

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 06/05/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29332-considerata-la-contestuale-richiesta-di-risarcimento-del-danno-atteso-che-il-servizio-ha-durata-triennale-e-che-lo-stesso-stato-avviato-dalla-controinteressata-in-data-1-7-2009-ed-in-corso-di-svo>

Autore: Lazzini Sonia

Considerata la contestuale richiesta di risarcimento del danno, atteso che il servizio ha durata triennale e che lo stesso è stato avviato dalla controinteressata in data 1.7.2009 ed è in corso di svolgimento, il Collegio ritiene di poter accogliere anche

Tar Veneto, Venezia, 26.03.2010 n. 1016

Considerata la contestuale richiesta di risarcimento del danno, atteso che il servizio ha durata triennale e che lo stesso è stato avviato dalla controinteressata in data 1.7.2009 ed è in corso di svolgimento, il Collegio ritiene di poter accogliere anche l'istanza di risarcimento del danno, disponendo che questo venga ristorato in forma specifica con subentro della ricorrente nella gestione del servizio a decorrere dalla data di deposito della presente decisione.

Per quanto riguarda il servizio pregresso, gestito nelle more dalla Controinteressata, il risarcimento del danno dovrà essere effettuato per equivalente, seguendo il criterio di calcolo suggerito dalla difesa istante nella propria memoria di precisazione delle conclusioni.

Premesso che il margine di guadagno può essere computato nella percentuale, costantemente individuata, del 10% del valore della parte dell'appalto non eseguita e tenuto presente che il valore complessivo dell'appalto de quo è pari ad € 2.448.00,00 per un triennio, pari ad € 69.111,00 per mese, l'amministrazione intimata dovrà provvedere a risarcire alla ricorrente la somma corrispondente al 10% dell'ammontare del valore mensile dell'appalto moltiplicato per il numero dei mesi in cui detto servizio è stato gestito dalla cooperativa Controinteressata, sino al subentro della ricorrente per effetto della presente sentenza, il tutto con maggiorazione di interessi legali e rivalutazione monetaria dal dovuto al saldo.

La ricorrente si è collocata al secondo posto della graduatoria finale e con il gravame proposto ha contestato sia la procedura di gara che la stessa *lex specialis* ed i criteri di valutazione in essa contemplati, per evidente contrasto con la disciplina normativa in materia di affidamento di servizi di interesse sociale dettata dalla L.r. n. 23/2006, nonché dalla direttiva regionale contenuta nella DGR n. 4189/2007.

L'interesse precipuo della ricorrente, che avanza contestuale istanza di risarcimento del danno, anche in forma specifica mediante subentro nella gestione del servizio, è rivolto in prima istanza all'annullamento dell'atto di aggiudicazione disposto a favore della controinteressata, con conseguente subentro nella gestione del servizio ed in via subordinata, qualora le illegittimità rilevate coinvolgessero l'intera procedura di gara ed a monte la stessa conformità della *lex specialis* alla legge regionale, all'annullamento dell'intera procedura con conseguente obbligo per l'Istituto di procedere all'espletamento di una nuova selezione.

In questi termini si prospetta l'interesse di parte ricorrente alla decisione del presente ricorso e quindi l'ordine secondo il quale andranno esaminate le censure dedotte, atteso che risulta all'evidenza prioritario l'interesse a veder accolte le doglianze proposte avverso l'ammissione della controinteressata alla gara della quale è poi risultata aggiudicataria, nonché avverso la disposta aggiudicazione, onde subentrare, quale seconda classificata, nella gestione del servizio.

Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo?

Superata in ogni caso l'eccezione di inammissibilità sollevata dalla difesa dell'Istituto con riguardo alle censure di cui ai motivi n.2 e 4, in quanto trattasi comunque di profili che, sebbene già conosciuti, si sono rivelati pregiudizievoli degli interessi di parte ricorrente soltanto all'esito della procedura di gara, il Collegio ritiene di poter accogliere il ricorso con riguardo, in via del tutto assorbente rispetto alle ulteriori censure, al primo motivo.

Invero, la lettera di invito richiedeva per la partecipazione alla gara il possesso di determinati requisiti, consistenti, per quanto qui interessa, nel possesso della specializzazione nella realizzazione di servizi infermieristici, di assistenza di base e relativo coordinamento per quanto riguarda l'assistenza e la cura di persona non autosufficienti, con prevalenza di patologie riconosciute alzheimer o demenza senile.

