



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 Friuli Venezia Giulia
(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 312 del 2011, proposto da:
Consorzio Regionale Welcoop - Consorzio Di Cooperative Sociali -
Coop. Soc. Onlus, rappresentato e difeso dall'avv. Luca De Pauli,
con domicilio eletto presso Segreteria Generale T.A.R. in Trieste,
p.zza Unita' D'Italia 7;

contro

Comune Di Monfalcone, rappresentato e difeso dagli avv. Elvio
Mengotti, Gianni Zgagliardich, con domicilio eletto presso Gianni
Zgagliardich in Trieste, via Filzi 4;

nei confronti di

Kcs Caregiver Cooperativa Sociale, rappresentato e difeso dagli avv.
Enrico Di Ienno, Lorenzo Pellegrini, con domicilio eletto presso
Lorenzo Pellegrini Avv. in Trieste, via Xxx Ottobre 19;

per l'annullamento

-della determina dirigenziale del Comune di Monfalcone n. 898 dd. 17 maggio 2011, ad oggetto "Procedura aperta per l'affidamento dell'appalto dei servizi assistenziali integrati, pulizia, sanificazione, servizio cucina con preparazione pasti, servizio infermieristico e riabilitativo presso la Residenza per Anziani di via Crociera-
Aggiudicazione, comunicata con nota prot. 0016587/P dd. 19 maggio 2011;

-dei presupposti verbali di gara, ivi compreso il provvedimento di aggiudicazione provvisoria assunto nel corso della seduta dd. 13 aprile 2011;

-di tutti gli atti a tali provvedimenti comunque connessi, presupposti e conseguenti e per la declaratoria della nullità e/o inefficacia del contratto nelle more eventualmente stipulato dal Comune di Monfalcone con la controinteressata e per il risarcimento dei danni tutti, patiti e patienti dalla ricorrenti

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune Di Monfalcone e di Kcs Caregiver Cooperativa Sociale;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 settembre 2013 il dott. Enzo Di Sciascio e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La ricorrente, che ha partecipato alla gara per l'affidamento del servizio, di cui alle premesse, classificandosi al secondo posto.

Deduce i seguenti motivi di ricorso:

Violazione dell'art. 38 del D. Lgs. n. 163/2006 e dell'art. 75 del DPR N. 445/2000. Difetto di istruttoria e motivazione. Travisamento.

Violazione dell'art. 3 della L. n. 241/1990

Il legale rappresentante della controinteressata, nonostante abbia dichiarato che nei suoi confronti non sussistono sentenze penali di condanna per reati incidenti sulla moralità professionale ha invece riportato:

- sentenza di condanna ex art. 444 c.p.p. del Tribunale di Bolzano, Ufficio GIP, 2.7.1996, quale dipendente di ditta appaltatrice per uso di documenti contenenti dati non corrispondenti al vero, in esito alla quale ha riportato una multa di £ 2.000.000;

- sentenza di condanna del Tribunale di Milano ex art. 444 c.p.p. 25.5.1994, quale legale rappresentante di ditta appaltatrice, per lesioni personali, in violazione delle norme sulla prevenzione degli infortuni sul lavoro, in esito alla quale ha riportato una multa di £ 800.000;

Trattandosi in tutti i casi di sentenze applicative di sanzioni penali, che ben potevano incidere sulla moralità professionale, esse dovevano essere fin dall'inizio esplicitate dal concorrente, per

L'opportuna valutazione da parte della stazione appaltante, mentre l'autocertificazione del legale rappresentante taceva del tutto su tali circostanze.

Pur essendo vero che i reati di cui sopra sono stati, a seguito di apposita istanza, dichiarati estinti, determinando la cessazione di ogni effetto penale della condanna, ciò non consentiva all'interessato di dichiarare l'assenza di precedenti penali.

La KCS Caregiver avrebbe dovuto perciò essere esclusa dalla gara.

2) Violazione dei punti 9 e 11 del disciplinare di gara e del principio di buona fede;

Le dichiarazioni del legale rappresentante della controinteressata configurerebbero un caso di documentazione incompleta, che, ai sensi dell'art. 9 del disciplinare, avrebbe comportato l'esclusione, come dispone l'art. 11 dello stesso, che la commina per ogni violazione del codice degli appalti e della contrattualistica vigente e rappresenterebbero una violazione del principio di buona fede. Ledendo esse, trattandosi di reato fiscale e di reato di inosservanza delle norme sulla sicurezza del lavoro, la moralità professionale era certamente incisa. Anche prescindendo da un tanto la dichiarazione sostitutiva in materia era reticente e non veritiera. Il reato commesso in ordine al mancato pagamento delle imposte e tasse non avrebbe ammesso l'estinzione. Ne conseguirebbe l'illegittimità dell'ammissione alla gara della controinteressata.

