

RICORSO IN APPELLO AL CONSIGLIO DI STATO

Assunte le vesti del difensore della ASL, rediga il candidato ricorso in appello avanti il Consiglio di Stato, completo di procura in calce al ricorso, relata di notifica e dichiarazione concernente il contributo unificato avverso la seguente sentenza

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale
ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale ..., proposto da:

società Alfa, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato con domicilio eletto presso lo studio

contro

ASL..., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato, con domicilio eletto presso il suo studio;

per l'annullamento

-- del bando di gara per l'affidamento del servizio a supporto dell'assistenza sociosanitaria assistenziale nelle cure domiciliari integrate per l'ambito territoriale distrettuale, pubblicato su GURI e di tutta la relativa documentazione di gara (disciplinare, capitolato speciale, schema di contratto);

- di ogni altro atto presupposto connesso e consequenziale, comunque lesivo degli interessi della ricorrente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'ASL;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La ricorrente che opera nel settore dei servizi sanitari di assistenza domiciliare, ha impugnato il bando, con cui l'Asl ... ha indetto una procedura aperta finalizzata all'affidamento del servizio triennale a supporto dell'assistenza socio sanitaria assistenziale nelle cure domiciliari integrate per l'ambito territoriale distrettuale.

La ricorrente ha proposto i seguenti motivi:

Violazione e falsa applicazione degli artt. 30, 66, 68, 79, co. 2, d.lgs. 50/2016; eccesso di potere per difetto di istruttoria e motivazione, disparità di trattamento, irragionevolezza, erronea rappresentazione dei presupposti, sviamento, contraddittorietà interna ed esterna.

Sostiene la ricorrente: che la disciplina di gara sarebbe risultata incompleta e lacunosa, avendole impedito di formulare un progetto tecnico, ed inoltre difforme dalle normative che regolano e definiscono le modalità di organizzazione ed erogazione delle prestazioni domiciliari integrate; aggiungeva che non sarebbe stata fornita adeguata informazione circa il costo annuo dei lavoratori da assumere in base alla c.d. clausola sociale, che non sarebbe stato possibile il calcolo sulla convenienza economica perché non erano state fornite informazioni per l'individuazione e la quantificazione del servizio oggetto di gara; che non erano state diramate le necessarie informazioni sulle tipologie di sistemi hardware e software in uso presso l'Asl; che non era possibile effettuare il calcolo di convenienza, risultando una discrepanza tra la determinazione dell'offerta (annuale) e il sistema di fatturazione del servizio (mensile).

L'Asl, con apposita memoria, ha dapprima eccepito l'inammissibilità del ricorso per difetto di interesse in relazione alla mancata partecipazione alla gara della ricorrente, alla quale invece risultano aver presentato domanda ben dieci operatori economici.

Nel merito ha puntualmente controdedotto ai rilievi sollevati dalla ricorrente; dagli atti di gara era infatti possibile individuare gli specifici servizi oggetto di affidamento, il personale da utilizzare, le finalità da perseguire, evincendosi che la prestazione consisteva nello svolgimento di attività di supporto al personale esistente; le ore di lavoro e livello professionale degli operatori erano puntualmente indicate nel capitolato; la ricorrente avrebbe potuto chiedere chiarimenti; oggetto di valutazione era la disponibilità e la capacità di utilizzare i sistemi informatici già in uso presso l'Asl; che il piano di sicurezza non trova alcun riscontro nella disciplina di gara; che le modalità di rilascio della documentazione fiscale non sono connesse con i criteri e le modalità di aggiudicazione della gara.

Le parti hanno depositato ulteriori memorie.

Alla pubblica udienza il ricorso è stato trattenuto in decisione.

L'eccezione di inammissibilità per carenza di interesse è infondata.

Come rilevato dalla giurisprudenza l'Adunanza Plenaria, nella sentenza n. 9/2014, richiamando la sentenza n. 4/2011, ha affermato che, in materia di controversie aventi ad oggetto gare di appalto, il tema della legittimazione al ricorso (o titolo) è declinato nel senso che tale legittimazione deve essere correlata ad una situazione differenziata e dunque meritevole di tutela, in modo certo, per effetto della partecipazione alla stessa procedura oggetto di contestazione e che chi volontariamente e liberamente si è astenuto dal partecipare ad una selezione non è dunque legittimato a chiederne l'annullamento ancorché vanti un interesse di fatto a che la competizione - per lui *res inter alios acta* - venga nuovamente bandita, a tale regola generale potendo derogarsi, per esigenze di ampliamento della tutela della concorrenza, solamente in tre tassative ipotesi e, cioè, "*quando: I) si contesti in radice l'indizione della gara; II) all'inverso, si contesti che una gara sia mancata, avendo l'amministrazione disposto l'affidamento in via diretta del contratto; III) si impugnino direttamente le clausole del bando assumendo che le stesse siano immediatamente escludenti*" (Consiglio di Stato, III, 5 dicembre 2016, n. 5113; in termini, Consiglio di Stato, III, 2 febbraio 2015, n. 491).

