



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 Piemonte

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1467 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Coop. Sociale P.G. Frassati S.C.S. Onlus –in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e in qualità di eligenda mandataria dell’R.T.I. costituendo con La Nuova Cooperativa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Antonio Finocchiaro, Stefania Pedace, con domicilio eletto presso l’avv.to Antonio Finocchiaro in Torino, corso Re Umberto, 65;

contro

A.S.L. To 4 - Chivasso, in persona del Commissario e legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall’avv.to Bruno Sarzotti, con domicilio eletto presso l’avv.to Bruno Sarzotti in Torino, corso Re Umberto, 27;

nei confronti di

Planet Plus - Consorzio di Imprese – in persona dell'amministratore unico e legale rappresentante pro tempore e C.M. Service Srl a socio unico, in persona del presidente del CDA pro tempore, rappresentate e difese dagli avv. Giacobbe Ranieri e Paola Beata Getto, con domicilio eletto presso l'avv.to Giacobbe Ranieri in Torino, via Cibrario, 12;

Kcs Caregiver Cooperativa sociale, non costituita;

per l'annullamento

della determinazione n. 766 del 27.10.2011 del Dirigente ASL TO4, avente ad oggetto approvazione atti di gara ed aggiudicazione gara d'appalto per l'affidamento della gestione della R.S.A. di Settimo Torinese;

dei verbali di gara delle sedute del 12.10.2010, 30.11.2010, 26.1.2011 (verbale n. 1); 16.2.2011 (verbale n. 2), 2.3.2011 (verbale n. 3), 16.3.2011 (verbale n. 4), 6.4.2011 (verbale n. 5) 11.5.2011 (verbale n. 6); 7.6.2011 della Commissione di gara, nonché di tutti gli allegati;

della Deliberazione Direttore Generale 936 del 27.10.2010 di indicazione della gara;

della Deliberazione n. 853 del 7.5.2010, non nota;

della disciplina di gara e dei verbali di gara;

del provvedimento di ammissione alla gara (verbali operazioni 12.10.10 e 30.11.10) delle concorrenti Consorzio Planet Plus e KCS e di ammissione dell'offerta presentata dal Consorzio Planet Plus (verbale n. 6 operazioni 7.6.11);

della valutazione dell'offerta tecnica della ricorrente (verbale n. 6 del 7.6.11),
per la declaratoria di inefficacia del contratto di appalto, qualora stipulato, tra ASL TO4 e Planet Plus;
per il risarcimento del danno.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di A.S.L. To 4 - Chivasso e di Planet Plus - Consorzio di Imprese -C.M. Service Srl;

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 31 maggio 2012 la dott.ssa Paola Malanetto e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Parte ricorrente ha adito l'intestato TAR e impugnato gli atti in epigrafe inerenti la gara per l'affidamento della gestione della R.S.A. di Settimo Torinese deducendo i seguenti motivi di ricorso:

Violazione di legge con riferimento all'art. 37 e 38 d.lgs. n. 163/2006; eccesso di potere sotto il profilo della violazione della *lex specialis* di gara con riferimento all'art. 27 CSA; violazione dei principi di imparzialità, trasparenza, correttezza e di segretezza delle offerte. Contesta la ricorrente la sussistenza di un rapporto di collegamento

sostanziale tra le concorrenti prima e seconda classificata.

Eccesso di potere per violazione di precedente provvedimento amministrativo generale di cui a: DGR 29 aprile 2011 n. 48-1984, DGR 73-13256 dell'8.2.2010, DGR 30.4.2010 n. 3043, D.G.R. n. 3-360 del 20.7.2010; D.G.R. 14-440 28.1.2011, Intesa Conferenza permanente Stato- Regioni 23.3.2005 art. 6 co. 2; Intesa Conferenza permanente Stato-Regioni 3.12.2009 rep. N. 243/CSR art. 13; violazione di legge con riferimento all'art. 2 co 96 legge 23 dicembre 2009, n. 19; art. 1 co. 796 lett. b) L. n. 296/2006. Contesta parte ricorrente che il servizio a base di gara sarebbe stato ampliato rispetto all'esistente, in assenza di prescritta autorizzazione regionale e in violazione dei relativi indirizzi.

