



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 10136 del 2011, proposto da:
Dussmann Service s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Filippo
Martinez, Davide Moscuza ed Ulisse Corea, con domicilio eletto
presso l'avv. Ulisse Corea in Roma, via dei Monti Parioli n. 48;

contro

Ospedale Sassuolo s.p.a., rappresentata e difesa dagli avv. Alberto
della Fontana e Giovan Ludovico della Fontana, con domicilio eletto
presso il dott. Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria n. 2;

nei confronti di

Coopservice s.c.p.a., rappresentata e difesa dagli avv. Massimo
Colarizzi ed Ermes Coffrini, con domicilio eletto presso l'avv.
Massimo Colarizi in Roma, via Panama n. 12;

Colser Servizi s.c. a r.l., rappresentato e difeso dall'avv. Paolo
Michiara, con domicilio eletto presso il dott. Gian Marco Grez in

Roma, corso Vittorio Emanuele II n. 18;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. EMILIA-ROMAGNA - BOLOGNA:
SEZIONE II n. 00752/2011, resa tra le parti, concernente
AFFIDAMENTO SERVIZIO TRIENNALE DI PULIZIA E
SERVIZIO SANIFICAZIONE - RIS. DANNO

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ospedale Sassuolo Spa e di
Coopservice s.c.p.a. e di Colser Servizi s.c. a r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 febbraio 2012 il Cons.
Angelica Dell'Utri e uditi per le parti gli avvocati Pisano su delega di
Corea, Giovan Ludovico della Fontana e Colarizi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

L'Ospedale di Sassuolo s.p.a. ha indetto nel 2010 una procedura ristretta per l'affidamento del "servizio triennale rinnovabile di pulizia e sanificazione dell'intero complesso costituente la dotazione immobiliare ospedaliera e delle aree circostanti". Le concorrenti Coopservice, Colser e Dussmann si collocavano rispettivamente al primo, secondo e terzo posto della relativa graduatoria, sicché, previa positiva verifica dell'anomalia delle offerte delle prime due, la gara veniva aggiudicata in favore di Coopservice.

Con ricorso davanti al TAR per l'Emilia Romagna, sede di Bologna, Dussmann impugnava l'aggiudicazione e gli atti presupposti, connessi e consequenziali, chiedendo altresì la dichiarazione di inefficacia del contratto con contestuale suo subentro ed il risarcimento del danno.

Con sentenza 2 novembre 2011 n. 752 della sezione seconda il ricorso è stato respinto.

Con atto inoltrato per la notifica il 17 dicembre 2011 e depositato il 20 seguente Dussmann ha appellato detta sentenza, non notificata. A sostegno dell'appello ha dedotto:

1.- Sulla fondatezza del motivo proposto in via principale, volto ad ottenere l'esclusione delle controinteressate Coopservice e Colser e l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione.

Violazione e falsa applicazione degli artt. 86 e ss d.lgs. 163/06; violazione dell'art. 87, comma 4, d.lgs. 163/06; violazione dell'art. 97 Cost.; eccesso di potere per difetto di istruttoria, illogicità, contraddittorietà.

Pur richiamando principi indiscutibili in tema di valutazione delle offerte anomale, il TAR ne ha omesso o errato l'applicazione, non considerando che, se l'Amministrazione avesse svolto un'istruttoria adeguata e rispettato le norme in rubrica, sarebbero emerse le numerose criticità delle offerte delle controinteressate rivelanti incongruità per gli aspetti seguenti:

1.1.- Sull'offerta Coopservice:

a.- Sugli oneri di sicurezza;

b.- Spese generali, qualità e formazione;

c.- Le voci di costo per il personale e i macchinari.

d.- Sui costi per migliorie.

1.2.- Sull'offerta Colser:

Anche l'offerta della seconda classificata si dimostra inattendibile per plurime difformità, sicché si ripropongono i motivi formulati al riguardo ed assorbiti da TAR, in tema di:

a.- costi per la sicurezza;

b.- spese generali.

2.- Sulla fondatezza dei motivi proposti in via subordinata, volti ad ottenere l'annullamento dell'intera procedura di gara: Violazione degli artt. 35, 36 e 38 direttiva 2004/18 e degli artt. 64, 66 e 70 d.lgs. 163/2006; violazione di legge ed eccesso di potere determinato da violazione del principio di *par condicio*, violazione del principio di pubblicità, perplessità e contraddittorietà dell'agire amministrativo, difetto di istruttoria e motivazione; violazione dell'art. 97 Cost..

