

**L'IMPRESA CHE ABBIA PRESENTATO L'OFFERTA PUO'
IMPUGNARE LE CLAUSOLE RITENUTE IMMEDIATAMENTE
ESCLUDENTI SOLO SE DIMOSTRA CHE QUESTE NON
CONSENTANO DI GARANTIRE UN ADEGUATO UTILE**

[CGARS, sez. giur., 28.8.2023 n. 549](#)

Massime (segue testo)

<< Orbene, i presupposti della legittimazione ad agire vanno verificati nei confronti della singola impresa che lamenti l'impossibilità di partecipare alla gara.

In tale prospettiva, si è detto che, seppure è ammessa la legittimazione all'impugnazione immediata del bando da parte dell'operatore economico che abbia poi partecipato alla gara (così, da ultimo, Cons. Stato, V, 27 novembre 2019, n. 8088), siffatta partecipazione (che, come si è già fatto presente in sede cautelare giammai può essere “servente” rispetto ad una declaratoria di improcedibilità per acquiescenza) costituisce un indice molto serio della portata non immediatamente escludente degli atti di gara (nella fattispecie che occupa, alla selezione hanno partecipato ben dieci operatori, il che, a livello induttivo, ma sulla questione, ovviamente, ci si pronuncerà con maggiore dettaglio di seguito, lascia supporre che le affermazioni e preoccupazioni dell'appellante siano, quanto meno, enfatizzate).

Ne consegue che, in casi siffatti, quando l'operatore economico abbia partecipato alla gara presentando un'offerta ammessa, l'onere della prova della portata immediatamente escludente del bando è più gravoso. Esso è soddisfatto soltanto quando il ricorrente fornisca adeguata dimostrazione che, malgrado ciò, l'offerta non è economicamente utile né competitiva, vale a dire che, pur non precludendo il bando la partecipazione alla gara né l'eventuale aggiudicazione, le condizioni dell'affidamento resterebbero comunque lesive dell'interesse effettivo all'aggiudicazione, cioè al bene della vita messo in gara, perché non in grado di garantire un adeguato utile d'impresa.

Quindi, per dimostrare il proprio interesse concreto e attuale all'impugnazione immediata del bando, l'impresa che abbia comunque formulato un'offerta, deve dimostrarne la non remuneratività in concreto, vale a dire appunto nei suoi confronti, essendo a suo carico, come detto, l'onere della prova dell'interesse ad agire (Cons. di Stato, III, n. 2400/2020)>>

Pubblicato il 28/08/2023

N. 00549/2023REG.PROV.COLL.

N. 00217/2023 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

**II CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE
SICILIANA**

Sezione giurisdizionale

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 217 del 2023, proposto da Tutonet S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG 9420466E75, rappresentata e difesa dagli Avvocati Carmelo Barreca e Donato Grande, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Arnas - Azienda Ospedaliera di Rilievo Nazionale e di Alta Specializzazione Garibaldi, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocato Giuseppe Mazzearella, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Palermo, via Caltanissetta 1;

nei confronti

Azienda Sanitaria Provinciale di Catania, Azienda Sanitaria Provinciale di Ragusa, Azienda Sanitaria Provinciale di Enna, Azienda Ospedaliera Universitaria Policlinico G. Martino di Messina, Azienda Ospedaliero – Universitaria Policlinico “G. Rodolico” – S. Marco – Catani, Azienda Ospedaliera per L'Emergenza “Cannizzaro”, Ircss Bonino Pulejo – Piemonte di Messina, non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, sezione staccata di Catania, (Sezione Prima) n. 527/2023, resa tra le parti, pubblicata il 21 febbraio 2023, notificata il 22 febbraio 2023, pronunciata nel giudizio resa tra le parti, pubblicata il 21 febbraio 2023, notificata il 22 febbraio 2023, pronunciata nel giudizio di primo grado n.r.g. 1657/2022, con cui è stata respinta [dichiarata inammissibile] l'impugnazione proposta in primo grado avverso i seguenti atti emanati dall'ARNAS GARIBALDI (Azienda capofila): - il bando di gara della “*gara di bacino procedura aperta per il servizio di lavaggio e noleggio biancheria piana e sagomata per le aziende sanitarie ed ospedaliere bacino Sicilia orientale - n. 8 lotti*” (con vari CIG, si indica il primo 9420466E75), pubblicato sulla GUCE e sul portale dell'Azienda in data 21 ottobre 2021, nonché il disciplinare di gara, il capitolato tecnico con tutti i relativi allegati, nonché ogni altro atto di gara, ivi inclusa ove occorra la delibera n. 1233 del 30 settembre 2022 di indizione della gara, nonché di ogni altro atto presupposto e/o conseguenziale, ivi compresi ove occorra i “chiarimenti” resi dalla stazione appaltante;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Arnas - Azienda Ospedaliera di Rilievo Nazionale e di Alta Specializzazione Garibaldi;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 luglio 2023 il Cons. Solveig Cogliani e uditi per le parti gli Avvocati come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

I - La Società odierna appellante è gestore uscente del servizio di “lavanolo”, presso la ASP ENNA e la ASP Ragusa, ad esito della gara di Bacino del 2013, rimasta in forza di proroghe intervenute in attesa dell’espletamento della gara da parte della Centrale Unica di Committenza della Regione Sicilia (CUCRS). Infatti, la nuova procedura era oggetto di diverse impugnazioni.

Per quel che interessa questo giudizio, l’ARNAS “Garibaldi” riteneva che l’interesse pubblico potesse essere meglio perseguito, attivando, in qualità di ente capofila, una gara per la stipula di un contratto-ponte, da affidare (in attesa della definizione delle gare centralizzate) *ex art. 60 del d.lgs. 50/2016*, con il criterio del prezzo più basso, alla luce della Circolare MEF/Ministero della Salute n. 20518/2016.

In data 21 ottobre 2022, l’ARNAS “Garibaldi” indicava, dunque, la “*gara di bacino procedura aperta per il servizio di lavaggio e noleggio biancheria piana e sagomata per le aziende sanitarie ed ospedaliere bacino Sicilia orientale – n. 8 lotti*”, del valore complessivo *ex art. 35 del d.lgs. 50/2016* di Euro 35.234.170,00 e importo a base d’asta di Euro 25.871.100,00, con durata prevista di 48 mesi e “*con piena facoltà per le Aziende Sanitarie ed Ospedaliere di risoluzione anticipata del contratto in caso di aggiudicazione della gara centralizzata della CUC prima di tale scadenza, con preavviso di mesi due*”.

Era dunque contemplata espressamente, ai sensi delle disposizioni dei commi 11 e 12 dell’art. 106 del d.lgs. 50/2016, la possibilità di modificare la durata del contratto “*per il tempo strettamente necessario alla conclusione delle procedure necessarie per l’individuazione del nuovo contraente In tal caso, il contraente di ciascun Lotto è tenuto all’esecuzione delle prestazioni oggetto del contratto agli stessi prezzi, patti e condizioni o più favorevoli per l’Azienda ospedaliera / Sanitaria*”.

