



**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 le Marche**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 987 del 2013, proposto da:  
Opera Servizi Società Cooperativa Sociale, rappresentata e difesa dall'avv. Antonio Mastri, con domicilio eletto presso l'Avv. Antonio Mastri, in Ancona, corso Garibaldi, 124;

***contro***

Fondazione "Il Chiostro" Residenza Anziani, rappresentata e difesa dall'avv. Luca Forte, con domicilio eletto presso l'avv. Chiara Scavo, in Ancona, via Goito 2;

***nei confronti di***

Vivicare Cooperativa Sociale, non costituita;

***per l'annullamento***

- delibera del C.d.a. della Fondazione il Chiostro 14.11.2013. n. 20 comunicata in data successiva al 15.11.13 che approva le operazioni svolte dalla Commissione di gara per l'appalto mediante procedura negoziata per l'affidamento del servizio socio sanitario assistenziale, del servizio infermieristico, dei servizi di supporto a favore degli ospiti della Casa di Riposo - Residenza Protetta Fondazione il

Chiostro e del servizio di pulizia della struttura e dichiara definitivamente aggiudicataria dei servizi la Cooperativa Vivicare Coop. Sociale di Jesi per un importo complessivamente offerto pari ad € 3.913.566,55 quinquennale ed al netto dell'IVA;

- operazioni della Commissione di gara di cui al verbale 12.11.2013;
- tutti gli atti presupposti, preordinati, preparatori, connessi, conseguenti ed esecutivi.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Fondazione "Il Chiostro" Residenza Anziani;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 febbraio 2014 il dott. Tommaso Capitanio e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

1. La ditta ricorrente ha preso parte alla procedura ad evidenza pubblica indetta dalla Fondazione intimata per l'affidamento dei servizi socio-sanitario assistenziale, infermieristico e di supporto in favore dei soggetti ospiti della casa di riposo-residenza protetta gestita dalla stessa Fondazione nel Comune di Filottrano, risultando non aggiudicataria. L'appalto è stato aggiudicato alla controinteressata, la cui offerta era però risultata anomala in sede di gara; esperita la verifica di congruità, l'amministrazione ha confermato l'aggiudicazione.

"Opera Servizi" censura l'operato della Fondazione per due ordini di ragioni:

a) la commissione di gara ha illegittimamente fissato sub-criteri di valutazione e sub-pesi dopo l'apertura dei plichi A e B (contenenti, rispettivamente, la

documentazione amministrativa e il progetto tecnico), con ciò contravvenendo al principio generale secondo cui tali elementi di valutazione debbono essere fissati dalla *lex specialis* o, al più tardi, prima dell'apertura delle buste contenenti la documentazione amministrativa e l'offerta tecnica;

b) la verifica dell'anomalia è stata condotta in maniera superficiale, non avendo l'aggiudicataria chiarito in maniera adeguata gli elementi principali dell'offerta economica. In particolare la ricorrente evidenzia che:

- la commissione di gara non ha dettagliato né le ragioni per le quali l'offerta della controinteressata è risultata anomala, né le specifiche controdeduzioni dell'aggiudicataria;

- la commissione non ha chiesto ulteriori elementi giustificativi a "Vivicare", né questi elementi sono stati forniti *sua sponte* dalla controinteressata;

- non è stato formulato un motivato giudizio di congruità;

- in particolare, "Vivicare" non ha fornito adeguata giustificazione del ribasso offerto (9,50%), nel mentre essa ricorrente ha indicato in maniera dettagliata le giustificazioni del proprio ribasso (4,70%);

- inoltre, la controinteressata ha offerto 1664 ore annue aggiuntive di servizi, il che annulla del tutto il margine di utile che risulta dall'offerta risultata prescelta.

2. Si è costituita la Fondazione "Il Chiostro", chiedendo il rigetto del ricorso.

Alla camera di consiglio del 9 gennaio 2014 il Tribunale, sul presupposto che nelle more era stata la stessa stazione appaltante a sospendere le operazioni di stipula del contratto, ha accolto *in parte qua* la domanda cautelare, fissando per il 20 febbraio 2014 l'udienza di trattazione del merito.

