

## **In caso di concessione di servizio pubblico (e non di appalto di servizio), deve affermarsi la giurisdizione del giudice amministrativo sulla base dell'art. 33 del decreto legislativo n. 80 del 1998, come modificato dalla legge n. 205 del 2000, nel testo**

**Autore:** Lazzini Sonia

**In:** Diritto civile e commerciale

Il Tar Lazio, Roma, con la sentenza n. 1902 dell' 1 marzo 2007 in tema di giurisdizione del giudice amministrativo, ci segnala che:

< se anche si volesse riguardare alla procedura in esame in un'ottica più propriamente contrattualistica, ugualmente si porrebbe all'affermazione della giurisdizione amministrativa, non rilevando in senso contrario il mantenimento del valore dell'appalto sotto la "soglia comunitaria", quando l'Amministrazione, come può ritenersi essere accaduto nella specie, abbia doverosamente scelto di seguire la procedura selettiva ad evidenza pubblica per la sua natura di soggetto pubblico tenuto quindi a garantire il massimo livello di trasparenza, imparzialità e par condicio.

In quest'ottica, la selezione procedimentalizzata del contraente, sebbene nell'ambito di una "trattativa privata", ed il relativo provvedimento di aggiudicazione, assumono, nonostante il mancato superamento della soglia comunitaria, la natura di atti amministrativi incidenti su posizioni di interesse legittimo, con conseguente devoluzione delle relative controversie al giudice amministrativo>

Relativamente alla specifica fattispecie sottoposta ai giudici romani, merita evidenziare quanto segue:

< 4.E' invece fondato il motivo di gravame (n. 2) con il quale la parte ricorrente deduce l'illegittimità dell'operato della Commissione di gara perché la stessa avrebbe ripartito il punteggio massimo previsto dall'art. 6 del Capitolato speciale per i parametri di cui alle lettere A ("qualità dell'intero ciclo delle attività afferenti") e C ("caratteristiche dell'impresa partecipante"), dopo l'apertura dei plichi delle offerte.

In effetti, la Commissione, come risulta dai relativi verbali, in date 6.6.2006 e 20.6.2006 ha aperto le buste contenenti la documentazione amministrativa e i progetti delle società concorrenti e successivamente in data 28.6.2006 ha distribuito i 30 punti previsti dall'art. 6, lett. A, del Capitolato (Qualità dell'intero ciclo delle attività afferenti), in cinque ulteriori sottocriteri valutativi. A questi ultimi (pur trattandosi di voci sostanzialmente già prestabilite dal Capitolato) la Commissione ha autonomamente e discrezionalmente assegnato pesi numerici differenziati, così stabilendo la possibilità di attribuzione di: 5 punti per il "Numero di dipendenti a disposizione per il trasporto salme 24 ore su 24"; 5 punti per il "Numero dei mezzi a disposizione per il trasporto salme 24 ore su 24"; 3 punti per il "Numero dei dipendenti per sorveglianza, portierato e presidio delle camere mortuarie"; 2 punti per "Tempi, personale e mezzi utilizzati per i riscontri anagrafici negli uffici comunali"; 15 punti per la "Relazione complessiva sul servizio". Analogamente, in data 19.7.2006, ha ripartito i 20 punti previsti dal Capitolato (art. 6 lett. C) per le "Caratteristiche dell'impresa partecipante" in tre sotto criteri cui ha assegnato pesi differenziati (5 punti per il numero dei dipendenti dell'impresa; 5 punti per i mezzi funebri di proprietà o disponibili; 10 punti per la capacità economica desunta dal fatturato per servizi funebri negli ultimi tre anni).

Così operando la Commissione ha specificato i criteri generali previsti dal Capitolato in sottocriteri relativi ad elementi già conosciuti o conoscibili (in quanto comprovati dalla documentazione contenuta nelle buste -designate con il N. 1 dall'art. 8 del Capitolato stesso- già in precedenza aperte), in contrasto con il fondamentale principio generale, valido per qualsiasi gara di appalto ad evidenza pubblica e costantemente riconosciuto dalla giurisprudenza, anche comunitaria (cfr. Corte Giustizia CE, II, 24.11.2005, n. 331) secondo cui **gli elementi di specificazione ed integrazione dei criteri previsti dal bando possono essere introdotti solo prima dell'apertura dei plichi contenenti le offerte o comunque gli elementi da valutare ai fini dell'aggiudicazione.**

Questo perché altrimenti si avvera quella situazione di conoscenza attuale o potenziale della "qualità" delle offerte che costituisce elemento potenzialmente deviante e che inficia la regolarità della gara, per la possibilità, che così si verifica, di calibrare i parametri di giudizio e i diversi pesi numerici di ciascuno di essi ad elementi delle offerte conosciuti o conoscibili

. Né può ritenersi che tale regola potesse non applicarsi al caso di specie in ragione dell'espletamento della gara nella forma della trattativa privata sottratta ad oneri di formalismo procedimentale nella valutazione delle offerte.

