

Pubblicato il 18/06/2018

N. 03715/2018REG.PROV.COLL.
N. 00722/2018 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

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 722 del 2018, proposto da Cooperativa Sociale e di Lavoro - Operatori Sanitari Associati - O.S.A. Soc. Coop. Sociale - Onlus, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Mauro Renna, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio Amanda De Cosmo in Roma, via Merulana 183;

contro

Universiis S.C.S., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Saul Monzani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio Sergio Caracciolo in Roma, via Appia Nuova, 225;

nei confronti

Comune di Latina, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Francesco Paolo Cavalcanti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico

eletto presso lo studio Silvia Scopelliti in Roma, via Salaria n. 400, Int. 2/A;

per la riforma

della sentenza n. 615/2017 del T.A.R. Lazio - Sez. Staccata di Latina, resa tra le parti, concernente il provvedimento di aggiudicazione definitiva della procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento del Lotto n. 1 nella Gara per i Servizi integrati di sostegno e aiuto alla disabilità (durata triennale);

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Universiis S.C.S. e di Comune di Latina;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 giugno 2018 il Cons. Giorgio Calderoni e uditi per le parti gli avvocati Mauro Renna, Andrea Di Lascio su delega di Saul Monzani e Francesco Paolo Cavalcanti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Nel settembre 2016, il Comune di Latina indiceva una procedura aperta, secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ex art. 95, co. 3, del d. lgs. n. 50/16 e suddivisa in tre lotti, il cui lotto 1 riguardava l'affidamento dei Servizi integrati di sostegno e aiuto alla disabilità, con durata triennale, per un importo base di gara, IVA esclusa, pari ad euro 10.923.299,52.

Con ricorso proposto al T.A.R. Latina, la Coop. Universiis impugnava in primo grado la determinazione 26 aprile 2017, n. 684/17, di aggiudicazione definitiva in favore della O.S.A. CSL (di seguito anche solo O.S.A.) e di contemporaneo affidamento del servizio in via d'urgenza, in forza dell'art. 32, c. 8, d. lgs. n. 50/16, a far data dal 1° maggio 2017.

La Coop. ricorrente chiedeva, altresì, il risarcimento in forma specifica mediante subentro nell'aggiudicazione o, in subordine, il risarcimento del danno per equivalente.

2. Con la sentenza oggetto di appello, il giudice di *prime cure*:

* respingeva l'eccezione di tardività - spiegata dall'amministrazione resistente con riferimento all'impugnazione del bando - alla luce della Ad. plen. n. 1 del 2003 e riteneva i criteri di determinazione del miglior offerente censurabili unitamente al provvedimento conclusivo della procedura;

* respingeva, altresì, l'eccezione di inammissibilità del ricorso, sollevata dalle parti resistenti “sul rilievo che l'eventuale accoglimento del gravame porterebbe, in ogni caso, all'annullamento dell'intera procedura, laddove l'interesse coltivato dalla ricorrente sarebbe essenzialmente quello di ottenere l'aggiudicazione della gara”: e ciò in quanto “il bando è impugnato solo in via gradata nella parte in cui non siano accolti i motivi, dedotti in via principale, con i quali parte ricorrente ha inteso censurare il difetto di motivazione nell'attribuzione di alcuni punteggi relativi all'offerta tecnica”;

* accoglieva la censura relativa al criterio "*numero ore di formazione annue*", ritenendo che lo stesso avesse “consistenza numerica” e non potesse “essere qualitativo” e rilevando “l'assoluto difetto di criteri motivazionali, la cui assenza rende certamente illogica la conclusione a cui è pervenuta la commissione che ha penalizzato il concorrente il quale, pur avendo prodotto una offerta con numero di ore maggiore, ha tuttavia ottenuto un punteggio meno elevato rispetto all'aggiudicataria. In altri termini, la commissione del tutto illogicamente ha attribuito il massimo punteggio alla aggiudicataria (che aveva offerto meno ore di formazione sia obbligatoria che facoltativa)”; in definitiva, “avrebbe dovuto essere applicata, per definire il punteggio, la formula

matematica che il disciplinare al punto 18.4.7 riserva agli elementi di valutazione quantitativi. Si tratta di un calcolo proporzionale tra la singola offerta e quella il cui dato numerico da valutare è maggiore di tutti gli altri”;

* assorbiva gli altri motivi;

* annullava il provvedimento di aggiudicazione, “con salvezza delle determinazioni che la stazione appaltante dovrà assumere alla luce di quanto esposto nella presente pronuncia”.