Nell'imminenza della scadenza del termine per la presentazione delle offerte l'Amministrazione ha modificato la *lex specialis*, nella parte concernente il peso ed il criterio per la valutazione delle offerte economiche, il giorno prima della scadenza stabilendo di considerare il solo ribasso unico per i servizi di pulizia e non anche quello per il barellaggio invece considerato dalla lettera d'invito, senza pubblicare la modifica ma spostando il detto termine di soli 7 giorni; ha poi confermato tali modalità ma 5 giorni prima della nuova scadenza ha modificato i punteggi per i due servizi senza concedere alcun termine aggiuntivo e comprimendo i diritti ed interessi dei concorrenti.

L'illegittima modifica è stata determinante nell'aggiudicazione. Erroneamente ed apoditticamente il TAR ha opposto che l'invio delle relative comunicazioni a tutti i concorrenti avrebbe garantito l'assenza delle violazioni di legge e dei principi in tema di pubblicità, termini minimi e *par condicio*, anche perché avrebbe ampliato le facoltà dei concorrenti stessi senza che vi fosse necessità di elaborare una nuova offerta. Va invece considerato che i progetti vengono elaborati dai concorrenti non in modo avulso dall'offerta economica, bensì tenendo costantemente presenti gli aspetti da dichiarare poi nella stessa offerta economica. Nella specie, il mutamento a cinque giorni dalla scadenza del termine dei criteri di valutazione e ponderazione delle voci dell'offerta economica ha precluso a Dussmann di rimodulare il progetto tecnico corrispondentemente anche all'offerta economica secondo i nuovi criteri integranti una modifica sostanziale e di elementi essenziali della *lex specialis*, perciò necessitante della ripetizione degli adempimenti pubblicitari. Il TAR da un lato non ha considerato la triplice successione di interventi, ossia un modo di agire caotico e contraddittorio, e dall'altro lato ha osservato che quale gestore uscente Dussmann fosse nelle condizioni per formulare la miglior offerta, quasi alludendo ad un bisogno dell'Amministrazione fisso ed immutabile. Infine, è inconferente il rilievo secondo cui la p.a. conserva la facoltà di modificare e rinnovare la *lex specialis* nell'ambito di un potere ampiamente discrezionale, non richiedente specifica attività istruttoria, poiché ciò non contraddice la necessità di adeguata pubblicità e nuovo termine nella misura minima prescritta

dall'art. 70 d.lgs. n. 163 del 2006, oltre a preventiva istruttoria adeguata a ponderare i contrapposti interessi in gioco ed a congrua motivazione sulla rettifica.

3.- Violazione dell'art. 83 del d.lgs. 163/2006; violazione di legge ed eccesso di potere determinato dalla violazione della *par condicio* dei concorrenti e dalla violazione della correttezza dell'agire amministrativo; violazione dell'art. 97 Cost.; difetto di istruttoria e motivazione.

Nuovi sottocriteri di valutazione sono stati introdotti dopo l'apertura delle buste dal responsabile del procedimento tramite l'invio ai concorrenti rimasti in gara di un questionario sui prodotti da impiegarsi nell'appalto. Il TAR ha opposto le mere finalità conoscitive e ricognitive del questionario, riguardante un complesso di informazioni rientranti nel sottoparametro 3b) senza consentire la modifica delle offerte. Tuttavia le analitiche informazioni richieste, concernenti anche modalità di utilizzazione e smaltimento, costituivano elementi di valutazione ulteriori a quelli cristallizzati nella *lex specialis*, introdotti in violazione del cit. art. 83. Irrilevante, perciò, è che la commissione abbia fatto proprio l'operato del responsabile del procedimento. Si censurava in subordine anche la *lex specialis*, ove interpretabile nel senso di consentire tali integrazioni postume.

4. – Violazione e falsa applicazione dell'art. 83, comma 1 e 4, del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163. Violazione della *par condicio competitorum*. Sviamento. Violazione dell'art.97 Cost..

Era denunciato l'ulteriore vizio dell'omessa indicazione sia nella

lettera d'invito che nel capitolato speciale dei sub punteggi attribuibili a ciascun sub criterio indicato per la voce qualità. In proposito, il TAR ha rilevato che la norma ciò richiede solo “ove necessario”, così non considerando che tutti gli elementi presi in considerazione e la loro importanza relativa devono essere previamente noti ai potenziali offerenti e che in tal modo non è possibile ricostruire l'*iter* valutativo seguito.

