

Non appare ragionevole stabilire che un'offerta è eccessivamente onerosa con riguardo alla situazione finanziaria dell'ente e tantomeno negare un'aggiudicazione per mancanza di fondi; non è nemmeno legittimo indire una nuova gara con un importo a base d'asta non certo consistentemente inferiore a quella richiesta dal vincitore della gara già svolta

Il Consiglio di Stato con la decisione numero 6332 del 24 ottobre 2006 ci insegna che:

< Non appare ragionevole stabilire che un'offerta è eccessivamente onerosa con riguardo alla situazione finanziaria dell'ente, posto che, con la deliberazione n. 480 del 31 maggio 2001, era stato stabilito di stanziare sui bilanci 2002 e 2003 e di prenotare sul bilancio 2004 la somma annua di euro 1.262.427,04 corrispondente all'importo a base della gara.

Se erano sopravvenute nuove regole inerenti alle spese da affrontare per i servizi da acquisire – nella specie quelli di pulizia e di ausilio all'assistenza vengono visibilmente compressi, con i provvedimenti di diniego di aggiudicazione e di indizione della nuova gara, senza che sia possibile comprendere quali valutazioni siano state compiutamente fatte – il primo procedimento da seguire doveva essere quello di rivedere tutti gli stanziamenti deliberati, per poi trarre le conseguenze riguardanti le spese eventuali da comprimere. Se i riferimenti agli anni trascorsi possono essere perciò di qualche utilità, devono essere però quelli fatti al bilancio 2004 e seguenti a dare le più puntuali indicazioni per la programmazione della spesa dell'ente.

Nella specie si ha riguardo al 2002, ormai trascorso, ed al 2003 egualmente ormai alla fine: il provvedimento ha la data del 30 dicembre 2003. La possibilità di sostenere la spesa andava verificata con riguardo al triennio a venire, e quindi, prima di tutto al bilancio preventivo per il 2004, nonché alle altre previsioni eventuali proiettate al biennio successivo.

**Questa considerazione dà già dimostrazione di un'erronea valutazione eseguita dall'ente per negare l'aggiudicazione, e perciò comprova la illegittimità del diniego con essa opposto al consorzio ricorrente, aggiudicatario provvisorio dei servizi da prestare>**

Ma non solo.

< Né appare ragionevole stabilire che un'offerta si mostra eccessivamente onerosa, per poi, a breve distanza di giorni (30 dicembre 2003 – 20 gennaio 2004), indire una gara per un prezzo a base d'asta di 1.150.000 euro, vale a dire di una misura non certo consistentemente inferiore a quella richiesta dal vincitore della gara già svolta, e stabilita in euro 1.212.076.

Invero per un bilancio che, per il 2003, prevedeva entrate per l'ente pari ad euro 32.162.600 (sopra n. 2.3), la differenza in questione, di poco più di 62.000 euro, corrisponde allo 0,19 per cento. È da presumere che anche per il 2004, anno al quale si è detto sopra andava fatto puntuale riferimento, il rapporto percentuale sarebbe rimasto identico.

Perciò anche una possibile eccessiva onerosità della spesa, in sé considerata, non appare persuasiva ai fini di un diniego che mira a risparmi sulle spese per servizi. >

A cura di Sonia Lazzini

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

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

DECISIONE

sul ricorso in appello n.r.g. 5596 del 2005, proposto dalla soc. coop. a r.l. CONSORZIO \*\*\*, rappresentato e difeso dall'avv. Enzo Augusto ed elettivamente domiciliato presso il suo studio, in Roma, via San Damaso, n. 15,

contro

l'Istituto di ricovero e cura a carattere scientifico I.R.C.C.S. – Ospedale oncologico di Bari, appellante incidentale, rappresentato e difeso dall'avv. Annamaria Angiuli ed elettivamente domiciliato presso lo studio dell'avv. Vincenzo Caputi Jambrenghi, in Roma, via V. Picardi, n. 4/b,

e nei confronti

della s.r.l. \*\*\*, della Regione Puglia, dell'Agenzia regionale sanitaria – ARES, non costituite,

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale della Puglia – sede di Bari, I Sezione, n. 734/2005, pubblicata il 22 febbraio 2005.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della parte suindicata;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Visto il dispositivo di decisione n. 275 del 21/24 aprile 2006.

