

La gara telematica non è pregiudicata dall'eventuale apertura delle offerte tecniche in tempi diversi o contemporaneamente all'apertura della busta contenente la documentazione amministrativa

di Gianluca Taddeo

Data di pubblicazione: 22-8-2019

1. Considerati i commi 1 e 7 dell'art. 77, il Codice non impone la nomina della commissione giudicatrice prima dell'esame di conformità delle buste, bensì impone che la nomina dei commissari e la costituzione della commissione debbano avvenire dopo la scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte e che la valutazione delle offerte tecniche venga effettuata dalla commissione giudicatrice, all'uopo nominata.

Per quanto attiene, più specificamente, alle gare gestite telematicamente, la garanzia di immodificabilità delle offerte è insita nella stessa procedura informatica, indipendentemente dalla presenza o meno del pubblico perché la gara telematica, per le modalità con cui viene gestita, consente di tracciare qualsivoglia operazione di apertura dei file contenenti offerte e documenti di gara, assicurando, in tal modo, il rispetto dei principi di trasparenza e imparzialità che devono presiedere le procedure di gara pubbliche. In siffatte ipotesi, quand'anche la *lex specialis* recasse la previsione di una distinta fase pubblica destinata all'apertura delle offerte, l'eventuale omissione sarebbe comunque irrilevante (1).

Inoltre, in questi casi, l'accesso al contenuto dell'offerta tecnica da parte del seggio di gara non è considerato un *vulnus* insanabile all'integrità della gara. Sicché, la gara non è pregiudicata dall'eventuale apertura delle offerte tecniche in tempi diversi o contemporaneamente all'apertura della busta contenente la documentazione amministrativa (2).

(1) *Conforme: TAR Lombardia, Brescia, 12.1.2016, n. 38*

(2) *Conforme: TAR Abruzzo, L'Aquila, Sez. I, 19.1.2019, n. 54*

2. Ai fini della valutazione dell'interesse al ricorso con il quale un'impresa denunci la violazione dell'art. 51 del Codice, l'eventuale lesività della disciplina di gara è ravvisabile soltanto in capo alle imprese appartenenti alla categoria normativa delle imprese *lato sensu* di minori dimensioni e cioè le c.d. P.M.I. (3). Infatti, la lesività derivante dalla mancata suddivisione in lotti si esaurisce nella fase di indizione della procedura di gara laddove determina un effetto escludente per le PMI; diversamente, le imprese per le quali la mancata suddivisione in lotti non determina la loro esclusione, non subiscono lesione alcuna. In difetto di una lesione concreta ed attuale esse non sono legittimate a far valere detto vizio (4).

(3) *Conformi: Cons. Stato, Sez. III, 26.9.2018, nn. 5528 e 5534*

(4) *Conforme: Cons. Stato, Sez. III, 22.11.2018, n. 6611*

3. Le disposizioni della *lex specialis* di gara che individuano i criteri di valutazione dell'offerta non si prestano ad una impugnazione immediata poiché privi di carattere escludente, e ciò in quanto, oltre a non precludere la partecipazione dei potenziali concorrenti, non predeterminano alcun esito vincolato della selezione valutativa che possa ritenersi, *ex post*, meramente confermativo e ricognitivo di una lesione già in precedenza predeterminata e certa (5).

(5) *Conforme: Cons. Stato, Sez. III, 7.6.2018, n. 3434*

4. L'omessa predeterminazione di precisi e puntuali criteri per l'attribuzione dei punteggi relativi agli elementi tecnici dell'offerta costituisce violazione dell'art. 95 del D.Lgs. 50/2016, trattandosi di omissione che non consente la verifica dell'operato dell'Amministrazione da parte del privato e l'effettivo esercizio del sindacato di legittimità da parte del giudice amministrativo (6).

Infatti, i sub criteri non sono mere specificazioni esemplificative ma costituiscono profili eterogenei di valutazione che devono essere puntualmente specificati e corredati dall'indicazione del relativo punteggio massimo e ad ogni sub criterio deve corrispondere un sub punteggio specifico che non sia possibile attribuire ad altro titolo (7).

(6) *Conforme: Cons. Stato, Sez. V, 12.2.2018 n. 858*

(7) *Conformi: Cons. Stato, Sez. V, 22.12.2014, n. 6259; in termini: C.G.A. per la Regione Sicilia, 19.1.2015, n. 27; TAR Lazio, Sez. II, 4.4.2014 n. 5889; TAR Calabria, Sez. II, 9.10.2015 n. 1568.*

Guida alla lettura

Nella fattispecie oggetto della sentenza in commento la Stazione Appaltante aveva indetto una **procedura** in forma **telematica** per l'affidamento, in un unico lotto, del servizio di gestione globale di un centro di degenza prevedendo che il **criterio** di aggiudicazione dell'appalto fosse quello dell'offerta **economicamente più vantaggiosa**.

La ricorrente, classificatasi al terzo posto, impugnava sia il provvedimento di aggiudicazione sia la Legge di Gara, proponendo censure di varia natura.

Il Collegio, tenuto conto che la ricorrente aveva specificato che il proprio interesse principale era quello di *"conseguire l'aggiudicazione della gara e eseguire il contratto e/o ottenere la caducazione della gara"* e per di ragioni di oggettiva priorità logico – giuridica, ha proceduto all'esame di merito trattando nel seguente ordine le censure proposte: **a)** innanzitutto quelle volte alla rinnovazione della nomina della commissione giudicatrice, poi **b)** quelle finalizzate a fare conseguire l'aggiudicazione dell'appalto alla ricorrente, e infine **c)** quelle preordinate alla demolizione e riedizione della procedura di gara.

Soprascedendo in questa sede sulle prime due tipologie di censure, in quanto incentrate precipuamente su motivazioni in fatto, vale la pena concentrarsi su quelle rientranti nella terza tipologia poiché maggiormente ricche di spunti di riflessione in diritto.

Al riguardo si rileva che il Collegio ha innanzitutto esaminato la censura volta a denunciare la carenza di motivazione con riguardo all'**omessa suddivisione in lotti** dell'appalto.

I Giudici hanno quindi affermato che se da un lato la suddivisione in lotti è una regola generale finalizzata all'apertura concorrenziale ad imprese di dimensioni inferiori, dall'altro essa deve anche essere ancorata a valutazioni di carattere tecnico, economico, funzionale e rispettosa di un ordinato ed efficiente svolgimento del servizio oggetto dell'appalto. Tant'è che l'**art. 51** del D.Lgs. 50/2016 prevede la possibilità che la stazione appaltante possa derogare alla regola della suddivisione in lotti purché motivi la propria decisione *"nel bando di gara o nella lettera d'invito e nella relazione tecnica di cui agli articoli 99 e 139"* dello stesso Codice.

Il Collegio ha dunque rilevato che sebbene la stazione appaltante, in violazione dell'art. 51 del D.Lgs. 50/2016, non avesse esplicitato nel bando di gara la **motivazione** sottesa alla omessa suddivisione in lotti dell'appalto, tuttavia occorre verificare la sussistenza di un **interesse specifico e concreto** in capo alla ricorrente a sollevare questo tipo di contestazione.

Difatti, l'interesse alla ripetizione della gara deve essere connesso ad un indice di lesività specifico e concreto, non essendo ammissibile un mero annullamento al fine strumentale di una rinnovazione della procedura in una sorta di giurisdizione di diritto oggettivo, scollegato ad una posizione direttamente legittimante del ricorrente.

Orbene, secondo il T.R.G.A. ai fini della valutazione dell'interesse al ricorso con il quale un'impresa denunci la violazione dell'art. 51 del Codice, l'eventuale lesività della disciplina di gara è ravvisabile soltanto in capo alle imprese appartenenti alla categoria normativa delle imprese *lato sensu* di minori dimensioni e cioè le c.d. **P.M.I.** dal momento che la lesività derivante dalla mancata suddivisione in lotti si esaurisce nella fase di indizione della procedura di gara laddove determina un effetto **escludente** per le **PMI**; diversamente, le imprese per le quali la mancata suddivisione in lotti non determina la loro esclusione, non subiscono lesione alcuna. In difetto di una lesione concreta ed attuale esse non sono legittimate a far valere detto vizio.

Ebbene, nel caso in esame la ricorrente aveva regolarmente partecipato alla gara *de qua*, sicché, non avendo subito alcuna lesione, non poteva ad avviso del T.R.G.A. legittimamente invocare la necessaria osservanza dell'art. 51.

Il T.R.G.A. ha poi preso in esame l'ulteriore motivo di ricorso connesso all'illegittimità della previsione del criterio di valutazione con il quale il disciplinare assegnava per alcune attività un punteggio alle *"maggiori ore prestate dagli operatori rispetto alle minime previste dall'Appendice al Capitolato e dagli allegati; (vanno indicati i giorni della settimana e le fasce orarie aggiuntive cioè per ottenere un buon utilizzo di queste ore aggiuntive)"*.

Al proposito, rigettata l'eccezione di tardività sollevata dalle controparti su questa censura – in

base al principio per cui le disposizioni della *lex specialis* di gara che individuano i criteri di valutazione dell'offerta non si prestano ad una impugnazione immediata poiché privi di carattere escludente, e ciò in quanto, oltre a non precludere la partecipazione dei potenziali concorrenti, non predeterminano alcun esito vincolato della selezione valutativa che possa ritenersi, ex post, meramente confermativo e ricognitivo di una lesione già in precedenza predeterminata e certa – e rigettata altresì l'ulteriore eccezione di inammissibilità della stessa – dato che sebbene in caso di utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa l'Amministrazione goda *ex lege* di ampia discrezionalità nella scelta dei criteri di valutazione dell'offerta, ivi compreso il peso da attribuire ai singoli elementi indicati nella *lex specialis*, tale scelta è comunque soggetta al sindacato di legittimità del giudice amministrativo sotto i profili della macroscopica illogicità, irragionevolezza e irrazionalità e allorquando i criteri di valutazione non siano trasparenti ed intellegibili, così da non consentire ai concorrenti di calibrare la propria offerta – i Giudici di Bolzano hanno rigettato la censura giudicando che l'inserimento dell'elemento “*maggiori ore*” prestate non fosse elemento meramente quantitativo, bensì fosse un elemento volto alla valorizzazione del pregio qualitativo in termini di maggiore capacità organizzativa e funzionale della struttura in riferimento a determinate attività.

Quanto poi alla censura incentrata sul fatto che la **nomin**a della **commissione** giudicatrice fosse intervenuta a **buste** tecniche già **aperte**, il Collegio ha ritenuto la doglianza infondata sulla scorta della seguente argomentazione: se da un lato la *lex specialis* disponeva la verifica contestuale della documentazione amministrativa e tecnica prodotta dalle imprese concorrenti, dall'altra il Codice dei contratti pubblici non specifica a chi spetti il compito di verificare la completezza della documentazione tecnica, statuendo soltanto che l'apertura delle buste che contengono le offerte tecniche avvenga in “*seduta pubblica*” affinché ne sia garantita l'immodificabilità, e che la “*valutazione*” delle offerte dal punto di vista tecnico ed economico è affidata ad una commissione giudicatrice (**art. 77**, comma 1, D.Lgs. n. 50/2016).

