

SERVIZIO SANITARIO NAZIONALE - REGIONE SARDEGNA
AZIENDA U.S.L. N. 7
CARBONIA

Deliberazione n. 159

Adottata dal Direttore Generale in data 10 MAR. 2005

OGGETTO: Azienda USL n. 7 / COOPERATIVA SOCIALE CTR – COMUNICAZIONE
TERRITORIO RELAZIONI – ONLUS – soc. coop. per azioni - Costituzione
in giudizio e nomina difensore - Conferimento incarico Avv. Sergio Segneri

SU PROPOSTA del Direttore Amministrativo, il quale:

PREMESSO che con ricorso nanti il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna, notificato in data 11 marzo 2005, la cooperativa sociale CTR ha chiesto l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia, degli atti relativi alla procedura concorsuale indetta per l'affidamento quadriennale del servizio di assistenza domiciliare integrata, così come specificati alla pagina uno del medesimo ricorso, che si allega al presente atto per farne parte integrante e sostanziale;

ATTESO che devesi provvedere per la tutela giuridico / patrimoniale aziendale;

DATO ATTO che lo studio legale dell'Avv. Sergio Segneri può adeguatamente tutelare le ragioni e gli interessi dell'Azienda nel contenzioso di cui trattasi;

IL DIRETTORE GENERALE

SENTITO in merito il Direttore Sanitario

DELIBERA

Per i motivi esposti in narrativa:

- di costituirsi in giudizio per resistere all'azione promossa dalla cooperativa sociale CTR con ricorso nanti il TAR Sardegna notificato in data 11 marzo 2005;
- di affidare all'avv. Sergio Segneri del foro di Cagliari l'incarico legale, conferendogli ogni potere e facoltà di legge per la migliore conduzione del giudizio, a tal fine eleggendo domicilio in Cagliari presso il di lui studio legale in Via XX Settembre, 25;
- di movimentare la spesa derivante dal presente atto sul codice n. 540409 del vigente piano dei conti aziendale;
- di dare atto che le spese e competenze del nominato legale verranno liquidate secondo le tariffe professionali vigenti;
- di demandare al Servizio Bilancio e Contabilità il pagamento degli addebiti / competenze derivanti dal presente atto tramite ordinativo bancario tratto sul tesoriere aziendale.

DIR. AMM. /

DIR. SAN. /

LEG. /



Il Direttore Generale
dr. Emilio Simeone

Segue Deliberazione n. HS9 10 MAR. 2005

Retro delibera

Il Responsabile del Servizio affari generali

attesta che la deliberazione

n. HS9 del 10 MAR. 2005

è stata pubblicata

nell'Albo pretorio dell'azienda USL n. 7

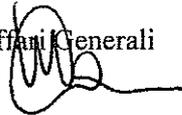
a partire dal 14 MAR. 2005 al 29 MAR. 2005

Resterà in pubblicazione per 15 giorni consecutivi

ed è stata posta a disposizione per la consultazione.

Il Responsabile del Servizio

Affari Generali



Allegati:

Destinatari:

Servizio Bilancio;

Settore Legale;

Collegio Sindacale.

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER LA SARDEGNA

Ricorso di

COOPERATIVA SOCIALE CTR - COMUNICAZIONE TERRITORIO

RELAZIONI - ONLUS - soc. coop. per azioni, in persona del presidente,

amministratore delegato e legale rappresentante in carica Vincenzo Porcu, per sé e

quale capogruppo del raggruppamento temporaneo d'impresе con la Domi Sanitas

srl e con la Nova Etica - Piccola Società Cooperativa a r. l., elettivamente domicilia-

ta in Cagliari nel Viale Merello 41 presso lo studio legale dell'avv. Marcello

Vignolo e dell'avv. Massimo Massa che la rappresentano e difendono, anche

disgiuntamente, in virtù di procura speciale a margine del presente atto

C O N T R O

AZIENDA USL N. 7 DELLA SARDEGNA in persona del legale rappresentante

in carica, con sede in Carbonia nella Via Dalmazia

E NEI CONFRONTI DI

MEDICASA ITALIA spa, in persona del legale rappresentante in carica, con sede

in Milano, Via Capecelatro 69

PER L'ANNULLAMENTO

previa sospensione dell'efficacia, della deliberazione n. 87 del 25 gennaio 2005, con

la quale il direttore generale della Asl n. 7 ha approvato gli atti della gara per

l'affidamento quadriennale del servizio d'assistenza domiciliare integrata bandita

dalla Azienda Usl n. 7 il 10.8.2004, affidando definitivamente il servizio alla

Medicasa Italia spa;

- di tutti gli atti, i verbali ed i provvedimenti adottati dalla commissione di gara;

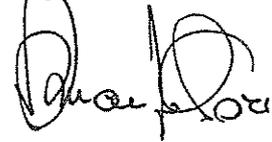
- di ogni altro atto presupposto, collegato o consequenziale, anche non conosciuto

dalla ricorrente.

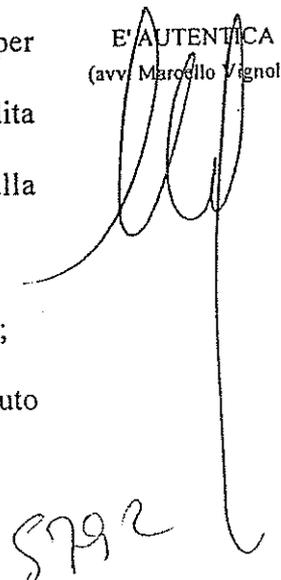
AZIENDA U.S.L. N° 7
CAGLIARI
11 MAR 2006
5136
Legg
S. G.
S. G.

PROCURA

Delego a sottoscrivere presente atto ed rappresentarmi e difendermi nel presente giudizio, avv. ti MARCELLO VIGNOLO e MASSIMO MASSA, ai quali conferisco ogni potere di legge, compreso quello di proporre nel presente giudizio. Eleggo il mio domicilio presso il loro studio in Cagliari, v. Merello 41. Cagliari,



E' AUTENTICA
(avv. Marcello Vignolo)



E PER LA CONDANNA

dell'amministrazione resistente a risarcire tutti i danni che dall'esecuzione dei suddetti provvedimenti siano derivati o possano ulteriormente derivare in capo alla cooperativa CTR.

* * *

FATTO E DIRITTO

Con bando pubblicato il 10.8.2004 (doc. 1), la Azienda Usl n. 7 ha avviato la gara per l'aggiudicazione del servizio d'assistenza domiciliare integrata (ADI) per un periodo quadriennale, prorogabile per dodici mesi e successivamente per ulteriori quattro anni. La gara era disciplinata, oltre che dal capitolato speciale (doc. 2), dal capitolato generale per la fornitura di beni e servizi della Asl n. 7 (doc. 3).

Nei termini hanno presentato le proprie offerte la Medicasa Italia spa (doc. 4) e la cooperativa CTR (doc. 5).

La commissione di gara si è riunita per la prima volta il giorno 8 ottobre 2004. In quell'occasione, come risulta dal verbale (doc. 6), sono state aperte in seduta pubblica sia le buste contenenti i documenti amministrativi, sia quelle contenenti i progetti tecnici.

Il 25 ottobre 2004 la commissione si è riunita in seduta riservata (doc. 7). In quest'occasione (a buste già aperte), essa ha "predeterminato" il punteggio da attribuire a ciascun elemento di giudizio ed ha redatto le schede di valutazione delle offerte tecniche, assegnando un totale di punti 51 alla cooperativa CTR e 46 alla Medicasa.

Le buste contenenti le offerte economiche sono state aperte nel corso della seduta pubblica del 29 ottobre 2004 (doc. 8). In applicazione dei criteri fissati dal bando, alla Medicasa, con un'offerta di € 1.882,283,00 sono stati assegnati 40

punti. La CTR, con un'offerta di € 2.730.294,98, ha ottenuto punti 27,58. La commissione ha quindi aggiudicato provvisoriamente la gara alla Medicasa, con un punteggio di 86,00, rispetto ai punti 78,58 assegnati alla CTR.

