

CONSIGLIO DI STATO, SEZIONE 3  
SENTENZA 8 MAGGIO 2019, N. 2995  
DATA UDIENZA 14 MARZO 2019

INTEGRALE

APPALTO - GESTIONE DI N. 1 RESIDENZA SANITARIA ASSISTENZIALE DELL'A.S.P. - PROCEDURA APERTA -- CRITERI DI VALUTAZIONE DELLE OFFERTE - BANDO - ANNULLAMENTO - PRESUPPOSTI

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale

Sezione Terza

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 8793 del 2018, proposto da Co..Consorzio di Co. So. Si.-Po., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocato Pa. Di Ia., con domicilio digitale come da PEC indicata in atti;

contro

A.S.P. di Cosenza, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocato An. Ga., con domicilio digitale come da PEC indicata in atti e domicilio fisico presso il suo studio in Cosenza, via (...);

per la riforma

della sentenza in forma semplificata del Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria Sezione Seconda n. 1628/2018, del 26 settembre 2018, resa tra le parti, concernente il giudizio n. 1227/2018 Reg. Ric., con la quale era dichiarato inammissibile il ricorso per l'annullamento del bando di gara pubblicato nella procedura aperta per la gestione di n. 1 residenza sanitaria assistenziale dell'A.S.P. di Cosenza (denominata RSA di Caloveto), previa fornitura del mobilio, arredo e attrezzature sanitarie necessarie al funzionamento (C.I.G. 752870109C CUP);

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'A.S.P. di Cosenza;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 marzo 2019 il Cons. Solveig Cogliani e uditi per le parti gli Avvocati Le. Br. su delega dell'Avvocato Pa. Di Ia. e Er. Ma. Del Me. su delega dell'avvocato An. Ga.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

I - Con il ricorso di primo grado, il Consorzio odierno appellante censura i criteri di valutazione dell'offerta tecnica previsti dall'art. 21 del relativo disciplinare-capitolato di gara, poiché - asseritamente - nel richiamare quelli previsti dal comma 7, punto 7.2, della d.G.R. n. 695/2003, attribuirebbero "in modo avulso dal contesto dell'offerta, quasi l'intero punteggio unicamente ai requisiti soggettivi relativi alla mera esperienza pregressa del concorrente (ben 64 punti su 70 e i restanti 6 punti alla qualità e funzionalità degli arredi e delle attrezzature sanitarie e senza alcun criterio di valutazione per il progetto tecnico di utilizzo)" e, pertanto, sarebbero illegittime e anche irragionevoli, nonché immediatamente lesivi del principio di proporzionalità e della par condicio competitorum, in violazione del principio di massima partecipazione alle pubbliche gare.

Il bando, per quanto d'interesse, prevedeva:

- 70 punti per la qualità tecnica del servizio, da valutare sulla base dei seguenti elementi in ordine decrescente di importanza:

- a) 40 punti per capacità e merito tecnico documentato nella gestione di strutture destinate a servizi simili a quelli della gara;
- b) 24 punti per qualità del servizio in esperienze già maturate risultante da certificazioni di qualità rilasciate da enti certificatori, con riferimento alle norme UNI EN ISO 9001;
- c) 6 punti per qualità e funzionalità degli arredi e delle attrezzature sanitarie di cui si intende dotare la struttura;
- d) 30 punti per l'offerta economica, rappresentata dal canone offerto per la locazione dell'immobile.

Il prezzo a base d'asta era fissato dall'Azienda Sanitaria in Euro 150.000,00 annui.

Con il ricorso in appello, il Consorzio deduce l'erroneità della sentenza di prime cure, poiché le suesposte clausole, previste al comma 7, punto 7.2, della d.G.R. Calabria n. 695 del 2003, sarebbero le stesse utilizzate per l'affidamento del servizio di cui si discute nella precedente procedura di gara indetta nel 2014, poi revocata a seguito di preavviso di ricorso, proposto, anche in quella circostanza dal consorzio CO.SI.PO., con successiva delibera del direttore generale n. 253 del 28 gennaio 2015, con la quale la medesima A.S.P. avrebbe ammesso l'invalidità dei predetti elementi di valutazione anche alla luce di quanto ritenuto da questa Sezione, con la sentenza n. 7308 del 26 febbraio 2016.

Ritiene l'appellante che le clausole sarebbero da intendersi come immediatamente escludenti.

L'appellante invoca, dunque, la giurisprudenza del Consiglio di Stato (Sez. V, n. 279 del 2018), laddove ha avuto modo di chiarire che "nelle gare pubbliche è indebito includere, tra i criteri di valutazione delle offerte, elementi attinenti alla capacità tecnica dell'impresa (certificazione di qualità e pregressa esperienza presso soggetti pubblici e

privati), anziché alla qualità dell'offerta, alla luce dei principi ostativi ad ogni commistione fra i criteri soggettivi di pre-qualificazione e criteri afferenti alla valutazione dell'offerta ai fini dell'aggiudicazione, in funzione dell'esigenza di aprire il mercato, premiando le offerte più competitive, ove presentate da imprese comunque affidabili, anche allo scopo di dare applicazione al canone della par condicio, vietante asimmetrie pregiudiziali di tipo meramente soggettivo; di qui la necessità di tenere separati i requisiti richiesti per la partecipazione alla gara da quelli pertinenti all'offerta ed all'aggiudicazione, non potendo rientrare tra questi ultimi i requisiti soggettivi in sé considerati, avulsi dalla valutazione dell'incidenza dell'organizzazione sull'espletamento dello specifico servizio da aggiudicare".

