

**N. 00380/2016 REG.PROV.COLL.  
N. 05473/2015 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 Tribunale Amministrativo Regionale della Campania**

**(Sezione Quarta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 5473 del 2015, proposto da:

Ditta Sperindeo Francesco, rappresentato e difeso dall'avv. Domenico Vitale, con domicilio presso T.A.R. Campania - Napoli Segreteria , piazza Municipio, 64;

***contro***

Istituto Tecnico Commerciale G. e Liceo Scientifico Isis L.Da Vinci, Ufficio Scolastico Regionale della Campania, in persona dei legali rapp.ti p.t., rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato Napoli, domiciliata in Napoli, Via Diaz, 11;

***nei confronti di***

Clipper Sas di Boccia Angelo, in persona del legale rapp.te p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Giovanni Salvati, con domicilio in Napoli Segreteria TAR , piazza Municipio, 64;

*per l'annullamento*

del provvedimento prot.4555/b2 del 2015 dell'Istituto tecnico commerciale e Liceo scientifico Isis L. da Vinci recante aggiudicazione della procedura per la gestione della buvette dell'Istituto scolastico in favore della controinteressata .

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Istituto Tecnico Commerciale G. - Liceo Scientifico Isis L.Da Vinci e di Clipper Sas di Boccia Angelo , nonché di Ufficio Scolastico Regionale della Campania;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 gennaio 2016 la dott.ssa Anna Pappalardo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il gravame in epigrafe la ditta ricorrente impugna la aggiudicazione della gara per la concessione della gestione della buvette presso l'Istituto scolastico resistente , aggiudica avvenuta in favore della controinteressata , lamentando in particolare vizi circa le modalità di attribuzione del punteggio relativamente alla voce "offerta tecnica", per la quale è stato assegnato il massimo alla ditta vincitrice, nella misura di 20 punti, e soli 11 punti alla ricorrente.

Le censure sono incentrate da un lato sulla illegittima composizione della commissione di gara, per la quale mancherebbe la figura di esperti tecnici

del settore, avuto riguardo alla previsione di lavori da effettuarsi presso l'aula dell'Istituto destinata ad ospitare il servizio; e dall'altro sul difetto di motivazione circa la attribuzione del punteggio alla voce in contestazione, stante la mancata predisposizione di criteri predeterminati, in quanto si è fatto mero rinvio ai criteri stabiliti nella lettera di invito, che non contenevano una sufficiente griglia di specificazione.

Lamenta in proposito la ricorrente che l'articolo 20 della lettera di invito, intitolato criteri di valutazione, stabilisce, con riferimento alla voce "allestimento spazi", che si assegnerà un punteggio da 1 a 20 alle aziende che presentino un progetto di ristrutturazione dei locali composto da grafici, computo metrico e relazione circa l'allestimento ed arredi con la specifica indicazione delle attrezzature da installare. Tuttavia il criterio di valutazione del progetto è del tutto generico e mancante di precisi ed oggettivi criteri, in quanto statuisce che: "Verrà attribuito in maniera crescente il punteggio più alto alle aziende che con il loro progetto sapranno accrescere il patrimonio dell'Istituto."

L'amministrazione si è costituita deducendo preliminarmente che la ditta ricorrente occupa lo spazio in oggetto da 12 anni con una concessione scaduta, e avrebbe dovuto essere esclusa, non risultando in regola con i pagamenti dei canoni per oltre sei mesi.

In secundis si difende sulla nomina della commissione di gara, affermando di essersi basata sul criterio della economicità e della competenza, sia valutando il curriculum dei professori chiamati sia degli utenti, tra cui i genitori. Nel merito, afferma che l'offerta della ditta aggiudicataria è stata valutata con riferimento agli aspetti tecnici e qualitativi, risultati superiori a quelli delle altre ditte in gara.

Con memoria depositata il 28 novembre la società ricorrente ha contestato

le deduzioni difensive dell'amministrazione, in primo luogo rilevando che si tratta di una motivazione postuma vietata ; circa la pretesa mancanza dei requisiti di partecipazione afferma che la relativa valutazione spetta alla commissione di gara che la ha ammessa incondizionatamente ed in ogni caso deduce di aver risanato la propria posizione debitoria. Inoltre ribadisce le censure circa i vizi di composizione della commissione .

L'aggiudicataria del servizio ,ditta Clipper ,si è costituita ed ha eccepito che la procedura in esame , avendo ad oggetto una concessione di servizi ,era sottratta alla disciplina del codice appalti ai sensi dell'articolo 30 del codice stesso. Pertanto l'articolo 84 comma 2, non contenendo una enunciazione di principi, non si applicherebbe alle concessioni di servizi (cfr .Ad. plenaria numero 13 del 2013).

