

Publicato il 23/08/2019

N. 01534/2019 REG.PROV.COLL.
N. 00157/2019 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 la Calabria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 157 del 2019, proposto da Consorzio Opere di Misericordia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Paolo Sanchini, Pasquale Ribecco, Costanza Sanchini, Francesco Sanchini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo Studio dell'avvocato Gregorio Buccolieri, in Catanzaro, alla via F. Acri, n. 16;

contro

Ministero dell'Interno, in persona del Ministro in carica, Prefettura - U.T.G. di Crotone, in persona del Prefetto in carica, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Catanzaro, domiciliati presso gli uffici di questa, in Catanzaro, alla via G. da Fiore, n. 34;

nei confronti

Associazione Croce Rossa Italiana - Comitato Provinciale Crotone, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Antonello Irtuso, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Associazione Croce Rossa Italiana - Comitato Area Metropolitana Roma Capitale, Medihospes Coop. Soc. Onlus, Tre Fontane soc. coop. soc.,

per l'annullamento

- del decreto della Prefettura U.T.G. di Crotone del 27 dicembre 2018, n. 27710, con cui è stata aggiudicata all'Associazione della Croce Rossa Italiana - Comitato provinciale di Crotone, la gestione dei servizi di cui al Lotto1 - fornitura di servizi vari (servizi alla persona, gestione amministrativa, assistenza sanitaria e servizi connessi) relativo alla procedura di *“Gara europea a procedura aperta per la fornitura di beni e servizi relativi al funzionamento del Centro di Accoglienza per Richiedenti Asilo CARA - Regional Hub di Isola Capo Rizzuto”*;
- di tutti i verbali della Commissione giudicatrice;
- del Bando del Capitolato e del Disciplinare di gara;
- della determina a contrarre del 12 ottobre 2017, n. 0018730;
- delle specifiche tecniche integrative del capitolato di appalto;
- del verbale di aggiudicazione provvisoria;
- della graduatoria finale;
- delle risposte del RUP ai quesiti dei concorrenti del 9 novembre 2017, 16 novembre 2017 e 1 dicembre 2017;
- dei provvedimenti con cui sono state accolte le richieste di giustificazione rivolte al Comitato provinciale della Croce rossa italiana di Crotone, nonché dei provvedimenti per cui alla richiesta della prima giustificazione ne sono seguite altre;

- di tutti gli atti del procedimento che hanno portato al provvedimento impugnato, oltre a quelli necessari, presupposti, connessi e conseguenti;

e per il riconoscimento del diritto del ricorrente a vedersi attribuito un maggiore punteggio di quello concesso dalla Commissione giudicatrice, tale da superare in graduatoria entrambe le altre concorrenti e conseguenzialmente vedersi aggiudicato il Lotto 1 della gara di cui trattasi;

nonché per la declaratoria dell'inefficacia del contratto (eventualmente) stipulato ed con espressa richiesta di sub ingresso (o subentro) oppure, qualora non fosse possibile la tutela in forma specifica, quella risarcitoria per equivalente e per il risarcimento del danno.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero dell'Interno, della Prefettura U.T.G. di Crotone e dell'Associazione Croce Rossa Italiana - Comitato Provinciale Crotone;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 luglio 2019 il dott. Francesco Tallaro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Rilevato in fatto e ritenuto in diritto quanto segue.

FATTO

1. – Il Consorzio Opere di Misericordia ha partecipato alla procedura aperta, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta più vantaggiosa, indetta dalla Prefettura U.T.G. di Crotone per la fornitura di servizi

vari presso il centro di accoglienza dei richiedenti asilo (CARA) di Isola di Capo Rizzuto.

La presente controversia riguarda il lotto n. 1, relativo ai servizi alla persona, gestione amministrativa, assistenza sanitaria, distribuzione di beni e servizi connessi, con riferimento al quale il citato consorzio si è collocato al terzo posto della graduatoria.

2. – Ritenendo che l'amministrazione abbia operato illegittimamente, il Consorzio Opere di Misericordia ha agito d'innanzi a questo Tribunale Amministrativo Regionale con ricorso cui hanno resistito il Ministero dell'Interno e l'Associazione della Croce Rossa Italiana – Comitato provinciale di Crotona, cui la gara è stata aggiudicata.

3. – Con ordinanza del 18 febbraio 2019, n. 60, è stata negata la tutela cautelare invocata dal consorzio ricorrente.

Proposto appello cautelare, con ordinanza del 22 marzo 2019, n. 1517, il Consiglio di Stato ha confermato il rigetto della domanda cautelare, pur riscontrando profili di fondatezza circa una delle critiche mosse all'operato dell'amministrazione.