5.- Violazione dell'art. 2, co. 2, d.lgs. 163/2006; violazione del principio di segretezza delle offerte; violazione della *par condicio* dei concorrenti. Sviamento. Violazione dell'art. 97 Cost..

In relazione al motivo subordinato inerente la mancata custodia dei plichi e/o la mancata menzione delle relative modalità, il TAR ha condiviso l'orientamento giurisprudenziale asseritamente prevalente secondo cui il difetto di custodia va sostenuto dall'allegazione di elementi atti a far ritenere che in concreto una manomissione si sia verificata, mentre tale orientamento è stato superato, affermandosi invece la necessità che siano indicate in verbale le cautele adottate e l'integrità dei plichi.

6.- Sul risarcimento del danno.

La fondatezza del ricorso non può che riverberarsi sul riconoscimento della tutela risarcitoria in forma specifica, mediante aggiudicazione, stante il permanente svolgimento del servizio in proroga del precedente affidamento.

L'Ospedale di Sassuolo, Coopservice e Colser si sono costituiti in giudizio ed hanno svolto eccezioni e controdeduzioni, la seconda

anche in successiva, sintetica memoria. L'appellante ha replicato con memoria dell'8 febbraio 2012, alla quale hanno a loro volta replicato l'Ospedale e Coopservice.

All'odierna udienza pubblica i difensori hanno insistito nelle rispettive tesi e richieste.

DIRITTO

1.- Si controverte della gara indetta dall'Ospedale di Sassuolo s.p.a. per l'affidamento del “servizio triennale rinnovabile di pulizia e sanificazione dell'intero complesso costituente la dotazione immobiliare ospedaliera e delle aree circostanti”, aggiudicata in favore di Coopservice.

L'appello in esame è volto alla riforma della sentenza con la quale è stato respinto il ricorso proposto da Dussmann, terza classificata.

2.- Col primo motivo l'appellante contesta la reiezione delle censure da essa avanzate, in via principale, nei riguardi dell'operato della Stazione appaltante concernente la valutazione di congruità delle offerte delle due concorrenti che la precedono in graduatoria.

2.1.- Quanto all'aggiudicataria, il primo profilo di doglianza investe tale valutazione con riguardo agli oneri di sicurezza. In proposito si evidenzia che nelle giustificazioni Coopservice ha indicato un importo più basso (€ 9.060) di quello recato dall'offerta (€ 9.950), comunque gravemente sottostimato in rapporto ai 116 addetti (€ 17.400, pari al prodotto tra i 116 addetti e l'importo di € 150 ciascuno, minimo inderogabile fissato dalle tabelle ministeriali) e la differenza (€ 7.450) è ben superiore all'utile indicato in offerta (€ 5.921,77); che trattasi di

costo obbligatorio per il quale è vietato offrire ribassi e presentare giustificazioni; che pertanto risulta violato il disposto dell'art. 87, co. 4, del d.lgs. n. 163 del 2006, impositivo dell'obbligo di indicare costi per la sicurezza congrui rispetto alle caratteristiche del servizio e la cui indicazione in offerta deve ritenersi costituisca autovincolo da cui l'offerente non può discostarsi. Si espone che le controparti hanno opposto la corretta indicazione nelle giustificazioni del costo di € 17.400, somma però dalla quale dev'essere decurtato l'importo per la formazione specifica già quantificato nei costi di formazione ed al riguardo si contesta che l'attività di formazione sia stata calcolata non in base ai dichiarati 116 addetti, ma sul numero inferiore di 97 addetti, i restanti essendo previsti per la sostituzione, senza considerare che per tutti dev'essere effettuata l'attività necessaria per garantire la sicurezza nello specifico appalto.

