

**ISSN 1127-8579**

**Pubblicato dal 04/03/2010**

**All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29033-tutela-della-concorrenza-e-criteri-di-valutazione-dell-offerta-economicamente-pi-vantaggiosa>**

**Autore: Lazzini Sonia**

## **Tutela della concorrenza e criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa**

**Tar Lombardia, Brescia, 29.01.2010 n. 430**

## ***Tutela della concorrenza e criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa***

Sebbene debba, infatti, riconoscersi che nella fase di predisposizione della *lex specialis* compete all'Amministrazione l'esercizio di discrezionalità tecnica circa la (migliore) determinazione dei criteri e dei parametri discriminanti per la scelta del miglior contraente, allo stesso modo deve rammentarsi come tale libertà dell'Amministrazione sia pur sempre limitata da riferimenti logici e giuridici che derivano dalla garanzia del rispetto di principi fondamentali altrettanto necessari nell'espletamento delle procedure di gara

gli elementi attinenti alla capacità del prestatore di eseguire i servizi da affidare – ed in particolare l'esperienza pregressa –, possono essere utilizzati unicamente ai fini della selezione dei concorrenti. Diversamente la presenza sul mercato da maggiore tempo finirebbe per discriminare gli altri operati pur non potendosi ravvisare un rapporto diretto tra quella stessa esperienza che può garantire la serietà dell'impresa e la qualità dell'offerta presentata, che deve essere valutata in quanto tale ed esclusivamente per le sue caratteristiche.

La controversia in esame ha ad oggetto la regolarità del procedimento preordinato all'individuazione del soggetto cui attribuire la facoltà, a fronte di un corrispettivo, di collocare propri distributori automatici per la vendita di prodotti alimentari e bevande all'interno di una scuola.

Ragioni di ordine logico impongono, quindi, di risolvere in via preliminare la questione della natura del contratto da stipularsi tra l'Amministrazione e l'offerente.

Escluso che possa trattarsi di un contratto di appalto, il Collegio ritiene che il contratto oggetto del contenzioso possa, invece, essere ricondotto ad una fattispecie di concessione di servizi, con conseguente applicazione:

- per quanto attiene alla scelta del concessionario, dell'art. 30 comma 3 del D. Lgs. 12.4.2006, n. 163, “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”;

- e (a mente del successivo comma 7 del medesimo articolo), del rito speciale di cui all'art. 23 bis della legge 1034/1971.

Si tratta infatti, come rilevato dalla difesa della società ricorrente e già affermato dalla giurisprudenza, in particolare nella sentenza del T.A.R. Liguria, n. 81/09 dalle conclusioni della quale non si ravvisa ragione di discostarsi, “di una concessione di servizi (segnatamente, del servizio contemplato dall'allegato II B al D. Lgs. n. 163/2006, cat. n. 17, servizi alberghieri e di ristorazione), a nulla rilevando che il servizio in questione possa o meno definirsi “servizio pubblico” in ragione del destinatario finale della prestazione: ciò che conta, infatti, è che esso presenti - come in effetti presenta - le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura del servizio consiste unicamente nel diritto di gestirlo (cfr. l'art. 3 comma 12 del D. Lgs. n. 163/2006).

Ciò implica che l'Amministrazione, nell'ambito del procedimento di individuazione del “ristoratore” avrebbe dovuto attenersi ai principi sopra ricordati (in primo luogo di derivazione comunitaria), evitando, in particolare, l'intervenuta, censurata, commistione tra requisiti di partecipazione e elementi di valutazione dell'offerta in termini di affidabilità del concorrente, lesiva dei principi di trasparenza e non discriminazione.

Sebbene debba, infatti, riconoscersi che nella fase di predisposizione della lex specialis compete all'Amministrazione l'esercizio di discrezionalità tecnica circa la (migliore) determinazione dei criteri e dei parametri discriminanti per la scelta del miglior contraente, allo stesso modo deve rammentarsi come tale libertà dell'Amministrazione sia pur sempre limitata da riferimenti logici e giuridici che derivano dalla garanzia del rispetto di principi fondamentali altrettanto necessari nell'espletamento delle procedure di gara.