Designato relatore, alla pubblica udienza del 21 aprile 2006, il consigliere Giuseppe Farina ed uditi, altresì, i difensori delle parti, avv.ti E. Augusto ed A. Angiuli, come da verbale d'udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

FATTO E DIRITTO

1. L'I.R.C.C.S. – Ospedale oncologico di Bari ha bandito – previe deliberazioni n. 480 del 31 maggio 2001 e 538 del 19 luglio 2001 – una gara per licitazione privata, per l'appalto triennale del “servizio di pulizia e sanificazione” e del “servizio di ausiliario e/o supporto all'attività di assistenza”.

Il criterio di aggiudicazione è stato quello della offerta economicamente più vantaggiosa, quale prevista dall'art. 23, comma 1, del decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157.

L'importo a base d'asta era indicato, all'art. 4 del capitolato speciale, in euro 1.052.022,70, oltre IVA, per anno, e precisamente in euro 1.262.427,24, IVA compresa (come chiarito nell'ultima parte della deliberazione n. 480/2001, prima del dispositivo).

Il Consorzio appellante riportava punti 89,45 (punti 60, per l'offerta tecnica, e punti 29,45, per l'offerta economica), collocandosi al primo posto fra le imprese concorrenti.

La s.r.l. \*\*\*, che già svolgeva il servizio, ma in regime di proroga (v. deliberazione impugnata sub 2), riportava punti 77,80 (rispettivamente, punti 37,80, per l'offerta tecnica, e punti 40, per quella economica), e si collocava al secondo posto.

I dati in questione sono desumibili dal verbale del 29 maggio 2003.

2. Dopo varie vicende, di minor rilievo ai fini della decisione in questa sede, l'Ospedale, con deliberazione commissariale n. 569 del 30 dicembre 2003 – ad oltre sette mesi dalla redazione della graduatoria della gara – ha disposto di non procedere all'aggiudicazione, sulla scorta delle considerazioni che seguono, riportate nello stesso ordine osservato nell'atto.

2.1. Il prezzo annuale offerto dalla prima classificata è di euro 1.212.076,80 e quello della seconda "originario gestore del servizio, attualmente in regime di proroga" è di euro 892.474,99. Il divario va ascritto alla "differente configurazione organizzativa delle offerte tecniche" (sic: era per questo che la prima classificata aveva ottenuto il massimo punteggio), per un numero delle ore di lavoro offerte di 69.348 – da parte del Consorzio primo classificato – contro 53.896 ore offerte dalla seconda classificata.

2.2. La sopravvenuta legge regionale n. 20 del 2002 – entrata in vigore circa dodici mesi prima del provvedimento del quale si discute e perciò indicativa di una attenzione non puntuale degli uffici verso profili di responsabilità dell'Istituto nei riguardi delle imprese che concorrevano, dato che della legge si faceva applicazione nel dicembre 2003 soltanto – aveva imposto "un limite massimo di costo per l'acquisizione di beni e servizi nell'anno 2003", pari al 98% dei costi sostenuti nel 2001.

Nel 2002 il bilancio di esercizio si era chiuso con una perdita di esercizio di oltre 3milioni e 900mila euro.

2.3. Per il 2003, uno degli obiettivi prioritari (deliberazione di giunta regionale n. 1326 del 4 settembre 2003) è il "perseguimento dell'equilibrio economico del Sistema Sanitario Regionale".

L'importo del "tetto massimo di remunerazione onnicomprensivo invalicabile" per l'Istituto era previsto, per il 2003, in euro 32.162.600,00. Ed il "conto economico preconsuntivo", approvato con deliberazione commissariale n. 461 del 31 ottobre 2003, contemplava una perdita di esercizio di euro 5.387.000. Non si rilevavano elementi per "assorbire l'incremento di spesa prodotto dalla eventuale aggiudicazione (circa 940.000 euro nel triennio 2004-2006)". Vale a dire 313 mila euro per anno, ma per anni successivi al 2003.

2.4. Nel frattempo – ma non sono indicate date – è sopravvenuto il "piano di riordino ospedaliero", col quale la Regione ha ridotto le assegnazioni di posti letto dell'Istituto, "portandoli da 150 a 128".

Si può sin d'ora notare che la riduzione dei posti letto è stata del 14,6 per cento di quelli già assegnati.