Orbene, poiché l'art. 77 si limita a prevedere al comma 7, che “*la nomina dei commissari e la costituzione della commissione devono avvenire dopo la scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte*” e al comma 1 che “*Nelle procedure di aggiudicazione di contratti di appalti o di concessioni, limitatamente ai casi di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa la valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico ed economico è affidata ad una commissione giudicatrice, composta da esperti nello specifico settore cui afferisce l'oggetto del contratto*”, i Giudici hanno desunto che il Codice non impone la nomina della commissione giudicatrice prima dell'esame di conformità delle buste, bensì impone che la nomina dei commissari e la costituzione della commissione debbano avvenire dopo la scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte e che la valutazione delle offerte tecniche venga effettuata dalla commissione giudicatrice, all'uopo nominata. Sicché il T.R.G.A. ha ritenuto che nel caso di specie l'art. 77 non fosse stato violato.

Peraltro, considerato che nel caso in esame si trattava di una gara gestita **telematicamente**, i Giudici hanno altresì specificato che la garanzia di **immodificabilità** delle **offerte** è insita nella stessa procedura informatica, indipendentemente dalla presenza o meno del pubblico, richiesta, nelle gare gestite con il metodo tradizionale, per le operazioni di apertura delle buste contenenti le offerte tecniche. Un tanto perché la gara telematica, per le modalità con cui viene

gestita, consente di **tracciare** qualsivoglia operazione di apertura dei file contenenti offerte e documenti di gara, assicurando, in tal modo, il rispetto dei principi di trasparenza e imparzialità che devono presiedere le procedure di gara pubbliche. Alla luce delle superiori considerazioni, la giurisprudenza amministrativa si è espressa nel senso che, in siffatte ipotesi, quand'anche la *lex specialis* recasse la previsione di una distinta **fase pubblica** destinata all'apertura delle offerte, l'eventuale **omissione** sarebbe comunque **irrilevante**.

Essi hanno quindi concluso che, siccome le stesse caratteristiche della gara telematica escludono in radice ed oggettivamente la possibilità di modifica delle offerte, e sempre che da ciò non derivi il pericolo di **alterazione** delle offerte, l'accesso al contenuto dell'offerta tecnica da parte del seggio di gara non è considerato un *vulnus* insanabile all'integrità della gara. Sicché, la gara non è pregiudicata dall'eventuale apertura delle offerte tecniche in tempi diversi o contemporaneamente all'apertura della busta contenente la documentazione amministrativa.

Infine, il Collegio ha ritenuto fondata la doglianza inerente all'illegittimità della *lex specialis* nella parte relativa ai **criteri** di valutazione in quanto gli stessi, essendo assolutamente **generic** ed **indeterminati**, costringevano i concorrenti ad indovinare i futuri desiderata della stazione appaltante e, parallelamente, concedevano ai commissari un potere arbitrario e incontrollato. Inoltre, di tutto rilievo è stata ritenuta anche la mancata previsione di **sub pesie sub punteggi** in riferimento ai sub criteri previsti dal disciplinare.

Questa valutazione ha trovato fondamento innanzitutto sul dato normativo di cui all'**art. 95**, comma 1, del D.Lgs. 50/2016 laddove il Codice si prefigge il duplice scopo di evitare che la **discrezionalità** di cui gode la commissione giudicatrice possa sconfinare in abusi e, nel contempo, di consentire alle concorrenti di presentare delle offerte tecniche aderenti ai desiderata dell'Amministrazione.

Siccome nel caso di specie il Disciplinare oltre a prevedere criteri di valutazione aveva indicato anche alcuni sub criteri (tra i quali in particolare il seguente: "*altro indicato dall'impresa, in forma sintetica con condizioni e termini accertabili e misurabili in sede di esecuzione del servizio ove la impresa stessa divenisse aggiudicataria della gara*"), ma senza prevedere i corrispondenti sub punteggi, il T.R.G.A. ha ritenuto che l'omessa **predeterminazione** di precisi e puntuali criteri per l'attribuzione dei punteggi relativi agli elementi tecnici dell'offerta costituisce violazione dell'art. 95 del D.Lgs. 50/2016, trattandosi di omissione che non consente la verifica dell'operato dell'Amministrazione da parte del privato e l'effettivo esercizio del sindacato di legittimità da parte del giudice amministrativo.

Secondi i Giudici, infatti, dato che i sub criteri non sono mere specificazioni esemplificative ma costituiscono profili eterogeni di valutazione che devono essere puntualmente specificati e corredati dall'indicazione del relativo punteggio massimo, ad ogni sub criterio deve corrispondere un sub punteggio specifico che non sia possibile attribuire ad altro titolo.

REPUBBLICA ITALIANA**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO****Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa****Sezione Autonoma di Bolzano**

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 33 del 2019, integrato da motivi aggiunti, proposto da Seriana 2000 soc. coop. sociale, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Massimiliano Brugnoletti e Paola Rea, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Domenico Battaglia in Bolzano, piazza Mazzini 2;

contro

Azienda Sanitaria della Provincia Autonoma di Bolzano, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe Caia e Pietro Acri, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso la segreteria di questo TRGA;

nei confronti

KCS Caregiver cooperativa sociale, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Enrico Di Ienno, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, viale G. Mazzini, 33; S.P.E.S. Trento soc. coop. sociale; Casa di Cura Bonvicini S.r.l.; Villa Melitta S.r.l., non costituite in giudizio;

per l'annullamento

previa concessione di misure cautelari

con il ricorso introduttivo

- della determinazione della Azienda Sanitaria dell'Alto Adige, con cui è stata aggiudicata a KCS Caregiver la gara per l'affidamento del servizio di gestione globale del Centro di Degenza "Firmian" (doc. 1 – provvedimento di aggiudicazione), comunicata l'11 gennaio 2019 (doc. 2 – comunicazione di aggiudicazione);

- del verbale della commissione giudicatrice del 10 dicembre 2018 (doc. 3 – verbale 10/12/2018);

- del verbale del 20 dicembre 2018, con cui si è provveduto a riparametrare i punteggi tecnici (doc. 4 – verbale del 20/12/2018);

- del verbale del 21 dicembre 2018, in cui sono state registrate le valutazioni delle offerte economiche (doc. 5 – verbale 21/12/2018);

- del verbale del 4 gennaio 2019, in cui è stata registrata la verifica della congruità dell'offerta di KCS Caregiver (doc. 6 – verbale 4/1/2019);

in via subordinata

- del bando, del disciplinare, del capitolato e dell'allegato tecnico in parte qua (doc. 7 – bando; doc. 8 – disciplinare; doc. 9 – capitolato; doc. 10 – appendice tecnica);

- di tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali;

con ricorso per motivi aggiunti depositati l'1.3.2019

- della nota dell'8 ottobre 2018, con cui il RUP ha comunicato la nomina della commissione giudicatrice (doc. 22 – nota Rup di nomina della commissione del 8/10/2018); conosciuta dalla ricorrente Seriana il 7 febbraio 2019 a seguito di accesso (doc. 23 – pec Rup del 7/2/2019);

- in parte qua delle linee guida della Provincia Autonoma di Bolzano concernenti le commissioni di valutazione (doc. 24 – delibera n. 1008 del 26/9/2017);

- di tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Sanitaria della Provincia Autonoma di Bolzano e della controinteressata KCS Caregiver cooperativa sociale;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 giugno 2019 il Cons. Terenzio Del Gaudio e uditi per le parti i difensori: avv. D. Battaglia, in sostituzione dell'avv. M. Brugnoletti, per la parte ricorrente; avv. G. Caia per l'Azienda Sanitaria della Provincia autonoma di Bolzano; avv. E. Di Ilenno per la KCS Caregiver coop. soc.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La società Seriana 2000 coop. soc., mandataria del costituendo RTI con la mandante Markas

S.r.l., impugna, in proprio, il provvedimento del direttore del Comprensorio sanitario di Bolzano n. 2019 – D2 – 000022 del 9.1.2019 di aggiudicazione alla KCS Caregiver coop. soc. dell'affidamento del servizio di gestione globale del Centro di Degenza "Firmian" per la durata di 5 anni a decorrere dall'1 febbraio 2019 fino al 31 gennaio 2024, con la previsione dell'opzione di rinnovo per ulteriori 2 anni.

A sostegno del ricorso vengono dedotti i seguenti motivi d'impugnazione:

a) con il ricorso introduttivo

1. Violazione dell'art. 95 d.lgs. 50/2016. Violazione del disciplinare di gara. Eccesso di potere per erroneità e carenza di istruttoria. Travisamento;

e, in via subordinata

2. Violazione dell'art. 95 d.lgs. 50/2016. Violazione dell'art. 67 della Direttiva n. 24 del 2014. Eccesso di potere per sviamento e travisamento;

3. Violazione dell'art. 95, commi 3, 10 bis e 14 bis, d.lgs. 50/2016. Violazione dell'art. 95 dell'art. 30 d.lgs. 50/2016. Eccesso di potere per sviamento e travisamento;

4. Violazione dell'art. 51 d.lgs. 50/2016. Violazione dell'art. 30 d.lgs. 50/2016. Violazione della Direttiva n. 24/2014. Eccesso di potere per sproporzione, irragionevolezza ed illogicità. Difetto di motivazione;

con ricorso per motivi aggiunti depositati l'1.3.2019

1. Violazione dell'art. 77 del d.lgs. 50/2016. Violazione dell'art. 216 del d.lgs. 50/2016. Violazione della Legge della Provincia Autonoma di Bolzano n. 16 del 2015. Violazione dei principi di imparzialità e trasparenza e tutela della buona fede;

2. Violazione dell'art. 77 del d.lgs. 50/2016. Violazione delle Linee Guida ANAC n. 5 del 4 gennaio 2018. Violazione dell'art. 78 del d.lgs. 50/2016. Violazione dei principi di imparzialità e trasparenza e tutela della buona fede.

Si sono costituiti in giudizio per resistere al gravame l'Azienda Sanitaria della Provincia Autonoma di Bolzano e la controinteressata KCS Caregiver coop. soc., chiedendo il rigetto del ricorso introduttivo e del ricorso per motivi aggiunti, siccome infondati, previa reiezione dell'istanza cautelare di sospensione dell'efficacia degli impugnati provvedimenti.