Contro il bando, il disciplinare, il capitolato e ogni altro atto di gara erano presentati tre diversi ricorsi avanti al TAR Catania: quello di TUTONET (rubricato al r.g.n. 1657/2022), e quelli della Lavanderia Igea s.r.l. (r.g.n. 1656/2022) e della Lavalux s.r.l. (r.g.n. 1679/2022), tutti chiamati alla camera di consiglio del 23 novembre 2023. Ad esito degli approfondimenti istruttori e del rigetto dell'istanza cautelare proposta anche in appello, (ordinanza n. 14/2023, di questo Consiglio), con la sentenza oggetto del presente appello il T.A.R. Catania dichiarava inammissibili tutti i ricorsi proposti.

Avverso la sentenza di primo grado l'appellante deduce i motivi di appello di seguito indicati.

1) Eccesso di potere per illogicità, violazione degli art. 97 e 3 Cost. e degli artt. 1, 71 e 95 d.lgs. n. 50/16, nonché dell'art. 29 dir. 24/2014/CE, aleatorietà ed incertezza sul contenuto delle obbligazioni di gara; infatti il bando ed il disciplinare attengono ad un servizio che richiede un rilevante investimento iniziale sicché la durata dell'appalto in simili casi è normalmente correlata al necessario "ammortamento" della biancheria da acquistare e destinare al noleggio. Tuttavia la previsione di 48 mesi – a ciò finalizzata – sarebbe stravolta da quella successiva che si rinviene nella delibera di d'indizione e nel disciplinare di gara, che all'art. 3.2 prevede la facoltà per le Aziende sanitarie e ospedaliere di risoluzione anticipata del contratto in caso di aggiudicazione della gara centralizzata della CUC prima di tale scadenza, condizione sostanzialmente ripetuta anche nel capitolato tecnico (art. 14, che precisa altresì che "*AVVERTENZE : ... Tutta la biancheria piana, sagomata e le divise fornite, al cessare della presente gara, resteranno di proprietà delle diverse Aziende Sanitarie/Ospedaliere*").

Assume, dunque, l'appellante, l'arbitrarietà, l'illogicità e l'aleatorietà in quanto, a suo dire, i partecipanti dovrebbero formulare un offerta in base alla prevista durata dell'affidamento (48 mesi), tuttavia incerta ed aleatoria; neanche il prezzo di aggiudicazione sembrerebbe essere definitivo, poiché è prevista la possibilità di

imporre all'aggiudicatario, nelle more dell'aggiudicazione e stipula del contratto col nuovo aggiudicatario della gara indetta dalla CUCRS una variazione *in peius* per l'aggiudicataria della gara ponte.

Ancora evidenzia che le stime dei costi *standard* elaborate dall'ANAC ed utilizzate dall'Azienda evidenzerebbero la differenza di costi del semplice lavaggio rispetto al "lavanolo". Ciò significherebbe che, rispetto all'importo a base d'asta indicato dall'Azienda (rettificato in complessivi euro 29.963.440,00, rispetto al minor importo di 25.781.100,00 indicato negli atti di gara), determinato dall'Azienda applicando come detto i costi standard ANAC, la quota complessiva di investimento per l'acquisto di tutta la scorta di biancheria (personalizzata) da fornire in noleggio sarebbe orientativamente pari al 34,24% di 29.963.440,00 ovvero a euro 10.259.482,00 (per tutti gli 8 lotti in gara). Quindi, assume che - ipotizzando che si tratti di un unico appalto - l'impresa che partecipa rischierebbe di perdere 10,259 milioni di euro (o meglio la quota parte non ammortizzata di tale importo in casi di risoluzione anticipata).

Sostiene che il T.A.R. avrebbe cumulato indistintamente le due differenti ipotesi del "*recesso ad nutum*" con questa speciale "*risoluzione anticipata*", che risulterebbe invece ipotesi a sé.

Tale clausola determinerebbe una inammissibile aleatorietà escludente.

2) Aleatorietà anche per la previsione dell'art. 19 dello schema tipo di convenzione, che prevede la facoltà di recesso dall'affidamento per "*giusta causa*", con un preavviso di gg. 20, anche "*in coincidenza con la scadenza del proprio bilancio triennale, ... nell'ipotesi in cui, in ottemperanza alla normativa vigente in materia di impegni pluriennali di spesa, le risorse stanziare nel proprio bilancio annuale o pluriennale non risultino sufficienti per la copertura degli impegni di spesa derivanti dall'ulteriore durata del contratto...*" esporrebbe ulteriormente l'operatore ad un'alea eccessiva.

Illogica sarebbe l'affermazione della sentenza appellata secondo cui l'aleatorietà non sarebbe attuale.

3) Ulteriore indeterminatezza del contratto; infatti, il capitolato tecnico, all'art. 1 punto 3 prevede che fa parte del servizio (e sarà quindi ricompreso nel ribasso offerto in sede di gara) la “*Consegna giornaliera della biancheria piana e sagomata debitamente confezionata pulita direttamente presso ogni singolo reparto*” e al successivo punto 16 prevede che la “*Organizzazione e gestione con personale, attrezzature, mezzi propri dei guardaroba interni ai presidi e del servizio di distribuzione della biancheria pulita* [SERVIZIO ATTIVABILE SU RICHIESTA DELLE SINGOLE AZIENDE ED AL COSTO PERCENTUALE AGGIUNTIVO (SUL PREZZO DI AGGIUDICAZIONE) INDICATO IN OFFERTA”]; si tratterebbe dunque di un pacchetto di servizi aggiuntivi che in parte ricomprendono servizi già oggetto dell'appalto; ciò sarebbe anche confermato dal chiarimento n. 9. Nella specie si configurerebbe una ipotesi di pattuizione aggiuntiva indeterminata, con *vulnus* alle regole di trasparenza e di buon andamento.

4) Erronea sottostima dell'importo a base d'asta e erroneo calcolo a cascata dei requisiti e delle cauzioni richiesti. Infatti, nel disciplinare di gara risulta fissata una base d'asta di €.6,25 per ogni giornata di degenza ordinaria con il pagamento delle degenze DH2 e DS3 con l'80% del prezzo aggiudicato, quindi la base d'asta per questa tipologia di degenze è pari all'80 % di €. 6,25 ovvero €. 5,00.

Tuttavia, tutti gli importi calcolati per tutti gli 8 lotti sarebbero errati e sottostimati, perché l'Azienda avrebbe dovuto sommare anche le degenze in DH e DS (che fanno parte dell'appalto) raggiungendo un importo complessivo effettivo di gara (importo a base d'asta) di €. 29.643.440,00 e cambiano per tutti lotti anche i requisiti stimati per la capacità economica, tecnica e le cauzioni.

[5] Il motivo n. 5, originariamente proposto, è abbandonato, avendo chiarito il T.A.R. che la previsione del possesso della *white list* quale requisito di partecipazione,

non potendosi applicare al settore delle lavanderie industriali, deve ritenersi *tam quam non esset.*]

6) Violazione dell'art. 95 commi 3 e 5 d.lgs. n. 50/16, poiché si tratterebbe di una gara da svolgere con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa e non a semplice ribasso, eccesso di potere per illogicità, contraddittorietà e difetto di motivazione, stante la notevole complessità della gara; il mancato utilizzo dell'OEPV genererebbe, inoltre, un appiattimento al minimo degli aspetti qualitativi

A ciò l'appellante aggiunge che il rispetto dei criteri ambientali avrebbe già di per sé garantito all'appellante un rilevante vantaggio qualitativo, per la partecipazione ai lotti più vicini alla sua sede di Ragusa, in applicazione degli artt. 34 e 71 del d.lgs. 50/16, laddove il criterio dell'OEPV avrebbe imposto l'attribuzione di un punteggio premiale in relazione alla minor distanza tra il luogo di lavaggio e le Aziende destinatarie del servizio, in virtù della riduzione del carico ambientale inquinante.

