



E' LEGITTIMA LA MODIFICA DEL CAPITOLATO INTERVENUTA PRIMA CHE VENGANO DEFINITIVAMENTE CRISTALLIZZATE LE REGOLE DELLA GARA

NELL'OFFERTA ECONOMICAMENTE PIÙ VANTAGGIOSA, IL PREZZO È SOLO UNO DEGLI ELEMENTI DA PRENDERE IN CONSIDERAZIONE, IN CONCORRENZA CON GLI ALTRI, NELL'ORDINE DECRESCENTE D'IMPORTANZA E PUR VARIABILI IN RELAZIONE ALLO SPECIFICO APPALTO, VALUTABILI DALL'AMMINISTRAZIONE APPALTANTE CON CRITERI DI DISCREZIONALITÀ

Sintesi di T.A.R. Marche- Sezione di Ancona – Sentenza n. 989 del 29 agosto 2003

Parole chiave:

Appalto di servizi/appalto di opere – offerta economicamente più vantaggiosa – variazione della soglia di ammissibilità delle offerte – legittimità della la modifica del capitolato – deve avvenire prima della nomina della Commissione giudicatrice – deve essere resa nota alle imprese partecipanti anteriormente alla presentazione delle offerte qualitative ed economiche -

Legittimo dare preminente rilevanza alla valutazione delle qualità tecniche dell'offerta - art.23, lettera b), del D.Lgs. 17 marzo 1995, n.157: - elementi per la valutazione il merito tecnico - la qualità - le caratteristiche e funzionali - il servizio successivo alla vendita - l'assistenza tecnica - il termine di consegna o esecuzione - il prezzo – devono essere indicati nel bando “nell'ordine decrescente d'importanza” - potere discrezionale delle amministrazioni di determinare il fattore d'incidenza dei singoli elementi in relazione alle caratteristiche del contratto dal stipulare

Collegamenti giurisprudenziali:

Cons.St., Sez.VI, 22 gennaio 2001, n.192; Cons.St., Sez.VI, 23 febbraio 1999, n.194; Cons.St., sez.V, 17 maggio 2000, n.2884 e 9 febbraio 2001, n.578; Cons.St., sez.V, 6 giugno 2001, n.3079 e 18 ottobre 2002 n. 5777

Esito del giudizio:

Il Tar in parte respinge ed in parte dichiara inammissibili il ricorso originario ed i motivi aggiunti

Conseguenze operative:

Un' esplicita accettazione dell'operato dell'Amministrazione e delle norme del capitolato speciale d'appalto (ivi compresa quella che fissa nella soglia minima di 8/10 la valutazione complessiva dei requisiti di qualità dell'offerta), senza alcuna riserva di impugnazione è, evidentemente, incompatibile con la successiva proposizione del gravame giurisdizionale, sicchè le censure dedotte con i motivi sopra specificati sono da valutare inammissibili

Pertanto, la dichiarazione di avere piena conoscenza del servizio da eseguire e di ogni circostanza connessa, nonchè delle norme e condizioni previste nel capitolato speciale d'onere, tutte accettate senza riserva alcuna, preclude ogni successivo ricorso.

Non risulta credibile che un'impresa si impegni ad assumere obbligazioni per un importo superiore a due miliardi delle vecchie lire, senza un'approfondita disamina della lex specialis del procedimento, quindi : la mancata segnalazione della intervenuta modifica della soglia di ammissibilità delle offerte alla valutazione del prezzo non determina un vizio del procedimento.

E' indubbio che ai fini della valutazione della convenienza dell'offerta assumono spiccata rilevanza i fattori qualitativi e gli aspetti tecnici, mentre il prezzo è solo uno degli elementi da prendere in considerazione, in concorrenza con gli altri.

Non è estranea alla procedura licitazione privata regolata dal criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa una fase di valutazione preliminare dei progetti presentati dagli offerenti, cui può ben seguire un provvedimento di non ammissione alla gara

Di Sonia LAZZINI

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE DELLE MARCHE

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n.984 del 2001 proposto dalla s.p.a. *****,;

contro

L'AZIENDA SANITARIA U.S.L. N.2 della REGIONE MARCHE, con sede in Urbino, in persona del Direttore Generale pro-tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Marcello Ercolani, elettivamente domiciliato in Ancona, alla Piazza Cavour n.2, presso l'avv. Valeria Mancinelli;

e nei confronti

della s.p.a. *****, corrente in Gatteo (Forlì – Cesena), in proprio e quale capogruppo mandataria dell'associazione temporanea di imprese costituita con la s.r.l. *****,;

per l'annullamento

del provvedimento di esclusione dalla licitazione privata per l'affidamento dell'appalto del servizio di noleggio e lavaggio biancheria, nonché di ogni atto presupposto, connesso e conseguente, ivi compresi i verbali della Commissione giudicatrice ed il capitolato speciale allegato al bando di gara;