**Si tratta invero di un principio fondamentale ed elementare di trasparenza, imparzialità e buon andamento amministrativo valido per qualsiasi tipo di gara di appalto condotta secondo le regole dell'evidenza pubblica e quindi anche per una trattativa privata procedimentalizzata e concorrenziale da aggiudicarsi (come quella di specie) secondo criteri automatici prestabiliti e con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa.**

Del resto le garanzie di trasparenza e par condicio che l'Amministrazione si è premurata di assicurare con la fissazione di regole oggettive nel Capitolato di gara non avrebbero alcun senso se fosse consentito poi di derogare ad un principio generale come quello sopra esposto.>

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

Riportiamo qui di seguito il nostro commento al CdS, VI, 15.11.2005, n. 6368, richiamata nell'emarginata sentenza:

< Anche quando un soggetto pubblico non è direttamente tenuto all'applicazione di una specifica disciplina per la scelta del contraente, il rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento comunitario (ritraibili principalmente dagli articoli 43 e 55 del trattato C.E.), nonché dei principi generali che governano la materia dei contratti pubblici impone all'amministrazione procedente di operare con modalità che preservino la pubblicità degli affidamenti e la non discriminazione delle imprese, mercé l'utilizzo di procedure competitive selettive

E' evidente come la determinazione del valore dell'appalto, rilevante ai fini del superamento della soglia comunitaria, non possa dipendere dalle offerte delle concorrenti, in quanto altrimenti si giungerebbe all'irragionevole conseguenza che le stazioni appaltanti non sarebbero in grado al momento dell'indizione della procedura di stabilire se la soglia è superata o meno e, quindi, di individuare la disciplina applicabile.

Si parla di concessione di servizi qualora i rischi della gestione del servizio ricadono sull'aggiudicatario il quale se ne assume tutte le responsabilità e il cui compenso deriva da quanto l'utente paga per il servizio reso a differenza dell'appalto di servizi nel quale è l'amministrazione che paga l'aggiudicatario.

Il Consiglio di stato con la decisione numero 6368 del 15 novembre 2005 ci insegna la differenza tra un appalto di servizi e una concessione di servizi.

< nell'appalto di servizi:  
l'amministrazione paga l'aggiudicatario per la prestazione di un servizio reso in suo favore.>

mentre

< nello schema

della concessione di servizio, ad esempio, l'aggiudicatario si impegna a corrispondere al Consorzio una determinata somma per ogni cartello segnaletico e la remunerazione della sua attività deriva dalla percezione degli introiti da parte delle imprese interessate al servizio.

Qui è l'aggiudicatario che paga l'amministrazione per poter gestire il servizio relativo alla segnaletica, rivolto ai privati (imprese della zona industriale) e retribuito a carico di privati attraverso il pagamento di un corrispettivo.

Nel caso di specie, quindi, i rischi di gestione del servizio ricadono sull'aggiudicatario, il quale può rifarsi sull'utente e si assume la responsabilità di gestione>

In tema di giurisdizione, merita sottolineare quanto segue:

< Trattandosi della concessione di un pubblico servizio, sussiste, di conseguenza, la giurisdizione del giudice amministrativo sulla base dell'art. 33 del D. Lgs. n. 80/1998, nel testo risultante a seguito della pubblicazione della sentenza n. 204 del 2004 della Corte Costituzionale, secondo cui sono devolute alla giurisdizione del G.A. "le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi, ovvero relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo disciplinato dalla legge 7 agosto 1990, n. 241, ovvero ancora relative all'affidamento di un pubblico servizio>

ma vi è di più.

<Del resto, già in passato la giurisprudenza, con riferimento alla trattativa privata, aveva abbandonato

l'orientamento, secondo cui non vi sono interessi legittimi, svolgendosi trattativa esclusivamente sul piano dell'autonomia negoziale privata, affermando invece che **sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo sia in caso di contestazione del ricorso alla trattativa, sia in ipotesi di violazione delle regole procedurali adottate dall'amministrazione o, più in generale, dei principi di imparzialità e di logicità** (cfr., Cons. Stato, V, n. 1577/96; IV, n. 125/97; V, n. 112/99; VI, n. 1018/99; V, n. 2079/2000, VI, n. 1206/2001 e per quanto concerne la contestazione dell'utilizzo della trattativa privata Cass., Sez. Unite, n. 11619/98).

