

**REPUBBLICA ITALIANA**

N.1040/04REG.DEC.

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

N. 5037 REG.RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta  
ha pronunciato la seguente

ANNO 2003

**DECISIONE**

**sul ricorso in appello n. 5037/2003, proposto dalla Pedus Service P. Dussmann s.r.l.**, rappresentata e difesa dagli avv.ti M. Steccanella e G. C. Sciacca, elettivamente domiciliata presso quest'ultimo in Roma, via della Vite n. 7;

**CONTRO**

**Consorzio Miles Servizi Integrati**, rappresentato e difeso dall'avv.to E. Cardi, elettivamente domiciliata presso di lui in Roma, via Basento n. 37;

**e nei confronti**

Azienda ospedaliera CTO/CRF/M. Adelaide di Torino, rappresentata e difesa dall'avv.to P. Scaparone, elettivamente domiciliata in Roma, Lungotevere Flaminio n. 46, presso dott. G.M. Grez;

**per la riforma**

**della sentenza del TAR Piemonte, sez. 2°, n. 531 del 10.4.2003**, con la quale è stato accolto il ricorso proposto dal Consorzio Miles Servizi Integrati.

Visti i ricorsi incidentali proposti dall'Azienda ospedaliera e dal Consorzio;

Viste le memorie difensive prodotte dalle parti;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 25.11.2003, relatore il consigliere Aniello Cerreto ed uditi altresì per le parti gli avv.ti Sciacca, G. Amorelli, per delega dell'avv. Cardì e Scaparone;

Visto il dispositivo di decisione n. 381 del 26.11.2003;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto:

### **FATTO**

Con il ricorso in epigrafe, la società Pedus ha fatto presente che l'Azienda Maria Adelaide di Torino aveva indetto una gara, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'affidamento del servizio triennale di pulizia e sanificazione dei propri presidi, di prelievo e convogliamento dei rifiuti, di lavaggio carrelli e pentolame, con la previsione che punti 60/100 andavano assegnati al fattore prezzo e 40 punti al fattore qualitativo del progetto offerto; che al fine di evitare che fosse premiato il massimo ribasso era stata inserita una clausola di sbarramento in base alla quale occorreva conseguire in sede di valutazione della qualità dell'offerta il punteggio di almeno 21/40 al fine della valutabilità dell'offerta economica; che la Commissione di gara assegnava al progetto offerto del Consorzio Miles il punteggio di 17/40 per l'aspetto qualitativo e perciò veniva escluso dall'ulteriore corso della procedura di gara; che il Consorzio proponeva ricorso al TAR Piemonte contestando

formalmente l'attribuzione di punti 17/40 per l'aspetto qualitativo del proprio progetto ma sostanzialmente l'art. 4 del Capitolato speciale con riferimento alla clausola di sbarramento; che il TAR, con la sentenza in epigrafe, accoglieva il ricorso sulla base di due considerazioni e precisamente:

a)-la stazione appaltante doveva comunque valutare l'offerta nel suo complesso, con riferimento tanto all'elemento prezzo che a quello della capacità tecnica e finanziaria dell'offerente;

b)-l'Amministrazione, con l'art. 4 del Capitolato aveva individuato una sorta di inammissibile soglia di anomalia delle offerte con riferimento all'elemento qualità, disponendo l'automatica esclusione dell'Impresa senza darle la possibilità di presentare ulteriori giustificazioni in violazione dell'art. 25 D.L.vo n. 157/1995.

Ha dedotto che tale sentenza era erronea ed ingiusta per le seguenti ragioni:

- l'anomalia delle offerte atteneva alle sole offerte economiche e cioè ai prezzi richiesti dall'offerente per la prestazione del servizio al fine di evitare offerte inadeguate dal punto di vista economico, mentre nella specie si trattava di una clausola relativa alla qualità dell'offerta, in ordine alla quale non vi era alcuna possibilità di presentare delle giustificazioni;

- non poteva condividersi l'assunto del TAR in ordine al rigetto dell'eccezione di tardività del ricorso relativamente

all'impugnazione della clausola di cui all'art. 4 del Capitolato, in quanto pur mancando la portata escludente di detta clausola occorreva considerare che i criteri di valutazione delle offerte erano tali da condizionare in senso definito la formulazione dell'offerta privilegiando l'aspetto qualitativo.