3. Giunge alla decisione di merito il ricorso proposto dalla cooperativa sociale "Opera Servizi" avverso gli atti con cui la Fondazione "Il Chiostro" ha aggiudicato alla controinteressata "Vivicare Cooperativa Sociale" l'appalto, di durata quinquennale, dei servizi socio-sanitario assistenziale, infermieristico e di supporto

in favore dei soggetti ospiti della casa di riposo-residenza protetta gestita dalla stessa Fondazione nel Comune di Filottrano. La lettera d'invito (che nella presente procedura conteneva in sé anche clausole solitamente inserite nel bando) ripartiva il punteggio massimo assegnabile dalla commissione in sede di valutazione delle offerte in 70 punti per l'offerta tecnica e 30 punti per quella economica. Alla gara hanno partecipato solo le due cooperative che si fronteggiano nel presente giudizio e la cooperativa "Vivicare", nella graduatoria finale, ha prevalso con 89,93 punti su 100, mentre "Opera Servizi" ha ottenuto 82,14 punti su 100.

Va preliminarmente precisato che la ricorrente non ha proposto domanda di subentro nell'appalto, ma ciò dipende dai motivi di ricorso dedotti; in effetti, sia che si dovesse accogliere il primo motivo, sia che si dovesse accogliere il secondo, l'affermazione del diritto della ricorrente all'aggiudicazione in suo favore dell'appalto non potrebbe essere la conseguenza immediata e diretta della presente decisione. Nel primo caso, infatti, la gara dovrebbe essere ripetuta, quantomeno a partire dalla fase di valutazione delle offerte (ed eventualmente previa nomina di una nuova commissione), nel secondo caso l'annullamento del giudizio di congruità dell'offerta di "Vivicare" implicherebbe un nuovo pronunciamento della commissione, dovendosi accordare alla controinteressata la possibilità di controdedurre ai rilievi che, in tesi di "Opera Servizi", la commissione ha superficialmente omesso di chiedere in sede di gara.

4. Ciò premesso, il Collegio non ritiene fondato il primo motivo di ricorso.

In effetti, e nonostante gli sforzi compiuti dalla difesa di "Opera Servizi" anche nei successivi scritti difensivi, dal verbale della seduta del 12 novembre 2013 emerge chiaramente che la commissione si è limitata a trascrivere il contenuto della lettera d'invito, e precisamente il paragrafo rubricato "PROCEDURA D'APPALTO" (vedasi le pagine 3-5 del verbale e il predetto paragrafo della *lex specialis*). Seppure ciò ha implicato un inutile appesantimento del verbale, alcuna illegittimità è

riscontrabile nell'operato della commissione, non essendo stato introdotto alcun ulteriore elemento di valutazione rispetto a quelli fissati dalla *lex specialis* ed avendo peraltro la commissione valutato le offerte alla luce dei criteri fissati dalla lettera d'invito (ed in particolare della griglia motivazionale riportata alla pagina 4 della lettera d'invito).

Nessuna violazione delle norme e dei principi che presidiano le gare ad evidenza pubblica risiede invece nel fatto che la commissione motivi l'attribuzione dei singoli sub-punteggi, visto che ciò rappresenta semmai un'ulteriore garanzia per i concorrenti rispetto alla semplice attribuzione del punteggio numerico. Né è illegittima la valutazione comparativa dei due progetti, in quanto nella specie:

- vi erano solo due ditte partecipanti (e dunque si confrontavano fra loro solo due progetti, il che implica l'inevitabile comparazione del punteggio assegnato ad uno dei due concorrenti per ogni singolo criterio valutativo con il corrispondente punteggio assegnato all'altro concorrente);
- la ricorrente ha comunque superato la soglia minima prevista per l'ammissione alla valutazione dell'offerta economica (40/70 punti).