Ne deriva, atteso quanto esplicitamente richiesto dall'Istituto, che i soggetti interessati a partecipare alla gara dovevano in primo luogo dimostrare il possesso di una specifica specializzazione sia per quanto riguarda i servizi infermieristici che per l'assistenza di base ed, in secondo luogo, che detta specializzazione doveva riguardare in particolare soggetti non autosufficienti ed affetti da determinate patologie mentali.

Orbene, premesso che tale prescrizione relativa ai requisiti di ammissione era vincolante per la stessa amministrazione, la quale era pertanto tenuta ad accertare che le ditte da invitare fossero in possesso di tali requisiti, nel caso della cooperativa Controinteressata ciò non è risultato comprovato, quanto meno con riferimento alla specializzazione nello svolgimento di servizi infermieristici rivolti verso soggetti non autosufficienti, affetti da alzheimer o demenza senile.

Come rilevabile dalla documentazione presentata dalla controinteressata (la quale sul punto peraltro non ha opposto alcuna contestazione) non è stato attestato il possesso di tale specializzazione, essendo stato documentato lo svolgimento in assoluta prevalenza di attività consistenti nell'assistenza di base presso centri analoghi.

Escluso che il possesso di una sola tipologia di specializzazione potesse essere sufficiente ai fini dell'ammissione, atteso che la lettera di invito faceva chiaro riferimento al possesso di entrambe le tipologie, ben differenziate fra loro per caratteristiche oggettive delle prestazioni da effettuare nei confronti degli ospiti, è indiscutibile che la controinteressata non è stata in grado di provare il possesso della specializzazione nei servizi infermieristici, né tanto meno che detti servizi fossero diretti a soggetti non autosufficienti (se non per un caso isolato) ed affetti da alzheimer o demenza senile.

Né può essere condiviso l'assunto difensivo delle resistenti, le quali pongono in risalto l'adeguatezza del servizio offerto dalla cooperativa Bramatose con riferimento al servizio infermieristico, adeguatamente organizzato in rapporto alle esigenze specifiche della Residenza Giubileo, che richiedeva quantitativamente in misura prevalente servizi di assistenza di base rispetto a quelli infermieristici, con la presenza di n. 8 infermieri previsti in organico.

Una tale prospettazione sposta infatti la valutazione dei requisiti di ammissione ad una fase successiva che riguarda invece il contenuto della proposta formulata dalla cooperativa per la gestione del servizio.

In realtà, la specializzazione era richiesta quale requisito di ammissione per poter partecipare alla gara e quindi per poter formulare, una volta ammessa sulla base dei requisiti posseduti, così come richiesti dalla lettera di invito, una determinata proposta di gestione del servizio, diversamente articolata in servizi infermieristici e di assistenza di base.

In buona sostanza, si trattava di comprovare a monte il possesso di una determinata specializzazione in entrambi i settori, quale requisito indispensabile per poter poi accedere alla gara vera e propria nel cui ambito sarebbe stata valutata l'adeguatezza della proposta presentata, anche con riferimento alla dotazione organica degli infermieri, per la gestione del servizio presso la Residenza Giubileo.

Il possesso della specializzazione nei servizi infermieristici era quindi richiesto proprio per accertare che la cooperativa in gara avesse maturato specifiche esperienze in tale settore, indipendentemente da quello che sarebbe stato poi, nella gestione dell'appalto de quo, il rapporto interno fra servizi di tipo infermieristico e di assistenza di base (con tutte le conseguenze in ordine all'adeguatezza dell'organico proposto).

A ciò si aggiunga l'ulteriore rilievo attinente alle particolari patologie indicate sempre dalla lettera di invito, che quindi ancorava a maggior ragione il possesso della specializzazione di tipo infermieristico per tali malattie riferite ad ospiti non autosufficienti.

Anche tale profilo non è stato documentato dalla controinteressata, per cui l'amministrazione, dovendo attenersi alle prescrizioni circa i requisiti di ammissione da lei stessa indicate, non avrebbe dovuto ammettere alla gara la cooperativa Controinteressata.

Per tali ragioni, assorbenti rispetto ad ogni altra censura, il ricorso va accolto, con conseguente annullamento dell'aggiudicazione disposta a favore della controinteressata.

Considerata la contestuale richiesta di risarcimento del danno, atteso che il servizio ha durata triennale e che lo stesso è stato avviato dalla controinteressata in data 1.7.2009 ed è in corso di svolgimento, il Collegio ritiene di poter accogliere anche l'istanza di risarcimento del danno, disponendo che questo venga ristorato in forma specifica con subentro della ricorrente nella gestione del servizio a decorrere dalla data di deposito della presente decisione.

Per quanto riguarda il servizio pregresso, gestito nelle more dalla Controinteressata, il risarcimento del danno dovrà essere effettuato per equivalente, seguendo il criterio di calcolo suggerito dalla difesa istante nella propria memoria di precisazione delle conclusioni.