L'Amministrazione si è costituita per resistere, richiamando la decisione cautelare di questo Consiglio ed insistendo per la conferma della sentenza di primo grado, in quanto l'appellante non avrebbe fornito alcuna prova circa la lamentata impossibilità di partecipazione alla procedura (dimostrando, anzi, il contrario, con la presentazione della propria offerta).

Richiama l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 4/2018, che ha affermato:

“la possibilità di impugnare immediatamente il bando di gara, senza la preventiva presentazione della domanda di partecipazione alla procedura, è stata configurata quale eccezione alla regola in base alla quale i bandi di gara possono essere impugnati unitamente agli atti che di essi fanno applicazione, in quanto solo in tale momento diventa attuale e concreta la lesione della situazione giuridica soggettiva dell'interessato. Pertanto, il rapporto tra impugnabilità immediata e non impugnabilità immediata del bando è traducibile nel giudizio di relazione esistente tra eccezione e regola”. Conseguentemente, i criteri per l'immediata impugnabilità del bando dovrebbero ritenersi di stretta interpretazione (*in terminis*, C.G.A.R.S., 22 dicembre

2022, n. 1302 e Consiglio di Stato, Sez. V, 8 gennaio 2021, n. 284). Inammissibile sarebbe anche la censura attinente all'eventuale variazione del prezzo, afferendo – più propriamente – alla fase esecutiva del contratto. La disposizione del disciplinare sulla facoltà di recesso della stazione appaltante, peraltro, rilevante soltanto (ed eventualmente) per le imprese aggiudicatarie della gara-ponte sarebbe priva del carattere immediatamente escludente (richiama a riguardo: Cons. Stato, Ad. Plen. n. 4/2018, cit.; Consiglio di Stato, Sez. V, 23 agosto 2019, n. 5789; 18 luglio 2019, n. 5057 e 8 marzo 2019, n. 1736 e Sez. III, 4 settembre 2020, n. 5358).

Quanto al merito, l'Amministrazione sottolinea che la nuova gara CUCRS non risulta ancora neppure avviata e stante le numerose proroghe del contratto con TUTONET, l'ARNAS "Garibaldi", anche alla luce del mandato ricevuto in data 5 novembre 2020 dal Gruppo di Acquisto del Bacino Orientale, avrebbe legittimamente bandito, in qualità di capofila, la gara-ponte, inserendo la facoltà di cui si discute.

Tale clausola sarebbe rispettosa della normativa vigente; in particolare, invoca a riguardo: - il comma 13 dell'art. 1 della l. n. 135/2012, secondo cui: *"Le amministrazioni pubbliche che abbiano validamente stipulato un autonomo contratto di fornitura o di servizi hanno diritto di recedere in qualsiasi tempo dal contratto, previa formale comunicazione all'appaltatore con preavviso non inferiore a quindici giorni e previo pagamento delle prestazioni già eseguite oltre al decimo delle prestazioni non ancora eseguite, nel caso in cui, tenuto conto anche dell'importo dovuto per le prestazioni non ancora eseguite, i parametri delle convenzioni stipulate da Consip S.p.A. ai sensi dell'articolo 26, comma 1, della legge 23 dicembre 1999, n. 488 successivamente alla stipula del predetto contratto siano migliorativi rispetto a quelli del contratto stipulato e l'appaltatore non acconsenta ad una modifica, delle condizioni economiche tale da rispettare il limite di cui all'articolo 26, comma 3, della legge 23 dicembre 1999, n. 488. Ogni patto contrario alla presente disposizione è nullo. Il diritto di recesso si inserisce automaticamente nei contratti in corso ai sensi dell'articolo 1339 c.c., anche in deroga alle eventuali clausole difformi*

apposte dalle parti. Nel caso di mancato esercizio del detto diritto di recesso l'amministrazione pubblica ne dà comunicazione alla Corte dei 12 conti, entro il 30 giugno di ogni anno, ai fini del controllo successivo sulla gestione del bilancio e del patrimonio di cui all'articolo 3, comma 4, della legge 14 gennaio 1994, n. 20";

- il comma 1 dell'art. 109 del d.lgs. n. 50/2016, da considerarsi “*norma imperativa*” alla luce della giurisprudenza amministrativa (cfr. TAR Sicilia, Catania, Sez. II, 4.5.2021, sentenze nn. 1446, 1447 e 1448, non appellate), che, per tutti i contratti pubblici, prevede che “*(l)a stazione appaltante può recedere dal contratto in qualunque momento previo il pagamento dei lavori eseguiti o delle prestazioni relative ai servizi e alle forniture eseguiti nonché del valore dei materiali utili esistenti in cantiere nel caso di lavoro o in magazzino nel caso di servizi o forniture, oltre al decimo dell'importo delle opere, dei servizi o delle forniture non eseguite*”;

- infine, l'art. 1671 del c.c., a mente del quale, anche negli appalti privati, “*il committente può recedere dal contratto, anche se è stata iniziata l'esecuzione dell'opera o la prestazione del servizio, purché tenga indenne l'appaltatore delle spese sostenute, dei lavori eseguiti e del mancato guadagno*”.

Pertanto, secondo l'appellata, anche in assenza di specifica previsione, ritiene l'appellata che avrebbe potuto recedere in ogni caso dal contratto-ponte nelle more stipulato.

Ancora sarebbe destituita di fondamento l'affermazione dell'appellante per cui non sarebbe previsto “*alcun indennizzo compensativo del recupero dell'investimento*”, perché l'art. 19 dello schema di contratto allegato alla *lex specialis* contempla espressamente che il formatore sia tenuto indenne “*delle spese sostenute, delle prestazioni rese e del mancato guadagno*” in caso di recesso per giusta causa.

Peraltro, precisa che la disposizione del disciplinare che consente alle Aziende Sanitarie/Ospedaliere di proseguire con l'operatore economico aggiudicatario della gara CUCRS “*fino alla scadenza naturale del contratto, laddove il costo del servizio aggiudicato dal Soggetto Aggregatore sia più oneroso rispetto al costo del servizio aggiudicato*” con il

contratto-ponte costituirebbe previsione in aderenza alla prevalente giurisprudenza, secondo cui alle Amministrazioni sui cui grava l'onere dell'adesione obbligatoria di cui all'art. 9 del D.L. 66/2014, è “*consentito solo in via eccezionale e motivata ... di procedere in modo autonomo, a condizione che possano dimostrare di aver ricercato e conseguito condizioni migliorative rispetto a quelle contenute nelle convenzioni-quadro, non essendo consentito alle singole amministrazioni di travalicare le regole legali che sottendono al richiamato rapporto fra regola ed eccezione*” (ex multis, Cons. Stato, sez. V, 28 marzo 2018, n. 1937).