Circa la composizione della commissione, obietta che non era necessaria la presenza di figure tecniche quali ingegneri o architetti, non trattandosi di eseguire dei lavori murari.

Quanto alla valutazione dell'offerta tecnica deduce che l'articolo 20 del capitolato associava un punteggio numerico al criterio costituito dal miglioramento del patrimonio dell'istituto , ricordando che i giudizi di questo genere sono tecnici ed insindacabili in sede giurisdizionale.

Alla udienza in camera di consiglio del 2.12.2015 è stata accolta la domanda cautelare,

in considerazione della mancata prefissione di criteri oggettivi per la valutazione dell'offerta tecnica, e di una adeguata griglia di attribuzione del sotto punteggio alla stessa riferito.

Alla pubblica udienza del 13 gennaio 2016 il ricorso è stato ritenuto in decisione.

## DIRITTO

In primo luogo va rilevato che le contestazioni difensive dell'Istituto scolastico, circa la ammissione della ricorrente alla gara, peraltro non recepite dalla commissione di gara, non meritano favorevole considerazione, sia in quanto non sono state oggetto di ricorso incidentale della controparte, sia in quanto non appaiono prima facie fondate, anche in considerazione della difesa di parte ricorrente, non contestata con specifiche e documentate controdeduzioni, che la stessa ha risanato la propria posizione debitoria.

In sostanza, non può condividersi l'assunto in ordine al quale la ricorrente avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara, per l'evidente ragione che a tanto avrebbe dovuto provvedere la Stazione appaltante nel corso del procedimento, non potendo essere revocato in sede giurisdizionale un provvedimento ormai intangibile emesso dalla stessa Amministrazione né oggetto di ricorso incidentale.

Ancora in via preliminare deve respingersi l'eccezione sollevata dalla difesa della ditta aggiudicataria del servizio, in base alla quale la procedura in esame, in quanto relativa ad una concessione di servizi, sarebbe sottratta alla disciplina del codice appalti ai sensi dell'articolo 30 dello stesso. Tale eccezione non merita favorevole considerazione, in base ai seguenti elementi.

Nell'ordinamento comunitario il tratto distintivo della concessione viene individuato nelle modalità di remunerazione del soggetto affidatario e nella attribuzione o meno in capo al soggetto stesso del rischio economico connesso alla gestione economico-funzionale dell'opera o del servizio.

Con riguardo alla definizione, la concessione di servizi viene definita dalla

direttiva 2004/18/CE, nonché dal Codice dei contratti pubblici (art. 3, comma 12) come «il contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo». Più specificamente, l'art. 30 del medesimo Codice al comma 2 afferma che nella concessione di servizi la controprestazione a favore del concessionario consiste unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente il servizio.

La distinzione attiene alla struttura del rapporto, che nell'appalto di servizi intercorre tra due soggetti (la prestazione è a favore dell'amministrazione), mentre nella concessione di servizi pubblici intercorre tra tre soggetti, nel senso che la prestazione è diretta al pubblico o agli utenti (cfr. CdS Adunanza plenaria n. 13/2013).

Sebbene le direttive appalti abbiano tendenzialmente escluso dal proprio ambito di applicazione le concessioni di servizi, l'affidamento delle stesse, secondo la giurisprudenza comunitaria e nazionale, non può essere sottratto ai principi espressi dal Trattato in tema di concorrenza.

Invero secondo la giurisprudenza comunitaria le concessioni di servizi pubblici, pur non rientrando nell'ambito di applicazione delle direttive riguardanti gli appalti pubblici, sono comunque sottoposte alle regole fondamentali dei Trattati.

Anche se l'art. 30 del d.lgs. n. 163/2006, nell'individuare il regime giuridico delle assegnazioni delle concessioni di servizi, disegna un sistema particolare, rendendolo in gran parte libero e comunque avulso dalle disposizioni che regolano i contratti di appalto, lo stesso non si pone (né avrebbe potuto farlo) contro i principi generali che regolano i procedimenti di affidamento dei servizi pubblici, per cui sia che si tratti di appalto che di

concessioni, i principi generali che regolano il modo di essere delle pubbliche amministrazioni sono i medesimi (cfr. Consiglio di Stato, Sezione V - Sentenza 23/05/2011 n. 3086; Adunanza plenaria n. 13/2013).

Tanto premesso in punto di diritto, nel merito, il Collegio osserva quanto segue.

La prima censura che viene in rilievo riguarda la illegittima composizione della commissione di gara, in quanto mancante di figure tecniche qualificate a valutare il progetto di ristrutturazione dei locali. L'istituto scolastico si difende in proposito affermando di aver basato il proprio operato sul criterio della economicità e della competenza anche valutando il curriculum dei professori e degli utenti, tra cui i genitori.