3. Con l’appello in esame, l’aggiudicataria OSA deduce i seguenti motivi:

I) errore di fatto (la natura qualitativa del criterio era prevista dal disciplinare); omessa motivazione; perplessità e contraddittorietà della decisione.

Si sottolinea, in primo luogo, l’indicazione “qualitativa”, esplicitamente contenuta nel disciplinare di gara al punto 18.4.2: «Numero di ore di formazione – tipologia del criterio: qualitativo».

La lettera della legge di gara sarebbe, dunque, chiarissima e incontrovertibile nel senso che <le ore di formazione non devono essere “pesate” matematicamente, ma valutate nella loro qualità, attraverso l’attribuzione discrezionale di coefficienti da parte dei singoli commissari>.

Sul punto, la sentenza gravata sarebbe, viceversa, contraddittoria, laddove da una lato afferma perentoriamente che “l’elemento in considerazione ha consistenza numerica e non può essere qualitativo”, con conseguente necessità di applicazione della formula matematica prevista dal disciplinare; e, dall’altro, addebita alla Commissione di aver “attribuito alla aggiudicataria un punteggio maggiore in difetto di qualsiasi elemento motivazionale idoneo a far comprendere le ragioni della differenza dei punteggi tra le concorrenti”;

II) violazione e falsa applicazione della *lex specialis* di gara (punto 18.4.2 del Disciplinare): violazione dei principi di interpretazione dei negozi

giuridici; riproposizione delle difese svolte in primo grado e non affrontate dal Tribunale.

Il dato letterale del citato punto 18.4.2 sarebbe, altresì, confermato da una molteplicità di indici e argomenti extratestuali, quali:

- la valutazione della qualità della formazione impartita sarebbe molto più confacente alla rilevanza del servizio erogato e alla natura del criterio di selezione scelto (offerta economicamente più vantaggiosa);
- quando la legge di gara ha inteso attribuire al criterio “ore di formazione” una connotazione quantitativa anziché qualitativa, lo ha fatto espressamente, come nel caso del *sub* criterio 1.2. del Lotto 2;
- tutti i concorrenti, inclusa l'appellata, hanno presentato articolate esposizioni qualitative dei rispettivi piani formativi;
- la stessa appellata non sarebbe stata in grado di contestare in alcun modo la migliore qualità dell'offerta formativa dell'aggiudicataria;

III) *in subordine* rispetto ai primi due motivi di appello: violazione degli artt. 34, co. 1, lett. d), e 134 del Codice del processo amministrativo; eccesso di potere giurisdizionale per invasione della sfera di attribuzioni della Pubblica Amministrazione: ovvero, con sintesi testuale, “il TAR non poteva riscrivere il Disciplinare, ma solo annullarlo”.

Contestualmente al deposito dell'appello (30 gennaio 2018), Osa ha prodotto istanza di riunione dello stesso con il precedente appello R.G. 325/2018, promosso dal Comune di Latina avverso la medesima sentenza qui gravata.

4. Il menzionato Comune si è costituito il successivo 2 febbraio 2018, rappresentando di aver spiegato il suddetto appello.

5. Anche l'appellata Universiis Soc. Coop. Soc. si è costituita il 5 febbraio 2018.

6. In vista della camera di consiglio del 22 febbraio 2018, chiamata per la trattazione dei rispettivi incidenti cautelari proposti in entrambi i citati appelli, sia Osa sia Universiis hanno dimesso memorie difensive.

7. All'esito della suddetta camera di consiglio, la Sezione ha assunto due distinte ordinanze cautelari (n. 841/2018 sul presente appello; n. 863/2018 sull'appello n. 325/18), con cui è stata accolta la domanda di sospensione dell'esecutività della sentenza impugnata ed è stata fissata, per la discussione del merito, l'odierna udienza pubblica.

Il passo centrale di entrambe le ordinanze in punto di *fumus boni iuris* è del seguente, pressoché analogo tenore:

<Ritenuto che, ad un primo esame, proprio della presente fase, si rinvengono profili di fumus boni iuris in relazione alle conclusioni raggiunte dalla pronunzia in ordine alla predetta valutazione effettuata dalla Commissione, risultando specificamente indicata la natura qualitativa del criterio di selezione nel punto 18.4.2 del disciplinare>.

8. Dopodiché, in vista della fissata udienza pubblica, Osa e Universiis hanno prodotto rispettiva documentazione e si sono scambiate memorie conclusive e di replica.

