



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 3482 del 2013, proposto da:
Sanithad Servizi Sociali Società Cooperativa Sociale Onlus, in proprio e in
qualità di capogruppo del RTI con Cooperativa Produzione e Lavoro E.
Dugoni Soc. Coop. a r.l.,
in persona del legale rappresentante pro-tempore,
rappresentata e difesa dagli avv. Alberto Arrigo Gianolio ed Orlando
Sivieri, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Orlando Sivieri, in
Roma, via Cosseria n. 5;

contro

A.S.P. e F. - Azienda servizi alla Persona e alla Famiglia,
in persona del legale rappresentante pro-tempore,
costituitasi in giudizio, rappresentata e difesa dagli avv. Beniamino
Caravita Di Toritto e Paolo Garo', con domicilio eletto presso lo studio
dell'avv. Beniamino Caravita Di Toritto, in Roma, via di Porta Pinciana n.
6;

nei confronti di

Il Gabbiano Società Cooperativa Sociale - Onlus,
in persona del legale rappresentante pro-tempore,
costituitasi in giudizio, rappresentata e difesa dall'avv. Domenico Bezzi,
con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Paolo Rolfo, in Roma, via
Appia Nuova n. 96;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LOMBARDIA - SEZ. STACCATA di
BRESCIA - SEZIONE II, n. 00389/2013, resa tra le parti, concernente
l'affidamento dei servizi socio-sanitari-assistenziali e di pulizia.

Visti il ricorso in appello ed i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di A.S.P. e F. - Azienda Servizi alla
Persona e alla Famiglia e di "Il Gabbiano" Società Cooperativa Sociale -
Onlus;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 24 ottobre 2013, il Cons. Paola
Alba Aurora Puliatti;

Uditi per le parti, alla stessa udienza, gli avvocati Gianolio, Sivieri, Zani su
delega di Garò e Bezzi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

1. - Con bando pubblicato sulla G.U.C.E. del 7.12.2011, la A.S.P. e F. -
Azienda Servizi alla Persona e alla Famiglia con sede in Mantova indiceva

una procedura aperta avente ad oggetto l'affidamento dei servizi socio-sanitari-assistenziali e di pulizia delle RSA "Isabella d'Este" e "Luigi Bianchi", nonché dei servizi di assistenza domiciliare e di assistenza domiciliare integrata del Comune di Mantova, da affidarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'art. 83 D.Lgs 12 aprile 2006 n. 163, con l'attribuzione di punteggi indicati nel bando e distinti per parametri valutativi.

"Il Gabbiano" Società Cooperativa Sociale Onlus si classificava al primo posto con punti 82,68, mentre l'odierna appellante risultava seconda graduata con punti 82,62.

Con delibera n. 31 del 30.3.2012, la gara veniva aggiudicata alla prima graduata.

2. - Sanithad Servizi Sociali Cooperativa Sociale Onlus (per brevità, Sanithad) proponeva ricorso al Tar Lombardia - Sezione di Brescia, che disponeva, dapprima, un approfondimento istruttorio richiedendo chiarimenti alla Commissione di gara sulle offerte tecniche esaminate e sulle valutazioni effettuate; quindi, sulla scorta dei chiarimenti, respingeva l'istanza cautelare.

In data 10 giugno 2013 veniva stipulato il contratto con la Cooperativa "il Gabbiano", con decorrenza dal 15 luglio.

Il TAR respingeva il ricorso con l'impugnata sentenza, la cui esecutività è stata sospesa con ordinanza di questa Sezione n. 2802 del 19.7.3013.

3. - Con l'atto di appello l'originaria ricorrente ripropone, unitamente a critiche alla sentenza impugnata, deducendo i motivi disattesi in primo grado, coi quali censurava, in primis, il bando di gara, per violazione dell'art. 83 del D.Lgs. n. 163/2006, per non aver indicato i sub punteggi

per ciascuno dei sub-criteri individuati; poi l'operato della Commissione, per aver concesso alla controinteressata un'audizione volta ad illustrare il contenuto dell'offerta tecnica e per averle consentito di modificare e integrare l'offerta stessa, senza rinvenire anomalie nell'offerta; infine, le valutazioni effettuate dalla Commissione stessa, per manifesta illogicità, gravi incongruenze ed errata attribuzione dei punteggi alle offerte di entrambe le concorrenti.

4. - Si sono costituite in giudizio, per resistere, la Cooperativa aggiudicataria e l'Azienda.

5. - All'udienza del 24 ottobre 2013, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. - L'appello è da accogliere.