L'Azienda, con atto depositato il 18.6.20003, ha proposto appello incidentale avverso detta sentenza sostenendo quanto segue:

- la clausola di sbarramento di cui all'art. 4 del Capitolato era idonea a ledere con immediatezza l'interesse delle concorrenti a partecipare a tutte le fasi in cui la gara si articolava e perciò doveva essere impugnata tempestivamente e non con l'atto applicativo;
- la gara riguardava il profilo di tutela della salute dei pazienti e dei lavoratori e perciò l'Azienda aveva ritenuto opportuno garantire comunque una qualità del servizio adeguata allo scopo mediante una clausola di sbarramento;
- la fissazione dello sbarramento rientrava nel legittimo esercizio di una facoltà discrezionale riconosciuta all'Amministrazione in ordine alla determinazione dei fattori di incidenza dei singoli elementi dell'offerta, per cui poteva prevedersi l'esclusione dei progetti tecnicamente non accettabili, come del resto già avveniva nel caso delle procedura di appalto concorso;
- non era pertinente il richiamo del TAR alla disciplina dell'anomalia dell'offerta, che riguardava solo gli aspetti

economici ed era l'effetto di un criterio automatico, mentre nel caso in esame si trattava di valutare la bontà tecnica di un progetto sulla base di una scelta tecnico-discrezionale.

HA quindi rilevato che erano prive di fondamento anche le altre censure sollevate in 1° grado dal Consorzio ed assorbite dal TAR e precisamente:

- in ordine al momento di individuazione dei sottocriteri da parte della Commissione mancava qualsiasi indicazione nel verbale, per cui in mancanza di altri elementi probanti non poteva ritenersi nell'ambito dell'unica seduta di aperture delle buste e valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico che la Commissione avesse sovvertito il principio della previa determinazione dei criteri rispetto all'apertura delle buste;
- d'altra parte la Commissione di gara si era limitata ad applicare i criteri indicati, in quanto da una parte alla scheda di valutazione della qualità non era stata associata ad alcuna attribuzione di punteggio e dall'altra parte il prospetto riepilogativo era stato preconfezionato e comunque gli elementi di valutazione indicati nel bando già contenevano quelli previsti nella scheda riassuntiva, in particolare "microfibra, bandierine, n.attrezzature colore", costituiva mera esemplificazione della voce "attrezzature e materiali"; parimenti per la voce "responsabili per presidio squadra, per passaggi periodici, n.addetti e monte ore", e per la voce "rifiuti";

- il progetto operativo presentato dal Consorzio era in sintesi estremamente generico ed approssimativo;

- anche i motivi aggiunti proposti dal Consorzio erano infondati.

Con atto depositato il 20.6.2003, è stato proposto appello incidentale anche da parte del consorzio Miles, rilevando che le censure avverso le operazioni di gara dovevano essere esaminate in via pregiudiziale rispetto alla clausola di sbarramento e comunque il TAR aveva omesso di pronunciarsi sulla domanda risarcitoria.

HA dedotto quanto segue:

- la Commissione aveva proceduto all'applicazione dei criteri di valutazione contenuti nel Capitolato mediante sottocriteri che non erano stati definiti prima dell'esame delle offerte ed inoltre i sottocriteri utilizzati per l'esame delle singole offerte erano diversi da quelli contenuti nelle schede riepilogative di tutte le offerte. Al riguardo ha precisato che il verbale del 18.12.2002, relativo all'esame dei progetti da parte della Commissione, non recava alcuna menzione dell'operazione di definizione dei sottocriteri, limitandosi ad indicare i criteri contenuti nel capitolato;

- la fase valutativa della Commissione era anche assolutamente non intelligibile;

- nelle valutazioni compiute dalla Commissione vi era palese discordanza tra i giudizi ed i relativi punteggi.

Ha poi insistito sul risarcimento del danno, rilevando che durante la gestione transitoria il servizio era stato gestito dal Consorzio fino al 1°.2.2003, data di inizio da parte dell'aggiudicatario.

In prossimità dell'udienza pubblica, tutte e tre le parti hanno presentato memoria conclusiva.