nonché per l'annullamento

con i motivi aggiunti depositati il 15/17.5.2002 ed il 19.6.2002, del provvedimento del Direttore Generale dell'Azienda Sanitaria U.S.L. n.2 di Urbino in data 27.3.2002 n.135/DG2002 con cui è stata disposta l'aggiudicazione della licitazione privata per l'affidamento dell'appalto del servizio di noleggio e lavaggio biancheria in favore dell'A.T.I. s.p.a. ***** – s.r.l. *****, unitamente ad ogni atto presupposto, connesso e conseguente;

per la condanna

dell'Azienda Sanitaria U.S.L. n.2 di Urbino al risarcimento del danno arrecato dall'esecuzione degli atti impugnati.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti i motivi aggiunti proposti dalla s.p.a. ***** con atti depositati, rispettivamente, il 17.12.2001, il 31.12.2001, il 15/17.5.2002 ed il 19.6.2002;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Sanitaria U.S.L. n. 2 di Urbino e della s.p.a. *****;

Vista la propria ordinanza 8 gennaio 2002, n.19;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore, alla pubblica udienza del 18 dicembre 2002, il Consigliere Giuseppe Daniele;

Uditi gli avv.ti Andrea Zanetti, Marcello Ercolani e Gualtiero Pittalis, per le parti rispettivamente rappresentate;

Visto il dispositivo n.60 pubblicato in data 19 dicembre 2002, ai sensi dell'art.23/bis, sesto comma, della L. 6 dicembre 1971, n.1034, introdotto dall'art.4 della L. 21 luglio 2000, n.205;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

F A T T O

L'Azienda Sanitaria U.S.L. n.2 di Urbino, con bando in data 10.8.2000, indiceva una licitazione privata per l'affidamento del servizio di noleggio e lavaggio della biancheria, da aggiudicare in base al

criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per un importo presunto, IVA esclusa, di £.2.304.842.151, di durata triennale e con possibilità di successivo rinnovo.

Il bando di gara prevedeva la seguente ripartizione dei 100 punti complessivamente attribuibili per la valutazione delle offerte: 35 punti alla qualità e 65 punti al prezzo.

L'art.22 del capitolato speciale d'appalto specificava i quattro parametri in base ai quali sarebbe stata attribuita la parte del punteggio relativa alla qualità (organizzazione tecnica della struttura aziendale; organizzazione del servizio di lavaggio e di noleggio; organizzazione del servizio di guardaroba; caratteristiche tecniche ed estetiche della biancheria noleggiata) e stabiliva, inoltre, che sarebbero state escluse dalla gara le imprese che avessero ottenuto una valutazione complessiva dei parametri di qualità inferiore a 7/10 di quella massima attribuibile.

Dopo che erano state selezionate le imprese da invitare alla gara, il Direttore Generale dell'Azienda, con provvedimento in data 29.3.2001 n.146, approvava un nuovo capitolato speciale che conteneva alcune modifiche rispetto al precedente; in particolare l'art.24 del nuovo capitolato (che sostituiva l'art.22 del precedente) stabiliva che sarebbero state escluse dalla gara le imprese che avessero ottenuto una valutazione complessiva dei parametri di qualità inferiore a 8/10 di quella massima attribuibile.

Con lettera d'invito del 12.4.2001, le imprese selezionate erano invitate a presentare una offerta; alla lettera di invito era allegato il nuovo capitolato speciale, ma in essa non si faceva menzione della intervenuta modifica del capitolato, nè si richiamava la attenzione delle imprese circa la variazione della soglia di ammissibilità delle offerte alla valutazione del prezzo.

Pervenute le offerte, si riuniva la Commissione giudicatrice preposta alla loro valutazione che, nella seduta del 28.9.2001, procedeva all'attribuzione dei punteggi per la parte tecnica e, all'esito delle relative operazioni, disponeva l'esclusione della s.p.a. *****. dal prosieguo della gara, non avendo l'offerta presentata dalla medesima ottenuto la valutazione minima stabilita, pari a 8/10 di quella complessiva; infatti la valutazione dell'offerta tecnica della s.p.a. ***** era stata pari a 519,3 su di un punteggio complessivamente attribuibile pari a 690 (cioè superiore a 7/10 ma inferiore a 8/10).

Con atto notificato il 12.12.2001, depositato il 15.12.2001, la s.p.a. ***** ha impugnato il provvedimento di esclusione dalla gara, unitamente a quelli presupposti e connessi, chiedendone l'annullamento per i seguenti motivi:

1) Violazione della par condicio e degli artt.3 e 97 della Costituzione, dei principi di predeterminazione e di certezza delle regole di gara, degli artt.3, 7 e seguenti della L. 7 agosto 1990, n.241, dei principi in materia di autotutela e di tutela dell'affidamento.