Ribadisce che l'aleatorietà della procedura in parola rientra nella normale alea di qualsivoglia contratto pubblico di lavanolo (non trattandosi di “*aleatorietà escludente*”, come vorrebbe l'appellante); e anche la richiesta “*personalizzazione*” della biancheria non risulterebbe illegittima in quanto l'appaltatore non sarebbe tenuto a fornire sempre il ricambio di biancheria usata con biancheria nuova, ed in ogni caso sarebbe previsto che l'Amministrazione, oltre a erogare il corrispettivo dovuto, provveda a indennizzare l'appaltatore anche per l'eventuale fornitura non eseguita.

Ancora precisa che l'entità delle obbligazioni sarebbe perfettamente delineata nel caso concreto.

Nella *lex specialis* sarebbero, difatti, indicati: il tipo di prestazione da rendere, con la descrizione, in dettaglio, delle operazioni da compiere e, se del caso, dei giorni e degli orari in cui renderle; il numero massimo di beni da fornire per tutta la durata dell'appalto (“*I quantitativi max per ogni tipologia di prodotto si intendono fornibili su base annua ed i loro valori non risulteranno cumulabili di anno in anno*”); le caratteristiche massime dei beni da fornire (all. B al capitolato tecnico); il fabbisogno di ciascuna Azienda Sanitaria / Ospedaliera (all. A al capitolato tecnico), con l'indicazione del numero di posti letto, del numero di operatori vestiti e della quantità di materassi e guanciali noleggiati (da pagare, peraltro, a parte); il numero effettivo delle giornate di degenza (cfr. art. 3 del disciplinare di gara).

Quanto, in particolare, alla costituzione delle dotazioni iniziali di biancheria e al mantenimento costante delle scorte di reparto e di guardaroba, il capitolato tecnico chiarisce che: *“la dotazione iniziale di biancheria piana deve essere la massima prevista in modo da assicurare, oltre la biancheria presente nel giro dello sporco e nel ciclo di lavaggio, una dotazione per posto letto di due cambi, uno sul letto apparecchiato ed uno nell’armadio guardaroba; dotazione complessiva di n. 4 capi, di cui 1 sul letto, 1 sporco da lavaggio, 2 puliti scorta armadietto”*.

Nessuna incertezza, dunque, sarebbe rinvenibile ai fini della presentazione di un’offerta economica seria e ponderata.

Ulteriormente, ricorda che: - all’art. 16 del disciplinare di gara è precisato che *“il prezzo offerto per il noleggio della materasseria e del guanciale nonché per la fornitura del kit monouso (da esplicitare in sede di formulazione dell’offerta economica), non concorre alla formulazione dell’offerta, in quanto sono costi che, nel caso di richiesta da parte dell’Azienda ospedaliera / Sanitaria, verranno corrisposti a parte”* (si tratterebbe, dunque, semmai di calibrare il prezzo da offrire in considerazione della richiamata previsione di gara); - la biancheria piana e sagomata che rimarrà alle Aziende (alla scadenza naturale o anticipata del contratto) non sarà certo nuova; sicché ove si arrivi alla scadenza naturale dei 48 mesi (sufficienti, ad ammortizzarne il costo) risulterebbe versato interamente il corrispettivo, mentre in caso di recesso anticipato, è prevista la corresponsione del relativo indennizzo.

Peraltro, nessuna impresa partecipante alla gara rischierebbe la perdita sopra evidenziata dall’appellante, in quanto non è ammessa la partecipazione a più di tre lotti in gara.

Contesta, ancora, il conteggio operato dall’appellante, poiché l’investimento “iniziale” non potrebbe essere ricavato dall’applicazione della presunta percentuale di incidenza del costo “aggiuntivo” riferito al noleggio della biancheria (rispetto al costo stimato per la sola operazione di lavaggio) sull’intero valore del contratto (calcolato per tutti gli 8 lotti e su 48 mesi di servizio).

Anche il secondo motivo secondo cui, anche la previsione del già citato art. 19.3 dello Schema-tipo del contratto, allegato agli atti di gara, introdurrebbe un ulteriore ingiusto elemento di aleatorietà del contratto di appalto, rilevando sotto il profilo della sua effettiva durata, sarebbe infondato.

L'ipotesi di recesso per giusta causa per mancanza di risorse, risulta inserita, infatti, in tutti gli schemi di contratto della P.A, ma configura, invero, un'ipotesi di recesso del tutto remota (se non – addirittura – inattuabile) per il servizio di lavanolo, trattandosi, non solo di uno dei servizi essenziali e irrinunciabili per le Aziende Ospedaliere e Sanitarie, ma altresì di un servizio insuscettibile di subire interruzione di sorta. Oltretutto, la disposizione contrattuale di cui si discute si riferirebbe *“all’ulteriore durata del contratto”*, sicché non avrebbe alcuna incidenza sulla durata contrattuale di 48 mesi prevista, invece, nella *lex specialis*.

Anche il terzo motivo dell'avversario appello sarebbe inammissibile e, comunque, infondato. in primo luogo, perché l'odierna appellante non avrebbe, in prime cure, sollevato alcuna doglianza circa la pretesa violazione dei principi *“di genuinità e trasparenza”*, né alcuna questione sulla mancanza di una base d'asta, che potrebbe *“favorire facili accordi corruttivi”*, ovvero generare *“un'incontrollata lievitazione del corrispettivo complessivo (e di converso della spesa pubblica)”*. Tali argomentazioni sarebbero state introdotte solo con la memoria datata 5.12.2022 (non notificata). In ogni caso, la previsione atterrebbe a servizi attivabili con compensi aggiuntivi e pertanto non rientranti nell'appalto e non in grado di alterare la competizione.

Ancora sarebbero strumentali le questioni sollevate da TUTONET a proposito del servizio *“guardaroba”*, già previsto nella precedente gara.

Si tratterebbe in ogni caso di una gara in emergenza per far fronte ad un'esigenza pubblica nelle more dello svolgimento della gara centralizzata.

La stazione appaltante, nell'ambito della propria discrezionalità (cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, 28.12.2020, n. 8359), si sarebbe correttamente, dunque, agganciata -

ai fini della determinazione della base d'asta - al costo unitario di euro 6,20271 contemplato nella delibera n. 369 del 27 febbraio 2022 (con la quale l'ANAC aveva rivisto, in ambito sanitario, i prezzi massimi di riferimento dei servizi di lavanolo, a causa dell'incremento dei costi delle materie prime degli ultimi mesi), rapportandolo ai giorni di degenza ordinaria (DO) effettivamente realizzati nell'anno 2021. Precisa, inoltre, che l'importo a base d'asta è rimasto pari ad euro 25.871.100,00.

Il sesto motivo sarebbe inammissibile in quanto non attinente a clausola "immediatamente escludente" (sul punto, Cons. Stato, Ad. Pl., 26 aprile 2018, n. 4). In ogni caso, sarebbe anche una censura infondata, alla luce del costante orientamento della giurisprudenza amministrativa (Cons. di Stato, Sez. III, 23 marzo 2022, n. 2126).

