

## **Deve ritenersi illegittima la previsione di un Capitolato Speciale d'Appalto relativo ad un appalto di forniture ((il d. l.vo 358/92 è stato oggetto di abrogazione da parte dell'art. 256 del d. l.vo 163/2006, con la decorrenza stabilita nell'art. 257 de**

**Autore:** Lazzini Sonia

**In:** Diritto civile e commerciale

In relazione alla commistione, operata in un invito a gara e nel capitolato speciale d'appalto, tra criteri oggettivi di valutazione dell'offerta e requisiti soggettivi di partecipazione ad una procedura selettiva , appare fondamentale richiamare il pensiero espresso dal Tar Campania, Napoli, nella sentenza numero 7517 del 15 luglio 2006:

< deve affermarsi che non è consentita alcuna derogabilità teorico - concettuale, né alcuna conseguente commistione, tra i criteri soggettivi di pre - qualificazione (cui si riferiscono gli articoli 13 e 14 del d.lgs. n. 358/1992) e quelli oggettivi, attinenti all'aggiudicazione vera e propria (art. 19 dello stesso d. l.vo); le argomentazioni secondo cui le caratteristiche specifiche dell'attività oggetto della procedura avrebbero giustificato e legittimato il riferimento, in sede di valutazione dell'offerta, alle esperienze maturate nel settore, sono destinate irrimediabilmente a cedere di fronte alla chiara ratio della normativa richiamata, volta ad evitare alterazioni del principio della concorrenza, sotto il profilo della par condicio, penalizzando ingiustamente concorrenti di dimensioni soggettive minori, che tuttavia ben potrebbero presentare una proposta contrattuale migliore per lo svolgimento dell'appalto oggetto di gara>

ma vi è di più.

< In detta relazione, infatti, per quanto concerne in particolare l'elemento "efficacia generale del progetto", non è dato evincere alcuno stacco temporale tra l'elaborazione dei subcriteri di valutazione e l'assegnazione in concreto dei punteggi alle ditte concorrenti; la tesi dell'Amministrazione, secondo cui la fase dell'elaborazione dei subcriteri avrebbe preceduto quella dell'apertura delle buste, contenenti le

offerte tecniche, avrebbe richiesto d'essere adeguatamente dimostrata, mediante una specifica indicazione di tale scansione procedurale, nella relazione in questione, che è invece mancata.

Del resto, quando nella stessa relazione si descrivono i risultati dell'attività valutativa della commissione ristretta, relativamente all'elemento "efficacia generale del progetto", erano già stati attribuiti i punteggi per le voci "esperienze", "certificazioni ISO" e "personale specializzato", onde è ragionevole presumere che i membri tecnici della Commissione avessero già aperto le buste, contenenti le offerte tecniche delle imprese partecipanti alla selezione

Così facendo, **gli stessi hanno violato uno dei principi fondamentali della materia delle gare pubbliche, quello che vuole che eventuali modifiche ai parametri di valutazione delle offerte debbano precedere, e non seguire**, la fase in cui la Commissione giudicatrice acquisisce piena contezza del contenuto delle buste, contenenti le specifiche caratteristiche tecniche proposte dai concorrenti; tanto, a garanzia della trasparenza dell'agire della medesima Commissione, dell'imparzialità della P. A. e del principio della par condicio tra tutti i partecipanti alla gara.

E' stato affermato, al riguardo, dalla Sezione, che: "L'introduzione di elementi di specificazione e puntualizzazione dei criteri generali di valutazione enucleati in sede di bando non può ritenersi corretta ove avvenuta in un momento posteriore all'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche. La loro conoscenza costituisce, infatti, elemento potenzialmente deviante in quanto mette in condizione la Commissione di plasmare i criteri o parametri specificativi adattandoli ai caratteri specifici delle offerte, conosciute o conoscibili, sì da sortire un effetto potenzialmente premiante nei confronti di una o più imprese. Di conseguenza, l'esigenza di evitare il rischio di una predeterminazione premiale dei criteri impone l'anticipazione di ogni operazione di loro manipolazione rispetto alla conoscenza delle offerte ed al giudizio successivo sulle stesse">

A cura di \*\*\*\*\*

REPUBBLICA  
ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER LA  
CAMPANIA - NAPOLI  
- PRIMA SEZIONE

alla pubblica udienza del 21 giugno 2006, ha pronunciato la seguente

SENTENZA

Visto il ricorso n. 7871/2005, proposto da:

\*\*\* s.r.l.

in contro

A.S.L. NAPOLI 3

in e nei confronti di

\*\*\* s.a.s. di  
\*\*\* PASQUALINA & C

in e nei confronti di

\*\*\* s.r.l.

non costituita in giudizio

per l'annullamento

1) del bando di gara pubblicato nella \*\*\*\*\*'8.4.2005, avente ad oggetto gara - bandita dalla A.S.L. Napoli 3 - a licitazione privata per l'affidamento della fornitura e distribuzione domiciliare di ausili per l'incontinenza con sistema a raccolta, sacche e placche per colo/ureo/ileostomizzati e medicazioni per piaghe da decubito, occorrenti per il periodo di anni due, da espletarsi ai sensi e per gli effetti dell'art. 19 co. 1 lett. b) del d. l.vo n. 358/1992, come modificato dal d. l.vo n. 402/98; nella parte in cui il bando di gara rinvia al capitolato d'oneri per l'individuazione dei criteri di aggiudicazione;

2) della lettera di invito di partecipazione alla gara, dell'1.6.2005 prot. GRM n. 584;

3) del C. S. A., allegato alla lettera di invito;

4) dei verbali di gara della commissione del 7.7.2005 e del 18.7.2005, nonché della relazione dei membri tecnici delegati del 15.7.2005;

5) della comunicazione della commissione di gara alla ditta \*\*\* del 19.7.2005 prot. n. 744/GRM;

6) della determinazione n. 1366 del 5.8.2005 con la quale l'ente appaltante ha affidato la fornitura in oggetto alla ditta \*\*\* s.a.s.;

7) di tutti gli ulteriori atti presupposti, preparatori, connessi e consequenziali, adottati medio tempore dall'Amministrazione in relazione alla procedura di gara;

nonché per il riconoscimento

del diritto della società ricorrente ad ottenere la reintegrazione in forma specifica e/o il risarcimento dei danni subiti in conseguenza della palese illegittimità degli atti impugnati, e del conseguente illegittimo affidamento della fornitura in favore della società controinteressata \*\*\* s.a.s.;

e per la condanna

-

dell'Azienda Sanitaria Locale Napoli 3 all'adozione di tutti gli atti necessari all'eliminazione dei

provvedimenti impugnati e/o al risarcimento di tutti i danni subiti dalla società ricorrente;

Visti gli atti e i documenti depositati con il ricorso;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Amministrazione e della controinteressata \*\*\* s.a.s.;

Viste le memorie, depositate dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti di causa;

Udito il relatore, Primo Ref. \*\*\*\*\*;

Uditi altresì per le parti i relativi difensori, come da verbale d'udienza;

Ritenuto e considerato, in fatto e in diritto, quanto segue.