Illegittimamente l'Azienda U.S.L. n.2 di Urbino ha modificato – successivamente alla indizione della gara – la soglia di ammissibilità delle offerte alla valutazione economica, innalzandola da 7/10 a 8/10, senza darne comunicazione alle ditte ammesse e senza motivare la necessità di detta modifica.

2) Violazione dell'art.23, comma 1, lettera b) del D.Lgs. 17 marzo 1995, n.157 e dell'art.16, comma 2, lettera b) della L.R. Marche 5 novembre 1992, n.49, violazione delle norme e dei principi di contabilità pubblica che regolano le licitazioni private, violazione del bando di gara eccesso di potere per manifesta illogicità e contraddittorietà, violazione del principio di tipicità, eccesso di potere per sviamento.

L'innalzamento della soglia minima da 7/10 a 8/10 deve essere ritenuto illegittimo perché in contrasto con la natura ed i principi di una licitazione privata, non potendo l'Amministrazione pretermettere l'aspetto economico e riservare al profilo tecnico valore determinante ed assorbente ai fini dell'aggiudicazione. Tanto più che tale illegittimo innalzamento introduce un elemento atipico nella procedura della licitazione; infatti l'ordinamento non contempla alcuna ipotesi di preselezione delle offerte e/o di sub-procedimento nell'ambito della fase di valutazione delle offerte.

3) Eccesso di potere per travisamento dei fatti.

L'esame del verbale della Commissione giudicatrice del 28 settembre 2001, ove sono riportati i punteggi attribuiti per la valutazione della qualità tecnica, evidenzia talune illegittimità sotto il profilo del travisamento dei fatti.

In particolare:

- relativamente al parametro n.2, "organizzazione del servizio", la Commissione ha omesso di valutare le migliorie proposte dalla s.p.a. *****;

- relativamente al parametro n.4, "organizzazione del servizio", la Commissione ha erroneamente ritenuto che la s.p.a. ***** non avesse presentato i capi nn.203, 209, 210, 213, 214, mentre essa ha invece offerto tutti i capi, sia in cotone, sia a scelta dell'Amministrazione, in tessuto ospedaliero.

Con il ricorso è stata chiesta, inoltre, la condanna dell'Amministrazione al risarcimento del danno arrecato dall'esecuzione dell'atto impugnato.

Con distinti atti di motivi aggiunti notificati il 14.12.2001 e il 20.12.2001 la s.p.a. *****, rispettivamente, ha esteso l'impugnazione nei confronti del verbale della Commissione giudicatrice del 4.12.2001 e della nota del presidente della medesima Commissione prot. n.12626 del 14.12.2001, ed ha dedotto avverso gli atti gravati le seguenti, ulteriori censure:

1) Eccesso di potere per travisamento dei fatti, contraddittorietà ed illogicità.

Si reiterano ed ampliano le argomentazioni difensive svolte con il terzo motivo del ricorso introduttivo.

2) Eccesso di potere per sviamento e per disparità di trattamento. Violazione degli artt.3 e 97 della Costituzione. Violazione dell'obbligo di motivazione e dell'art.3 della L. 7 agosto 1990, n.241.

Il verbale del 4.12.2001 dimostra che la Commissione giudicatrice ha tentato di dare *ex post* una giustificazione degli errori commessi in precedenza, evidenziando un atteggiamento pregiudizialmente sfavorevole nei confronti della ricorrente che vizia gli atti impugnati.

Inoltre erroneamente la Commissione ha ritenuto che il bando abbia introdotto la previsione che la gara sia dichiarata valida, anche in presenza di una sola offerta, poichè tale previsione è stata introdotta dalla lettera d'invito.

Costituitasi in giudizio l'Azienda Sanitaria U.S.L. n.2 di Urbino, ha eccepito la inammissibilità del ricorso, deducendo nel merito la infondatezza del medesimo, e dei motivi aggiunti, concludendo per la reiezione di entrambi.

Con ordinanza 8 gennaio 2002, n.19 il Tribunale ha respinto l'istanza cautelare di sospensione degli atti impugnati.