Sulla base di tali considerazioni deve quindi ritenersi che **quando una amministrazione sia comunque obbligata a seguire un procedimento per la scelta del contraente, che garantisca la trasparenza, l'imparzialità e la par condicio, tale procedura e il provvedimento di aggiudicazione assumono la natura di atti amministrativi che incidono su posizioni di interesse legittimo, con conseguente devoluzione delle relative controversie al giudice Amministrativo>**

A questo proposito giova aggiungere tre considerazioni:

### **1. tutta l'attività amministrativa deve tener conto dei principi comunitari**

Legge 241/90 s.m.i. come novellata dalla Legge 15 del 2005

Capo I - Principi

Art.1. Principi generali dell'attività amministrativa

1. L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia 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.**

1-bis. La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le

norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente.

1-ter. I soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei principi di cui al comma 1.

2. La pubblica amministrazione non può aggravare il procedimento se non per straordinarie e motivate esigenze imposte dallo svolgimento dell'istruttoria

## **2. i principi comunitari devono essere comunque osservati**

Anche per gli appalti di modesto rilievo economico, valgono alcune regole "etiche" europee

Le stazioni appaltanti devono  
rispettare  
i principi fondamentali del Trattato CEE

Il ministero per le politiche comunitarie nella persona del suo responsabile, ministro \*\*\*\*\*, con la circolare numero 8756 del 6 giugno 2002 ha inteso porre alcuni fondamentali principi in tema di normativa applicabile agli appalti pubblici "sottosoglia"

Alcuni contratti di appalti, sebbene per il loro modesto importo risultino essere esclusi dalla sfera di applicazione delle direttive comunitarie, sono comunque soggetti ad alcuni fondamentali principi di diritto primario dettati dal Trattato CEE quali ad esempio:

il divieto di qualsiasi discriminazione  
fondata  
sulla  
nazionalita';

la parita'  
di  
trattamento;

le norme relative alla libera circolazione  
delle  
merci,

le norme relative alla liberta'  
di  
stabilimento;

le norme relative alla libera  
prestazione  
di  
servizi;

il rispetto  
del principio di trasparenza

a cui le amministrazioni devono adeguare il proprio operato.

### **3. Anche le nuove direttive europee ne parlano**

DIRETTIVA 2004/18/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO del 31 marzo 2004 relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi - 2° considerando

L'aggiudicazione degli appalti negli Stati membri per conto dello Stato, degli enti pubblici territoriali e di altri organismi di diritto pubblico è subordinata al rispetto dei principi del trattato ed in particolare



ai principi della libera circolazione delle merci,  
della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi,  
nonché ai principi che ne derivano, quali i principi di parità di trattamento,  
di non discriminazione,  
di riconoscimento reciproco,  
di proporzionalità e  
di trasparenza.

Tuttavia, per gli appalti pubblici con valore superiore ad una certa soglia è opportuno elaborare disposizioni di coordinamento comunitario delle procedure nazionali di aggiudicazione di tali appalti fondate su tali principi, in modo da garantirne gli effetti ed assicurare l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza. Di conseguenza, tali disposizioni di coordinamento dovrebbero essere interpretate conformemente alle norme e ai principi citati, nonché alle altre disposizioni del trattato.

Relativamente alla normativa sui disabili, ovvero per quanto concerne l'applicazione dell'art. 17 della legge n. 12.03.1999, n. 68 va ancora osservato che:

<In ordine all'interpretazione del citato art. 17, la giurisprudenza maggioritaria ritiene che l'adempimento previsto da tale disposizione si configuri **come requisito di partecipazione alla gara e non come condizione dell'aggiudicazione e che, pertanto, la relativa certificazione deve essere prodotta al momento della presentazione della domanda**

E' stato anche aggiunto che la norma ha un chiaro contenuto di ordine pubblico e la sua applicazione non viene fatta dipendere dall'inserimento o meno dell'obbligo ivi previsto fra le specifiche clausole di concorso delle singole gare. Di conseguenza il bando, che non contenga alcun riferimento agli obblighi derivanti dalla norma legislativa anzidetta, deve intendersi dalla stessa comunque integrato, ponendosi tutt'al più un problema di illegittimità della clausola del bando che espressamente disponga in difformità>

ATTENZIONE PERO'....