L'Amministrazione si è costituita per resistere, ribadendo l'inammissibilità del ricorso di primo grado.

All'udienza del 14 marzo 2019 la causa è stata trattenuta in decisione.

II - L'appello è infondato e deve essere respinto.

La giurisprudenza, infatti, con riguardo all'ammissibilità o meno dell'immediata impugnabilità delle clausole del bando ha più volte evidenziato che vanno fatte rientrare nel genus delle "clausole immediatamente escludenti" le seguenti fattispecie: a) le clausole impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale (Cons. St., sez. IV, 7 novembre 2012, n. 5671);

b) le regole che rendano la partecipazione incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile (Cons. St., A.P., n. 3 del 2001);

c) le disposizioni abnormi o irragionevoli che rendano impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara; ovvero prevedano abbreviazioni irragionevoli dei termini per la presentazione dell'offerta (Cons. St., sez. V, 24 febbraio 2003, n. 980);

d) le condizioni negoziali che rendano il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente (Cons. St., sez. V, 21 novembre 2011, n. 6135; id., sez. III, 23 gennaio 2015, n. 293);

e) le clausole impositive di obblighi contra ius (es. cauzione definitiva pari all'intero importo dell'appalto: Cons. St., sez. II, 19 febbraio 2003, n. 2222);

f) i bandi contenenti gravi carenze nell'indicazione di dati essenziali per la formulazione dell'offerta (come ad esempio quelli relativi al numero, qualifiche, mansioni, livelli retributivi e anzianità del personale destinato ad essere assorbiti dall'aggiudicatario), ovvero che presentino formule matematiche del tutto errate (come quelle per cui tutte le offerte conseguono comunque il punteggio di "0" pt.);

g) gli atti di gara del tutto mancanti della prescritta indicazione nel bando di gara dei costi della sicurezza "non soggetti a ribasso" (Cons. St., sez. III, 3 ottobre 2011, n. 5421).

Da quanto esposto si evince che i criteri di valutazione - previsti nella specie - non rientrano in alcuna di tali categorie e che, pertanto, non essendo assimilabili alle c.d. "clausole immediatamente escludenti", e non essendo autonomamente lesivi, non possono essere autonomamente impugnati. Infatti, come ribadito in sede di Adunanza plenaria da questo Consiglio (Ad. Pl. n. 4/2018): "la possibilità di impugnare immediatamente il bando di gara, senza la preventiva presentazione della domanda di partecipazione alla procedura, è stata configurata quale eccezione alla regola in base alla quale i bandi di gara possono essere impugnati unitamente agli atti che di essi fanno applicazione, in quanto solo in tale momento diventa attuale e concreta la lesione della situazione giuridica soggettiva dell'interessato. Pertanto, il rapporto tra impugnabilità immediata e non impugnabilità immediata del bando è traducibile nel giudizio di relazione esistente tra eccezione e regola. L'eccezione riguarda i bandi che sono idonei a generare una lesione immediata e diretta della posizione dell'interessato. La ratio sottesa a tale orientamento deve essere individuata nell'esigenza di garantire la massima partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica e la massima apertura del mercato dei contratti pubblici agli operatori dei diversi settori, muovendo dalla consapevolezza che la conseguenza dell'immediata contestazione si traduce nell'impossibilità di rilevare il vizio in un momento successivo".

Ne consegue che questo Consiglio non può che fare applicazione dei principi sopra esposti.

III - Per completezza, va detto che i principi evocati da parte appellante non trovano corrispondenza nella giurisprudenza di questo Consiglio, che, infatti, con la sentenza n. 279 citata ha affermato l'ammissibilità della valutazione della qualità tecnica nell'ambito di appalti di servizi, rimettendone l'esame di legittimità alla specifica valutazione dell'oggetto di gara e menzionando 'il cambio di passò di cui all'art. 95 del nuovo codice dei contratti pubblici. Peraltro, nel caso allora esaminato - elemento omesso dalla difesa dell'appellante - il ricorso era svolto avverso il provvedimento di aggiudicazione.

IV - Per tutto quanto sin qui ritenuto, l'appello deve essere respinto e la parte appellante deve essere condannata, in virtù del principio della soccombenza, al pagamento delle spese del giudizio in favore dell'Amministrazione costituita, nella misura di complessivi euro 3000,00 (tremila/00).

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale  
Sezione Terza, definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza n. 1628 del 2018.

Condanna parte appellante al pagamento delle spese del giudizio in favore dell'Amministrazione costituita, nella misura di complessivi euro 3000,00 (tremila/00).

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 marzo 2019 con l'intervento dei magistrati:

Marco Lipari - Presidente

Pierfrancesco Ungari - Consigliere

Giovanni Pescatore - Consigliere

Giulia Ferrari - Consigliere

Solveig Cogliani - Consigliere, Estensore