FATTO

Nel ricorso in epigrafe la società \*\*\* a r. l. articolava, avverso gli atti specificati in epigrafe, le seguenti censure:

1) Violazione e falsa applicazione dell'art. 19 co. 1 lett. b) del d. l.vo 358/92; violazione dei principi d'imparzialità, buona andamento, concorrenza e par condicio; eccesso di potere per inosservanza dei parametri di riferimento e dei criteri prefissati per lo svolgimento futuro dell'azione; la società ricorrente si doleva della circostanza che il bando di gara avesse individuato i requisiti minimi, di carattere economico e tecnico, che le ditte dovevano possedere per partecipare alla selezione, mentre aveva rinviato al capitolato d'onere per l'individuazione dei criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa; agli stessi fini, anche l'art. F della lettera d'invito aveva rinviato all'art. 10 del C. S. A; tanto integrava, a suo avviso, la violazione dell'art. 19 co. 1 lett. b) del d. l.vo citato, secondo cui i criteri di aggiudicazione dovevano essere già menzionati nel bando; tale violazione avrebbe, in particolare, consentito all'Amministrazione di calibrare gli elementi di valutazione, in funzione dei requisiti delle ditte partecipanti;

2) Violazione e falsa applicazione dell'art. 19 co. 1 lett. b) del d. l.vo 358/92; della direttiva comunitaria 96/36 CEE in materia di appalti pubblici di forniture; della direttiva comunitaria 2004/18/U. E.; delle norme, principi e criteri d'aggiudicazione in materia di appalti pubblici di forniture; del giusto procedimento; dei principi della par condicio, della trasparenza e del buon andamento dell'azione amministrativa, della massima concorrenza, del divieto di discriminazione; eccesso di potere per manifesta irragionevolezza dei criteri d'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa e dei parametri di attribuzione dei punteggi; era censurata la commistione, operata dalla lettera d'invito e dal C. S. A., tra requisiti soggettivi di partecipazione alla gara ed elementi oggettivi di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa; in particolare, l'art. 10 del C. S. A. prevedeva che nella valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa sarebbero stati attribuiti punti 5/100 alla certificazione di qualità, nonché punti 10/100 alla ditta che avrebbe dimostrato più esperienza, per aver espletato servizi identici a quello oggetto di gara, rilevabili dal fatturato dell'ultimo triennio, ciò si poneva in contrasto con la normativa nazionale e comunitaria di riferimento, tanto più che in sede di bando, per la dimostrazione della capacità economica e finanziaria, l'Amministrazione aveva previsto solo il criterio dell'idonea dichiarazione bancaria, laddove in sede di individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, aveva attribuito al fatturato dell'ultimo triennio un peso assai rilevante (fatturato che, oltre tutto, non influiva in alcun modo sulla qualità tecnica della prestazione da eseguire); inoltre, l'\*\*\*\*\* aveva indicato in euro 3.000.000,00 l'ammontare di fatturato cui sarebbe spettato il massimo del punteggio (10 punti),

laddove tale ammontare era manifestamente sproporzionato rispetto al corrispettivo dell'appalto, fissato in euro 1.200.000,00, e ciò senza considerare che la stazione appaltante era già a conoscenza del fatturato della società \*\*\*, per gli anni 2002/2003/2004; analoghe considerazioni valevano, poi, per l'elemento certificazione di qualità; per effetto di tali illegittime previsioni della lex specialis di gara, pur essendo l'offerta economica della \*\*\* s. r. l. inferiore, rispetto a quella della \*\*\* s. a. s., della rilevante somma di euro 233.710,00, con un risparmio del 20% circa per l'Amministrazione, era stata la seconda ditta ad aggiudicarsi l'appalto, a causa del decisivo rilievo assunto, nella valutazione dell'offerta sotto il profilo economico, dai suddetti requisiti di carattere soggettivo (anziché oggettivo); del resto, la censura trovava conferma nel comportamento della stazione appaltante, successivo all'aggiudicazione della gara in favore della controinteressata, ed in particolare nella missiva del 19.07.05 prot. 744/GRM, con la quale - atteso che differenza di prezzo tra l'offerta della \*\*\* e quelle di altre ditte, partecipanti alla procedura concorsuale, non appariva pienamente giustificabile - veniva chiesto all'aggiudicataria medesima di praticare uno sconto sui prezzi unitari, offerti in sede di gara;

3) Violazione e falsa applicazione delle norme del capitolato generale di gara che disciplinano l'esito di gara non soddisfacente per la P. A.; violazione dei principi e criteri d'aggiudicazione in materia di appalti pubblici di forniture; del giusto procedimento; dei principi della par condicio, della trasparenza e del buon andamento dell'azione amministrativa, della massima concorrenza, del divieto di discriminazione; eccesso di potere per manifesta irragionevolezza, illogicità, ingiustizia; violazione dei limiti prefissati per lo svolgimento dell'azione amministrativa; era ripreso l'argomento, riferito al termine del precedente motivo, della richiesta alla \*\*\* s.a.s. di praticare uno sconto sui prezzi, offerti in sede di gara, per desumerne la violazione del capitolato generale d'appalto, secondo il quale la stazione appaltante poteva non dar luogo ad alcuna aggiudicazione, ove avesse ritenuto non soddisfacente l'esito della gara; ebbene, invece di indire una nuova selezione, modificando i parametri per la valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, l'\*\*\*\*\* aveva scelto di contrattare il prezzo della fornitura, ritenuto eccessivo, con l'aggiudicataria;

4) Violazione dei principi d'imparzialità, del buon andamento dell'azione amministrativa, di non discriminazione, della massima concorrenza; eccesso di potere per manifesta ingiustizia ed illogicità; violazione dei limiti prefissati per lo svolgimento dell'azione amministrativa; la valutazione della qualità dell'offerta economicamente più vantaggiosa era stata effettuata in data 15.07.2005 dalla Commissione, che all'uopo redigeva apposito verbale; nel procedere, in particolare, all'esame del criterio "efficacia generale del progetto", la stessa Commissione elaborava i subpunteggi da attribuire ai parametri, già individuati in relazione al detto criterio; tale attività doveva ritenersi illegittima, perché effettuata dopo l'apertura delle offerte tecniche delle ditte concorrenti;

5) Violazione della normativa comunitaria e nazionale di riferimento; dei principi d'imparzialità, del buon andamento dell'azione amministrativa, di non discriminazione, della massima concorrenza; eccesso di potere per manifesta illogicità, incongruità ed irragionevolezza; travisamento dei fatti; motivazione illogica ed incongrua; era illegittima l'attribuzione di punti 5 alla controinteressata \*\*\* s.a.s., per l'elemento "certificazione ISO", laddove alla ricorrente erano stati assegnati soltanto punti 2,5; ciò, in

considerazione del fatto che il C. S. A. prevedeva soltanto l'attribuzione del punteggio massimo di 5 punti al concorrente, che avesse dimostrato di possedere adeguate certificazioni di qualità e di nessun punteggio, al concorrente che ne fosse risultato sprovvisto, mentre non era prevista l'attribuzione di punteggi intermedi, né erano stati fissati i sub criteri per l'assegnazione di tali punteggi.