2.5. Il commissario straordinario traeva dagli elementi sopra enunciati – elementi che definiva, ma con asserzione non del tutto condivisibile, come “tutti successivi alle fasi di gara” – la conclusione della “impossibilità per questo Istituto di aggiudicare la gara, non sussistendo la condizione della compatibilità finanziaria”;

2.6. A base del “potere di non aggiudicare la gara”, è stata richiamata la clausola n. 5 della lettera d’invito, circa la “facoltà dell’amministrazione [di] non dare luogo ad alcuna aggiudicazione ove vengano meno le ragioni di convenienza e di pubblico interesse, per cui era stata bandita la gara”.

Perciò, le considerazioni precedenti sono state qualificate come ragioni di “inopportunità sopravvenuta” e come “gravi motivi”.

2.7. Ulteriore considerazione conseguente era l’enunciato di fare del servizio l’oggetto “di nuova procedura di gara”, con “esborsi strettamente necessari per il mantenimento dei livelli essenziali di assistenza”.

Non c’è nessuna indicazione atta a comprendere in qual modo l’ente aveva “misurato” tali livelli.

2.8. Ultima considerazione è quella di “provvedere a quanto necessario per assicurare comunque il servizio minimo necessario per garantire la erogabilità delle prestazioni sanitarie, procedendo alla proroga del servizio”, evidentemente in favore della società seconda classificata nella gara non aggiudicata al Consorzio ricorrente.

3. Quest’ultimo ha impugnato, col ricorso introduttivo, sia la deliberazione sopra riferita, sia la deliberazione, posteriore di venti giorni – n. 2 del 20 gennaio 2004 – di indizione di una nuova gara per i medesimi servizi, sempre per un triennio, e con fissazione di un “importo presunto annuo di euro 1.150.000, IVA inclusa”.

Sono stati, poi, investiti con “motivi aggiunti” gli atti riguardanti la nuova gara, che si è conclusa con l’aggiudicazione alla società che già svolgeva i servizi e si era collocata al secondo posto nella gara precedente, che qui interessa.

4. Nell’ordine logico vanno, dapprima, esaminate le specifiche censure dedotte dall’Ospedale col ricorso incidentale in appello, che sarebbero idonee a paralizzare la domanda proposta in questa sede, ovvero parte di essa.

Esse sono state riproposte, perché il T.A.R. le ha tutte disattese.

Neppure in questa sede meritano adesione.

5.1. Con la prima, si denuncia l’inammissibilità del ricorso per difetto di interesse, sulla scorta della considerazione che vi sarebbe un vincolo per l’amministrazione di indire la gara per pubblico incanto, mentre questa è stata celebrata nei modi della licitazione privata. Da qui la “doverosa” autotutela, da parte dell’ente, con annullamento del bando a suo tempo emanato.

L’eccezione è palesemente priva di pregio, giacché si riferisce ad evenienze procedurali meramente eventuali. La conseguenza paradossale di una adesione ad essa comporterebbe che, per la sola ipotesi che il provvedimento impugnato in sede giurisdizionale possa essere annullato dalla amministrazione, verrebbe di per sé meno la facoltà del privato di chiedere il sindacato sulla legittimità degli atti che incidono sulle posizioni giuridiche dei privati.

In ogni caso, poiché è data tutela risarcitoria ai soggetti che siano lesi da provvedimenti amministrativi, anche se dovesse in futuro l'amministrazione annullare per illegittimità il bando, essa sarebbe pur sempre tenuta a risarcire il danno arrecato al privato che ha invitato ad una gara e che ne è riuscito vincitore, quanto meno con riguardo alle spese che ha dovuto affrontare ed al mancato guadagno che gli è derivato dall'aver fatto affidamento sull'atto poi annullato.

5.2. Con una seconda eccezione, si osserva che attengono al merito le censure mosse al provvedimento sopra riferito.

La tesi si presta sia ad una dichiarazione di inammissibilità, nella parte in cui non indica con puntualità (si limita alla sola affermazione) quali siano i temi che sconfinano nel merito dell'azione amministrativa, sia ad una dichiarazione di infondatezza, conseguente all'esame, che di seguito si farà, dei soli vizi di contraddittorietà e di insufficiente valutazione di tutti gli elementi da considerare, dedotti nei riguardi del provvedimento che ha negato l'aggiudicazione per i motivi su riferiti.

5.3. Con una terza ed ultima tesi si sostiene la tardività dei motivi aggiunti, che hanno investito, in particolare, il provvedimento di aggiudicazione definitiva della nuova gara indetta.