Il Collegio ritiene che l'operato dell'amministrazione sia sotto tale profilo immune da vizi, stante il principio affermato dal giudice di appello, in base al quale:

“Nelle gare da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la Commissione di gara deve essere composta da esperti nell'area di attività in cui ricade l'oggetto del contratto, ma non necessariamente in tutte e in ciascuna delle materie tecniche e scientifiche o addirittura nelle tematiche alle quali attengono i singoli e specifici aspetti presi in considerazione dalla lex specialis di gara ai fini valutativi. Del resto proprio un orientamento di questo Consiglio (sez. VI, n. 6297/2009) ha chiarito che i dati in base ai quali ritenere presente una preparazione specifica dei componenti la commissione possono essere legittimamente costituiti dal possesso del titolo di studio. (cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 15.09.2015 n. 4316).

Inoltre deve rilevarsi come il requisito dell'esperienza "nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto" deve essere inteso in modo

coerente con la poliedricità delle competenze spesso richieste in relazione alla complessiva prestazione da affidare, non solo tenendo conto, secondo un approccio formale e atomistico, delle strette professionalità tecnico-settoriale implicate dagli specifici criteri di valutazione, la cui applicazione sia prevista dalla *lex specialis*, ma considerando, secondo un approccio di natura sistematica e contestualizzata, anche le professionalità occorrenti a valutare sia le esigenze dell'Amministrazione, cui quei criteri siano funzionalmente preordinati, sia i concreti aspetti gestionali ed organizzativi sui quali gli stessi siano destinati ad incidere;

Sotto tale aspetto, può condividersi la considerazione in base alla quale non è, in particolare, necessario che l'esperienza professionale di ciascun componente copra tutti gli aspetti oggetto della gara, potendosi le professionalità dei vari membri integrare reciprocamente, in modo da completare ed arricchire il patrimonio di cognizioni della commissione, purché idoneo, nel suo insieme, ad esprimere le necessarie valutazioni di natura complessa, composita ed eterogenea (cfr. Cons. Stato sez. VI 10/06/2013 n. 3203)".Consiglio di Stato, sez. III, 14.12.2015 n. 5670

Ne deriva che, in relazione alla modesta entità delle opere edili da effettuare, la commissione, anche in ossequio a principi di efficienza ed economicità, è stata composta da docenti e genitori, la cui professionalità era in grado di apprezzare l'aspetto organizzativo del servizio, certamente prevalente rispetto alle opere da eseguire.

Occorre pertanto esaminare le censure che si appuntano sulla valutazione dell'offerta tecnica, lamentando sia la mancata predisposizione dei criteri per la attribuzione dei punteggi, sia la assenza di ogni valutazione per la proposta di opere murarie contenuta nella propria offerta.

Sotto tale aspetto, la censura si presenta fondata .

Appare preliminare la doglianza relativa alla mancata predisposizione di criteri adeguati ed oggettivi per la attribuzione del punteggio, che è fondata e merita accoglimento.

In primo luogo non può costituire idonea motivazione la dichiarazione, peraltro postuma rispetto agli atto do gara, che il progetto della ditta ricorrente sarebbe stato meno favorevolmente valutato in quanto comprensivo di proposte di lavori tecnici non richiesti dal bando.

Sotto tale aspetto, la piana lettura dell'articolo 20 del bando de quo rende evidente che il criterio di valutazione, nella sua genericità, fa riferimento ad un progetto di allestimento spazi.

Di seguito le specifiche indicano che il punteggio migliore sarà progressivamente attribuito alle aziende che presentano un progetto di ristrutturazione dei locali composto da grafici con computo metrico e relativa relazione con riguardo all'allestimento e gli arredi e alla specifica indicazione delle attrezzature, tale da accrescere il patrimonio dell'ente.

Confrontando tali indicazioni con le offerte presentate, va rilevato come la prima classificata non ha presentato alcun progetto di ristrutturazione né grafici ma solo le attrezzature da installare.

Anche la ricorrente ha fornito l'indicazione delle attrezzature da installare nella relazione tecnica allegata all'offerta, ma ha previsto anche un progetto di ristrutturazione locali.

In tal senso, nonostante i tentativi di integrazione postuma della motivazione che vorrebbero accreditare la tesi di una offerta da limitare solo a progetto di allestimento spazi, è evidente la violazione dell'articolo 20 del capitolato che non esclude, anzi prescrive, la presentazione di un progetto tecnico di lavori, come proposto dalla odierna ricorrente.

In ogni caso, non sono stati predeterminati i criteri di valutazione

dell'offerta tecnica con riferimento a parametri oggettivi ed in base ad una griglia indicativa di sub punteggi e sub criteri, elemento sicuramente riferibile anche alle concessioni di servizi.