Sulla base di tali doglianze, la società ricorrente formulava domanda di sospensiva e, nel merito, chiedeva annullarsi i provvedimenti impugnati e condannare l'\*\*\*\*\* al risarcimento dei danni subiti, per la quantificazione dei quali chiedeva espletarsi c. t. u.

Si costituiva, in data 30.11.2005, l'\*\*\*\*\* 3, depositando memoria difensiva in cui preliminarmente eccepiva l'inammissibilità del ricorso, per tardività della notifica del medesimo, osservando come già nel corso della seduta della Commissione del 18.07.05, anche alla presenza del legale rappresentante della società ricorrente, si fosse pervenuti all'aggiudicazione in favore della controinteressata, a nulla rilevando che tale aggiudicazione fosse stata formalizzata solo in data 5.08.2005; sotto altro concorrente profilo, eccepiva che, consistendo l'interesse della ricorrente nell'impugnativa del bando di gara, anziché della mancata aggiudicazione, l'impugnazione del medesimo bando doveva essere proposta nel termine di gg. sessanta, decorrente dalla sua pubblicazione, senza attendere l'esito sfavorevole, per la ricorrente, delle procedure di gara; e replicava quindi alle avverse censure, osservando: 1) che il capitolato speciale era stato approvato contestualmente al bando di gara; 2) che la stazione appaltante aveva la facoltà di prevedere elementi di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ulteriori rispetto a quelli elencati negli artt. 23 d. l.vo 157/95 e 19 d. l.vo 358/92; tra essi, quello dell'esperienza nello specifico settore, desumibile dal fatturato dell'ultimo triennio, si giustificava in ragione delle concrete caratteristiche dell'appalto in questione, che prevedeva non solo la semplice fornitura, ma anche la distribuzione sul territorio e quindi una specifica organizzazione in tal senso; che infondata era, del pari, la doglianza che impingeva nel valore eccessivo del requisito del fatturato; 3) che il momento dell'aggiudicazione definitiva segnava la fine dell'iter concorsuale, e quindi il passaggio alla fase dell'esecuzione contrattuale, per cui ogni modificazione del rapporto - ivi compresa la variazione del prezzo unitario offerto in sede di gara - costituiva una mera vicenda privatistica tra le parti contraenti; 4) che la Commissione poteva legittimamente introdurre elementi di specificazione e di puntualizzazione dei criteri generali di valutazione, enucleati in sede di bando di gara o di lettera d'invito, fino al momento dell'apertura delle buste contenenti le offerte; 5) quanto all'elemento certificazione di qualità, si poneva in risalto la specificità della relativa certificazione, presentata dall'aggiudicataria, laddove le altre ditte partecipanti all'appalto avevano esibito attestazioni generiche; infine, l'Amministrazione deduceva l'infondatezza della richiesta, relativa al risarcimento del danno, circa il quale non era stata, oltre tutto, fornita prova adeguata.

In data 5.12.2005 si costituiva in giudizio la controinteressata \*\*\* s.a.s., la quale preliminarmente

eccepiva l'inammissibilità del ricorso, poiché la ricorrente aveva partecipato alla gara senza nulla eccepire, classificandosi terza: tale comportamento "silente" rendeva, a suo avviso, l'impugnativa tardiva; nel merito, sosteneva l'infondatezza delle censure articolate nell'atto introduttivo del giudizio, sviluppando argomenti analoghi a quelli già esposti, riguardo alla memoria difensiva della stazione appaltante; nello specifico, osservava come la seconda censura fosse inammissibile, per difetto d'interesse, sotto due distinti profili: a) perché se l'\*\*\*\*\* avesse tramutato il criterio qualitativo dell'esperienza in requisito di partecipazione alla gara, la ricorrente non avrebbe potuto prendervi parte, perché non raggiungeva i tre milioni di euro di fatturato nel triennio; b) perché il criterio in questione, a ben vedere, le aveva recato vantaggio, posto che la stessa ricorrente aveva visto tramutato in punteggio tutto il suo fatturato nel triennio (pari a euro 1.450.901,98), laddove la \*\*\* s.a.s. - che vantava un fatturato di oltre undici milioni di euro - non aveva potuto sfruttarlo integralmente ai fini della gara, essendo fissato il punteggio per l'elemento in questione in un massimo di 10 punti, per un fatturato di tre milioni di euro; del pari inammissibile per carenza d'interesse era, a parere della controinteressata, la terza censura, posto che dalla riduzione del prezzo unitario, offerto in sede di gara, era quest'ultima, piuttosto che la ricorrente, a subire eventualmente, in concreto, un pregiudizio.

Con ordinanza, resa all'esito della camera di consiglio del 7.12.2005, la Sezione respingeva la domanda cautelare, formulata nell'atto introduttivo del giudizio; la predetta ordinanza era tuttavia riformata, in sede d'appello, dal Consiglio di Stato, che con ordinanza del 28.03.06 riteneva sussistere il requisito del fumus boni iuris, relativamente alle censure sub 3) e 4) del ricorso, e trasmetteva gli atti alla Sezione, perché provvedesse ai sensi dell'art. 23 bis della l. 1034/71.

In data 7.06.06 la controinteressata produceva memoria difensiva, nella quale, con riferimento ai motivi, ritenuti non infondati dal Consiglio di Stato in sede cautelare, ribadiva, quanto al terzo, la carenza d'interesse della \*\*\* s. r. l., mentre, quanto al quarto, sosteneva che la Commissione, relativamente all'elaborazione dei sottopunteggi per la voce "efficacia generale del progetto", s'era limitata soltanto a dare un peso ponderale ai "minuziosi sottoparametri", già elencati nella pag. 4 del capitolato; inoltre, la ricorrente non aveva comunque interesse a sollevare la censura, posto che la stessa aveva ottenuto, per la voce in questione ("efficacia generale del progetto"), punti 11,47 su 15 (alla \*\*\* s. a. s. erano stati assegnati punti 15 su 15); ebbene, quand'anche il motivo fosse stato accolto, e la ricorrente avesse conseguito il massimo punteggio (15 punti su 15), comunque non avrebbe potuto colmare la differenza di punteggio che la separava dalla \*\*\*, in modo tale da aggiudicarsi l'appalto.

Seguiva il deposito di memoria difensiva, in data 8.06.06, da parte dell'A.S.L. Napoli 3, la quale - quanto al quarto motivo, ritenuto non infondato dal C. di S., osservava come la Commissione avesse stabilito i sottoparametri per la voce "efficacia generale del progetto" prima della conoscenza delle offerte tecniche, il che era confermato da una relazione redatta dalla stessa Commissione, nella quale si evidenziava che i sottoparametri in questione erano gli stessi già adottati l'anno precedente, per l'aggiudicazione di un analogo appalto e che, inoltre, nessuna contestazione era stata sollevata in merito dalle ditte concorrenti, durante la procedura di aggiudicazione.