Tra questi ultimi il Collegio ritiene possa ascriversi anche quello puntualizzato dal Consiglio di Stato nella sentenza n. 1993 del 16 aprile 2003, secondo cui gli elementi attinenti alla capacità del prestatore di eseguire i servizi da affidare – ed in particolare l'esperienza pregressa –, possono essere utilizzati unicamente ai fini della selezione dei concorrenti. Diversamente la presenza sul mercato da maggiore tempo finirebbe per discriminare gli altri operati pur non potendosi ravvisare un rapporto diretto tra quella stessa esperienza che può garantire la serietà dell'impresa e la qualità dell'offerta presentata, che deve essere valutata in quanto tale ed esclusivamente per le sue caratteristiche.

Stante il suo potenziale effetto distorsivo della concorrenza, la commistione in esame confligge, dunque, con principi fondamentali del Trattato UE che governano l'istituto della concessione di servizi, per cui coglie nel segno il ricorso principale, nella parte in cui è volto a far valere, con valenza assorbente, l'illegittimità della procedura adottata dall'Istituto, con conseguente annullamento di tutti gli atti impugnati.

A cura di Sonia LAzzini

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 430 del 29 gennaio 2010 emessa dal Tar Lombardia, Brescia

**N. 00430/2010 REG.SEN.**  
**N. 00953/2009 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 per la Lombardia**

**sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

Sul ricorso numero di registro generale 953 del 2009, proposto da:  
Gruppo Ricorrente Spa, rappresentata e difesa dagli avv. Antonio Carullo e Chiara Ghidotti, con domicilio eletto presso Chiara Ghidotti in Brescia, via Solferino, 55;

***contro***

Liceo Scientifico di Stato "Leonardo", non costituito in giudizio;

***nei confronti di***

Controinteressato Snc e Ditta Controinteressato Distributore Caffè di Z. Franco & C., rappresentate e difese dall'avv. Domenico Bezzi, con domicilio eletto presso Domenico Bezzi in Brescia, via Cadorna, 7;

***per l'annullamento***

*previa sospensione dell'efficacia,*

- del verbale n. 21 del 28 agosto 2009 di aggiudicazione della gara d'appalto distributori automatici bevande e alimenti;
- della nota prot. N. 4294 Pos. C/14 del 1 settembre 2009 con cui è stata comunicata l'aggiudicazione del servizio ad altra concorrente;
- di ogni atto presupposto, connesso e/o consequenziale e in particolare della delibera n. 2 del 27 aprile 2009 di indizione della procedura di gara in parte qua, della lettera di invito in parte qua, dei verbali della Commissione in parte qua, della raccomandata n. 4424 pos. C/27 del 9 settembre 2009 di diniego della richiesta di sospensione dell'aggiudicazione, nonché della nota via fax prot. N. 5156 Pos. C/27 del 6 ottobre 2009 con cui è stato intimato alla ricorrente di staccare i distributori automatici.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Controinteressato Snc e della ditta Controinteressato Distributore Caffè di Z. Franco & C., nonché il ricorso incidentale dalle stesse proposto;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 gennaio 2010 la dott.ssa Mara Bertagnolli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

#### FATTO

Con delibera n. 2 del 27 aprile 2009 il consiglio di Istituto del Liceo scientifico di Stato "Leonardo" di Brescia manifestava la volontà di dare avvio ad un procedimento per la selezione dell'impresa cui concedere in convenzione la gestione del servizio di distribuzione automatica di bevande e alimenti all'interno dell'Istituto relativamente al periodo 1.9.2009/31.8.2012.

Per la valutazione delle tre offerte prodotte ed ammesse ed in particolare del requisito dell'esperienza pregressa, l'Istituto chiedeva alla Camera di Commercio le visure storiche delle tre ditte partecipanti.

A seguito dell'acquisizione di tali documenti, l'Istituto individuava come aggiudicataria la ditta Controinteressato, con uno scarto di 3,47 punti dalla ditta Gruppo Ricorrente s.p.a..

Ritenuto illegittimo il risultato cui è addivenuta la gara, la Gruppo Ricorrente s.p.a. impugnava lo stesso deducendo:

1. violazione dell'art. 53 della Direttiva 2004/18/CE, degli artt. 42 e 83 d. lgs. 163/2006 e della circolare 1 marzo 2007, nella redazione della lettera di invito. Ciò in ragione dell'illegittima valutazione da parte della Commissione del requisito dell'esperienza pregressa sia quale requisito di partecipazione, sia quale criterio di valutazione delle offerte;
2. in via subordinata, eccesso di potere per erroneo presupposto di fatto, disparità di trattamento, difetto di motivazione e violazione della par condicio, in quanto

L'Istituto avrebbe erroneamente considerato l'esperienza pregressa della Controinteressato tenendo conto anche di quella del sig. Z. Franco, precedentemente titolare di impresa individuale.