Si espone, altresì, che su tali aspetti il primo giudice non ha ravvisato contraddittorietà, osservando che la *lex specialis* non richiedeva giustificazioni preventive ma la sola dichiarazione che i costi fossero adeguati all'entità ed alle caratteristiche delle prestazioni da affidare, che l'importo di € 9.950 è indicato in prospetto esemplificativo allegato spontaneamente all'offerta, non vincolante in sede di giustificazioni successive, e che in quest'ultima sede è legittimo rimodulare gli elementi economici dell'offerta. Si critica perciò tali statuizioni, assumendone il contrasto con il citato art. 87, co. 4, il quale – come detto - imporrebbe l'obbligo e non la facoltà di indicare in offerta i costi della sicurezza senza che sia consentito poi

discostarsene, essendo la rimodulazione consentita per altri e differenti elementi e non anche per i costi in questione, né a fronte del disposto della norma varrebbe la richiamata prescrizione della *lex specialis*. Inoltre erronea ed apodittica sarebbe l'affermazione del TAR dell'inammissibilità per tardività e novità delle proprie censure mosse nella memoria del 20 settembre 2011, in quanto già presenti in ricorso ed essendosi limitata in tale memoria a confermare ed approfondire vizi già dedotti con riguardo alle difese avversarie. In particolare, in replica alla difesa dell'Amministrazione resistente, che affermava come l'offerta economica di Coopservice non contenesse la quantificazione dei costi per la sicurezza, si è fatto presente che, come già lamentato in ricorso, ciò è motivo di illegittimità e di esclusione della concorrente.

Tali pur articolate considerazioni non colgono nel segno.

Al riguardo, va premesso che nell'atto introduttivo del giudizio di primo grado (l'atto contenente motivi aggiunti riguardando soltanto il diniego di riesame dell'aggiudicazione) Dussmann si limitava a dedurre la difformità tra la cifra indicata in offerta, a suo avviso immodificabile, e quella che poi compare nelle giustificazioni, nonché la sottostima dei costi in questione nell'uno e nell'altro caso in quanto da ragguagliarsi alla cifra di € 150 per ciascuno dei 116 addetti.

Non lamentava invece, neppure con non proposti appositi motivi aggiunti a seguito del deposito in giudizio delle giustificazioni, la mancata esclusione di Coopservice per omessa indicazione in offerta dei costi di sicurezza, né l'erroneità del criterio di computare tali costi

in base al personale addetto stabilmente al servizio, ancorché il numero di 97 addetti impiegati in via ordinaria fosse chiaramente indicato nelle stesse giustificazioni con l'espressa precisazione che le "unità preposte al rafforzamento delle sostituzioni, in quanto già operanti su altri cantieri limitrofi, sono da considerarsi già formate nel cantiere di appartenenza..." (pagg. 5 e 9).

Ne deriva che giustamente il TAR ha ritenuto intempestive ed irrituali le censure contenute in memoria che tali aspetti investivano, sulla base di fatti e ragioni giuridiche ben diverse da quelle originarie; censure che sono conseguentemente inammissibili in questa sede, stante altresì il divieto di *ius novorum* ribadito dall'art. 104 cod. proc. amm..

Altrettanto giustamente il TAR ha disatteso, con motivazione attenta ed analitica, le doglianze formulate in ricorso.

E' ben vero che l'art. 87, co. 4, del codice dei contratti non ammette giustificazioni in relazione agli oneri di sicurezza (peraltro riferiti ai piani di sicurezza nei cantieri di cui al successivo art. 131 ed il piano di sicurezza e coordinamento di cui all'art. 12 del d.lgs. 14 agosto 1996 n. 494, entrambi in tema di lavori) e richiede che tali costi siano "specificamente indicati nell'offerta e risultare congrui rispetto alle caratteristiche dei servizi o delle forniture".

Tuttavia, nella specie la lettera d'invito datata 19 aprile 2010 si limitava a prescrivere che l'offerta economica, da redigere secondo l'allegato schema, contenesse, oltre a precisati dati riguardanti addetti ed ore impiegati e costi di macchinari e prodotti ai sensi del d.P.C.M.

13 marzo 199 n. 117, “affermazioni, datate e sottoscritte a pena di inammissibilità”, tra cui quella “che nella redazione della medesima (offerta economica: n.d.e.) si è tenuto conto dei costi (...) relativi alla sicurezza e che tali costi sono adeguati rispetto all’entità ed alle caratteristiche delle prestazioni affidate in appalto”. Pertanto, non richiedeva l’indicazione dell’importo dei costi per la sicurezza.

Coopservice, che ha redatto l’offerta economica in conformità allo schema predisposto dalla Stazione appaltante, dunque rendendo la prescritta dichiarazione di congruità, ha però ritenuto di allegare un prospetto recante “scomposizione canone mensile”, in cui ha tra l’altro indicato l’importo di € 9.950,00 per “oneri di sicurezza”.