4. – Le parti hanno quindi discusso nel merito all'udienza pubblica del 3 luglio 2019, all'esito della quale il ricorso è stato spedito in decisione.

DIRITTO

5. – Il primo motivo di ricorso è inteso a contestare integralmente la legittimità della gara.

5.1. – Il bando di gara, secondo parte ricorrente, sarebbe modellato secondo uno schema di capitolato superato dapprima dalla direttiva del Ministero dell'Interno del 23 luglio 2018, n. 9806, con la quale, al fine di assicurare un miglioramento complessivo delle prestazioni, sono stati delineati nuovi indirizzi per l'erogazione del servizio di

accoglienza; quindi, dal d.m. 20 novembre 2018, con cui è stato approvato il nuovo schema di capitolato di appalto.

Alla luce di tali sopravvenienze, la Prefettura di Crotona avrebbe dovuto dapprima sospendere la gara in attesa delle nuove disposizioni; e avrebbe dovuto poi revocarla, così come hanno fatto altre Prefetture italiane.

5.2. – Va osservato che la ricorrente non mette in discussione la legittimità del bando e del capitolato, elaborati dall'amministrazione in conformità alle direttive vigenti *ratione temporis*.

Piuttosto, contesta la scelta di portare a termine la procedura benché nelle more vi sia stata l'emanazione di nuove direttive ministeriali, completate dalla pubblicazione del nuovo schema di contratto di appalto.

Ebbene, ritiene il Collegio che la decisione di portare a termine la gara, a fronte delle evidenziate sopravvenienze, costituisca esercizio di discrezionalità amministrativa, censurabile solo nei limiti in cui la scelta si manifesti illogica o irragionevole (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 31 gennaio 2014, n. 467, sull'inversa ipotesi di revoca della gara).

Nel caso di specie, tali profili non si ravvisano; anzi, la decisione di portare a termine la procedura di evidenza pubblica, di cui gli uffici centrali del Ministero dell'Interno sono stati puntualmente informati e alla quale hanno manifestato adesione, è giustificata dall'avanzato stato in cui essa si trovava allorché sono sopravvenute le nuove direttive ministeriali e dall'antieconomicità di una proroga dell'appalto in corso.

Il motivo è quindi destituito di fondamento.

6. – Anche il secondo motivo contesta, sotto altro profilo, la legittimità della gara nel suo complesso.

Esso, in particolare, riguarda la determinazione del costo del servizio.

6.1. – Tenuto presente che il capitolato d'appalto prevede la presenza di 21 operatori nella fascia diurna e 10 operatori nella fascia notturna, il costo da sopportare per erogare il servizio non potrebbe essere, secondo i calcoli operati dal consorzio ricorrente, inferiore a € 12.881.246,04.

Invece, la Prefettura U.T.G. di Crotone ha stimato in € 7.859.891,29 il costo del personale, indicando così un importo del tutto insufficiente a coprire il fabbisogno di ore lavorate necessarie per erogare il servizio nel rispetto del salario previsto dai contratti collettivi per le varie categorie dei lavoratori.

6.2. – Il Collegio osserva che il consorzio ricorrente ha partecipato alla gara dichiarando remunerativa la propria offerta, formulata in ribasso rispetto alla base d'asta.

Ciò smentisce già su un piano empirico la seconda censura articolata in ricorso.

D'altra parte, l'amministrazione resistente ha illustrato nei propri scritti difensivi come il calcolo svolto dalla parte ricorrente sia viziato dall'errata interpretazione del capitolato, il quale non prevede, come invece inferito dal Consorzio Opere di Misericordia, la compresenza di personale diurno e notturno. Tale erronea interpretazione del bando determina l'erroneità delle deduzioni contenute in ricorso.

A fronte di tale argomentate difese nulla è stato opposto, sicché appare evidente anche sotto tale profilo l'infondatezza del motivo.

7. – Il terzo motivo di ricorso riguarda l'operato della commissione di gara.

7.1. – Essa, in violazione di quanto disposto al paragrafo 12.4. del disciplinare di gara, avrebbe valutato l'esistenza del requisito della

capacità finanziaria ed economica solo sulla base delle referenze bancarie presentate dai concorrenti, mentre la legge di gara prevedeva anche una verifica del fatturato globale annuo dei concorrenti, che doveva essere almeno pari al valore stimato del lotto, IVA esclusa.

La commissione avrebbe così illegittimamente modificato il bando di gara.

7.2. – Il motivo di ricorso è inammissibile.

Parte ricorrente, infatti, non deduce che il fatturato globale annuo dei concorrenti classificati ai primi due posti della graduatoria fosse inferiore a quello richiesto dal disciplinare di gara. Anzi, risulta *per tabulas* che il fatturato prodotto da tali due soggetti fosse addirittura maggiore di quello prodotto dalla ricorrente.