9. A detta udienza, entrambi i ricorsi sono, infine, passati in decisione e tale contestualità consente di ritenere sostanzialmente soddisfatta l'esigenza sottesa all'istanza di riunione avanzata dall'appellante.

Del resto, già in sede cautelare, la Sezione si era espressa su entrambi all'unisono, pur mediante distinte ordinanze.

10. Ed è proprio tale duplice e conforme avviso "di prima delibazione" che deve trovare conferma in questa sede di merito.

10.1. In effetti, il disciplinare di gara prevede espressamente la seguente dicitura: "al punto 18.4.2: 1.2 Numero ore di formazione annue che si intende realizzare punteggio 13, così ripartito:

Centri diurni disabili 5 – tipologia di criterio: qualitativo

Integrazione scolastica - 4 – qualitativo

Assistenza domiciliare disabili - 4 – Qualitativo".

Ne discende, con una evidenza tale da non ammettere margini interpretativi, che l'Amministrazione non era vincolata al numero di ore

dedicate al progetto formativo, essendo essa - al contrario e in forza della legge di gara - chiamata a svolgere una valutazione complessiva dell'offerta sotto il suo profilo qualitativo.

10.2. D'altra parte, costituisce vero e proprio *ius receptum* giurisprudenziale quello per cui *<nelle gare d'appalto vige il principio interpretativo che vuole privilegiata, a tutela dell'affidamento delle imprese, l'interpretazione letterale del testo della lex specialis, dalla quale è consentito discostarsi solo in presenza di una sua obiettiva incertezza(occorre infatti evitare che il procedimento ermeneutico conduca all'integrazione delle regole di gara palesando significati del bando non chiaramente desumibili dalla sua lettura testuale)>* (cfr. per tutte: Cons. Stato, sezione V, 7 gennaio 2013, n. 7 e ulteriori, numerosi precedenti conformi ivi richiamati) e stante che *<l'interpretazione della "lex specialis" soggiace, come per tutti gli atti amministrativi, alle stesse regole stabilite per i contratti dagli artt. 1362 e ss., c.c., tra le quali assume carattere preminente quella collegata all'interpretazione letterale>* (*idem*, 9/10/2015, n. 4684).

10.3. A fronte della valenza generale del suddetto principio, risultano irrilevanti le controdeduzioni svolte da Universiis nella memoria per l'udienza di discussione e con le quali cerca di contrapporre al dato letterale - che, peraltro, definisce "generico" e "indeterminato", relativamente al termine "qualità" - l'interesse della stazione appaltante che, secondo la stessa Universiis, sarebbe "non tanto quello di valutare i contenuti della formazione" (contenuti che avrebbero dovuto essere definiti a valle dell'affidamento), "quanto piuttosto di verificare la mera quantità di ore di formazione che ciascun offerente era in grado di garantire".

Di conserva, risulta irrilevante l'eccezione di tardività del(l'ora di) deposito di detta memoria, sollevata dalla Cooperativa aggiudicataria.

10.4. Assume, ancora, Universiis che se avesse saputo di poter proporre meno ore avrebbe “calibrato” diversamente la propria offerta tecnica.

Basta ribadire, al riguardo, che il criterio, invero, era del tutto palese, essendo indicato nella legge di gara. Peraltro, la contraddittorietà della difesa di Universiis sul punto è posta in risalto nella memoria 22 maggio 2018 di OSA, con la quale si evidenzia (punto 6) che la stessa Universiis aveva riservato nella propria offerta tecnica molto spazio (più di quello dedicatovi da OSA) per descrivere contenuti e modalità del progetto formativo.

10.5. Del resto, tale criterio non appare né illogico né irrazionale, essendo chiaramente indirizzato a garantire la maggiore qualità del servizio nell’ambito di una procedura da aggiudicarsi secondo il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa.

Vale rilevare che questo Consiglio di Stato, con il parere 30 marzo 2017, n. 782, ha avuto modo di sottolineare, per l’appunto, come l’offerta economicamente più vantaggiosa garantisce meglio la valutazione dell’aspetto qualitativo ed evita che la competizione si concentri esclusivamente sulla riduzione dei costi. Ed ancora, l’Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC), con le Linee Guida n. 2, in tema di “Offerta economicamente più vantaggiosa”, ha sottolineato che “la determinazione dei punteggi da attribuire a ciascuna componente dell’offerta, a ciascun criterio o subcriterio è rimessa alla stazione appaltante che deve tener conto delle specificità dell’appalto e, dunque, dell’importanza relativa della componente economica, di quella tecnica e dei relativi profili oggetto di valutazione”.