Premesso che il margine di guadagno può essere computato nella percentuale, costantemente individuata, del 10% del valore della parte dell'appalto non eseguita e tenuto presente che il valore complessivo dell'appalto de quo è pari ad € 2.448.000,00 per un triennio, pari ad € 69.111,00 per mese, l'amministrazione intimata dovrà provvedere a risarcire alla ricorrente la somma corrispondente al 10% dell'ammontare del valore mensile dell'appalto moltiplicato per il numero dei mesi in cui detto servizio è stato gestito dalla cooperativa Controinteressata, sino al subentro della ricorrente per effetto della presente sentenza, il tutto con maggiorazione di interessi legali e rivalutazione monetaria dal dovuto al saldo.

Infine, per quanto riguarda le spese di giudizio, il Collegio ritiene che queste possano essere integralmente compensate con la controinteressata cooperativa Controinteressata, mentre, per quanto riguarda l'amministrazione intimata, seguendo la regola della soccombenza, si dispone che queste gravino a carico dell'Istituto che provvederà a liquidarle a favore della ricorrente nella somma complessiva di € 2.500,00 (Euro duemilacinquecento/00)

A cura di Sonia LAzzini

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 1016 del 26 marzo 2010 pronunciata dal Tar Veneto, Venezia



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 Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 1884 del 2009, proposto da:
Ricorrente Solidarieta' Sociale - Societa' Cooperativa Sociale, rappresentato e difeso dagli avv. Alessandro Pizzato, Giorgio Trovato, con domicilio eletto presso la Segreteria della Sezione ai sensi dell'art. 35 del R.D. 26.6.1924, n. 1054;

contro

Istituto Luigi Configliachi Per i Minorati della Vista - Padova, rappresentato e difeso dagli avv. Marco Bertazzolo, Elisa Toffano, con domicilio eletto presso Margherita Bonifacio in Venezia, S. Croce 312/A - Fondamenta Rizzi;

nei confronti di

Controinteressata Societa' Cooperativa Sociale, rappresentato e difeso dall'avv. Paolo Neri, con domicilio eletto presso la Segreteria della Sezione ai sensi dell'art. 35 del R.D. 26.6.1924, n. 1054;

per l'annullamento

della determina n. 339 datata 29/06/2009 prot. 4882 a firma del Direttore Generale dell'Istituto L. Configliacchi, con la quale è stata disposta l'aggiudicazione definitiva alla cooperativa Controinteressata dell'appalto triennale dei servizi infermieristici, socio assistenziali e di relativo coordinamento presso la "Residenza

Giubileo"; nonché dei provvedimenti presupposti, quali l'invito alla gara della controinteressata, i verbali della Commissione di gara; nonché – in parte qua – della lex specialis di gara nella parte in cui al punto 5 dispone di affidare i servizi unicamente sulla base del criterio della migliore offerta, nonché al capitolato speciale d'appalto nella parte in cui al punto 8 stabilisce i criteri per la valutazione delle offerte; nonché degli ulteriori atti connessi e/o presupposti; nonché per la condanna al risarcimento dei danni subiti e subendi in conseguenza dell'attività illegittima censurata.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Istituto Luigi Configliachi Per i Minorati della Vista - Padova e di Controinteressata Societa' Cooperativa Sociale;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 febbraio 2010 la dott.ssa Alessandra Farina e uditi l'avv.to Chinello, in sostituzione dell'avv.to Pizzato, per la società ricorrente, l'avv.to Bertazzolo per l'istituto Configliachi e l'avv.to Micozzi, in sostituzione dell'avv.to Neri, per la Società Controinteressata;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con delibera del C.d.A. del 25.2.2009 l'Istituto "Luigi Configliachi" per i minorati della vista disponeva l'affidamento all'esterno, per un triennio, dei servizi socio-assistenziali, infermieristici e relativo coordinamento presso la "Residenza Giubileo", ricorrendo all'affidamento diretto ai sensi della L.r. n. 23/2006.

Con lettera di invito venivano contattate alcune società cooperative sociali, al fine di raccogliere le eventuali richieste di partecipazione alla selezione ed in tale nota veniva richiesto di comprovare il possesso di una serie di requisiti, fra cui, alla

lettera g) la previsione puntuale nello statuto dei servizi oggetto dell'affidamento, ed alla lettera f) la specializzazione nella realizzazione dei servizi infermieristici, di assistenza di base e relativo coordinamento, desumibili dalla media dei fatturati, espressi la netto di IVA, e dalla durata degli affidamenti desumibili dagli atti contrattuali stipulati nell'ultimo triennio (2006-2007-2008) per servizi di assistenza e cura di persone non autosufficienti con prevalenza di patologie riconosciute alzheimer o demenza senile.