Si costituiva in giudizio la controinteressata, deducendo l'infondatezza del ricorso, atteso che la disciplina di cui all'art. 83 del d. lgs. 163/2006 non potrebbe essere qualificata come principio desumibile dalla disciplina del codice degli appalti e dell'evidenza pubblica, in quanto tale applicabile anche in relazione all'affidamento, come nel caso di specie, di una concessione per la gestione di servizi. Anche il secondo motivo di ricorso sarebbe infondato in ragione della circostanza per cui, come dichiarato in sede di gara, l'aggiudicataria avrebbe un'esperienza risalente al 1972, visto il subentro della CONTROINTERESSATO all'impresa individuale Z. Franco, oggi legale rappresentante della CONTROINTERESSATO.

La stessa controinteressata presentava, altresì, in via meramente subordinata, ricorso incidentale, impugnando la lettera di invito per quanto dalla stessa ricorrente principale dedotto con la prima doglianza (e cioè per l'illegittima previsione della commistione tra requisiti di partecipazione e requisiti tecnici), avendo, eventualmente interesse alla rinnovazione della gara.

Alla camera di consiglio del 15 ottobre 2009, con ordinanza 644/09, questo Tribunale concedeva la richiesta misura cautelare della sospensione degli effetti dei provvedimenti impugnati.

In vista della pubblica udienza la parte resistente produceva una memoria, sottolineando come nel caso di specie non si sarebbe in presenza di una gara d'appalto, in quanto il contratto da stipulare non sarebbe riconducibile ad alcuna specie di contratto passivo per l'amministrazione che, al contrario, incasserà un corrispettivo a fronte della concessione della possibilità di installare all'interno della scuola dei distributori automatici per la vendita di prodotti alimentari e bevande.

Ne discende che, per tale ragione, la fattispecie non è stata, né avrebbe potuto essere assoggettata all'applicazione, né in via diretta, né in via di applicazione analogica, alla disciplina degli appalti.

In particolare, trattandosi di individuare un soggetto destinato a contrarre con soggetti terzi e non anche il contraente di una pubblica amministrazione, l'accertamento della capacità tecnica e professionale assumerebbe, come è stato, un significato meno rilevante e quindi dovrebbe passare attraverso un procedimento meno rigido.

Ciò anche qualora il rapporto dovesse essere ricondotto ad un'ipotesi di concessione di servizio, nonostante le caratteristiche dello stesso dovrebbero indurre a qualificare il medesimo come una concessione di beni pubblici.

La replica di parte ricorrente è, invece, affida all'eccezione di irricevibilità ed inammissibilità del ricorso incidentale della controinteressata. Esso, infatti, sarebbe stato depositato oltre il termine decadenziale di dieci giorni ed il suo accoglimento non avrebbe comunque alcun interesse per la controinteressata, posto che non consentirebbe la conservazione degli atti impugnati.

Alla pubblica udienza del 14 gennaio 2010 la causa, su conforme richiesta dei procuratori delle parti, veniva trattenuta in decisione.

## DIRITTO

La controversia in esame ha ad oggetto la regolarità del procedimento preordinato all'individuazione del soggetto cui attribuire la facoltà, a fronte di un corrispettivo, di collocare propri distributori automatici per la vendita di prodotti alimentari e bevande all'interno di una scuola.

Ragioni di ordine logico impongono, quindi, di risolvere in via preliminare la questione della natura del contratto da stipularsi tra l'Amministrazione e l'offerente.

Escluso che possa trattarsi di un contratto di appalto, il Collegio ritiene che il contratto oggetto del contenzioso possa, invece, essere ricondotto ad una fattispecie di concessione di servizi, con conseguente applicazione:

- per quanto attiene alla scelta del concessionario, dell'art. 30 comma 3 del D. Lgs. 12.4.2006, n. 163, “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”;

- e (a mente del successivo comma 7 del medesimo articolo), del rito speciale di cui all'art. 23 bis della legge 1034/1971.