All'udienza pubblica del 21 giugno 2006 il ricorso era trattenuto in decisione.

DIRITTO

Preliminarmente, vanno analizzate le censure d'inammissibilità del ricorso, sollevate dalla difesa delle resistenti \*\*\*\*\* 3 e \*\*\* s.a.s.

Le stesse non meritano d'essere accolte.

Iniziando dalle eccezioni sollevate dall'\*\*\*\*\* 3, secondo la prima il ricorso sarebbe tardivo, perché il termine di legge di sessanta giorni, per la sua proposizione, sarebbe dovuto decorrere, anziché dal 5 agosto 2005, data della determinazione a firma del Direttore del Servizio Gestione Risorse Materiali dell'Azienda Sanitaria, d'approvazione dei verbali di gara del 7.07 e 18.07.05 e d'affidamento della fornitura in favore della \*\*\* s. a. s., dal giorno 18.07.05, in cui la Commissione, espletate le operazioni di gara, alla presenza anche dell'amministratore unico della \*\*\* s. r. l., aveva aggiudicato la fornitura in

favore della controinteressata.

La presenza del legale rappresentante della società ricorrente, e l'intervenuta aggiudicazione, già da parte della Commissione, dell'appalto in favore della \*\*\* s. r. l., in pratica, avrebbero prodotto, per la difesa dell'\*\*\*\*\*, l'effetto di far decorrere il termine per l'impugnazione dei risultati della gara, con la conseguenza che il ricorso, notificato in data 4.11.2005, doveva ritenersi irrimediabilmente tardivo.

In contrario, è sufficiente rilevare, con la giurisprudenza assolutamente prevalente, che: "È inammissibile il ricorso proposto contro il verbale della commissione di gara che propone l'aggiudicazione provvisoria di un appalto di opere pubbliche, trattandosi di atto avente natura endoprocedimentale, privo di autonoma capacità lesiva delle sfere soggettive delle imprese partecipanti, in quanto le successive determinazioni dell'amministrazione appaltante (di approvazione degli atti della procedura e di aggiudicazione definitiva), costituiscono apprezzamento autonomo, che può non condividere le risultanze dei verbali e considerare profili ulteriori rispetto alle valutazioni tecnico discrezionali effettuate dalla commissione giudicatrice" (T.A.R. Sardegna, 21 novembre 2003, n. 1540); nello stesso senso, da ultimo, Consiglio Stato, sez. VI, 30 settembre 2005, n. 5228.

Il principio, secondo cui è inammissibile il ricorso proposto contro l'aggiudicazione "tecnica" provvisoriamente disposta dalla Commissione di gara, comporta, quindi, il rigetto della prefata eccezione, a nulla evidentemente rilevando che il legale rappresentante della \*\*\* s.r.l. avesse assistito, il 18.07.05, alle operazioni della Commissione medesima

Ciò è tanto più vero nella procedura in esame, nella quale, dopo l'aggiudicazione decisa dalla Commissione, l'Amministrazione, in persona del Direttore del Servizio G. R. M., non ritenendosi pienamente soddisfatta del prezzo offerto dall'aggiudicataria, con nota prot. 744 \*\*\*\*\* del 19.07.05 intavolava una trattativa con la medesima per ottenere "un sensibile e congruo sconto sui prezzi unitari offerti in sede di gara" (richiesta alla quale la società \*\*\* aderiva, dichiarando la propria disponibilità a praticare uno sconto del 6% sui prezzi unitari offerti).

Nella suddetta nota del 19.07.05, in particolare, si precisava che la richiesta in questione era formulata "al fine di consentire l'opportuna, definitiva ed appropriata valutazione di questa amministrazione in

ordine alla presa d'atto dell'aggiudicazione della gara in parola": tanto conferma, se ve ne fosse ancora bisogno, che fino all'atto definitivo del 5.08.05, d'affidamento dell'appalto alla controinteressata, la gara non poteva considerarsi ancora aggiudicata in suo favore, con la conseguenza che è solo da quest'ultimo momento che è decorso il termine per l'impugnativa dei suoi esiti.

Quanto al secondo profilo, in cui s'è articolata l'eccezione d'inammissibilità del ricorso, per tardività del medesimo, sollevata dalla difesa dell'Amministrazione, secondo il quale l'impugnazione del bando doveva essere proposta nel termine di gg. sessanta, decorrente dalla sua pubblicazione, senza attendere l'esito sfavorevole, per la ricorrente, della procedura di gara, esso è del pari destituito di fondamento.

Si consideri, in senso contrario, che: "L'onere d'immediata impugnazione del bando sussiste solo per le clausole che comportano la sicura esclusione dalla gara, mentre tutte le altre vanno impugnate insieme con l'aggiudicazione, perché solo in caso d'aggiudicazione ad altri sorge l'interesse del concorrente a impugnare il bando come gli altri atti della procedura" (T.A.R. Liguria, sez. I, 29 aprile 2005, n. 562); in senso analogo è stato osservato, del resto, che: "È ammissibile il ricorso avverso l'intera procedura, compreso il relativo bando, proposto da un concorrente risultato perdente in una gara pubblica allo scopo di rinnovare le proprie chances di aggiudicazione della nuova gara mediante la presentazione di una nuova offerta" (T.A.R. Lazio, sez. III, 28 luglio 2005, n. 6039).

Poiché nella specie le clausole del bando, oggetto d'impugnativa, non comportavano l'esclusione dalla gara della società ricorrente, è legittimo, da parte della medesima, averle gravate di ricorso unitamente al provvedimento d'aggiudicazione.

Si deve, poi, passare all'esame della questione preliminare, sollevata dalla difesa della controinteressata \*\*\* s.a.s., la quale eccepiva l'inammissibilità del ricorso, poiché la ricorrente aveva partecipato alla gara senza nulla eccepire, classificandosi terza: tale comportamento "silente" rendeva, a suo avviso, l'impugnativa tardiva.

Trattasi, a ben vedere, di una variante dell'eccezione precedente, rispetto alla quale deve, pertanto, ribadirsi che: "Le clausole illegittime del bando di gara vanno impugnate unitamente al provvedimento di

aggiudicazione, salva l'ipotesi in cui impediscano la partecipazione del ricorrente, provocando una lesione immediata per la sua posizione di interesse; pertanto, la partecipazione alla procedura di gara non è incompatibile con la volontà di impugnare il bando, in quanto la detta partecipazione non costituisce acquiescenza al bando stesso, ma un atto necessario per radicare l'interesse al ricorso" (Consiglio Stato, sez. V, 18 marzo 2004, n. 1408).

Ciò posto, osserva il Collegio che il ricorso è fondato.

