

N. 03730/2013REG.PROV.COLL.
N. 02288/2013 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2288 del 2013, proposto da:

Kcs Caregive Coop. Sociale, rappresentata e difesa dagli avv. ti Arturo Cancrini ed Enrico Di Ienno, con domicilio eletto presso il primo di essi in Roma, via G. Mercalli, 13;

contro

La Quercia Società Cooperativa Sociale, rappresentata e difesa dagli avv. ti Gianni Zgagliardich, Luigi Manzi ed Andrea Manzi, con domicilio eletto presso quest'ultimo in Roma, via Confalonieri, 5;

nei confronti di

Comune di Trieste, in persona del Sindaco *pro tempore*, non costituito;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. FRIULI-VENEZIA-GIULIA: sezione I n. 65/2013, resa tra le parti, concernente l'affidamento di servizi vari presso una residenza protetta con annesso un centro diurno per disabili

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di La Quercia Società Cooperativa

Sociale;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 giugno 2013 il Cons. Hadrian Simonetti, presenti per le parti gli Avvocati Cancrini, Andrea Manzi e Mazzeo su delega di Luigi Manzi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il Comune di Trieste, con bando del 20.4.2012, ha indetto una procedura aperta per l'affidamento di servizi socio-educativi, assistenziali, sanitari, di pulizia, fornitura pasti, trasporto ed altri servizi ausiliari, presso una residenza protetta, con annesso un centro diurno per disabili, suddivisa in due lotti, per la durata di cinque anni, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base dei parametri enunciatati all'art. 12 del capitolato speciale.

La procedura relativa al primo lotto, alla quale hanno partecipato tre concorrenti uno dei quali è stato escluso, è stata inizialmente aggiudicata in favore di KCS con un punteggio complessivo pari a 96, di poco superiore a quello del raggruppamento guidato da LA QUERCIA Soc. coop, il cui punteggio è stato di 95,97.

2. Proposto ricorso da quest'ultima, deducendo una serie di cause escludenti la prima classificata, nonché censurando la valutazione delle offerte tecniche ed economiche e più in generale le modalità di svolgimento della gara, il Tar, esaminando solamente parte delle censure, lo ha reputato fondato. Ciò sul rilievo che KCS non avesse indicato a pena di esclusione la fascia di classificazione di cui al DM 274/1997 cui risultava iscritta, pari almeno al livello c), e che non avesse correttamente dichiarato l'esistenza di una sede legale in Trieste o, comunque, l'impegno a costituirvi una propria dipendenza. Il Tar ha inoltre reputato fondata anche la censura relativa al

difetto di motivazione in ordine alla valutazione di talune voci dell'offerta tecnica, per le quali entrambi i concorrenti hanno ottenuto il punteggio di zero.

Accertata l'esistenza di una duplice causa di esclusione, il Tar, assorbita ogni altra censura dedotta, ha quindi annullato l'aggiudicazione in favore di KCS osservando come da ciò "consegue necessariamente l'aggiudicazione del lotto 1, come prima legittima graduata, dell'appalto alla ricorrente stessa".

3. Avverso la sentenza KCS ha proposto il presente appello, contestando le omissioni a lei imputate, la loro previsione a pena di esclusione e, in ogni caso, invocando il dovere di soccorso di cui all'art. 46 del Codice dei contratti. Quanto all'accertato vizio della motivazione nell'attribuzione dei punteggi ha sottolineato come, al cospetto di una legge di gara puntuale nella definizione dei criteri e dei sub-criteri, fosse sufficiente il solo punteggio numerico, tanto più che nello specifico le due concorrenti avrebbero ricevuto l'identico trattamento.

3.1. Si è costituita l'originaria ricorrente in primo grado, replicando con articolata memoria nella quale ha, inoltre, riproposto ai sensi dell'art. 101 c.p.a. in appello i motivi non esaminati dal Tar, concernenti ulteriori ipotesi di esclusione in danno di KCS nonché violazioni più generali sulle modalità di svolgimento della gara che, se accolte, condurrebbero all'integrale annullamento della stessa.