Con nota del 6.12.2004 (doc. 9), il presidente della CTR ha segnalato all'amministrazione appaltante che, anche in virtù d'una precisa norma del capitolato speciale, si sarebbe dovuto procedere alla verifica dell'anomalia dell'offerta di Medicasa.

A seguito di questa nota, la commissione di gara si è nuovamente riunita il 15.12.2004 (doc. 10). La commissione, dopo aver contestato l'interpretazione suggerita dalla CTR in merito alla previsione del capitolato, ha escluso la necessità, nel caso di specie, d'una verifica sull'anomalia. Peraltro, sia pure in modo estremamente superficiale, nel corso della medesima riunione la commissione ha compiuto alcune valutazioni di merito sull'offerta economica di Medicasa ed ha concluso affermando la congruità dell'offerta economica, ad eccezione del costo relativo ai farmacisti che è stato giudicato eccessivamente basso.

Con la deliberazione n. 87 del 25.1.2005 (doc. 11) il direttore generale della Azienda Usl n. 7 ha approvato gli atti di gara. Nella motivazione, il direttore generale ha escluso la necessità d'una verifica sull'anomalia dell'offerta di Medicasa e, comunque, ha riaffermato che detta offerta economica risulterebbe comunque congrua. Il direttore generale ha così aggiudicato definitivamente la gara alla controinteressata.

Questa delibera e tutti gli atti ed i verbali della commissione di gara, sopra descritti, sono illegittimi per numerosi motivi. Essi, inoltre, ledono gravemente gli interessi della cooperativa CTR la quale li impugna e ne chiede l'annullamento per le seguenti ragioni in

DIRITTO

- I -

Il primo e più importante vizio degli atti impugnati consiste nel non aver sottoposto a verifica dell'anomalia l'offerta della Medicasa.

La gara in oggetto è un appalto di servizi a procedura aperta, con il metodo d'aggiudicazione dell'offerta più vantaggiosa secondo i criteri enunciati nel capitolato speciale, ai sensi dell'art. 23, comma 1, lett. b) del d. lgs. 157/1995.

Com'è noto, a differenza di quanto previsto per i lavori pubblici dall'art. 21 della l. 109/1994, per gli appalti di servizi il d. lgs. 157/1995 non prevede un numero minimo di partecipanti perché si proceda al controllo sulle offerte anormalmente basse.

L'art. 25 del decreto legislativo in questione obbliga a verificare le offerte, ogniqualvolta il ribasso superi di un quinto la media aritmetica delle offerte ammesse, escluse le offerte in aumento (comma 3). In questo caso, le offerte si presumono anomale, senza necessità d'ulteriori valutazioni. Ma anche al di fuori dei casi in cui opera il criterio aritmetico sopra ricordato, secondo il comma 1 del citato articolo 25 l'amministrazione deve sempre e comunque verificare le offerte, qualora queste "*presentino carattere anormalmente basso rispetto alla prestazione*". La verifica delle offerte anormalmente basse non è una semplice facoltà dell'amministrazione ma - in presenza di un'anomalia dell'offerta - un vero e proprio obbligo; del resto, non potrebbe essere altrimenti, nel rispetto d'elementari principi di buon andamento dell'azione amministrativa. Il comma in esame, dunque, impone sempre la verifica nei casi in cui, per qualsiasi ragione, un'offerta appaia anormalmente bassa rispetto alle altre, anche a prescindere da parametri aritmetici predeterminati.

Come si vedrà meglio in seguito, già in applicazione dell'art. 25 del d. lgs. 157/1995 la Asl doveva ravvisare il carattere anormalmente basso dell'offerta di Medicasa e avviare quindi la verifica.

Ma soprattutto, nel caso che ci interessa, la disposizione legislativa è integrata dall'art. 10 del capitolato speciale di gara che, al penultimo comma di pagina 21, stabilisce: "*Con riferimento all'ipotesi di offerte economiche presunte anomale, si stabilisce che si proceda sempre alla verifica, mediante istruttoria, delle offerte economicamente presentate, indipendentemente dal numero e dal valore economico delle offerte stesse*".

Questa norma non sembra poter dar luogo a dubbi: le offerte *presunte anomale* devono essere sempre sottoposte a verifica, a prescindere sia dal valore economico (anche le offerte in aumento devono essere verificate) sia dal numero di offerte (la presenza di due sole offerte non esclude la necessità di verifica).

Per comprendere l'esatto margine d'applicazione della previsione del capitolato - una volta esclusa la rilevanza del valore economico e del numero di offerte - occorre solo stabilire quando un'offerta debba essere *presunta anomala*.

L'applicazione di tutti i canoni ermeneutici conduce ad una sola conclusione ragionevole: la prescrizione in esame dev'essere necessariamente intesa nel senso che una determinata offerta è *presunta anomala* quando, tenendo conto dei costi del servizio e considerata anche la notevole differenza di ribasso rispetto alle altre, la sua effettiva redditività possa apparire quanto meno sospetta e, quindi, possa ingenerare dubbi circa la reale idoneità a coprire i costi del servizio.

In questo senso indirizza, in primo luogo, l'interpretazione sistematica. Il capitolato speciale intende disciplinare la materia diversamente e in maniera più ampia rispetto a quanto stabilito dall'art. 25 del d. lgs. 157/199. In particolare, il

capitolato speciale intende senz'altro assoggettare a verifica e considerare anomale anche offerte che, secondo il citato articolo 25, potrebbero non essere sottoposte a verifica.

Questa evidente volontà d'estendere la portata della norma generale impone d'interpretare il capitolato nel senso secondo cui, ad esempio, ogniqualvolta esista una forte differenza tra le offerte, è necessario verificare quella più bassa. Non sono pertinenti, nel caso in esame, le argomentazioni che, ove si applicasse la norma del decreto legislativo 157/1995, farebbero escludere l'esistenza di un'anomalia. Qui, infatti, la volontà della *lex specialis* della gara è indiscutibilmente d'estendere al massimo la necessità di verifica.

Anche l'interpretazione letterale porta alla medesima conclusione e quindi, nel caso di specie, alla necessità di verificare l'offerta di Medicasa. Se il capitolato impone di verificare l'offerta anomala *sempre e indipendentemente dal numero e dal valore economico delle offerte stesse*, l'interprete non può che ritenere dovuta la verifica anche con due sole offerte, ed anche in presenza d'offerte in aumento.

Per completezza, si osserva che, a rigore, nel caso di specie non si è neppure in presenza di offerte in aumento: l'importo di € 1.700.000 non è una base d'asta, su cui si potrebbero effettuare eventuali offerte in aumento o in diminuzione, ma è solo un importo presunto, stimato in larghissima approssimazione dagli uffici della Azienda Usi nel momento di pubblicare il bando. Non risulta che, per giungere a determinare tale importo presunto, la Asl abbia compiuto un'analisi minuziosa delle singole voci di costo, a partire da quello del lavoro. Le offerte economiche delle partecipanti, invece, sono state il frutto della somma di tutte le prestazioni, così come dettagliate nel modulo allegato all'offerta, e avrebbero dovuto tener conto rigorosamente di tutti gli oneri connessi al servizio.

Uno degli argomenti principali in virtù dei quali la Asl ha escluso la verifica è stato proprio il fatto che l'offerta di Medicasa (€ 1.882,283,00) era superiore all'importo presunto della gara (€ 1.700.000,00).

Ma nessuna motivazione o istruttoria consente di ritenere, a priori, che l'importo presunto dalla Asl fosse sufficiente per coprire adeguatamente i costi del servizio. Detto importo non può rappresentare un parametro idoneo a escludere la necessità di verifica, né può far considerare assodato - come erroneamente ha fatto l'amministrazione - che le offerte superiori a quell'importo presunto, per definizione, siano necessariamente congrue.

Si potrebbe sostenere il contrario solo ove risultasse che la verifica sulla congruità dell'importo complessivo presunto sia stata già compiuta dall'amministrazione, prima di bandire la gara o anche successivamente. Ma poiché questo non risulta affatto dagli atti e non è stato nemmeno dichiarato nel corso del procedimento, l'aver superato l'importo presunto dal bando, di per sé, non costituisce alcuna garanzia di serietà dell'offerta.