Si tratta infatti, come rilevato dalla difesa della società ricorrente e già affermato dalla giurisprudenza, in particolare nella sentenza del T.A.R. Liguria, n. 81/09 dalle conclusioni della quale non si ravvisa ragione di discostarsi, “di una concessione di servizi (segnatamente, del servizio contemplato dall'allegato II B al D. Lgs. n. 163/2006, cat. n. 17, servizi alberghieri e di ristorazione), a nulla rilevando che il servizio in questione possa o meno definirsi “servizio pubblico” in ragione del destinatario finale della prestazione: ciò che conta, infatti, è che esso presenti - come in effetti presenta - le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura del servizio consiste unicamente nel diritto di gestirlo (cfr. l'art. 3 comma 12 del D. Lgs. n. 163/2006).

Ciò implica che l'Amministrazione, nell'ambito del procedimento di individuazione del “ristoratore” avrebbe dovuto attenersi ai principi sopra ricordati (in primo luogo di derivazione comunitaria), evitando, in particolare, l'intervenuta, censurata, commistione tra requisiti di partecipazione e elementi di valutazione dell'offerta in



termini di affidabilità del concorrente, lesiva dei principi di trasparenza e non discriminazione.

Sebbene debba, infatti, riconoscersi che nella fase di predisposizione della lex specialis compete all'Amministrazione l'esercizio di discrezionalità tecnica circa la (migliore) determinazione dei criteri e dei parametri discriminanti per la scelta del miglior contraente, allo stesso modo deve rammentarsi come tale libertà dell'Amministrazione sia pur sempre limitata da riferimenti logici e giuridici che derivano dalla garanzia del rispetto di principi fondamentali altrettanto necessari nell'espletamento delle procedure di gara.

Tra questi ultimi il Collegio ritiene possa ascriversi anche quello puntualizzato dal Consiglio di Stato nella sentenza n. 1993 del 16 aprile 2003, secondo cui gli elementi attinenti alla capacità del prestatore di eseguire i servizi da affidare – ed in particolare l'esperienza pregressa -, possono essere utilizzati unicamente ai fini della selezione dei concorrenti. Diversamente la presenza sul mercato da maggiore tempo finirebbe per discriminare gli altri operati pur non potendosi ravvisare un rapporto diretto tra quella stessa esperienza che può garantire la serietà dell'impresa e la qualità dell'offerta presentata, che deve essere valutata in quanto tale ed esclusivamente per le sue caratteristiche.

Stante il suo potenziale effetto distorsivo della concorrenza, la commissione in esame confligge, dunque, con principi fondamentali del Trattato UE che governano l'istituto della concessione di servizi, per cui coglie nel segno il ricorso principale, nella parte in cui è volto a far valere, con valenza assorbente, l'illegittimità della procedura adottata dall'Istituto, con conseguente annullamento di tutti gli atti impugnati.

Rimane, allora, da esaminare il ricorso incidentale subordinato presentato dalla controinteressata, rispetto al quale appare meritevole di accoglimento l'eccezione della ricorrente relativa alla tardività del deposito dello stesso, intervenuto oltre il

termine decadenziale dimezzato di cinque giorni dalla notifica. Il Collegio ritiene, quindi, di poter condividere la tesi dell'irricevibilità, in conformità alla giurisprudenza formatasi sulla perentorietà del termine dimezzato per il deposito di cui alla sentenza (tra le altre T.A.R. Palermo, 18 luglio 2006, n. 1668, T.A.R. Catania, 8 luglio 2008, n. 1281).

Le spese del giudizio possono trovare compensazione tra le parti in causa, attesa la particolarità e novità della fattispecie, con particolare riferimento alla sua riconducibilità all'istituto della concessione di servizi.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia, sezione seconda di Brescia, definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso principale in epigrafe indicato e per l'effetto annulla tutti gli atti impugnati sin dalla lettera di invito alla gara.

Dichiara irricevibile il ricorso incidentale subordinato presentato dalla controinteressata.

Dispone la compensazione delle spese del giudizio e condanna l'Amministrazione resistente al rimborso alla ricorrente del contributo unificato dalla stessa anticipato ai sensi del comma 6 bis dell'articolo 13 del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115.

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

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 14 gennaio 2010 con l'intervento dei Magistrati:

Giorgio Calderoni, Presidente

Stefano Tenca, Primo Referendario

Mara Bertagnoli, Primo Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 29/01/2010

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

IL SEGRETARIO