

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 16/05/2016

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/38223-concessione-di-servizi-non-vi-obbligo-di-applicazione-n-art-75-n-art-113>

Autore: Lazzini Sonia

Concessione di servizi non vi è obbligo di applicazione né art 75 né art 113

Tar Campania, Salerno sentenza numero 358 del 16 febbraio 2016

l'applicazione dell'art. 30, comma primo, del Codice degli Appalti, secondo cui: "Salvo quanto disposto nel presente articolo, le disposizioni del codice non si applicano alle concessioni di servizi".

Sonia Iazzini

Tanto si riverbera, non soltanto sulla prima censura incidentale, sopra esaminata, la quale viepiù viene smentita, fino a scolorarsi del tutto, in virtù di tale assimilazione, ma anche sulla seconda doglianza dello stesso ricorso incidentale, imperniata sulla mancata indicazione, nell'offerta economica della ricorrente principale, dell'impegno del fideiussore al rilascio della cauzione definitiva (art. 75, comma 8, d. l. n. 163/2006).

In giurisprudenza s'è, infatti, affermato: "Una concessione di servizi, in linea di principio, resta assoggettata alla disciplina del Codice degli Appalti solo nei limiti specificati dall'art. 30 che, per quanto qui interessa, non pone di certo l'obbligo di prestare la cauzione definitiva di cui al successivo art. 75" (T. A. R. Napoli (Campania), Sez. I, 3/05/2012, n. 2014).

Conforme anche la seguente, ulteriore, massima: "In tema di aggiudicazione del servizio di tesoreria comunale, va rilevato che non si tratta di una gara d'appalto per l'affidamento di un servizio, bensì di una concessione di servizi, per la quale opera l'art. 30, d. l. n. 163 del 2006 e quindi, salvo quanto ivi previsto, viene esclusa l'applicazione delle disposizioni del Codice dei Contratti: infatti, tenuto conto dell'assunzione dell'alea del servizio a carico del concessionario e non dell'amministrazione affidante, trova applicazione l'art. 30, comma 2, d. l. n. 163 cit., trattandosi di gara in cui la controprestazione a favore del concessionario consiste unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente il servizio, così restando esclusa la riconducibilità della stessa

all'appalto di servizi (nella specie, in particolare, il Collegio ha rilevato come non potesse trovare applicazione la norma dell'art. 75, comma 1 e comma 8, d. lg. n. 163 cit.)” (T. A. R. Veneto, Sez. I, 13/02/2012, n. 224).

riportiamo qui di seguito il testo integrale di Tar Campania, Salerno sentenza numero 358 del 16 febbraio 2016

N. 00358/2016 REG.PROV.COLL.

N. 02058/2015 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

sezione staccata di Salerno (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

(...)

DIRITTO

Osserva il Tribunale come vadano prioritariamente esaminati il ricorso incidentale della controinteressata (nonché aggiudicataria), controinteressata Corporation s. a. s., e i successivi motivi aggiunti, depositati dalla medesima, in conformità al piano insegnamento della giurisprudenza, secondo cui: “Nei giudizi amministrativi di primo grado aventi ad oggetto procedure di gara deve essere esaminato prioritariamente, rispetto al ricorso principale, il ricorso incidentale (c.d. escludente), che sollevi un’eccezione di carenza di legittimazione del ricorrente principale non aggiudicatario, in quanto soggetto che non ha mai partecipato alla gara o vi ha partecipato ma è stato correttamente escluso ovvero sarebbe dovuto essere escluso ma non lo è stato per un errore dell’Amministrazione” (Consiglio di Stato, Sez. V, 11/12/2015, n. 5651).