Premesso che non si tratta, come asserisce l'ente, di una gara rinnovata, ma, di una nuova procedura di selezione del privato contraente fornitore dei servizi suindicati, va ricordato che la norma che consente la presentazione di motivi aggiunti – vale a dire l'art. 21 della l. 6 dicembre 1971, n. 1034, nel testo introdotto dalla l. 21 luglio 2000, n. 205 – ha riguardo a tutti i provvedimenti adottati in pendenza del ricorso tra le stesse parti e connessi all'oggetto del ricorso stesso.

Orbene, è agevole stabilire che gli atti che si configurano come la ordinaria prosecuzione del procedimento dal quale è scaturito il primo provvedimento messo in contestazione – quale, ad esempio, l'aggiudicazione definitiva rispetto a quella provvisoria – ricadono certamente nella previsione suddetta. Non è però da trascurare che per una serie di atti, che si possono porre, sul piano logico-giuridico, come conseguenze di quelli sottoposti al sindacato giurisdizionale, che abbiano, in altre parole, una connessione con l'oggetto del ricorso già prodotto, si debba riconoscere facoltà alla parte che vi ha interesse, dato che non è definito dalla legge il tipo e l'intensità della "connessione" cui si deve aver riguardo, di produrre sia un ricorso per motivi aggiunti, sia un ricorso autonomo, la cui definizione sia, pur sempre, condizionata dall'esito del primo giudizio.

In casi siffatti, l'intrinseco dubbio sul modo di definire il collegamento fra i due atti successivi e regolatori di interessi fra le stesse parti iniziali, non può che, da un lato, consentire la proposizione di censure in un giudizio autonomo o, come motivi aggiunti, nello stesso giudizio, e, da altro lato, nell'ambito di una concezione non formalistica delle garanzie date alle parti a loro tutela nel processo amministrativo, dar luogo ad un esame delle eccezioni di tardività alla luce della facoltà ora enunciata. Nel senso anche, perciò, che, non venendo a mancare alcuna garanzia per la parte pubblica intimata, ove i motivi aggiunti siano prodotti nel termine di sessanta giorni dalla conoscenza dell'atto "sopravvenuto e connesso", l'intrinseco dubbio sulla necessità di osservare il termine dimidiato non può che indurre il giudice a riconoscere la scusabilità dell'errore, con remissione in termine della parte ricorrente.

Nel caso di specie, perciò, non può essere riconosciuta tardività nella proposizione dei motivi aggiunti, ben potendo dubitarsi che il provvedimento di aggiudicazione nella nuova gara indetta presenti incontestabilmente quel grado di connessione "processuale", voluto dalla legge, con l'atto

che ha negato l'aggiudicazione della gara precedente, sì da esigere che sia impugnato nel termine di trenta giorni.

Non senza sottolineare, infine, che neppure è stato indicato, con l'appello incidentale, in quale data sarebbe stato conosciuto il provvedimento sopraggiunto, sì da configurare una tardività che, in ogni caso, colui che eccepisce deve comprovare. La censura è, per questa parte, anche inammissibile.

6. Insieme alle statuizioni concernenti le eccezioni ora esaminate, va ora ricordato, prima di far luogo all'esame delle censure che il Consorzio ha rinnovato con l'appello avverso gli atti che ne hanno pregiudicato la posizione, che rimane fermo anche il capo di sentenza con la quale il T.A.R. ha respinto il ricorso incidentale della seconda classificata.

Il primo giudice ha stabilito la legittimità dell'operato della commissione giudicatrice in tema di attribuzione del punteggio alla ricorrente principale, con riguardo, in particolare, alla parte di offerta tecnica consistente nel sistema organizzativo, alla quantità e organizzazione del personale, ai tempi e turni di lavoro, ai metodi di formazione. In concreto, ha posto in rilievo che il "monte orario annuale" era stato valutato dalla commissione all'interno di due soglie "al di sotto ed al di sopra delle quali non poteva assicurarsi un servizio dimensionato sulle prestazioni indicate nel capitolato speciale".