Presentavano istanza di partecipazione alla gara tre società cooperative: l'odierna ricorrente, Ricorrente Solidarietà Sociale, la cooperativa Controinteressata e la cooperativa La Fenice.

In base al capitolato speciale il servizio, destinato agli ospiti della residenza (costituiti da 32 soggetti non autosufficienti e 16 soggetti ex-OP, ospedale psichiatrico), sarebbe stato affidato per lo svolgimento di due tipologie di prestazioni:

- servizio infermieristico, svolto da personale abilitato a norma di legge, da garantire per tutte le 24 ore, con una presenza minima giornaliera di 28 ore, articolato secondo le modalità specificatamente elencate;

- servizio di assistenza di base, svolto da personale in possesso dell'attestato di qualifica e dei requisiti richiesti in materia per la figura di "operatore Socio Sanitario", da garantire per tutte le 24 ore, con una presenza minima giornaliera di 100 ore, a sua volta articolato nelle prestazioni puntualmente elencate nel capitolato speciale.

Il servizio, da svolgere a partire dal 1.7.2009 sino al 31.12.2011, sarebbe stato affidato in virtù del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuabile sulla base delle caratteristiche tecniche (cui sarebbero stati attribuibili max 60 punti, così come suddivisi in base alle indicazioni fornite dal capitolato

all'art. 8) e della convenienza economica del prezzo offerto (cui sarebbero stati attribuibili gli ulteriori 40 punti).

Espletate le operazioni di gara, nella graduatoria finale, formulata sulla base dei punteggi conseguiti per il profilo tecnico e per quello economico, risultava collocata al primo posto la cooperativa Controinteressata ed al secondo posto la ricorrente, cooperativa Ricorrente Solidarietà Sociale.

Approvata l'aggiudicazione provvisoria con determinazione del Direttore Generale n. 339 del 29.6.2009, successivamente comunicata in data 2.7.2009 alla ricorrente, il servizio veniva definitivamente affidato alla controinteressata.

Con il ricorso indicato in epigrafe la cooperativa Ricorrente Solidarietà Sociale (da ora solo Ricorrente) ha contestato la legittimità degli atti di invito e di ammissione alla gara della controinteressata cooperativa Controinteressata, le valutazioni operate dalla commissione di gara, la graduatoria finale ed il conseguente atto di aggiudicazione, nonché la stessa *lex specialis* di gara, con specifico riferimento ai criteri di attribuzione dei punteggi.

A tale riguardo sono stati quindi esposti i seguenti motivi di doglianza, che per comodità di esposizione verranno richiamati seguendo il contenuto delle censure espresse, a seconda che investano la fase di ammissione, lo svolgimento della gara, la previsione e relativa attribuzione dei punteggi così come fissati dalla *lex specialis*.

- Violazione della *lex specialis* di gara. Eccesso di potere per difetto del presupposto, travisamento del fatto, carenza di istruttoria. Illegittimità derivata.

La lettera inviata alle cooperative per raccogliere le manifestazioni di interesse all'affidamento dei servizi presso la "Residenza Giubileo", disponeva che i soggetti interessati fossero in possesso di determinati requisiti, in modo particolare era richiesta la prova di aver svolto servizi analoghi nell'arco del triennio 2006/2008, ed in tal senso veniva precisato l'obbligo di comprovare "la specializzazione nella realizzazione dei servizi infermieristici, di assistenza di base e relativo

coordinamento, desumibili dalla media dei fatturati, espressi al netto di IVA, e dalla durata degli affidamenti desumibili dagli atti contrattuali stipulati nell'ultimo triennio (2006-2007-2008) per servizi di assistenza e cura di persone non autosufficienti con prevalenza di patologie riconosciute alzheimer o demenza senile.” (lettera f).

Risultava quindi indicato chiaramente fra i requisiti di ammissione, la comprovata esperienza nello svolgimento di servizi, sia infermieristici che di assistenza di base, rivolti alla cura di soggetti non autosufficienti con patologie particolari, quali l'alzheimer e la demenza senile.

Ciò premesso, parte ricorrente osserva come, proprio in ordine alla dimostrazione dell'acquisita esperienza in tali settori, la società Controinteressata non abbia adeguatamente comprovato di aver svolto sia servizi infermieristici che di assistenza di base, né che le pregresse esperienze fossero state acquisite con riguardo a soggetti non autosufficienti, affetti dalle particolari patologie indicate.