Ciò posto, e iniziando dal ricorso incidentale, per così dire, principale (perché seguito dai motivi, aggiunti allo stesso incidentale), e, in particolare, dalla sua prima censura, rileva il Collegio che, ai sensi dell’art. 20, comma 1, del d. l.vo 163/2006: “L’aggiudicazione degli appalti aventi per oggetto i servizi elencati nell’allegato II B è disciplinata esclusivamente dall’articolo 68 (specifiche tecniche), dall’articolo 65 (avviso sui risultati della procedura di affidamento), dall’articolo 225 (avvisi relativi agli appalti aggiudicati)” e l’all. II B al Codice degli appalti, al n. 26, prevede, per l’appunto, gli appalti di “servizi ricreativi, culturali e sportivi”, entro cui deve, evidentemente, ritenersi compreso quello in esame.

Ne deriva l’inapplicabilità, alla specie, della disciplina legislativa, asseritamente violata da parte della ricorrente principale, vale a dire degli artt. 86 – 87 del d. l.vo 163/2006, in tema di necessaria

indicazione, nell'offerta economica, degli oneri aziendali di sicurezza; la soluzione si ricava, del resto, anche dall'esame della giurisprudenza, nella quale s'è affermato: "Nelle gare pubbliche aventi ad oggetto l'aggiudicazione di appalti di servizi è obbligatoria l'indicazione, nell'offerta, degli oneri di sicurezza c.d. interni/aziendali, dovendosi intendere sottratti a questo rigore, per un verso, gli appalti di servizi di natura prettamente intellettuale e, per altro verso, in caso di silenzio sul punto da parte della *lex specialis*, *gli appalti di servizi rientranti nelle tipologie di cui all'all. II B. d. lg. 12 aprile 2006, n. 163*, atteso che l'art. 20 dello stesso Codice non rinvia alle regole sugli oneri di sicurezza; ma per gli appalti di servizi, che non rientrano nelle succitate fattispecie derogatorie e sono suscettibili di dar luogo a problematiche di sicurezza sul lavoro, le regole da applicare sono le stesse, di carattere generale, che l'Adunanza plenaria ha enunciato per le gare aventi ad oggetto appalti di lavori, considerato anche che l'adempimento del succitato onere non comporta una particolare onerosità o complessità per le aziende interessate" (Consiglio di Stato, Sez. V, 11/12/2015, n. 5651).

Nella specie, dall'esame del bando di gara, non risulta alcuna prescrizione in tal senso, in particolare per quanto concerne il contenuto della busta n. 3), dedicata all'offerta economica; né le superiori conclusioni possono revocarsi in dubbio, come dedotto dalla controinteressata, perché la *lex specialis* della pubblica selezione de qua, alla pag. 2, punto n. 3, prevedeva come la gestione, tra gli altri, dell'impianto sportivo polivalente di via Cap. Pastore in Capriglia, comprendesse "la disciplina dell'affluenza del pubblico con assunzione degli oneri di sicurezza e responsabilità civile per danni a terzi di qualsiasi natura", la qual previsione si riferisce, testualmente, agli oneri di sicurezza, relativi all'affluenza del pubblico all'impianto, e quindi, senza dubbio, a un fenomeno di natura assicurativa, diverso da quello, dell'indicazione degli oneri di sicurezza cd. interni, nell'offerta economica (la necessità della cui indicazione, lo si ribadisce, sarebbe comunque occorsa, nella sezione del bando, specificamente riservata all'offerta economica).

Il tutto, senza considerare che, nella specie – come si ricava dall'art. 2 della *lex specialis* – la gara aveva ad oggetto "la concessione della gestione degli impianti sportivi" comunali, "ai sensi degli artt. 30 (concessione di servizi) e 83 (criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa)"; ne deriva che l'esplicita assimilazione (cfr. anche l'art. 13 del bando dove si parla di "contratto di concessione") della procedura de qua a una concessione di servizi (del resto ricavabile anche dalle caratteristiche specifiche del rapporto: pag. 3, art. 3: "le tariffe d'uso saranno concordate con l'Amministrazione Comunale (...) e saranno introitate dal concessionario" che si pone in correlazione con l'art. 30 cpv. del d. l.vo 163/2006: "Nella concessione di servizi la controprestazione a favore del concessionario consiste unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente il servizio"), postula l'applicazione dell'art. 30, comma primo, del Codice degli Appalti, secondo cui: "Salvo quanto disposto nel presente articolo, le disposizioni del codice non si applicano alle concessioni di servizi".