Tuttavia, le clausole escludenti e, cioè, quelle aventi un effetto immediatamente impeditivo della partecipazione non sono e non possono essere esclusivamente quelle afferenti ai requisiti soggettivi (correlate, cioè, alla richiesta del possesso di determinati requisiti di partecipazione), posto che possono darsi - e l'esperienza giurisprudenziale stessa ha conosciuto - casi nei quali tale effetto si realizza attraverso la configurazione di caratteristiche oggettive, attinenti alla formulazione dell'offerta, sia sul piano tecnico che economico, che realizzano un effetto egualmente impeditivo (Consiglio di Stato, n. 491/15).

Deve, quindi, essere riconosciuto carattere escludente anche a quelle clausole che impediscono o rendono impossibile il calcolo di convenienza tecnico o economico ovvero che prevedono condizioni negoziali eccessivamente onerose o obiettivamente non convenienti ovvero ancora che contengono gravi carenze circa i dati essenziali per la formulazione dell'offerta (tra le più recenti, Cons. Stato, sez. III, 2 febbraio 2015, n. 491; 23 gennaio 2015, n. 293; sez. IV, 27 gennaio 2015, n. 361; sez. V, 27 ottobre 2014, n. 5282; Consiglio di Stato, V, 18 giugno 2015, n. 3104), posto che tali clausole impediscono - indistintamente a tutti i concorrenti - una corretta, e consapevole, elaborazione della propria proposta economica e pregiudicano il corretto esercizio della gara, in violazione dei cardini procedurali della concorrenza e della par condicio tra tutti i partecipanti alla gara (Consiglio di Stato, IV, 7 novembre 2012, n. 5671, nonché Tar Lecce, sez. II, 31 maggio 2017, n. 877).

Nel caso in esame, posto che oggetto di contestazione sono proprio la mancanza di dati e indicazioni tali da non consentire un'adeguata e ponderata formulazione dell'offerta, deve affermarsi la legittimazione della ricorrente all'impugnazione anche se non ha partecipato alla procedura selettiva; in effetti dalla articolazione delle censure risulta che la società ricorrente deduce di non essere stata in grado di apprezzare compiutamente la convenienza derivante dalla propria partecipazione alla procedura selettiva.

Nel merito il ricorso è fondato.

È incontestato che il bando di gara articolava le prestazioni richieste in tre livelli di assistenza (I, II e III) e che ad ogni livello corrisponde un diverso livello di cura del paziente con conseguente diversità della tipologia di assistenza richiesta.

Tuttavia, a fronte di una così differenziata richiesta di assistenza il bando non ha fornito gli elementi necessari per predisporre un progetto completo e una consapevole elaborazione della proposta economica.

Infatti, come rilevato dalla ricorrente, la mancanza di informazioni che consentono di stimare il numero di accessi da svolgere, il livello di professionalità necessario e la durata, determina l'impossibilità di valutare compiutamente l'entità delle attività richieste.

È poi da rilevare che la mancanza di richieste di chiarimenti da parte della ricorrente nei termini indicati nel bando non può avere alcun rilievo, avendo la Asl allegato quesiti sostanzialmente riproduttivi di quelli già tempestivamente formulati da altri concorrenti; tra i chiarimenti forniti dalla amministrazione, infatti, vi sono anche quelli diretti a comprendere quanto sopra evidenziato.

Del resto le risposte fornite dalla Asl non possono essere considerate soddisfacenti, posto che, anche se si tratta di un servizio di supporto, resta comunque la necessità per i concorrenti di comprendere appieno quali sono le attività richieste e quali gli impegni da assumere.

In conclusione, il ricorso deve essere considerato fondato.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati.

Condanna l'Asl al pagamento delle spese di lite che si liquidano in euro 3.000,00 (tremila), oltre accessori di legge, ed alla rifusione del contributo unificato.