L'Azienda e la società Pedus hanno insistito per l'inammissibilità della censura relativa alla clausola di sbarramento e comunque per la sua legittimità. La Società Pedus rileva che il Consorzio si era classificato solo al nono posto nella valutazione qualitativa e quand'anche avesse ottenuto il massimo punteggio per l'aspetto economico non avrebbe potuto superarla nel punteggio complessivo. L'azienda a sua volta precisa che l'illegittimità del operazioni di gara poteva essere dichiarata solo ove venisse accertata l'intervenuta violazione del principio di predeterminazione dei criteri di valutazione dell'offerta.

Il Consorzio ha insistito per l'integrale accoglimento dell'appello incidentale.

Alla pubblica udienza del 25.11.2003, il ricorso è passato in decisione.

## **DIRITTO**

1. Con sentenza TAR Piemonte, sez, 2°, n. 531 del 10.4.2003 è stato accolto il ricorso proposto dal Consorzio Miles Servizi integrati avverso il bando di gara, e relativi verbali, indetto dall'Azienda sanitaria Maria Adelaide di Torino per

l'affidamento, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, del servizio triennale di pulizia e sanificazione dei propri presidi, di prelievo e convogliamento dei rifiuti, di lavaggio carrelli e pentolame.

Avverso detta sentenza ha proposto appello la Società Pedus Service P. Dusmann, aggiudicataria della gara, con l'appoggio dell'Azienda, che a sua volta ha proposto appello incidentale.

Il Consorzio ha pur esso proposto appello incidentale per conseguire l'accoglimento delle censure assorbite dal TAR.

2. L'appello della Società Pedus (e quello incidentale dell'Azienda) è fondato nel merito, per cui si può prescindere dall'eccezione di inammissibilità sollevata dalla medesima in ordine all'impugnativa da parte del Consorzio della clausola di sbarramento (il cui contenuto sarà precisato al punto successivo).

2.1. La disciplina di gara per l'aggiudicazione del servizio con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'art. 23, comma 1°, lett. b, D. L.vo 17.3.1995 n. 157, prevedeva (art. 4 del Capitolato speciale) l'attribuzione di punti 40/100 per la qualità e punti 60/100 per il prezzo, ma al fine di poter essere ammesse alla fase di valutazione del prezzo offerto, le Ditte partecipanti dovevano ottenere nella qualità almeno il punteggio di 21/40.

2.2. Detta clausola di sbarramento non può ritenersi di per sé illegittima in quanto rientrante nell'esercizio di una facoltà

discrezionale riconosciuta all'Amministrazione in ordine alla determinazione dei fattori di incidenza dei singoli elementi dell'offerta per la scelta dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per cui poteva prevedersi l'esclusione dei progetti tecnicamente non accettabili.

Invero, l'Amministrazione aggiudicatrice di un appalto pubblico di servizio, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ha la facoltà di valutare l'offerta in base ad elementi diversi (quali ad es. il merito tecnico, la qualità, le caratteristiche estetiche e funzionali, il servizio successivo alla vendita, l'assistenza tecnica ed il termine di esecuzione), con la previsione dei relativi criteri di aggiudicazione da indicare nell'ordine decrescente di importanza.

Con la conseguenza che in tale contesto può assumere senz'altro importanza preminente il criterio qualitativo rispetto a quello economico o viceversa per l'aggiudicazione del servizio, salva l'illogicità dei criteri prescelti in relazione alla specifica gara.

2.3. Nella specie l'Amministrazione ha ritenuto di dare prevalenza al criterio economico (con l'assegnazione di 60 punti su 100), riservando all'aspetto qualitativo solo 40 punti. Ma nel contempo ha voluto evitare che l'aspetto qualitativo fosse al di sotto di un certo standard minimo ritenuto indispensabile, fissato in punti 21/40, per poter procedere nella valutazione economica, trattandosi di servizio che riguardava la tutela della salute dei

pazienti e dei lavoratori e perciò l'Azienda aveva ritenuto opportuno garantire comunque una qualità del servizio adeguata allo scopo mediante una clausola di sbarramento.

Né il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa comporta che un'offerta qualitativamente scarsa debba essere comunque valutata sotto l'aspetto economico, come invece erroneamente ritenuto dal TAR e dal ricorrente originario, trattandosi di aspetto non disciplinato dalla relativa normativa e perciò rimesso alla discrezionalità dell'Amministrazione, che ha facoltà di dosare gli elementi di scelta dell'offerta in relazione alle esigenze da soddisfare nel rispetto del principio della parità di trattamento, e nel caso in esame l'intento era quello di evitare che potesse risultare aggiudicataria un'offerta che dal punto di vista qualitativo fosse del tutto inadatta allo scopo secondo criteri chiaramente enunciati nel disciplinare di gara e vevoli nei confronti di tutti i partecipanti.