Tanto si riverbera, non soltanto sulla prima censura incidentale, sopra esaminata, la quale viepiù viene smentita, fino a scolorarsi del tutto, in virtù di tale assimilazione, ma anche sulla seconda doglianza dello stesso ricorso incidentale, imperniata sulla mancata indicazione, nell'offerta economica della ricorrente principale, dell'impegno del fideiussore al rilascio della **cauzione** definitiva (art. 75, comma 8, d. l.vo 163/2006).

In giurisprudenza s'è, infatti, affermato: "Una concessione di servizi, in linea di principio, resta assoggettata alla disciplina del Codice degli Appalti solo nei limiti specificati dall'art. 30 che, per quanto qui interessa, non pone di certo l'obbligo di prestare la **cauzione** definitiva di cui al

successivo art. 75” (T. A. R. Napoli (Campania), Sez. I, 3/05/2012, n. 2014).

Conforme anche la seguente, ulteriore, massima: “In tema di aggiudicazione del servizio di tesoreria comunale, va rilevato che non si tratta di una gara d’appalto per l’affidamento di un servizio, bensì di una concessione di servizi, per la quale opera l’art. 30, d. lg. n. 163 del 2006 e quindi, salvo quanto ivi previsto, viene esclusa l’applicazione delle disposizioni del Codice dei Contratti: infatti, tenuto conto dell’assunzione dell’alea del servizio a carico del concessionario e non dell’amministrazione affidante, trova applicazione l’art. 30, comma 2, d. lg. n. 163 cit., trattandosi di gara in cui la controprestazione a favore del concessionario consiste unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente il servizio, così restando esclusa la riconducibilità della stessa all’appalto di servizi (nella specie, in particolare, il Collegio ha rilevato come non potesse trovare applicazione la norma dell’art. 75, comma 1 e comma 8, d. lg. n. 163 cit.)” (T. A. R. Veneto, Sez. I, 13/02/2012, n. 224).

Stabilito, pertanto, che il ricorso incidentale, per così dire, “principale”, non è fondato, e trascorrendo all’esame dei motivi aggiunti al gravame incidentale in trattazione, s’osserva che le sue due censure, da trattarsi unitariamente, neppure possono essere accolte.

La controinteressata Corporation s. a. s., in particolare, pretenderebbe che fosse decretata l’esclusione, dalla gara, della ricorrente principale, perché la stessa, avendo sottoscritto, nel 2013, un contratto con la controinteressata 2 Servizi s. r. l., per la gestione del Palazzetto dello Sport di Capriglia, ed essendo debitrice, nei confronti della stessa controinteressata 2 Servizi, di una cifra pari, secondo calcoli effettuati – peraltro contestati dall’A. S. D. Roberto Grimaldi – a € 17.813,99, sarebbe incorsa nella causa d’esclusione, prevista dall’art. 38, comma 1, lett. f) – g), del d. l. n. 163/2006, per aver commesso grave negligenza nell’esecuzione delle prestazioni, affidate dalla stazione appaltante (prima censura aggiuntiva), ovvero per aver dichiarato falsamente di non trovarsi nelle situazioni, previste come cause di esclusione dall’art. 38 cit., il che sarebbe stato smentito, proprio dall’esistenza del suddetto debito, nei confronti della controinteressata 2 Servizi s. r. l. (seconda censura aggiuntiva).