Queste considerazioni, in quanto inerenti alle indicazioni di capitolato speciale, mettono in rilievo una intrinseca contraddizione o lacuna del provvedimento impugnato, dove si afferma (sopra 2.1) che il divario fra le due offerte economiche va ascritto alla differente configurazione delle due offerte tecniche, senza però alcuna valutazione della migliore o peggiore corrispondenza di esse alle prescrizioni del capitolato. Senza, cioè, una verifica del dato preso in considerazione alla luce di quanto era stato chiesto alle imprese concorrenti in tema di prestazioni da garantire.

7.1. Con il primo motivo del ricorso, il Consorzio denuncia l'omessa comunicazione dell'avvio del procedimento di diniego dell'aggiudicazione. In particolare, il ricorrente critica l'assunto del primo giudice, secondo il quale il diniego rappresenta uno dei possibili esiti del procedimento di gara. La critica si fonda sulla considerazione che il diniego, "essendo espressione del potere di autotutela, necessita certamente ai sensi dell'art. 7 della L. n. 241/90, della comunicazione di avvio del procedimento".

La censura non merita adesione.

Un procedimento di scelta del privato contraente ben può avere, come suo esito, una determinazione di non procedere alla aggiudicazione. Si tratta sia di regola che deriva dai principi generali (esattamente il T.A.R. ha ricordato l'art. 113 del r.d. 23 maggio 1924, n. 827, che è espressivo di tali principi) che regolano l'attività amministrativa – salvo, beninteso, il caso della responsabilità della P. A. per l'affidamento che il privato possa aver fatto su una forma di autolimitazione del potere che la stessa amministrazione possa essersi data – sia di facoltà che l'Ospedale si era espressamente riservata al punto n. 5 della lettera d'invito del 25 luglio 2002.

Ne segue che l'amministrazione non agiva in sede di autotutela, vale a dire con pronuncia di annullamento di un provvedimento che aveva adottato in tema di aggiudicazione della gara indetta, ma nell'ambito dello stesso procedimento ed a conclusione di esso.

Per altro verso, sul piano formale, nel provvedimento impugnato si fa menzione delle note del 20 giugno e del 17 novembre 2003, inviate dal Consorzio per sollecitare la deliberazione di

aggiudicazione. Se quindi la parte ha inteso lamentare non una mera inosservanza formale della regola partecipativa, ma l'esigenza di un apporto collaborativo, si può rilevare che questo si è avuto.

Altro è, invece, l'esito dell'esame delle osservazioni fatte dal Consorzio. Esso attiene alla motivazione specifica del provvedimento di diniego, che, come di seguito si vedrà, non appare legittima.

7.2. Con il secondo motivo, il Consorzio ricorrente nega che sia stata data una sufficiente motivazione al diniego. Critica, in sintesi, la tesi della onerosità eccessiva dell'appalto, alla luce degli argomenti enunciati dall'amministrazione, sottolineando:

a) la base simbolicamente inferiore della nuova gara indetta: 1.150.000 euro, rispetto al prezzo garantito dal Consorzio di euro 1.212.076,80;

b) l'erroneità dell'asserzione circa l'esigenza del non superamento del limite di spesa del 98% nel 2003 sulla spesa del 2001, con risalto del fatto che ormai si era anche nel 2004 e che il limite non si riferiva agli I.R.C.C.S. Né è indicata nel provvedimento l'entità della spesa complessiva per beni e servizi nel 2001, né in che misura, nel 2004, il costo dell'appalto inciderebbe sui costi complessivi previsti;

c) l'inattendibilità dell'affermazione che il Settore Sanità della Regione aveva fatto riferimento alla compatibilità finanziaria della spesa, con lettera del 6 novembre 2003, perché essa andava posta in relazione con la nota del dirigente dell'assessorato alla sanità della Regione, in data 7 novembre 2003, che trasmetteva il parere del 14 ottobre 2003 dell'Agenzia Regionale Sanità, espressivo sia della non applicabilità del limite di cui al precedente punto b), sia della tesi della possibilità di aggiudicazione della gara al Consorzio;

d) la non necessità dell'autorizzazione regionale ex art. 6 della l. reg. 7 dicembre 2001, n. 32, perché la prescrizione riguardava una autorizzazione da acquisire prima di bandire la gara e, nel caso in esame, la gara era stata bandita il 31 maggio 2001, prima dell'entrata in vigore della legge suddetta;

e) la genericità, mancata dimostrazione e dubitabilità delle affermazioni sulle pregresse perdite di esercizio del 2002 e 2003, non conferenti, visto che si doveva far luogo ad un contratto nel 2004. L'Istituto doveva quanto meno dimostrare che la situazione economica era peggiore rispetto a quella in cui era stata presa la decisione di indire la gara.