Osserva in proposito il Collegio che una interpretazione comunitariamente orientata del presupposto considerato dall'articolo 15, comma 9, del d.lgs. 164/2000 conduce a ritenere che l'elemento qualificante di una "gara", sia la predefinitone e comunicazione ai potenziali interessati delle regole della competizione (nella forma, quanto meno, dei contenuti delle offerte e dei relativi criteri di valutazione), unica seria garanzia che la scelta del contraente privato rispetti i principi di imparzialità e parità di trattamento, a tutela della concorrenza e del mercato, e presupposto indispensabile della sua sindacabilità in sede giurisdizionale.

L'art. 30, c. 3 del d.lgs. n. 163/2006, dispone che: "La scelta del concessionario deve avvenire nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità, previa gara informale a cui sono invitati almeno cinque concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto della concessione, e con predeterminazione dei criteri selettivi". Pertanto, sebbene la normativa comunitaria abbia tendenzialmente escluso dal proprio ambito le concessioni di servizi, le stesse come affermato in premessa, non si sottraggono al rispetto dei principi fondamentali del Trattato tra i cui corollari si apprezza proprio quello della predeterminazione dei criteri selettivi, strumento indispensabile per assicurare il rispetto dei principi di trasparenza, non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità. Di conseguenza, sia pure nell'ambito di una gara informale, le concessioni di

servizi possono essere affidate solo all'esito di una procedura caratterizzata dalla predeterminazione dei criteri selettivi.

Infatti, nella fattispecie, in assenza di sub punteggi e di sub criteri e a fronte di un criterio del tutto generico per la valutazione dell'offerta tecnica, la Commissione si è limitata ad assegnare un punteggio secco senza motivare ulteriormente. Questa circostanza, unitamente all'assenza di previa determinazione di sub criteri e sub punteggi, appare contrastare direttamente con la previsione del citato art. 30, impedendo, inoltre, ai concorrenti di apprezzare l'iter logico seguito dalla commissione nell'assegnazione dei punteggi, stante l'impossibilità di desumere dalla legge di gara ulteriori indicazioni utili per individuare le concrete modalità di applicazione dei criteri in astratto previste dall'art. 20 del capitolato speciale.(CdS 4913/2014).

Esaminate la ragione e la funzione dei precetti normativi circa la predeterminazione dei criteri di valutazione delle offerte tecniche, non si può non concludere nel senso che, in quanto tese ad evitare il pericolo concreto di violazione della imparzialità della commissione e quindi poste a tutela della correttezza del procedimento, della trasparenza e imparzialità dell'azione amministrativa, tali regole possano ben essere intese come imperative e come tali inderogabili e nel sistema applicabili, perché implicitamente richiamate, anche per la disciplina delle concessioni di servizi, sulla base di canoni di interpretazione sistematica, letterale (solo in apparenza di segno contrario, per la mancanza di un espresso richiamo) e logica.

Il principio generale nel quale sussumere le disposizioni interessate è quindi quello della trasparenza e imparzialità, a maggior ragione considerando che l'articolo 2 al comma 3 prevede che debbano essere rispettate – “Per

quanto non espressamente previsto nel presente codice, le procedure di affidamento e le altre attività amministrative si espletano nel rispetto delle disposizioni sul procedimento amministrativo...” - anche le disposizioni sul procedimento amministrativo di cui alla legge 7 agosto 1990, n.241, a sua volta contenente all’art. 1 i principi generali dell’azione amministrativa (art.1 Principi generali dell’attività amministrativa “L’attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell’ordinamento comunitario”).

Pertanto, l’imparzialità, sicuramente principio generale, non richiamato espressamente dall’articolo 2 del codice contratti pubblici, ma richiamato a mezzo del rinvio alla legge n.241 del 1990, deve ritenersi vincolante, unitamente alla sua declinazione immediata (lo stesso principio di imparzialità è invece compreso nei principi enunciati dall’articolo 27 del codice, tra i principi relativi ai contratti esclusi).

La domanda va conclusivamente accolta, con annullamento degli atti di gara.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo a carico dell’amministrazione resistente, sussistendo giusti motivi per compensarli nei confronti della ditta contro interessata, che non ha concorso alla determinazione del contenuto del provvedimento annullato.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Quarta) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo

accoglie e per l'effetto annulla gli atti in epigrafe. Condanna l'amministrazione resistente alla rifusione in favore di parte ricorrente delle spese di giudizio, liquidate in complessivi Euro 2000,00 oltre IVA e CPA e spese generali, ed oltre al contributo unificato dalla stessa anticipato.

Spese compensate nei confronti della ditta controinteressata..

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 13 gennaio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Anna Pappalardo, Presidente FF, Estensore

Guglielmo Passarelli Di Napoli, Consigliere

Maria Barbara Cavallo, Primo Referendario

**IL PRESIDENTE, ESTENSORE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 25/01/2016

IL SEGRETARIO

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