3) Illegittimità nell'attribuzione dei punteggi

La Commissione giudicatrice sarebbe incorsa, nell'attribuzione dei punteggi, nelle seguenti illegittimità:

- il punteggio assegnato al Consorzio ricorrente relativo all'offerta tecnica (fino a 35 punti) sarebbe stato indebitamente sottovalutato, calcolando indebitamente al ribasso, rispetto a quanto effettivamente offerto, le ore di presenza del coordinatore della ricorrente e sottovalutato il relativo punteggio assegnato, mentre sarebbe stato sopravvalutato invece quello assegnato alla controinteressata, che ne ha assicurato una presenza inferiore;
- viene indebitamente addebitata alla ricorrente la mancata copertura, non prevista dal suo progetto, alla domenica e nei giorni festivi con un dipendente comunale, mentre essa è già prevista nel capitolato speciale, firmato per accettazione;
- si è assegnato un punteggio più basso alla ricorrente per una mezz'ora di servizio giornaliero in meno, che non giustifica una differenza di 10 punti, specie quando non si sono, com'era espressamente previsto, chiesti ad essa chiarimenti;
- si è assegnato un punteggio maggiore alla controinteressata, nonostante la sua offerta non prevedesse la sostituzione con contratti di assunzione a tempo determinato di ulteriore personale in caso di malattia di qualche addetto, né siano state valutate le ore in affiancamento, da considerarsi come aggiuntive, che la controinteressata non ha previsto;
- non si sono in alcun modo valutati i progetti mirati di gestione

forniti dalla ricorrente;

- nemmeno per l'ulteriore sottovoce, relativa alle procedure di verifica e controllo, per cui alla ricorrente sono stati assegnati 7 punti e alla controinteressata 10, nonostante la prima avesse dettagliato il proprio progetto con una tabella distinta per ogni servizio dell'appalto, limitandosi invece la controinteressata, sotto tale profilo, al solo servizio di cura alla persona. Va considerato inoltre che la ricorrente ha presentato uno strumento di valutazione del gradimento della qualità a suo carico, assente nell'offerta della controinteressata;

- per quanto concerne il servizio di animazione entrambi i concorrenti hanno avuto assegnati 5 punti, nonostante solo la ricorrente avesse allegato i piani di lavoro degli animatori e dettagliato gli strumenti di controllo e verifica, ma tali circostanze sono state ignorate dalla Commissione, ed inoltre essa ha offerto 520 ore di animazione, contro le 268 della controinteressata;

- la presenza di educatori professionali è stata garantita dalla ricorrente sette giorni su sette, mentre la controinteressata l'ha offerto solo per tre pomeriggi a settimana e, per giunta, ha indicato solo 2 curricula di animatori, contro i cinque della ricorrente;

- per quanto riguarda il servizio di cucina la ricorrente ha ottenuto 5 punti per il curricula dei tre cuochi offerti e lo stesso punteggio ha ottenuto la controinteressata, che ha presentato i curricula di due soli cuochi, e per il progetto organizzativo del servizio non si giustifica il

punteggio di 7/10, avendo previsto l'adibizione di personale di cucina per i diversi compiti di pulizia, mentre il capitolato prevedeva, sotto questa voce, solo il lavaggio dei piatti;

- per il servizio di pulizia e sanificazione la proposta della controinteressata ha avuto il punteggio massimo di 10/10, mentre quella della ricorrente ha avuto 7/10, osservando la stazione appaltante che gli operatori della cucina debbono farsi carico della pulizia di tale ambiente.

In tal modo sono state penalizzate le proposte migliorative della ricorrente quanto ad attrezzature strumentali, alla maggior copertura giornaliera del servizio, ad una maggior frequenza delle operazioni, alla pulizia delle deiezioni dei piccioni, alla pulizia giornaliera delle aree esterne. Tale penalizzazione, pertanto, nelle sue proporzioni, non ha spiegazione né si possono ravvisare gli elementi che la giustificano, di fronte alle cennate proposte migliorative e nemmeno si sa se queste sono state prese in considerazione.

Avrebbe dovuto essere invece penalizzata la proposta della controinteressata, che sottrae alle ore dichiarate per il servizio pulizia 547,50 ore per il lavaggio stoviglie.