Violazione di legge con riferimento alla Direttiva 2004/18/CE e 2004/17/CE ed alle norme fondamentali per l'aggiudicazione degli appalti pubblici discendenti dalla disciplina di fonte Europea (interpretazione autentica di cui alla Comunicazione interpretativa della Commissione 2006/C 179/02). Violazione di legge con riferimento ai principi di uguaglianza di trattamento e di non discriminazione sanciti dal Trattato CE, con particolare riferimento agli articoli 49 (art. 43 TCE) e 56 (ex art. 49 del TCE). Eccesso di potere sotto il profilo della proporzionalità e ragionevolezza. Eccesso di potere per violazione di precedente provvedimento amministrativo generale di cui al Comunicato del Presidente AVCP del 30.11.2007. Violazione di legge con riferimento all'art. 27 e all'art. 2 D.lgs. n. 163/2006; all'art. 57 D.lgs. n. 163/2006. Violazione di legge con

riferimento all'art. 3 L. n. 241/1990. Eccesso di potere sotto il profilo dell'ingiustizia grave e manifesta, della violazione del canone di logicità-congruità, del difetto di motivazione, della violazione dei principi di ragionevolezza dell'azione amministrativa. Contesta parte ricorrente l'omissione delle prescritte forme di pubblicità informativa inerenti la procedura.

Eccesso di potere per assoluta carenza di motivazione della valutazione –esclusivamente numerica – delle offerte tecniche prestante, stante l'assenza nella *lex specialis* di specifici obiettivi e puntuali criteri di valutazione; violazione dei principi di imparzialità, trasparenza e correttezza nello svolgimento delle procedure selettive che non consentono la verifica dell'operato dell'amministrazione. Contesta parte ricorrente l'omessa motivazione nell'attribuzione del punteggio all'offerta tecnica.

Eccesso di potere per assoluta irrazionalità del criterio di valutazione dei prezzi (art. 30 CSA). Contesta la ricorrente che la formula utilizzata per l'attribuzione del punteggio all'offerta comprima eccessivamente il peso dell'offerta economica.

Violazione di legge con riferimento all'art. 67 del d.lgs. 163/2006; eccesso di potere sotto il profilo della violazione *lex specialis* di gara. Eccesso di potere sotto il profilo della disparità di trattamento e della ingiustizia grave e manifesta. Contesta parte ricorrente la mancanza del codice Simog sull'offerta presentata dalla controinteressata, come prescritto dalla legge di gara.

Violazione di legge con riferimento all'art. 86 d. lgs. n. 163/2006;

eccesso di potere sotto il profilo del difetto di istruttoria, della disparità di trattamento, dell'ingiustizia grave e manifesta, della violazione del canone di logicità-congruità nella fase di valutazione dell'offerta, del difetto di motivazione. Contesta parte ricorrente l'anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria.

Eccesso di potere negli indici sintomatici del non corretto esercizio del potere sotto il profilo del difetto di motivazione, di illogicità manifesta, dell'erroneità dei presupposti di fatto e di incoerenza della procedura valutativa e dei relativi esiti. Contesta parte ricorrente plurimi profili della valutazione tecnica espressa dalla commissione giudicatrice circa le offerte presentate dalla due candidate meglio collocate in graduatoria.

Con successivo ricorso per motivi aggiunti la ricorrente ha ulteriormente contestato:

Violazione di legge con riferimento all'art. 37 e 38 del d.lgs. n. 163/2006; eccesso di potere sotto il profilo della violazione della *lex specialis* di gara con riferimento all'art. 27 lett. d) CSA; violazione dei principi di imparzialità, trasparenza, correttezza e par condicio, carenza di istruttoria e di motivazione. Contesta parte ricorrente la circostanza che l'amministrazione non abbia adeguatamente motivato in relazione alla sussistenza di una condanna penale dichiarata ai sensi dell'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006 dall'amministratore.