Nella specie non ricorrerebbero le caratteristiche per le quali risulta necessaria la scelta del criterio dell'offerta economica più vantaggiosa.

Pretestuosa sarebbe, poi, la doglianza relativa alla mancata previsione - nella *lex specialis* - del criterio premiale di cui agli artt. 34 e 71 del d.lgs. n. 50/2016 per i CAM - Criteri Ambientali Minimi - essendo, tale carenza, la naturale conseguenza del ricorso, nella specie, al criterio del prezzo più basso. Tuttavia, la stazione appaltante, chiedeva, comunque, ai concorrenti la produzione di relazioni tecniche in cui dichiarare il possesso dei CAM (demandando, poi, all'apposita Commissione tecnica, l'accertamento della conformità di tali dichiarazioni a quanto richiesto nel Capitolato tecnico). In ogni caso, l'appellata ricorda che il Consiglio di Stato ha recentemente chiarito che la clausola della legge di gara relativa ai CAM non è tra quelle immediatamente impugnabili; sicché anche tale censura sarebbe inammissibile (cfr. Consiglio di Stato, sent. n. 8733/2022).

L'appellante ha ribadito le proprie difese con ulteriore memoria.

All'udienza del 19 luglio 2023, la causa è stata trattenuta in decisione.

II – L'appello è infondato.

III – Osserva il Collegio che non può che ribadirsi nella specie la natura eccezionale delle fattispecie di immediata impugnabilità della legge di gara, come precisato dalla giurisprudenza amministrativa.

Orbene, i presupposti della legittimazione ad agire vanno verificati nei confronti della singola impresa che lamenti l'impossibilità di partecipare alla gara.

In tale prospettiva, si è detto che, seppure è ammessa la legittimazione all'impugnazione immediata del bando da parte dell'operatore economico che abbia poi partecipato alla gara (così, da ultimo, Cons. Stato, V, 27 novembre 2019, n. 8088), siffatta partecipazione (che, come si è già fatto presente in sede cautelare giammai può essere "servente" rispetto ad una declaratoria di improcedibilità per acquiescenza) costituisce un indice molto serio della portata non immediatamente escludente degli atti di gara (nella fattispecie che occupa, alla selezione hanno partecipato ben dieci operatori, il che, a livello induttivo, ma sulla questione, ovviamente, ci si pronuncerà con maggiore dettaglio di seguito, lascia supporre che le affermazioni e preoccupazioni dell'appellante siano, quanto meno, enfatizzate).

Ne consegue che, in casi siffatti, quando l'operatore economico abbia partecipato alla gara presentando un'offerta ammessa, l'onere della prova della portata immediatamente escludente del bando è più gravoso. Esso è soddisfatto soltanto quando il ricorrente fornisca adeguata dimostrazione che, malgrado ciò, l'offerta non è economicamente utile né competitiva, vale a dire che, pur non precludendo il bando la partecipazione alla gara né l'eventuale aggiudicazione, le condizioni dell'affidamento resterebbero comunque lesive dell'interesse effettivo all'aggiudicazione, cioè al bene della vita messo in gara, perché non in grado di garantire un adeguato utile d'impresa.

Quindi, per dimostrare il proprio interesse concreto e attuale all'impugnazione immediata del bando, l'impresa che abbia comunque formulato un'offerta, deve dimostrarne la non remuneratività in concreto, vale a dire appunto nei suoi

confronti, essendo a suo carico, come detto, l'onere della prova dell'interesse ad agire (Cons. di Stato, III, n. 2400/2020).

Tale onere nella specie non appare soddisfatto, risultando infondati, peraltro, gli ulteriori motivi addotti dalla parte appellante.

La giurisprudenza ha, infatti, evidenziato che *“l'ordinamento è orientato, con i contratti pubblici, non al supporto economico delle imprese in difficoltà economiche ma all'acquisizione, in regime di concorrenza, dell'offerta più conveniente per l'amministrazione. Nel che è insito, naturalmente, un calcolo dei costi e dei ricavi che tende a contenere il margine di utile in termini competitivi. Che da questo, per un'impresa, possa derivare una minor “appetibilità” economica dell'appalto, è nella normalità delle cose e non rappresenta una generalizzata e oggettiva “barriera all'ingresso” del micro-mercato costituito dalla singola gara. Per il resto, si tratta di scelte amministrative che rientrano nella discrezionalità della amministrazione che con la lex specialis si autodetermina in relazione al proprio fabbisogno di approvvigionarsi, a un prezzo che stima ragionevole, di beni o servizi”* (Cons. Stato, V, 18 marzo 2019, n. 1736).

In conclusione, poiché vanno considerate clausole immediatamente escludenti solo quelle che con assoluta e oggettiva certezza incidono direttamente sull'interesse delle imprese in quanto precludono, per ragioni oggettive e non di normale alea contrattuale, un'utile partecipazione alla gara a un operatore economico (sul punto, Cons. Stato, Ad. plen., 26 aprile 2018, n. 4), il ricorrente dimostra, in via pregiudiziale, il suo interesse ad agire, solo quando prova di non aver potuto formulare, anche in ragione della propria organizzazione aziendale, un'offerta oggettivamente competitiva, e dimostra, nel merito, l'illegittimità della legge di gara quando prova che tale impossibilità è comune alla maggioranza delle imprese operanti nel settore; ipotesi qui non rinvenibile.

IV- Ne discende che risulta condivisibile la conclusione del primo giudice in ordine all'inammissibilità del gravame.

V – Per completezza, deve rilevarsi con riferimento sia al primo (pretesa incertezza sul contenuto delle obbligazioni di gara quale conseguenza della facoltà di recesso che la stazione appaltante si è riservata nella *lex specialis*: l'ingente investimento iniziale richiesto all'appaltatore -per la dotazione iniziale di scorta di biancheria "personalizzata"- non potrebbe essere ammortizzato in un periodo che fosse inferiore a 48 mesi. Sicché la previsione per cui *"ove si concluda la gara della CUCRS le aziende potranno recedere dall'affidamento con un semplice preavviso di mesi 2"* renderebbe la durata contrattuale *"assolutamente incerta ed aleatoria"*, *"travolgendo e vanificando qualsiasi corretto business plan e qualunque possibilità di conseguire" l'utile, "provocando anzi ingenti perdite all'offerente"*) che al secondo motivo di appello, che l'appellante non tiene conto, nelle proprie censure, della necessità di svolgere una gara ponte per non reiterare la proroga.

Invero: si tratta di un contratto ponte, la *ratio* è traghettare verso un altro contratto, e sono numerosi gli istituti che consentono di anticipare la cessazione degli effetti del contratto, senza che ciò impedisca agli operatori economici di presentare un'offerta.

A ciò si aggiunge, in termini più specifici, che tutti gli enti appartenenti al servizio sanitario nazionale (tra cui ARNAS "Garibaldi") hanno l'obbligo di approvvigionarsi, per i servizi e le forniture ricadenti nelle categorie merceologiche dell'ambito sanitario individuate dapprima dal D.P.C.M. 24.12.2015 e successivamente dal D.P.C.M. 11.7.2018 mediante il ricorso alle centrali di committenza (art. 15, comma 13, lettera "d", del D.L. 6.7.2012, n. 95, convertito dalla L. 7.8.2012, n. 135 e art. 9, commi 1 e 3, del D.L. 24.4.2014, n. 66, convertito dalla L. 23.6.2014, n. 89 e art. 1, comma 548, della L. 28.12.2015, n. 208). Tra le materie ad adesione obbligatoria figurano anche i "servizi di lavanderia per gli Enti del Servizio Sanitario" di importo superiore a 40.000,00 Euro.