Con distinti atti di motivi aggiunti notificati, rispettivamente il 7, l'8 e il 9.5.2002, il 9 e il 10.5.2002, il 5, il 6 e il 7.6.2002, la s.p.a. *****:

- ha esteso l'impugnativa al provvedimento del Direttore Generale dell'Azienda U.S.L. n.2 di Urbino in data 27.3.2002 n.135 di aggiudicazione della licitazione privata *de qua* all'A.T.I. composta dalla s.p.a. ***** e dalla s.r.l. *****, deducendone la illegittimità per violazione di legge ed eccesso di potere sotto molteplici profili, articolati in nove distinti mezzi di gravame;

- ha esteso l'impugnativa (rettificandone gli estremi) al provvedimento del responsabile del procedimento in data 3.4.2001 n.122, con il quale sono state individuate le imprese da invitare alla gara;

- ha esteso l'impugnativa ai provvedimenti del Direttore Generale dell'Azienda U.S.L. n.2 di Urbino in data 22.12.1997 n.474, 10.3.1999 n. 171 e 27.3.2000 n.200, deducendone la illegittimità per violazione dell'art.6, comma2, della L.R. Marche 5 novembre 1992, n.49.

A seguito della notifica dei motivi aggiunti da ultimo menzionati, si è costituita in giudizio la s.p.a. *****, in proprio e quale capogruppo mandataria dell'associazione temporanea di imprese costituite con la s.r.l. *****, che ha eccepito la inammissibilità dei motivi aggiunti per difetto di interesse, e la loro improcedibilità per omessa integrazione del contraddittorio (in relazione alla mancata contestuale notifica del ricorso introduttivo), deducendone nel merito la infondatezza, concludendo per la loro reiezione.

Anche la difesa dell'Azienda Sanitaria U.S.L. n.2 di Urbino ha depositato ulteriori scritti difensivi, eccependo la inammissibilità del ricorso originario e dei motivi aggiunti e deducendone, comunque, la infondatezza nel merito.

In prossimità dell'udienza di discussione i difensori delle parti hanno depositato memorie, replicando alle avverse eccezioni e deduzioni ed insistendo per l'accoglimento delle prese conclusioni.

D I R I T T O

1.- La vertenza concerne la legittimità del provvedimento di esclusione della s.p.a. ***** (per inidoneità nella valutazione qualitativa dell'offerta presentata dalla medesima) dalla licitazione privata per l'affidamento del servizio di noleggio e lavaggio della biancheria, indetto dall'Azienda Sanitaria U.S.L. n.2 di Urbino con bando del 10.8.2000, nonchè degli atti presupposti, connessi e conseguenti, in particolare della deliberazione del Direttore Generale della suddetta Azienda in data 27.3.2002 n.135 con cui

è stata disposta l'aggiudicazione della gara in favore dell'Associazione temporanea di imprese costituita fra la s.p.a. ***** e la s.r.l. *****.

2.- Procedendo anzitutto all'esame delle questioni involgenti l'esclusione della s.p.a. ***** dalla gara, il Collegio, in accoglimento dell'eccezione formulata dalla difesa della resistente Azienda Sanitaria U.S.L. n.2 di Urbino, deve dichiarare inammissibili per intervenuta acquiescenza le censure di cui al primo ed al secondo motivo del ricorso introduttivo, volte a contestare la legittimità, sotto vari profili, dell'innalzamento della soglia minima di ammissibilità delle offerte (da 7/10 ad 8/10) in relazione alla valutazione complessiva dei parametri di qualità.

E' noto che, secondo la giurisprudenza, l'acquiescenza, quale presupposto dell'inammissibilità del gravame giurisdizionale, deve concretarsi in un comportamento chiaro, univoco e concludente, sia pure sotto il profilo della tacita rinuncia al diritto di impugnativa di un atto lesivo, tale però da rendere manifesta, inequivocabilmente, la volontà di accettazione del provvedimento impugnabile (Cons.St., sez.V, 15 giugno 1988, n.394).

Nella fattispecie, gli elementi univoci dai quali si evince la volontà di accettazione del provvedimento impugnabile si desumono, ad av-viso del Collegio, dalla dichiarazione in data 23.5.2001, allegata all'offerta, con la quale la s.p.a. *****., nella persona del proprio rappresentante legale, ha affermato "di avere piena conoscenza del servizio da eseguire e di ogni circostanza connessa, nonchè di avere preso visione delle norme e condizioni previste nel capitolato speciale d'oneri, tutte accettate senza riserva alcuna".

Tale esplicita accettazione dell'operato dell'Amministrazione e delle norme del capitolato speciale d'appalto (ivi compresa quella che fissa nella soglia minima di 8/10 la valutazione complessiva dei requisiti di qualità dell'offerta), senza alcuna riserva di impugnazione è, evidentemente, incompatibile con la successiva proposizione del gravame giurisdizionale, sicchè le censure dedotte con i motivi sopra specificati sono da valutare inammissibili.

3.- Per completezza, il Collegio ritiene di evidenziare che tali censure sono comunque anche infondate nel merito.