Probabilmente, per determinare l'importo presunto l'amministrazione s'è limitata a far riferimento agli oneri sostenuti nell'ultimo anno per il servizio di ADI, oneri che, in effetti, nel 2004 sono stati di circa € 1.750.000, come sarà dimostrato producendo in giudizio tutte le fatture emesse nel 2004 (doc. 12). Ma il servizio di ADI garantito con questa somma - servizio che attualmente è gestito proprio dalla CTR che, quindi, ne conosce benissimo le caratteristiche ed i costi - è notevolmente più limitato, rispetto a quello oggetto della nuova gara d'appalto. Questa circostanza è assolutamente pacifica e, tra l'altro, è esplicitamente affermata dalla stessa deliberazione n. 87/2005, secondo cui la nuova gara amplia notevolmente gli oneri a carico dell'aggiudicataria. Se il servizio attuale, ai costi stabiliti ormai anni

addietro e per un insieme di prestazioni notevolmente inferiore, costa già più di € 1.700.000, il nuovo servizio, a costi attuali e per maggiori prestazioni, esige necessariamente un compenso di gran lunga superiore.

Dunque, non risulta da alcun atto istruttorio che l'importo presunto dall'amministrazione sia il risultato d'una rigorosa analisi economica di tutte le voci di costo influenti e, quindi, garantisca la congruità di qualunque offerta che si attesti al di sopra di quell'importo.

Ma una volta esclusa qualunque rilevanza al fatto secondo cui entrambe le offerte superano l'importo presunto dal bando, per stabilire se l'offerta di Medicasa è o no anomala si impone un'unica circostanza, oggettiva e vistosa; tra le due offerte concorrenti esiste una differenza che sfiora addirittura gli 850.000 euro.

Questa enorme sproporzione era un elemento che doveva condurre l'amministrazione, quanto meno, a considerare sospetta l'offerta economica dell'aggiudicataria e, quindi, a verificarne la congruità. E ciò anche in applicazione dell'art. 25, comma 1, del d. lgs. 157/1995. Questa disposizione, infatti, in presenza di un'offerta palesemente difforme dalle altre, è applicabile anche a prescindere dalle specifiche soglie di valore determinate dal successivo comma 3.

A maggior ragione, nel caso di specie, la chiara prescrizione del capitolato speciale di gara - con la quale si è voluto ulteriormente estendere l'ambito d'applicazione del citato articolo 25 del d. lgs. 157/1995 - imponeva la verifica.

Poiché la verifica non è stata disposta, tutti gli atti del procedimento successivi all'aggiudicazione provvisoria del 29 ottobre 2004, sino all'aggiudicazione definitiva, sono illegittimi per violazione e falsa applicazione dell'art. 25, comma 1, del d. lgs. 157/1995 e dell'art. 10 del capitolato speciale.

La commissione di gara, per escludere la necessità della verifica, nella seduta del 15 dicembre 2004 ha fatto riferimento a diverse argomentazioni.

In primo luogo, essa *“rileva propriamente l'erronea interpretazione dello stesso capoverso dell'art. 10 del capitolato speciale”* che dispone la verifica sempre ed a prescindere dal numero e valore delle offerte. Si è già cercato nella prima censura di dimostrare che questa previsione del capitolato speciale, al contrario di quanto ritiene la commissione, imponeva di considerare anomala l'offerta Medicasa e di compiere quindi una rigorosa verifica.

Sul punto, dunque, la motivazione è viziata per violazione e falsa applicazione del capitolato speciale nonché dell'art. 25, 1° comma, del d. lgs. 157/1995, con conseguente vizio derivato di tutti gli atti successivi.

- III -

Dopo aver enunciato la propria interpretazione del capitolato, nel verbale del 15 dicembre 2004 la commissione prosegue con alcune valutazioni di merito che, a suo giudizio, escluderebbero ulteriormente la necessità di una verifica.

La prima di queste ulteriori ragioni - esposta al punto 1) del verbale in esame - è il fatto che l'importo era superiore all'importo presunto nel bando. Ciò, di per sé, secondo la commissione escluderebbe l'anomalia: *“Gli importi presunti d'appalto sono già verificati per la parte pubblica al momento dell'indizione della gara e ritenuti sufficienti per la realizzazione dell'impianto progettuale. Per la parte privata, sono immediatamente impugnabili con la pubblicazione del bando”*.

L'erroneità di entrambe queste asserzioni è evidente.

Quanto all'assioma secondo cui l'importo presunto sarebbe già stato verificato dalla Azienda Usi al momento del bando, si è già detto che ciò non risulta da alcun elemento agli atti. Anche su questo passo della motivazione, dunque, si

rinvia a quanto esposto nel primo motivo d'impugnazione, da cui emerge l'erroneità ed apoditticità dell'argomento utilizzato per giustificare gli atti impugnati.

Quanto poi al fatto che le imprese avrebbero avuto l'onere d'impugnare immediatamente l'importo presunto dal bando, anche questa asserzione è totalmente errata. Un onere d'impugnazione sarebbe stato ipotizzabile solo se il bando avesse escluso offerte d'importo superiore a quello presunto, così vincolando le partecipanti e obbligandole a offerte economicamente insostenibili. Ma poiché così non è e la CTR - così come, del resto, la stessa Medicasa - confida di potersi aggiudicare la gara pur avendo offerto un importo superiore a quello originariamente presunto dall'amministrazione, non si comprende davvero quale interesse avrebbe legittimato chicchessia ad impugnare il bando, nella parte in cui questo indicava (ancorché in modo poco realistico) l'importo presunto del servizio.

Anche questa parte della motivazione è quindi illegittima per palese irragionevolezza ed erroneità ed estende la sua illegittimità agli atti successivi, sino all'aggiudicazione definitiva.

- IV -

Al punto contrassegnato con il n. 2) del verbale del 15 dicembre 2004, la commissione giustifica la mancata verifica anche per la seguente ragione: *"L'aggiudicazione è stata disposta in favore dell'offerta economicamente più vantaggiosa in relazione ai punteggi ottenuti dalla sommatoria dei valori assunto dai parametri di qualità-prezzo. Il giudizio di congruità non può pertanto prescindere da una valutazione complessiva dell'offerta presentata"*.

È un po' difficile, onestamente, impugnare questa parte della motivazione, non essendo semplice decifrarla; salvo che non sia sufficiente, come noi riteniamo, limitarsi a rilevarne l'indecifrabilità.

Per quanto è dato di comprendere, comunque, sembra che la commissione stia sostenendo che, poiché l'aggiudicazione è avvenuta con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la congruità dell'offerta di Medicasa è implicita nel fatto che quella stessa offerta abbia ottenuto il punteggio maggiore, mediante la somma dei punti relativi ai parametri di qualità-prezzo.

Se questo è davvero il senso di questa affermazione, essa, naturalmente, prova troppo: se così fosse, non esisterebbe mai il problema dell'anomalia, quando l'aggiudicazione è avvenuta con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa o con l'appalto concorso.

La verità è che i due piani devono rimanere assolutamente distinti ed autonomi: tanto è vero che, per un principio secolare recepito anche nel capitolato della gara in esame (si veda l'art. 10, pag. 20, del capitolato speciale, secondo cui la presenza di costi nel progetto tecnico è motivo d'esclusione), l'offerta tecnica non deve contenere alcun riferimento o rinvio a quella economica. Un'offerta può ottenere il punteggio più elevato e, ciononostante, essere anomala. Proprio per questo, la partecipante che si è classificata al primo posto può ottenere l'aggiudicazione solo a condizione che la sua offerta economica sia congrua e sostenibile. Se l'offerta appare anomala, l'aver ricevuto il punteggio maggiore non la sottrae certo dall'obbligo della verifica.

La Medicasa ha vinto la gara solo perché - pur avendo meritato un punteggio inferiore sul piano tecnico - ha ottenuto il massimo di quaranta punti per l'offerta economica, automaticamente assegnato all'offerta più bassa. Non si comprende davvero come, da questi fatti, possa logicamente desumersi che l'offerta non è anomala, come sembra aver fatto la commissione con il punto 2) del verbale del 15 dicembre 2004.