Carattere assorbente assumono, in particolare, le censure rubricate sub 2) e 4) dell'atto introduttivo del giudizio.

Iniziando dalla prima, è stata dedotta la violazione dell'art. 19 lett. b) del d. l.vo 358/92, delle direttive comunitarie in materia, dei principi generali in tema di criteri d'aggiudicazione di appalti pubblici di forniture, nonché l'eccesso di potere per manifesta irragionevolezza dei criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, fissati dall'\*\*\*\*\* 3 relativamente alla gara de qua.

Tanto, in relazione alla commistione, operata nell'invito a gara e nel capitolato speciale d'appalto, tra criteri oggettivi di valutazione dell'offerta e requisiti soggettivi di partecipazione alla procedura selettiva.

Nel bando di gara, pubblicato sulla \*\*\*\*\*'8.04.2005, si legge, a tale riguardo, al punto III.2.1.2), sotto la voce "Capacità economica e finanziaria - prova richiesta", che per la partecipazione era richiesta la prestazione di "almeno una referenza bancaria"; nello stesso bando, al punto IV.2), sotto la voce "Criteri di aggiudicazione", si legge poi che gli stessi erano rappresentati dall'offerta economicamente più vantaggiosa, secondo i termini che sarebbero stati enunciati nel capitolato d'oneri.

Analogamente, nella lettera d'invito a gara, si stabiliva, al punto D), quanto alla documentazione da allegare all'offerta, che le ditte partecipanti dovevano esibire, oltre ad una dichiarazione resa ex d. P. R. 445/2000 ed a copie autentiche dei libretti di circolazione di almeno due automezzi nella loro disponibilità, un deposito

cauzionale provvisorio nella misura di euro 15.000,00, costituito mediante polizza fidejussoria bancaria e/o assicurativa, nonché la documentazione ritenuta necessaria per la dimostrazione del punteggio tecnico, come previsto dall'art. 10 del capitolato speciale d'appalto; alle modalità, indicate nello stesso articolo del C. S. A. rinviava anche il punto F) della lettera d'invito, ove si precisava che la fornitura sarebbe stata aggiudicata ai sensi dell'art. 16 lett. b) - rectius: 19 lett. b) - del d. l.vo 358/92, in favore della ditta assegnataria del maggiore punteggio derivante dalla combinazione prezzo - qualità (60 punti al prezzo e 40 punti alla qualità).

Va quindi analizzato l'art. 10 del capitolato speciale d'appalto, nel quale - quanto al punteggio di 60 assegnato per l'elemento prezzo - si precisava che alla ditta, che avrebbe praticato il prezzo più basso, sarebbero stati assegnati 60 punti, ed alle altre ditte punteggi inversamente proporzionali; quanto ai 40 punti riservati per l'elemento qualità, essi sarebbero stati distribuiti ai concorrenti secondo taluni parametri di valutazione, rappresentati dall'efficacia generale del progetto tecnico - organizzativo (massimo 15 punti), dalle esperienze (massimo 10 punti), dalla certificazione ISO (massimo 5 punti), dal personale specializzato (massimo 5 punti) e da "modulistica e report" (massimo 5 punti).

Quanto alla voce "esperienze", si precisava che sarebbero stati assegnati 10 punti al concorrente che avesse dimostrato più esperienza, per aver espletato servizi identici a quello oggetto di gara, rilevabili dal fatturato dell'ultimo triennio; in particolare, alla ditta in possesso del maggior fatturato, sino all'importo massimo di euro 3.000.000,00 sarebbero stati attribuiti punti 10, mentre agli altri concorrenti sarebbe stato assegnato un punteggio direttamente proporzionale.

Quanto alla voce "certificazione ISO", si precisava che sarebbero stati assegnati 5 punti al concorrente in grado di dimostrare il possesso di "adeguate certificazioni di qualità", laddove ai concorrenti sprovvisti di tali certificazioni, da allegare al progetto tecnico - organizzativo, non sarebbe stato assegnato alcun punteggio.

Tanto premesso in punto di fatto, occorre riportare l'art. 19 lett. b) del d. lvo 358/92, come sostituito dall'art. 16 del d. l.vo 402/98, norma vigente all'epoca della gara (il d. l.vo 358/92 è stato oggetto di abrogazione da parte dell'art. 256 del d. l.vo 163/2006, con la decorrenza stabilita nell'art. 257 dello

stesso decreto legislativo), che stabiliva: "Le forniture previste dal presente testo unico, sono aggiudicate in base a uno dei seguenti criteri: (...) b) a favore dell'offerta economicamente più vantaggiosa, valutabile in base ad elementi diversi, variabili a seconda della natura della prestazione, quali il prezzo, il termine di esecuzione o di consegna, il costo di utilizzazione, il rendimento, la qualità, il carattere estetico e funzionale, il valore tecnico, il servizio successivo alla vendita e l'assistenza tecnica; in questo caso, i criteri che saranno applicati per l'aggiudicazione della gara devono essere menzionati nel capitolato d'oneri e nel bando di gara, possibilmente nell'ordine decrescente di importanza che è loro attribuita".

La norma testé riportata trova corrispondenza nell'art. 53 della direttiva del 31.03.2004 n. 2004/18/CE, "Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi", pubblicata nella \*\*\*\*\* del 30 aprile 2004 n. L134, entrata in vigore il 1° maggio 2004, secondo cui i criteri sui quali si basano le amministrazioni aggiudicatrici per assegnare gli appalti pubblici sono: a) o, quando l'appalto è aggiudicato all'offerta economicamente più vantaggiosa dal punto di vista dell'amministrazione aggiudicatrice, diversi criteri collegati all'oggetto dell'appalto pubblico in questione, quali, ad esempio, la qualità, il prezzo, il pregio tecnico, le caratteristiche estetiche e funzionali, le caratteristiche ambientali, il costo d'utilizzazione, la redditività, il servizio successivo alla vendita e l'assistenza tecnica, la data di consegna e il termine di consegna o di esecuzione; oppure b) esclusivamente il prezzo più basso.

Orbene, è stato affermato che: "Ai sensi del d. lg. 17 marzo 1995 n. 157 vi è una netta distinzione tra i criteri soggettivi di prequalificazione e quelli oggettivi attinenti all'aggiudicazione vera e propria, che ha la sua ratio nella necessità di separare i requisiti soggettivi di idoneità e partecipabilità alla gara da quelli oggettivi attinenti all'offerta ed all'aggiudicazione; pertanto è illegittimo l'inserimento di un requisito quale quello delle esperienze simili maturate nel corso del triennio, criterio soggettivo per l'individuazione della capacità tecnica, nella fase dell'aggiudicazione di un appalto per la gestione del servizio informativo" (Consiglio Stato, sez. V, 16 aprile 2003, n. 1993; nello stesso senso, da ultimo, Consiglio di Stato, sez. V, n. 1446/06; C. di S., sez. IV, 31 marzo 2005, n. 1434, secondo cui sussiste una netta distinzione tra i criteri soggettivi di pre - qualificazione e quelli oggettivi attinenti all'aggiudicazione vera e propria, con la conseguenza che nella fase dell'aggiudicazione non possono essere inseriti criteri attinenti all'individuazione della capacità tecnica dell'impresa).

