Pubblicato il 27/04/2017

N. 04951/2017 REG.PROV.COLL.

N. 03215/2017 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 Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza Quater)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;
sul ricorso numero di registro generale 3215 del 2017, proposto da:
a) Società cooperativa sociale "Agatos" Onlus, in persona del legale rappresentante pro-tempore;
b) Società cooperativa sociale "Splendid", in persona del legale rappresentante pro-tempore;
rappresentate e difesa, anche disgiuntamente, dagli avv.ti Domenico Tomassetti e Maria Cristina Manni presso il cui studio in Roma, Via Giovanni Pierluigi da Palestrina n.19, sono elettivamente domiciliate;

contro

Azienda Sanitaria Locale - ASL Viterbo -, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Angelo Tuzza presso il cui studio in Roma, Viale dei Santi Pietro e Paolo n.7, è elettivamente domiciliata;

nei confronti di

Soc. Coop. Sociale Samidad non costituito in giudizio;

per l'annullamento:

- del provvedimento dell'intimata amministrazione del 14.3.2017 con cui è stata disposta l'esclusione del costituendo raggruppamento Agatos-Splendid dalla procedura negoziata di cui all'art.36, comma 2, lett.b) del D.lgvo n.50/2016 volta all'affidamento del "Servizio integrativo nella gestione delle comunità psichiatriche SRSR di Viterbo e Montefiascone";
- della lettera di invito a presentare offerta nella parte in cui, art.6, commi da 2 a 8, prevede cause di esclusione dalla gara de qua per mancata sanatoria di ipotesi di irregolarità delle offerte genericamente ed indefinitamente indicate come " non conforme a quanto previsto nei documenti di gara";

Visti il ricorso e i relativi allegati;
Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Ausl Viterbo;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nella camera di consiglio del giorno 21 aprile 2017 il dott. Giuseppe Sapone e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Con il proposto gravame le cooperative ricorrenti, in qualità rispettivamente di mandataria (Agatos) e di mandante (Splendid) di un costituendo rti, hanno impugnato la determinazione, in epigrafe indicata, con cui è stata disposta l'esclusione dell'offerta presentata dal menzionato rti dalla procedura negoziata di cui all'art.36, comma 2, lett.b9 del D.lgvo n.50/2016, volta all'affidamento del "Servizio integrativo nella gestione delle comunità psichiatriche SRSR di Viterbo e Montefiascone.
In punto di fatto deve essere evidenziato che:

- la lex specialis prevedeva che:

a) l'appalto in questione, da aggiudicarsi sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, aveva come oggetto "il supporto delle attività assistenziali e riabilitative interne ed esterne prestate ai pazienti psichiatrici ricoverati presso le due strutture pubbliche S.R.S.R. "Binelli" Viterbo e S.R.S.R. "San Giuseppe" di Montefiascone;

b) la Direzione Sanitaria del Servizio era assicurata da un medico psichiatra designato dal Direttore della UOC Salute mentale Distretto A per la SRSR di Montefiascone e dal Direttore UOC Salute Mentale Distretto B per la SRSR di Viterbo;

c) con riferimento alle figure professionali necessarie per l'espletamento del servizio il medico e lo psicologo sarebbero stati forniti dalle ASL territorialmente competenti mentre le restanti figure professionali (infermiere, educatore, OSS, terapista occupazionale, assistente sociale) erano a carico dell'appaltatore;

d) gli operatori economici dovevano essere in possesso dei seguenti requisiti:

1) essere una cooperativa sociale che soddisfi le condizioni di cui all'art.143, comma 2, del D.lgvo 50/2016;

2) possedere un fatturato specifico relativo ai servizi analoghi a quelli oggetto della procedura, riferito agli ultimi tre esercizi finanziari il cui bilancio o altro documento fiscale o tributario equivalente sia stato approvato alla data di pubblicazione dell'avviso, non inferiore ad Euro 800.000,00 oltre IVA;