Anche questo passaggio della motivazione è viziato per palese illogicità e irragionevolezza, oltre che per violazione e falsa applicazione dei principi in materia d'anomalia delle offerte e d'aggiudicazione secondo il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

- V -

Il punto 3) del verbale del 15 dicembre 2004 affronta, finalmente, il problema di rilevanza centrale, e cioè il costo orario onnicomprensivo delle diverse figure professionali impiegate per l'assistenza domiciliare integrata.

Proprio questo è il punto più importante che doveva condurre senz'altro a considerare anomala l'offerta di Medicasa. Purtroppo, però, la commissione affronta questo elemento decisivo in modo superficiale ed erroneo.

Dopo aver correttamente rilevato che la notevole differenza tra le due offerte economiche è sostanzialmente imputabile ai diversi "prezzi orari onnicomprensivi per ciascuna figura professionale per tutti gli accessi diretti all'utenza", il verbale così prosegue, per asseverare la correttezza dei costi indicati dalla controinteressata: "Il confronto può essere assunto in virtù dei dati ufficiali in possesso dell'azienda (applicazione contratti di comparto). Assumendo alcuni tra i valori più rappresentativi riferiti al maggior numero degli accessi/anno, può essere affermata la congruità dell'offerta Medicasa Italia considerando la remunerazione base dovuta ad eventuali quote per spese di gestione del personale, mentre risulterebbe apparentemente non giustificata l'offerta economica della ditta CTR appositamente raggruppata.

Esempio infermiere professionale specializzata:

offerta Medicasa:	costo accesso € 23,00	durata 60 min
offerta CTR	costo accesso € 38,79	durata 60 min

personale ASL costo accesso € 14,90 durata 60 min

Esempio infermiere professionale:

offerta Medicasa: costo accesso € 22,50 durata 60 min

offerta CTR costo accesso € 28,49 durata 60 min

personale ASL costo accesso € 13,80 durata 60 min

Esempio terapisti riabilitazione/logopedisti

offerta Medicasa: costo accesso € 45,00 durata 60 min

offerta CTR costo accesso € 23,91 durata 60 min

personale ASL costo accesso € 11,17 durata 60 min".

Su queste premesse, la Commissione conferma la proposta d'aggiudicazione a Medicasa, "seppure con la seguente limitazione evidenziata dalla disamina degli atti: il costo d'accesso dei farmacisti appare eccessivamente basso".

Se si considera che il costo d'accesso dei farmacisti (considerato ingiustificatamente basso dalla commissione) incide nell'offerta Medicasa per € 104.000, mentre in quella della CTR è stato stimato in ben € 247.742,56, già l'ultimo inciso del verbale sopra riportato, da solo, avrebbe dovuto imporre la sottoposizione a verifica dell'offerta della controinteressata.

Per questa parte, l'atto impugnato e tutti quelli successivi sono illegittimi per violazione dell'art. 25, comma 1, del d. lgs. 157/1995 e per illogicità, non avendo tratto dalla premessa (accertamento del carattere anormalmente basso dell'offerta, almeno per un importante elemento costitutivo) la conseguenza necessaria in virtù delle norme di legge e di capitolato (sottoposizione a verifica dell'offerta stessa).

- VI -

Ma il vizio dell'atto che ha escluso la necessità di verifica è ben più radicale e non si limita alla questione del costo dei farmacisti.

Intanto, una premessa: qui di seguito non si vuole certo che il giudice si sostituisca all'amministrazione nel compiere le valutazioni tecnico-discrezionali a quest'ultima demandate. Ma nel caso in oggetto siamo in presenza di gravissimi vizi logico-giuridici della motivazione, ravvisabili ictu oculi e tali da travolgere tutti gli atti impugnati.

Il punto 3) del verbale del 15 dicembre 2004 inizia ricordando che la differenza sostanziale tra le due offerte economiche è legata alla voce B1 - Servizi ed accesso all'utente. Si tratta dell'oggetto essenziale dell'appalto per l'assistenza domiciliare integrata, che incide per circa il 75 % sul totale (per Medicasa € 1.409.283,00, contro 2.062.243,20 per la CTR).

Il verbale prosegue segnalando - anche qui, con condivisibile precisione - che i relativi prezzi non dipendono esclusivamente dal costo del lavoro (che pure incide in misura certo importante) ma "sono individuati nei prezzi orari onnicomprensivi per ciascuna figura professionale per tutti gli accessi diretti all'utenza".

Ciò significa che l'importo richiesto per ogni accesso orario dev'essere necessariamente più elevato, rispetto al solo costo del lavoro. Esso deve infatti ricomprendere tutto quanto necessario per l'accesso al domicilio del paziente e per l'espletamento del servizio.

Tra questi costi, il capitolato speciale elenca, in primo luogo, la fornitura di tutto il materiale utilizzato nel trattamento domiciliare (art. 3, penultimo comma, a pag. 9). Inoltre, il costo orario onnicomprensivo deve anche tener conto degli oneri indicati dall'art. 4, quint'ultimo comma (pag. 10): trasferimenti, automezzi, materiali ed attrezzature di cui all'allegato A e B, e di ogni altro onere di capitolato tra i quali, naturalmente, si devono considerare anche quelli relativi alla sicurezza dei lavoratori (come previsto anche dall'art. 6 del capitolato speciale) e, inoltre, le

spese generali e il margine di utile d'impresa.

Soffermiamoci per un momento sui costi necessari per giungere al domicilio dei pazienti.

La circoscrizione territoriale della Asl n. 7, in virtù dell'art. 1 comma 2 della l. r. 5/1995, coincide con quello delle vecchie Usl n. 16 e n. 17. A sua volta, come risulta dall'allegato A alla l. r. 13/1981, le circoscrizioni di queste due Usl andavano da Sant'Anna Arresi a Buggerru, da Carloforte a Siliqua. Per la precisione, la Usl 16 comprendeva i comuni di Buggerru, Domusnovas, Fluminimaggiore, Gonnese, Iglesias, Musei, Siliqua e Villamassargia, mentre la Usl n. 17 ricomprendeva il territorio comunale di Calasetta, Carloforte, Giba, Masainas, Nuxis, San Giovanni Suergiu, Sant'Anna Arresi, Santadi, Sant'Antioco, Teulada, Tratalias, Perdaxius, Villaperuccio, Carbonia, Narcao, Portoscuso.

Il trasporto e lo spostamento degli psicologi, degli infermieri, dei farmacisti, dei terapisti eccetera sino al domicilio dei pazienti, distribuiti per un territorio così esteso, comporta costi certamente sensibili e, comunque, richiede un tempo ulteriore, oltre a quello in cui la prestazione assistenziale è concretamente effettuata. Questa non è certo un apprezzamento riservato al merito, ma una semplice constatazione dettata dalle cose e dalla carta geografica.

Eguale consentita, in sede di controllo di legittimità, è la considerazione secondo cui - se si vogliono rispettare i contratti collettivi - questo tempo di spostamento dovrà essere compensato agli operatori, essendo pur sempre tempo di lavoro, così come dovranno essere compensate le missioni chilometriche o la messa a disposizione di un'auto di servizio, con ulteriori costi aggiuntivi.

Del resto, oltre ad essere una necessità logica, la considerazione dei tempi di trasporto è richiesta sia dal capitolato tecnico, sia dalle *Linee di indirizzo per la*

riorganizzazione dell'attività di Assistenza Domiciliare Integrata nelle Aziende Usl della Sardegna, approvate con delibera di giunta regionale n. 17/16 del 22.5.2001 (doc. 13). Si veda la nota in calce alla tabella Allegato B, nell'ultima pagina della delibera in questione, secondo cui *"per le figure professionali la cui prestazione è conteggiata in termini di ora (...) si precisa che il tempo indicato ricomprende sia le fasi relative agli spostamenti necessari per raggiungere il domicilio del paziente, sia lo svolgimento di attività generali"*. Queste linee di indirizzo sono specificamente richiamate dal capitolato speciale (si veda il rinvio alle indicazioni contenute nelle linee guida della regione a pag. 2 ed all'art. 1).