In conformità all'orientamento sopra riferito, condiviso dal Collegio, deve ritenersi illegittima la previsione, nell'art. 10 del Capitolato Speciale d'Appalto relativo alla gara in oggetto, di punti 10 per la voce esperienze, desunte dal fatturato dell'ultimo triennio, e di punti 5 per la voce certificazione di qualità ISO, poiché si tratta, chiaramente, di elementi soggettivi, concernenti la capacità tecnica delle

concorrenti, illegittimamente inseriti tra i criteri oggettivi di valutazione della fornitura da prestare, da tener presenti ai fini dell'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, sotto i profili del prezzo e della qualità..

Fa cioè difetto, nella specie, il requisito del collegamento dei criteri di aggiudicazione all'oggetto dell'appalto, o alla natura della prestazione, richiesto dalla disciplina legislativa, di fonte nazionale e comunitaria, in materia ed enucleato, nei termini già visti, dalla prevalente giurisprudenza.

Né può condividersi l'argomento - contenuto negli scritti difensivi dell'Amministrazione - secondo cui l'attribuzione dei punteggi per gli elementi di natura soggettiva, sopra richiamati, si giustificerebbe, nella specie, in ragione delle concrete caratteristiche della fornitura in questione, implicante anche la distribuzione sul territorio, con la relativa organizzazione per l'informazione agli utenti, la gestione delle urgenze, etc., onde non potrebbe prescindere dalla valutazione delle esperienze maturate dalle imprese concorrenti, e quindi del loro pregresso fatturato.

In contrario, deve affermarsi che non è consentita alcuna derogabilità teorico - concettuale, né alcuna conseguente commistione, tra i criteri soggettivi di pre - qualificazione (cui si riferiscono gli articoli 13 e 14 del d.lgs. n. 358/1992) e quelli oggettivi, attinenti all'aggiudicazione vera e propria (art. 19 dello stesso d. l.vo); le argomentazioni secondo cui le caratteristiche specifiche dell'attività oggetto della procedura avrebbero giustificato e legittimato il riferimento, in sede di valutazione dell'offerta, alle esperienze maturate nel settore, sono destinate irrimediabilmente a cedere di fronte alla chiara ratio della normativa richiamata, volta ad evitare alterazioni del principio della concorrenza, sotto il profilo della par condicio, penalizzando ingiustamente concorrenti di dimensioni soggettive minori, che tuttavia ben potrebbero presentare una proposta contrattuale migliore per lo svolgimento dell'appalto oggetto di gara.

Né, del resto, possono accogliersi le eccezioni della controparte, volte a far risaltare il difetto d'interesse della \*\*\* s.r.l. a sollevare la censura in esame, sotto due distinti profili: a) perché se l'\*\*\*\*\* avesse tramutato il criterio qualitativo dell'esperienza in requisito di partecipazione alla gara, la ricorrente non avrebbe potuto prendervi parte, perché non raggiungeva i tre milioni di euro di fatturato

nel triennio; b) perché il criterio in questione, a ben vedere, le aveva recato vantaggio, posto che la stessa ricorrente aveva visto tramutato in punteggio tutto il suo fatturato nel triennio (pari a euro 1.450.901,98), laddove la \*\*\* s. a. s. - che vantava un fatturato di oltre undici milioni di euro - non aveva potuto sfruttarlo integralmente ai fini della gara, essendo fissato il punteggio, per l'elemento in questione, in un massimo di 10 punti per un fatturato di tre milioni di euro.

Al riguardo, deve, in contrario, osservarsi: a) che la prima eccezione, oltre ad essere puramente ipotetica, si risolve in una petizione di principio, dando per scontata la legittimità dell'eventuale fissazione da parte della stazione appaltante, tra i requisiti di partecipazione alla gara, di un fatturato nell'ultimo triennio pari a tre milioni di euro, a fronte di un importo complessivo presunto annuale della fornitura pari a euro 609.000,00 oltre IVA al 4%; b) che la seconda eccezione è frutto di una prospettiva distorta e formalistica, nella misura in cui pretende di trasformare l'evidente svantaggio per la ricorrente, derivante dall'attribuzione alla controinteressata di punti 10 per l'elemento esperienze maturate nell'ultimo triennio (laddove la ricorrente conseguiva soltanto punti 4,84 per tale voce) in un vantaggio per la medesima.

Si consideri, a tale ultimo proposito, che il punteggio complessivo ottenuto dalla \*\*\* s.a.s.. (comprensivo dei punteggi per l'offerta tecnica e per quella economica) è stato di punti 88,47, mentre la \*\*\* s.r.l., seconda classificata, ha totalizzato punti 84,46: ben si comprende, allora, come l'attribuzione del massimo punteggio per l'elemento "esperienze" in esame, abbia viceversa ricoperto un ruolo determinante ai fini dell'aggiudicazione dell'appalto in favore della controinteressata.

In ogni caso, nella specie non spetta, ovviamente, al Collegio, sovrapporre le proprie valutazioni a quelle della Commissione, intervenendo sui punteggi, attribuiti dalla medesima alle varie ditte partecipanti alla selezione, essendo evidente che l'indebita commistione tra criteri soggettivi di partecipazione e criteri oggettivi di valutazione delle offerte - caratterizzante il C. S. A. di appalto de quo - vizia irrimediabilmente ab origine l'intera procedura di gara, che dovrà quindi essere integralmente ripetuta, sulla base di una lex specialis emendata dai vizi, enucleati dal Collegio.

Vizi che non consistono del resto, come già s'accennava in precedenza, soltanto in quelli denunciati con il secondo motivo di ricorso, giacché altrettanto fondata si presenta, ad avviso del Tribunale, la censura sub 4) dell'atto introduttivo del giudizio.

In essa sono stati denunciati la violazione dei principi d'imparzialità, del buon andamento dell'azione amministrativa, di non discriminazione, della massima concorrenza e l'eccesso di potere per manifesta ingiustizia ed illogicità, essendosi la ricorrente lamentata della circostanza che la Commissione, nell'ambito della

valutazione delle offerte effettuata in data 15.07.05, nel procedere all'esame del criterio "efficacia generale del progetto", aveva elaborato dei subpunteggi da attribuire ai parametri, individuati nel C. S. A. in relazione al predetto criterio: attività che doveva ritenersi, a parere della ricorrente, illegittima, perché effettuata dopo l'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche delle ditte concorrenti.

Al riguardo, s'osserva che nel capitolato speciale d'appalto, nell'ambito dell'art. 10 dedicato all'aggiudicazione, era prevista - come già riferito in precedenza - l'attribuzione di punti 40 per la qualità dell'offerta (e di 60 punti per il prezzo più basso); per l'assegnazione dei 40 punti riservati alla qualità erano stabiliti dei parametri di valutazione, tra i quali quello della "efficacia generale del progetto tecnico - organizzativo" (per il quale era prevista l'attribuzione di un massimo di 15 punti).