In disparte quanto sopra osservato, dell’essere annoverato, il servizio in questione, tra quelli sportivi, con la conseguente limitatissima applicabilità delle disposizioni del codice degli appalti, discendente dal suo inserimento tra i servizi esclusi, di cui all’all. II B al codice degli appalti, il ragionamento non può, in ogni caso, essere condiviso: premesso che, nella specie, evidentemente non viene in rilievo – per non essere stata neppure dedotta – l’ipotesi di cui alla lett. g) dell’art. 38 comma 1 cod. app. (aver commesso “violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti”), con conseguente irrilevanza d’ogni richiamo alla tematica del “debito” di natura contributiva e tributaria, e alla sua valenza ostativa, ai fini del contrarre con la P. A., occorre porre in risalto che la lett. f) dell’art., 38 cit., prevede che siano esclusi dalla partecipazione alle procedure contrattuali a evidenza pubblica le imprese che “secondo motivata valutazione della stazione appaltante, hanno commesso grave negligenza o malafede nell’esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara”: occorrerebbe, pertanto, per l’operatività della norma, un duplice presupposto, vale a dire *di aver agito negligenzemente nell’esecuzione di prestazioni “affidate dalla stazione appaltante”*, nonché una *“motivata valutazione” della medesima stazione appaltante, circa tale negligenza.*

Orbene, tali requisiti fanno entrambi difetto: le prestazioni di cui s’è denunciata l’imperfetta esecuzione, da parte dell’A. S. D. Roberto Grimaldi, sono intercorse, anziché con la stazione

appaltante (Comune di controinteressata 2), con la controinteressata 2 Servizi s r. l., soggetto diverso dal Comune, sia pure società a prevalente capitale pubblico, emanazione di detto Comune (come affermato dalla ricorrente incidentale); il che spiega, del resto, perché la stazione appaltante non abbia affatto tenuto conto di tale rapporto di credito/debito, proprio perché sorto tra la concorrente e un soggetto, diverso dall'ente (il quale, quindi, non poteva effettuare alcuna "motivata valutazione" circa lo stesso).

In pratica, dai principi del divieto dell'analogia in malam partem e da quello della tassatività delle cause di esclusione, discende che giammai – nel caso prospettato dalla ricorrente incidentale – si sarebbe potuta disporre l'estromissione della concorrente per un debito, qualora sussistente, tuttavia sorto nei confronti di un soggetto giuridico, diverso dalla stazione appaltante (sia pur sua diretta emanazione); e che, pertanto, correlativamente, alcun deficit dichiarativo può scorgersi, nell'attestazione sostitutiva d'atto notorio resa, sul punto, dal legale rappresentante della ricorrente principale, ai sensi dell'art. 38 cpv. del d. l.vo 163/2006; e tanto, a prescindere da qualsiasi considerazione circa le contestazioni mosse, dalla ricorrente principale, circa la stessa esistenza, e l'ammontare, del debito in questione (cfr. il documento, allegato alla memoria difensiva del 22.10.2015).

Accertato, dunque, definitivamente che il ricorso incidentale, e i correlativi motivi aggiunti, vanno respinti, occorre ora passare all'esame del ricorso principale, proposto dall'A. S. D. Roberto ricorrente, avente di mira (secondo le sue due prime doglianze) l'estromissione dell'aggiudicataria controinteressata Corporation s. a. s. dalla gara; la critica ai punteggi assegnati dal seggio di gara a quest'ultima, e quindi la sostituzione della ricorrente alla controinteressata, nell'aggiudicazione della medesima gara (terza censura); la nullità dell'intera procedura (e quindi la ripetizione della gara), per violazione degli obblighi di pubblicità delle sedute, giusta quanto affermato nel quarto, e ultimo, motivo di ricorso.