3.2. La difesa di KCS ha controreplicato diffusamente al riguardo, anche sottolineando in via generale come i servizi posti a gara rientrino nell'ambito dell'Allegato II B al Codice dei contratti per cui, a norma del suo art. 20, troverebbero applicazione solamente gli artt. 65, 68 e 225.

3.3. Rinviato al merito l'esame della domanda cautelare, sull'accordo delle parti, all'udienza pubblica del 7.6.2013, in vista della quale le difese hanno depositato ulteriori memorie, la causa è passata in decisione.

4. Osserva il Collegio preliminarmente come l'odierna appellata, originaria ricorrente in primo grado, abbia dedotto tre distinti ordini di censure:

4.1. le prime preordinate all'esclusione dell'aggiudicataria, in ragione di omissioni commesse in sede di presentazione della domanda di partecipazione;

4.2. le seconde ad una differente valutazione delle offerte dei soli due partecipanti alla gara, al fine di determinarne un diverso esito della medesima procedura, favorevole a La Quercia;

4.3. le ultime, infine, volte all'annullamento dell'intera gara, assumendo che nel corso del suo svolgimento sarebbero state violate una serie di regole fondamentali concernenti la composizione ed i lavori della commissione nonché la conservazione delle buste contenenti le offerte.

Il Tar ha esaminato ed accolto le prime e una parte delle seconde censure, assorbendo poi tutti i restanti motivi, più sostanziali, concernenti il giudizio e l'attribuzione dei punteggi sulle offerte tecniche e quelli volti a censurare le regole della procedura.

5. Tanto premesso, seguendo lo stesso ordine tracciato dall'originario ricorrente (v. il ricorso originario a p. 9) ed esaminando quindi in principio le censure sub 4.1., con esse la Quercia ha contestato l'ammissione della KCS, assumendo che la stessa non avrebbe dichiarato di essere iscritta nella fascia di classificazione c) di cui al DM 274/1997 e che non avrebbe neppure dichiarato correttamente di avere la sede legale ovvero di impegnarsi a costituire una sua dipendenza nel comune di Trieste, così violando il disciplinare di gara che tali adempimenti prescriveva a pena di esclusione.

5.1. La difesa di KCS replica osservando, per un verso, che tali obblighi dichiarativi non sarebbero stati previsti a pena di esclusione e, per altro verso, che comunque sarebbero stati nella sostanza pienamente adempiuti, nel primo caso indicando il volume d'affari, da cui discende una

corrispondente fascia di classificazione -pari per KCS addirittura alla lettera f), superiore quindi alla c) richiesta dal disciplinare - e nel secondo caso impegnandosi a costituire una sede legale nel territorio comunale entro la data di stipulazione del contratto.

5.2. Così riassunte le contrapposte tesi di parte, reputa il Collegio che, secondo un metro sostanzialistico coerente con le linee di tendenza sposate di recente sia dal legislatore (art. 46 co. 1 bis del Codice dei contratti) che dall'Adunanza Plenaria di questo Consiglio, KCS abbia dimostrato in concreto di possedere il requisito di capacità richiesto dal disciplinare per le imprese di pulizia. Ciò sul duplice rilievo che già in corso di gara, facendo seguito ad una richiesta di chiarimenti della stazione appaltante, KCS aveva specificato come il volume di affari indicato, pari ad oltre 2.000.000 euro, corrispondesse alla fascia di classificazione F), superiore quindi a quella minima richiesta dal bando; e che all'art. 3 del DM 274/1997 le fasce di classificazione sono stabilite proprio in ragione del volume d'affari.

5.3. Quanto all'impegno a costituire una dipendenza nel comune di Trieste, la dichiarazione originaria di KCS, nella quale si faceva riferimento impropriamente alla sede legale anziché alla dipendenza, può essere derubricata a mera irregolarità, come tale agevolmente emendabile, non essendo né ragionevole né proporzionato elevare una simile lieve imprecisione a metro in base al quale ammettere o non ammettere un concorrente alla gara.

