



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;
sul ricorso numero di registro generale 590 del 2016, proposto da:
Nuova Assistenza Coop. Sociale Onlus, rappresentata e difesa dagli avv. Francesco
Dal Piaz, Francesco Russo e Vincenzo Lamastra, con domicilio eletto presso lo
studio di quest'ultimo in Milano, Via della Guastalla 1;

contro

Comune di Sesto Calende, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso
dagli avv. Rossana Colombo e Angelo Ravizzoli, con domicilio eletto presso il loro
studio in Milano, Piazza Grandi, 4;

nei confronti di

Centro di Iniziativa Locale per la Terza Età - C.I.L.T.E. S.c.s., rappresentato e difeso
dagli avv. Luigi Gili, Giancarlo Tanzarella ed Alessia Quilico, con domicilio eletto
presso lo studio del secondo in Milano, Piazza Velasca, 5;

per l'annullamento

del provvedimento di aggiudicazione definitiva n. 114 del 4.2.2016, a firma del Responsabile del Servizio del Comune di Sesto Calende, relativo alla “Procedura aperta per l'affidamento del servizio di assistenza domiciliare (GIC 6450059511), di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale, ivi richiamato, anche se non conosciuto, compresi, ove occorra, in parte qua e per quanta di interesse, a titolo meramente riepilogativo e non esaustivo, la comunicazione di aggiudicazione della gara pervenuta a mezzo PEC in data 4.2.2016, di tutti gli atti adottati dalla stazione appaltante, nonché i verbali delle operazioni di gara tenute dalla Commissione ed i relativi allegati, ivi compresa l'aggiudicazione provvisoria ed i relativi provvedimenti di approvazione, la *lex specialis* di gara, ed in particolare il Disciplinare di gara ed il Capitolato speciale, nonché le note e le risposte a chiarimenti rese dalla Stazione appaltante in ordine alla procedura di gara, ove pregiudizievoli, il rigetto, anche implicito, delle istanze di autotutela ai sensi dell'art. 243-bis del D.Lgs. n. 163/2006, ed in via subordinata, ove necessario, per l' annullamento e/o dichiarazione di inefficacia, previa sospensione, del contratto di affidamento de quo, ove *medio tempore* stipulato, e per la dichiarazione di subentro della ricorrente nel medesimo, per l'accertamento e la condanna al risarcimento dei danni patiti e patendi in conseguenza dei provvedimenti impugnati e comunque ad essi connessi, da quantificarsi, eventualmente, in via equitativa, anche in corso di causa, ed in via subordinata, ove necessaria, per l'eventuale annullamento, e conseguente rinnovo, dell'intera procedura di gara e per ogni consequenziale provvedimento di legge.

Visti il ricorso ed i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Sesto Calende e di Centro di Iniziativa Locale per la Terza Età - C.I.L.T.E. S.c.s.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 7 aprile 2016 il dott. Mauro Gatti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il presente ricorso l'istante impugna l'aggiudicazione disposta in favore della controinteressata.

La stazione appaltante e l'aggiudicataria si sono costituite in giudizio, insistendo per il rigetto del ricorso.

Alla camera di consiglio del 7.4.2016 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Il Collegio ritiene che il giudizio possa essere definito con sentenza in forma semplificata, emessa ai sensi dell'art. 60 c.p.a., adottata in esito alla camera di consiglio per la trattazione dell'istanza cautelare, stante l'integrità del contraddittorio, l'avvenuta esaustiva trattazione delle tematiche oggetto di giudizio, nonché la mancata enunciazione di osservazioni oppostive delle parti, rese edotte dal Presidente del Collegio di tale eventualità.

1) Osserva il Collegio che, ai fini che rilevano in questa sede, il c.s.a. prevedeva che tra il personale impiegato dell'aggiudicatario per lo svolgimento del servizio vi fosse un "coordinatore", quale "referente privilegiato al quale l'Assistente Sociale si rivolge per le questioni relative al personale ed alla gestione del servizio oggetto dell'appalto", i cui numerosi e rilevanti compiti venivano dettagliatamente indicati nelle lettere da a) a k) del c. 2 art. 10, precisandosi, in particolare, che il medesimo fosse tenuto a partecipare alle riunioni con gli assistenti sociali ed alle verifiche con l'Amministrazione Comunale, ad essere fisicamente presente presso la sede operativa e/o reperibile telefonicamente durante gli orari di svolgimento del

servizio, e di assumere decisioni immediate in merito alla programmazione degli interventi, e qualora si rendesse necessario, per esigenze improvvise ed indifferibili, presentarsi negli orari di reperibilità o su precisa indicazione dell'assistente sociale (c. 3 art. 10 cit.).