7.3. La complessa censura va condivisa.

7.3.1. Non appare ragionevole stabilire che un'offerta è eccessivamente onerosa con riguardo alla situazione finanziaria dell'ente, posto che, con la deliberazione n. 480 del 31 maggio 2001, era stato stabilito di stanziare sui bilanci 2002 e 2003 e di prenotare sul bilancio 2004 la somma annua di euro 1.262.427,04 corrispondente all'importo a base della gara.

Se erano sopravvenute nuove regole inerenti alle spese da affrontare per i servizi da acquisire – nella specie quelli di pulizia e di ausilio all'assistenza vengono visibilmente compressi, con i provvedimenti di diniego di aggiudicazione e di indizione della nuova gara, senza che sia possibile comprendere quali valutazioni siano state compiutamente fatte – il primo procedimento da seguire doveva essere quello di rivedere tutti gli stanziamenti deliberati, per poi trarre le conseguenze riguardanti le spese eventuali da comprimere. Se i riferimenti agli anni trascorsi possono essere

perciò di qualche utilità, devono essere però quelli fatti al bilancio 2004 e seguenti a dare le più puntuali indicazioni per la programmazione della spesa dell'ente.

Nella specie si ha riguardo al 2002, ormai trascorso, ed al 2003 egualmente ormai alla fine: il provvedimento ha la data del 30 dicembre 2003. La possibilità di sostenere la spesa andava verificata con riguardo al triennio a venire, e quindi, prima di tutto al bilancio preventivo per il 2004, nonché alle altre previsioni eventuali proiettate al biennio successivo.

Questa considerazione dà già dimostrazione di un'erronea valutazione eseguita dall'ente per negare l'aggiudicazione, e perciò comprova la illegittimità del diniego con essa opposto al consorzio ricorrente, aggiudicatario provvisorio dei servizi da prestare.

Le osservazioni del Consorzio, riferite sub 7.2, lett. b), d) e), vanno perciò accolte con annullamento del provvedimento impugnato;

7.3.2. Né appare ragionevole stabilire che un'offerta si mostra eccessivamente onerosa, per poi, a breve distanza di giorni (30 dicembre 2003 – 20 gennaio 2004), indire una gara per un prezzo a base d'asta di 1.150.000 euro, vale a dire di una misura non certo consistentemente inferiore a quella richiesta dal vincitore della gara già svolta, e stabilita in euro 1.212.076.

Invero per un bilancio che, per il 2003, prevedeva entrate per l'ente pari ad euro 32.162.600 (sopra n. 2.3), la differenza in questione, di poco più di 62.000 euro, corrisponde allo 0,19 per cento. È da presumere che anche per il 2004, anno al quale si è detto sopra andava fatto puntuale riferimento, il rapporto percentuale sarebbe rimasto identico.

Perciò anche una possibile eccessiva onerosità della spesa, in sé considerata, non appare persuasiva ai fini di un diniego che mira a risparmi sulle spese per servizi.

A questa considerazione bisogna aggiungere che, nel capitolato speciale del nuovo appalto, si è dato come "minimo standard operativo accettabile" (art. 3, pag. 6) il numero di 54.000 ore annue. La riduzione rispetto all'offerta del Consorzio (69.348 ore: v. provvedimento impugnato, sopra 2.1) è del 22,1 per cento. Contro un risparmio iniziale dello 0,19 per cento, l'ente rinunciava ad un quota del servizio molto più consistente, sul piano preventivo.

Sul piano della verifica dell'esito della nuova gara, poi, la spesa per i due servizi in appalto è risultata di euro 943.105. La riduzione, rispetto all'offerta del Consorzio, è perciò del 22,1 per cento. Pari, in definitiva, a quella che poteva essere contrattata, o almeno proposta, col Consorzio vincitore, ma in presenza di un servizio più tecnicamente apprezzato.

Anche in relazione al vizio denunciato sub 7.2, lett. a) il provvedimento si mostra perciò illegittimo.