5. Quanto alla verifica di anomalia, il discorso è ovviamente più articolato.

5.1. In primo luogo va rilevata l'inconferenza dell'argomento secondo cui il giudizio di congruità espresso dalla commissione sarebbe in radice illogico in quanto condotto sulla base degli stessi elementi documentali (ossia l'offerta economica di "Vivicare") che hanno indotto la commissione di gara a ritenere anomala l'offerta.

Come è noto, ai sensi dell'art. 86, comma 2, D.Lgs. n. 163/2006, l'individuazione della soglia di anomalia è operazione meccanica, essendo la risultante di un calcolo aritmetico basato sulla percentuale di scostamento che i punteggi ottenuti dal concorrente sia per l'offerta tecnica che per quella economica fa registrare rispetto ai punteggi massimi assegnabili per ciascuna delle due componenti dell'offerta.

Diverso è il discorso nel caso di verifica condotta ai sensi del comma 3 dell'art. 86, ma nella specie non si è in presenza di un caso del genere.

5.2. Altrettanto infondato è l'argomento secondo cui l'operato della commissione sarebbe radicalmente illegittimo in quanto la verifica è stata condotta non sulla base dei chiarimenti richiesti all'aggiudicatario provvisorio ma solo degli elementi già contenuti nell'offerta. E' evidente, come insegna il lungo percorso giurisprudenziale avviato dalla nota sentenza della Corte di Giustizia CE sul caso Costanzo (22/6/1989, in causa C-103/88), che tale principio è posto favore del concorrente la cui offerta è sottoposta a verifica di anomalia (il quale ha diritto al c.d. doppio contraddittorio di cui all'art. 55 della direttiva 18/2004/CE), per cui laddove la verifica di anomalia si esaurisca in una fase antecedente i controinteressati non possono utilmente sollevare tale doglianza, potendo al massimo contestare il giudizio finale di congruità espresso dalla commissione.

5.3. Va in terzo luogo chiarito che i concorrenti non erano onerati di fornire in sede di gara le c.d. pre-justificazioni (essendo ovviamente liberi di farlo, anche se l'obbligo previsto dall'art. 86, comma 5, D.Lgs. n. 163/2006 è venuto meno per effetto dell'abrogazione disposta dall'art. 4-*quater*, comma 1, lett. b), D.L. n. 78/2009, convertito, con modificazioni, dalla L. n. 102/2009) e che la commissione di gara non doveva spiegare le ragioni per cui l'offerta di "Vivicare" era da ritenere anomala (essendosi in presenza, come detto, di soglia di anomalia individuata aritmeticamente).

5.4. Dal punto di vista giuridico (e la questione si riflette ovviamente anche sul merito della valutazione che il Tribunale è chiamato a compiere sul presente motivo di ricorso) si deve poi osservare che:

- la ricorrente asserisce in sostanza che la commissione di gara, e di conseguenza la stazione appaltante, non hanno spiegato in maniera adeguata perché l'offerta di "Vivicare" può essere considerata non anomala. La genesi di tale doglianza risiede

in particolare nel fatto che la commissione di gara ha forse peccato di eccessiva stringatezza, visto che il giudizio sulla congruità dell'offerta contiene una motivazione lapidaria (ma non assente);

- la difesa della Fondazione ha cercato quindi di chiarire in giudizio su quali basi la commissione ha fondato il proprio convincimento. Questo non configura, a giudizio del Collegio, una indebita motivazione integrativa resa anche ai sensi e per gli effetti dell'art. 21-*octies* L. n. 241/1990, perché di motivazione integrativa è a parlarsi propriamente quando la difesa tecnica della P.A. introduce in giudizio ulteriori elementi motivazionali del tutto assenti nel provvedimento impugnato. Nella specie, al contrario, il difensore della Fondazione ha preso posizione sugli stessi profili oggetto di contestazione da parte della ricorrente, il che rientra pienamente nel diritto di difesa. A voler opinare diversamente si avrebbe la illogica conseguenza per cui il Tribunale dovrebbe annullare l'aggiudicazione per difetto di motivazione e, di qui a qualche tempo, essere verosimilmente chiamato a giudicare della legittimità del provvedimento confermativo dell'aggiudicazione, adottato dalla stazione appaltante sulla base degli elementi motivazionali esposti negli scritti difensivi depositati nel presente giudizio. Elementari esigenze di effettività della tutela impongono di evitare pronunce di annullamento fondate sulla condivisione di vizi meramente formali, tanto più laddove (come nella specie) la parte ricorrente ha dedotto anche vizi di natura sostanziale ed ha avuto quindi la possibilità di provare la "spettanza" del provvedimento favorevole.