3) non trovarsi in alcuna delle situazioni previste dall'art.80 del D.lgvo 50/2016 nè da altre disposizioni che escludono la capacità di contrarre con la pubblica amministrazione;

4) la disponibilità a fornire il servizio richiesto secondo i requisiti minimi richiesti dalla normativa di riferimento alle strutture residenziali denominate SRSR;

- il rti era stato escluso in quanto, avendo offerto alcune attività che esulavano dall'oggetto della gara (Direzione Scientifica e coordinamento strategico) o che risultavano ultronee ed inconferenti con il suddetto oggetto (attività di controllo sulle applicazioni diagnostico-terapeutiche), l'intimata amministrazione ha ritenuto, alla luce della quantificazione della quota da destinare alle suddette attività, che Agatos non poteva garantire uno svolgimento del servizio pari al 60% e che la quota della mandante Splendid, pari al 40%, poteva essere sufficiente a sopperire a tale lacuna.

Il gravame è affidato ai seguenti motivi di doglianza:

1) Incompetenza del RUP sia nella emanazione degli atti impugnati sia nello svolgimento di attività valutative della documentazione di cui ai plichi A. B. C delle offerte presentate. Violazione e falsa applicazione dell'art.31 del D.lgvo n.50/2016 e dell'art.11 della lex specialis;

2) Nullità ex art.83, comma 8, del D.lgvo n.50/2016 della lettera di invito a presentare offerta, nella parte in cui all'art.6, commi da 2 a 8, prevede cause di esclusione dalla gara ulteriori rispetto a quelle del codice dei contratti. Violazione di legge con riferimento agli artt.80, 83 del d.lgvo n.50/2016 e dell'art.6 della lex specialis;

3) Violazione di legge con riferimento all'art.3 della L. n.241/1990. Eccesso di potere per manifesta carenza e difetto di istruttoria, illogicità, carenza di congruità, di ragionevolezza e di corretto apprezzamento dei fatti. Erronea valutazione dei presupposti di fatto e di diritto. Sintomi di sviamento di potere.

Si è costituita l'intimata amministrazione contestando con dovizia di argomentazioni fa fondatezza delle dedotte doglianze e concludendo per il rigetto delle stesse con vittoria di spese.

Il ricorso – chiamato all'odierna camera di consiglio del 21.4.2017 per la delibazione dell'istanza cautelare proposta da parte ricorrente - viene ritenuto per

la decisione del merito, ai sensi dell'art. 60 del d.lgvo n.104/2010, il quale stabilisce che " In sede di decisione della domanda cautelare, purchè siano trascorsi almeno venti giorni dall'ultima notificazione del ricorso, il Collegio, accertata la completezza del contraddittorio e dell'istruttoria, sentite sul punto le parti costituite, può definire, in camera di consiglio, il giudizio con sentenza in forma semplificata, salvo che una delle parti dichiari che intende proporre motivi aggiunti, ricorso incidentale o regolamento di competenza ovvero regolamento di giurisdizione"

Ricorrono, quanto alla sottoposta vicenda contenziosa, i presupposti contemplati dalla citata disposizione al fine di consentire un'immediata definizione della controversia mediante decisione da assumere "in forma semplificata".

Ciò premesso, palesemente infondato è il primo motivo di doglianza con cui è stata prospettata l'incompetenza del RUP ad adottare la contestata determinazione di esclusione.