Eccesso di potere sotto il profilo del difetto di istruttoria, della disparità di trattamento, dell'ingiustizia grave e manifesta, della violazione del canone di logicità-congruità nella fase di valutazione

dell'offerta, del difetto di motivazione, dell'erroneità e/o travisamento dei presupposti di fatto e di incoerenza della procedura valutativa e dei relativi esiti. Eccesso di potere sotto il profilo della violazione *lex specialis* di gara con riferimento all'art. 16 CSA. Violazione di legge con riferimento all'art. 86 D.lgs. n. 163/2006. Violazione di legge; contraddittorietà; contraddittorietà con la deliberazione di Giunta Regionale 30 marzo 2005, n. 17-15226, allegato 1, tabella A ed artt. 2 e 8 del capitolato speciale. Formula parte ricorrente ulteriori contestazioni circa l'assegnazione dei punteggi dell'offerta tecnica presentata da KCS e dal consorzio Planet plus.

Si sono costituite l'amministrazione resistente e l'aggiudicataria Consorzio Planet Plus contestando in fatto e diritto gli assunti di cui al ricorso.

All'udienza del 31.5.2012 la causa è stata discussa e decisa nel merito.

DIRITTO

Parte ricorrente ha impugnato gli atti della procedura di affidamento quinquennale della gestione della RSA di Settimo torinese, nel cui ambito si è classificata terza.

Con il primo motivo di ricorso la ricorrente lamenta la sussistenza di un collegamento tra i primi due concorrenti in graduatoria, circostanza che ne avrebbe dovuto comportarne l'esclusione per inquinamento del corretto confronto concorrenziale.

In fatto i rapporti tra il Consorzio Planet Plus aggiudicatario e KCS Caregiver, seconda classificata, sono stati verificati già nel corso del procedimento dall'amministrazione, in contraddittorio con gli

interessati. Risulta in particolare dagli atti di causa che KCS controlla (in quanto titolare del 100% delle quote) la società NDS s.r.l. la quale a sua volta controlla, sempre al 100%, la società Eporlux s.r.l.. Parte ricorrente si dilunga su comunanza di sedi e amministratori tra queste tre società, circostanza fisiologica posto che trattasi di società tutte in rapporto di controllo totalitario ma irrilevante per la procedura, poichè delle tre solo KCS ha partecipato alla gara. E' poi altresì vero che Eporlux s.r.l. è consorziata fondatrice del Consorzio Planet Plus; risulta tuttavia dagli atti di gara che, al momento di partecipazione alla gara, Eporlux s.r.l. (che non è stata indicata dal Consorzio come soggetto esecutore dell'affidamento) possedeva una quota pari all'8,37% delle quote consortili, quota che non integra non solo un rapporto di controllo ma neppure un rilevante collegamento. Si consideri poi che, come ampiamente argomentato dall'amministrazione, la giurisprudenza comunitaria ha interpretato il divieto di partecipazione a gare da parte di imprese tra loro collegate non in termini di automatismo, quanto di concreta verifica di fattivi rapporti di influenza; in particolare, secondo la sentenza della Corte di Giustizia sez. IV 19.5.2009, in causa C-538/2007, il diritto comunitario osta ad una presunzione assoluta che porti alla sistematica esclusione dalle gare di imprese tra loro collegate ma non preclude agli Stati membri di individuare cause di esclusione ulteriori rispetto a quelle dettate dal diritto comunitario, purchè finalizzate al rispetto dei principi di parità di trattamento e trasparenza. In tal senso è stata ritenuta legittima la disciplina nazionale del divieto della

simultanea partecipazione in gara di imprese tra loro collegate, purchè interpretata nel senso che sia consentito agli interessati dimostrare che detto rapporto non ha influito sulle rispettive offerte in gara.