In realtà, considerata la documentazione depositata al riguardo dalla controinteressata, risulta dimostrata soltanto l'esperienza maturata nel triennio per lo svolgimento di servizi di assistenza di base, mentre nessuna prova è stata fornita, se non per ipotesi del tutto marginali, in ordine al possesso della specializzazione nello svolgimento di servizi infermieristici e della cura di persone non autosufficienti ed affette da particolari patologie.

Il mancato possesso dei requisiti di ammissione richiesti dalla lettera di invito doveva quindi determinare l'esclusione della cooperativa Controinteressata dalla partecipazione alla gara.

Né il fatto che comunque la Controinteressata avesse indicato fra il personale messo a disposizione n. 8 infermieri e che tale dotazione organica fosse sufficiente allo svolgimento del servizio de quo è circostanza utile per superare la dedotta mancanza dei requisiti di ammissione, in quanto la lettera di invito richiedeva la

prova di esperienze pregresse in determinati settori, quale puntuale requisito per poter essere ammessi a partecipare, il che attiene ad un profilo che deve essere provato dalle concorrenti prima ed in funzione della successiva presentazione dell'offerta (nel cui ambito avrebbe potuto essere valutata l'adeguatezza dell'organico proposto).

- Violazione della *lex specialis*, con riferimento ai criteri di valutazione delle offerte; Eccesso di potere per travisamento del fatto, difetto del presupposto, carenza di istruttoria; incongruità della motivazione, illogicità manifesta; sviamento; illegittimità derivata.

Le due offerte rispettivamente presentate dalle cooperative Ricorrente e Controinteressata hanno ottenuto un punteggio pressoché equivalente per il profilo economico, mentre diversa è stata la valutazione per il profilo tecnico, che ha quindi determinato il conseguimento per la Controinteressata del primo posto nella graduatoria finale.

A tale riguardo la difesa istante contesta le valutazioni operate dalla commissione, la quale, se avesse correttamente ponderato i contenuti dell'offerta della controinteressata e giustamente apprezzato quelli della cooperativa Ricorrente, avrebbe assegnato diversamente i punti a disposizione, individuando nella ricorrente il miglior offerente.

Ciò con riguardo ai contenuti dell'offerta per quanto riguarda lo schema relativo ad una giornata tipo per gli anziani ex-OP, per le persone affette da disorientamento cognitivo non a grave rischio di caduta e per le persone affette da disorientamento cognitivo a grave rischio di caduta, per il quale la controinteressata ha proposto un unico schema non differenziato di giornata tipo, discostandosi peraltro dalle regole di vita quotidiana – orario pasti - indicate dallo stesso capitolato speciale: la valutazione della commissione non solo non ha rilevato il suddetto contrasto, ma ingiustificatamente ha attribuito per tale profilo un punteggio elevato, mentre

L'offerta della ricorrente, più aderente alla richiesta del capitolato, ha conseguito un punteggio inferiore.

Anche con riferimento agli altri profili dell'offerta (schema organizzativo della forza lavoro, piano dettagliato per la gestione del burn-out e la riduzione del turn over degli operatori) i punteggi assegnati alla Controinteressata non risultano adeguati e giustificati, con evidente alterazione del punteggio finale, che ha premiato la controinteressata.

- Violazione di legge con riferimento all'art. 10 della L.r. n. 23/2006 e contrasto con la D.G.R n. 4189 del 18.12.2007; eccesso di potere per difetto del presupposto e carenza istruttoria; sviamento di potere.

- Violazione dell'art. 12 della L.r. n. 23/2006 e D.G.R. n. 4189/2007, eccesso di potere per incongruità dei criteri di valutazione, illogicità manifesta; illegittimità derivata.

Con i due ulteriori motivi testè richiamati, parte istante contesta la *lex specialis* della procedura, in quanto contraria al dettato della legge regionale n. 23/2006 nonché a quanto statuito nell'atto di indirizzo contenuto nella D.G.R. n. 4189/2007, che ha indicato le linee di orientamento per quanto riguarda lo svolgimento delle procedure di selezione per tale tipologia di affidamenti.

In base a quanto disposto dalla normativa regionale, nell'eventualità in cui la richiesta di convenzionamento sia pervenuta da parte di più cooperative sociali, l'ente procedente, verificati i requisiti di legge e le capacità professionali, potrà, al fine di soddisfare al meglio gli interessi sociali coinvolti, promuovere un accordo tra le cooperative richiedenti, onde ricondurre ad unicità progettuale e gestionale le istanze presentate : in mancanza di accordo verranno preferite le cooperative in grado di garantire risultati soddisfacenti in termini di produttività sociale.