Anche con la miglior organizzazione del lavoro, un'offerta che non tiene conto degli spostamenti necessari è assolutamente ed evidentemente viziata: basti pensare al solo caso degli accessi all'isola di Carloforte, per comprendere come questa voce sia importante.

Considerata la grande estensione territoriale della Asl n. 7, non è ragionevole - e dunque dev'essere escluso, anche in sede di giudizio di legittimità - ipotizzare un costo di spostamento pari a zero. Al contrario, per ogni accesso al domicilio del paziente, non si può prevedere un tempo d'accesso medio che sia inferiore ad almeno quindici-venti minuti per ciascun intervento d'assistenza domiciliare.

In definitiva, tutto questo significa che se un intervento dura un'ora, il tempo di lavoro in cui gli operatori sono impegnati (e, quindi, devono essere pagati) è superiore di almeno un terzo rispetto allo stretto tempo d'intervento. Questo ragionamento incide ancor più per gli interventi più brevi: per un accesso domiciliare di quindici minuti, occorre considerare più del doppio come ulteriore tempo di spostamento e, quindi, come costo da sostenere.

Un altro costo del quale occorre tener conto, per specifica previsione

contenuta nella l. 327/2000, è quello inerente alla sicurezza dei lavoratori. Nella nostra materia, questo costo incide sia durante i viaggi necessari per l'accesso, sia durante gli accessi stessi (assicurazioni, abiti e scarpe di lavoro, strumenti e tutele per evitare incidenti nell'utilizzo dei farmaci).

Ancora, si ricorda che il capitolato pone a carico dell'aggiudicatario la fornitura dei materiali e delle attrezzature necessarie per l'assistenza. Anche questi costi dovevano essere considerati dalle partecipanti ed inclusi nell'importo onnicomprensivo per tempo di assistenza.

Infine, occorre considerare le spese generali e gli utili d'impresa.

Quanto alle spese generali, queste in parte sono direttamente inerenti al servizio (e possono essere suddivise in spese fisse, quali quelle per il contratto, per la cauzione, per le assicurazioni delle auto impiegate durante il servizio, e spese variabili, tra le quali la fornitura dei materiali d'uso per l'assistenza) e in spese generali di sede. Solo per elencare alcune tra le più importanti spese generali di sede (e quindi, ad esclusione di tutte le spese generali direttamente inerenti al servizio) si pensi ai costi del personale amministrativo in servizio presso le diverse sedi della società, agli affitti, ai canoni, alle utenze di vario genere, alle spese telefoniche, alle spese di rappresentanza, pubblicitarie, alle spese postali, agli ammortamenti degli immobili, al mantenimento ed ai compensi degli organi amministrativi, alle assicurazioni a tutela del patrimonio societario e a copertura della responsabilità civile, alla pulizia, alle spese legali, alle consulenze e prestazioni di commercialisti, consulenti del lavoro e avvocati. Tra le spese generali rientrano inoltre anche gli oneri tributari, tra i quali l'IRPEG e l'IRAP.

Ogni commessa deve contribuire a pagare una percentuale di tali costi generali che, in mancanza, non si saprebbe come debbano essere affrontati.

Riassumendo, è difficile che le spese generali di un appalto possano essere inferiori ad almeno il 10 % del totale e, in realtà, spesso superano il 15 %.

Quanto all'utile d'impresa, più volte la giurisprudenza ha affermato che la previsione di un utile inesistente o comunque irrisorio giustifica l'esclusione di un'offerta.

* * *

Il costo onnicomprensivo indicato nelle offerte economiche, dunque, non solo non può essere inferiore al costo del lavoro ma dev'essere sensibilmente più alto, per consentire di coprire gli oneri complessivi del servizio.

Comunque, il primo e più oggettivo parametro per verificare la serietà delle offerte è dato proprio dal costo del lavoro, al quale occorrerà poi sommare tutti i costi attinenti agli oneri ulteriori, previsti dal capitolato e dalle norme vigenti.

Secondo l'art. 1, comma 1, della l. 327/2000, *"nella valutazione, nei casi previsti dalla normativa vigente, dell'anomalia delle offerte nelle procedure di affidamento di appalti di lavori pubblici, di servizio e di forniture, gli enti aggiudicatori sono tenuti a valutare che il valore economico sia adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro come determinato periodicamente, in apposite tabelle, dal Ministro del lavoro e della previdenza sociale, sulla base dei valori economici previsti dalla contrattazione collettiva stipulata dai sindacati comparativamente più rappresentativi, delle norme in materia previdenziale ed assistenziale, dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali"*. Il comma 2 prevede che, in mancanza di CCNL, si debba far riferimento al contratto stipulato dalle organizzazioni sindacali più rappresentative per il settore merceologico più vicino. Il comma 3 contiene un'altra importante precisazione: *"Nella valutazione dell'anomalia delle offerte, ..., gli enti aggiudicatori sono tenuti altresì a considerare i costi relativi alla*

sicurezza, che devono essere specificamente indicati e risultare congrui rispetto all'entità e alle caratteristiche dei servizi o delle forniture".

Secondo il successivo comma quattro del medesimo articolo, *"Sono considerate anormalmente basse ai sensi e per gli effetti di cui all'articolo 25 del decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157, le offerte che si discostino in modo evidente dai parametri di cui ai commi 1, 2 e 3".*

Per le cooperative sociali, le vigenti tabelle previste dal primo comma dell'articolo sopra riportato sono state riportate con D. M. 15.9.2004 (doc. 14), pubblicato sulla G. U. n. 241 del 13.10.2004. È notorio che i contratti delle cooperative sociali sono meno costosi rispetto a quelli operanti per altri tipi d'impresе (nel caso di specie, i CCNL delle case di cura private). La relativa tabella indica dunque i costi del lavoro più bassi oggi compatibili con il rispetto dei contratti collettivi.

Esaminiamo alcune voci.

Gli infermieri professionali non specializzati sono inquadrati, secondo gli articoli 47 e 77 del CCNL per le cooperative sociali del 26.5.2004 (doc. 15), al sesto livello con indennità professionale sanitaria. Secondo la tabella ministeriale, a partire dal mese di novembre 2004 il costo orario minimo di riferimento per questi lavoratori è di € 20,22. Nell'offerta Medicasa, il costo **onnicomprensivo** dell'accesso orario (comprendente quindi, oltre al costo del lavoro, anche tutti gli altri oneri connessi al servizio, su cui si è detto poc'anzi) per gli infermieri professionali è di € 22,50. I costi per gli accessi di durata inferiore - quindici, trenta o quarantacinque minuti - sono stati calcolati in misura rigorosamente proporzionale e ammontano, rispettivamente, a € 5,62, € 11,25 ed € 16,88.

Poiché ogni accesso comporta costi, quali quelli di trasporto o quelli relativi

ai materiali impiegati, che non sono affatto proporzionali alla durata dell'intervento, già questa stima di Medicasa, di per sé, è sicuramente erronea e doveva indurre l'amministrazione a verificare l'offerta.

In tutti i casi, dando per fisso il costo orario del lavoro, nell'offerta Medicasa si prevedono poco più di due euro per tutti i costi aggiuntivi.

La CTR, per la stessa categoria, ha stimato un costo orario di € 28,49. Inoltre, per l'accesso di quindici minuti non si è limitata a dividere per quattro l'importo dell'offerta oraria, ma ha stimato € 16,79: oltre la metà del costo orario, a fronte di € 5,62 stimata da Medicasa.

Prendiamo in esame un'altra categoria. Per gli infermieri generici (quinto livello contrattuale), la tabella ministeriale prevede un costo orario medio di € 17,11. L'offerta Medicasa prevede € 20,50 per l'accesso orario, e di soli € 18,50 per ciascuna ora eccedente la prima. Anche qui, il costo degli accessi più brevi è indicato proporzionalmente, € 15,38 per quarantacinque minuti, € 10,25 per trenta e € 5,12 per quindici minuti. La CTR, dal canto suo, ha invece previsto come costo per un'ora - comprese le ore aggiuntive - € 24,82 e per quindici minuti d'intervento € 14,58.