10.6. Quanto alle insufficienze motivazionali rilevate nella sentenza appellata - e riprese nella memoria finale di Universiis, che si chiede retoricamente “*per quale ragione un Commissario ha attribuito 0,6 punti al “progetto formativo” di Universiis per i centri diurni disabili? Perché non 0,7, o 0,2, o 0,9?*” - deve rilevarsi come lo spazio di valutazione

assegnato all'Amministrazione fosse, tuttavia, sufficientemente circoscritto, essendo previsto il punteggio massimo di 13 per le voci del sub criterio 1.2., per di più articolato nelle tre aree di svolgimento del servizio (centri diurni disabili; integrazione scolastica; assistenza domiciliare disabili), per ciascuna delle quali è attribuibile un diverso sotto-punteggio massimo (rispettivamente: 5, 4, 4 per un totale, appunto, di 13).

Ne discende l'applicabilità al caso di specie del costante indirizzo giurisprudenziale, secondo il quale l'idoneità del voto numerico a rappresentare in modo adeguato l'*iter* logico seguito dalla Commissione nella sua espressione è direttamente proporzionale al grado di specificazione dei criteri allo stesso sottesi, per cui, quanto è più dettagliata l'articolazione dei criteri e sub-criteri di valutazione, tanto più risulta esaustiva l'espressione del punteggio in forma numerica (in termini, tra le tante, Cons. Stato, V, 20 settembre 2016, n. 3911; IV, 20 aprile 2016, n. 1556).

Con l'ulteriore precisazione, in specifico riferimento al caso qui all'esame, che la tesi difensiva della medesima Università, proprio per il fatto di muovere dall'assunto – peraltro completamente avulso dal dato letterale – della formulazione di un criterio quantitativo nel bando, non è idonea a suffragare profili di incongruità della valutazione svolta dalla Commissione.

Quest'ultima ha, invece, operato in base a quanto disposto dalla *lex specialis*, di talché non possono essere mossi rilievi di sorta alle valutazioni discrezionali dalla stessa compiute.

10.7. Dalle suesposte considerazioni consegue la fondatezza del primo e del secondo motivo di appello, con cui rispettivamente:

- si denuncia l'erroneità della sentenza gravata, laddove afferma la consistenza numerica e non qualitativa del criterio "numero ore di formazione annue";

- si deduce la violazione del punto 18.4.2 del Disciplinare di gara e dei principi di interpretazione dei negozi giuridici.

10.8. Il che esime il Collegio dal procedere alla disamina del terzo e ultimo motivo di appello, formulato espressamente in via subordinata rispetto ai primi due, come sopra accolti.

11. Da tutto quanto sin qui evidenziato emerge che è l'appello nel suo insieme a dover essere accolto e, per l'effetto, in riforma dell'appellata sentenza n. 615 del 2017, deve essere respinto il ricorso di primo grado n. 391 del 2017.

Le spese del doppio grado di giudizio seguono la soccombenza e, pertanto, sono poste a carico della Universiis S.C.S., che è condannata al pagamento di complessivi euro 5000,00 (cinquemila/00), così ripartiti:

- euro 3.500 (tremilacinquecento/00), oltre accessori di legge, in favore della Cooperativa Sociale e di Lavoro Operatori Sanitari Associati, risultata vittoriosa nel presente giudizio di appello;

- euro 1.500 (millecinquecento/00), oltre accessori di legge, in favore del Comune di Latina, che nel presente grado si è costituito con memoria in cui si è limitato a rappresentare unicamente di aver proposto, a propria volta, l'appello n. 325/18.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma dell'appellata sentenza n. 615 del 2017, respinge il ricorso di primo grado n. 391 del 2017.

Condanna Universiis S.C.S. al pagamento di complessivi euro 5000,00 (cinquemila/00), così ripartiti:

- euro 3.500 (tremilacinquecento/00), oltre accessori di legge, in favore della Cooperativa Sociale e di Lavoro Operatori Sanitari Associati;

- euro 1.500 (millecinquecento/00), oltre accessori di legge, in favore del Comune di Latina.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 giugno 2018

con l'intervento dei magistrati:

Marco Lipari, Presidente

Umberto Realfonzo, Consigliere

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere

Stefania Santoleri, Consigliere

Giorgio Calderoni, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Giorgio Calderoni

IL PRESIDENTE
Marco Lipari

IL SEGRETARIO