Ancora illegittimamente è stato dato eguale punteggio alle imprese concorrenti per la voce "curriculum del coordinatore" nonostante il coordinatore della controinteressata possedesse la laurea in psicologia, del tutto non inerente al servizio, il che aveva portato a svalutare il punteggio del curriculum della terza classificata, con titolo

similare, mentre ben pozione era quello del coordinatore della ricorrente, laureato in scienze infermieristiche con l'abilitazione alle funzioni direttive nell'assistenza, e in possesso di master di II livello in economia e management dei servizi sanitari;

del pari hanno avuto lo stesso punteggio massimo la ricorrente e la controinteressata in ordine alle proposte integrative e/o migliorative quando quest'ultima ha offerto solo 6,84 ore settimanali in più mentre la prima ne ha offerte 40 alla settimana ed inoltre essa ha avanzato tutta una serie di proposte migliorative a costo zero, per le quali non è stato assegnato alcun ulteriore punteggio;

che è stata illegittimamente valutata due volte, come fonte di maggior punteggio per la controinteressata, sia fra i "servizi di pulizia" sia fra le "proposte integrative" fra le quali soltanto andava legittimamente ascritta, quella relativa alla presenza di un operatore multifunzione per 1/2 al giorno per le piccole manutenzioni, non essendo la manutenzione un servizio di pulizia;

In ogni caso, anche senza l'esclusione della controinteressata, l'appalto avrebbe dovuto essere assegnato alla ricorrente.

4) sarebbe stato pretermesso il principio di continuità e concentrazione delle operazioni di gara, avendole la Commissione, senza alcuna giustificazione, svolte in più sedute. In particolare l'esame delle offerte tecniche ed economiche avrebbe dovuto essere concluso in una sola giornata, violando altrimenti l'art. 10 del regolamento comunale sui contratti, che prevede il differimento

soltanto in caso di “motivate ragioni” qui non espresse.

5) sarebbe stato violato l'obbligo di segretezza, essendosi svolte le operazioni di gara a due indirizzi diversi, onde le offerte dei partecipanti sono state trasportate dall'una all'altra senza dar conto di come se ne sia garantita la segretezza ed evitata la manomissione;

6) non sarebbe dato conoscere se la stazione appaltante e la controinteressata, dopo l'aggiudicazione, abbiano concluso o non il contratto. Anche se ciò fosse avvenuto l'illegittimità del procedimento di aggiudicazione travolgerà il contratto, rendendolo inefficace, con conseguente possibile risarcimento in forma specifica del pregiudizio subito dalla ricorrente, che essa richiede formalmente o assegnando ad essa l'appalto o disponendo la rinnovazione della gara o, qualora si siano nelle more prodotti effetti irreversibili, disponendo il risarcimento per equivalente con rifusione delle spese di partecipazione e del mancato utile, corrispondente al 10% del corrispettivo contrattuale.

Ha quindi richiesto la sospensione degli atti impugnati.

Nella camera di consiglio del 13 luglio 2013 si sono costituiti il Comune di Monfalcone e la controinteressata KCS Caregiver e l'istanza cautelare è stata rigettata con ordinanza n 138 dd. 13.7.2001.

All'odierna udienza la causa è stata introitata per la decisione nel merito.

Il ricorso è infondato.

Il Collegio ritiene di dover condividere, nella sostanza, con più

ampio apparato argomentativo, le ineccepibili, anche se necessariamente sintetiche, motivazioni, che hanno indotto questo TAR a respingere l'istanza cautelare.

In primo luogo non sussiste la denunciata omissione delle due condanne penali, riportate dal legale rappresentante della ricorrente, che egli stesso si è premurato di evidenziare in apposito foglio, unito alla documentazione di gara.

Esse peraltro non operano come motivi di esclusione ex art. 38 del D. Lgs. n. 163/2006, quando siano state rimosse dal giudice dell'esecuzione penale, attraverso dichiarazione di estinzione del reato ex art. 445 c.p.p. equivalente quoad effectum alla riabilitazione ex art. 178 c.p.p. ben prima del termine di partecipazione alla gara (cfr. CDS III Sez. 22.3.2011 n. 1750).

Nel caso di specie la procedura di scelta del contraente qui controversa è stata avviata nel 2011, mentre le sentenze penali di riabilitazione sono del 2003, onde opera pienamente il principio giurisprudenziale qui affermato e la dichiarazione resa dal legale rappresentante della controinteressata non si presta ad essere censurata con i motivi di gravame dedotti nei suoi confronti, nemmeno disquisendo su una inesatta dichiarazione che definisce "sanzioni amministrative" le pene pecuniarie a lui comminate, dato che l'esibizione alla P.A. della sentenza penale di estinzione non lasciava dubbi sulla loro natura.

Le ulteriori censure sulla valutazione data dalla stazione appaltante

alle rispettive offerte non sono per nulla illogiche o contraddittorie, come si sostiene nei seguenti motivi di gravame.