3.1.- Con il primo motivo del ricorso introduttivo la s.p.a. ***** deduce che l'innalzamento della soglia minima di valutazione qualitativa dell'offerta (determinata in 8/10 di quella massima attribuibile), effettuata mediante modifica della relativa clausola del capitolato speciale d'appalto, trasmessa in allegato alla lettera di invito (mentre la copia del capitolato allegata al bando di gara determinava la suddetta soglia minima in 7/10) deve ritenersi illegittimo, in quanto:

- la modifica è intervenuta nel corso del procedimento, con conseguente violazione dei principi della *par condicio* e della predeterminazione delle regole di gara;
- l'innalzamento della soglia minima non è stato motivato;
- la modifica del capitolato non è stata comunicata alla ricorrente.

3.2.- Tali argomentazioni non meritano di essere condivise.

Il Collegio considera che la modifica del capitolato (disposta con provvedimento del Direttore Generale 29.3.2001 n.146) è intervenuta prima che, con la lettera d'invito, venissero definitivamente cristallizzate le regole della gara, ed è stata portata a conoscenza delle imprese ammesse tramite la medesima lettera d'invito (cui risultava allegato il capitolato con il testo rettificato).

Non vi è stata, quindi, alcuna violazione della *par condicio* e della predeterminazione delle regole di gara, in quanto la modifica è stata resa nota alle imprese partecipanti anteriormente alla presentazione delle offerte qualitative ed economiche, e prima della nomina della Commissione giudicatrice (effettuata con provvedimento 19.6.2001 n.376).

3.3.- Neppure può sostenersi che la modifica non sia stata motivata, poichè le motivazioni della relativa determinazione si rinvergono nella deliberazione del Direttore Generale dell'Azienda in data 29.3.2001 n.146, con cui è stata assunta, ed in particolare nei documenti richiamati *per relationem* (cfr., al riguardo, la nota della Direzione medica di Presidio in data 26.9.2000, nella quale è affermato, al punto 3, che "è opportuno che l'aggiudicazione poggi su una più elevata valutazione delle caratteristiche qualitative del servizio offerto, variando il punteggio qualità dai 35 punti attuali a 50; questo al fine di poter selezionare un'impresa in possesso di soddisfacenti requisiti, in ragione della delicatezza del servizio, anche tenendo conto della problematica delle infezioni ospedaliere").

3.4.- Neppure ha pregio l'ulteriore assunto del ricorso secondo cui l'innalzamento della soglia minima di valutazione qualitativa non è stato comunicato ai partecipanti (*recte*: non è stato oggetto di specifica segnalazione, nella lettera d'invito).

Si deve ribadire, al riguardo, che il testo definitivo del capitolato speciale d'appalto è stato portato a conoscenza delle imprese tramite la lettera d'invito, e tanto era sufficiente a garantire la conoscenza di tutte le condizioni della gara, ivi compresa quella della rettifica della soglia minima della valutazione qualitativa, non essendo credibile che un'impresa si impegni ad assumere obbligazioni per un importo superiore a due miliardi delle vecchie lire, senza un'approfondita disamina della *lex specialis* del procedimento. Tanto è vero che – come sopra rilevato – la s.p.a. ***** con dichiarazione del 23.5.2001 ha affermato di “avere piena conoscenza del servizio da eseguire e di ogni circostanza connessa, nonché di avere preso visione delle norme e condizioni previste nel capitolato speciale d'oneri, tutte accettate senza riserva alcuna”.

In definitiva, ad avviso del Collegio, la mancata segnalazione della intervenuta modifica della soglia di ammissibilità delle offerte alla valutazione del prezzo non determina un vizio del procedimento, poichè, come è stato già osservato dal Tribunale in sede cautelare (ordinanza 8 gennaio 2002, n.19), la s.p.a. ***** era comunque a conoscenza, anteriormente alla presentazione dell'offerta, del capitolato speciale nella sua versione definitiva, allegato alla lettera di invito del 12.4.2001; anche se nulla vietava, ovviamente, che l'Azienda sanitaria, per agevolare la predisposizione dell'offerta da parte delle imprese partecipanti, evidenziasse l'intervenuta modifica della soglia sopra specificata.

4.- Con il secondo motivo sono dedotti la violazione dell'art.23, comma 1, lettera b) del D.Lgs. n.157 del 1995, dell'art.16, comma 2, lettera b) della L.R. Marche n.49 e delle norme e dei principi di contabilità pubblica che regolano le licitazioni private, nonché il vizio di eccesso di potere sotto vari profili, assumendo, in sintesi, che l'inserimento nella lettera d'invito di una clausola che prevede una soglia di valutazione complessiva dei parametri di qualità, ai fini dell'ammissibilità alla valutazione dell'offerta economica, si pone in contrasto con la natura ed i principi della licitazione privata, in base ai quali l'aggiudicazione è finalizzata ad un giudizio sulla convenienza economica dell'offerta, sicchè non può essere riservato al profilo tecnico valore determinante ed assorbente.

