattori indicati; b) che non compaiono nei verbali i giudizi dei singoli commissari; c) che non risulta la comparazione dei progetti.

Sotto il primo profilo, dalla lettura del progetto tecnico del RTI controinteressato si evince che lo stesso ha operato un rinvio espresso (“per ulteriori indicazioni rispetto alle richieste del capitolato, per evitare ripetizioni si rimanda a quanto scritto nei cap. 2 e 3”) con riguardo agli elementi di valutazione che non ha ritenuto di diversificare per ognuna delle tre strutture (dall’indicatore “procedure per la gestione informatizzata del servizio” in poi nei tre elenchi sub 1, sub 2 e sub 3); ciò ha fatto dopo avere ottenuto dall’Asp Repetto la risposta positiva ad un quesito in tal senso. Appare pertanto corretto che la Commissione, in coerenza con l’assenso dato abbia seguito tali indicazioni sistematiche e valutato, nella loro sostanza ed integralità, anche i progetti relativi alla Casa protetta di Castelfranco Emilia e della Casa protetta di Ravarino.

Sotto il secondo profilo, il fatto che non siano stati espressi giudizi singoli da parte dei commissari significa che c’è stata sempre unanimità: ciò sulla base delle stesse regole di funzionamento che si è

posta la Commissione nella seduta del 5.2. 2010.

Sotto il terzo profilo, dai verbali di gara (pagg.15,19, 26 e 31) risulta che all'attribuzione (motivata) dei punteggi la Commissione è pervenuta dopo la lettura di tutti i progetti da esaminare.

II.5. Con il quarto motivo si lamenta che il merito tecnico sarebbe stato suddiviso in una pluralità di elementi, afferenti in parte ad elementi oggettivi direttamente incidenti sull'organizzazione del servizio da appaltare e in parte alla capacità soggettiva dei concorrenti, con ciò creando un'evidente commistione tra criteri di idoneità, ovvero di selezione dell'offerente, e criteri di aggiudicazione e quindi di selezione dell'offerta.

In particolare ciò si sarebbe verificato sugli elementi di valutazione 8 e 9 attinenti alla limitazione del turn over del personale "con funzioni operative analoghe a quelle oggetto dell'appalto" negli ultimi cinque anni, ed alla formazione del personale "con qualifica uguale a quello impiegato nell'appalto" nel triennio precedente.

La prospettazione è infondata, posto che tali elementi non afferiscono alla capacità tecnica o finanziaria dei concorrenti, né rientrano fra i requisiti di partecipazione previsti dalla lex specialis; sono viceversa indicati proprio come elementi di valutazione della qualità dell'offerta dalla direttiva regionale n.1997/1851, e ben potevano essere ritenuti tali dalla Stazione appaltante.

II.6 Con i motivi aggiunti vengono censurate ulteriori valutazioni della Commissione, con le quali sarebbe stata ingiustamente

penalizzata l'offerta della ricorrente.

Va anzitutto premesso in linea generale che l'attribuzione dei punteggi investe la sfera della discrezionalità tecnica della stazione appaltante e sfugge al sindacato di legittimità laddove non vengano in rilievo indici sintomatici del non corretto esercizio del potere sotto il profilo del difetto di motivazione, della illogicità manifesta, della erroneità dei presupposti di fatto e della incoerenza della procedura valutativa e dei relativi esiti (cfr., ex multis, Cons. Stato, Sez. V, 1.10.2010, n. 7262). Il margine di opinabilità che inevitabilmente è presente non può essere sostituito con diverse valutazioni del ricorrente o del giudice (Cons. Stato, VI, 22 novembre 2006 n. 6835).

Nel caso all'esame, per il sistema organizzativo dei servizi riferiti alle tre strutture (valutabile rispettivamente con un massimo di 10 punti per la Casa protetta di Castelfranco Emilia, 30 punti per la Casa protetta di Ravarino e 5 punti per il Centro Diurno La Clessidra di Castelfranco Emilia), la commissione esaminatrice ha assegnato: 4 punti alla controinteressata e 3 alla ricorrente per il centro diurno (punteggio non contestato); 27 punti a entrambe per la Casa protetta di Ravarino e 9 punti ad entrambe per la Casa protetta di Castelfranco Emilia, motivando diffusamente tali valutazioni.

Parte ricorrente assume che la controinteressata avrebbe meritato di meno, sul punto n.1 dell'art.7 del Disciplinare (Casa protetta di Castelfranco Emilia), in relazione al numero di operatori inferiore e

ad una organizzazione dei turni qualitativamente inferiore oltre che per avere omissis di sviluppare alcuni indicatori dell'offerta.

Sull'infondatezza di quest'ultima censura si rimanda a quanto osservato sopra, in relazione al terzo motivo; per il resto, a) il numero degli operatori a parità di ore offerte non doveva necessariamente essere premiato (presupponendo che gli anziani abbiano a riferimento un maggior numero di operatori e meno retribuiti); b) le qualifiche del personale sono state indicate nell'offerta della controinteressata negli all.2a e 2b; c) la fascia oraria 13,30-14,30 non è logicamente prospettabile come ad alta intensità assistenziale, in cui garantire la compresenza del maggior numero di operatori.

Le stesse considerazioni valgono per il punto 2 dell'art.7 del Disciplinare di gara (Casa protetta di Ravarino), in cui ricorrente e controinteressata hanno conseguito entrambe 27 punti.

Gli elementi in cui la controinteressata ha ottenuto un maggiore punteggio sono il 7 e il 9.

Per il n. 7 (“interventi gestionali organizzativi ed economici aggiuntivi rispetto al CCNL ed agli integrativi provinciali in favore degli operatori impiegati nell'appalto. Inquadramento (livello) dei diversi operatori”) era previsto un massimo di 10 punti, ottenuto dalla controinteressata mentre la ricorrente ne ha ottenuti 8.

La ricorrente peraltro non contesta quella parte della motivazione la cui lettura ben può giustificare la differenza (“Per altri elementi –

agevolazioni per anticipo TFR/prestiti premio qualità, indennità di funzione ad personam, aspettativa concessa oltre i limiti previsti dal CCNL ecc.- esistono solo indicazioni generiche e non puntualmente quantificate”).

Per il n.9 (corsi di formazione del personale, massimo punti 2), la censura non supera la prova di resistenza, posto che il divario fra i punteggi ottenuti dalle due offerte tecniche è di 5,2 punti.

III. Il ricorso va pertanto integralmente respinto.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l' Emilia Romagna
(Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese del giudizio, che liquida in €4.000,00 per ognuna delle due parti costituite, oltre ad IVA e CPA.

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

Così deciso in Bologna nella camera di consiglio del giorno 16 giugno 2011 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Calvo, Presidente

Grazia Brini, Consigliere, Estensore

Ugo Di Benedetto, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 01/07/2011

IL SEGRETARIO

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