Con ordinanza n. 25/2019 emessa nella camera di consiglio del 2 aprile 2019 il Collegio ha accolto l'istanza cautelare avanzata dalla ricorrente e, per l'effetto, ha sospeso l'efficacia degli impugnati provvedimenti, contestualmente fissando per la trattazione di merito l'udienza pubblica del 26 giugno 2019, ove la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Il ricorso è fondato nei limiti di seguito esposti.

Si premette che, con bando del 2 agosto 2018, l'Azienda Sanitaria della Provincia Autonoma di Bolzano indiceva una procedura in forma telematica per l'affidamento, in un unico lotto, del servizio di gestione globale del Centro di Degenza "Firmian" per la durata di 5 anni a decorrere dall'1 febbraio 2019 fino al 31 gennaio 2024, con la previsione dell'opzione di rinnovo per ulteriori 2 anni.

L'importo a base d'asta veniva stabilito in euro 31.200.000,00 al netto dell'IVA.

Quale criterio di aggiudicazione dell'appalto la lex specialis di gara stabiliva quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, riservando 70/100 punti all'elemento "Qualità del servizio" e 30/100 punti all'elemento "Prezzo".

Era altresì prevista la c.d. "Riparametrazione" dei punteggi relativi alla "Qualità" ("Il punteggio più elevato assegnato dalla Commissione viene riportato al punteggio massimo. Tutti gli altri punteggi assegnati alle restanti offerte vengono riparametrati proporzionalmente". Cfr. doc. n. 8 – Disciplinare, pag. 36).

Alla gara partecipavano tre concorrenti: - la KCS Careviger coop. soc.; - la S.P.E.S. soc. coop. soc. (mandataria) in costituendo RTI con la Casa di Cura Bonvicini di Bolzano e la Villa Melitta S.r.l. (mandanti); - la Seriana 2000 coop. soc. (mandataria) in costituendo RTI con Markas S.r.l. (mandante).

Al termine delle operazioni di valutazione delle offerte tecniche ed economiche la graduatoria finale risultava essere la seguente: al primo posto la KCS Careviger coop. soc. con 99,01/100 punti (57,28/70 punti riparametrati a 70/70 per la "Qualità" + 29,01/30 punti per il "Prezzo"); al secondo posto il costituendo RTI S.P.E.S. con 91,84/100 punti (50,60/70 punti riparametrati a 61,84/70 per la "Qualità" + 30/30 punti per il "Prezzo"); al terzo posto il costituendo RTI Seriana 2000 coop. soc. con 82,60/100 punti (43,96/70 punti riparametrati a 53,72/70 per la "Qualità" + 28,88/30 punti per il "Prezzo").

Pertanto, con provvedimento n. 2019 – D2 – 000022 del 9.1.2019, il direttore del Comprensorio sanitario di Bolzano aggiudicava l'appalto alla prima classificata KCS Careviger coop. soc. per l'importo di euro 30.978.480,00 più IVA (totale euro 32.527.404,00).

Il servizio di gestione globale del Centro di Degenza "Firmian" comprende le seguenti attività:

I) Servizio di direzione e coordinamento di tutta la gestione della struttura; II) Servizio di assistenza infermieristica e ausiliaria agli ammalati; III) Servizi riabilitativi e servizio dietetico nutrizionale; IV) Servizio di assistenza psicologica; V) Servizio di socializzazione e di assistenza spirituale; VI) Servizio mortuario; VII) Servizio di pulizia e sanificazione e trattamento rifiuti; VIII) Servizio Trasporto; IX) Servizio di ristorazione; X) Servizio di lavanderia e guardaroba; XI) Servizio di Gestione immobili e mobili; XII) Servizio posta, portineria custodia; XIII) Servizi di supporto; XIV) Servizi tecnici amministrativi; XV) Assicurazioni; XVI) Ossigeno.

Con il presente ricorso la società Seriana 2000 coop. soc., che ha partecipato alla gara quale mandataria del costituendo RTI con la mandante Markas, impugna in proprio, unitamente agli altri atti indicati in epigrafe, il suddetto provvedimento di aggiudicazione.

La ricorrente specifica che il proprio interesse principale è quello di “conseguire l’aggiudicazione della gara e eseguire il contratto e/o ottenere la caducazione della gara”, sicché solo in via subordinata fa valere l’interesse alla “corresponsione del risarcimento dei danni per equivalente”.

Tenuto conto di un tanto e nel rispetto di ragioni di oggettiva priorità logico – giuridica, il Collegio procederà all’esame di merito secondo il seguente ordine di trattazione:

a) Censure che, se accolte, comportano la rinnovazione della nomina della commissione giudicatrice.

I) Violazione dell’art. 77 del d.lgs. 50/2016. Violazione dell’art. 216 del d.lgs. 50/2016. Violazione della Legge della Provincia Autonoma di Bolzano n. 16 del 2015. Violazione dei principi di imparzialità e trasparenza e tutela della buona fede. (In sintesi: le censure deducono l’incompetenza del RUP a nominare la commissione giudicatrice e la carenza di un provvedimento formale di nomina della commissione stessa).

b) Censure che, se accolte, possono comportare l’aggiudicazione dell’appalto alla ricorrente.

II) Violazione dell’art. 95 d.lgs. 50/2016. Violazione del disciplinare di gara. Eccesso di potere per erroneità e carenza di istruttoria. Travisamento. (In sintesi: le censure deducono l’errata valutazione da parte della commissione giudicatrice delle offerte tecniche presentate dalle società concorrenti).

c) Censure che, se accolte, possono comportare la demolizione e riedizione della procedura di gara.

III) Violazione dell’art. 51 d.lgs. 50/2016. Violazione dell’art. 30 d.lgs. 50/2016. Violazione della Direttiva n. 24/2014. Eccesso di potere per sproporzione, irragionevolezza ed illogicità. Difetto di motivazione. (In sintesi: le censure riguardano l’omessa motivazione in ordine alla previsione dell’affidamento dell’appalto in un unico lotto).

IV) Violazione dell’art. 95, commi 3, 10 bis e 14 bis, d.lgs. 50/2016. Violazione dell’art. 95 dell’art. 30 d.lgs. 50/2016. Eccesso di potere per sviamento e travisamento. (In sintesi: le censure riguardano l’asserita illegittima introduzione del criterio di valutazione concernente le maggiori ore prestate dagli operatori rispetto alle minime previste dall’appendice al capitolato e dagli allegati, perché si tratterebbe di un criterio rivolto a valorizzare un aspetto unicamente quantitativo anziché qualitativo dell’offerta);

V) Violazione dell’art. 77 del d.lgs. 50/2016. Violazione delle Linee Guida ANAC n. 5 del 4 gennaio 2018. Violazione dell’art. 78 del d.lgs. 50/2016. Violazione dei principi di imparzialità e trasparenza e tutela della buona fede. (In sintesi: viene censurata l’apertura dei plichi

contenenti le offerte tecniche da parte del seggio di gara prima della nomina della commissione giudicatrice);

VI) Violazione dell'art. 95 d.lgs. 50/2016. Violazione dell'art. 67 della Direttiva n. 24 del 2014. Eccesso di potere per sviamento e travisamento. (In sintesi: le censure riguardano l'indeterminatezza dei criteri di valutazione e la mancata predeterminazione di sub punteggi in riferimento ai sub criteri).

Seguendo il suddetto ordine, il Collegio procede all'esame del motivo d'impugnazione con il quale la ricorrente lamenta:

I) "Violazione dell'art. 77 del d.lgs. 50/2016. Violazione dell'art. 216 del d.lgs. 50/2016. Violazione della Legge della Provincia Autonoma di Bolzano n. 16 del 2015. Violazione dei principi di imparzialità e trasparenza e tutela della buona fede".

La censura è infondata.

La ricorrente, nel richiamare la norma transitoria contenuta nell'art. 216, comma 12, del d.lgs. n. 50/2016 - che statuisce che "12. Fino alla adozione della disciplina in materia di iscrizione all'Albo di cui all'articolo 78, la commissione giudicatrice continua ad essere nominata dall'organo della stazione appaltante competente ad effettuare la scelta del soggetto affidatario del contratto, secondo regole di competenza e trasparenza preventivamente individuate da ciascuna stazione appaltante"-, lamenta l'incompetenza del RUP a nominare la commissione giudicatrice, affermando trattarsi di una competenza "riservata all'organo dirigenziale della stazione appaltante".

Osserva il Collegio che il RUP della gara, dott. Renato Martinolli, ricopre il ruolo di direttore della Ripartizione Acquisti e Servizi Economici dell'amministrazione sanitaria, sicché, rivestendo la qualifica di dirigente apicale dell'unità organizzativa preposta alla gara, ha il potere d'impegnare l'amministrazione procedente.

Va inoltre osservato che alla nomina dei componenti della commissione giudicatrice la stazione appaltante ha provveduto con formale atto dd. 8 ottobre 2018 prot. n. 011712018, recante l'intestazione della Stazione Appaltante e la firma del direttore della Ripartizione Acquisti e Servizi Economici, dott. Renato Martinolli.

Tale atto, recante ad oggetto "Nomina dei componenti della Commissione giudicatrice della procedura aperta EC8/2018 per l'affidamento nel quinquennio 01.02.2019 – 31.01.2024 del servizio di gestione globale del Centro di Degenza Firmian ... ", così recita: "Con la presente Vi comunichiamo che siete state/i nominate/i componente della commissione giudicatrice ai sensi dell'art. 6, comma 7, della L.P. 17/1993, dell'art. 34 della L.P. 16/2015 e della deliberazione della G.P. n. 1008 del 26.09.2017".

Nella stesura all'epoca vigente, il richiamato art. 6, comma 7, della L.P. 22.10.1993, n. 17 "Disciplina del procedimento amministrativo" così statuiva: "Per le commesse tecnicamente complesse da aggiudicarsi con le procedure aperte o ristrette, la valutazione può essere

affidata a un'apposita commissione tecnica, nominata dall'autorità di gara dopo la scadenza del termine di presentazione delle offerte e composta da tre componenti esperti nello specifico settore oggetto dell'appalto, scelti anche tra soggetti esterni all'amministrazione in possesso di comprovati requisiti di moralità e professionalità. In casi particolari, la commissione tecnica predetta può essere formata da cinque esperti. Nei casi dell'appalto concorso la valutazione è effettuata da un'apposita commissione tecnica, con un numero dispari di componenti non superiore a nove”.

Per quanto attiene alla scelta del RUP, il comma 6 dello stesso art. 6 cit. statuisce che “Per ogni intervento da realizzarsi mediante un contratto pubblico, il direttore di ripartizione competente in materia od un funzionario da esso designato, assume le funzioni di responsabile unico e svolge tutti i compiti relativi alle procedure di affidamento, dispone tutti gli atti istruttori necessari e vigila sulla corretta esecuzione dei contratti che non siano specificamente attribuiti ad altri organi o soggetti”.