E’ evidente che la *lex specialis* di gara, non impugnata per questo aspetto da Dussmann, non esigeva la presentazione di tale prospetto e tanto meno la quantificazione in offerta dei costi per la sicurezza ai sensi del richiamato art. 87, co. 4.

D’altra parte, il prospetto in parola non consiste nell’offerta, come detto formulata nell’apposito modulo, bensì in giustificazioni preventive a suo tempo previste dal testo originario dell’art. 86, co. 5, del codice degli appalti, ora non più richieste da tale norma né – come si è visto - dalla lettera d’invito, quindi irrilevanti. In ogni caso, com’è noto, era ben possibile rimodularne i dati in sede di giustificazioni successive, le quali peraltro, sul punto, piuttosto che essere intese a dimostrare la sufficienza di un minor importo considerato come costi di sicurezza, consistono nella spiegazione di come si raggiunga il previsto costo di € 17.400 ivi indicato, sulla cui corretta

quantificazione la stessa Dussmann concorda sia nel ricorso di primo grado che nell'atto d'appello, restando evidentemente inammissibili ulteriori profili dedotti in successive memorie.

Né l'imputazione di tale importo alle varie voci (pagg. 9 e 10 delle ripetute giustificazioni), e neppure la congruità e/o credibilità dei rispettivi singoli importi, oltretutto contestate in modo del tutto generico, possono formare oggetto di esame per le ragioni spiegate innanzi.

2.2.- Il secondo profilo di doglianza concerne le spese generali, qualità e formazione.

In primo grado si deduceva che Coopservice aveva indicato in offerta la cifra di € 9.197,03 e nelle giustificazioni si dà conto solo di quella per formazione di € 8.227,91 riferita a 97 addetti anziché a 116, in relazione ai quali il costo ammonta in realtà ad € 9.839,56, superiore a quello giustificato di € 642,53; ma anche a prescindere dai 19 addetti mancanti, ai costi per formazione dovevano comunque aggiungersi quelli per qualità e spese generali, per i quali nelle giustificazioni non è indicata alcuna somma specifica ma esclusivamente la dizione generica e complessiva di "spese generali, noleggi e utili d'impresa".

Il primo giudice ha disatteso tali doglianze nel rilievo, da un lato, che nell'ambito delle spese generali si è inteso raggruppare la formazione sulla qualità e la formazione tecnica; dall'altro lato, che non si espone a censure di illogicità e/o di irragionevolezza la considerazione secondo cui le 19 unità addette a cantieri limitrofi, destinate a rafforzare le sostituzioni, sono da intendere già formate.

Tenuto conto che, in realtà, nel ricorso di primo grado Dussmann si limitava a segnalare che il costo in questione “viene applicato a 97 addetti (...) e non ai 116 addetti indicati in offerta”, ancora una volta senza contestare la necessità di formazione specifica delle 19 unità provenienti da altri cantieri (che nelle giustificazioni Coopservice dichiara destinate a ulteriori sostituzioni rispetto a quelle relative ad eventi normali e prevedibili, nonché “solo affiancate al momento della sostituzione”), le argomentazioni del primo giudice appaiono esaustive e corrette anche alla stregua dell’entità delle “spese generali, noleggi ed utile d’impresa”, pari ad € 24.975,94, comprensivo dell’utile del 2%, senza necessità di distinguere le non richieste voci per qualità e formazione tecnica, sicché il motivo d’appello qui in esame non può che essere in parte respinto e per la restante parte ritenuto inammissibile.

2.3.- Col successivo motivo, concernente i costi per personale e macchinari (ma in realtà nulla si adduce su questi ultimi), Dussmann sostiene che il TAR, negando la pretesa contraddizione tra il costo del personale indicato in offerta e quello indicato nelle giustificazioni in quanto l’offerta non contiene il costo del lavoro invece contenuto solo nel non richiesto prospetto, non abbia considerato la sussistenza di un più grave vizio, costituito appunto dalla mancata indicazione in offerta del costo del lavoro, nonché l’inattendibilità degli sgravi contributivi e previdenziali dichiarati da Coopservice e richiamati dallo stesso TAR.