La contestata sottovalutazione del progetto assistenziale della ricorrente deriva, come ha esposto la stazione appaltante con considerazioni che il Collegio condivide:

- a) dalla scarsa presenza del coordinatore rispetto ai compiti lui affidati nel servizio in appalto;
- b) dall'assenza di operatori nel turno mattutino delle giornate festive, quando mancano anche gli operatori comunali e dalla presentazione, sul punto, di un "piano tipo" non misurato quindi sulle esigenze specifiche e pertanto non dettagliato e inadatto a un servizio così delicato;
- c) dall'impossibilità di integrare sul punto l'offerta, in presenza di un piano dettagliato della controparte, senza violare la par condicio;
- d) dalla constatazione che la stessa ricorrente ammette che il servizio offerto prevede 15 ore in meno al mese e 183 ore in meno all'anno, che ben giustifica un inferiore punteggio;
- e) dal rilievo che la sostituzione del personale assente a carico dell'offerente non era integrale, come necessario in un servizio di assistenza agli anziani, ma limitata a 3000 ore annue, addossando l'ulteriore onere di sostituzione al Comune;
- f) dall'inaccettabile pretesa di un punteggio premiale per il tirocinio, essendo onere dell'impresa di fornire personale già preparato, così

come la previsione di progetti mirati per la parte infermieristica, dato che pure questo tipo di prestazione è tipico di una struttura per anziani, le cui esigenze gli offerenti sono tenuti, appar capitolato, a conoscere;

g) dalla generica offerta di procedure di controllo e valutazione, cui è stato preferito altro e più mirato progetto;

h) dal carattere standardizzato, generico e riferito solo all'aspetto quantitativo delle prestazioni offerte dalla ricorrente in materia di animazione, che non poteva essere preferito (infatti è stato assegnato lo stesso punteggio) a quello della controinteressata, che, quanto meno, teneva in considerazione le diverse tipologie di ospiti della struttura;

i) dalla parità del punteggio assegnato al curriculum dei cuochi, che deriva obbligatoriamente dal superamento, da parte di quelli offerti dall'una e dall'altra parte, del limite massimo di esperienza previsto dal capitolato ed è quindi una conseguenza vincolata delle sue previsioni;

l) dall'inaccettabilità della pretesa della ricorrente di abbassare il punteggio, pur inferiore a quello della propria offerta, assegnato alla proposta della controinteressata per il servizio di cucina, sia perché essa non può sostituirsi alla Commissione, sia perché il punteggio censurato è fedele espressione della valutazione, in parte negativa sotto un solo profilo, e in parte positiva, sotto tre profili, della relativa offerta;

m) dalla coerenza del punteggio assegnato per i servizi di pulizia, dove viene denunciata la carenza dell'impegno degli operatori della controinteressata, che devono farsi carico anche dei servizi di pulizia della cucina, a fronte, peraltro, nell'offerta di quest'ultima, della presenza quotidiana di un operatore, sia pure a orario limitato, per il servizio di piccola manutenzione, mentre non appaiono sufficienti gli interventi di pulizia della cucina previsti per il personale della ricorrente;

Non appare, inoltre, corretta la censura di parte ricorrente in ordine al curriculum del coordinatore, che non ha solo una laurea in psicologia, ma anche un master in psicogerontologia, del tutto attinente ai compiti affidatigli;

Nemmeno appare corretta la censura riferita alle ore annue aggiuntive, offerte dalla controinteressata, che non sono 2080, ma, come da offerta, 2436, mentre la valutazione delle proposte integrative appartiene alla discrezionalità tecnica della Commissione.

Va inoltre rigettata l'asserita violazione del principio di concentrazione che, come concepito da parte ricorrente, cioè mediante la valutazione dei sette progetti tecnici, di notevole mole, in un'unica seduta si porrebbe in palese contrasto col più generale precetto secondo cui "ad impossibilia nemo tenetur".

Quanto all'asserita violazione del principio di segretezza la giurisprudenza citata dalla stazione appaltante e condivisa dal Collegio rettamente ritiene che essa non può verificarsi in astratto ma

deve essere constatata in concreto e, al riguardo, parte ricorrente non dà il minimo indizio.

Paradossale appare la censura relativa alla nullità ed inefficacia del contratto che, al momento del ricorso, non era stato stipulato, gestendo ancora la ricorrente il servizio in regime di prorogatio.

Non è concretamente praticabile, data la constatata infondatezza del ricorso, alcuna richiesta di rinnovazione della gara o di risarcimento del danno.

Il ricorso pertanto dev'essere rigettato.

Le spese seguono la soccombenza e vanno liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia
(Sezione Prima)

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

Condanna la ricorrente al rimborso delle spese e competenze giudiziali, che liquida in € 2500 a favore del Comune di Monfalcone e di € 2500 a favore della controinteressata.

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

Così deciso in Trieste nella camera di consiglio del giorno 25 settembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Umberto Zuballi, Presidente

Enzo Di Sciascio, Consigliere, Estensore

Manuela Sinigoi, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/09/2013

IL SEGRETARIO

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