In ragione dell'assoluto rilievo delle funzioni attribuite al coordinatore, il disciplinare di gara, nell'ambito dei criteri di valutazione, valorizzava espressamente detta figura, prevedendo l'assegnazione di un punteggio in relazione alla sua qualifica (4 punti per il possesso della laurea, 2 per il diploma o il titolo di operatore socio sanitario), ed alla sua esperienza professionale (1 punto per ogni anno, fino ad un massimo di 6). Coerentemente, in sede di chiarimenti resi dalla stazione appaltante ai partecipanti nel corso della procedura, la stessa ha evidenziato che "qualifica, esperienza lavorativa e titoli di studio del coordinatore dovranno essere descritte nella relazione tecnica" (n. 14).

Malgrado quanto precede, l'offerta tecnica della controinteressata non ha tuttavia nominativamente identificato il coordinatore dalla stessa prescelto, limitandosi invece ad assumere l'impegno futuro di metterlo a disposizione in sede di esecuzione dell'appalto, ciò che è stato ritenuto legittimo dalla Commissione, secondo cui "i requisiti indicati nell'offerta tecnica, devono essere intesi quale impegno a garantire una figura professionale in possesso di quanto dichiarato", assegnando alla stessa il massimo punteggio.

II) Il ricorso è fondato atteso che, come sopra evidenziato, la *lex specialis* ed i chiarimenti resi dalla stazione appaltante erano inequivoci nel richiedere che i concorrenti individuassero un coordinatore, dovendo infatti allegare i titoli posseduti dal medesimo, ai fini della relativa valutazione da parte della commissione, ciò che precludeva conseguentemente alla stessa l'esame dell'offerta della controinteressata, che non ha invece indicato alcun nominativo al quale correlare i titoli oggetto di valutazione.

Il fatto che il citato chiarimento n. 14 precisasse che “l’inserimento del *curriculum vitae* tra gli allegati è discrezione dell’offerente”, anziché dimostrare l’irrilevanza dell’indicazione nominativa del coordinatore, come erroneamente sostenuto dalla difesa della controinteressata, ne evidenzia al contrario la necessità, atteso che, come detto, i concorrenti erano invece obbligati ad indicare nella relazione tecnica la sua qualifica, l’esperienza professionale dal medesimo conseguita, ed i titoli di studio posseduti, ciò che non può che avere luogo con riferimento ad una persona fisica chiaramente individuata, la quale avrà maturato o meno, in una misura ovviamente soggettivamente variabile, dette referenze.

La promessa della controinteressata di reperire in futuro una figura in possesso dei titoli e dell’esperienza dichiarati, per la quale ha ricevuto il punteggio massimo, anziché indicare la stessa in sede di gara, da un lato, ha dato luogo ad un indebito vantaggio in suo favore, avendo sostanzialmente potuto fruire di un arco temporale maggiore per la presentazione dell’offerta rispetto al termine previsto dalla *lex specialis*, addossando inoltre arbitrariamente sulla stazione appaltante il rischio che, per qualsivoglia motivo, detto coordinatore non venga in concreto reperito.

Per giurisprudenza costante, nelle gare pubbliche, la predeterminazione da parte della stazione appaltante dei criteri di aggiudicazione ha la funzione di evitare che gli stessi possano essere confezionati *ex post*, atteso che, in attuazione dei principi di legalità, buon andamento, imparzialità, *par condicio* e trasparenza, è vietata l’introduzione di ulteriori elementi di valutazione delle offerte rispetto a quelli indicati nella *lex specialis*, ovvero la loro modifica, come avvenuto nel caso di specie (C.S., Sez. V, 6.5.2015 n. 2267).

III.1) Fermo restando quanto precede, ciò che comporta, di per sé, l’accoglimento del ricorso, osserva inoltre il Collegio che, neppure successivamente alla presentazione della propria offerta, la controinteressata ha in realtà debitamente dimostrato di poter stabilmente disporre del coordinatore, atteso che la stessa si è

limitata a depositare in giudizio il contratto individuale di lavoro stipulato con il medesimo, avente tuttavia durata di soli due mesi, laddove l'appalto di che trattasi ha invece una durata triennale (1.4.2016-31.3.2019), non dimostrando pertanto, neppure tardivamente, di avere stabilmente la disponibilità della figura professionale risultata decisiva ai fini dell'aggiudicazione del servizio in suo favore.

III.2) Né in contrario possono rilevare le argomentazioni sostenute dalle controparti, anche nel corso dell'udienza camerale, secondo cui la scelta della stazione appaltante, lungi dal violare la *par condicio*, sarebbe stata ispirata al *favor participationis*, in relazione alla necessità di non gravare i concorrenti con oneri contrattuali, destinati a restringere la platea de concorrenti.