5.4. Le stesse considerazioni, in punto di ragionevolezza e di proporzionalità, valgono anche con riferimento al motivo, non meno formale, con il quale è censurato il fatto che KCS avrebbe, nella redazione della sua offerta tecnica, superato il limite delle 20 pagine indicato dal disciplinare di gara. Sul punto è infatti sufficiente sottolineare come tale limite apparisse piuttosto una indicazione di massima fornita dall'amministrazione in omaggio al principio di sinteticità, come tale

sprovvista di sanzione immediata, e che nel caso di specie l'offerta di KCS è risultata comunque di appena 23 pagine, una delle quali coincidente con il frontespizio e le altre due destinate all'indice – quindi il testo vero e proprio era comunque entro il limite delle 20 pagine.

5.5. Sempre preordinato, in tesi, all'esclusione è l'ultimo dei motivi sub 4.1., con il quale la difesa dell'originaria ricorrente deduce che l'offerta di KCS violerebbe il contratto collettivo nazionale cooperative sociali, nella parte in cui inquadrebbe gli operatori socio sanitari nel livello C1 anziché in quello C2.

La replica di controparte è nel senso che di affermare che, per le mansioni cui gli operatori sono concretamente destinati, di addetti all'assistenza (di base), l'inquadramento nel livello C1 sarebbe corretto e comunque conforme alla legge di gara.

Se queste sono le contrapposte tesi di parte, si può osservare come la censura riguardi più che l'ammissione di KCS la congruità della sua offerta, ciò sul presupposto che l'inquadramento più corretto sia quello del livello C2 (operatori socio sanitari effettivamente operanti in servizi e strutture sociosanitarie, secondo quanto previsto dall'art. 47 del CCNL di categoria) e sul rilievo che tale innalzamento dovrebbe comportare per KCS un costo del lavoro più alto, la cui effettiva sostenibilità andrebbe valutata alla luce del margine di utile indicato nell'offerta economica.

Di questo più ampio ragionamento, tuttavia, non vi è un segno espresso nella censura dell'odierna appellata che non arriva a sostenere, in ordine a tale profilo, l'anomalia dell'offerta di KCS.

6. Esauriti il primo ordine di motivi preordinati all'esclusione, con le censure del secondo tipo l'odierna appellata contesta, nell'insieme, i giudizi formulati in sede di gara in merito alle offerte tecniche ed economiche.

6.1. Bisogna premettere che, per la parte tecnica della loro offerta, KCS e la Quercia hanno conseguito su tutti i criteri il massimo dei punti previsti,

complessivamente 81 punti, con la sola eccezione della voce 4.2. *macchinari ed attrezzature* (a sua volta divisa in due ulteriori sotto voci: *introduzione di soluzioni tecnologiche innovative* e *abbattimento inquinamento acustico*) per la quale erano disponibili sino a 4 punti e rispetto alla quale entrambi i concorrenti hanno invece ricevuto il punteggio di zero.

6.2. Ciò posto, parte appellata lamenta il vizio della carenza di motivazione, assumendo che il punteggio a numeri in questo caso non permetterebbe di comprendere quale sia stato il percorso logico dei commissari, tanto più che mancherebbero a monte criteri motivazionali sufficientemente dettagliati.

6.3. Controparte replica evidenziando, quanto al metodo applicato, il numero elevato di voci e sotto voci individuate dalla stazione appaltante, sino a 34, tale da giustificare il ricorso ad un punteggio solamente numerico; e sostiene, nel merito della censura, che sul punto la propria offerta non fosse da meno di quella della rivale, avendo previsto soluzioni tecnologiche innovative.