Nel caso di specie neppure risulta integrato un rapporto di formale collegamento (la quota di partecipazione di Eporlux s.r.l. al consorzio non integra una percentuale rilevante ai sensi dell'art. 2359 c.c). Anche alla luce dello Statuto del Consorzio, nulla autorizza a ritenere che suddetta minima partecipazione abbia garantito una determinante influenza nelle scelte commerciali del consorzio; la possibilità di un consorziato fondatore di proporre una propria rosa di candidati per la carica di amministratore nel caso di scelta per la gestione a mezzo organo collegiale o di ratificare delibere assembleari non comporta, infatti, che una quota pari a circa l'8% divenga idonea a determinare le strategie commerciali del consorzio.

Infine i rapporti tra Eporlux e KCS di per sé, in quanto non ridondanti sul consorzio, sono irrilevanti.

Correttamente dunque l'amministrazione, dopo approfondita analisi dei reciproci rapporti tra le due concorrenti, ha ritenuto di non poterle escludere, non sussistendo né un collegamento formalmente previsto dalla legge né elementi sostanziali tali da concludere che le rispettive offerte possono essere state frutto di una comune regia.

La censura è quindi infondata.

Con il secondo motivo di ricorso si censura l'aggiudicazione per il fatto che mancherebbe la prescritta autorizzazione regionale per l'assunzione di una spesa comportante un ampliamento di servizi già

esistenti, spesa che appunto deriverebbe dall'aggiudicazione del servizio, per come configurato nel bando. In relazione a tale censura le controparti contestano fondatamente innanzitutto la legittimazione e/o l'interesse della ricorrente. La ricorrente infatti, che per altro allo stato gestisce un servizio che si svolge in termini sovrapponibili a quelli posti a base di gara, aspira essa stessa all'aggiudicazione, sicchè, anche ammettendo la necessità dell'autorizzazione regionale (richiamata nella legge di gara ed incidente su aspetti di esecuzione del contratto), tale autorizzazione sarebbe evidentemente necessaria anche per l'affidamento alla ricorrente senza inficiare di per sé la posizione dei soli concorrenti meglio classificati. Infine nel corso del giudizio l'amministrazione resistente ha acquisito e prodotto in giudizio atto proveniente dalla Regione che ha attestato come la tipologia di spesa non rientrerebbe, a giudizio dello stesso soggetto che ha emanato le direttive asseritamente violate, tra quelle oggetto di vincoli e contenimento (cfr. doc. 9 parte resistente, nota 24.1.2012 prot. n. 226/DB2000 direzione sanitaria regionale).

La censura è dunque inammissibile oltre che infondata nel merito.

Con il terzo motivo di ricorso parte ricorrente lamenta che la procedura, per il rilevante importo dell'aggiudicazione, non è stata accompagnata dalle prescritte forme di pubblicità.

La censura, se pure suffragata da significative indicazioni provenienti dal diritto comunitario, è, nel caso di specie, inammissibile, essendo stata proposta da soggetto che ha pacificamente partecipato alla gara e che quindi, al limite, ha a sua volta beneficiato di eventuali restrizioni

concorrenziali indotte da carenze di pubblicità.

Con il quarto motivo di ricorso si censura la genericità dei criteri di valutazione delle offerte dettati dalla legge di gara e il difetto di motivazione in ordine all'attribuzione dei punteggi. Da una complessiva lettura degli atti della procedura, e in particolare dei verbali delle sedute della commissione giudicatrice (si veda ad es. il verbale n. 5 del 6.4.2011) si evince una complessa ed esaustiva motivazione ai fini dell'assegnazione del punteggio alle offerte tecniche, per esplicitare come i criteri dettati dalla legge di gara siano stati puntualmente applicati. Il motivo di ricorso è dunque infondato in fatto.