Sebbene nel caso di specie siano state presentate tre istanze di partecipazione da parte di cooperative sociali, l'amministrazione procedente ha del tutto omesso tale

fase di concertazione, giungendo all'affidamento diretto a favore della prima classificata.

Un simile modo di procedere evidenzia l'illegittimità della gara, del tutto incoerente con lo spirito degli affidamenti di cui è causa, rivolto al perseguimento di risultati soddisfacenti interessi sociali e non meramente ancorato all'individuazione dell'offerta maggiormente conveniente sul piano tecnico-qualitativo.

Allo stesso modo, con specifico riguardo ai criteri utilizzati dalla commissione, così come fissati dalla *lex specialis*, si rileva il contrasto con il dettato e lo spirito della legge regionale, in quanto risulta privilegiato l'aspetto tecnico-qualitativo delle offerte, ignorando o quanto meno omettendo di dare il giusto rilievo ad altri fattori quali la "produttività" in termini sociali e la "ricaduta sociale" dell'attività svolta dalle cooperative.

In tal modo non sono stati adeguatamente apprezzati elementi quali la base territoriale, il radicamento sociale, la rappresentatività degli interessi coinvolti, la capacità di promozione dei principi solidaristici e delle attività a contenuto sociale.

Riferire, come avvenuto nella selezione de qua, la preferibilità di un'offerta rispetto alle altre in base ad un giudizio articolato esclusivamente sul profilo tecnico e su quello economico della proposta, risulta quindi riduttivo rispetto a quanto stabilito dalla legge regionale e dettagliatamente precisato proprio sul punto nell'atto di indirizzo redatto dalla Giunta Regionale, che ha espressamente indicato i criteri soggettivi ed oggettivi da utilizzare per valutare correttamente le qualità del soggetto affidatario.

- Violazione dei principi fondamentali di correttezza, coerenza, imparzialità e buon andamento dell'attività amministrativa (art.97 Cost.); Illegittimità della composizione della commissione di gara e delle operazioni dalla stessa svolte. Illegittimità derivata.

In base ai principi generali la commissione è collegio perfetto e deve operare con il plenum dei suoi componenti.

Nel caso di specie la commissione ha operato in diversa composizione a seconda delle sedute (tre componenti nella prima seduta, cinque nella seconda), provvedendo in composizione ridotta alla valutazione tecnica, caratterizzata da ampia discrezionalità, dei progetti presentati dalle cooperative in gara, di tal chè il giudizio tecnico risulta essere stato formulato soltanto da una parte dei commissari.

La difesa ricorrente ha quindi concluso chiedendo l'accoglimento del ricorso, con conseguente annullamento dell'aggiudicazione dell'affidamento a favore della controinteressata o (in caso di ritenuta fondatezza delle censure rivolte avverso la *lex specialis*) dell'intera procedura di gara, con riconoscimento del diritto al risarcimento dei danni patiti, anche in forma specifica nella prima ipotesi mediante subentro nella gestione del servizio.

Si è costituito in giudizio l'Istituto Luigi Configliachi, la cui difesa ha preliminarmente eccepito l'inammissibilità, in quanto tardivamente proposte, delle censure dedotte avverso la *lex specialis* di gara per contrasto con il dettato normativo regionale e l'atto di indirizzo della Giunta.

Ferma restando l'eccezione preliminare, e con riferimento anche alle restanti censure, la difesa dell'Istituto ne ha contestato la fondatezza, ribadendo la piena legittimità dell'operato della Commissione e dei risultati della selezione che ha visto aggiudicataria la cooperativa Controinteressata.

In modo particolare è stata ribadita la legittimità dell'ammissione alla gara della controinteressata, la quale ha comprovato il possesso della necessaria esperienza, tenuto conto della qualità dei servizi offerti ed in considerazione del personale messo a disposizione.

Per quanto attiene alle censure dirette contro la *lex specialis*, la difesa resistente ha ulteriormente controdedotto, rilevando il carattere di mero indirizzo delle prescrizioni contenute nella DGR invocata da parte ricorrente.

Si è parimenti costituita in giudizio la cooperativa Controinteressata, la cui difesa ha svolto le proprie deduzioni, contrastando le censure avversarie e concludendo per la reiezione del gravame.

All'udienza del 18 febbraio 2010 il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

DIRITTO

Come esposto in fatto, con il ricorso in esame la cooperativa istante denuncia sotto diversi profili la procedura di gara che ha visto affidataria dell'appalto per la gestione dei servizi infermieristici ed assistenziali presso la "Residenza Giubileo", facente capo all'Istituto L. Configliachi, la controinteressata cooperativa sociale Controinteressata.