Nella fattispecie, al contrario, mediante l'innalzamento della soglia di valutazione qualitativa delle offerte da 7/10 ad 8/10 l'Amministrazione ha introdotto nel procedimento una fase di preselezione, illegittima perchè non contemplata dalla vigente normativa.

Inoltre l'introduzione di tale parametro di ammissibilità delle offerte è stato effettuato successivamente alla fase di individuazione dei concorrenti, rappresentando uno strumento atipico di esclusione dalla gara, con conseguente illegittimità degli atti impugnati anche sotto il profilo dello sviamento.

4.1.- Neanche tali argomentazioni meritano di essere condivise.

In disparte il rilievo che, come esattamente dedotto dalla difesa della resistente Azienda Sanitaria, la tesi del ricorso si appalesa contraddittoria, ed al limite dell'ammissibilità (poichè la s.p.a. ***** non ha contestato la legittimità dell'originaria formulazione del capitolato speciale d'appalto, nel quale era stabilita la soglia di sbarramento pari a 7/10 della valutazione complessiva dei parametri di qualità, ma si duole unicamente dell'innalzamento ad 8/10 di detta soglia), ritiene il Collegio che le suesposte argomentazioni siano smentite dalla normativa di riferimento, come interpretata dalla più recente giurisprudenza.

Si deve evidenziare, in proposito, che secondo quanto stabilito dal bando e ribadito dalla lettera d'invito, la gara sarebbe stata aggiudicata all'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'art.23, lettera b), del D.Lgs. 17 marzo 1995, n.157; quest'ultima disposizione afferma che l'offerta economicamente più vantaggiosa è valutabile in base ad elementi diversi, quali, ad esempio, il merito tecnico, la qualità, le caratteristiche e funzionali, il servizio successivo alla vendita, l'assistenza tecnica, il termine di consegna o esecuzione, il prezzo.

E' indubbio, in base alla formulazione testuale della norma (e contrariamente a quanto asserito con il ricorso) che ai fini della valutazione della convenienza dell'offerta assumono spiccata rilevanza i fattori qualitativi e gli aspetti tecnici, mentre il prezzo è solo uno degli elementi da prendere in considerazione, in concorrenza con gli altri.

In questo senso si è espressa la giurisprudenza, secondo la quale negli appalti pubblici, così di servizi come di opere pubbliche, il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantag-

giosa non dà risalto esclusivamente alla misura del prezzo offerto, ma deve avere riguardo ad una pluralità di elementi, pur variabili in relazione allo specifico appalto, valutabili dall'Amministrazione appaltante con criteri di discrezionalità (Cons.St., Sez.VI, 22 gennaio 2001, n.192). E' stato inoltre affermato che, atteso che le disposizioni di cui agli artt.23 del D.Lgs. 17 marzo 1995 n.157 e 36 della direttiva C.E.E. del Consiglio 18 giugno 1992 n.50 si limitano a prescrivere che le amministrazioni appaltanti devono indicare nel bando i criteri di aggiudicazione previsti "nell'ordine decrescente d'importanza", è da ritenersi che rientra nel potere discrezionale di queste ultime la determinazione del fattore d'incidenza dei singoli elementi in relazione alle caratteristiche del contratto dal stipulare; nel deriva che il rapporto tra i vari fattori è suscettibile di sindacato da parte del giudice amministrativo solo se si riveli manifestamente irrazionale o costituisca sintomo di sviamento di potere, in quanto palesemente volto a porre in condizioni di vantaggio taluni concorrenti rispetto ad altri (Cons.St., Sez.VI, 23 febbraio 1999, n.194).

4.2.- Alla luce di tali principi si deve concludere che legittimamente l'Amministrazione, nell'esercizio dei propri poteri discrezionali, ha attribuito preminente rilevanza, nell'ambito dei criteri di aggiudicazione dell'appalto, alla valutazione delle qualità tecniche dell'offerta, stabilendo che sarebbero state escluse dalla gara le imprese che avessero ottenuto una valutazione complessiva dei parametri di qualità inferiore a 8/10 di quella massima attribuibile; la discrezionalità è stata esercitata in maniera logica e coerente, poichè la necessità di un elevato livello qualitativo del servizio deriva dal particolare oggetto del contratto in relazione alla problematica del mantenimento del livello igienico – sanitario ospedaliero (cfr. la deliberazione del Direttore Generale dell'Azienda U.S.L. n.2 di Urbino 29.3.2001 n.146, e la documentazione in essa richiamata *per relationem*).

Ed anche volendo condividere l'assunto della parte ricorrente, secondo cui in tal modo è stata inserita nel procedimento una fase di preselezione delle offerte, da tanto non potrebbero inferirsene le conseguenze che ne fa derivare la ricorrente medesima, cioè che tale ulteriore fase procedimentale rappresenta un elemento atipico, che snatura l'istituto della licitazione privata.