Fermo restando che il provvedimento di nomina della commissione giudicatrice esiste e reca puntuale indicazione della sottesa normativa (doc. 2 in all. alla memoria dep. il 16.3.2019 dell'Azienda Sanitaria), va infine osservato che le censure che la ricorrente sembra voler adombrare riguardo alla composizione della commissione giudicatrice si prospettano inammissibili per l'estrema genericità delle stesse.

Un tanto definito in ordine alle doglianze che avrebbero potuto determinare la rinnovazione della nomina della commissione giudicatrice, si procede ora all'esame del motivo d'impugnazione, con il quale la ricorrente lamenta:

II) “Violazione dell'art. 95 d.lgs. 50/2016. Violazione del disciplinare di gara. Eccesso di potere per erroneità e carenza di istruttoria. Travisamento”.

Nel dolersi che “La Commissione è incappata in molteplici evidenti errori nell'attribuzione dei punteggi (errori che superano l'alveo della discrezionalità, quindi pienamente sindacabili dal Giudice amministrativo), nonché in evidenti disparità di trattamento nel valutare le proposte migliorative, valutando la medesima proposta talune volte positivamente, mentre altre – all'opposto – in modo negativo”, la ricorrente contesta i punteggi “tecnici” attribuiti dalla Commissione alle offerte tecniche delle concorrenti, e conclude che “la corretta rivalutazione delle offerte tecniche permette a Seriana di ottenere 18,44 punti in più rispetto a quelli assegnati, sufficienti a superare lo scarto di punteggio che la separa dalla prima in graduatoria (pari a 16,41 punti), posizionandola al primo posto”.

Sintetizzando, il punteggio tecnico di punti 62,40/70 (43,96 attribuiti dalla Commissione + 18,44 punti che vengono rivendicati dalla ricorrente) consentirebbe a Seriana 2000 di acquisire il primo posto nella graduatoria relativa alla “Qualità” e, per effetto della riparametrazione prevista dal disciplinare di gara, di classificarsi al primo posto nella graduatoria complessiva finale di gara (“Qualità” + “Prezzo”), con conseguente aggiudicazione dell'affidamento del servizio in argomento.

Con tale doglianza la società Seriana 2000 sollecita questo giudice ad esercitare un sindacato

sostitutorio di merito sui punteggi attribuiti dalla commissione giudicatrice.

A tal riguardo si deve subito rammentare che, per consolidata giurisprudenza, la valutazione delle offerte e l'attribuzione dei punteggi da parte della commissione giudicatrice rientrano nell'ampia discrezionalità tecnica riconosciuta a tale organo, sicché le censure che impingono il merito di tale valutazione sono inammissibili, perché sollecitano il giudice amministrativo ad esercitare un sindacato sostitutorio, al di fuori dei tassativi casi sanciti dall'art. 134 c.p.a., fatto salvo il limite della abnormità della scelta tecnica (cfr. ex multis, Cons. Stato, Sez. V, 17 gennaio 2019, n. 433 e 11 dicembre 2015, n. 5655; Sez. III, 7 marzo 2019, n. 1574; 24 maggio 2017, n. 2452; 22 gennaio 2016, n. 211; TRGA Bolzano, 2 maggio 2018, n. 147; 5 aprile 2018, n. 113; 11 novembre 2017, n. 290).

Deve perciò escludersi che, di norma, il giudice possa far luogo ad un proprio ed autonomo giudizio finalizzato ad una diversa valutazione del progetto presentato, salvo che la commissione sia incorsa in macroscopici vizi logici e di irragionevolezza (cfr., ex multis, Cons. Stato, Sez. III, 19 aprile 2019, n. 2550, 20 marzo 2018, n. 1765, 19 dicembre 2017, n. 5967, 14 novembre 2017, n. 5258; Sez. V, 18 marzo 2019, n. 1748, 14 gennaio 2019, n. 291; TAR Lazio, Roma, Illquater, 24 maggio 2019, n. 6499; TAR Lombardia, Milano, Sez. IV, 24 ottobre 2018, n. 2393; TAR Campania, Napoli, Sez. III, 12 luglio 2017, n. 3737).

Oltretutto, come precisato dalla giurisprudenza, l'Amministrazione non applica "scienze esatte" che conducono ad un risultato certo e univoco ma "formula un giudizio tecnico connotato da un fisiologico margine di opinabilità, per sconfessare il quale non è sufficiente evidenziare la mera non condivisibilità del giudizio, dovendosi piuttosto dimostrare la sua palese inattendibilità, l'evidente insostenibilità del giudizio tecnico compiuto dalla commissione giudicatrice, con la conseguenza che, ove non emergano travisamenti, pretestuosità o irrazionalità, ma solo margini di fisiologica opinabilità e non condivisibilità della valutazione tecnico - discrezionale operata dalla Pubblica Amministrazione, il giudice amministrativo non potrà sovrapporre alla valutazione opinabile del competente organo la propria, giacché, diversamente, egli sostituirebbe un giudizio opinabile (quello della commissione giudicatrice) con uno altrettanto opinabile (quello del consulente o del giudice), assumendo così un potere che la legge riserva all'Amministrazione" (cfr., Cons. Stato, Sez. III, 24 maggio 2017, n. 2452; idem Sez. V, 7 luglio 2015, n. 3339 e 5 aprile 2016, n. 1331; Cons. Giust. Amm. Sic., Sez. giur., 8 febbraio 2017, n. 37; TAR Veneto, Venezia, Sez. I, 13 agosto 2018, n. 861; TAR Puglia Bari, Sez. I, 24 maggio 2018, n. 770; TAR Emilia Romagna, Parma, 22 febbraio 2018, n. 57).

In breve, l'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa implica l'esercizio di un adeguato potere di scelta tecnico – discrezionale (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 23 settembre 2008, n. 4613) e, pertanto, sulle valutazioni operate dalla Commissione giudicatrice il giudice amministrativo può esercitare soltanto un sindacato estrinseco, nei limiti cioè della manifesta irragionevolezza (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 16 gennaio 2017, n. 99).

Orbene, per poter desumere che la commissione sia effettivamente incorsa in vizi che consentano il sindacato giurisdizionale, deve sussistere un evidente contrasto su specifiche circostanze emergenti sulla base di elementi di fatto non opinabili (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 14 novembre 2017, n. 5258).

Nel caso di specie, Seriana 2000 insiste nell'affermare che "l'operato della commissione è nella specie palesemente affetto da macroscopica erroneità e irragionevolezza; vizi che autorizzano il giudice amministrativo a sindacare l'operato della Stazione appaltante" e, operando da sé una revisione dei punteggi delle offerte tecniche, giunge a rivendicare l'attribuzione di ulteriori 18,44 punti rispetto ai 43,96 che le sono stati assegnati dalla Commissione.

In tal modo, deducendo che la Commissione avrebbe dovuto attribuirle il punteggio di (18,44 + 43,96) 62,40/70 punti, Seriana 2000 colmerebbe il consistente divario che, nella graduatoria finale, la separa dall'aggiudicataria KCS Careviger coop. soc., che ha ottenuto 99,01/100 punti (57,28/70 punti, che sono stati riparametrati a 70/70, per la "Qualità" più 29,01/30 punti per il "Prezzo").

In breve, i 62,40/70 punti del RTI Seriana 2000 costituirebbero il miglior punteggio tecnico, sicché, per effetto della riparametrazione prevista dal disciplinare, la graduatoria relativa alla "Qualità del servizio" risulterebbe la seguente: RTI Seriana 2000 al primo posto con punti 70/70; KCS Careviger al secondo posto con punti 64,26/70; RTI SPES al terzo posto con punti 56,76/70.

Sommando ai suddetti punteggi quelli ottenuti riguardo all'elemento "Prezzo", si otterrebbe la seguente graduatoria complessiva finale: RTI Seriana 2000 al primo posto con punti 98,88/100 (70/70 + 28,88/30); KCS Careviger al secondo posto con punti 93,26/100 (64,25/70 + 29,01/30); RTI SPES al terzo posto con punti 86,76/100 (56,76/70 + 30/30).

In tal modo RTI Seriana 2000 fornirebbe la c.d. "prova di resistenza"; id est la dimostrazione che una diversa attribuzione dei punteggi relativi all'elemento "Qualità del servizio" e la conseguente riparametrazione dei relativi punteggi le avrebbe consentito, sommando il punteggio ottenuto per il "Prezzo", di superare l'offerta della KCS Careviger coop. soc., così venendo a collocarsi nella posizione di prima classificata, con la legittima aspettativa, in esito alle successive verifiche di rito della stazione appaltante, di poter concretamente aspirare all'aggiudicazione dell'appalto (cfr. TAR Lazio, Roma, Sez. III, 2 agosto 2017, n. 9145; Sez. I, 2 febbraio 2015, n. 1876; Cons. Stato, Sez. IV, 14 luglio 2014, n. 3656).

Si rende a questo punto necessario procedere all'esame, da effettuarsi partitamente, dei profili di doglianza dedotti in giudizio (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 20.3.2018, n. 1765), tenendo presente che, nel caso di specie, solo la fondatezza di (quasi) tutti i suddetti profili consentirebbe a Seriana di superare la c.d. "prova di resistenza", sicché, di converso, l'infondatezza anche soltanto di alcuni di essi si rivelerebbe sufficiente per rigettare la doglianza.

Occorre premettere quanto segue.

Per quanto attiene alla valutazione dell'elemento "Qualità", il disciplinare prevedeva l'attribuzione di un punteggio massimo di 70/70 punti, così ripartito: a) Relazione tecnica: massimo 65,75 punti; b) Certificazioni di qualità rilasciate con standard di riferimento ISO.9001:2000: massimo 2,25 punti; c) Certificazioni di qualità rilasciate con standard di

riferimento ISO.14001:2004, massimo 2,00 punti.

Per ogni singolo servizio il disciplinare fissava poi da uno a quattro dei seguenti criteri di valutazione a seconda delle specificità stesse caratterizzanti il servizio, prevedendo, sempre in riferimento alla specificità del singolo servizio, differenti punteggi massimi: a) "Sicurezza di approvvigionamento"; b) "Qualità e pregio tecnico"; c) "Servizio successivo alla vendita e Assistenza tecnica"; d) "Caratteristiche funzionali".

Nell'ambito dei suddetti criteri, venivano poi previsti dal disciplinare dei sub criteri per i quali però non veniva precisato il corrispondente sub peso e/o sub punteggio.

Fra questi sub criteri, come si dirà più avanti (in riferimento alla doglianza di violazione dell'art. 95 del d.lgs. n. 50/2016), veniva previsto, per ben 25 volte, il seguente: "altro indicato dall'impresa, in forma sintetica con condizioni e termini accertabili e misurabili in sede di esecuzione del servizio ove la impresa stessa divenisse aggiudicataria della gara" (cfr. doc. 8 – disciplinare).