Con il sesto motivo di ricorso la ricorrente contesta la formula dettata dalla legge di gara per l'assegnazione del punteggio, affermando che la medesima sarebbe palesemente irrazionale e indurrebbe una eccessiva compressione del punteggio assegnato all'offerta economica. Come evidenziato nelle difese delle controparti il punteggio per le varie offerte economiche presentate in gara è risultato ravvicinato tra i concorrenti per la sostanziale ragione che le offerte presentavano un modesto scarto economico tra loro; la formula utilizzata è una comune formula che assegna un punteggio proporzionale all'entità del vantaggio fornito all'amministrazione dall'offerta economica e astrattamente consente l'attribuzione di tutta la scala del punteggio. La censura è quindi palesemente infondata, non ravvisandosi né arbitrio né palese irrazionalità in una formula la cui scelta appartiene, salvo i suddetti limiti, alla pacifica discrezionalità

dell'amministrazione.

Con il sesto motivo di ricorso principale si contesta la mancata indicazione del Codice Identificativo Gara (C.I.G.) su tutta la documentazione di gara dell'aggiudicataria, come prescritto dalla legge di gara. Il codice indicante la gara è stato regolarmente apposto sulla busta esterna contenente l'intera documentazione della concorrente aggiudicataria, sicchè, anche ammettendo che ciò non implichi di fatto la sua indicazione su tutti gli atti di gara ivi contenuti, si è al limite in presenza di mera irregolarità sanabile non idonea a comportare l'esclusione dell'aggiudicataria.

Con il settimo motivo si invoca *tout court* l'obbligo di assoggettare a giudizio di anomalia l'offerta dell'aggiudicataria, obbligo che in quanto omesso sarebbe di per sé tale da invalidare la procedura. Con tale specifica censura, tuttavia, non si deduce alcun concreto sintomo di anomalia dell'offerta economica dell'aggiudicataria. Il servizio posto a gara, che ricade tra quelli di cui all'allegato II B del codice dei contratti, non è direttamente soggetto a tutte le norme ordinariamente applicabili agli appalti, ivi inclusa la disciplina sull'obbligo di procedere al giudizio anomalia, trattandosi appunto di servizio escluso. In ogni caso, ancorchè la problematica dell'anomalia ben possa contenere principi di applicazione generalizzata, pare al collegio che non possa invocarsi un giudizio di anomalia in quanto tale senza allegare sintomi concreti di anomalia dell'offerta, come risulta dal solo settimo motivo di ricorso (presunte anomalie dell'offerta di una delle concorrenti meglio classificate sono dedotte con successivi motivi

aggiunti, sui quali *infra*).

Con i successivi motivi tanto del ricorso principale che del ricorso per motivi aggiunti la ricorrente censura specifici aspetti delle offerte delle prime due concorrenti classificate, contestando i punteggi finali attribuiti.

Come osservato dall'amministrazione la censura sconfinava in buona parte nel merito, pretendendosi per lo più semplicemente di sovrapporre alle valutazioni della commissione giudicatrice, senza allegare vizi di legittimità, la diversa valutazione di parte, eventualmente fatta propria dal Tribunale. Per tale aspetto le censure sono evidentemente inammissibili. In particolare è tale l'ottavo motivo di ricorso nel quale non si allegano ragioni di legittimità.

Con il nono motivo di ricorso (primo motivo di ricorso per motivi aggiunti) si contesta che, pur avendo l'amministratore unico e legale rappresentante dell'aggiudicataria dichiarato la sussistenza di una condanna penale a suo carico, l'amministrazione non avrebbe espressamente motivato la ragione per la quale non ha ritenuto detta condanna ostativa al riconoscimento dei requisiti morali di partecipazione. Ritiene il collegio di condividere il recente orientamento espresso dal giudice d'appello con la pronuncia Cons. St. sez. III n. 1583/2011, secondo la quale la motivazione di ritenuta non gravità della condanna può discendere *per facta concludentia* dall'ammissione alla gara del concorrente. Tanto risulta valido a prescindere dall'assunto difensivo della ASL resistente, secondo cui la questione sarebbe stata verbalmente trattata nella seduta pubblica di