Ancora più evidente è l'anomalia con riguardo agli operatori socio-sanitari (quarto livello del CCNL). A fronte di un costo medio tabellare di € 16,10, Medicasa prevede solo € 16,00: meno del solo costo del lavoro, anche senza considerare l'insieme degli ingenti oneri ulteriori che si sarebbero dovuti calcolare ed inserire nel costo onnicomprensivo. Per di più anche qui, come al solito, i costi per gli accessi di quindici minuti sono stimati in soli quattro euro, come se l'operatore socio-sanitario si teletrasportasse al domicilio dei pazienti.

La cooperativa CTR, per questa voce, ha invece previsto € 24,82 per un'ora

ed € 14,58 per quindici minuti.

Il caso però più eclatante, così come del resto è stato riconosciuto dalla stessa commissione di gara, è quello che riguarda i farmacisti, inquadrati nel CCNL all'ottavo livello, con un costo orario medio, secondo la tabella ministeriale, di € 22,07.

Ebbene, a fronte di questo costo tabellare, alla voce B2 dell'offerta economica la Medicasa prevede un costo (comprensivo anche di tutti gli oneri aggiuntivi più volte ricordati) di € 500 settimanali / 38 ore = € 13,16 orari: poco più della metà del costo medio indicato dal decreto ministeriale ai sensi dell'art. 1 della l. 327/2000. Si tratta, con tutta evidenza, di un costo anormalmente basso che si discosta enormemente dai parametri di cui alle tabelle ministeriali approvate ai sensi della l. 327/2000, cosa che - secondo la medesima legge - imponeva la verifica della congruità dell'offerta.

* * *

A questo punto, non si può far a meno di rilevare che i numeri dati dalla commissione nel prospetto inserito nel punto 3) del verbale del 15 dicembre 2004 sono certamente erronei, per non dire che sono totalmente campati in aria. L'unica spiegazione che si può dare, per dare un qualche senso a quelle cifre, è che la commissione abbia commesso l'errore di non dividere il costo annuale del lavoro per le 1578 ore mediamente lavorate in un anno (come si deve fare e come, del resto, è chiaramente indicato nel decreto ministeriale sopra menzionato) ma per tutte le 1976 ore teoricamente lavorabili in un anno.

Del resto, se quelle cifre non fossero palesemente sbagliate, si dovrebbero addirittura spedire gli atti alla corte dei conti, davanti alla quale sarebbe difficile

spiegare perché mai la Asl, per esempio, pur asserendo di poter garantire il servizio di riabilitazione domiciliare con un costo orario di € 11,17 - come ha affermato la commissione - ne voglia spendere addirittura 45,00 per far svolgere da terzi il medesimo servizio.

La verità è che le cifre sulla cui base la commissione, nel verbale del 15 dicembre 2004, ha comparato i costi orari medi del lavoro sono completamente strampalate e, per di più, non tengono conto, come avrebbero dovuto fare, di tutti gli ulteriori oneri aggiuntivi dell'appalto.

* * *

Concludiamo.

Con la presente censura non si vuole convincere nessuno - almeno in questa sede - che i conteggi sulla cui base la cooperativa CTR ha determinato i costi orari onnicomprensivi siano corretti, mentre quelli di Medicasa sono sbagliati ed insufficienti. Questa è una valutazione tecnico-discrezionale che non si pretende formi oggetto della pronunzia del TAR e sarà invece materia di lavoro per la commissione che dovrà verificare l'anomalia.

Ma pur rimanendo rigorosamente nell'ambito del sindacato di legittimità, quanto detto sin qui sembra dimostrare inequivocabilmente che l'applicazione delle norme di legge che regolano la materia (ed in particolare dell'art. 25 del d. lgs. 157/1995 e dell'art. unico della l. 327/2000), del capitolato speciale e, prima ancora, di elementari parametri di logica e ragionevolezza dovevano imporre la verifica dell'offerta di Medicasa.

Questa, infatti, non solo è enormemente inferiore rispetto a quella della CTR - cosa che, già di per sé, sarebbe stata sufficiente per disporre la verifica - ma soprattutto è fortemente sospetta, ictu oculi, di essere esageratamente bassa. Dal

confronto tra l'offerta avversaria e la conoscenza degli elementi essenziali del servizio emerge quanto meno la ragionevole possibilità - su cui sarebbe stato necessario disporre una verifica in contraddittorio - che l'offerta della controinteressata possa non essere idonea a garantire il rispetto delle condizioni minime contrattuali dei lavoratori, a far fronte alla fornitura dei materiali necessari e di tutti gli altri oneri di capitolato, a consentire lo spostamento degli operatori sino ai centri ove si trova il domicilio dei pazienti, a coprire i costi per la sicurezza dei lavoratori, a considerare adeguatamente le spese generali e a lasciare, infine, un ragionevole utile d'impresa.

Gli atti della commissione e tutti quelli successivi, sino all'aggiudicazione definitiva, devono essere annullati per non aver disposto tale verifica in contraddittorio, essendo viziati per violazione dell'art. 25 del d. lgs. 157/1995 e della l. 327/2000 e per eccesso di potere sotto il profilo del difetto d'istruttoria e della motivazione erronea, illogica e carente.

- VII -

La deliberazione n. 87/2005 cerca d'apportare ulteriori elementi a sostegno della decisione di non effettuare la verifica sull'anomalia dell'offerta Medicasa.

Secondo questa deliberazione, poiché l'offerta economica della ditta Medicasa Italia è di € 1.882.283,00, essa *"non può essere sottoposta a valutazione di anomalia in quanto ricompresa nel valore presunto del progetto d'appalto di € 1.700.000 + I.V.A."*. Questo argomento era già stato addotto dalla commissione di gara; anche l'atto in esame è viziato per la medesima ragione già evidenziata in precedenza. Si può aggiungere che mentre la commissione si era limitata a dire che la verifica non era necessaria, qui si arriva addirittura ad affermare - con errore ancora più grave - che essa sarebbe addirittura vietata (*"non può essere sottoposta*

a valutazione...”).

La motivazione continua affermando che lo scostamento tra l'offerta ed il valore indicativo dell'appalto sarebbe giustificato dal fatto che, rispetto al precedente, “il servizio richiesto in gara *amplia notevolmente in termini qualitativi e quantitativi la tipologia del servizio sino ad oggi espletato con l'inserimento di nuove figure professionali e servizi*”.

Proprio questo è il punto essenziale: la nuova gara “*amplia notevolmente*” gli oneri a carico dell'aggiudicatario, rispetto a quanto previsto dalle attuali condizioni di gestione del servizio (gestione che è effettuata, come già rilevato, proprio dalla CTR). Nel 2004, sulla base delle precedenti condizioni di gestione, sono state emesse fatture per circa € 1.750.000 oltre IVA, sulla base dei prezzi che erano stati stabiliti alcuni anni or sono e di obblighi complessivi notevolmente inferiori a quelli della nuova gara.

Come da questa premessa l'amministrazione possa logicamente desumere, senza bisogno di alcuna verifica, che l'offerta di Medicasa - superiore al fatturato 2004 del precedente servizio solo per circa centomila euro - sia congrua per far fronte al *notevole ampliamento qualitativo e quantitativo* determinato dal nuovo capitolato, è cosa poco comprensibile e certamente erranea.

Nessuna istruttoria è mai stata disposta per verificare quali costi aggiuntivi, rispetto al precedente capitolato, possano essere connessi ai nuovi oneri imposti all'aggiudicatario. Proprio così si spiega che l'importo presunto fosse così modesto, rispetto agli effettivi costi ricollegati al servizio messo in gara. Nulla, dunque, consente oggi di credere che quel cinque per cento, offerto da Medicasa in più rispetto ai costi del vecchio capitolato, sia davvero congruo e sostenibile.

Questa parte della motivazione - oltre a rivelare, proprio nel momento in cui

ammette la maggior gravosità del nuovo appalto, l'ulteriore vizio consistente nell'assoluto difetto di un'istruttoria diretta a verificare in che misura il servizio sia più gravoso e, quindi, quando un'offerta possa essere considerata non anormalmente bassa - è certamente apodittica, poco seria e rigorosa, completamente erronea.