La giurisprudenza ha infatti affermato, in riferimento all'appalto di opere pubbliche, ma enunciando un principio di valenza generale riferibile anche all'appalto di servizi, che non è estranea alla procedura di licitazione privata regolata dal criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa una fase di valutazione preliminare dei progetti presentati dagli offerenti, cui può ben seguire un provvedimento di non ammissione alla gara (Cons.St., sez.V, 17 maggio 2000, n.2884 e 9 febbraio 2001, n.578).

4.3.- Destituita di fondamento è anche l'ulteriore censura di eccesso di potere per sviamento, secondo la quale l'introduzione della soglia di ammissibilità qualitativa delle offerte in termini più rigorosi (da 7/10 ad 8/10) della valutazione complessiva), successivamente alla fase di individuazione dei concorrenti, dovrebbe ritenersi uno strumento per escludere dalla gara una impresa che pure aveva tutti i requisiti per svolgere l'appalto.

Si deve osservare, in contrario, che la modifica della suddetta soglia di ammissibilità è stata effettuata anteriormente alla emanazione della lettera d'invito, cioè in una fase del procedimento in cui l'Amministrazione non era ancora in grado di conoscere quali imprese, ancorchè riconosciute meritevoli di partecipare alla gara, avrebbero effettivamente presentato l'offerta, sicchè si deve escludere, anche in considerazione del numero delle imprese invitate (11), che l'Azienda U.S.L. n.2 di Urbino abbia inteso perseguire finalità diverse da quella della realizzazione dell'interesse pubblico cui è preposta.

5.- Con il terzo motivo del ricorso introduttivo, e con il motivi aggiunti notificati, rispettivamente, il 14.12.2001 ed il 20.12.2001 la s.p.a. ***** deduce molteplici censure di violazione di legge ed eccesso di potere, sostenendo che:

- la Commissione giudicatrice ha omesso di valutare le migliori proposte da essa ricorrente per il parametro "organizzazione del servizio di lavaggio e di noleggio";
- la Commissione giudicatrice, relativamente all'offerta presentata da essa ricorrente non ha valutato correttamente la campionatura delle divise, ossia il parametro "caratteristiche tecniche ed estetiche dei capi noleggiati";
- l'Amministrazione ha introdotto la possibilità di ritenere valida la gara anche in presenza di una sola offerta con la lettera d'invito, ossia quando erano già noti i nominativi dei concorrenti, e non nel bando di gara.

5.1.- L'ultima delle suesposte censure è infondata in punto di fatto, poichè dalla documentazione in atti si evince che la possibilità di ritenere valida la gara anche in presenza di una sola offerta era già prevista dal bando (cfr. il punto n.15 di quest'ultimo).

5.2.- Il Collegio reputa non fondata anche la censura involgente la non corretta valutazione del parametro "caratteristiche tecniche ed estetiche dei capi noleggiati".

5.2.1.- Le argomentazioni secondo cui la Commissione giudicatrice avrebbe erroneamente ritenuto che la s.p.a. ***** non avesse presentato i capi nn.214, 203, 209, 210, 213 (attribuendo, conseguentemente, un punteggio inferiore a quello spettante) non possono essere condivise alla luce di quanto stabilito dal capitolato speciale, il quale a pag.18 disponeva che le divise per il personale dipendente, in alternativa al cotone 100%, avrebbero potuto essere offerte anche in tessuto ospedaliero del tipo "bravo" o "diva" o similari, sicchè la valutazione del campione prescindeva dal tipo di tessuto con cui era confezionato; tanto è vero che il tipo di tessuto non costituiva uno dei parametri per l'attribuzione del punteggio, che andava assegnato tenendo conto della qualità del confezionamento, della confortevolezza, della funzionalità e dell'igienicità dei capi proposti (art.23, punto B/4 della lettera d'invito).

Aggiungasi che i capi in contestazione sono stati sicuramente valutati dalla Commissione, come risulta dal giudizio attribuito per ognuno di essi (cfr. verbale del 28.9.2001), sicchè deve escludersi che il relativo punteggio sia frutto di un travisamento dei presupposti di fatto.

5.2.2.- Neppure può sostenersi che il giudizio della Commissione relativo al capo n.214 sia erroneo, come attesterebbe l'annotazione contenuta nel verbale della Commissione del 28.9.2001 ("a noi serve a manica corta"), mentre l'allegato 2 del capitolato speciale individuava espressamente il capo n.214 come a manica lunga.

Si deve infatti osservare che entrambe le imprese concorrenti – ***** e ***** – hanno presentato il campione con manica lunga per cui l'eventuale errore della Commissione non avrebbe arrecato nocumento all'una e vantaggio all'altra.

