

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 27/07/2015

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/37227-art-30-concessioni-obbligo-principi-comunitari-confronto-competitivo-effettivo-e-leale>

Autore: Lazzini Sonia

## **Art 30 concessioni obbligo principi comunitari confronto competitivo effettivo e leale**

pur non potendosi ritenere applicabili alle concessioni di servizi tutte le disposizioni del Codice dei contratti pubblici (dalla decisione numero 2755 del 4 giugno 2015 pronunciata dal Consiglio di Stato)

Sonia Lazzini

non di meno l'art. 2, comma 1, del Codice prevede che “l'affidamento e l'esecuzione di opere e lavori pubblici, servizi e forniture, ai sensi del presente codice, deve garantire la qualità delle prestazioni e svolgersi nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza; l'affidamento deve altresì rispettare i principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, proporzionalità, nonché quello di pubblicità con le modalità indicate nello stesso codice.”,

essendosi altresì affermato nella giurisprudenza comunitaria che “la normativa di principio di derivazione comunitaria trova applicazione non limitatamente agli appalti di lavori, servizi e forniture ma presenta una valenza pressoché generalizzata nel settore dei contratti pubblici.”,

per cui l'art. 30 del Codice “si inserisce nell'ottica di una progressiva assimilazione delle concessioni agli appalti, con l'obiettivo, di matrice europea, di vincolare i soggetti aggiudicatori a rispettare anche nelle procedure di affidamento delle prime i principi dell'evidenza pubblica comunitaria, tra i quali i canoni di trasparenza invalsi nelle seconde attraverso una procedura tipica di gara, nella quale si impone l'esigenza che il confronto competitivo sia effettivo e leale, pena altrimenti la vanificazione delle finalità stesse del procedimento selettivo di stampo concorsuale.”

N. 02755/2015REG.PROV.COLL.

N. 01860/2015 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

(...)

DIRITTO

1. Nella sentenza di primo grado si rileva che:

- la commissione di **gara**, dopo avere attribuito alle offerte tecniche delle tre partecipanti lo stesso punteggio di 40 punti ed avere aperto le loro offerte economiche, ha formato una prima graduatoria secondo le prescrizioni della *lex specialis* di **gara**, risultando la ricorrente prima classificata, ma ha poi deciso di modificare i criteri di valutazione delle offerte economiche e proceduto nuovamente all'attribuzione dei punteggi, facendo prevalere l'offerta economica della ricorrente Giacomo Distribuzione;

- è stato così violato il principio per cui: i criteri di ammissibilità e di valutazione delle offerte nelle procedure ad evidenza pubblica devono essere indicati chiaramente ed esplicitamente nella *lex specialis* di **gara**; non possono essere poi modificati, anche in omaggio ai principi del legittimo affidamento e del *favor participationis*; le modifiche tanto più non possono essere introdotte a buste aperte, dopo avere accertato la consistenza delle offerte dei partecipanti, pena la violazione della *par condicio* fra i concorrenti;

- sono fondate di conseguenza le dedotte censure di violazione degli articoli 30 e 83 del d.lgs. n. 163/2006 (Codice dei contratti pubblici; in seguito Codice) e della *lex specialis* di **gara** e di eccesso di potere per diversi profili.

2. Nell'appello si afferma anzitutto che la sentenza di primo grado deve essere annullata, con la rimessione degli atti al primo giudice ai sensi dell'art. 105 cod. proc. amm., poiché pronunciata, violando gli articoli 60 e 74 cod. proc. amm., in lesione del contraddittorio in danno della controinteressata, qui appellante, non essendosi questa costituita ed essendo ancora pendente il termine per la costituzione di cui all'art. 46 cod. proc. amm.; né vale, nella specie, il regime della dimidiazione dei termini processuali, trattandosi dell'affidamento di una concessione di servizi e risultando l'applicazione del rito ordinario, inoltre, dall'importo del contributo unificato versato, dalla nota di iscrizione a ruolo e dalla implicita e non discussa adozione di tale rito.