Osserva infatti sul punto il Collegio che la *lex specialis* non richiedeva in realtà che i partecipanti formalizzassero alcun rapporto giuridico con le persone fisiche di cui gli stessi intendevano avvalersi, quanto semplicemente, di indicare nominativamente gli stessi, essendo ciò destinato ad incidere sulla qualità dei servizi, e dovendo conseguentemente formare oggetto di valutazione, pertanto del tutto indipendentemente dall'esistenza, a tale data, di legami giuridici eventualmente instaurati tra il concorrente ed il soggetto designato.

III.3) Parimenti, non assume rilievo il fatto che la persona fisica designata in sede di offerta quale coordinatore possa subire impedimenti di vario tipo nel corso di esecuzione del contratto, divenendo impossibilitata a prestare la propria opera, ciò che dimostrerebbe l'irragionevolezza di correlare l'attribuzione del relativo punteggio al suo nominativo.

Osserva in contrario il Collegio che, malgrado la persona fisica incaricata di svolgere il ruolo di coordinatore in sede di offerta potrebbe effettivamente esservi impossibilitata, per causa di forza maggiore, ciò non ha tuttavia conseguenze sulla necessità che l'accertamento del possesso del requisito di che trattasi, preordinato alla scelta del contraente, avvenga al momento di valutazione delle offerte, essendo

pertanto rilevante la situazione sussistente a tale momento, in applicazione del principio *tempus regit actum*.

III.4) Né ancora possono invocarsi, ai fini del rigetto del ricorso, gli artt. 10 e 11 c. 8 del c.s.a., secondo cui l'aggiudicataria avrebbe dovuto comunicare alla stazione appaltante l'elenco degli operatori che avrebbe utilizzato nel servizio, tra cui anche il coordinatore, ciò che, secondo la difesa comunale, confermerebbe l'insussistenza dell'obbligo di una sua individuazione fin dal momento di presentazione delle offerte.

In primo luogo, osserva il Collegio che l'interpretazione autentica del disciplinare di gara, nella parte in cui individua i criteri di valutazione, lungi dal poter essere implicitamente desunta dal contenuto del c.s.a., è stata in realtà fornita dalla stessa stazione appaltante con il citato chiarimento n. 14, specificando che "qualifica, esperienza lavorativa e titoli di studio del coordinatore dovranno essere descritte nella relazione tecnica", con ciò confermando la necessità di individuare nominativamente un coordinatore, cui correlare il possesso dei requisiti oggetto di valutazione.

In ogni caso, poiché il capitolato speciale attiene all'esecuzione del contratto, ben poteva il medesimo prevedere a carico dell'aggiudicatario specifici adempimenti, funzionali a tale fase, tra cui anche l'obbligo di comunicare alla stazione appaltante i nominativi dei soggetti incaricati, laddove è invece il disciplinare di gara a regolamentare, in particolare, la valutazione delle offerte, non potendo pertanto ritenersi, in ragione del loro differente oggetto, che il primo abbia tacitamente abrogato il secondo.

III.5) Né infine può sostenersi, come invece erroneamente dedotto dalle difese della controinteressata e della stazione appaltante, che la citata richiesta di referenze in capo al coordinatore desse in realtà luogo ad un requisito di partecipazione "mascherato"

Come in precedenza già evidenziato, in ragione del rilievo attribuito dal c.s.a. alle funzioni svolte dal coordinatore nell'esecuzione del servizio di che trattasi, del tutto coerentemente il disciplinare ha previsto di valorizzarne l'esperienza, in sede di valutazione degli aspetti qualitativi dell'offerta, talché, del tutto ragionevolmente, la stessa è effettivamente destinata ad incidere sulle modalità con cui il servizio sarà prestato, senza quindi che ciò rilevi ai fini della partecipazione.

In conclusione, il ricorso va pertanto accolto, tenuto conto che la ricorrente ha fornito la prova di resistenza, su cui le difese delle controparti non hanno eccepito alcunché, dimostrando l'essenzialità dell'attribuzione del punteggio di che trattasi ai fini dell'aggiudicazione.

La spese, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza per quanto riguarda la stazione appaltante, dovendo invece essere compensate tra la ricorrente e la controinteressata

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie, e per l'effetto annulla i provvedimenti in epigrafe indicati.

Condanna la stazione appaltante al pagamento delle spese processuali, equitativamente e complessivamente liquidate in Euro 2.000,00, oltre agli oneri di legge ed al rimborso del contributo unificato, in favore della ricorrente. Spese compensate tra la ricorrente e la controinteressata.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 7 aprile 2016 con l'intervento dei magistrati:

Giovanni Zucchini, Presidente FF

Mauro Gatti, Consigliere, Estensore

Fabrizio Fornataro, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/04/2016

IL SEGRETARIO

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