verifica della documentazione amministrativa, pur senza farne puntuale verbalizzazione; il citato orientamento pare in ogni caso idoneo a dirimere la questione anche in considerazione del fatto che non esiste in generale un onere di motivazione negativa, mentre sussisterebbe un onere di motivazione positiva ove l'amministrazione avesse ritenuto di escludere la concorrente. Pare in definitiva ragionevole che, a fronte di un unico precedente di natura contravvenzionale, risalente al 2006, sanzionato con modesta pena pecuniaria e oggetto di riabilitazione nel maggio 2011, la stazione appaltante abbia ritenuto di non dare rilievo alla circostanza, semplicemente ammettendo la società concorrente in gara.

Con il decimo motivo di ricorso (secondo motivo di ricorso per motivi aggiunti) si contestano nuovamente nel merito le offerte delle prime due concorrenti classificate.

Deve rilevarsi innanzitutto come solo l'esclusione di entrambe le prime due concorrenti potrebbe avere interesse per la ricorrente, che si è classificata terza.

Si procede quindi, seguendo l'ordine del ricorso, ad analizzare le censure avverso l'offerta presentata da KCS (seconda classificata). Come osservato nuovamente dalla difesa dell'amministrazione alcuni profili della censura sono palesemente inammissibili perché incidono sul merito delle valutazioni riservate alla commissione giudicatrice e per di più estrapolano specifici profili o irregolarità delle offerte, senza con questo evidenziare una loro palese irrazionalità nel complesso; sono ad esempio pura questione di merito il rilievo da

darsi alla distanza del centro di cottura dalla RSA, le modalità di organizzazione del passaggio di consegne, la contestata inadeguatezza del servizio di “parrucchiere/barbiere”, la presenza o meno di un referente del servizio infermieristico, l’esistenza o meno di piante organiche di OO.SS. distinte per nucleo assistenziale. Per tali aspetti le censure sono inammissibili.

Altre censure, di apparente legittimità, discendono da una arbitraria rilettura dell’offerta KCS; si contesta ad esempio che la concorrente non abbia esposto né considerato le pause per il pasto dei dipendenti e si scomputano dalle ore offerte in gara i prescritti dieci minuti per ogni turno, per dedurne la non conformità dell’offerta alla legge di gara. L’offerta è per contro stata formulata con indicazione di ore prestazionali, uniche rilevanti per l’amministrazione, mentre eventuali modalità di scorretta esecuzione del servizio non potranno che costituire un problema di esecuzione del contratto. Analogamente è a dirsi per il presunto contestato insufficiente monte ore prestazionali, asseritamente in violazione dei valori minimi assistenziali prescritti dalle D.G.R. richiamati nel bando di gara; anche in tal caso l’insufficienza discende da una lettura soltanto parziale dell’offerta con arbitrario scomputo di alcune delle sue voci. Infine non è certo dirimente, su una complessiva valutazione dell’offerta, l’indicazione di una unità di trattamento aria inesistente nella programmazione della manutenzione ordinaria.

Le censure mosse avverso l’offerta KCS devono dunque essere complessivamente respinte, essendo in parte infondate e in parte

inammissibili. Tanto priva la ricorrente di interesse alla ulteriore valutazione delle censure mosse avverso l'offerta dell'aggiudicataria poiché, non potendo in ogni caso escludere la seconda classificata, anche il loro accoglimento non le gioverebbe in alcun modo.

Il ricorso deve essere complessivamente respinto.

La complessità della vicenda giustifica la compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, respinge il ricorso nei sensi e nei limiti di cui in motivazione;
compensa le spese di lite.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 31 maggio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Lanfranco Balucani, Presidente

Roberta Ravasio, Primo Referendario

Paola Malanetto, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/06/2012

IL SEGRETARIO

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