Tale punteggio, si precisava nel capitolato, sarebbe stato assegnato dalla Commissione considerando una serie di (sub) parametri, rappresentati da: gestione privacy, gestione reclami, gestione decessi, tempi di consegna, monitoraggio dell'intero servizio, modulistica presentata, assistenza post vendita, modalità di ricezione delle prescrizioni, linea verde etc.; il massimo del punteggio (15 punti) sarebbe stato assegnato al concorrente in grado di offrire il miglior progetto tecnico - organizzativo, mentre agli altri concorrenti sarebbero stati assegnati punteggi, direttamente proporzionati.

Dalla lettura del verbale di gara del 18 luglio 2005, emerge che, nella precedente seduta del 7.07.05, dopo l'ammissione al prosieguo della gara di tutte e tre le ditte che avevano fatto pervenire la loro offerta (\*\* s.a.s., \*\*\* s.r.l. e \*\*\* s.r.l.), la Commissione aveva delegato i membri tecnici della stessa all'esame della documentazione tecnica ed alla redazione di un'apposita relazione, contenente i giudizi qualitativi espressi ed i punteggi tecnici proposti, in conformità di quanto previsto dall'art. 10 del C. S. A.

Dalla lettura della relazione in questione, allegata al predetto verbale del 18.07.05, risulta poi che i componenti della suddetta commissione ristretta, per quanto previsto dall'art. 10 del C. S. A.,

procedevano ad effettuare la valutazione della documentazione prodotta dalle ditte partecipanti al fine dell'attribuzione del punteggio relativo alla qualità del servizio offerto.

Per quanto concerneva la voce "efficacia generale del progetto", per la quale era prevista l'attribuzione di un massimo di 15 punti, la commissione ristretta stabiliva che il punteggio finale sarebbe stato assegnato attraverso la valutazione di sottoparametri, a ciascuno dei quali doveva corrispondere un determinato punteggio, secondo lo schema seguente: A) Gestione privacy punti 1; B) Gestione reclami punti 1; C) Gestione decessi punti 1; D) Monitoraggio servizio punti 2; E) Assistenza post vendita punti 3; F) Modalità di ricezione prescrizioni punti 1; G) Linea verde punti 1; H) Tempi di consegna punti 1; I) Automezzi punti 2; J) Attivazione del servizio punti 2; indi i membri tecnici della Commissione procedevano all'aggiudicazione di tali punteggi, per ciascuno dei sottoparametri così individuati, alle tre ditte partecipanti alla selezione.

In pratica, rileva il Tribunale che la commissione, composta dai membri tecnici, non solo ha innovato rispetto al C. S. A., prevedendo, quanto all'elemento "efficacia generale del progetto", i punteggi per i vari sottoparametri indicati, per tale voce, nel capitolato, ma ha formulato anche dei nuovi sottoparametri (con relativo punteggio), non indicati nella lex specialis, precisamente quelli sub I) e J) (parco automezzi ed attivazione del servizio).

Ritiene il Collegio che l'operazione, consistita nella parziale modificazione dei sottoparametri, previsti dal C. S. A., e nella modulazione dei punteggi per ciascuno di essi, sia avvenuta dopo la potenziale conoscenza delle offerte tecniche, fatte pervenire dalle imprese concorrenti: ciò si desume dalla circostanza che, nel verbale del 18.07.05, si parla prima di "esame della documentazione tecnica" e poi di "redazione di apposita relazione" da parte della commissione ristretta, composta dai membri tecnici.

Nella relazione della stessa commissione ristretta, del resto, il momento della "valutazione della documentazione prodotta dalle ditte partecipanti" appare, stando al tenore letterale dell'atto, precedere quello dell'attribuzione dei punteggi, relativi alle varie componenti della qualità del servizio offerto.

Tali conclusioni non possono essere revocate in dubbio, in base alla lettura della relazione prot. n. 1151 del 26.05.06, a firma dei membri tecnici della Commissione giudicatrice, allegata alla memoria difensiva dell'A. S. L., depositata l'8.06.06; in particolare, la dimostrazione che i criteri censurati sarebbero stati determinati prima dell'apertura delle offerte tecniche risiederebbe, secondo tale relazione, in ciò, che le voci individuate dalla commissione ristretta erano le stesse, di quelle previste per una gara identica svoltasi l'anno 2004.

Trattasi di un argomento privo di rilievo decisivo e che, come già osservato, contrasta con il tenore letterale della relazione licenziata, nel corso delle operazioni di gara, dai membri tecnici della commissione.

In detta relazione, infatti, per quanto concerne in particolare l'elemento "efficacia generale del progetto", non è dato evincere alcuno stacco temporale tra l'elaborazione dei subcriteri di valutazione e l'assegnazione in concreto dei punteggi alle ditte concorrenti; la tesi dell'Amministrazione, secondo cui la fase dell'elaborazione dei subcriteri avrebbe preceduto quella dell'apertura delle buste, contenenti le offerte tecniche, avrebbe richiesto d'essere adeguatamente dimostrata, mediante una specifica indicazione di tale scansione procedurale, nella relazione in questione, che è invece mancata.

Del resto, quando nella stessa relazione si descrivono i risultati dell'attività valutativa della commissione ristretta, relativamente all'elemento "efficacia generale del progetto", erano già stati attribuiti i punteggi per le voci "esperienze", "certificazioni ISO" e "personale specializzato", onde è ragionevole presumere che i membri tecnici della Commissione avessero già aperto le buste, contenenti le offerte tecniche delle imprese partecipanti alla selezione

Così facendo, gli stessi hanno violato uno dei principi fondamentali della materia delle gare pubbliche, quello che vuole che eventuali modifiche ai parametri di valutazione delle offerte debbano precedere, e non seguire, la fase in cui la Commissione giudicatrice acquisisce piena contezza del contenuto delle buste, contenenti le specifiche caratteristiche tecniche proposte dai concorrenti; tanto, a garanzia della trasparenza dell'agire della medesima Commissione, dell'imparzialità della P. A. e del principio della par condicio tra tutti i partecipanti alla gara.

E' stato affermato, al riguardo, dalla Sezione, che: "L'introduzione di elementi di specificazione e puntualizzazione dei criteri generali di valutazione enucleati in sede di bando non può ritenersi corretta ove avvenuta in un momento posteriore all'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche. La loro conoscenza costituisce, infatti, elemento potenzialmente deviante in quanto mette in condizione la Commissione di plasmare i criteri o parametri specificativi adattandoli ai caratteri specifici delle offerte, conosciute o conoscibili, sì da sortire un effetto potenzialmente premiante nei confronti di una o più imprese. Di conseguenza, l'esigenza di evitare il rischio di una predeterminazione premiale dei criteri impone l'anticipazione di ogni operazione di loro manipolazione rispetto alla conoscenza delle offerte ed al giudizio successivo sulle stesse" (T.A.R. Campania Napoli, sez. I, 31 gennaio 2005, n. 575; da ultimo, nello stesso senso, T.A.R. Campania Napoli, sez. I, n. 3415/2006).