Va in effetti rilevato che "Opera Servizi" evidenzia i seguenti profili sostanziali (e altri ne avrebbe potuto al limite dedurre con motivi aggiunti, una volta presa visione delle difese dell'amministrazione):

- inattendibilità del ribasso offerto da "Vivicare" sul costo del lavoro;

- erosione del già minimo margine di utile previsto dall'aggiudicatario per effetto delle ore aggiuntive di servizi offerte quale elemento migliorativo dell'offerta tecnica.

E' evidente che in un appalto quale quello per cui è causa si tratta degli elementi essenziali dell'offerta economica, essendo quello del lavoro il costo preponderante per l'appaltatore.

6. Passando quindi al merito della censura formulata con il secondo motivo di ricorso, il Tribunale osserva preliminarmente che:

- nessuna delle pronunce giurisdizionali citate da ciascuna delle parti *pro domo sua* è risolutiva della controversia, in quanto, con riguardo agli esiti che possono derivare dal sub-procedimento di verifica dell'anomalia delle offerte, ogni gara fa storia a sé;

- è infondata la censura relativa all'omessa valutazione dell'incidenza che il costo delle ore aggiuntive indicate da "Vivicare" nel progetto tecnico produce sulla sostenibilità complessiva dell'offerta. La censura è smentita dalla semplice lettura dell'offerta economica dell'aggiudicatario, ed in particolare dall'analisi dei costi relativi al personale. Come si può notare, con riguardo alle figure professionali per le quali sono state previste ore aggiuntive (fisioterapista, animatore, etc.) il monte ore annuo è già maggiorato delle ore extra-capitolato (ad esempio, per il fisioterapista il capitolato prevedeva 192 ore annue, mentre "Vivicare" ha calcolato un costo riferito a 374 ore, ossia le 192 del capitolato più le 182 offerte quale elemento migliorativo; stesso discorso vale per il personale addetto alle pulizie, per le quali il capitolato prevedeva 1924 ore annue, mentre l'aggiudicatario ha calcolato il costo complessivo tenendo conto delle 78 ore extra offerte come elemento migliorativo).

Quest'ultima notazione consente al Collegio di giungere al cuore della censura.

6.1. La difesa della Fondazione (ammissibilmente, come si è già precisato in precedenza) ha tentato di spiegare in che modo va letta l'offerta di "Vivicare" e per quale motivo la commissione di gara l'ha ritenuta non anomala.

Poiché dal tenore delle successive memorie di "Opera Servizi" sembra di capire che il tentativo chiarificatore non ha avuto successo, il Tribunale ritiene di dover spiegare il contenuto e il senso sia dell'offerta economica di "Vivicare", sia delle tabelle depositate in giudizio dal difensore della Fondazione.

In sede di offerta, la controinteressata ha dapprima indicato il ribasso unico sulle tariffe orarie previste nella lettera d'invito per ciascuna delle figure professionali da impiegare nell'appalto, mentre in seguito ha esposto nel dettaglio i costi per ciascuna delle componenti dell'offerta complessiva. Poiché nella presente controversia non ci sono censure riferite al costo dei materiali, degli ammortamenti, etc., l'attenzione va posta sui costi per il personale. "Vivicare" ha quindi esposto il costo effettivo sostenuto per ciascuna ora di lavoro svolta dalla singola figura professionale (laddove la tariffa sia la medesima - ad esempio per gli animatori, i cuochi e gli ausiliari di mensa - le figure professionali sono raggruppate in un unico conteggio) moltiplicandolo per il monte ore annuo offerto (comprensivo, come detto, anche delle ore aggiuntive), ottenendo quindi il costo totale per ciascuna categoria di addetti.