Né il punto successivo della motivazione giustifica meglio il ragionamento dell'amministrazione. Secondo l'atto impugnato, *"la congruità dell'offerta è peraltro acclarata dalla seconda offerta valutata in sede di gara che ammonta a € 2.730.249,98"*.

La logica direbbe esattamente il contrario.

L'ingentissima differenza tra le due offerte, lungi dal dimostrare la congruità di quella più bassa, induce semmai a dubitare ulteriormente della serietà di quest'ultima.

La verità è che, in questo punto della motivazione, l'amministrazione si sta preoccupando solo di giustificare l'aggiudicazione ad un prezzo superiore a quello originariamente (ed erroneamente) presunto; ma per tutte le ragioni sin qui evidenziate, il problema è semmai quello opposto, di giustificare perché, pur in presenza d'una differenza così abissale rispetto all'altra offerta e di un ingente aumento dei costi rispetto al passato, non si sia voluta verificare l'offerta di Medicasa.

In definitiva, la deliberazione impugnata - oltre ad essere travolta in via derivata per l'illegittimità degli atti della commissione - è anche autonomamente viziata per eccesso di potere e per violazione e falsa applicazione delle stesse norme di legge indicate nella precedente censura.

- VIII -

L'accoglimento dei motivi d'impugnazione sin qui esposti condurrebbe

all'annullamento dell'aggiudicazione ed alla riapertura del procedimento, per consentire l'esame delle giustificazioni della Medicasa sulla propria offerta anomala.

La CTR confida nel fatto che sarà assolutamente impossibile che Medicasa sia in grado di giustificare la propria offerta. L'accoglimento delle suddette censure, nella sostanza, è dunque pienamente soddisfacente degli interessi che muovono la ricorrente.

Solo in via subordinata, per l'ipotesi - che, invero, appare improbabile - che tutti i motivi d'impugnazione sin qui esposti fossero disattesi, la CTR segnala anche ulteriori vizi che comportano l'integrale annullamento degli atti di gara.

Nella seduta dell'8 ottobre 2004 la commissione, in seduta pubblica, ha dato atto dell'apertura delle buste contenenti il progetto tecnico.

Il verbale dell'8 ottobre 2004, con riguardo all'offerta di Medicasa, così si esprime: *"la documentazione presentata dalla ditta Medicasa è completa, così pure sono accertati la sussistenza dei requisiti minimi di partecipazione ed il progetto tecnico"*.

Se questa formulazione può ingenerare qualche dubbio interpretativo (potrebbe pensarsi che la commissione si sia limitata a verificare l'esistenza della busta contenente l'offerta tecnica, senza aprirla), ogni incertezza si dilegua proseguendo nella lettura, quando si passa all'esame dell'offerta della CTR: *"Tutta la documentazione è regolarmente presentata compresa in ogni sua parte il progetto tecnico e composto da n. 9° fascicoli e relativi fogli controfirmati dalla Commissione e dai presenti. Per la Medicasa si contano 21 fascicoli e relativi fogli controfirmati dalla Commissione e presenti"*.

Nella successiva seduta del 25 ottobre 2004, a buste già aperte ormai da più

di due settimane, la commissione "predetermina prima dello svolgimento dei lavori il punteggio da attribuire a ciascun elemento di giudizio".

È superfluo sottolineare che i criteri, per essere *predeterminati*, devono essere fissati prima, e non dopo l'apertura delle buste con le offerte tecniche.

La commissione ha probabilmente ritenuto che predeterminare i criteri significhi stabilirli prima d'aver materialmente iniziato ad esaminare le offerte tecniche, anche se le buste sono state ormai aperte.

Non si vuole mettere in discussione, naturalmente, la buona fede soggettiva dei commissari. Questi, prima di determinare i criteri, magari hanno davvero cercato di astenersi anche da una semplice sbirciata di curiosità alle offerte dei concorrenti, per non farsi influenzare nel momento in cui avrebbero dovuto *predeterminare* i criteri; senza voler considerare, naturalmente, l'occhiata che è stato strettamente necessario posare sulle offerte, nel momento in cui esse sono state controfirmate dai commissari.

Al di là di qualunque valutazione sulla buona fede dei commissari, qui è però in gioco un principio di certezza e di trasparenza, assolutamente incompressibile, in virtù del quale non può essere ammesso, in alcun modo e per nessuna ragione, che i criteri siano stabiliti dopo l'apertura delle buste.

Tutti gli atti successivi a tale apertura sono quindi viziati per violazione e falsa applicazione di elementari principi in materia di procedimenti concorsuali.

- IX -

Peraltro, per completare il quadro, quei criteri predeterminati non sono stati allegati ai verbali e non risultano formalizzati da nessuna parte. Essi si sono volatilizzati: non sembra che agli atti ne sia rimasta traccia. Non si è quindi in grado di comprendere in cosa essi consistessero e, ancor meno, di verificare se e come essi

siano stati correttamente applicati nell'esaminare le offerte.

Si deve ricordare che il capitolato, all'art. 10, punto B) - *DESCRIZIONE PROGETTO TECNICO* (pagg. 19 e seguenti), si limita a stabilire alcuni parametri di larga base, stabilendo i punteggi massimi per ciascun parametro. Ad esempio, per il sistema organizzativo si potevano assegnare sino a 15 punti, per le metodologie tecnico-operative sino a 10, per gli strumenti e attrezzature utilizzate sino a 5, per l'esperienza sino a 8 punti e così via. Questi parametri di massima avevano sicuramente necessità d'essere articolati in criteri di dettaglio, la cui predisposizione doveva essere compito della commissione prima dell'apertura delle offerte tecniche; del resto, a riprova di ciò, la stessa commissione, il 25 ottobre 2004, ha affermato la necessità di questa predeterminazione di criteri integrativi.

Fermo restando il vizio già dedotto poc'anzi, secondo cui detti criteri si dovevano stabilire a buste chiuse, la mancata predisposizione di essi, o la loro scomparsa dagli atti o, comunque, l'impossibilità di comprendere come di fatto essi (anche ammettendosene l'esistenza) siano stati applicati alle offerte vizia ulteriormente, sotto autonomi profili di eccesso di potere, tutti gli atti impugnati.

Poiché poco più di 7 punti su un totale di 86 dividono le offerte, questo vizio - che comunque è decisivo, a prescindere dai concreti punteggi attribuiti - nel caso di specie appare ancora più grave e determinante.

- X -

Pur ignorando i criteri fissati dalla commissione - criteri che, ove risultassero davvero esistenti e conoscibili, la CTR si riserva d'impugnare con motivi aggiunti - dalla lettura dei giudizi tecnici in calce al verbale della seduta riservata del 25 ottobre 2004 emerge senz'altro l'illogicità ed ingiustizia dei punti attribuiti alle due concorrenti.

In realtà, a questo punto e considerati i vizi sin qui esposti, sembra quasi superfluo contestare puntualmente le valutazioni della commissione. Solo per completezza, si devono però segnalare almeno alcuni dei punti in cui il giudizio appare più palesemente censurabile.

Ad esempio, con riguardo all'elemento *Esperienza consolidata nel settore specifico* (punteggio massimo 8 punti), alla CTR si danno 4 punti con la seguente motivazione: "*Indica n° 13 esperienze di assistenza domiciliare sanitaria e sociosanitaria nel territorio della regione Sardegna*". Alla Medicasa si attribuisce invece il massimo di 8 punti con la seguente motivazione: "*Indica numerose esperienze di servizi sanitari e socio sanitari a livello nazionale*".

Quante sono le *numerose esperienze*? sono più o meno di tredici? E comunque, perché a 13 esperienze (che non sono certo poche) si assegnano proprio quattro punti e non due, o sette, o qualunque altro punteggio?

In precedenza, nella prima scheda di valutazione relativa alla voce *Sistema organizzativo di fornitura del servizio* (punteggio massimo 15 punti) alla CTR sono attribuiti 12 punti con il seguente giudizio finale: "*POSITIVITÀ:*

- migliore progetto tecnico del processo, pienamente soddisfacente e rispondente alle indicazioni del capitolato; la direzione sanitaria del sistema resta in capo alla Azienda Usl; - migliore sistema di qualità con l'obiettivo di conseguire la certificazione di qualità dell'ADI aziendale; - migliore completa dotazione della dotazione fisica del sistema informatizzato

NEGATIVITÀ:

- progetto del processo un pò scarno in alcune fasi di descrizione delle procedure".