Soltanto ove non siano disponibili i contratti delle centrali di committenza regionali (o della Consip), gli Enti, nei casi di motivata urgenza, possono procedere allo svolgimento di autonome procedure d'acquisto ma, in ogni caso, solo per la stipula di contratti aventi durata e misura strettamente necessaria (cfr. art. 3-bis dell'art. 9 del D.L. 66/2014).

Sul punto valga richiamare quanto ampiamente evidenziato nelle delibere ANAC nn. 576 e 591 del 28 luglio 2021.

L'Autorità ha rimarcato che la proroga tecnica costituisce uno strumento eccezionale e di carattere temporaneo, esperibile solo in presenza di specifiche e tassative condizioni di legge, quali oggi previste dal citato art. 106, comma 11, del Codice dei contratti pubblici, che ne assicurano il corretto utilizzo al solo fine di consentire lo svolgimento delle prestazioni di contratto in continuità, nelle more della definizione della nuova procedura di gara già indetta, per il tempo all'uopo strettamente necessario e purché tale opzione sia stata espressamente prevista dal precedente affidamento.

In particolare, è stato precisato che *“(...) nel nostro ordinamento vige il divieto di proroga e di rinnovo dei contratti pubblici, sancito dall'art. 23 della legge 18 aprile 2005 n. 62. La proroga ed il rinnovo si traducono infatti in una fattispecie di affidamento senza gara, con violazione dei principi comunitari di libera concorrenza e parità di trattamento, enunciati dall'art. 2 comma 1 del d.lgs. 163/2006, oggi art. 30 comma 1 del d.lgs. 50/2016”* (delibera Anac n. 304 del 1 aprile 2020).

L'Autorità e la giurisprudenza amministrativa hanno evidenziato come in materia di proroga dei contratti pubblici di appalto (come per il rinnovo) non vi sia alcuno spazio per l'autonomia contrattuale delle parti, in quanto vige il principio inderogabile, fissato dal legislatore per ragioni di interesse pubblico, in forza del quale, salve espresse previsioni dettate dalla legge in conformità della normativa comunitaria, l'Amministrazione, una volta scaduto il contratto, deve, qualora abbia

ancora la necessità di avvalersi dello stesso tipo di prestazioni, effettuare una nuova gara pubblica (cfr. *ex multis* Consiglio di Stato, sez. V, 20 agosto 2013, n. 4192).

A fronte del principio generale del divieto di proroga dei contratti pubblici, vi è una residuale facoltà, da parte della stazione appaltante, di ricorrere all'opzione di proroga cd. tecnica, ovvero quella diretta a consentire la mera prosecuzione del rapporto contrattuale in corso, nelle more dell'espletamento di una nuova procedura di gara.

Ad oggi la proroga d. tecnica è codificata dall'art. 106 comma 11 del d.lgs. 50/2016; tuttavia, anche prima dell'entrata in vigore di tale disposizione, cioè nella vigenza del d.lgs. 163/2006 che disciplina la fattispecie in esame, sia l'Autorità che la giurisprudenza individuavano i limiti di applicabilità.

L'Autorità ha quindi individuato alcune ristrettissime ipotesi nelle quali la proroga può ritenersi ammessa, in ragione del principio di continuità dell'azione amministrativa, restringendo però tale possibilità a casi limitati ed eccezionali nei quali, per ragioni obiettivamente non dipendenti dall'amministrazione, vi sia l'effettiva necessità di assicurare precariamente il servizio nelle more del reperimento, con le ordinarie procedure, di un nuovo contraente (*ex multis*, deliberazioni 19 gennaio 2011, n. 7, 19 dicembre 2012, n. 110, 19 settembre 2012, n. 82, 10 settembre 2008, n. 36, 6 ottobre 2011, n. 86; Cons. di Stato, Sez. V, 11 maggio 2009, n. 2882, e 7 aprile 2011, n. 2151).

Ne deriva che – come affermato dall'Amministrazione – la clausola a cui l'appellante, gestore da tempo in proroga nelle more dell'espletamento della gara centralizzata, riconduce l'aleatorietà del contratto non fosse stata inserita nella legge di gara, la risoluzione sarebbe stato possibile per l'amministrazione recedere – non è previsto che nulla debba essere corrisposto

L'esercizio della facoltà di recesso da parte del committente privato (all'art. 1671, Codice civile), traslata nell'ambito delle commesse pubbliche e riferita al

committente pubblico, non cambia la natura del presupposto alla base del recesso, che si sostanzia, in entrambi i casi, in una rinnovata valutazione di opportunità a cui il legislatore connette la facoltà di sciogliersi unilateralmente dal vincolo contrattuale. Ed è noto che secondo l'indirizzo fatto proprio dal Consiglio di Stato in composizione plenaria *“Le pubbliche amministrazioni se, stipulato il contratto di appalto, rinvenivano sopravvenute ragioni di inopportunità della prosecuzione del rapporto negoziale, non possono utilizzare lo strumento pubblicistico della revoca dell'aggiudicazione ma devono esercitare il diritto potestativo regolato dall'art. 134 del d.lgs. n. 163 del 2006 [oggi art. 109 del d. lgs. n. 150/2016]”* (Cons. Stato, Ad. Plen., 20 giugno 2014, n. 14).

In sintesi:

“In assenza di iniziative attive, se il Soggetto Aggregatore di riferimento ha in programma un'iniziativa che tuttavia è in fase di avvio e comunque non è ancora perfezionata”, è possibile ricorrere al contratto-ponte, ma sempre e comunque solo per lo stretto tempo necessario all'avvenuta attivazione del contratto da parte del Soggetto Aggregatore di riferimento, “eventualmente inserendo clausola di autotutela che consenta di risolvere il contratto anticipatamente”.

L'alternativa al contratto-ponte è la “proroga tecnica”, nel caso di specie utilizzata più volte a favore dell'appellante (gestore uscente).

Ai sensi del comma 13 dell'art. 1 della l. n. 135/2012 *“Le amministrazioni pubbliche che abbiano validamente stipulato un autonomo contratto di fornitura o di servizi hanno diritto di recedere in qualsiasi tempo dal contratto, previa formale comunicazione all'appaltatore con preavviso non inferiore a quindici giorni e previo pagamento delle prestazioni già eseguite oltre al decimo delle prestazioni non ancora eseguite, nel caso in cui, tenuto conto anche dell'importo dovuto per le prestazioni non ancora eseguite, i parametri delle convenzioni stipulate da Consip S.p.A. ai sensi dell'articolo 26, comma 1, della legge 23 dicembre 1999, n. 488 successivamente alla stipula del predetto contratto siano migliorativi rispetto a quelli del contratto stipulato e l'appaltatore non acconsenta ad una modifica, delle condizioni economiche tale da rispettare il limite di cui all'articolo*

26, comma 3, della legge 23 dicembre 1999, n. 488. Ogni patto contrario alla presente disposizione è nullo. Il diritto di recesso si inserisce automaticamente nei contratti in corso ai sensi dell'articolo 1339 c.c., anche in deroga alle eventuali clausole difformi apposte dalle parti?