Del resto, il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa costituisce la naturale evoluzione del tradizionale appalto concorso per la scelta del contraente da parte della pubblica amministrazione, dovuta all'influsso della normativa comunitaria in materia (V. la decisione della sez. VI di questo Consiglio n. 754 del 18.10.1993), e questo Consiglio all'epoca della vigenza della precedente normativa (art. 4 R.D. 18.11.1923 n. 2440 ed art. 40 R.D. 23.5.1924 n. 827) aveva riconosciuto

all'Amministrazione la possibilità di un esame preliminare dei progetti, finalizzato all'esclusione di quelli tecnicamente non accettabili, e conseguente concentrazione della scelta finale solo su quelli ritenuti idonei dal punto di vista qualitativo (V. Sez. IV n. 57 del 23.1.1986).

2.4. Non rileva nel caso in esame il principio invocato dal TAR in base al quale non può disporsi l'esclusione dell'Impresa senza darle la possibilità di presentare ulteriori giustificazioni, con violazione dell'art. 25 D.L.vo n. 157/1995.

Invero, detto principio concerne l'anomalia delle offerte (cioè delle offerte anormalmente basse rispetto alla prestazione) ed attiene esclusivamente all'aspetto economico del servizio offerto al fine di evitare ribassi eccessivi che potrebbero poi pregiudicare la stessa prestazione del servizio e/o la sua qualità, mentre nella fattispecie si trattava di una clausola relativa alla qualità dell'offerta, in ordine alla quale non vi era alcuna possibilità di presentare delle giustificazioni, potendo essere al più illegittimo il giudizio fornito al riguardo dall'apposita Commissione.

3. Peraltro, è fondato in parte anche l'appello incidentale del Consorzio.

3.1. Va condivisa la censura secondo cui Commissione tecnica aveva illegittimamente proceduto all'applicazione dei criteri di valutazione contenuti nel Capitolato mediante sottocriteri che non risultavano essere stati definiti prima dell'esame delle offerte.

3.2. Il capitolato speciale prevedeva per la qualità del progetto punti 40/100, suddivisi in quattro categorie e precisamente:

a-al massimo punti 20 per: piano operativo proposto dalla ditta, attrezzature e materiali utilizzati;

b-al massimo punti 15 per : metodologie di controllo;

c-al massimo punti 3 per : referenze;

d-al massimo punti 2 per : certificazione di qualità.

La Commissione tecnica, nella seduta del 18.12.2002, ha verbalizzato di aver verificato il contenuto dell'art. 4 del Capitolato (di cui viene precisato il relativo contenuto) e quindi di aver proceduto all'esame dei progetti tecnici, evidenziando quanto riportato nelle schede allegate, ed all'attribuzione dei punteggi qualità, come dettagliato nel prospetto allegato, in base al quale al Consorzio è stato assegnato il punteggio 17 per la qualità e perciò escluso dalla prosecuzione della gara (occorreva almeno 21/40).

L'attribuzione concreta dei punteggi, però, non è avvenuta sulla base delle categorie individuate nel capitolato ma suddividendo ulteriormente il punteggio previsto in nove categorie secondo quanto emerge direttamente dalle schede valutative. In particolare i 20 punti della categoria a) sono stati ripartiti in quattro sottogruppi (10+5+2+3), mentre i 15 punti della categoria b) sono stati a loro volta distinti in due sottogruppi (standard e dettagliati) senza specificazione del punteggio massimo

attribuibile a ciascuno. Detti sottogruppi, anche se in qualche modo collegabili alle categorie di cui al capitolato, mettevano comunque in rilievo alcuni profili del progetto o del sistema di controllo ritenuti di particolare interesse ai fini dell'attribuzione dei relativi punteggi ed in quanto tali dovevano essere definiti prima dell'apertura delle buste.