Si deduce poi l'inammissibilità del ricorso della controinteressata per carenza di interesse non essendo stata formata alcuna graduatoria all'esito dell'apertura delle offerte economiche e non essendo perciò vero che la stessa vi sia stata collocata come prima; la Commissione infatti nella medesima seduta (18 luglio 2014), riscontrate difformità nei prezzi di taluni prodotti, ha soltanto richiesto ai tre partecipanti chiarimenti (sulle grammature e gli ingredienti), come previsto dall'art. 5 del disciplinare di **gara** al fine di una "migliore valutazione" proprio "in sede di esame delle offerte" e perciò anche a buste aperte; né sono stati violati il citato art. 30 del Codice o la *par condicio* tra i

concorrenti dal momento che i criteri di valutazione predeterminati sono rimasti immutati con l'applicazione consentita di un fattore matematico correttivo, ricorrendosi ad un'operazione di ponderazione e omogeneizzazione delle valutazioni delle offerte prevista dalla stessa normativa sui contratti soggetti alla disciplina del Codice (art. 119 del d.P.R. n. 207 del 2010) nonché richiamata in giurisprudenza (Cons. Stato, Sez. V. n. 2013 del 2002).

Non sussiste, infine, violazione dell'art. 83 del Codice, poiché norma non applicabile al caso in esame sia perché relativo a una concessione di servizi ai sensi dell'art. 30 dello stesso Codice sia perché concernente una prestazione riconducibile a quelle di cui all'Allegato 2 B del Codice e perciò estranee all'art. 83 anche in caso di appalto.

3. L'appello è infondato.

3.1. Non sussiste anzitutto l'asserita lesione del contraddittorio nel giudizio di primo grado in danno della controinteressata (qui appellante).

Sull'applicazione dell'art. 60 cod. proc. amm. questo Consiglio di Stato ha chiarito che *“L'appello può essere definito in forma semplificata ai sensi dell'art. 60 c. p.a. , anche se non sono decorsi i termini per la costituzione delle parti, in quanto l'osservanza della garanzia del contraddittorio qui risulta assicurata dalla rituale notifica del ricorso e dal rispetto del termine dei venti giorni, per la discussione sull'istanza cautelare dall'ultima notifica, concesso ai fini della costituzione delle parti intimare. L'esigenza e l'opportunità della sollecita decisione nel merito di una causa è infatti rimessa dal legislatore al prudente apprezzamento del giudice e non alla volontà delle parti per cui, ai fini della decisione in forma semplificata in esito all'udienza cautelare, non è necessario che siano consumati i termini per la costituzione degli appellati. Il contraddittorio deve infatti ritenersi rispettato allorché sono presi a parametro di raffronto i termini del giudizio cautelare, che come tale, può sempre essere convertito in giudizio di merito, e non già quelli di quest'ultimo (cfr. Consiglio di Stato sez. IV 27 giugno 2011 n. 3836; idem sez. V 21 ottobre 2011, n. 5658; sez. V 27 giugno 2012 n. 3777; sez. III 1 febbraio 2012 n. 506, ecc.)”* (Cons. Stato, Sez. IV, 21 novembre 2012, n. 5904).

Il Collegio condivide questo indirizzo, definito riguardo la decisione in forma semplificata in sede cautelare in appello ma valido anche per quella in primo grado; la possibilità della pronuncia di merito in sede di decisione della domanda cautelare è infatti prevista dalla normativa processuale come propria della relativa fase, le parti intimare ritualmente notificate sono perciò a conoscenza di tale possibilità e quindi, se il giudizio cautelare è regolarmente tenuto secondo i termini di cui all'art. 55, comma 5, cod. proc. amm., possono costituirsi ed essere presenti nell'udienza camerale per ogni connesso adempimento; depone in tal senso la previsione per cui il collegio pronuncia sull'istanza cautelare nella prima camera di consiglio successiva al ventesimo giorno *“dal perfezionamento, anche per il destinatario, dell'ultima notificazione”* (art. 55, comma 5. citato) e può definire il giudizio in forma semplificata sentite le parti costituite *“purché siano trascorsi almeno venti giorni dall'ultima notificazione del ricorso”* (art. 60, comma 1), venendo evidentemente ritenuta la completezza del contraddittorio con il perfezionamento dell'ultima notificazione e consentita perciò l'ipotesi della sentenza breve nella camera di consiglio convocata dal ventesimo giorno successivo.