Senonché anche in questo caso non si può che ricordare il

contenuto dell'atto introduttivo del giudizio di primo grado, il quale, circa il profilo qui in discussione, atteneva ad una mera "contraddittorietà ed incongruenza" tra i due importi di € 1.080.874,13, risultante dal ripetuto prospetto, per quanto innanzi da ritenersi irrilevante, e di € 1.061.923,88, indicato nelle giustificazioni.

Quanto alla contestazione delle condizioni di maggior favore circa la fruizione di sgravi contributivi e previdenziali, dichiarati da Coopservice, basta osservare che, al riguardo, la commissione tecnica ha positivamente valutato la sussistenza di tali condizioni sulla base dati probatori precisi forniti dalla concorrente (tasso INAIL, esenzione dall'IRES e tariffa INPS) in quanto impresa cooperativa e già fruente di riduzione del tasso INAIL, sicché neppure può affermarsi che la medesima concorrente non abbia prodotto in proposito alcun elemento di prova.

2.4.- Circa le migliorie, Dussmann sosteneva che relative proposte in ordine all'aumento delle frequenze, alla disponibilità di un capocantiere e di un operatore di pulizia ed alla reperibilità non trovassero rispondenza di costo nelle giustificazioni, nonostante comportassero un notevole aumento delle ore da impiegare nel servizio, pari ad un costo complessivo di € 223.518 che l'utile di € 5.921,77 sarebbe del tutto insufficiente a coprire. Il TAR ha osservato al riguardo che l'Amministrazione non aveva fissato un monte ore minimo e che, quindi, non avrebbe senso affermare che le migliorie ne avrebbero comportato un aumento, sicché nelle 67.858,95 ore indicate nell'offerta di Coopservice, il cui costo complessivo è stato

giustificato in fase di valutazione dell'anomalia, erano evidentemente comprese le ore eventualmente derivanti dalle migliorie, mentre nuova ed inammissibile è la censura svolta in memoria secondo cui in sede di attribuzione del punteggio vi sarebbe stata una duplice valutazione delle ore per migliorie. In appello, Dussmann replica ribadendo che le proposte implicano intrinsecamente un aumento del numero di ore indicato come "effettivo", quindi calibrato sulle prestazioni reali o di base, autodeterminato dalla stessa Coopservice che non ha infatti dichiarato o in alcun modo inteso includere le migliorie nel suddetto monte ore, mentre il rilievo sulla duplice valutazione era volto solo a confermare la sottostima dei costi in parola ed a superare le asserzioni avversarie sull'avvenuta considerazione dei relativi costi.

Ma resta il fatto che, non essendovi un monte ore predeterminato dalla Stazione appaltante, del tutto indimostrata è la mancata ricomprensione del preteso numero di ore relativo alle migliorie offerte nel complessivo monte ore proposto e del relativo costo in quello giustificato.

2.5.- In conclusione, con riferimento all'offerta Coopservice le doglianze riferibili alle censure a suo tempo formulate non riescono a convincere dell'illegittimità della verifica, peraltro particolarmente analitica, dell'anomalia effettuata dalla commissione tecnica dell'Ospedale di Sassuolo nella seduta dell'8 novembre 2010 e delle conclusioni da essa raggiunte in ordine alla serietà dell'offerta stessa.

Da tanto consegue la conferma, per questo capo, della sentenza

appellata, nonché del capo con cui è stata statuita l'inammissibilità per carenza d'interesse delle censure riguardanti la valutazione dell'anomalia della seconda classificata Colser.

3.- Di contro, la sentenza appellata non può essere confermata nel capo col quale è stato respinto il primo motivo subordinato, che investiva le reiterate modificazioni del criterio di valutazione dell'offerta economica, effettuate nell'imminenza della scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte, una prima volta prorogando detto termine di sette giorni ed una seconda volta senza concedere un termine aggiuntivo.

3.1.- Va premesso che la lettera d'invito datata 19 aprile 2010, con cui si assegnava il termine del 16 giugno seguente per la presentazione delle offerte, stabiliva tra l'altro che l'aggiudicazione avvenisse col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa in base agli elementi del prezzo e della qualità, riservando ad essi 55 punti e, rispettivamente, 45 punti. Il già menzionato schema prevedeva, oltre ai "pacchetti" di pulizie relativi alle varie zone, il servizio di barellaggio, conformemente al disposto dell'art. 16 del capitolato speciale d'appalto, il quale richiedeva l'indicazione di un ribasso unico percentuale da applicare ai prefissati prezzi a base d'asta e precisava, circa la valutazione del prezzo, che i 55 punti sarebbero stati attribuiti con criterio matematico applicando la formula ivi riportata, intesa a premiare l'offerta recante il maggior ribasso unico.