Ulteriori specificazioni venivano poi fornite dall'"Appendice tecnica", ivi comprese, in particolare, le caratteristiche ed i requisiti minimi delle varie attività.

Ai fini della valutazione qualitativa dell'offerta, il disciplinare di gara richiedeva la redazione di una "Relazione tecnica", strutturata sulla base delle attività indicate al punto 1) del capo IV del disciplinare stesso, avente ad oggetto la migioria e/o integrazione dei soli servizi per i quali l'impresa intendesse acquisire punteggio per i fattori diversi dal prezzo (eccezion fatta per i servizi gestiti direttamente dal Comprensorio Sanitario di Bolzano), con la specificazione che "Nella Relazione tecnica potranno quindi essere indicate anche maggiori ore rispetto alle minime previste per le varie categorie. Agli effetti contrattuali queste maggiori ore previste dalla Relazione diventeranno ore minime dovute" (cfr. disciplinare, doc. 8 della ricorrente, Capo III, B.2, pagg. 9 e 10).

In base alla lex specialis di gara, i punteggi attribuiti per la "Qualità del servizio" dovevano essere infine sottoposti a riparametrazione ("Il punteggio più elevato assegnato dalla Commissione viene riportato al punteggio massimo. Tutti gli altri punteggi assegnati alle restanti offerte vengono riparametrati proporzionalmente" - cfr. disciplinare, doc. 8 della ricorrente, Capo IV, pag. 36).

Infine, per quanto attiene all'elemento "Prezzo", il disciplinare prevedeva l'attribuzione di massimo 30/70 punti per il prezzo più basso offerto e l'attribuzione di punteggi inversamente proporzionali alle altre offerte.

Un tanto riepilogato, il Collegio osserva quanto segue.

A) "I) Servizio di direzione e coordinamento di tutta la gestione della struttura" - punteggio massimo 6,75 punti:

- criterio a) "Sicurezza di approvvigionamento" – punteggio massimo 2,50 punti. Seriana ha

ottenuto 00,00 punti mentre KCS Careviger ha ottenuto 2,50 punti.

Riguardo alle contestazioni riferite al possesso dell'attestato di bilinguismo contenute nel ricorso, è bene precisare che il punto 4 "Servizi minimi garantiti dalla ditta" dell'Appendice tecnica specifica che la Relazione tecnica "riguarderà integrazioni alle attività minime di seguito indicate, al fine di ottenere miglieorie delle stesse per aver titolo alla acquisizione di punteggio aggiuntivo appositamente riservato da capitolato alla Relazione tecnica". Ebbene, secondo quanto previsto dall'Appendice tecnica al punto 4.1.c) "Caratteristiche e requisiti minimi riguardanti la fornitura da parte della ditta del "Servizio di responsabile tecnico – assistenziale e riabilitativo", il responsabile tecnico assistenziale di struttura (RTA) "dovrà avere capacità di colloquiare con l'utenza nelle lingue italiana e tedesca. La conoscenza delle predette lingue deve essere comprovata dal possesso dell'attestato di conoscenza delle lingue italiana e tedesca riferito al diploma scuola secondaria 2 (ex gruppo "B"); sono valide anche le attestazioni internazionali corrispondenti al predetto livello". Il possesso del suddetto attestato riferito al diploma scuola secondaria 2 (ex gruppo "B") costituisce pertanto un "Requisito minimo" e, pertanto, diversamente da quanto ritenuto dalla ricorrente, non può essere valutato come una miglieoria.

A tal riguardo, KCS Careviger garantisce che tutti i componenti della direzione sono in possesso dell'attestato di bilinguismo. Prevede, inoltre, la presenza di una vicedirettrice in aggiunta ai requisiti minimi. Offre, infine, la presenza anche al sabato del servizio di direzione per quattro ore settimanali aggiuntive;

- criterio b) "Qualità e pregio tecnico" - punteggio massimo 1,50 punti. Seriana 2000 si duole dell'assegnazione di 0,00 punti. Anche KCS Caregiver ha ottenuto 00,00 punti. Il disciplinare prevedeva che per "ottenere punteggio in sede di valutazione di questo criterio, l'impresa dovrà indicare nella relazione d'offerta, i nominativi dei possessori dei requisiti aggiuntivi ai minimi richiesti nonché le relative prove allegando idonea documentazione".

Osserva il Collegio che, come dato atto dalla commissione giudicatrice, né il RTI Seriana 2000 né le altre concorrenti hanno offerto requisiti aggiuntivi rispetto a quelli minimi identificati nell'Appendice tecnica;

- criterio c) "Servizio successivo alla vendita e Assistenza tecnica" - punteggio massimo 0,25 punti. Seriana 2000 si duole dell'attribuzione di 0,05 rispetto al punteggio di 0,25 conseguito da KCS Caregiver ed al punteggio di 0,20 conseguito dal RTI SPES, deducendo che le tre proposte sarebbero similari. Va tuttavia osservato che l'offerta di KCS Caregiver si prospetta più dettagliata di quella presentata dalla ricorrente. Il RTI Seriana 2000 afferma che il vicedirettore, "quando non impegnato nella sostituzione del Direttore, svolgerà la funzione di Responsabile / Coordinatore del Servizio di segreteria e tecnico informatico" per un totale di 29 ore (pag. 129) mentre le ulteriori 4 ore "sarà in turno fisso il lunedì dalle 10.00 alle 13 garantendo tre ore di copresenza col Direttore". Tale formulazione non chiarisce né chi farà il Vicedirettore (per le 4 ore) quando dovrà sostituire il Direttore, né chi farà il Responsabile / Coordinatore del Servizio di segreteria e tecnico informatico quando dovrà sostituire il direttore nelle normali ore di servizio.

KCS Caregiver, invece, offre n. 52 ore annuali aggiuntive per la figura del Direttore e la reperibilità dello stesso entro 30 minuti anziché 60. Garantisce, inoltre, la presenza del vicedirettore in struttura per 29 ore settimanali ed offre n. 52 ore annuali aggiuntive per la figura del RTA, specificando che il Direttore, il vicedirettore e il RTA garantiscono alternativamente la presenza al sabato per un totale di 4 ore settimanali aggiuntive.

Da quanto sopra illustrato non emergono elementi da cui poter desumere la macroscopica erroneità e irragionevolezza delle valutazioni operate dalla Commissione di gara in riferimento al servizio in argomento.

B) “II) Servizio di assistenza infermieristica e ausiliaria agli ammalati; III) Servizi riabilitativi e servizio dietetico nutrizionale; IV) Servizio di assistenza psicologica; V) Servizio di socializzazione e di assistenza spirituale; VI) Servizio mortuario”.

Il punteggio massimo complessivo attribuibile per tutte le suddette attività era di 33,50 punti, in base alle seguenti percentuali: Servizio di assistenza infermieristica e ausiliaria agli ammalati 55%; Servizi riabilitativi e servizio dietetico nutrizionale 24%; Servizio di assistenza psicologica 10%; Servizio di socializzazione e di assistenza spirituale 10%; Servizio mortuario 1%.

La commissione ha così valutato le offerte:

- criterio a) “Sicurezza di approvvigionamento” – punteggio massimo 5 punti.

Il RTI Seriana 2000 ha ottenuto 3,85 punti al pari di KCS Caregiver;

- criterio b) “Qualità e pregio tecnico” – punteggio massimo 3,50 punti. Il RTI Seriana 2000 ha ottenuto 3,40 punti a fronte dei 3,50 punti attribuiti a KCS Caregiver;

- criterio c) “Servizio successivo alla vendita e Assistenza tecnica” – punteggio massimo 10 punti: il RTI Seriana 2000 ha ottenuto un punteggio di 6,11 punti a fronte dei 6,93 punti di KCS Caregiver;

- criterio d) “Caratteristiche funzionali” - punteggio massimo 15 punti. Il RTI Seriana 2000 ha ottenuto un punteggio di 12,00 punti al pari dei 12,00 punti di KCS Caregiver.

Seriana 2000 si duole che la commissione non abbia considerato le garanzie aggiuntive specificamente offerte, oltre che per i servizi di assistenza e riabilitazione, anche per “gli altri servizi”; id est: a) per il servizio di assistenza psicologica, per il quale il RTI Seriana mette a disposizione un “Servizio di Supervisione d’équipe prevedendo, tra l’altro, un medico con specializzazione in psicoterapia; b) socializzazione e assistenza spirituale, per il quale offre l’impiego di “operatori qualificati” e, rispettivamente, degli “assistenti spirituali di diverso credo religioso contattati in funzione delle richieste / necessità dei pazienti e / o dei loro familiari...”; Servizio mortuario.

Osserva il Collegio che l’offerta di KCS Caregiver si prospetta più dettagliata, atteso che:

- per il servizio di socializzazione vengono previsti n. 5 animatori, di cui 1 “con funzione di Referente animativo con compiti di indirizzo ed organizzazione del lavoro, ed un Supervisore Metodologico con compiti di consulenza su progetti di animazione specifici per ogni singola sezione”;

- per il servizio mortuario garantisce, “in conformità con il progetto di assistenza alla persona morente promosso da KCS (.....) nello svolgimento di tale servizio il personale assistenziale presta dignitosa cura all’accompagnamento alla morte, sia nei riguardi del morente sia della famiglia, grazie ad un’adeguata formazione interna tenuta dalla Psicologa di struttura. A richiesta e in accordo con le famiglie è disponibile un servizio di tanatoprozia e tanatoestetica. E’ garantita altresì l’assistenza psicologica e spirituale alle famiglie”.

Per quanto riguarda, poi, la figura dello psicologo, il RTI Seriana 2000 offre una psicologa con specializzazione in psicoterapia e KCS Caregiver una psicologa con master in gerontologia. A tal riguardo va osservato che la specializzazione in psicoterapia non costituiva un requisito minimo stabilito, atteso che l’Appendice tecnica si limitava a richiedere l’iscrizione all’albo degli psicologi e psicoterapisti (doc. 10, punto 4.7.a), pag. 29).

In riferimento alla valutazione delle ore aggiuntive offerte, la ricorrente deduce di aver ottenuto un punteggio (6,11 punti) inferiore a quello attribuito a KCS Caregiver (6,93) pur avendo offerto un numero complessivo di ore aggiuntive superiore.

Considerato che il Centro di degenza “Firmian” è un Centro di lungodegenza ospedaliera, la valorizzazione attribuita dalla Commissione al maggior numero di ore aggiuntive offerto da KCS Caregiver sia per i servizi infermieristici (KCS Caregiver offre 5556 ore aggiuntive a fronte delle 4035 ore aggiuntive offerte dal RTI Seriana 2000), sia per i servizi riabilitativi (KCS Caregiver offre 1430 ore aggiuntive a fronte delle 208 ore aggiuntive offerte dal RTI Seriana 2000) non appare illogica.