Conseguentemente, se pur si ammettesse che la commissione di gara abbia operato illegittimamente, tale illegittimità non avrebbe potuto in alcun modo ledere gli interessi del Consorzio Opere di Misericordia.

8. – Il quarto motivo riguarda l'operato della commissione valutatrice.

8.1. – Essa, nel valutare l'offerta tecnica prodotta dalla ricorrente, avrebbe illegittimamente omissso di attribuirle il punteggio massimo, 40 punti, per la voce *Qualità del servizio*; ciò in quanto avrebbe sottovalutato l'incremento della dotazione di personale da essa offerto.

Inoltre, le avrebbe erroneamente negato i 9 punti dovuti per la voce *Referenze*, in ragione del servizio prestato negli anni precedenti proprio presso il CARA di Isola di Capo Rizzuto.

8.2. – Il motivo è infondato.

Dall'esame delle offerte tecniche della parti, allegate dall'amministrazione resistente, emerge come Croce Rossa Italiana, aggiudicataria, abbia offerto un incremento di 15 unità lavorative, Medihospes Cooperativa Sociale O.N.L.U.S., seconda classificata, abbia offerto un aumento di 13 unità lavorative, Consorzio Opere di Misericordia, odierna ricorrente, abbia offerto un aumento di 5 unità lavorative.

Posto che per la sottovoce *Incremento della dotazione di personale* era consentita l'attribuzione, con il metodo comparativo, di un punteggio massimo di 17,5 punti, risulta corretta, in proporzione al numero di unità lavorative offerte in aumento, l'attribuzione rispettivamente di 17,5, 13 e 6 punti.

Quanto alle *Referenze* della società ricorrente, dal verbale di gara n. 9 si comprendono chiaramente le, invero condivisibili, ragioni della mancata attribuzione alla ricorrente del punteggio in questione.

Infatti, la concorrente ha presentato un'attestazione di contenuto non idoneo a dare dimostrazione della qualità del servizio prestato. Tale attestazione, inoltre, era stata rilasciata allorché non erano ancora di pubblico dominio le risultanze dell'indagine svolte dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Catanzaro e denominata *Jonny*, da cui sono emerse gravi irregolarità commesse dalla ricorrente nella prestazione della propria opera proprio presso il CARA di Isola di Capo Rizzuto.

9. – Anche il quinto motivo di ricorso riguarda, sotto diversi profili, l'operato della commissione di gara.

9.1. – Sotto un primo aspetto, essa avrebbe ritenuto valide le offerte delle altre due concorrenti benché esse non fossero idonee, sulla base

del numero degli operatori offerti, ad assicurare il servizio richiesto dal bando.

In realtà, tale motivo si fonda sull'erronea interpretazione del capitolato speciale (già smentita al § 6.2.), secondo la quale sarebbe necessaria la compresenza di 21 operatori nella fascia diurna e 10 operatori nella fascia notturna.

9.2. – Sotto altro profilo, la commissione valutatrice non avrebbe tenuto conto di alcune anomalie presenti nelle offerte degli altri concorrenti ed emerse in sede di verifica della congruità dell'offerta.

In particolare, la Croce Rossa Italiana avrebbe, in sede di giustificazioni, diminuito il numero degli operatori generici e avrebbe modificato il monte ore di tutte le figure professionali; avrebbe aumentato l'ammontare degli oneri di sicurezza ambientale; avrebbe fatto scomparire alcune rilevanti voci di costo, come quelle per i medicinali, per il trasporto, per il pagamento del corrispettivo dovuto in forza del contratto di avvalimento stipulato con la Croce Rossa Italiana – Comitato Area Metropolitana di Roma Capitale.

Medihospes, dal canto suo, avrebbe indicato spese per oneri di sicurezza aziendale assolutamente insufficienti e avrebbe evidenziato alcune significative incongruenze con riferimento al monte ore.

Il Collegio deve, sul punto, richiamare la costante giurisprudenza (cfr. da ultimo Cons. Stato, Sez. III, 23 aprile 2019, n. 2593) secondo cui l'esame delle giustificazioni prodotte dai concorrenti, a dimostrazione della non anomalia della propria offerta ovvero della sua sostenibilità/attendibilità, rientra nell'alveo dell'esercizio di un potere di discrezionalità tecnica attribuito alla pubblica amministrazione, con la conseguenza che soltanto in caso di macroscopiche illegittimità, quali gravi ed evidenti errori di

valutazione oppure valutazioni abnormi o inficiate da errori di fatto, il giudice può esercitare il proprio sindacato, ferma restando l'impossibilità di sostituire il proprio giudizio a quello dell'amministrazione procedente.