E' stato osservato, analogamente, che: "Nel caso in cui, nell'ambito di una gara per l'affidamento di un servizio, la commissione di esperti, incaricata della valutazione delle offerte tecniche, proceda a specificare ed integrare i criteri di massima stabiliti dal bando, dopo l'apertura delle buste contenenti la documentazione illustrativa delle predette offerte, risultano violati i principi di segretezza e di imparzialità che devono informare le gare pubbliche" (Consiglio Stato, sez. V, 4 febbraio 2003, n. 533); ed ancora che: "Il principio della tutela della par condicio dei partecipanti e le esigenze di trasparenza e di imparzialità dell'azione amministrativa esigono, in una gara pubblica con aggiudicazione all'offerta economicamente più vantaggiosa, che l'apertura dei plichi contenenti le offerte tecniche oggetto di valutazione da parte della Commissione di gara sia preceduta dalla completa determinazione dei criteri o sottocriteri di attribuzione dei punteggi da parte della Commissione stessa, con conseguente illegittimità della procedura nella quale i parametri valutativi e la relativa griglia di punteggi, con i quali la p.a. autolimita la propria discrezionalità, siano stati fissati, anche solo in parte, dopo l'esame degli elaborati progettuali e la conoscenza della loro paternità" (T.A.R. Molise, 12 marzo 2002, n. 184).

S'è anzi specificato, correttamente, che non interessa stabilire se i componenti della commissione abbiano concretamente preso cognizione delle offerte contenute nelle buste, alla cui apertura s'è proceduto, restando fermo il principio fondamentale che eventuali specificazioni od integrazioni dei criteri indicati dal bando di gara debbono precedere la fase in questione (cfr. C. di S., V, 19.04.05, n. 1791).

Ritiene quindi il Collegio che l'operazione consistita nella integrazione, sia pur parziale, rispetto al C. S. A. e comunque nella puntualizzazione dei punteggi delle varie voci previste, relativamente al parametro

“efficacia generale del progetto”, proprio perché successiva alla potenziale conoscenza, da parte della Commissione, del contenuto delle offerte tecniche, presentate dalle ditte concorrenti, non si sottrae alla censura d’indebita violazione del principio d’imparzialità, che deve connotare l’operato della P.A., a tutela della par condicio tra i partecipanti medesimi.

Detto principio sarebbe infatti esposto ad un intollerabile vulnus, se si consentisse l’ingresso a modifiche dei criteri valutativi prefissati, poste in essere quando le offerte tecniche da porre a confronto non sono più coperte dal segreto.

Né può ritenersi, con la controinteressata, che la ricorrente non aveva comunque interesse a sollevare la censura in esame, posto che la stessa aveva ottenuto, per la voce in questione (“efficacia generale del progetto”), punti 11,47 su 15 (alla \*\*\* s. a. s. erano stati assegnati punti 15 su 15); tale difetto d’interesse sarebbe derivato dalla circostanza che, quand’anche il motivo fosse stato accolto, e la ricorrente avesse conseguito il massimo punteggio (15 punti su 15), comunque non avrebbe potuto colmare la differenza di punteggio che la separava dalla \*\*\*, in modo tale da aggiudicarsi l’appalto.

L’eccezione di cui sopra non tiene conto, infatti, che dall’illegittimità concernente la modificazione dei criteri di valutazione delle offerte discende - come del resto da quella, esaminata in precedenza, concernente la commistione tra elementi soggettivi di partecipazione ed elementi oggettivi di valutazione delle offerte - l’invalidità dell’intera procedura concorsuale.

L’accoglimento delle suddette censure ha carattere assorbente e determina l’accoglimento del ricorso, senza la necessità di esaminare gli altri motivi di impugnazione; di conseguenza neppure v’è necessità di analizzare l’ulteriore eccezione di difetto di interesse, sollevata, relativamente alla censura sub 3), dalla difesa della controinteressata, e per la cui enunciazione si richiama quanto riportato in narrativa.

LA natura formale dei vizi rilevati, tale da travolgere in radice l'intera operazione valutativa posta in essere dalla Commissione, con la conseguente necessità di ripetere l'intera gara, comporta infine che dev'essere respinta la richiesta di risarcimento del danno, presentata dalla società ricorrente.

La necessaria ripetizione della procedura concorsuale, infatti, è già idonea a soddisfare, in via diretta, l'interesse fatto valere in giudizio, conformemente, del resto, a quanto ritenuto dalla giurisprudenza amministrativa sul punto: "La ripetizione delle operazioni di gara successiva all'annullamento giurisdizionale di una gara di appalto per vizio radicale del bando di gara pone il concorrente nelle condizioni di partecipare alla competizione, ormai emendata dei vizi di legittimità rilevati dal giudice amministrativo; ne consegue che è inibito al tribunale di condannare l'amministrazione a risarcire i danni per la lesione di una posizione di vantaggio cui aspirava il concorrente alla gara, in quanto il partecipante alla gara è esclusivamente titolare di una posizione di interesse strumentale alla rinnovazione della stessa" (T.A.R. Calabria Catanzaro, sez. II, 11 febbraio 2004, n. 295; conforme: TAR Liguria, II, 1708/2004).

In conformità alle predette considerazioni, il ricorso va accolto.

In base al principio della soccombenza, le spese processuali vanno poste a carico dell'A.S.L. Napoli 3, e liquidate in euro 2.000,00, laddove riguardo alla controinteressata sussistono validi motivi per disporre la compensazione.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania - Prima Sezione di Napoli - definitivamente

decidendo sul ricorso emarginato (n. 7871 del 2005),

ACCOGLIE

il ricorso suindicato, e per l'effetto annulla i provvedimenti impugnati;

RESPINGE

la domanda di risarcimento del danno, avanzata dalla società ricorrente:

CONDANNA

L'A.S.L. Napoli 3 al pagamento, in favore della \*\*\* s.r.l., delle spese del presente giudizio, complessivamente liquidate in euro 2.000,00 (duemila/00), oltre IVA e CAP come per legge;

COMPENSA

ogni altra spesa di giudizio;

ORDINA

all'Autorità Amministrativa di dare esecuzione alla presente sentenza.

Così deciso in Napoli, nella Camera di Consiglio del 21 giugno 2006.

Il Presidente

L'Estensore

(dott. \*\*\*\*\*)

(dott. \*\*\*\*\*)

<https://www.diritto.it/deve-ritenersi-illegittima-la-previsione-di-un-capitolato-speciale-d-appalto-relativo-ad-un-appalto-di-forniture-il-d-l-vo-35892-e-stato-oggetto-di-abrogazione-da-parte-dell-art-256-del-d-l-vo/>