La prima censura, impingente nell'illegittima ammissione a gara della controinteressata, estranea allo specifico settore della gestione degli impianti sportivi, in quanto svolgente quale attività primaria, attestata dal certificato camerale, quella di fabbricazione d'imballaggi in legno, e come attività secondarie, comunque, compiti non congruenti, rispetto al concreto contenuto del servizio da svolgere, non è fondata; valgano, per disattenderla, le considerazioni, espresse nella memoria difensiva dell'Amministrazione Comunale di controinteressata 2, la quale, sul punto, ha osservato: "La procedura in esame concerne l'affidamento in gestione di impianti sportivi. Non si versa in tema di affidamento di servizi, bensì di concessione di servizi, ai sensi dell'art. 30 del codice dei contratti, come richiamato dalla lex specialis. Tanto premesso, alla luce dell'art. 4 del bando, la partecipazione era consentita, oltre che alle società e alle associazioni sportive, anche agli imprenditori individuali e società cooperative (con previsione ampia ed estensiva). In altri termini, contrariamente a quanto ipotizzato ex adverso, la partecipazione non era limitata a mere forme associative, tantomeno ai soli operatori sportivi. Del resto, un'impropria limitazione sul punto sarebbe stata censurabile e viziante. Al contempo, non erano previsti una specifica iscrizione camerale, un preciso codice ATECO, né lo svolgimento di attività analoghe o una comprovata esperienza. Nulla in tal senso si rinviene negli atti indittivi della procedura. Per la selezione delle proposte era prevista l'attribuzione di massimo 100 pt., ripartiti tra l'offerta economica (max 30 punti – busta C) e la proposta tecnica (recte: un progetto di intervento pluriennale – busta B), con attribuzione di max 70 pt. Per il progetto d'intervento l'art. 8 del bando indicava anche i subpunteggi, ovvero: a) punti 35: organizzazione di manifestazione sociali e sportive; b) punti 15:

capacità di sinergie con altre realtà associative del territorio; c) punti 10: agevolazioni ai disabili; d) punti 10: attività per la terza età. Com'è agevole evincere, l'attribuzione del punteggio riguardava, correttamente e unicamente, le attività proposte e le iniziative, previste in fase di gestione. Non rilevavano, cioè, le esperienze pregresse o le attività già svolte, onde evitare una commistione tra requisiti storici ed elementi della proposta negoziale da valutarsi". (...) "Con il primo motivo controparte contesta l'ammissione a gara dell'aggiudicataria, per una supposta diversità tra l'iscrizione camerale posseduta da quest'ultima e quella, asseritamente richiesta dalla *lex specialis*. Tale censura si fonda su una petizione di principio. Il bando di gara non prescriveva alcuna specifica iscrizione camerale. Non era prevista alcuna pregressa esperienza specifica nel settore. In tale ottica, la partecipazione era consentita ai soggetti individuati dal bando, indipendentemente dall'attività già concretamente esercitata. Né, sul punto, vi è un'espressa e puntuale censura della *lex specialis*. Né può revocarsi in dubbio che la natura societaria del concorrente sia di maggiore garanzia (rispetto ad una mera associazione non riconosciuta) per l'Ente proprietario. Soprattutto, il dato è dirimente, una limitazione dei soggetti ammissibili (in base alla loro natura giuridica) sarebbe risultata illegittima".

Le suddette considerazioni possono sottoscriversi, perché adeguate alla realtà della documentazione di gara, con l'ulteriore osservazione che, se effettivamente la lett. a) dell'art. 4, sui soggetti ammessi, sembrerebbe limitare la platea dei concorrenti alle sole "società (...) sportive dilettantistiche", l'ampiezza della previsione della lett. b) fa giustizia di tale restrittiva tesi, mercé il suo ampio riferimento a "imprenditori individuali e società cooperative" (senza specificazioni di sorta); ed è, del resto, ovvio che sarebbe stato illogico, oltre che discriminatorio, un bando, che avesse ammesso soltanto gli imprenditori individuali e le società cooperative, estromettendo, dalla partecipazione alla selezione in oggetto, le imprese, costituite non in forma individuale, bensì associata, ovvero ogni altra società, che non avesse assunto forma di cooperativa.