3.4. Come è noto, vige in materia il principio, di costante applicazione giurisprudenziale, secondo il quale nel procedimento di aggiudicazione di un pubblico appalto o di un pubblico servizio la Commissione di gara può introdurre modesti elementi di specificazione ed integrazione dei criteri generali di valutazione delle offerte indicati nel bando di gara o nella lettera d'invito, ovvero dei sottocriteri di adattamento dei criteri generali o regole specifiche sulle modalità di valutazione, solo quando vi provveda prima dell'apertura delle buste recanti le offerte dei partecipanti (V. Cons. Stato, sez. V, 26 gennaio 2001 n. 264 e n. 3970 del 16.7.2002; sez. VI, 20 dicembre 1999 n. 2117).

E' stato altresì precisato che la regolarità della gara viene ad essere inficiata per il solo mancato rispetto del principio della determinazione dei sottocriteri prima dell'apertura delle buste contenenti gli elementi che poi debbono essere valutati, indipendentemente dell'accertamento se nel caso concreto la Commissione sia effettivamente venuta a conoscenza del contenuto delle offerte presentate (V. le decisioni di questa

Sezione n.3241 del 8.6.2000 e n. 533 del 4.2.2003).

Occorre, infatti, considerare che i procedimenti di gara ad evidenza pubblica sono caratterizzati dalla necessità del rigoroso rispetto di alcuni obblighi formali (ad es. modalità di compilazione e presentazione dell'offerta, pubblicità delle sedute di gara in ordine all'apertura e verifica del contenuto dei plichi) imposti sia nell'interesse della par condicio dei partecipanti sia a tutela dell'esigenza di imparzialità, correttezza e trasparenza dell'azione amministrativa, tra cui rientra anche quello in esame.

3.5. Nella specie non solo non risulta dal verbale del 18.12.2002 in quale momento sarebbe avvenuta l'apertura delle buste contenenti i progetti proposti ma sta di fatto che nell'unica seduta (con indicazione peraltro del solo orario di inizio delle operazioni) e richiamando i criteri del capitolato (come se si volesse confermarli) si è proceduto, oltre che alla compilazione delle schede valutative, altresì all'attribuzione dei punteggi per tutti i partecipanti alla gara sulla base di sottocriteri integrativi senza indicarli nel verbale e senza precisare il momento in cui essi sarebbero stati stabiliti, con conseguente confusione tra la fase di integrazione dei criteri e la valutazione dei progetti.

3.6. Il vizio di cui sopra è di per sè sufficiente per ritenere illegittima la procedura di gara dal verbale del 18.12.2002 fino all'aggiudicazione, con assorbimento delle altre doglianze proposte dal Consorzio in ordine alla concreta valutazione

qualitativa dei vari progetti effettuata dalla Commissione.

Né rileva la circostanza evidenziata dalla Società Pedus secondo cui il Consorzio, essendosi classificato solo al nono posto nella valutazione qualitativa, pur ottenendo il massimo punteggio per l'aspetto economico, non potrebbe superarla nel punteggio complessivo, in quanto nella specie è risultata viziata la fase valutativa dell'aspetto qualitativo dei progetti, che precede quella di valutazione del prezzo offerto.

3.7. L'Amministrazione dovrà rinnovare la procedura di gara per il vizio formale riscontrato e perciò la domanda di risarcimento del danno avanzata dal Consorzio non può essere valutata se non all'esito di tale rinnovo (V. la decisione di questa Sezione n. 3871 del 30.6.2003).

4. Per quanto considerato, l'appello principale (e di conseguenza l'appello incidentale dell'Azienda) deve essere accolto, mentre l'appello incidentale del Consorzio deve essere accolto nei limiti indicati, con conseguente riforma della sentenza del TAR.

Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese di entrambi i gradi di giudizio.

**P.Q.M.**

**Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sez. V)**

**accoglie l'appello principale ed accoglie l'appello incidentale del Consorzio Miles Servizi integrati e per l'effetto accoglie il ricorso originario con diversa motivazione.**

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 25.11.2003,  
con l'intervento dei signori:

Pres. Emidio Frascione

Cons. Raffaele Carboni

Cons. Corrado Allegretta

Cons. Paolo Buonvino

Cons. Aniello Cerreto, Estensore

L'ESTENSORE

f.to Aniello Cerreto

IL PRESIDENTE

f.to Emidio Frascione

IL SEGRETARIO

f.to Gaetano Navarra

**DEPOSITATA IN SEGRETERIA**

Il 3 marzo 2004

**(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)**

***IL DIRIGENTE***  
***f.to Antonio Natale***