Al riguardo, in linea con quanto dedotto in merito dalla resistente amministrazione, il Collegio osserva che:

a) l'art.31, comma 3, del D.lgvo n. 50/2016 prevede che "Il RUP, ai sensi della legge 7 agosto 1990, n. 241, svolge tutti i compiti relativi alle procedure di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione previste dal presente codice, che non siano specificatamente attribuiti ad altri organi o soggetti";

b) trattasi di una competenza residuale che comprende anche l'esclusione delle offerte conseguente alla preliminare attività di valutazione della documentazione amministrativa attestante il possesso dei requisiti indicati dalla lex specialis, non potendo tale compito essere assolto dalla Commissione giudicatrice che nelle gare, come quella oggetto del presente contenzioso, da aggiudicarsi sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa è chiamata a valutare le offerte sotto gli aspetti tecnici ed economici;

c) tale interpretazione è stata, altresì suffragata dalle Linee Guida formulate dall'Autorità Anticorruzione la quale ha chiarito che il RUP è chiamato a controllare la documentazione amministrativa prodotta dai partecipanti e ad adottare le determinazioni conseguenti alle valutazioni effettuate;

d) poichè nella vicenda in esame l'esclusione dell'offerta delle ricorrenti dalla procedura di gara è stata disposta a seguito della verifica della documentazione amministrativa da parte del RUP, ne discende che quest'ultimo era legittimato ad adottare la contestata esclusione.

Pure da rigettare è il secondo motivo di doglianza con cui è stata prospettata l'illegittimità della Lettera di invito nella parte in cui sembrerebbe prevedere all'art.6, commi da 2 a 8 clausole escludenti dalla gara, ulteriori rispetto a quelle stabilite dal D.lgvo n.50/2016.

In merito deve essere osservato che:

I) non può essere seriamente contestato che la stazione appaltante aveva un potere latamente discrezionale di individuare e delimitare l'oggetto della gara tenuto conto della propria organizzazione;

II) in tale contesto, pertanto, la resistente amministrazione ha ritenuto che alcune attività offerte dalle ricorrenti erano di competenza del personale AUSL ovvero non rientravano nell'oggetto del servizio da affidare, così come dettagliatamente precisato dalla lex specialis;

III) alla luce di tali conclusioni, l'AUSL Viterbo, ha prima quantificato in termini percentuali il peso delle attività de quibus e successivamente ha concluso che la cooperativa Agatos non era in grado di rispettare la percentuale del 60% del servizio ad esso riservata e che appariva eccessiva la quota del 40% dichiarata da Splendid per l'attività non sanitaria;

IV) in sostanza l'esclusione è stata basata sulla circostanza che l'offerta presentata dalle ricorrenti, così come era stata formulata, una volta depurata delle attività

ultronee ed estranee, non poteva assicurare lo svolgimento del servizio, così come discrezionalmente e correttamente individuato.

Nè è suscettibile di favorevole esame il profilo di doglianza con cui parte ricorrente ha lamentato la mancata attivazione del soccorso istruttorio, atteso che il ricorso a tale istituto non può essere consentito per rimediare a carenze sostanziali dell'offerta con riferimento all'oggetto del servizio, quale è quella posta a base della gravata esclusione.

Nè risulta fondato, infine, l'ultimo motivo di doglianza con cui le ricorrenti hanno contestato la fondatezza delle conclusioni cui è pervenuto il RUP in ordine alla estraneità all'oggetto dell'appalto dell'attività di controllo sulle applicazioni diagnostiche terapeutiche e alla riconducibilità al personale AUSL dell'attività di direzione sanitaria, alla luce di quanto dettagliatamente evidenziato in merito nella memoria (pagg.17, 18 e 19) della resistente amministrazione, versata agli atti il 18.4.2017.

Ciò premesso, il proposto gravame deve essere rigettato.

Le spese del presente giudizio, liquidate in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, Sezione III quater, definitivamente pronunciando sul ricorso n.3215 del 2017, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Condanna le cooperative ricorrenti al pagamento, in parti uguali, a favore della resistente amministrazione, delle spese del presente giudizio, liquidate in complessivi Euro 10.000,00 (Euro diecimila/00)

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 aprile 2017 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Sapone, Presidente, Estensore

Pierina Biancofiore, Consigliere

Massimo Santini, Consigliere

IL PRESIDENTE, ESTENSORE
Giuseppe Sapone

IL SEGRETARIO