6.4. In effetti, osserva il Collegio, pone quanto meno dei dubbi il fatto che i commissari, valutando per tutto il resto le due offerte come eccellenti ed attribuendo loro sempre il massimo dei punteggi, solamente per i due elementi sopra richiamati le abbiano giudicate con particolare severità e rigore, tanto più che entrambe le parti affermano, naturalmente dal loro punto di vista ma sulla base di argomentazioni all'apparenza non implausibili, di avere ciascuna di esse offerto una serie di soluzioni innovative. Il che introduce un elemento di contraddittorietà che indebolisce il giudizio dei commissari e che acuisce il "problema" della motivazione laddove, come in questo caso, la motivazione è espressa solamente con il punteggio numerico.

Né si può ritenere, come invece sostiene la difesa appellante, che lo stesso punteggio di zero ottenuto dai due concorrente renda il giudizio espresso

sul punto privo di concreta rilevanza, come se fossimo dinanzi ad un “male comune”; ove si rifletta appena sullo scarto minimo registratosi tra i due concorrenti all’esito finale della gara, di appena lo 0,03, tale quindi da poter essere ribaltato anche semplicemente con il riconoscimento di 1 solo punto, o persino di mezzo punto, sui 4 a disposizione dei commissari per la voce B.4.2.

6.6. Ne consegue che questo motivo è fondato e su tale punto la sentenza di primo grado deve essere confermata, con la precisazione, tuttavia, che ciò comporta non già l’esclusione di KCS quanto, piuttosto, un motivato riesame da parte della commissione di entrambe le offerte, per la voce B.4.2.

7. Considerazioni non dissimili si impongono per le restanti censure del medesimo tipo, non esaminate dal Tar e riproposte in questa sede dall’appellata, concernenti le voci B.1.1. (*Organizzazione del servizio di pronta reperibilità per tutti i servizi oggetto dell’appalto*), B.1.4. (*Modalità di registrazione degli interventi e delle prestazioni- sistema di reportistica relativa alle attività e agli interventi prestati*) e B.3.1. (*Attestazione di espletata formazione di aggiornamento sui rischi professionali riscontrabili nei servizi di assistenza alla persona, di ristorazione e di pulizia, per tutti gli operatori*), in ordine alle quali la difesa dell’originaria ricorrente in primo grado evidenzia differenze sensibili tra la propria offerta e quella di KCS, di cui la commissione non avrebbe tenuto conto.

7.1. Anche in questo caso, infatti, reputa il Collegio che il giudizio di assoluta parità nell’assegnazione del massimo dei punteggi, tra i due concorrenti, non sia intellegibile e non permetta di valutare come la commissione abbia in concreto esercitato la propria discrezionalità tecnica.

Im sostanza, la commissione ha sistematicamente attribuito ad entrambi i concorrenti il medesimo punteggio per tutte le numerose e articolate voci di giudizio (punteggio massimo per alcune voci, e nullo per le altre), per di

più senza alcuna motivazione che dimostrasse, quanto meno, di aver preso in considerazione la specificità delle singole offerte – e che si trattasse di offerte per vari aspetti differenti fra loro emerge non solo dalle allegazioni di parte ma anche dalla documentazione prodotta in atti. Questo sistematico appiattimento delle valutazioni lascia intendere che la commissione abbia, più o meno consapevolmente, rinunciato ad esercitare il proprio margine di apprezzamento sulla qualità delle offerte tecniche, di fatto trasformando una procedura da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa in una gara condotta surrettiziamente al solo prezzo più basso. Il che rappresenta un ulteriore elemento di contraddizione che inficia il giudizio della commissione e che impone di rinnovare motivatamente la procedura di valutazione delle offerte tecniche.

7.2. Quanto alle censure sulla congruità dell'offerta economica, alla luce della natura globale e sintetica del giudizio di anomalia e delle persuasive repliche dell'odierna appellante, il Collegio non ravvisa allo stato degli atti elementi di fondatezza, fatto salva la necessità che, in occasione della rinnovazione del procedimento, si valutino anche gli effetti che un diverso inquadramento degli operatori professionali sanitari potrebbe determinare sull'offerta economica, nei termini già chiariti al punto 5.5.