C) “VII) Servizio di pulizia e sanificazione e trattamento rifiuti” – punteggio massimo 2,75 punti:

- criterio a) “Caratteristiche funzionali” – punteggio massimo 2,00 punti. Seriana 2000 contesta l’attribuzione 0,50 punti a fronte di 2,00 punti attribuiti a KCS Caregiver.

Va osservato che RTI Seriana 2000 mette a disposizione un referente tecnico presente per 9 ore settimanali e reperibile telefonicamente 24 ore su 24 mentre KCS Caregiver descrive dettagliatamente gli interventi programmati nella struttura e prevede la presenza giornaliera in struttura di una referente operativa per n. 20 ore alla settimana.

D) “X) Servizio lavanderia e guardaroba” – punteggio massimo 4,50 punti:

- criterio b) “Assistenza tecnica”. Punteggio massimo 1,50 punti. Seriana 2000 si duole del punteggio di 0,00 a fronte di 1,50 punti assegnato a KCS Caregiver.

Va osservato che l’offerta di KCS Caregiver offre una maggiore dotazione sia di biancheria,

sia di divise da lavoro per tutto il personale operante; n. 5 carrelli per la biancheria sporca; n. 2 postazioni per ferri da stiro professionali ed n. 1 macchina da cucire professionale per piccole riparazioni.

Non emergono elementi da cui poter desumere la macroscopica erroneità e irragionevolezza delle valutazioni operate dalla Commissione di gara.

E) "XII) Servizio posta, portineria, custodia"; punteggio massimo 1,25:

- criterio a) "Assistenza tecnica" - punteggio massimo 0,25 punti;
- criterio b) "Pregio tecnico" – punteggio massimo 0,50 punti;
- criterio c) "Caratteristiche funzionali" - punteggio massimo 0,50 punti.

Per il criterio a) ed il criterio b) il RTI Seriana 2000 ha ottenuto 0,00 punti mentre per il criterio c) ha ottenuto 0,50 punti. Pertanto, complessivamente il RTI Seriana 2000 ha ottenuto 0,50 punti a fronte di 0,25 punti ottenuti da KCS Caregiver.

Osserva il Collegio che il corso Antincendio ed il corso di primo soccorso offerto dal RTI Seriana 2000 quale miglioria si prospetta in realtà quale elemento insito del servizio in argomento.

Non emergono elementi da cui poter desumere la macroscopica erroneità e irragionevolezza delle valutazioni operate dalla Commissione di gara in riferimento al servizio in argomento.

F) "XIII) Servizio di supporto" - punteggio massimo 1 punto:

- criterio a) "Caratteristiche funzionali".

Il RTI Seriana 2000 ha conseguito 0,25 punti mentre KCS Caregiver ha ottenuto 1,00 punto.

La differenza di punteggio è dovuta al fatto che KCS Caregiver ha offerto l'installazione di dispenser per l'erogazione di bevande e snack e prevede l'installazione di ulteriori dispenser per gelati e prodotti per celiaci ed un cambia monete. Mette inoltre gratuitamente a disposizione dei pazienti almeno un quotidiano nazionale e due locali in lingua italiana e tedesca. Offre, infine, il servizio di parrucchiere su prenotazione e, gratuitamente, il primo taglio di capelli e / o piega.

Non emergono elementi da cui poter desumere la macroscopica erroneità e irragionevolezza delle valutazioni operate dalla Commissione di gara in riferimento al servizio in argomento.

G) "XIV) Servizi tecnici amministrativi" – punteggio massimo 4,75 punti:

- criterio a) "Pregio tecnico" – punteggio massimo 4 punti.

La ricorrente ha ottenuto 0,00 punti perché si è limitata al rispetto dei requisiti minimi previsti dall'Appendice Tecnica mentre KCS Caregiver ha ottenuto 4,00 punti perché ha presentato un progetto dettagliato sull'accoglienza, offrendo diverse migliorie (l'accoglienza e le relazioni con il pubblico; le visite guidate alla Struttura; la gestione delle liste di attesa; la gestione delle richieste, rilievi e suggerimenti inviate dalle famiglie dei degenti; le statistiche di competenza; il rilascio dei certificati amministrativi);

- criterio b) "Caratteristiche funzionali" - punteggio massimo 0,75 punti.

Il RTI Seriana 2000 ha ottenuto 0,05 punti essendosi impegnata "Entro 60 giorni dall'avvio del Servizio a controllare lo stato di tutte le macchine informatiche presenti in struttura e ove venga riscontrata obsolescenza (si intende obsoleto un pc con 5 anni di vita o più) si occuperà della sostituzione e configurazione di nuovi PC, cercando di portare la struttura ad un livello informatico moderno e sicuro entro i 5 anni del periodo contrattuale".

KCS Caregiver, invece, ha ottenuto 0,75 punti avendo offerto "15 postazioni informatiche di nuova generazione complete di Workstation, Schermo 17 pollici, stampante, scanner e webcam nonché un server dedicato per lo storage dei dati, un Totem informativo monofacciale bilingue e la conversione della Linea ADSL/Fibra".

Da quanto sopra illustrato, non emergono elementi da cui poter desumere la macroscopica erroneità e irragionevolezza delle valutazioni operate dalla Commissione di gara in riferimento ai suddetti servizi.

H) "Ossigeno" – punteggio massimo 0,50 punti:

- criterio a) "Caratteristiche funzionali, pregio tecnico, servizio successivo alla vendita e Assistenza tecnica".

Seriana 2000 si duole che la Commissione giudicatrice ha assegnato alla propria offerta 0,20 punti a fronte di 0,50 punti di KCS Caregiver.

La Commissione ha rilevato il RTI Seriana 2000 ha descritto la selezione dei fornitori non considerando che il Centro di Degenza Firmian è aggregato alla divisione di geriatria ed applica la procedura vigente presso il Comprensorio Sanitario di Bolzano.

Anche per questa valutazione non emergono elementi da cui poter desumere la macroscopica erroneità e irragionevolezza delle valutazioni operate dalla Commissione di gara in riferimento al servizio in argomento.

Un tanto definito in ordine alle doglianze che avrebbero potuto determinare il sovvertimento della graduatoria finale e la possibile aggiudicazione dell'appalto alla ricorrente, si può ora procedere all'esame delle ulteriori censure dedotte in giudizio, con le quali Seriana 2000 fa sostanzialmente valere il proprio interesse strumentale alla ripetizione della gara secondo il pacifico principio che, nelle gare pubbliche, è meritevole di tutela giudiziaria anche il solo interesse strumentale alla riedizione della procedura comparativa, purché sussista un

interesse connesso ad un indice di lesività specifico e concreto, non essendo ammissibile un mero annullamento al fine strumentale di una rinnovazione della procedura in una sorta di giurisdizione di diritto oggettivo, scollegato ad una posizione direttamente legittimante del ricorrente (ex multis, cfr. Cons. Stato, Sez. III, 1 settembre 2014, n. 4449; TAR Lazio, Roma, Sez. III, 2 marzo 2018, n. 2399).

Viene pertanto ora in esame il motivo d'impugnazione con il quale la ricorrente lamenta:

III) "Violazione dell'art. 51 d.lgs. 50/2016. Violazione dell'art. 30 d.lgs. 50/2016. Violazione della Direttiva n. 24/2014. Eccesso di potere per sproporzione, irragionevolezza ed illogicità. Difetto di motivazione".

La censura è inammissibile per difetto d'interesse.

La ricorrente lamenta la mancata motivazione con riguardo all'omessa suddivisione in lotti dell'appalto per cui è causa.

Premette il Collegio che l'ordinamento (nazionale e comunitario) pone la suddivisione in lotti come regola generale nell'ottica di un'apertura concorrenziale ad imprese di dimensioni inferiori (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 26 febbraio 2019, n. 1350).

Ciò non di meno, la suddivisione in lotti deve anche essere ancorata, nei limiti previsti dall'ordinamento, a valutazioni di carattere tecnico – economico funzionale e rispettosa di un ordinato ed efficiente svolgimento del servizio oggetto dell'appalto (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 13 novembre 2017, n. 5224; 22 febbraio 2018, n. 1138; TAR Lazio, Roma, Sez. II, 1 marzo 2019, n. 2732; Sez. III, 16 marzo 2018, n. 3002).

Ed è proprio nell'ottica del contemperamento dei contrapposti interessi che l'art. 51 del d.lgs n. 50 del 2016 prevede la possibilità che la stazione appaltante possa derogare alla regola della suddivisione in lotti, motivando la propria decisione "nel bando di gara o nella lettera d'invito e nella relazione tecnica di cui agli articoli 99 e 139" dello stesso codice.

Come chiarito dalla giurisprudenza, tale decisione è espressione di una scelta discrezionale, sindacabile dal giudice amministrativo soltanto nei limiti della ragionevolezza e proporzionalità (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 21 marzo 2019, n. 1857; 22 febbraio 2019, n. 1222; TAR Campania, Napoli, 6 marzo 2019, n. 1276).

Si rende dunque necessario che il bando renda una motivazione rafforzata, che trova nell'atto indittivo della procedura la propria naturale sedes materiae (cfr. TAR Lazio, Roma, 16 marzo 2018, n. 3002).

Nel caso di specie va rilevato che la stazione appaltante, contrariamente a quanto previsto dall'art. 51 del d.lgs. n. 50 del 2016, non ha esplicitato nel bando di gara la motivazione sottesa alla omessa suddivisione in lotti dell'appalto.

E a tale mancanza non può sopperire la constatazione che nel disciplinare di gara il primo

gruppo di attività soggetto a valutazione tecnica indichi il “Servizio di direzione e coordinamento di tutta la gestione della struttura”, così sottintendendo che la complessa articolazione dei vari servizi presupponga necessariamente una direzione unica per un miglior coordinamento di tutte le attività.

La ratio dell’invocata disposizione codicistica (che indica come modalità ordinaria quella della suddivisione in lotti funzionali o prestazionali) risiede nell’intento di “favorire l’accesso delle microimprese, piccole e medie imprese”.

Si tratta di un favor participationis del resto esplicitato in diversi “considerando” della direttiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio e successivamente evidenziato dalla giurisprudenza che di tale norma si è occupata (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 26 settembre 2018, n. 5528 e n. 5534).

Va tuttavia osservato che l’interesse alla ripetizione della gara deve essere connesso ad un indice di lesività specifico e concreto, non essendo ammissibile un mero annullamento al fine strumentale di una rinnovazione della procedura in una sorta di giurisdizione di diritto oggettivo, scollegato ad una posizione direttamente legittimante del ricorrente (ex multis, cfr. Cons. Stato, Sez. III, 1 settembre 2014, n. 4449; TAR Lazio, Roma, Sez. III, 2 marzo 2018, n. 2399).