Nel caso di specie, non si ravvisano le condizioni per ritenere un esercizio illegittimo della discrezionalità attribuita all'amministrazione nella valutazione della congruità delle offerte, né sono stati offerti dalla parte ricorrente elementi per ritenere le offerte dell'aggiudicataria e della seconda classificata siano nel loro complesso implausibili, giacché sono state solo indicate alcune supposte criticità delle giustificazioni, che non paiono idonee a condurre complessivamente a una valutazione negativa dell'offerta .

9.3. – Discorso a parte merita il profilo relativo all'uso, da parte della Croce Rossa Italiana, di volontari che integrano, con prestazioni evidentemente gratuite, il servizio offerto da tale soggetto.

Secondo la tesi di parte ricorrente (che è stata ritenuta assistita da un certo *fumus boni iuris* in sede di seconde cure cautelari), la presenza di lavoratori volontari è elemento perturbatore della *par condicio* tra i vari concorrenti e determinerebbe un'alterazione nel mercato.

9.4. – Ritiene, di contro, il Collegio che, seppure è innegabile che l'uso di personale volontario comporta un vantaggio competitivo per Croce Rossa Italiana, tale vantaggio non costituisca un'alterazione (*id est*: un'anomalia) del mercato, posto invece che si tratta di una pratica legittima.

Infatti, la Corte di Giustizia (CGUE, Sezione Terza, sentenza 29 novembre 2007 nella causa C-119/06, Commissione c. Italia, poi richiamata anche in CGUE, Sezione Quinta, sentenza 11 dicembre 2014 nella causa C-113/13, Azienda sanitaria locale n. 5

«Spezzino») si è occupata della compatibilità con le regole del mercato delle forniture pubbliche delle associazioni di volontariato e ha affermato che l'assenza di fini di lucro non esclude che le associazioni di volontariato esercitino un'attività economica e costituiscano imprese ai sensi delle disposizioni del Trattato relative alla concorrenza. Dette associazioni possono esercitare un'attività economica in concorrenza con altri operatori.

La circostanza che, a seguito del fatto che i loro collaboratori agiscono a titolo volontario, tali associazioni possano presentare offerte a prezzi notevolmente inferiori a quelli di altri offerenti non impedisce loro di partecipare alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici.

Se, dunque, le associazioni di volontariato possono partecipare alle gare per l'aggiudicazione di appalti pubblici, non vi è ragione per ritenere che l'uso da parte della Croce Rossa Italiana, in non contestata conformità con la legge sul volontariato, di prestazioni lavorative gratuite per espletare una porzione dell'appalto di cui si discorre alteri illegittimamente il mercato.

9.5. – Il quinto motivo di ricorso, in conclusione, è nel suo complesso infondato.

10. – Con l'ultimo motivo si censurano i criteri di valutazione delle offerte tecniche predisposti nel disciplinare di gara.

10.1. – Essi, infatti, avrebbero comportato una restrizione agli spazi di discrezionalità degli operatori, giacché la stazione appaltante avrebbe predeterminato rigidamente le modalità di prestazione del servizio, non consentendo alcuno spazio all'iniziativa dei privati.

Ne sarebbe derivato, nei fatti, un appiattimento di tutte le offerte tecniche, alle quali è stato in effetti attribuito quasi lo stesso

punteggio, con la conseguenza che è divenuto determinante nella scelta del contraente il profilo squisitamente economico del ribasso offerto.

10.2. – Anche tale ultimo motivo è infondato.

Infatti, seppur con i consueti limiti del sindacato sull'illogicità e l'irragionevolezza delle scelte, rientra nella piena discrezionalità dell'amministrazione sia la possibilità di individuare in maniera più o meno stringente le modalità di espletamento del servizio, sia di selezionare i criteri da tenere in considerazione ai fini dell'attribuzione del punteggio.

Nella vicenda che ci occupa non si apprezzano elementi di illogicità e irragionevolezza nelle scelte dell'amministrazione, che ha evidentemente inteso predeterminare le modalità di prestazione del servizio nel perseguimento dell'apprezzabile scopo di assicurare ai richiedenti asilo dei servizi che non si pongano al di sotto di determinati *standard*.

Allo stesso modo, non si riscontrano anomalie nella determinazione dei criteri di valutazione delle offerte, sicché il simile punteggio attribuito alle varie offerte appare essere frutto del caso.

11. – In conclusione, il ricorso si rivela infondato ed è perciò meritevole di rigetto.

La complessità delle questioni trattate giustifica l'integrale compensazione delle spese e competenze di lite tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Spese compensate.

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

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 3 luglio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Tallaro, Presidente FF, Estensore

Francesca Goggiamani, Referendario

Pierangelo Sorrentino, Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE
Francesco Tallaro

IL SEGRETARIO