8. La conferma della censura relativa alla voce B.4.2. e l'accoglimento di quelle concernenti anche le altre voci delle offerte tecniche (B.1.1., B.1.4. e B.3.1.) oggetto di specifici rilievi dispensa il Collegio dall'esaminare il terzo ordine di motivi preordinato all'invalidazione dell'intera gara, siccome dedotti in via subordinata (v. ricorso al Tar, p. 9).

8.1. Si deve peraltro osservare come, in linea generale, l'appalto in questione rientri tra quelli previsti nell'allegato II B al Codice dei contratti, trattandosi quindi un "contratto escluso" cui si applicano, oltre ai principi della materia di cui all'art. 27, solamente le disposizioni puntuali del Codice richiamate nell'art. 20, tra le quali non si fa menzione dell'art. 84, che

neppure il bando richiama.

8.2. Si deve inoltre aggiungere, in vista del riesame delle offerte tecniche da parte della medesima commissione di cui l'odierna appellata ha contestato la composizione, che la previsione del numero dispari di cui all'art. 84, co. 2 non è espressione di un principio generale, immanente nell'ordinamento, tale da determinare l'illegittimità della costituzione di un collegio avente un numero pari di componenti. Sono infatti note le numerose ipotesi di collegi, sia giurisdizionali che amministrativi, che operano (o che occasionalmente possono operare) in composizione paritaria, come, per fare solamente alcuni esempi, le Corti di assise nel giudizio penale che sono costituite da un numero pari di componenti; mentre la Corte costituzionale e le sezioni consultive di questo Consiglio di Stato, in caso di non infrequente assenza di taluno dei loro componenti, possono decidere anche in composizione paritaria. Senza contare i consigli e le giunte degli enti locali e delle regioni, e la generalità degli organi collegiali amministrativi.

8.3. Né infine, nel caso di specie, è emersa l'esistenza di alcun contrasto all'interno della commissione, apparendo piuttosto che ogni decisione sia stata assunta all'unanimità, sicché la censura relativa alla sua composizione è, oltretutto, priva di concreta rilevanza.

9. In conclusione, l'appello di KCS è fondato in relazione alle cause di esclusione erroneamente accertate dal Tar mentre non lo è quanto al vizio relativo alla valutazione della voce B.4.2. Mentre dei motivi assorbiti in primo grado e riproposti in appello da La Quercia è, come veduto, fondato quello concernente la carenza di motivazione nella valutazione delle restanti voci dell'offerta tecnica B.1.1., B.1.4. e B.3.1., oggetto di specifici rilievi. Ne consegue la parziale riforma della sentenza di primo grado e, accogliendo in parte il ricorso introduttivo, relativamente alla valutazione delle offerte tecniche, l'annullamento della aggiudicazione in favore di KCS e la necessità di una rinnovazione parziale del procedimento nei termini sopra chiariti,

riservando solamente all'esito la nuova aggiudicazione in favore del concorrente che risulterà utilmente primo classificato.

In questo senso, deve considerarsi privo di effetto ogni diverso atto posto eventualmente in essere in esecuzione della sentenza di primo grado, nella parte in cui è stata in questa sede riformata.

10. Le spese di lite possono essere compensate, data la soccombenza reciproca.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza),
definitivamente pronunciando così provvede:

- accoglie in parte l'appello e il motivo riproposto dalla parte appellata ai sensi dell'art. 101 c.p.a. sulla valutazione delle offerte tecniche e, pertanto, in parziale riforma della sentenza impugnata, accoglie il motivo del ricorso introduttivo di primo grado di cui alla lett. B), respingendo ogni altra censura;
- per l'effetto annulla l'aggiudicazione in favore di KCS ai sensi e nei termini di cui in motivazione;
- compensa le spese tra le parti costituite.

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

Così deciso in Roma nelle camere di consiglio dei giorni 7 e 27 giugno 2013 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Roberto Capuzzi, Consigliere

Hadrian Simonetti, Consigliere, Estensore

Massimiliano Noccelli, Consigliere

Alessandro Palanza, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11/07/2013

IL SEGRETARIO

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