Vi è quindi una previsione di legge, che si inserisce automaticamente ai sensi dell'art. 1339 c.c., che prevede la cessazione anticipata degli effetti.

Sicché, indipendentemente dal nomen iuris da attribuire alla risoluzione di cui al punto 3.2. del disciplinare, il legislatore ha previsto, in generale, un'ipotesi di cessazione anticipata degli effetti del contratto.

Ne deriva che viene meno la possibilità di qualificare la clausola del disciplinare come escludente (in quanto rende estremamente difficoltosa (in tesi) la presentazione dell'offerta), essendo lo stesso legislatore a prevedere, da un lato, la possibilità di ricorrere al contratto ponte e la conseguente necessità di disciplinarne i rapporti rispetto al successivo affidamento della gara e, dall'altro lato, a prevedere una generale facoltà di recesso a favore dei contratti stipulati da Consip.

L'operazione messa in atto dalla stazione appaltante risulta riprodurre lo stesso schema del legislatore, non potendo essere qualificata, pertanto, come immediatamente escludente.

L'aleatorietà del contratto del cui affidamento si controverte rientra infatti nella normale alea dei contratti pubblici della medesima tipologia, così come configurata dallo stesso legislatore, rendendo recessiva l'argomentazione basata sulla necessità di personalizzare la biancheria.

Peraltro, il *“cospicuo necessario preliminare investimento per l'acquisto della biancheria piana e sagomata da personalizzare e fornire all'Azienda sanitaria”* che necessiterebbe, in tesi, di essere ammortizzato in base alla prevista durata dell'affidamento (48 mesi) e che sarebbe pregiudicato dalla cessazione anticipata degli effetti del contratto sconta, rispetto all'appellante, la posizione di gestore uscente.

Né si pone una questione di “*prezzo di aggiudicazione*”, derivante, in tesi, dalla “*possibilità di imporre all’aggiudicatario, nelle more dell’aggiudicazione e stipula del contratto col nuovo aggiudicatario della gara indetta dalla CUCRS una variazione in peius per la ricorrente*”. Infatti la previsione in base alla quale “*In tal caso il contraente di ciascun Lotto è tenuto all’esecuzione delle prestazioni oggetto del contratto agli stessi prezzi, patti e condizioni o più favorevoli per l’Azienda ospedaliera/ Sanitaria*” si riferisce al caso in cui sia modificata la durata del contratto ai sensi dell’art. 106 commi 11 (proroga) e 12 (modifica delle prestazioni fino al quinto) del d. lgs. n. 50 del 2016.

L’art. 19 comma 1 dello schema contrattuale prevede infatti che, “Fermo restando quanto previsto dagli articoli 88, comma 4-ter, e 92, comma 4, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 e dall’articolo 109 del D.Lgs. 50/2016 e s.m.i., la Committente, per quanto di proprio interesse, ha diritto, nei casi di giusta causa, di recedere unilateralmente dal presente contratto, in tutto o in parte, in qualsiasi momento, con un preavviso di almeno 20 (venti) giorni solari, da comunicarsi al Fornitore a mezzo PEC”.

Al successivo comma 3, tra le ipotesi di “*giusta causa*”, viene ricompresa quella in cui le risorse stanziare nel bilancio triennale della stazione appaltante “*non risultino sufficienti per la copertura degli impegni di spesa derivanti dall’ulteriore durata del contratto*”.

La disposizione in parola presenta aspetti di evidente criticità in quanto, per regola generale, le tematiche contabili non inficiano le obbligazioni assunte, che, altrimenti, i rapporti patrimoniali con i terzi da parte delle amministrazioni pubbliche perderebbero la certezza minima richiesta dalle regole di funzionamento del mercato.

In termini più generali la previsione della rinuncia a ulteriore risarcimento del danno o rimborso spese di cui all’art. 19 comma 6 dello schema tipo costituisce una clausola vessatoria predisposta da uno dei contraenti.

Dette clausole sono contenute nello schema di contratto e sono passibili al più di essere considerate clausole vessatorie o contrarie alla buona fede, superabili con le cautele civilistiche o chiedendone l'eventuale invalidazione.

In disparte i profili civilistici, non possono invece assurgere a clausole che impediscono la partecipazione alla gara nel senso declinato dall'Adunanza plenaria con sentenza n. 4 del 2018, rispetto alle quali l'interesse all'impugnazione sorge (eventualmente) solo in fase di stipula o esecutiva.

Non può infatti ritenersi che vicende solo eventuali della fase attuativa del rapporto contrattuale, peraltro superabili con i rimedi civilistici o con un'invalidazione parziale, possano riverberarsi nella precedente fase del perfezionamento del contratto fino al punto da realizzare un'alea intollerabile. Ciò anche in ragione del fatto che con la decisione n. 4 del 2018 l'Adunanza plenaria ha ribadito che sono immediatamente impugnabili soltanto le clausole del bando preclusive della partecipazione o tali da impedire con certezza la stessa formulazione dell'offerta: queste ultime sono le uniche eccezioni alla regola della non immediata impugnabilità del bando e, in quanto tali, sono di stretta interpretazione.

Manca, rispetto all'impugnazione delle clausole in esame, l'interesse attuale e concreto, che vi è solo se si ritiene che la portata delle medesime sia idonea a inficiare l'intera operazione, circostanza esclusa dalla stessa possibilità di invalidarle parzialmente.

Sembrerebbe pienamente corretta, sul punto, sul punto l'inammissibilità del ricorso introduttivo siccome colta dal Tar, ma in ogni caso per quel che si è prima chiarito la censura non sembra accoglibile.

VI – Il terzo motivo di appello (ulteriore indeterminatezza del contratto circa l'attivazione della consegna ai presidi, “*che sembrerebbe dar luogo a un servizio aggiuntivo con un costo aggiuntivo*”) si palesa del pari infondato.

A prescindere dagli ulteriori profili di inammissibilità, il profilo attiene all'esecuzione del contratto e non incide sulla determinatezza dell'oggetto del contratto.

Mentre l'art. 1 del capitolato tecnico, al punto 3, si riferisce alla consegna giornaliera della biancheria piana e sagomata presso ogni Azienda Sanitaria/Ospedaliera (attività essenziale per il servizio di lavanolo e, dunque, ricompresa nel ribasso offerto in sede di gara, come riconosciuto da Controparte medesima), il successivo punto 16 si occupa del diverso servizio, meramente eventuale, di "organizzazione e gestione, con personale, attrezzature e mezzi propri, dei guardaroba interni ai presidi", attivabile su richiesta delle singole Aziende e per il quale (ove venisse richiesto) è prevista la corresponsione di un costo extra all'appaltatore. Un vero e proprio servizio di guardaroba, in cui, pertanto, personale dell'appaltatore, all'interno delle strutture sanitarie, provveda a gestire la distribuzione della biancheria pulita.