E' accaduto che con nota in data 15 giugno 2010 l'Ospedale ha comunicato alle ditte invitate che, considerato come un ribasso

differenziato, anziché unico, per i servizi di pulizia e barellaggio consentirebbe di diversificare i ribassi per prestazioni non strettamente equiparabili, con possibili benefici economici complessivi, lo schema d'offerta economica allegato alla lettera d'invito doveva intendersi sostituito con quello allegato alla nota stessa, in cui “dovrà essere formulato un ribasso unico in percentuale sulle sole voci costituenti il servizio di pulizia (...) e un ulteriore ribasso sulla tariffa oraria per le attività di barellaggio, ...”, ma ai fini dell'aggiudicazione “avrà (...) rilievo il ribasso unico formulato sulle voci del servizio di pulizia”; inoltre, in considerazione della ravvicinata scadenza del termine di presentazione delle offerte, è stata disposta la proroga dello stesso termine al 23 giugno 2010. Tali nuove regole sono state confermate con nota del successivo giorno 17. Tuttavia con nota del giorno seguente le stesse ditte sono state avvertite che “Contrariamente a quanto in precedenza indicato (...) per l'aggiudicazione dell'appalto saranno valutati entrambi i ribassi (...) a cui saranno attribuiti i seguenti punteggi (...): a) 49,75 punti max per la quota ‘servizio di pulizia’ b) 5,25 punti max per la quota ‘servizio di barellaggio’”; nessuna ulteriore proroga del predetto termine è stata concessa.

3.2.- Ciò posto in punto di fatto, in linea giuridica si osserva che, se possono essere condivise le argomentazioni del primo giudice in ordine alla potestà della stazione appaltante di rettificare la *lex specialis* di gara prima della scadenza del termine per la presentazione delle offerte ed all'irrilevanza della mancata pubblicità formale in ragione

della comunicazione delle predette note alle ditte interessate, segnatamente a Dussmann, non sono invece corrette le ulteriori argomentazioni circa la congruità e, più in generale, la legittimità del residuo termine di 5 giorni, basate sull'avvenuta presentazione dell'offerta da parte della medesima Dussmann, agevolata dall'essere affidataria uscente, sull'assenza di necessità di rielaborare il progetto e sul rilievo che la modifica avrebbe ampliato le facoltà dei concorrenti. Come dedotto dall'appellante (con argomentazioni che abbracciano l'intero arco motivazionale della sentenza appellata con riguardo al punto di cui ora si controverte, sicché non può trovare adesione l'eccezione di inammissibilità del motivo per carenza di interesse a fronte del passaggio in parte qua in giudicato della sentenza stessa, sollevata dalla difesa dell'Ospedale), in tal modo il TAR omette di considerare che la formulazione dell'offerta economica risente necessariamente dei contenuti dell'offerta tecnica e viceversa, dovendo ambedue essere rispettivamente calibrate, l'una in funzione dell'altra, con la conseguenza che, variando l'una, non è dubbio che il concorrente possa variare l'altra nel tentativo di raggiungere un equilibrio premiante ai fini del perseguimento dell'obiettivo di vedersi aggiudicare la gara, tenuto pure conto, oltre che delle esigenze della stazione appaltante, della platea dei possibili concorrenti, e, nel contempo, per garantirsi un utile soddisfacente nell'economia complessiva del servizio da offrire. E nella specie le ripetute modifiche, prima sopprimendo dalla valutazione del prezzo una voce di cui era già stabilita in un certo modo l'inclusione tra le componenti

dell'offerta da considerare, poi reintroducendola con diverso e separato "peso", sicuramente hanno inciso significativamente sugli elementi e fattori di cui dovesse tener conto l'imprenditore per elaborare la propria miglior offerta, tanto economica che tecnica, allo scopo di perseguire le finalità di cui innanzi.

D'altro canto, proprio l'Ospedale, in occasione della prima modifica, ha avvertito l'esigenza dei concorrenti di fruire di una proroga, ancorché quella concessa non possa ritenersi congrua per quanto si dirà in prosieguo, sicché non si comprendono le ragioni in base alle quali tanto non abbia previsto la seconda volta, a maggior ragione in presenza di una più consistente ed articolata modifica.