La ricorrente, al contrario, nell'esplicitare i costi per il personale, ha considerato l'importo orario corrispondente al ribasso praticato del 4,70% (vedasi l'offerta economica di "Opera Servizi"), il che può avere ingenerato un qualche fraintendimento nell'esposizione del presente motivo di ricorso.

La difesa della Fondazione, per parte sua, ha cercato in primo luogo di spiegare che l'offerta economica di "Vivicare" era già comprensiva delle ore aggiuntive (e sul punto il tentativo ha avuto successo, come si è detto), e in secondo luogo che le tariffe risultanti dal ribasso del 9,50% sono comunque remunerative, in quanto

superiori a quelle praticate in forza del precedente contratto. Rileva a tal riguardo soprattutto la tabella allegato n. 4 al deposito documentale del 30/1/2014, dalla quale risultano costi orari per ciascuna categoria di addetti sostanzialmente corrispondenti a quelli risultanti dall'offerta di "Vivicare".

6.2. Ciò detto, il Collegio ritiene di dover accogliere *in parte qua* il secondo motivo di ricorso, atteso che:

- l'aggiudicataria non ha chiarito (ma questo, come detto, non per sua colpa, non avendo potuto giovare del "doppio contraddittorio") in che modo e in che percentuale il costo orario già ribassato sia stato ulteriormente abbattuto in sede di giustificazione dei costi;
- è vero che la tariffa offerta, al pari delle altre voci di costo, deve tenere conto dell'utile aziendale, ma è necessario, anche ai fini del diritto di difesa che va riconosciuto ai controinteressati, che siano quantomeno esposti i dati che consentono di giungere al costo finale effettivo;
- la ricorrente, sulla base di argomenti che non appaiono inconsistenti o pretestuosi, contesta già l'importo orario risultante dal ribasso del 9,50%, per cui *a fortiori* censura l'ulteriore "ribasso" risultante dalle giustificazioni;
- la commissione, come esattamente eccepito da "Opera Servizi" nella memoria conclusionale, per giustificare il giudizio di congruità non ha fatto riferimento alla pregressa gestione del servizio, per cui *in parte qua* le considerazioni della difesa della Fondazione sono irrilevanti, così come sono irrilevanti i documenti depositati in data 30/1/2014 (i quali dimostrano, anche se non ve n'era alcun bisogno, che "Vivicare" è un soggetto pienamente affidabile e che nel corso della precedente gestione ha sempre onorato i propri impegni rispetto alla normativa previdenziale e non ha mai dato luogo a rilievi in sede di esecuzione dell'appalto. Va peraltro evidenziato che il DURC depositato in giudizio è datato 14/11/2013, per cui si

esso la commissione di gara non poteva certo tenere conto, essendosi riunita in data 12/11/2013).

6.3. L'annullamento dell'aggiudicazione per i suddetti motivi implica la ripetizione del sub-procedimento di verifica dell'anomalia, secondo la scansione procedurale di cui all'art. 87, comma 1, del D.Lgs. n. 163/2006. I tempi dovranno essere contenuti al massimo, dovendosi addivenire ad una rapida definizione della vicenda, anche nell'interesse degli utenti del servizio.

7. Il ricorso va dunque accolto.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche (Sezione Prima), definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso in epigrafe nei sensi di cui in motivazione e condanna la Fondazione resistente al pagamento in favore della ricorrente delle spese di giudizio, che ritiene di liquidare in € 1.500,00, oltre ad accessori di legge.

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

Così deciso in Ancona nella camera di consiglio del giorno 20 febbraio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Gianluca Morri, Presidente FF

Tommaso Capitano, Consigliere, Estensore

Simona De Mattia, Primo Referendario

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/02/2014

IL SEGRETARIO

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