Per il caso in esame si riscontra che, come precisato nello stesso appello, la notificazione del ricorso di primo grado alla ricorrente era avvenuta in data 23 ottobre 2014 e che l'udienza camerale è stata convocata il 10 dicembre successivo, con il decorso perciò del previsto termine di venti giorni dalla notificazione del ricorso e la rituale pronuncia, in pari data, della sentenza in forma semplificata, non

avendo rilievo per questo profilo il richiamo della tipologia di affidamento quale concessione di servizi.

3.2. L'interesse della controinteressata al ricorso di primo grado sussiste considerato che, a fronte del pari punteggio di 40 attribuito a tutte le offerte tecniche (verbale del 18 luglio 2014), la sua offerta economica era stata ritenuta la migliore, con punti 55,62, rispetto a punti 52,02 per ricorrente e 53,35 per Self (relazione della Commissione di **gara** del 22 settembre 2014), con la conseguenza per l'controinteressata di risultare oggettivamente, in tale fase, prima classificata, venendo ciò modificato a seguito dell'attribuzione di punti 56,82 a ricorrente, 55,08 alla controinteressata e 51,13 a Self per effetto dell'utilizzo "dei criteri correttivi individuati unanimemente nella riunione del 26 agosto 2014 che integrano la valutazione finale dell'offerta economica...".

3.3. Nel merito si deve anzitutto richiamare, come già chiarito da questo Consiglio (Ad. plen., sentenza n. 13 del 2013) che, pur non potendosi ritenere applicabili alle concessioni di servizi tutte le disposizioni del Codice dei contratti pubblici, non di meno l'art. 2, comma 1, del Codice prevede che *"l'affidamento e l'esecuzione di opere e lavori pubblici, servizi e forniture, ai sensi del presente codice, deve garantire la qualità delle prestazioni e svolgersi nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza; l'affidamento deve altresì rispettare i principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, proporzionalità, nonché quello di pubblicità con le modalità indicate nello stesso codice."*, essendosi altresì affermato nella giurisprudenza comunitaria che *"la normativa di principio di derivazione comunitaria trova applicazione non limitatamente agli appalti di lavori, servizi e forniture ma presenta una valenza pressoché generalizzata nel settore dei contratti pubblici."*, per cui l'art. 30 del Codice *"si inserisce nell'ottica di una progressiva assimilazione delle concessioni agli appalti, con l'obiettivo, di matrice europea, di vincolare i soggetti aggiudicatori a rispettare anche nelle procedure di affidamento delle prime i principi dell'evidenza pubblica comunitaria, tra i quali i canoni di trasparenza invalsi nelle seconde attraverso una procedura tipica di **gara**, nella quale si impone l'esigenza che il confronto competitivo sia effettivo e leale, pena altrimenti la vanificazione delle finalità stesse del procedimento selettivo di stampo concorsuale."*

Da tanto deriva che la regola della non modificabilità in corso di **gara** dei criteri di valutazione predeterminati dalla *lex specialis* è valida in via generale anche per le procedure di affidamento delle concessioni di servizi, tanto più quando siano già state aperte le buste delle offerte, in quanto applicazione diretta dei fondamentali principi di parità di trattamento dei concorrenti e di effettività del loro confronto competitivo, che sono osservati se il confronto è eseguito per tutti i concorrenti secondo i parametri certi e comuni sulla cui base ciascuno di essi ha definito l'offerta.

Né l'ipotizzata inclusione del contratto in questione tra gli appalti di servizi di cui all'Allegato II B del Codice dei contratti pubblici varrebbe a far ritenere esente dall'applicazione di principi fondamentali il relativo affidamento, pur sempre svolto con procedura ad evidenza pubblica.