3.3.- Irrilevante si rivela poi il fatto che Dussmann fosse affidatario uscente, a fronte sia di un servizio di cui – se non altro - è ragionevole presumere la non perfetta identità col precedente, come dimostra il togliere e reinserire il barellaggio, sia di una nuova ed autonoma gara tra concorrenti, la cui identità e relativa presenza sul mercato anche in tal caso è ragionevole presumere non coincidano puntualmente con quelle dei concorrenti nella precedente gara, sia, infine, dello stesso trascorrere del tempo, con conseguente mutamento di condizioni e circostanze individuali e del settore di appartenenza.

Né può negarsi la possibilità che in un maggiore lasso di tempo Dussmann formulasse un'offerta economica e tecnica tale da consentirle di collocarsi al primo posto della graduatoria, tenuto anche conto del divario di soli 2,14 punti da Coopservice, onde va affermata l'avvenuta lesione della sfera soggettiva dell'attuale

appellante specificamente ad opera del comportamento della Stazione appaltante. Tale lesione è temporalmente da ricollegare al momento in cui la stessa attuale appellante non è risultata aggiudicataria e non in quello dell'adozione e comunicazione delle modifiche; perciò dev'essere disattesa l'eccezione di tardività dell'impugnativa ed acquiescenza, sollevata a tal proposito dall'appellata Coopservice.

3.4.- Dunque, va escluso che modificazioni sopra precisate non fossero essenziali in quanto inidonee ad incidere sull'assetto sostanziale degli interessi coinvolti. Esse si configurano, invece, quali vera e propria rinnovazione della *lex specialis* di gara, ossia quale riapertura del procedimento da cui discendeva per l'Amministrazione l'obbligo di osservare il termine per la ricezione delle offerte, che a norma dell'art. 70, co. 4 e 11, del d.lgs. n. 163 del 2006 non può essere inferiore a quaranta giorni (ovvero di dieci giorni in caso di motivate ragioni d'urgenza) dalla data di invio dell'invito a presentare le offerte, qui della modifica dell'invito nei sensi predetti (cf., sul punto, Cons. St., Sez. V, 25 agosto 2009 n. 5038).

4.- La fondatezza del motivo d'appello esaminato appena sopra comporta l'illegittimità in radice della procedura concorsuale così come espletata ed a partire dalla menzionata comunicazione datata 15 giugno 2010, dunque l'annullamento dei relativi atti impugnati e la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato ai sensi dell'art. 122 cod. proc. amm. ed in carenza di allegazioni in senso contrario delle controparti, con decorrenza dalla data di pubblicazione del dispositivo della presente sentenza; pertanto i

restanti motivi che sorreggono la domanda annullatoria possono restare assorbiti.

5.- Quanto alla domanda risarcitoria, si osserva che l'annullamento pronunciato per il vizio riscontrato reintegra Dussmann nella *chance* di conseguire l'affidamento del servizio grazie alla rinnovazione della procedura, sicché va respinta la domanda ora in questione, peraltro formulata al fine esclusivo di ottenere il ristoro in forma specifica "ossia l'aggiudicazione del servizio e la stipula del relativo contratto" ovvero in via gradata per equivalente, ma sempre con riferimento all'aggiudicazione del servizio impedita dalla reiezione del primo motivo d'appello. Ed invero, i vizi riconosciuti sussistenti conducono alla mera rinnovazione della gara, non già all'aggiudicazione all'attuale ricorrente.

6.- Conclusivamente, nei limiti predetti l'appello va accolto, con conseguente riforma della sentenza appellata nel senso dell'accoglimento del ricorso di primo grado *in parte qua*, cioè quanto alla domanda annullatoria, e reiezione del medesimo ricorso quanto alla domanda risarcitoria.

Tenuto conto della complessità della controversia e della peculiarità della fattispecie, si ravvisano ragioni affinché possa essere disposta la compensazione tra le parti delle spese di entrambi i gradi.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, accoglie lo stesso appello nei limiti di cui in motivazione e,

per l'effetto, in riforma della sentenza appellata accoglie in parte il ricorso di primo grado, annulla gli atti impugnati, dichiara inefficace il contratto e respinge la domanda risarcitoria.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 febbraio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Alessandro Botto, Consigliere

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere, Estensore

Hadrian Simonetti, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 09/05/2012

IL SEGRETARIO

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