Secondo la giurisprudenza, per un verso sussiste la legittimazione ad agire da parte dell’impresa che lamenti espressamente di non aver potuto partecipare alla gara a causa dell’elevato fatturato richiesto (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 6 marzo 2017, n. 1038) e, per altro verso, ai fini della valutazione dell’interesse al ricorso con il quale un’impresa denunci la violazione dell’art. 51 del Codice degli contratti pubblici, l’eventuale lesività della disciplina di gara è ravvisabile soltanto in capo alle imprese appartenenti alle categoria normativa delle imprese lato sensu di minori dimensioni (PMI), e cioè considerando le seguenti tre sotto - categorie di cui all’art. 3, lett. aa) d.lgs. n. 50/2016 in maniera tendenzialmente unitaria: - microimprese: meno di 10 occupati e un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiore a 2 milioni di euro; - piccole imprese: meno di 50 occupati e un fatturato oppure un totale di bilancio compreso tra i 2 ed i 10 milioni di euro; - medie imprese: meno di 250 occupati e un fatturato oppure un totale di bilancio compreso tra 10 e 50 milioni (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 26 settembre 2018, nn. 5528 e 5534).

Va evidenziato che la lesività derivante dalla mancata suddivisione in lotti si esaurisce nella fase di indizione della procedura di gara laddove determina un effetto escludente per le PMI, che devono pertanto agire immediatamente, facendo valere l’illegittimità del bando. Diversamente, le imprese per le quali la mancata suddivisione in lotti non determina la loro esclusione, non subiscono lesione alcuna. In difetto di una lesione concreta ed attuale esse non sono legittimate a far valere detto vizio.

Ebbene, la società Seriana 2000 non deduce di essere una PMI (né un tanto risulta in atti) ed ha regolarmente partecipato alla gara de qua, sicché, non avendo subito alcuna lesione, non può ora legittimamente invocare la necessaria osservanza dell’art. 51 citato sotto il profilo della mancanza di un’adeguata motivazione sulle ragioni dell’affidamento dell’appalto in un unico

lotto (cfr. ancora Cons. Stato, Sez. III, 22 novembre 2018, n. 6611).

Il motivo è pertanto inammissibile, atteso che, come affermato dalla giurisprudenza, se la mancata ripartizione in lotti della commessa avesse impedito alla ricorrente di partecipare alla gara, allora la ricorrente avrebbe dovuto impugnare tempestivamente il bando; se invece la predetta circostanza non era ostativa - come appunto pare non esserlo stata -, allora il motivo è inammissibile per difetto di interesse” (cfr. TAR Veneto, Venezia, 26 marzo 2018, n. 348, confermata da Cons. Stato, Sez. III, 22 novembre 2018, n. 6611; TAR Lombardia, Brescia, Sez. II, 20 giugno 2018, n. 596; TAR Umbria, Perugia, 30 marzo 2018, n. 192; TAR Lazio, Roma, Sez. II, 9 novembre 2017, n. 11149).

Viene ora in esame il motivo d’impugnazione con il quale la ricorrente lamenta:

IV) “Violazione dell’art. 95, commi 3, 10 bis e 14 bis, d.lgs. 50/2016. Violazione dell’art. 95 dell’art. 30 d.lgs. 50/2016. Eccesso di potere per sviamento e travisamento”.

La ricorrente lamenta l’illegittimità della previsione del criterio di valutazione con il quale il disciplinare assegnava, per le attività elencate da I a VII del disciplinare, un punteggio alle “maggiori ore prestate dagli operatori rispetto alle minime previste dall’Appendice al Capitolato e dagli allegati; (vanno indicati i giorni della settimana e le fasce orarie aggiuntive ciò per ottenere un buon utilizzo di queste ore aggiuntive)”.

Vanno anzitutto rigettate le eccezioni di tardività e inammissibilità sollevate dalle controparti per entrambi i suddetti motivi.

Sulla tardività.

Le controparti eccepiscono che la ricorrente avrebbe dovuto impugnare immediatamente la disciplina di gara per contestare la previsione di un criterio di valutazione del quale afferma l’illegittimità e l’asserita genericità dei criteri di valutazione.

Secondo un pacifico principio giurisprudenziale, le clausole del bando di gara che non rivestano portata escludente devono essere impuginate unitamente al provvedimento lesivo e possono essere impuginate unicamente dall’operatore economico che abbia partecipato alla gara o manifestato formalmente il proprio interesse alla procedura (cfr. Cons. Stato, Ad. Pl. 26 aprile 2018, n. 4; Cons. Stato, Sez. V, 17 gennaio 2019, n. 427).

Più specificamente, la giurisprudenza ha avuto modo di affermare che le disposizioni della lex specialis di gara che individuano i criteri di valutazione dell’offerta non si prestano ad una impugnazione immediata poiché privi di carattere escludente, e ciò in quanto, oltre a non precludere la partecipazione dei potenziali concorrenti, non predeterminano alcun esito vincolato della selezione valutativa che possa ritenersi, ex post, meramente confermativo e ricognitivo di una lesione già in precedenza predeterminata e certa (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 7 giugno 2018, n. 3434).

Sull’inammissibilità.

Se è pur vero che in una procedura di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa la scelta operata dall'Amministrazione appaltante relativamente ai criteri di valutazione dell'offerta, ivi compreso il peso da attribuire ai singoli elementi, specificamente indicati nella lex specialis, è espressione dell'ampia discrezionalità attribuita dalla legge per meglio perseguire l'interesse pubblico, è altrettanto vero che tale scelta è soggetta al sindacato di legittimità del giudice amministrativo sotto i profili della macroscopica illogicità, irragionevolezza e irrazionalità e allorché i criteri di valutazione non siano trasparenti ed intellegibili, così da non consentire ai concorrenti di calibrare la propria offerta (cfr., ex multis, Cons. Stato, Sez. V, 18 giugno 2015, n. 3105; idem 14 novembre 2017, n. 5245 e 874/2014 n. 1668; Cons. Stato, Sez. III, 29 marzo 2019, n. 2091; 7 marzo 2019, n. 1574; 2 maggio 2016, n. 1661).

Ed è proprio sotto tale aspetto che questo giudice è chiamato dalla ricorrente ad esprimersi, sicché il motivo è ammissibile.

Rigettate pertanto le eccezioni preliminari si può ora procedere all'esame di merito della doglianza riguardante l'asserita introduzione di un criterio prettamente quantitativo nei criteri di valutazione.

Il disciplinare assegnava al criterio "Servizio successivo alla vendita e Assistenza tecnica" un punteggio per le "maggiori ore prestate dagli operatori rispetto alle minime previste dall'appendice al capitolato e dagli allegati; (vanno indicati i giorni della settimana e le fasce orarie aggiuntive ciò per ottenere un buon utilizzo di queste ore aggiuntive)" in riferimento alle seguenti attività: I) Servizio di direzione e coordinamento di tutta la gestione della struttura; II) Servizio di assistenza infermieristica e ausiliaria agli ammalati; III) Servizi riabilitativi e servizio dietetico nutrizionale; IV) Servizio di assistenza psicologica; V) Socializzazione e di assistenza spirituale; VI) Servizio mortuario; VII) Servizio di pulizia e sanificazione".

Ebbene, premesso che la bassa incidenza dei punteggi previsti in riferimento a tali voci non risulta idonea ad alterare la ratio sottesa al criterio qualità /prezzo, il contestato criterio si appalesa, a ben vedere, finalizzato a garantire una maggiore qualità delle prestazioni.

Il disciplinare non ha infatti inserito l'elemento "maggiori ore" prestate dagli operatori come elemento quantitativo, bensì come valorizzazione del pregio qualitativo in termini di maggiore capacità organizzativa e funzionale della struttura in riferimento a determinate attività.

Ne è dimostrazione il fatto che il disciplinare prevedeva tali ore con riferimento ai ruoli e alle competenze del personale considerato dall'offerta e con l'indicazione puntuale dei "giorni della settimana e le fasce orarie aggiuntive ciò per ottenere un buon utilizzo di queste ore aggiuntive (cfr. doc. n. 8 – disciplinare, pag. 19).

La doglianza si appalesa pertanto infondata.

Viene ora in esame il motivo d'impugnazione con il quale la ricorrente lamenta:

V) "Violazione dell'art. 77 del d.lgs. 50/2016. Violazione delle Linee Guida ANAC n. 5 del 4

gennaio 2018. Violazione dell'art. 78 del d.lgs. 50/2016. Violazione dei principi di imparzialità e trasparenza e tutela della buona fede”.

La doglianza è infondata.

La ricorrente si duole del fatto che la nomina della commissione giudicatrice sia intervenuta a buste tecniche già aperte.

Nel caso di specie la lex specialis disponeva la verifica contestuale della documentazione amministrativa e tecnica prodotta dalle imprese concorrenti.

Si legge infatti al Capo IV, punto 2. del disciplinare, avente ad oggetto “commissione di gara e commissione di esperti”, che “Il giorno 04.10.2018 alle ore 10.00 presso la sala riunioni B del Padiglione Multifunzionale dell'Ospedale di Bolzano – via Lorenz Böhler, 5 – 39100 Bolzano avrà luogo in seduta pubblica la verifica della documentazione amministrativa e tecnica prodotta dai concorrenti nonché della corretta predisposizione della stessa (lasciando chiuse le buste elettroniche riguardanti le offerte economiche” (cfr. doc. 8 della ricorrente, pagg. 36 e 37).

Il codice dei contratti pubblici non specifica a chi spetti il compito di verificare la completezza della documentazione tecnica, statuendo soltanto che l'apertura delle buste che contengono le offerte tecniche avvenga in “seduta pubblica”, ai sensi dell'art. 12 del decreto legge 7 maggio 2012, n. 52, convertito dalla legge 6 luglio 2012, n. 94, affinché ne sia garantita l'immodificabilità, e che la “valutazione” delle offerte dal punto di vista tecnico ed economico è affidata ad una commissione giudicatrice (art. 77, comma 1, d.lgs. n. 50/2016).

Va osservato che il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, all'art. 77, si limita a prevedere:

- al comma 7, che “la nomina dei commissari e la costituzione della commissione devono avvenire dopo la scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte”;
- al comma 1, che “1. Nelle procedure di aggiudicazione di contratti di appalti o di concessioni, limitatamente ai casi di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa la valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico ed economico è affidata ad una commissione giudicatrice, composta da esperti nello specifico settore cui afferisce l'oggetto del contratto”.

Il codice degli appalti pubblici non impone, dunque, la nomina della commissione giudicatrice prima dell'esame di conformità delle buste, bensì impone che la nomina dei commissari e la costituzione della commissione debbano avvenire dopo la scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte e che la valutazione delle offerte tecniche venga effettuata dalla commissione giudicatrice, all'uopo nominata.