Non c'è alcun contrasto o contraddizione tra quanto previsto all'art. 1 punto 3 e quanto previsto all'art. 1 punto 16 del capitolato tecnico che possa rendere impossibile o estremamente difficile presentare l'offerta secondo i canoni indicati dall'Adunanza plenaria n. 4 del 2018. Né risulta chiarito dalla parte appellante come tale contestata previsione possa incidere (in negativo) sulla remuneratività dell'offerta o come possa comportare una insuperabile difficoltà nella sua formulazione.

Né rileva in termini escludenti la circostanza che non sia *"previsto alcun prezzo base su cui "quotare" il servizio"*, trattandosi appunto di un servizio eventuale rispetto al quale deve ancora essere determinato il prezzo, che sarà determinato in un momento successivo rispetto alla gara (anche l'an del servizio sarà determinato successivamente). Sicché neppure può affermarsi che detta circostanza sia idonea ad alterare la concorrenza in sede di gara.

VII - Va ulteriormente ribadito, poi, che: - l'argomentazione usata da parte appellante in ordine all'alea in caso di partecipazione alla gara per tutti i lotti risulta erronea in fatto, essendo precluso il concorso per tutti i lotti banditi;

- le argomentazioni di parte appellante attengono semmai alla convenienza a partecipare e non alla preclusione alla partecipazione;

- nella specie la non remuneratività risulta meramente ipotetica ed attinente semmai alla fase della esecuzione del contratto.

VIII – Con riferimento al quarto motivo di gravame deve ricordarsi che l'Amministrazione dispone di ampia discrezionalità nella determinazione della base d'asta e del contenuto del bando di gara, espressione del potere discrezionale in base al quale può effettuare scelte riguardanti gli strumenti e le misure più adeguati, opportuni, congrui, efficienti ed efficaci ai fini del corretto ed effettivo perseguimento dell'interesse pubblico concreto, oggetto dell'appalto da affidare; le scelte così operate, ampiamente discrezionali, impingono nel merito dell'azione amministrativa e si sottraggono, pertanto, al sindacato del giudice amministrativo, salvo che non siano *ictu oculi* manifestamente irragionevoli, irrazionali, arbitrarie o sproporzionate, specie avuto riguardo alla specificità dell'oggetto e all'esigenza di non restringere la platea dei potenziali concorrenti e di non preconstituire situazioni di privilegi (Cons. Stato, n. 8359/2020).

Le valutazioni tecniche, come quelle che riguardano la determinazione della base d'asta, in quanto espressione di discrezionalità tecnica, sono sottratte al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo che non siano manifestamente illogiche, irrazionali, irragionevoli, arbitrarie ovvero fondate su di un altrettanto palese e manifesto travisamento dei fatti.

Secondo la giurisprudenza, al di fuori dei casi in cui il margine positivo risulti pari a zero, non è possibile fissare una quota rigida di utile al di sotto della quale l'offerta debba considerarsi per definizione incongrua, dovendosi invece avere riguardo alla

serietà della proposta contrattuale, atteso che anche un utile apparentemente modesto può comportare un vantaggio importante. Una base d'asta che contempli un margine di utile esiguo è frutto di un contemperamento di interessi che rientra nella sfera di discrezionalità della stazione appaltante: è ovvio che un vantaggio in termini di risparmio possa comportare una perdita in termini di qualità, ma la scelta di quale sia il vantaggio da perseguire in via prioritaria appartiene pur sempre alle valutazioni interne dell'Amministrazione e non è escluso che, dato il carattere concorrenziale del mercato, la qualità del servizio non risulti eccessivamente penalizzata dalla scelta di privilegiare l'economia di spesa.

Nella specie che occupa l'Amministrazione ha dato pienamente conto della logicità del calcolo effettuato.

Deve poi sul punto, ulteriormente rilevarsi:

Nel disciplinare di gara l'Azienda fissa una base d'asta di € 6,25 per ogni giornata di degenza ordinaria (art. 3) e prevede il pagamento delle degenze DH e DS con l'80% del prezzo aggiudicato, quindi la base d'asta per questa tipologia di degenze è pari all'80 % di € 6,25, cioè € 5,00.

A pagina 13 e 14 viene calcolato il corrispondente importo per i 48 mesi di durata dell'appalto per ciascun lotto, considerando le degenze ordinarie, arrivando in tal modo ad un importo complessivo a base d'asta di gara di euro 25.781.100,00 in 48 mesi.

Secondo l'appellante andavano necessariamente sommate anche le degenze in DH e DS (che fanno parte dell'appalto) raggiungendo un importo complessivo effettivo di gara (importo a base d'asta) di €. 29.643.440,00.

Senonché l'offerta economica deve riportare il prezzo unitario di 6,25 calcolato espressamente con riferimento alla degenza unitaria e il prezzo complessivo quantificato sulla base del prezzo unitario.

E' quindi su tali aspetti che si svolgerà la gara.

Gli altri importi infatti, per come affermato dallo stesso appellante, sono calcolati in percentuale rispetto al prezzo unitario di 6,25 ed essendo da calcolare in funzione dell'80% del prezzo a base d'asta (remunerazione dell'appaltatore per le (effettive) degenze in DH e DS è determinata nella misura dell'80% del prezzo che verrà offerto per le degenze ordinarie), senza possibilità di modifica, non sono stati considerati ai fini della formulazione dell'offerta.

In disparte ogni valutazione sul metodo prescelto dalla stazione appaltante, non si pone un problema di impossibilità per gli offerenti di valutare il contenuto del servizio da prestare e la relativa remunerazione.

Né la corrispondente, ed eventuale, sottostima dei requisiti di partecipazione in concreto richiesti può rivestire carattere escludente; sarebbe, semmai, da argomentare al contrario: la sottostima (lamentata, in tesi) amplia la platea, e non invece la restringe.

IX – Le medesime considerazioni, valgono per la scelta del criterio di selezione adottato, in quanto l'Amministrazione ha ampiamente motivato in ordine alla scelta del prezzo secondo il principio elaborato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza 21 maggio 2019, n. 8., evidenziando la “*standardizzazione del servizio*”. Peraltro, secondo giurisprudenza pacifica, la clausola che individua il criterio di aggiudicazione nel minor prezzo non è “*immediatamente escludente*” (Ad. pl. n. 4 del 2018); e ciò tanto più, vien fatto di affermare, rispetto a un contratto ponte, che necessita di essere concluso con urgenza.

X – Per tutto quanto sin qui ritenuto, l'appello deve essere respinto.

XI – In ragione della soccombenza l'appellante società deve essere condannata al pagamento delle spese del presente grado di giudizio, come determinate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge, e, per l'effetto, conferma la sentenza appellata.

Condanna l'appellante al pagamento delle spese del presente grado di giudizio, che sono determinate in complessivi euro 4000,00 (quattromila/00) oltre accessori come per legge, a favore dell'amministrazione costituita.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 19 luglio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Fabio Taormina, Presidente

Solveig Cogliani, Consigliere, Estensore

Antimo Prosperi, Consigliere

Maria Immordino, Consigliere

Giovanni Ardizzone, Consigliere

L'ESTENSORE
Solveig Cogliani

IL PRESIDENTE
Fabio Taormina

IL SEGRETARIO