Ma il Collegio ritiene che non si sia verificato alcun errore, poichè il giudizio della Commissione, come risulta dal verbale, è fondato su aspetti tecnici ("spalla stretta ed apertura a V che non protegge l'operatore" per la ricorrente e "non tira di spalle, protegge l'operatore, confortevole" per la controinteressata) sicchè l'annotazione "a noi serve manica corta" deve essere considerata un *obiter dictum* che non ha influito sulla determinazione del punteggio, che riguardava, globalmente, 28 capi, mentre la contestazione della ricorrente attiene soltanto ad uno di essi.

5.3.- La infondatezza delle censure dianzi esaminate determina la inammissibilità per carenza di interesse, di quella volta a contestare la omessa valutazione delle migliorie proposte dalla s.p.a. ***** per il parametro "organizzazione del servizio di lavaggio e noleggio".

Come esattamente eccepito dalla difesa della resistente Azienda Sanitaria, infatti, anche con l'assegnazione del punteggio massimo previsto per tale parametro, la ricorrente non raggiungerebbe la valutazione minima stabilita per essere ammessa alla fase di apertura dell'offerta economica, fissata dalla lettera d'invito in 8/10 di quella massima attribuibile, nel complesso, per i parametri di qualità.

6.- Per le argomentazioni che precedono il ricorso introduttivo ed i motivi aggiunti notificati, rispettivamente, il 14.12.2001 ed il 20 dicembre 2001 devono essere in parte dichiarati inammissibili ed in parte devono essere respinti, nei limiti di cui in motivazione.

7.- Gli ulteriori motivi aggiunti proposti con atti notificati rispettivamente il 7, l'8 e il 9.5.2002, il 9 e il 10.5.2002, il 5 il 6 e il 7.6.2002, volti a contestare la legittimità del provvedimento di aggiudicazione della gara all'A.T.I. composta dalla s.p.a. ***** e dalla s.r.l. *****, devono essere dichiarati inammissibili per carenza d'interesse, in accoglimento dell'eccezione formulata dai difensori delle parti resistenti.

Un consolidato orientamento giurisprudenziale, ribadito anche di recente (Cons.St., sez.V, 6 giugno 2001, n.3079 e 18 ottobre 2002 n. 5777) e dal quale questo Collegio non ha ragioni per discostarsi, ritiene infatti che l'interesse alla rinnovazione della gara d'appalto da parte del concorrente legittimamente escluso per inidoneità dell'offerta si configura come interesse di mero fatto, non tutelabile quale interesse legittimo, non avendo il detto concorrente una aspettativa diversa e maggiormente qualificata di quella che si può riconoscere ad un qualunque altro soggetto che non abbia preso parte alla gara e che si riprometta di concorrere ad una successiva, in quanto la partecipazione alla selezione costituisce il fatto di legittimazione che radica nell'impresa l'interesse giuridicamente protetto all'impugnazione dell'aggiudicazione del contratto ad altro concorrente, con la conseguenza che

l'estromissione dalla procedura concorsuale priva il soggetto escluso del titolo a dedurre vizi inerenti alle ulteriori fasi della procedura.

E' appena il caso di aggiungere, poi, che è irrilevante la circostanza, sui cui insiste la difesa della ricorrente, che nel caso che occupa i concorrenti rimasti in gara fossero soltanto due, poichè ciò non vale a radicare un interesse strumentale a contestare il provvedimento di aggiudicazione in capo alla s.p.a. *****, la cui posizione, a seguito della esclusione, deve essere equiparata a quella di qualsiasi impresa operante nel settore, in possesso dei requisiti per essere ammessa alla gara.

8.- Alla pronuncia di parziale infondatezza e parziale inammissibilità del ricorso introduttivo e dei motivi aggiunti, nei limiti di cui in motivazione, consegue la reiezione anche della domanda di risarcimento del danno, atteso che la riconosciuta legittimità dell'azione della P.A. esclude che si siano verificati eventi dannosi a carico della s.p.a. *****.

9.- Si ravvisano ragioni per compensare integralmente fra le parti le spese del giudizio.

P . Q . M .

Il Tribunale Amministrativo Regionale delle Marche in parte respinge ed in parte dichiara inammissibili il ricorso originario ed i motivi aggiunti, nei limiti di cui in motivazione.

Respinge la domanda di risarcimento del danno.

Spese compensate.

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

Così deciso in Ancona, nella camera di consiglio del 18 dicembre 2002, con l'intervento dei Magistrati:

Dott. Bruno Amoroso - Presidente

Dott. Giancarlo Giambartolomei - Consigliere

Dott. Giuseppe Daniele - Consigliere, est.

Publicata nei modi di legge, mediante deposito in Segreteria, il giorno 29 AGO. 2003

Ancona, 29 AGO. 2003

IL SEGRETARIO GENERALE