Va premesso che vengono in questa sede riproposti i primi tre dei vizi dedotti in primo grado: violazione dell'art. 83 del D. Lgs. n. 163/2006 ad opera della lex specialis; violazione dei principi di trasparenza, imparzialità e parità di trattamento, per aver la Commissione consentito all'aggiudicataria una audizione per illustrare i contenuti della sua offerta ed addirittura di modificarla; eccesso di potere per aver la Commissione attribuito alle due offerte lo stesso punteggio per il parametro "qualità" quando invece l'offerta della ricorrente avrebbe dovuto considerarsi migliore con riguardo a tutti i criteri di valutazione.

Sebbene i motivi abbiano, come evidenziato dalla stessa appellante, portata diversa, la mancanza di una espressa graduazione degli stessi induce il Collegio a seguire l'ordine espositivo seguito dall'appellante, con le differenti conseguenze a ciascuno di essi inerenti.

Peraltro, quale che sia la prospettazione offerta dalla parte o l'ordine graduato di interesse degli argomenti soggettivamente impresso, non può prescindere dalla considerazione che le questioni afferenti la legittimità degli atti (a partire dal bando di gara) prodromici alle valutazioni operate sono e restano pregiudiziali rispetto a queste ultime, determinando un ordine inverso di trattazione degli argomenti.

Ed invero rientra nel potere del giudice amministrativo decidere l'ordine di trattazione delle censure sulla base della loro consistenza oggettiva e del rapporto fra le stesse esistente sul piano logico giuridico, non alterabile dalla semplice richiesta dell'interessato (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, IV, 11 settembre 2012, n. 4827; V, 5 settembre 2006, n. 5108; VI, 5 settembre 2002, n. 4487).

1.1 – Ciò posto, fondato si rivela il primo motivo, avente carattere assorbente, col quale si lamenta la mancata indicazione nel bando di gara di sub punteggi a fronte della indicazione dei sub-criteri, nei quali si articola ciascuno dei parametri di valutazione della qualità dell'offerta, con l'indicazione del solo limite massimo di punteggio attribuibile al singolo parametro.

1.2 - Il Tar ha disatteso il motivo, ritenendo che i parametri indicati nella lex specialis integrerebbero dei sub-criteri di valutazione solo apparenti, per i quali non era necessaria la fissazione dei sub punteggi.

1.3 - Osserva il Collegio che l'art. 3 delle “norme di gara” allegate al bando indica gli elementi di valutazione delle offerte e prevede l'attribuzione del punteggio massimo di 30 punti per il corrispettivo economico e di 70 punti per gli aspetti tecnico-qualitativi dell'offerta.

Per la ripartizione di quest'ultimo punteggio (70 punti) riferito al

“progetto” in generale, vengono presi in considerazione tre parametri: “progetto” (35 punti); “migliorie” (25 punti); “qualità dei dispositivi individuali in dotazione agli operatori e formazione” (10 punti).

Per ciascun parametro la *lex specialis* individua, poi, alcuni sub criteri: per il parametro “progetto”, i sub criteri “piano di lavoro”, “formazione del personale esclusa la formazione ex D.Lgs. n. 81/2008”, “strumenti organizzativi per la sostituzione del personale e l’inserimento di nuove entità” e “modalità di coordinamento”; per il parametro “migliorie”, i sub-criteri “risorse umane”, “attrezzature” e “servizi”; per il “parametro “qualità dei dispositivi individuali in dotazione agli operatori e formazione”, i sub-criteri “caratteristiche tecniche”, “quantità” e “formazione ex D.Lgs 81/08”.

Ad avviso del Collegio, dalla disposizione esaminata, si evince che gli elementi indicati per ciascun parametro, per la loro collocazione all’interno della norma, che si presenta come un elenco di singole caratteristiche tecniche scindibili e separatamente apprezzabili nell’ambito di ciascun parametro valutativo, hanno lo scopo evidente di consentire alla Commissione di meglio distribuire il punteggio, rendendo chiaro ed esplicito il valore attribuito a ciascuna caratteristica della proposta tecnica, limitandone la discrezionalità.

Non convince, invece, l’interpretazione fornita dalla controinteressata “Il Gabbiano”, secondo cui la *lex specialis*, definiti i contenuti del progetto, articolerebbe tre elementi sub-ponderali per il punteggio generale di 70 punti, ai quali assegna i sub punteggi (35, 25, 10): basta una lettura visiva della norma per ritenere, al contrario, che ognuno dei tre elementi in questione è a sua volta articolato in voci ben definite (sub-criteri),

mancanti però della indicazione di un valore numerico specifico (sub-pesi).