A Medicasa, per la medesima voce, è stato assegnato solo un punto in meno, con il seguente giudizio:

"POSITIVITÀ:

- migliore ipotesi di formazione continua degli operatori e medici MMG; - migliore ipotesi di sistema di controllo, procedure e grado di soddisfazione dell'utenza.

NEGATIVITÀ:

- progetto tecnico del processo non pienamente rispondente alle indicazioni di capitolato che evidenzia una carenza di personalizzazione alle esigenze prospettate dal capitolato e con interferenza dei momenti sanitari decisionali con le competenze primarie del settore di competenza della Azienda; - progetto informatizzazione non chiaro e definito per quanto concerne l'hardware; - lo schema operativo non definisce i rapporti con il servizio farmaceutico territoriale ed il servizio trasporto farmaci e rifiuti".

Riassumendo, la commissione dice che il progetto della CTR è pienamente soddisfacente e risponde totalmente al capitolato. Esso consente che la direzione - come previsto dal capitolato stesso - rimanga saldamente nelle mani dell'amministrazione; ha un miglior sistema di qualità; garantisce una completa dotazione del sistema informatico. È solo un po' scarno nella descrizione di alcune fasi delle procedure.

Al contrario, sempre secondo il giudizio riportato, il progetto tecnico Medicasa non risponde alle indicazioni del capitolato; non è personalizzato rispetto alle esigenze della Asl n. 7 della Sardegna ma (lo si dice nella scheda di valutazione) in più punti fa invece riferimento specifico alla situazione della Azienda usl di Brindisi 1 (!); comporta interferenze nei processi decisionali, invadendo le competenze che dovevano essere lasciate alla Asl; ha un progetto informatizzato non chiaro e definito; infine, ha uno schema operativo insufficiente nella definizione dei rapporti con il sistema farmaceutico ed il servizio di trasporto farmaci e rifiuti.

Da una lettura di questi due giudizi, non è davvero possibile comprendere perché mai tra le due offerte esista solo un punto di differenza. Al contrario, il divario tra i due progetti - soltanto limitandosi a prendere per buono quanto affermato dalla commissione - sembrerebbe ben più significativo. In tutti i casi, non esistono elementi idonei per ricostruire perché, dal confronto tra i rispettivi aspetti positivi e negativi, il punteggio finale sia stato proprio di 12 su 15 per l'una e di 11 per l'altra offerta.

I giudizi sono viziati per mancata predeterminazione dei criteri per l'esame delle offerte o, comunque, per mancata applicazione dei criteri stessi, ove questi esistano davvero. Comunque, sono illegittimi per carenza di motivazione, non essendo possibile ricostruire esaustivamente le ragioni del punteggio assegnato a ciascuna offerta tecnica.

Anche questo vizio travolge tutti gli atti derivati, sino all'aggiudicazione definitiva.

* * *

La ricorrente non conosce né l'offerta tecnica, né le dichiarazioni e i documenti allegati all'offerta di Medicasa.

Si deve fare quindi un'espressa riserva di proporre motivi aggiunti a seguito della piena conoscenza degli atti del procedimento.

PER QUESTI MOTIVI

si conclude per l'annullamento degli atti impugnati, con ogni consequenziale pronunzia, come per legge.

Si chiede inoltre che il TAR, ai sensi dell'art. 35 del d. lgs. 80/1998, voglia condannare l'amministrazione resistente a risarcire tutti i danni derivanti alla ricorrente in conseguenza degli atti impugnati, stabilendo i criteri in base ai quali

l'amministrazione dovrà proporre il pagamento di una somma, e voglia inoltre fissare un termine per l'offerta stessa, ferma restando la possibilità per la ricorrente, nel caso non venisse raggiunto un accordo con detta amministrazione, di proporre ricorso ex art. 27, comma 1, n. 4, T. U. 26 giugno 1924 n. 1054 per chiedere la determinazione della somma dovuta.

Si chiede sin d'ora che i suddetti criteri tengano conto sia del danno emergente (nel quale vanno considerate anche tutte le spese necessarie per partecipare alla gara), sia del lucro cessante.

Con ogni consequenziale pronunzia, anche in ordine alle spese del giudizio.

* * *

ISTANZA DI SOSPENSIONE

Sussistendone i presupposti, si chiede la sospensione degli atti impugnati.

Il fumus, nel caso di specie, appare particolarmente corposo, come emerge dai motivi d'impugnazione sopra esposti.

Quanto al danno, esso è certamente gravissimo. Tra l'altro, si deve ricordare che, attualmente, la CTR svolge il servizio. L'esecuzione degli atti impugnati - ancorché essi siano palesemente illegittimi - comporterebbe l'assegnazione alla controinteressata, nelle more della decisione, di un servizio che essa non ha titolo per gestire e che, inoltre, con la propria offerta anormalmente bassa non garantisce di poter assicurare correttamente. In tutti i casi, è evidentemente inopportuno che nel medesimo servizio, a pochi mesi di distanza, si succedano ripetutamente diverse imprese. Ad un primo passaggio di consegne conseguente all'aggiudicazione in favore di Medicasa, infatti, ove si ravvisasse l'anomalia della relativa offerta farebbe seguito un nuovo passaggio da Medicasa alla seconda classificata CTR.

Non solo nell'interesse della ricorrente, ma anche in quello degli utenti del

servizio e della stessa amministrazione resistente, si chiede quindi che il Tribunale sospenda qualunque atto d'esecuzione della gara, sino alla pronunzia nel merito.

Ove venissero accolte le censure che comportano l'annullamento integrale del procedimento, una volta che la controinteressata abbia (ingiustamente) iniziato a gestire il servizio, anche dopo aver perduto il giudizio essa si troverebbe egualmente in posizione di vantaggio in quanto, con ogni probabilità, sino ad espletamento di una nuova gara il servizio stesso le rimarrebbe provvisoriamente assegnato.

Considerata la gravità dei vizi del procedimento, tale posizione di vantaggio appare inaccettabile e si confida che la si vorrà impedire.

Peraltro, l'ingente danno derivante dalla ricorrente dall'illegittima aggiudicazione della gara alla Medicasa, anche dopo l'auspicata vittoria nel merito, non sarebbe risarcibile. Infatti, alla luce dell'attuale orientamento giurisprudenziale in materia di gare pubbliche, è verosimile che la semplice possibilità per la CTR di partecipare alla nuova gara (magari assieme a numerosi altri partecipanti e, comunque, in condizioni nuove e oggi non conosciute) possa essere ritenuta sufficiente per escludere qualunque diritto al risarcimento.

Nel caso di specie, dunque, ricorrono certamente quei presupposti d'estrema gravità ed urgenza che, ai sensi dell'art. 23 bis, comma 5, della l. 1035/1971, giustificano l'immediata adozione di provvedimenti cautelari.

Si confida quindi nell'accoglimento della presente istanza di sospensione.

* * *

Ai sensi dell'art. 14, comma 2, del DPR n. 115/2002, si dichiara che il valore della causa è indeterminato.

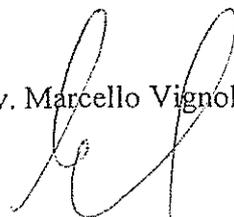
Cagliari, 6 marzo 2005

avv. Massimo Massa



pag. 33

avv. Marcello Vignolo



ITALIA
11-3-83
POSTE
CARBONIA
CENTRO

AV. MARCELLO VIGNOLO
AV. MASSIMO MASSA
Viale Marullo, 41 - 09123 CAGLIARI
Tel. 070/669248 - 671010 - Fax 663714

Documento composto di
n° 22 pagine

Il Responsabile del Servizio

ALLEGATO ALLA DETERMINAZIONE

N. 159 DEL 10 MAR 2005

IL DIRETTORE AMMINISTRATIVO

IL DIRETTORE DISTrettuale