La ricorrente si è collocata al secondo posto della graduatoria finale e con il gravame proposto ha contestato sia la procedura di gara che la stessa *lex specialis* ed i criteri di valutazione in essa contemplati, per evidente contrasto con la disciplina normativa in materia di affidamento di servizi di interesse sociale dettata dalla L.r. n. 23/2006, nonché dalla direttiva regionale contenuta nella DGR n. 4189/2007.

L'interesse precipuo della ricorrente, che avanza contestuale istanza di risarcimento del danno, anche in forma specifica mediante subentro nella gestione del servizio, è rivolto in prima istanza all'annullamento dell'atto di aggiudicazione disposto a favore della controinteressata, con conseguente subentro nella gestione del servizio ed in via subordinata, qualora le illegittimità rilevate coinvolgessero l'intera procedura di gara ed a monte la stessa conformità della *lex specialis* alla legge regionale, all'annullamento dell'intera procedura con conseguente obbligo per l'Istituto di procedere all'espletamento di una nuova selezione.

In questi termini si prospetta l'interesse di parte ricorrente alla decisione del presente ricorso e quindi l'ordine secondo il quale andranno esaminate le censure dedotte, atteso che risulta all'evidenza prioritario l'interesse a veder accolte le doglianze proposte avverso l'ammissione della controinteressata alla gara della quale è poi risultata aggiudicataria, nonché avverso la disposta aggiudicazione, onde subentrare, quale seconda classificata, nella gestione del servizio.

Superata in ogni caso l'eccezione di inammissibilità sollevata dalla difesa dell'Istituto con riguardo alle censure di cui ai motivi n.2 e 4, in quanto trattasi comunque di profili che, sebbene già conosciuti, si sono rivelati pregiudizievoli degli interessi di parte ricorrente soltanto all'esito della procedura di gara, il Collegio ritiene di poter accogliere il ricorso con riguardo, in via del tutto assorbente rispetto alle ulteriori censure, al primo motivo.

Invero, la lettera di invito richiedeva per la partecipazione alla gara il possesso di determinati requisiti, consistenti, per quanto qui interessa, nel possesso della specializzazione nella realizzazione di servizi infermieristici, di assistenza di base e relativo coordinamento per quanto riguarda l'assistenza e la cura di persona non autosufficienti, con prevalenza di patologie riconosciute alzheimer o demenza senile.

Ne deriva, atteso quanto esplicitamente richiesto dall'Istituto, che i soggetti interessati a partecipare alla gara dovevano in primo luogo dimostrare il possesso di una specifica specializzazione sia per quanto riguarda i servizi infermieristici che per l'assistenza di base ed, in secondo luogo, che detta specializzazione doveva riguardare in particolare soggetti non autosufficienti ed affetti da determinate patologie mentali.

Orbene, premesso che tale prescrizione relativa ai requisiti di ammissione era vincolante per la stessa amministrazione, la quale era pertanto tenuta ad accertare che le ditte da invitare fossero in possesso di tali requisiti, nel caso della

cooperativa Controinteressata ciò non è risultato comprovato, quanto meno con riferimento alla specializzazione nello svolgimento di servizi infermieristici rivolti verso soggetti non autosufficienti, affetti da alzheimer o demenza senile.

Come rilevabile dalla documentazione presentata dalla controinteressata (la quale sul punto peraltro non ha opposto alcuna contestazione) non è stato attestato il possesso di tale specializzazione, essendo stato documentato lo svolgimento in assoluta prevalenza di attività consistenti nell'assistenza di base presso centri analoghi.

Escluso che il possesso di una sola tipologia di specializzazione potesse essere sufficiente ai fini dell'ammissione, atteso che la lettera di invito faceva chiaro riferimento al possesso di entrambe le tipologie, ben differenziate fra loro per caratteristiche oggettive delle prestazioni da effettuare nei confronti degli ospiti, è indiscutibile che la controinteressata non è stata in grado di provare il possesso della specializzazione nei servizi infermieristici, né tanto meno che detti servizi fossero diretti a soggetti non autosufficienti (se non per un caso isolato) ed affetti da alzheimer o demenza senile.

Né può essere condiviso l'assunto difensivo delle resistenti, le quali pongono in risalto l'adeguatezza del servizio offerto dalla cooperativa Bramatose con riferimento al servizio infermieristico, adeguatamente organizzato in rapporto alle esigenze specifiche della Residenza Giubileo, che richiedeva quantitativamente in misura prevalente servizi di assistenza di base rispetto a quelli infermieristici, con la presenza di n. 8 infermieri previsti in organico.