Ebbene, come risulta dal verbale della seduta del 4 ottobre 2018 tale previsione è stata rispettata, atteso che:

- il termine per la presentazione delle offerte era fissato dal disciplinare di gara per il giorno 30 settembre 2018;
- la verifica della completezza della documentazione amministrativa e tecnica è stata effettuata dal seggio di gara in seduta pubblica in data 4 ottobre 2018;
- la commissione giudicatrice per la valutazione delle offerte è stata nominata in data 8 ottobre 2018; id est dopo il termine per la presentazione delle offerte tecniche;
- la valutazione delle offerte tecniche è stata effettuata dalla competente commissione giudicatrice in seduta riservata.

Per quanto attiene, più specificamente, alle gare gestite telematicamente, come nel caso di specie, la giurisprudenza ha affermato che la garanzia di immodificabilità delle offerte è insita nella stessa procedura informatica, indipendentemente dalla presenza o meno del pubblico, richiesta, nelle gare gestite con il metodo tradizionale, per le operazioni di apertura delle buste contenenti le offerte tecniche.

Un tanto perché “La gara telematica, per le modalità con cui viene gestita, consente di tracciare qualsivoglia operazione di apertura dei file contenenti offerte e documenti di gara, assicurando, in tal modo, il rispetto dei principi di trasparenza e imparzialità che devono presiedere le procedure di gara pubbliche. Alla luce delle superiori considerazioni, la giurisprudenza amministrativa si è espressa nel senso che, in siffatte ipotesi, quand’anche la lex specialis recasse la previsione di una distinta fase pubblica destinata all’apertura delle offerte, l’eventuale omissione sarebbe comunque irrilevante” (TAR Lombardia, Brescia, 12 gennaio 2016, n. 38).

In definitiva, si può desumere il principio generale secondo il quale la gestione telematica della gara offre il vantaggio di una maggiore sicurezza nella conservazione dell’integrità delle offerte in quanto permette automaticamente l’apertura delle buste in esito alla conclusione della fase precedente e garantisce l’immodificabilità delle stesse, nonché la tracciabilità di ogni operazione compiuta; inoltre, nessuno degli addetti alla gestione della gara può accedere ai documenti dei partecipanti, fino alla data e all’ora di seduta della gara, specificata in fase di creazione della procedura; le stesse caratteristiche della gara telematica escludono in radice ed oggettivamente la possibilità di modifica delle offerte (cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, 25 novembre 2016, n. 4990; TAR Sardegna, Sez. I, 23 ottobre 2017, n. 665).

Deve quindi concludersi che, sempre che da ciò non derivi il pericolo, anche solo in astratto, di alterazione delle offerte, l’accesso al contenuto dell’offerta tecnica da parte del seggio di gara non è considerato un vulnus insanabile all’integrità della gara che, dunque, non è pregiudicata dall’eventuale apertura delle offerte tecniche in tempi diversi o, come nel caso in decisione, contemporaneamente all’apertura della busta contenente la documentazione amministrativa (cfr. TAR Abruzzo, L’Aquila, Sez. I, 19 gennaio 2019, n. 54).

Viene infine all’esame il motivo d’impugnazione con il quale la ricorrente lamenta:

VI) “Violazione dell’art. 95 d.lgs. 50/2016. Violazione dell’art. 67 della Direttiva n. 24 del 2014. Eccesso di potere per sviamento e travisamento”.

In riferimento alle eccezioni di tardività ed inammissibilità del presente motivo d’impugnazione sollevate dalle controparti, il Collegio fa rinvio a quanto già illustrato nel rigettare le analoghe eccezioni sollevate in riferimento al precedente motivo d’impugnazione.

La ricorrente lamenta l’illegittimità della lex specialis “nella parte relativa ai criteri di valutazione”, che assume essere “assolutamente generici ed indeterminati, costringendo i concorrenti ad indovinare i futuri desiderata della stazione appaltante e, parallelamente, concedendo ai commissari un potere arbitrario e incontrollato”, e lamenta, altresì, la mancata previsione di sub pesi e sub punteggi in riferimento ai sub criteri previsti dal disciplinare.

La doglianza è fondata.

L’art. 95, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016 fissa il principio che “I criteri di aggiudicazione non conferiscono alla stazione appaltante un potere di scelta illimitata dell’offerta”.

Con tale previsione il codice si prefigge il duplice scopo di evitare che la discrezionalità di cui gode la commissione giudicatrice possa sconfinare in abusi e, nel contempo, di consentire alle concorrenti di presentare delle offerte tecniche aderenti ai desiderata dell’Amministrazione (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 27 settembre 2012 n. 5111; 1 febbraio 2012, n. 514).

Nel caso di specie, il disciplinare prevedeva, per ogni singolo servizio oggetto di affidamento, da uno a quattro dei seguenti criteri di valutazione: a) “Sicurezza di approvvigionamento”; b) “Qualità e pregio tecnico”; c) “Servizio successivo alla vendita e Assistenza tecnica”; d) “Caratteristiche funzionali”.

Ai suddetti criteri il disciplinare abbinava dei sub criteri, tra i quali, in particolare, il seguente: “altro indicato dall’impresa, in forma sintetica con condizioni e termini accertabili e misurabili in sede di esecuzione del servizio ove la impresa stessa divenisse aggiudicataria della gara” (cfr. doc. 8 – disciplinare).

Si tratta di un sub criterio che il disciplinare introduce per ben 25 volte nella valutazione dei vari servizi di cui si compone l’affidamento de quo, senza tuttavia prevedere, come del resto rilevabile anche per tutti gli altri sub criteri, il corrispondente sub punteggio.

Orbene, i sub criteri non sono mere specificazioni esemplificative, ma costituiscono profili eterogenei di valutazione che devono essere puntualmente specificati e corredati dall’indicazione del relativo punteggio massimo.

Un tanto è richiesto non solo perché tale indicazione consente di evitare di dilatare oltre misura l’apprezzamento soggettivo da parte della Commissione giudicatrice, ma soprattutto perché permette ai concorrenti, nell’ambito di precise scelte imprenditoriali conseguenti a valutazioni consapevoli, di valorizzare maggiormente alcuni aspetti qualitativi dell’offerta rispetto ad altri, potendo confidare su un maggiore apprezzamento da parte della Commissione giudicatrice

(cfr. TAR Lombardia, Brescia, Sez. II, 20 giugno 2018, n. 596).

Tale statuizione non obbliga la stazione appaltante a fissare sempre e comunque dei sub criteri ma qualora ciò avvenga la *lex specialis* deve prevedere i corrispondenti sub pesi o sub punteggi.

In altri termini, ad ogni “sub criterio” deve corrispondere un “sub punteggio” specifico che non sia possibile attribuire ad altro titolo” (Cons. Stato, Sez. V, 22 dicembre 2014, n. 6259; in termini: Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Sicilia, 19 gennaio 2015, n. 27; TAR Lazio, Sez. II, 4 aprile 2014 n. 5889; TAR Calabria, Sez. II, 9 ottobre 2015 n. 1568).

Nel caso di specie, dunque, l’indicazione dei sub pesi assegnati ad ogni sub parametro avrebbe permesso ai partecipanti di meglio calibrare la proposta tecnica in relazione agli aspetti che, verosimilmente, sarebbero stati maggiormente apprezzati dalla Commissione.

Deve quindi concludersi che l’omessa predeterminazione di precisi e puntuali criteri per l’attribuzione dei punteggi relativi agli elementi tecnici dell’offerta costituisce violazione dell’art. 95 del d.lgs. n. 50 del 2016, trattandosi di omissione che non consente la verifica dell’operato dell’Amministrazione da parte del privato e l’effettivo esercizio del sindacato di legittimità da parte del giudice amministrativo (cfr. Cons. Stato, III, 10 dicembre 2013, n. 5909; Sez. V, 12 febbraio 2018 n. 858; in termini Sez. III, 10 dicembre 2013 n. 5909).

Ad un tanto si deve peraltro aggiungere che il disciplinare presentava profili di indeterminatezza riguardo ai criteri di valutazione, atteso che:

- alla voce “I) Servizio di direzione e coordinamento di tutta la gestione della struttura”, il criterio di valutazione “Sicurezza di approvvigionamento” riservava 2,50 punti alle “Garanzie, aggiuntive a quelle comunque dovute dalle norme in vigore, in ordine alla effettiva possibilità e capacità di mettere a disposizione per la esecuzione del servizio il personale” (disciplinare – doc. 8, pag. 18), senza tuttavia fornire alcuna specificazione in ordine alle norme in vigore da prendere a riferimento;

- alla voce “II) Servizio di assistenza infermieristica e ausiliaria agli ammalati”, il criterio “Servizio successivo alla vendita e assistenza tecnica”, al quale erano riservati 10 punti, prevedeva quale sub criterio i “migliori turni rispetto a quelli garantiti dal solo rispetto delle leggi o dei contratti es.: turni che consentono maggiori compatibilità con esigenze familiari / personali (disciplinare – doc. 8, pag. 21), senza specificare quali fossero le leggi o i contratti da prendere a riferimento;

- alla voce “VII) Servizio di pulizia e sanificazione e trattamento rifiuti”, il criterio “Qualità e pregio tecnico”, al quale erano riservati 0,25 punti, prevedeva quale sub criterio “le garanzie offerte sui risultati che si otterranno superiori alle minime attese dal Comprensorio Sanitario di Bolzano in base alle risorse previste e alle clausole stabilite”, senza indicare quali fossero le attese minime (cfr. disciplinare – doc. 8, pag. 23).

In conclusione, la fondatezza delle censure di genericità ed indeterminatezza dei criteri di

valutazione e di mancata previsione di sub punteggi corrispondenti ai sub criteri determina l'accoglimento del ricorso con conseguente caducazione della gara.

Per l'effetto vanno annullati il bando e tutti gli atti di gara elencati in epigrafe.

Alla soccombenza consegue la condanna alle spese, che vengono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa - Sezione autonoma di Bolzano definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla il bando e tutti gli atti di gara elencati in epigrafe.

Condanna l'Azienda Sanitaria della Provincia autonoma di Bolzano e KCS Caregiver cooperativa sociale alla rifusione delle spese di lite a favore di Seriana 2000 società cooperativa sociale nell'importo che viene liquidato in euro 5.000,00 (cinquemila/00) a carico dell'Azienda Sanitaria della Provincia autonoma di Bolzano ed in euro 5.000,00 (cinquemila/00) a carico di KCS Caregiver cooperativa sociale, oltre IVA, CAP e altri oneri di legge. L'Azienda Sanitaria della Provincia autonoma di Bolzano e KCS Caregiver cooperativa sociale sono inoltre tenute, in ragione della metà ciascuna, a rifondere a Seriana 2000 società cooperativa sociale il contributo unificato.

Spese compensate con S.P.E.S. Trento soc. coop. sociale; Casa di Cura Bonvicini S.r.l.; Villa Melitta S.r.l., non costituite in giudizio.

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