7.4. Anche la terza censura deduce profili che vanno condivisi.

Il Consorzio premette che la riduzione del numero dei posti, della quale si è fatto cenno sub 2.4, non riduceva affatto i servizi di pulizia – che sono commisurati agli spazi, indipendentemente dal numero dei ricoverati – ma soltanto quelli di "ausiliario" (termine che vuole indicare il supporto all'assistenza dei malati). E fa rilevare che il nuovo bando prevede addirittura un numero di addetti maggiore, per questo secondo servizio, pur se "ridotto". Ed insiste, perciò, sulla censura, disattesa dal primo giudice, di omessa considerazione, da parte dell'Ospedale, della proposta del Consorzio "di riduzione del numero di ore complessivo e, quindi, del corrispettivo dell'appalto".



Secondo il T.A.R. una tale ipotesi sarebbe perseguibile soltanto in corso di svolgimento del servizio, come prevedeva l'art. 27 del capitolato speciale d'appalto.

La censura è fondata.

È infatti logico che, se le parti possono accordarsi dopo la stipulazione del contratto – è questa l'ipotesi del capitolato, in buona sostanza – per ridurre o estendere i servizi da fornire in correlazione con minori o maggiori esigenze sopravvenute, ciò possono, a maggior ragione concordare in sede di trattative. Se il dato materiale dell'avvenuta definizione contrattuale delle reciproche obbligazioni non è un elemento ostativo, se non per arbitrari motivi, per un accordo modificativo, non v'è ragione per negare che ciò possa avvenire anche prima della stipulazione del contratto.

La tesi del primo giudice appare improntata ad una visione non attenta alla necessità per le parti di collaborare secondo i canoni della buona fede sia nel corso delle trattative (art. 1337 cod. civ.), sia nell'esecuzione del contratto (art. 1375 cod. civ.).

Il provvedimento contestato va dichiarato, di conseguenza, illegittimo, anche per aver omesso di considerare che si poteva giungere ad un accordo sulla riduzione della prestazione del servizio, in dipendenza della riduzione di posti letto segnalata nell'atto stesso, proporzionale alla riduzione stessa, garantendo, in tal modo all'impresa aggiudicataria provvisoria lo svolgimento dei servizi da fornire.

In punto di fatto, l'aggiudicazione per 1.212.076 euro, IVA compresa, sarebbe stata ridotta del 14,6 per cento – v. sopra n. 2.4 – a 1.034.385,60 euro. E perciò ad un costo inferiore a quello che, venti giorni dopo, l'ente ha ritenuto di poter sostenere, con un prezzo a base d'asta di 1.150.000 euro.

8. Al riconoscimento della illegittimità del diniego di aggiudicazione segue l'illegittimità di tutti i provvedimenti successivi, che trovano nel primo la loro ragione principale.

In particolare, vanno annullati sia il bando di gara del 20 gennaio 2004, sia, consequenzialmente, l'esito della gara che, in forza di esso è stata svolta. E che è stato approvato con deliberazione commissariale del 30 marzo 2004, n. 106.

9. L'amministrazione soccombente ha l'obbligo, in correlazione con la domanda posta dal Consorzio, di riprendere in considerazione la situazione esistente dopo l'aggiudicazione provvisoria della gara per stabilire se vi sono motivi, che non confliggano con quelli in questa sede dichiarati illegittimi, per non far luogo alla predetta aggiudicazione o per farvi luogo.

Nel primo caso, essa sarà tenuta a rifondere i danni causati al Consorzio per aver illegittimamente disposto il diniego con il provvedimento del dicembre 2003. Nel secondo caso, la rifusione dei danni si limiterà a quelli derivanti dalla tardività della stipulazione dell'accordo contrattuale triennale.

Nell'uno o nell'altro caso, attualmente la domanda di risarcimento dei danni, avanzata genericamente dalla parte vittoriosa, va dichiarata inammissibile, perché subordinata ad una ulteriore determinazione dell'Ospedale, la cui conformità alla presente decisione, potrà essere anche verificata in sede di ottemperanza.

10. Con assorbimento di ogni altra questione, l'appello va, in conclusione, accolto.

Le spese del giudizio fanno carico all'Istituto soccombente e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, accoglie l'appello principale;  
dichiara inammissibile la domanda di risarcimento dei danni;  
respinge l'appello incidentale;

condanna l'amministrazione soccombente al pagamento, in favore dell'appellante, delle spese di giudizio, che liquida in seimila euro.

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

Così deciso in Roma, dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), nella camera di consiglio del 21 aprile 2006

DEPOSITATA IN SEGRETERIA - Il 24 ottobre 2006