<In presenza di un sostanziale svolgimento di una trattativa privata "procedimentalizzata" si ritiene che non possa farsi applicazione della descritta rigorosa interpretazione del citato art. 17 e che sia, invece, sufficiente che la prescritta dichiarazione sia "preventivamente" prodotta dall'impresa prima della conclusione della procedura, caratterizzata - si ripete - da un minor grado di formalità e che per tale connotato mal si presta ad essere "eterointegrata" dalla citata disposizione di legge>

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

REPUBBLICA  
ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale

per il Lazio

SEZIONE TERZA

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso 10286/2006 proposto da:

SOC LA \*\*\* \*\* SRL ED ALTRI

contro

AZIENDA OSPEDALIERA SAN CAMILLO-FORLANINI

e nei confronti di

SOC \*\*\* SIMONE & C SRL (capogruppo delRTI

e nei confronti di

per l'annullamento

della deliberazione del Direttore Generale della suddetta Azienda Ospedaliera n. 1737 del 29 agosto 2006 avente ad oggetto "l'aggiudicazione gara a trattativa privata per l'affidamento dei servizi di competenza aziendale in ordine ai decessi in ambito ospedaliero, con contestuale locazione della camera mortuaria per un periodo di mesi ventiquattro", nonché di tutti gli atti a detta delibera connessi, presupposti e consequenziali, tra cui in particolare, i verbali della commissione giudicatrice della gara e la proposta del Direttore U.O.C. Acquisti \*\*\*\*\* e Servizi Economici;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione del giudizio di:

AZIENDA OSPEDALIERA SAN CAMILLO-FORLANINI

SOC \*\*\* SIMONE & C SRL (RTI)

Viste le memorie difensive delle parti;

Visti gli atti tutti della causa;

Uditi nella pubblica udienza del 21 febbraio 2007, designato relatore il Consigliere \*\*\*\*\*, gli avvocati come da verbale di udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

## FATTO E DIRITTO

1. Il ricorso in esame concerne la trattativa privata indetta dall'Azienda Ospedaliera S. Camillo-Forlanini, con deliberazione del Direttore Generale in data 27 marzo 2006, per l'affidamento "dei servizi di competenza aziendale in ordine ai decessi in ambito ospedaliero, con contestuale locazione della camera mortuaria, per un periodo di mesi ventiquattro". Alla gara predetta, di cui è stato preliminarmente dato "pubblico avviso" attraverso "quotidiani ad ampia diffusione nazionale", sono state invitate a partecipare, con trasmissione di apposita lettera invito 4.4.2006 ed allegato \*\*\*\*\*, le imprese che ne avevano fatto domanda nei termini stabiliti (10.3.2006). All'esito dei lavori della Commissione (verbale n. 6 dell'8.8.2006) appositamente nominata il 26.5.2006, la gara in questione, con deliberazione D.G. 29.8.2006, è stata quindi aggiudicata, col sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa, all'A.T.I. \*\*\* (punteggio conseguito 85,28/100), mentre il raggruppamento d'imprese con capogruppo "La \*\*\* s.r.l." ha conseguito il punteggio totale di 82/100 e si è collocato in seconda posizione di graduatoria.

Quest'ultima concorrente (unitamente ad altre due società del medesimo raggruppamento non aggiudicatario) insorge peraltro dinanzi a questo TAR avverso l'esito della gara, formulando contro gli atti impugnati tre articolati motivi di ricorso in cui deduce, in estrema sintesi, violazione dei principi generali in tema di gare pubbliche ed in particolare dei principi di pubblicità delle sedute della Commissione di gara, di continuità dei relativi lavori e di segretezza delle offerte, nonché dell'art. 97 della Costituzione e degli artt. 1 e 3 della legge n. 241/90 sul procedimento amministrativo, oltre che eccesso di potere. Insta altresì la parte ricorrente per il risarcimento del danno.