Una tale prospettazione sposta infatti la valutazione dei requisiti di ammissione ad una fase successiva che riguarda invece il contenuto della proposta formulata dalla cooperativa per la gestione del servizio.

In realtà, la specializzazione era richiesta quale requisito di ammissione per poter partecipare alla gara e quindi per poter formulare, una volta ammessa sulla base dei

requisiti posseduti, così come richiesti dalla lettera di invito, una determinata proposta di gestione del servizio, diversamente articolata in servizi infermieristici e di assistenza di base.

In buona sostanza, si trattava di comprovare a monte il possesso di una determinata specializzazione in entrambi i settori, quale requisito indispensabile per poter poi accedere alla gara vera e propria nel cui ambito sarebbe stata valutata l'adeguatezza della proposta presentata, anche con riferimento alla dotazione organica degli infermieri, per la gestione del servizio presso la Residenza Giubileo.

Il possesso della specializzazione nei servizi infermieristici era quindi richiesto proprio per accertare che la cooperativa in gara avesse maturato specifiche esperienze in tale settore, indipendentemente da quello che sarebbe stato poi, nella gestione dell'appalto de quo, il rapporto interno fra servizi di tipo infermieristico e di assistenza di base (con tutte le conseguenze in ordine all'adeguatezza dell'organico proposto).

A ciò si aggiunga l'ulteriore rilievo attinente alle particolari patologie indicate sempre dalla lettera di invito, che quindi ancorava a maggior ragione il possesso della specializzazione di tipo infermieristico per tali malattie riferite ad ospiti non autosufficienti.

Anche tale profilo non è stato documentato dalla controinteressata, per cui l'amministrazione, dovendo attenersi alle prescrizioni circa i requisiti di ammissione da lei stessa indicate, non avrebbe dovuto ammettere alla gara la cooperativa Controinteressata.

Per tali ragioni, assorbenti rispetto ad ogni altra censura, il ricorso va accolto, con conseguente annullamento dell'aggiudicazione disposta a favore della controinteressata.

Considerata la contestuale richiesta di risarcimento del danno, atteso che il servizio ha durata triennale e che lo stesso è stato avviato dalla controinteressata in data

1.7.2009 ed è in corso di svolgimento, il Collegio ritiene di poter accogliere anche l'istanza di risarcimento del danno, disponendo che questo venga ristorato in forma specifica con subentro della ricorrente nella gestione del servizio a decorrere dalla data di deposito della presente decisione.

Per quanto riguarda il servizio pregresso, gestito nelle more dalla Controinteressata, il risarcimento del danno dovrà essere effettuato per equivalente, seguendo il criterio di calcolo suggerito dalla difesa istante nella propria memoria di precisazione delle conclusioni.

Premesso che il margine di guadagno può essere computato nella percentuale, costantemente individuata, del 10% del valore della parte dell'appalto non eseguita e tenuto presente che il valore complessivo dell'appalto de quo è pari ad € 2.448.00,00 per un triennio, pari ad € 69.111,00 per mese, l'amministrazione intimata dovrà provvedere a risarcire alla ricorrente la somma corrispondente al 10% dell'ammontare del valore mensile dell'appalto moltiplicato per il numero dei mesi in cui detto servizio è stato gestito dalla cooperativa Controinteressata, sino al subentro della ricorrente per effetto della presente sentenza, il tutto con maggiorazione di interessi legali e rivalutazione monetaria dal dovuto al saldo.

Infine, per quanto riguarda le spese di giudizio, il Collegio ritiene che queste possano essere integralmente compensate con la controinteressata cooperativa Controinteressata, mentre, per quanto riguarda l'amministrazione intimata, seguendo la regola della soccombenza, si dispone che queste gravino a carico dell'Istituto che provvederà a liquidarle a favore della ricorrente nella somma complessiva di € 2.500,00 (Euro duemilacinquecento/00)

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto, Prima Sezione, respinta ogni contraria istanza ed eccezione, definitivamente pronunciando sul ricorso in

premessa, lo accoglie, anche con riguardo alla richiesta di risarcimento del danno nei termini indicati in parte motiva, e per l'effetto annulla gli atti impugnati.

Condanna l'amministrazione resistente al pagamento delle spese di giudizio, che vengono liquidate a favore della ricorrente in € 2.500,00 (Euro duemilacinquecento/00); compensa integralmente le spese di giudizio con la controinteressata Cooperativa Controinteressata.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 18 febbraio 2010 con l'intervento dei Signori:

Fulvio Rocco, Presidente FF

Riccardo Savoia, Consigliere

Alessandra Farina, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 26/03/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO