

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 17/06/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29706-il-criterio-valutativo-relativo-all-ubicazione-delle-strutture-aziendali-a-supporto-del-personale-di-assistenza-tecnica-e-dei-magazzini-a-supporto-delle-operazioni-di-manutenzione-gi-di-per-s-cri>

Autore: Lazzini Sonia

Il criterio valutativo relativo all'ubicazione delle strutture aziendali a supporto del personale di assistenza tecnica e dei magazzini a supporto delle operazioni di manutenzione, già di per sé è criterio all'evidenza neutro con riguardo alla localizzazi

C.St. 21.05.2010 n. 3208

il criterio valutativo relativo all'ubicazione delle strutture aziendali a supporto del personale di assistenza tecnica e dei magazzini a supporto delle operazioni di manutenzione, già di per sé è criterio all'evidenza neutro con riguardo alla localizzazione della sede delle imprese concorrenti, potendo qualsiasi impresa operante nel settore di mercato in questione, sia a livello comunitario sia a livello nazionale e/o regionale, purché munita del richiesto know how tecnico-gestionale, assolvere al prescritto requisito di predisposizione di adeguata struttura logistica in loco, idonea ad assolvere tempestivamente al servizio oggetto di gara.

In linea di diritto si osserva che alla stregua di un consolidato orientamento giurisprudenziale, comunitario e nazionale, costituisce principio generale regolatore delle gare pubbliche il divieto di commistione fra i criteri soggettivi di pre-qualificazione e quelli oggettivi afferenti alla valutazione dell'offerta ai fini dell'aggiudicazione, in funzione dell'esigenza di aprire il mercato, premiando le offerte più competitive ove presentate da imprese comunque affidabili, nonché in applicazione del canone della par condicio, ostativo ad asimmetrie pregiudiziali di tipo meramente soggettivo, con la conseguente necessità di tenere separati i requisiti richiesti per la partecipazione alla gara da quelli che invece attengono all'offerta e all'aggiudicazione (v. sul punto, per tutte, C.d.S., Sez. V, 14 ottobre 2008, n. 4971).

Va, al riguardo, rilevato, che spesso il filo che separa il canone oggettivo di valutazione dell'offerta ed il requisito soggettivo delle imprese concorrenti è particolarmente sottile, attesa la potenziale idoneità dei profili di organizzazione soggettiva a riverberarsi sull'affidabilità e sull'efficienza dell'offerta e, quindi, della prestazione. Tale commistione inestricabile, che rende in concreto non pertinente il principio astratto fin qui enucleato, viene, segnatamente, in rilievo quante volte la lex specialis valorizzi non già i requisiti soggettivi in sé intesi, bensì quei profili soggettivi diretti a riverberarsi in modo specifico sull'espletamento dell'attività appaltata, con riferimento precipuo alle caratteristiche del personale, delle attrezzature e delle strutture logistiche da adibire alle prestazioni oggetto dell'appalto.

Orbene, applicando gli enunciati principi di diritto al caso di specie, ritiene il Collegio che i sopra citati criteri di valutazione dell'offerta tecnica investiti da censura – a prescindere dal rilievo che gli stessi, ad una semplice lettura delle previsioni della lex specialis e contrariamente all'assunto dell'odierna appellante, non si riducono al mero dato localizzante dell'ubicazione dell'azienda e del magazzino, ma si articolano in prescrizioni più complesse e differenziate – attengano ad aspetti organizzativi e logistici della struttura aziendale da predisporre a supporto dell'espletamento del servizio all'esame ed idonei a qualificarne sotto un profilo oggettivo la prestazione.

A fronte di siffatte caratteristiche oggettive delle prestazioni inerenti al servizio dedotto in gara, la previsione, tra i criteri tecnici di valutazione, della “struttura, organizzazione generale ed ubicazione dell'azienda ad effettivo supporto del personale residente a garanzia della continuità del servizio” e dell’“ubicazione e logistica del magazzino ad effettivo supporto del servizio”, lungi dal risolversi nella prescrizione di requisiti selettivi di tipo meramente soggettivo idonei a restringere la cerchia dei concorrenti – in funzione per così dire protezionistica – ad imprese territorialmente localizzate,

costituisce il portato di esigenze logistiche, strutturali ed organizzative strettamente inerenti alla natura oggettiva delle prestazioni da assolvere dall'impresa aggiudicataria.

A cura di Sonia LAzzini

Riportiamo qui di seguito la decisione numero 3208 del 21 maggio 2010 pronunciata dal Consiglio di Stato

N. 03208/2010 REG.DEC.
N. 10307/2008 REG.RIC.



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 Quinta)

ha pronunciato la presente

DECISIONE

Sul ricorso numero di registro generale 10307 del 2008, proposto da:
Ricorrente Spa, in proprio e quale mandataria A.t.i., rappresentata e difesa dagli
Avv.ti Piero Gerin, Carmine Pullano e Angelo Scarpa, con domicilio eletto presso
Angelo Scarpa in Roma, via Alberico II, 11; Ati - Ricorrente due Systems Italia
Spa;

contro

Azienda Sanitaria Locale Lecce, rappresentata e difesa dall'Avv. Gianluigi
Pellegrino, con domicilio eletto presso Gianluigi Pellegrino in Roma, corso del
Controinteressata n.11; Controinteressata due, rappresentata e difesa dall'Avv.
Franco Dell'Anna, con domicilio eletto presso Giovanni Pellegrino in Roma, corso

del Controinteressata n.11; Tea Srl, rappresentata e difesa dall'Avv. Luigi Nilo, con domicilio eletto presso Gian Marco Grez in Roma, corso V.Emanuele II, n.18;

per la riforma

della sentenza del TAR PUGLIA - LECCE :SEZIONE II n. 02088/2008, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO SERVIZIO GESTIONE E MANUTENZIONE APPARECCHI ELETTROMEDICALI.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 23 *bis* comma sesto della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, introdotto dalla legge 21 luglio 2000, n. 205;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 2 marzo 2010 il Cons. Bernhard Lageder e uditi per le parti gli Avv.ti Polacco, su delega di Scarpa, Pellegrino, Dell' Anna e Nilo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con la sentenza indicata in epigrafe il T.A.R. per la Puglia, Sezione staccata di Lecce, respingeva il ricorso, affidato a quattro motivi, proposto dall'impresa seconda classificata RICORRENTE s.p.a. (in proprio e quale capogruppo dell'associazione temporanea d'impresе con Ricorrente due Systems Italia s.p.a.) avverso gli atti di gara – indetta con procedura ristretta *ex art.* 55, comma 2, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, e secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa *ex art.* 83 d.lgs. cit. – per l'affidamento del servizio di gestione e manutenzione, di durata triennale ed al prezzo base annuo di euro 1.300.000, delle apparecchiature biomedicali presso i presidi ospedalieri dell'ASL-Lecce, sfociati nell'aggiudicazione definitiva, pure impugnata, in favore della controinteressata

Controinteressata due (in proprio e quale capogruppo dell'a.t.i. con Controinteressata tre).

2. Il T.A.R. rigettava il ricorso, a spese compensate, sulla base dei seguenti rilievi:

- a) quanto al primo motivo, col quale la ricorrente denunciava l'illegittimità dell'art. 4 del capitolato speciale d'appalto, nella parte in cui prevedeva la valutazione dell'offerta tecnica in funzione di criteri soggettivi quale l'ubicazione logistica del magazzino, e la conseguente violazione dell'art. 83 d.lgs. n. 163/2006 e dei principi comunitari della *par condicio* e della libera concorrenza, affermava il difetto d'interesse in capo alla ricorrente, attesa la mancata incidenza causale della correlativa valutazione (con una differenza di 1 punto tra prima e seconda classificata) sul risultato della gara (che segnava una differenza di 3,303 punti), ritenendo il mezzo comunque infondato nel merito, attesa la natura funzionale ed oggettiva del criterio valutativo relativo all'ubicazione del magazzino, afferente alle caratteristiche obiettive e funzionali della struttura occorrente all'assolvimento del servizio appaltato e dunque alle caratteristiche intrinseche dell'offerta tecnica;
- b) quanto al secondo motivo, col quale la ricorrente deduceva, che la Controinteressata tre, mandante dell'a.t.i. aggiudicataria, a fronte del modesto ammontare del capitale sociale di euro 10.300,00 e dell'asserita esposizione debitoria, nei confronti della stessa ricorrente, per un importo di euro 3.500.000,00, non possedeva le capacità economiche e finanziarie idonee ad assicurare lo svolgimento del servizio, ne dichiarava l'infondatezza, attesa l'assenza, nella *lex specialis*, di qualsiasi riferimento al capitale sociale, bensì ad altri criteri economico-finanziari, soddisfatti dalla predetta controinteressata alla luce delle acquisite prove documentali, e stante la carenza di prova dell'asserito stato d'insolvenza;
- c) riteneva, altresì, infondato il terzo motivo, col quale la ricorrente lamentava l'illegittimo svolgimento della gara per essere le offerte state esaminate da due

diverse commissioni, rilevando la legittimità del *modus procedendi* della stazione appaltante, consistente nell'affidamento delle valutazioni connotate da discrezionalità tecnica ad un organo collegiale diverso da quello della commissione giudicatrice, la quale si era limitata a verificare il possesso dei requisiti di carattere amministrativo, nonché escludendo la lamentata violazione del principio di continuità delle operazioni di gara in considerazione della complessità e laboriosità delle valutazioni tecniche;

d) quanto al dedotto superamento del limite di 180 giorni previsto dal bando di gara per la validità delle offerte, ne affermava l'irrilevanza nei confronti dell'a.t.i. aggiudicataria, per aver quest'ultima con dichiarazione del 27 novembre 2007 provveduto a prorogare la propria offerta per altri 180 giorni e, comunque, sino alla data di aggiudicazione definitiva.

3. Avverso tale sentenza proponeva appello la soccombente RICORRENTE s.p.a., nella qualità *ut supra*, deducendo i seguenti motivi di gravame:

a) erronea applicazione dell'art. 83 d.lgs. n. 163/2006, omessa motivazione, contraddittorietà e illogicità manifeste, avendo il T.A.R. limitato l'esame alla questione relativa al criterio di valutazione tecnica connessa all'ubicazione del magazzino (punto 3 del disciplinare di gara) ed omesso di esaminare il profilo del motivo di ricorso relativo al criterio di valutazione dettato dal punto 2 dello stesso disciplinare, concernente testualmente la "*struttura, l'organizzazione generale e l'ubicazione dell'azienda ad effettivo supporto del personale residente a garanzia della continuità del servizio (fino a punti 16)*", per il quale ad essa appellante erano assegnati 14 punti contro i 16 punti assegnati all'a.t.i. aggiudicataria, nonché l'erronea esclusione della rilevanza meramente soggettiva (lesiva del citato art. 83) dei criteri in esame;

b) erronea applicazione degli artt. 41 e 48 d.lgs. n. 163/2006, omessa motivazione, contraddittorietà e illogicità manifeste, nella reiezione del mezzo che investiva il difetto delle capacità economico-finanziarie dell'impresa mandante dell'a.t.i.

aggiudicataria, attesa la manifesta sproporzione tra esiguità del capitale sociale ed entità dell'esposizione debitoria.

Prospettava, inoltre il proprio "dubbio" in ordine alla persistente validità dell'offerta dell'a.t.i. aggiudicataria oltre i 180 giorni previsti nel bando di gara.

Riproponeva le domande risarcitorie assorbite in primo grado, chiedendo, in riforma dalla gravata sentenza, l'accoglimento delle domande proposte in prime cure.

4. Si costituivano la resistente ASL-Lecce e le controinteressate Controinteressata due e Controinteressata tre, contestando la fondatezza dell'appello e chiedendone il rigetto con vittoria di spese.

5. All'odierna pubblica udienza la causa veniva discussa e trattenuta in decisione, con pubblicazione della parte dispositiva della sentenza in data 3 marzo 2010.

DIRITTO

1. Premesso che la statuizione di rigetto del motivo di ricorso, di cui sopra *sub* 2. c), non è investita da specifico motivo d'appello, con conseguente correlativa formazione del giudicato interno preclusivo di ogni ulteriore esame nel presente grado, si osserva che l'appello è infondato e va disatteso.

2. Privo di fondamento è il primo motivo d'impugnazione, di cui sopra *sub* 3. a), da esaminare compiutamente nel merito anche nella parte in cui è denunziata l'omessa pronuncia su uno dei due profili del correlativo motivo di ricorso svolto in primo grado con riguardo al criterio valutativo dell'ubicazione dell'azienda, risolvendosi il vizio di omessa pronuncia non in un vizio meramente rescindente, ma dovendo il giudice d'appello direttamente decidere sulla domanda in luogo del giudice di primo grado, attesa la tassatività delle ipotesi di annullamento con rinvio di cui all'art. 35 l. n. 1034/1971, non contemplante la fattispecie di omessa pronuncia.

Nel merito, si premette in linea di fatto che le censurate previsioni del disciplinare di gara, in punto di criteri di valutazione tecnica dell'offerta economicamente più

vantaggiosa, testualmente statuiscano: “... 4. CRITERI DI AGGIUDICAZIONE
.... b) *Qualità del servizio offerto: punti 60, tale punteggio sarà attribuito con riferimento ai seguenti aspetti ...* 2) *Struttura, organizzazione generale ed ubicazione dell’azienda ad effettivo supporto del personale residente a garanzia della continuità del servizio fino a 16 punti; 3) Ubicazione e logistica del magazzino ad effettivo supporto del servizio, modalità della gestione e reperimento parti di ricambio fino a 6 punti ...”.*

La ricorrente ed odierna appellante assume l’illegittimità della procedura di gara, in quanto la *lex specialis*, nel valorizzare l’ubicazione dell’azienda e del magazzino, avrebbe illegittimamente inserito un requisito di carattere soggettivo tra i parametri di valutazione dell’offerta tecnica, con conseguente violazione della *par condicio* tra gli operatori del mercato per effetto del collegamento con un determinato territorio, di potenziale valore discriminatorio fra gli operatori in ragione della localizzazione delle loro attività.

2.1. Al riguardo, si rileva – sotto un primo profilo – che l’accoglimento della censura condurrebbe tutt’al più a diminuire lo scarto di punteggio tra le due concorrenti per tali criteri, ma non ad azzerarlo e, considerato che il divario di punteggio complessivo conseguito in esito alla valutazione delle offerte economica e tecnica è di 3,303 punti a fronte di un divario di soli 3 punti nella valutazione dell’offerta tecnica – di cui 2,000 punti in relazione al criterio valutativo *sub* 4. b) 2) e 1,000 punto in relazione a quello *sub* 4. b) 3) del disciplinare di gara –, il motivo è inammissibile per carenza di interesse, non risultando superata la c.d. prova di resistenza, ai cui fini occorre tener conto della differenza complessiva del punteggio e non del solo divario tra le due concorrenti per la valutazione dell’offerta tecnica.

2.2. Il motivo in esame è, comunque, infondato anche nel merito.

2.2.1. In linea di diritto si osserva che alla stregua di un consolidato orientamento giurisprudenziale, comunitario e nazionale, costituisce principio generale regolatore

delle gare pubbliche il divieto di commistione fra i criteri soggettivi di pre-qualificazione e quelli oggettivi afferenti alla valutazione dell'offerta ai fini dell'aggiudicazione, in funzione dell'esigenza di aprire il mercato, premiando le offerte più competitive ove presentate da imprese comunque affidabili, nonché in applicazione del canone della *par condicio*, ostativo ad asimmetrie pregiudiziali di tipo meramente soggettivo, con la conseguente necessità di tenere separati i requisiti richiesti per la partecipazione alla gara da quelli che invece attengono all'offerta e all'aggiudicazione (v. sul punto, per tutte, C.d.S., Sez. V, 14 ottobre 2008, n. 4971).

Va, al riguardo, rilevato, che spesso il filo che separa il canone oggettivo di valutazione dell'offerta ed il requisito soggettivo delle imprese concorrenti è particolarmente sottile, attesa la potenziale idoneità dei profili di organizzazione soggettiva a riverberarsi sull'affidabilità e sull'efficienza dell'offerta e, quindi, della prestazione. Tale commistione inestricabile, che rende in concreto non pertinente il principio astratto fin qui enucleato, viene, segnatamente, in rilievo quante volte la *lex specialis* valorizzi non già i requisiti soggettivi in sé intesi, bensì quei profili soggettivi diretti a riverberarsi in modo specifico sull'espletamento dell'attività appaltata, con riferimento precipuo alle caratteristiche del personale, delle attrezzature e delle strutture logistiche da adibire alle prestazioni oggetto dell'appalto.

2.2.2. Orbene, applicando gli enunciati principi di diritto al caso di specie, ritiene il Collegio che i sopra citati criteri di valutazione dell'offerta tecnica investiti da censura – a prescindere dal rilievo che gli stessi, ad una semplice lettura delle previsioni della *lex specialis* e contrariamente all'assunto dell'odierna appellante, non si riducono al mero dato localizzante dell'ubicazione dell'azienda e del magazzino, ma si articolano in prescrizioni più complesse e differenziate – attengano ad aspetti organizzativi e logistici della struttura aziendale da predisporre a supporto

dell'espletamento del servizio all'esame ed idonei a qualificarne sotto un profilo oggettivo la prestazione.

Rilievo centrale assume, al riguardo, la natura del servizio dedotto in gara, di ingegneria clinica di manutenzione e gestione delle apparecchiature biomedicali in uso presso i presidi sanitari ospedalieri e territoriali dell'ASL-Lecce, di durata triennale ed avente ad oggetto, secondo le previsioni del bando, le seguenti specifiche prestazioni: *“esecuzione delle attività di manutenzione preventiva e correttiva sulle apparecchiature biomedicali utilizzate nelle anzidette strutture, con inclusione di tutte le parti di ricambio e dei materiali di consumo ... necessari a garantire l'efficienza funzionale delle apparecchiature oggetto di gara; verifica periodica della sicurezza elettrica delle apparecchiature biomedicali necessaria a garantire la sicurezza fisica degli operatori sanitari e degli utenti; collaudo di accettazione di apparecchiature biomedicali di nuova acquisizione; controllo delle prestazioni delle apparecchiature di particolare interesse diagnostico e/o terapeutico; attività di consulenza tecnica per l'acquisto di nuove apparecchiature; aggiornamento dell'inventario informatizzato delle apparecchiature biomedicali; gestione informatizzata del servizio”*. Si aggiunga, sempre sotto il profilo della natura della prestazione oggetto del servizio: (i) che lo stesso secondo le prescrizioni del capitolato speciale d'appalto doveva essere svolto da personale qualificato dell'impresa aggiudicataria, il quale, con particolare riferimento all'attività di manutenzione, doveva operare in modo continuativo e stabile presso i presidi ospedalieri dell'ASL (art. 2); (ii) che l'impresa aggiudicataria doveva garantire gli interventi di c.d. manutenzione correttiva (su guasto) entro quattro ore dalla chiamata di segnalazione del guasto, nonché la risoluzione dell'intervento entro un giorno lavorativo dalla chiamata sul 50% delle richieste di intervento e sul restante 50% entro cinque giorni lavorativi dalla chiamata (art. 3.1.2.); (iii) che l'impresa aggiudicataria era obbligata di provvedere all'acquisto di tutti i pezzi di ricambio necessari per assolvere all'attività di

manutenzione preventiva e correttiva, equivalenti per caratteristiche tecniche alle parti originali sostituite (art. 5, comma 3 alinea 2).

A fronte di siffatte caratteristiche oggettive delle prestazioni inerenti al servizio dedotto in gara, la previsione, tra i criteri tecnici di valutazione, della “*struttura, organizzazione generale ed ubicazione dell’azienda ad effettivo supporto del personale residente a garanzia della continuità del servizio*” e dell’“*ubicazione e logistica del magazzino ad effettivo supporto del servizio*”, lungi dal risolversi nella prescrizione di requisiti selettivi di tipo meramente soggettivo idonei a restringere la cerchia dei concorrenti – in funzione per così dire protezionistica – ad imprese territorialmente localizzate, costituisce il portato di esigenze logistiche, strutturali ed organizzative strettamente inerenti alla natura oggettiva delle prestazioni da assolvere dall’impresa aggiudicataria.

Peraltro, il criterio valutativo relativo all’ubicazione delle strutture aziendali a supporto del personale di assistenza tecnica e dei magazzini a supporto delle operazioni di manutenzione, già di per sé è criterio all’evidenza neutro con riguardo alla localizzazione della sede delle imprese concorrenti, potendo qualsiasi impresa operante nel settore di mercato in questione, sia a livello comunitario sia a livello nazionale e/o regionale, purché munita del richiesto *know how* tecnico-gestionale, assolvere al prescritto requisito di predisposizione di adeguata struttura logistica *in loco*, idonea ad assolvere tempestivamente al servizio oggetto di gara.

3. Privo di pregio è pure il secondo motivo d’appello, relativo ai requisiti economico-finanziari dell’impresa mandante dell’a.t.i. aggiudicataria, in quanto:

- il capitale sociale non è stato individuato nella *lex specialis* di gara quale requisito di capacità economico-finanziaria;
- a fronte della natura contestata del presunto credito vantato dall’odierna appellante nei confronti della Controinteressata tre, difetta qualsiasi prova sull’asserita sproporzione tra esposizione debitoria e capitale sociale;

- non sussiste prova alcuna su un eventuale stato d'insolvenza della predetta società, né a suo carico risultano procedure concorsuali;

- i requisiti economico-finanziari prescritti dal bando di gara sono stati attestati dall'a.t.i. aggiudicataria (Controinteressata due-Controinteressata tre) con la dichiarazione relativa al fatturato globale d'impresa e all'importo relativo a servizi identici a quello di gara nell'ultimo triennio, nonché con le correlative referenze bancarie (v. anche bilancio d'esercizio, in atti).

4. Quanto, infine, al “dubbio” adombrato nell'atto d'appello in relazione alla persistente validità dell'offerta dell'a.t.i. aggiudicataria oltre il termine dei 180 gg. previsti nel bando, si rileva che l'affermazione, contenuta nella gravata sentenza, secondo cui *“tale questione risulta irrilevante nei confronti della aggiudicataria la quale, con dichiarazione del 27.11.2007, aveva provveduto a prorogare la propria offerta per altri 180 giorni e, comunque, sino alla data di aggiudicazione definitiva”* (v. così, testualmente, l'impugnata sentenza), non risulta investita da specifica ed argomentata censura, non potendosi qualificare tale la prospettazione in forma dubitativa contenuta nell'atto d'impugnazione, in assenza di ulteriore supporto motivazionale diretto ad infrangere la citata statuizione dei primi giudici (v., comunque, doc. 10 dell'appellata ASL, contenente la citata dichiarazione).

5. Resta assorbita la riproposta domanda risarcitoria.

6. Considerato l'esito del giudizio, le spese del grado vanno poste a carico dell'appellante soccombente.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando,

respinge l'appello, confermando l'impugnata sentenza;

pone le spese del grado a carico dell'appellante soccombente, liquidandole nell'importo complessivo di euro 2.000,00, oltre agli accessori di legge, in favore di

ciascuna delle parti appellate. Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 2 marzo 2010 con l'intervento dei Signori:

Stefano Baccarini, Presidente

Filoreto D'Agostino, Consigliere

Francesco Caringella, Consigliere

Adolfo Metro, Consigliere

Bernhard Lageder, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/05/2010

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

Il Dirigente della Sezione