2. Premesso quanto sopra, il Collegio si deve anzitutto occupare dell'eccezione di difetto di giurisdizione che l'Amministrazione e l'ATI controinteressata sollevano sul rilievo, sostanzialmente, che nella specie si tratterebbe di attività contrattuale di natura privatistica, non soggetta alle norme dell'evidenza pubblica ma a quelle del diritto privato, come manifestazione dell'autonomia imprenditoriale e di negoziazione "iure privatorum" riconosciuta all'Azienda Ospedaliera, almeno per i contratti di valore "sotto soglia" comunitaria, dall'art. 3 commi 1 bis e 1 ter del D.Lgs. n. 502/92 e dall'Atto Aziendale di diritto privato al riguardo adottato il 29.1.2005 ai sensi delle predette disposizioni. Di modo che la controversia in esame riguarderebbe diritti soggettivi rimessi all'Autorità Giudiziaria Ordinaria.

Rileva il Collegio che l'eccezione è priva di fondamento. In sede di decisione di controversia analoga, questo Tribunale si è in effetti già pronunciato sulla sussistenza del potere cognitorio del giudice

amministrativo in casi come quello di specie (cfr. TAR Lazio, III, 21.4.2006, n. 2908). Le osservazioni e le conclusioni in tale sentenza formulate si attagliano sostanzialmente anche alla fattispecie di cui trattasi e per essa, dunque, vanno ora ribadite.

Ed invero, la procedura in esame è caratterizzata da elementi peculiari, i quali prevedono che l'aggiudicatario presti a titolo gratuito i servizi di competenza aziendale in ordine ai decessi avvenuti in ambito ospedaliero e paghi un canone mensile (pari a € 3.500,00) per la conduzione in locazione della camera mortuaria. La remunerazione deriva dalla presenza costante del locatario affidatario, con la possibilità di poter gestire nell'ambito degli spazi aziendali la sua attività istituzionale di onoranze e servizi funebri, con oneri a carico dei familiari dei deceduti, praticando tuttavia tariffe proposte in gara all'Amministrazione e da questa dunque sostanzialmente accettate.

Ne consegue che, nella specie, i rischi di gestione rimangono a carico dell'aggiudicatario, il quale può rifarsi sull'utente e si assume la responsabilità di gestione.

Lo schema del rapporto de quo rientra, quindi, in quello della concessione di servizio. Trattasi evidentemente di servizio pubblico, poiché l'Azienda Ospedaliera ha certamente natura pubblica, ancorché abbia assunto, nella configurazione impressa dal d. lgs. n. 229 del 1999, profilo aziendale e funzionamento disciplinati dall'atto aziendale, dovendosi infatti ritenere che l'autonomia imprenditoriale sia espressamente equiordinata alla personalità giuridica pubblica della AUSL (o Azienda Ospedaliera), che opera nel rispetto dei principi e criteri previsti da disposizioni delle regioni, cui spetta assicurare i livelli essenziali di assistenza (Cons. Stato, Sez. V, 12 aprile 2005, n. 1638).

Il servizio oggetto della gara rientra, per espressa dizione del Capitolato, tra i "servizi di competenza aziendale", ed è chiaramente un servizio pubblico, istituzionalmente affidato alla cura dell'Ente pubblico, il quale - attraverso l'affidamento a privati della concreta gestione del servizio stesso - ne disciplina tutti i profili, in particolare quello sanitario.

Del resto, l'affidamento del servizio pubblico da svolgere all'interno di locali facenti parte della struttura immobiliare ospedaliera - concretamente destinata essa stessa a pubblico servizio e perciò rientrante tra i

beni patrimoniali indisponibili - può trovare titolo solo in un atto concessorio, potendo tali beni essere trasferiti nella disponibilità di privati, per usi determinati (pur sempre tuttavia afferenti al servizio pubblico), solo mediante concessioni amministrative (Cass. 14 novembre 2003, n. 17295; vedi anche CdS, V; 20.2.2006, n. 698).

Trattandosi di concessione di servizio pubblico (e non di appalto di servizio), deve affermarsi, di conseguenza, la giurisdizione del giudice amministrativo sulla base dell'art. 33 del decreto legislativo n. 80 del 1998, come modificato dalla legge n. 205 del 2000, nel testo risultante dopo la pronuncia della Corte costituzionale n. 204/2004, secondo cui sono devolute al G.A. le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni o affidamenti di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi.

Per altro verso, se anche si volesse riguardare alla procedura in esame in un'ottica più propriamente contrattualistica, ugualmente si perverrebbe all'affermazione della giurisdizione amministrativa, non rilevando in senso contrario il mantenimento del valore dell'appalto sotto la "soglia comunitaria", quando l'Amministrazione, come può ritenersi essere accaduto nella specie, abbia doverosamente scelto di seguire la procedura selettiva ad evidenza pubblica per la sua natura di soggetto pubblico tenuto quindi a garantire il massimo livello di trasparenza, imparzialità e par condicio. In quest'ottica, la selezione procedimentalizzata del contraente, sebbene nell'ambito di una "trattativa privata", ed il relativo provvedimento di aggiudicazione, assumono, nonostante il mancato superamento della soglia comunitaria, la natura di atti amministrativi incidenti su posizioni di interesse legittimo, con conseguente devoluzione delle relative controversie al giudice amministrativo (cfr. al riguardo CdS, VI, 15.11.2005, n. 6368).

Quanto al rilievo che in contrario nella specie assumerebbero, secondo gli assunti delle parti resistenti, l'art. 3 comma 1 ter del D.Lgs. n. 502/92 (peraltro abrogato, prima dell'intervento dell'atto di aggiudicazione in impugnativa, dall'art. 256 del D.Lgs.163/2006) e il conseguente Atto aziendale di diritto privato adottato nel 2005 dall'Azienda Ospedaliera intimata per la disciplina privatistica degli appalti, rileva il Collegio:

a)che sono soggetti a tale disciplina gli acquisti di beni e servizi "sotto soglia", ma nella specie non può parlarsi di acquisto di servizi, dato che l'Amministrazione, per la natura del rapporto, non assume alcun onere e non effettua alcun esborso;



b)che non è stata fissata una base d'asta, né è rilevabile oggettivamente il valore del servizio, per cui non può farsi riferimento alla "soglia" fissata dalla normativa comunitaria;

c)che l'Amministrazione non ha affatto richiamato, negli atti di disciplina della gara, l'Atto Aziendale di diritto privato, ma ha fatto invece riferimento, per il sistema di aggiudicazione, alla normativa propria dell'evidenza pubblica contenuta particolarmente nel D.Lgs. 157/95.

In ogni caso si sarebbe dunque fuori dell'attività contrattuale privatistica, vertendosi invece in posizioni incise da provvedimenti amministrativi, con conseguente giurisdizione del G.A...

3.Quanto al merito dell'impugnativa, il Collegio ritiene di dover esaminare prioritariamente, in quanto potenzialmente assorbente per la sua maggiore idoneità a soddisfare la pretesa sostanziale azionata, il motivo di ricorso n. 3 con il quale la parte istante contesta il merito della valutazione operata dalla Commissione di gara.

Il motivo è da disattendere. Anzitutto non sussiste invero alcun difetto di motivazione circa la scelta operata dall'Amministrazione, poiché nella specie ne danno sufficientemente conto i punteggi attribuiti ai singoli criteri e sottocriteri di valutazione. E questi ultimi erano nella specie sufficientemente precisi e dettagliati (cinque sottocriteri articolati dalla Commissione per la ripartizione dei 30 punti previsti dal Capitolato e relativi alla "qualità dell'intero ciclo delle attività afferenti"; una voce con relativo punteggio massimo di 10, per le "migliorie dei locali"; tre sottocriteri di ripartizione dei 20 punti previsti per le "caratteristiche dell'impresa"), di modo che in relazione a tale ripartizione dei singoli punteggi parziali, la valutazione qualitativa del progetto e dell'offerta appare congrua e sufficiente. Ciò dovendosi anche considerare che per alcuni elementi di giudizio l'Amministrazione ha supportato le proprie valutazioni attraverso un'ulteriore motivazione descrittiva, seppure succinta. Così ad esempio (e con riferimento alla dedotta mancata valutazione comparativa dei progetti) il maggior punteggio attribuito alla controinteressata per le "migliorie dei locali" (10 punti contro 8 conseguiti dall'ATI ricorrente) appare ulteriormente giustificato in termini espressi dalla Commissione che ha osservato infatti come "l'A.T.I. \*\*\*" avesse presentato "il progetto più rispondente alle esigenze dell'Azienda, maggiormente articolato e dettagliato" e si fosse impegnata "a realizzare opere di maggior pregio". Si tratta in effetti di una valutazione tecnico discrezionale non sindacabile e non manifestamente illogica. Né in contrario può

valorizzarsi il riferimento operato dalla ricorrente all'offerta (resa in sede di gara) di ristrutturazione oltre che delle sole sale dell'Ospedale S. Camillo (come da progetto dell'aggiudicataria) anche delle sale del "Forlanini", dato che le migliorie dovevano riferirsi, secondo il Capitolato, ai locali della Camera ardente e della Camera mortuaria in uso, e non vi era alcuna richiesta di intervento sui locali specifici del "Forlanini".