Neppure è condivisibile l'argomentazione secondo cui la scelta di campo operata dalla stazione appaltante, in coerenza con la natura non seriale ed infungibile dei servizi, sarebbe stata quella di offrire ai concorrenti meri elementi di indirizzo ai fini della predisposizione dell'offerta (come si ricaverebbe anche dalla via da essa poi scelta nel corso del procedimento di gara di "cercare un dialogo con i concorrenti, onde cogliere appieno gli aspetti qualitativi delle offerte tecniche"), dal momento che le vedute sub voci valutative indicate dalla legge di gara valgono senz'altro a definire i singoli, autonomi, aspetti da prendersi in considerazione da parte della Commissione giudicatrice ai fini dell'attribuzione del punteggio complessivo previsto per ciascuna delle specifiche stesse; il che corrisponde poi all'effettivo operato della Commissione, che, nel valutare le offerte, ha formulato singoli giudizi con riferimento a ciascuno degli elementi in questione, giudizi poi confluiti nell'attribuzione dell'unico punteggio per la "specificata" all'interno della quale si collocano, senza però che sia dato evincere da siffatto procedimento il peso che ha avuto il giudizio formulato per ciascun sub-criterio ai fini di detta attribuzione (e ciò proprio perché non erano stati predefiniti in sede di normativa di gara i subpunteggi da attribuire alle singole sub voci).

Tanto si pone in violazione dell'art. 83, comma 4, del d. lgs. 163/2006, che mira a rendere conoscibile e, quindi, anche sindacabile l'iter logico seguito dalla Commissione nell'attribuzione dei punteggi.

Né è accettabile la tesi secondo cui nella fattispecie, trattandosi di appalto per un servizio di cui all'allegato II B del Codice dei contratti, esso

resterebbe soggetto solo ad alcune delle disposizioni del codice, tra le quali non risulta ricompresa detta disposizione.

Va detto in proposito, invece, che la stazione appaltante si è espressamente autovincolata al rispetto dell'art. 83 del D.Lgs 163/2006 (art. 1 del bando e art. 3 delle "norme di gara") e, conseguentemente la norma (nella sua interezza, e dunque anche nel suo quarto comma, che deve ritenersi consustanziale a qualsiasi metodo che comporti la compresenza di parametri di valutazione qualitativi e di parametri economici) avrebbe dovuto trovare nella fattispecie applicazione, anche se l'appalto ha ad oggetto servizi "esclusi" (allegato II B del D.lgs. 163/2006 , categoria 25: servizi sanitari e sociali).

In ogni caso valga notare che nelle premesse delle stesse norme di gara si dà anche atto che "si è deliberato di procedere ... mediante procedura di gara aperta, regolamentata dal D. lgs. 163 del 12/04/2006".

In applicazione dell'art. 83, comma 4, D.Lgs n. 163/2006 il bando avrebbe dunque dovuto indicare i sub-pesi o sub-punteggi per ciascuno dei subcriteri, attesa la cogente prescrizione normativa per l'esigenza di ridurre gli apprezzamenti soggettivi delle commissioni giudicatrici, a tutela della trasparenza ed imparzialità nel procedimento di attribuzione dei singoli punteggi (Consiglio di Stato, Sez. V, 15/05/2013, n. 2625).

Non può essere revocato in dubbio, pertanto, che trattasi di sub criteri e non, come ritenuto dal TAR, di semplici "dettagli descrittivi" che orientano e informano meglio i concorrenti, con conseguente obbligo per la stazione appaltante, una volta ritenuta necessaria la specificazione di sub criteri, di determinare nel bando anche i relativi sub-punteggi.

1.4. - In conclusione, l'appello va accolto per la fondatezza del motivo

esaminato, con assorbimento degli ulteriori motivi.

Ne risulta l'annullamento del procedimento di gara a partire dal primo degli atti viziati ("Norme di gara").

2. - Le spese del doppio grado di giudizio possono integralmente compensarsi tra le parti, in considerazione dell'effetto di travolgimento dell'intera gara che la ricorrente ha inteso prioritariamente perseguire e della violazione da parte della stessa, sia in primo grado che in sede di appello, dell'obbligo di sinteticità degli atti processuali.

P.Q.M.

il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso di primo grado, nei limiti di cui in motivazione.

Compensa le spese di entrambi i gradi di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 ottobre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Salvatore Cacace, Presidente FF

Angelica Dell'Utri, Consigliere

Hadrian Simonetti, Consigliere

Silvestro Maria Russo, Consigliere

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/01/2014

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)