3.4. In questo quadro si deve rilevare che nel procedimento per cui è causa tali principi non sono stati osservati.

3.4.1. Nel punto 5 del Disciplinare di **gara** è stato disposto che *"Per la comparazione delle offerte, si prenderanno in considerazione i criteri obbiettivi e comparativi indicati nel presente paragrafo, con i relativi punteggi. In sede di esame delle offerte, potranno essere richiesti elementi integrativi per consentire una migliore valutazione, senza modificare le ipotesi prescritte"*:

Nel medesimo Disciplinare si indica che l'offerta economica avrebbe dovuto essere redatta utilizzando "l'allegato 4 alla documentazione di **gara**", in cui si prescrive di specificare i prezzi per l'acquisto delle diverse categorie di prodotti in moneta e con "chiavetta" o "scheda ricaricabile", con la precisazione che "Per ciascuna categoria, come spiegato nel Disciplinare, il punteggio massimo sarà attribuito rispettivamente alla ditta e/o alle ditte che avranno offerto il minor prezzo medio (somma dei singoli prezzi proposti divisa per il loro numero, ad es.  $0,30+0,32+0,35/3=0,32$ )" e che "In caso di difformità fra il prezzo espresso in cifre e quello espresso in lettere, sarà considerato valido quello più conveniente per la Scuola";

I chiarimenti poi richiesti in data 18 luglio 2007 (nota n. 1863/A24) hanno riguardato la grammatura, il peso o la tipologia per taluni prodotti, precisandosi che al termine della "valutazione delle offerte" sarebbe stata comunicata la data di aggiudicazione; la Commissione quindi, nella seduta del 26 agosto 2014, pervenuti i dati richiesti, ha stabilito i "criteri correttivi che integrino la valutazione finale dell'Offerta economica, basata sulla media aritmetica, con il rapporto tra costo unitario dei prodotti e peso comunicato o quantità dell'ingrediente caratterizzante i prodotti stessi" e individuato "unanimemente il fattore correttivo nel rapporto tra il prodotto a minor peso o minor contenuto di ingrediente caratterizzante e il prodotto preso in esame".

3.4.2. Da quanto sopra emerge: che l'acquisizione di "elementi integrativi" è consentita dal punto 5 del disciplinare di **gara** per consentire "una migliore valutazione" delle offerte presentate ma nel limite delle "ipotesi prescritte", cioè, non può che intendersi, in riferimento ai parametri di valutazione dati nel Disciplinare di **gara**; che con i parametri "aggiuntivi" individuati per i chiarimenti e i conseguenti criteri ritenuti per l'ulteriore valutazione delle offerte economiche, espressamente qualificati come "correttivi", è stato nella specie introdotto un criterio di valutazione (rapporto tra costo e peso o quantità dell'ingrediente) in alcun modo rapportabile a quello predeterminato nella *lex specialis* (minor prezzo medio quale somma dei singoli prezzi proposti divisa per il loro numero); che, di conseguenza, si deve ritenere violato il principio della immodificabilità dei parametri di valutazione in corso di **gara**, ciò che è tanto più rilevante nel caso dell'avvenuta conoscenza delle offerte economiche, non valendo in contrario la previsione dell'art. 119 del d.P.R. n. 207 del 2010 sulle offerte a prezzi unitari, poiché relativa all'ipotesi della mera correzione da parte della stazione appaltante di errori di calcolo, riguardo i prodotti o la somma finale, fermi però restando i prezzi unitari (comma 7) né la citata sentenza di questo Consiglio n. 2013 del 2002, poiché in essa è accertato, in ogni caso, che la "omogeneizzazione" dei prezzi offerti era già stata "predelineata, a ben vedere, dalla stessa Commissione, in un momento antecedente rispetto a quello dell'apertura delle offerte economiche" ed è richiamato lo specifico criterio ivi previamente definito allo scopo.

4. Per le ragioni che precedono l'appello è infondato e deve essere perciò respinto.

Le spese seguono, come di regola la soccombenza e sono liquidate nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) respinge l'appello in epigrafe n. 1860 del 2015.

Condanna la ricorrente Giacomo Distribuzione, appellante, al pagamento delle spese del presente grado del giudizio a favore dell'intimata s.p.a. Gruppo controinteressata, che liquida in euro 4.000,00 (quattromila/00), oltre gli accessori di legge se dovuti.

Spese compensate nei confronti dell'Amministrazione intimata.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 19 maggio 2015, con l'intervento dei magistrati:

Stefano Baccharini, Presidente

Maurizio Meschino, Consigliere, Estensore

Carlo Mosca, Consigliere

Vincenzo Lopilato, Consigliere

Marco Buricelli, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 04/06/2015

IL SEGRETARIO

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