Quanto alla dedotta mancanza di proporzionalità per i punteggi attribuiti in relazione al numero dei dipendenti (dato che alla ricorrente con oltre 2300 dipendenti sono stati attribuiti 5 punti su 5, mentre all'ATI \*\*\* con soli 209 dipendenti sono stati attribuiti 3 punti su 5), rileva il Collegio che, a parte ogni altra possibile considerazione, la ricorrente non ha interesse a tale censura, dal momento che, se anche all'ATI controinteressata fossero stati assegnati zero punti per il parametro in discorso, comunque il punteggio finale della gara sarebbe rimasto favorevole alla controinteressata stessa (che ha totalizzato infatti 3,28 punti in più rispetto alla ricorrente).

Infine, circa la carenza di motivazione per la "relazione complessiva sul servizio", essa non sussiste, dato che anche in questo caso la Commissione, oltre ad attribuire, per tale voce, il differenziato punteggio a ciascun concorrente fino al massimo previsto di punti 15 (di fatto assegnati all'ATI \*\*\* contro gli 11 punti per l'ATI La \*\*\*), ha descrittivamente al riguardo specificato che: "Dall'analisi dei progetti presentati emerge che le relazioni complessive del servizio presentate della A.T.I. La \*\*\* e della A.T.I. \*\*\* risultano elaborate in maniera più puntuale soddisfacendo adeguatamente a quanto richiesto dal Capitolato Speciale". Tuttavia ha soggiunto che "Il progetto della A.T.I. La \*\*\* dettaglia in maniera poco analitica la procedura di espletamento del servizio e l'articolazione nelle singole fasi", mentre "Il progetto della A.T.I. \*\*\* si mostra di maggior pregio soprattutto in merito alla descrizione delle risorse umane impiegate nell'espletamento del servizio con elencazione minuziosa del numero di operatori distinti per qualifica e per numero".

Non sussiste, in definitiva, sotto l'aspetto esaminato, alcun vizio logico e motivazionale, e la censura proposta dev'essere respinta.

4.E' invece fondato il motivo di gravame (n. 2) con il quale la parte ricorrente deduce l'illegittimità dell'operato della Commissione di gara perché la stessa avrebbe ripartito il punteggio massimo previsto dall'art. 6 del Capitolato speciale per i parametri di cui alle lettere A ("qualità dell'intero ciclo delle attività afferenti") e C ("caratteristiche dell'impresa partecipante"), dopo l'apertura dei plichi delle

offerte.

In effetti, la Commissione, come risulta dai relativi verbali, in date 6.6.2006 e 20.6.2006 ha aperto le buste contenenti la documentazione amministrativa e i progetti delle società concorrenti e successivamente in data 28.6.2006 ha distribuito i 30 punti previsti dall'art. 6, lett. A, del Capitolato (Qualità dell'intero ciclo delle attività afferenti), in cinque ulteriori sottocriteri valutativi. A questi ultimi (pur trattandosi di voci sostanzialmente già prestabilite dal Capitolato) la Commissione ha autonomamente e discrezionalmente assegnato pesi numerici differenziati, così stabilendo la possibilità di attribuzione di: 5 punti per il "Numero di dipendenti a disposizione per il trasporto salme 24 ore su 24"; 5 punti per il "Numero dei mezzi a disposizione per il trasporto salme 24 ore su 24"; 3 punti per il "Numero dei dipendenti per sorveglianza, portierato e presidio delle camere mortuarie"; 2 punti per "Tempi, personale e mezzi utilizzati per i riscontri anagrafici negli uffici comunali"; 15 punti per la "Relazione complessiva sul servizio". Analogamente, in data 19.7.2006, ha ripartito i 20 punti previsti dal Capitolato (art. 6 lett. C) per le "Caratteristiche dell'impresa partecipante" in tre sotto criteri cui ha assegnato pesi differenziati (5 punti per il numero dei dipendenti dell'impresa; 5 punti per i mezzi funebri di proprietà o disponibili; 10 punti per la capacità economica desunta dal fatturato per servizi funebri negli ultimi tre anni).

Così operando la Commissione ha specificato i criteri generali previsti dal Capitolato in sottocriteri relativi ad elementi già conosciuti o conoscibili (in quanto comprovati dalla documentazione contenuta nelle buste -designate con il N. 1 dall'art. 8 del Capitolato stesso- già in precedenza aperte), in contrasto con il fondamentale principio generale, valido per qualsiasi gara di appalto ad evidenza pubblica e costantemente riconosciuto dalla giurisprudenza, anche comunitaria (cfr. Corte Giustizia CE, II, 24.11.2005, n. 331) secondo cui gli elementi di specificazione ed integrazione dei criteri previsti dal bando possono essere introdotti solo prima dell'apertura dei plichi contenenti le offerte o comunque gli elementi da valutare ai fini dell'aggiudicazione. Questo perché altrimenti si avvera quella situazione di conoscenza attuale o potenziale della "qualità" delle offerte che costituisce elemento potenzialmente deviante e che inficia la regolarità della gara, per la possibilità, che così si verifica, di calibrare i parametri di giudizio e i diversi pesi numerici di ciascuno di essi ad elementi delle offerte conosciuti o conoscibili (cfr., tra le tante, CdS, VI, 23.6.2006, n. 3975; V, 19.6.2006, n. 3584; 29.3.2006, n. 1590; 7.7.2005, n. 3758). Né può ritenersi che tale regola potesse non applicarsi al caso di specie in ragione dell'espletamento della gara nella forma della trattativa privata sottratta ad oneri di formalismo procedimentale nella valutazione delle offerte. Si tratta invero di un principio fondamentale ed elementare di trasparenza, imparzialità e buon andamento amministrativo valido per qualsiasi tipo di gara di appalto condotta secondo le regole dell'evidenza pubblica

e quindi anche per una trattativa privata procedimentalizzata e concorrenziale da aggiudicarsi (come quella di specie) secondo criteri automatici prestabiliti e con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Del resto le garanzie di trasparenza e par condicio che l'Amministrazione si è premurata di

assicurare con la fissazione di regole oggettive nel Capitolato di gara non avrebbero alcun senso se fosse consentito poi di derogare ad un principio generale come quello sopra esposto.

All'accoglimento della censura esaminata, per i motivi evidenziati, consegue l'annullamento degli atti impugnati, restando assorbito ogni ulteriore motivo di ricorso.

5. Va respinta invece la domanda risarcitoria, dal momento che la parte ricorrente non dimostra, con elementi oggettivi che sono nella sua esclusiva disponibilità (come fatture, ricevute di pagamento e simili) quali siano state le spese sostenute per la partecipazione alla gara e per la redazione del progetto delle migliorie da apportare ai locali dell'Azienda Ospedaliera. La richiesta quindi è del tutto generica e sfornita di ogni elemento di prova, dato che nemmeno si enuncia la quantificazione del danno sotto questo aspetto risarcibile. Né in casi come quello di specie il giudice può sopperire all'inerzia probatoria della parte ricorrente disponendo mezzi di prova o attraverso una valutazione equitativa del danno. Quest'ultimo criterio può essere invero utilizzato, ex art. 1226 c.c., sono in caso d'impossibilità (non sussistente nel caso in esame) di provare il danno nel suo preciso ammontare.

Quanto al mancato utile richiesto per impossibilità di svolgere il servizio oggetto di gara, anche per questo aspetto la richiesta è generica, dato che la ricorrente, in assenza di una base d'asta prestabilita in sede di gara, non fornisce alcun elemento su quale sarebbe stato il suo giro d'affari presumibilmente ricavabile del servizio e i possibili utili detratte le spese e il canone di locazione. In ogni caso si insta per il risarcimento nel presupposto che l'ATI ricorrente avrebbe conseguito l'aggiudicazione, ma si tratta di un presupposto erroneo perché alla stregua del motivo di ricorso accolto potrebbe valorizzarsi una mera "chance" di partecipazione. E quest'ultima d'altra parte (per il risarcimento della quale non si formulano concrete e specifiche richieste risarcitorie), è soddisfatta dall'annullamento degli atti impugnati e dalla possibilità di nuova partecipazione in sede di riedizione della procedura.

6. Le spese e gli onorari possono essere compensati tra le parti, in ragione della reciproca parziale soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione III, accoglie nei limiti di cui in motivazione il ricorso in epigrafe e per l'effetto annulla gli atti impugnati.

Respinge la richiesta risarcitoria.

Compensa le spese e gli onorari.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso nella Camera di Consiglio del 21 febbraio 2007.

Il Presidente f.f., estensore - \*\*\*\*\*

<https://www.diritto.it/in-caso-di-concessione-di-servizio-pubblico-e-non-di-appalto-di-servizio-deve-affermarsi-la-giurisdizione-del-giudice-amministrativo-sulla-base-dell-art-33-del-decreto-legislativo-n-80-del-1998/>