Sicché, in tale prospettiva, si scolorano, sino a perdere di rilievo, le osservazioni, contenute in ricorso, circa l'oggetto primario, e quello secondario, dell'attività del controinteressato (in disparte che, nell'oggetto sociale del medesimo, era comunque compresa "la gestione di impianti (...) e/o qualsiasi struttura, idonea alla realizzazione di spettacoli (...) sportivi").

Del resto, se, per la giurisprudenza, è vero che: "In conformità con quanto previsto dall'art. 39, d. lg. 12 aprile 2006 n. 163, per "attività inerente" si deve intendere l'attività prevalente o principale esercitata e non quella secondaria, essendo la prima l'unica che rileva ai fini dell'iscrizione nel Registro delle imprese e ciò anche in ossequio alla "ratio" del cit. art. 39, e cioè garantire l'effettivo possesso dei requisiti di idoneità professionale", è altrettanto vero che ciò vale, secondo la stessa massima, esclusivamente: "Nel caso in cui il bando di gara pubblica richieda il possesso dell'iscrizione nel Registro delle imprese per attività inerenti all'affidamento pubblico" (Consiglio di Stato, sez. IV, 2/12/2013, n. 5729).

Si rientra, cioè, nell'ambito dell'argomentazione, spesa dalla difesa della stazione appaltante, circa l'assenza, nella *lex specialis* di gara, del requisito del possesso dell'iscrizione nel Registro delle Imprese per attività, corrispondenti a quelle, oggetto dell'appalto; ciò, in disparte la, pur dirimente, considerazione secondo la quale, trattandosi di concessione di servizi, l'oggetto della stessa – e la sua remuneratività, fondata, come detto sopra, sull'incameramento delle tariffe d'uso dell'impianto sportivo – appare senz'altro compatibile con una gestione, dell'impianto medesimo, svolto in forma societaria e con criteri imprenditoriali, sia pur ovviamente non disgiunta da logiche di promozione dei giovani, dei diversamente abili e degli anziani, oltre che da finalità d'aggregazione sociale e

d'inserimento in ambito sportivo, della tensione verso le quali testimonia, peraltro, piuttosto che la qualifica soggettiva della singola impresa od associazione concorrente, la validità del progetto pluriennale, proposto ai sensi dell'art. 8 – lett. A) del bando.

Ne deriva, in conclusione, l'infondatezza della prima censura.

Quanto alla seconda, dalla già rilevata inapplicabilità, alla procedura di selezione pubblica in argomento, della disciplina, di cui all'art. 38 d. l.vo 163/2006, in conseguenza della sua riconducibilità ai "servizi sportivi", di cui all'allegato II B al codice degli appalti, e comunque dalla sua configurabilità, quale concessione di servizi (con conseguente operatività dell'art. 30 del d. l.vo cit.), discende l'irrilevanza della censura, in assenza di una specifica previsione della *lex specialis*, che pretenda la dichiarazione in oggetto, da parte del socio accomandatario di una società in accomandita semplice (il bando di gara, limitandosi a richiedere la dichiarazione, di non trovarsi nelle cause di esclusione, previste dall'art. 38 del d. lgs. 163/2006, esclusivamente al legale rappresentante della società, o associazione, concorrente).

Tanto, in disparte – in ultima analisi – la possibile applicazione, nel caso d'omessa dichiarazione, ex art. 38 d. l.vo cit., relativamente a un socio – non legale rappresentante – della società, dell'istituto del soccorso istruttorio, trattandosi di completare una dichiarazione già presente e non di acquisire una dichiarazione, assolutamente mancante.

Quanto alla terza doglianza, e alla pretesa, in essa manifestata, che il Tribunale si sostituisca al seggio di gara, rimettendo in discussione l'attribuzione dei punteggi, dallo stesso effettuata, in modo da determinare, in senso favorevole alla ricorrente, lo stravolgimento degli esiti di gara, valga anzitutto, per disattenderla, il riferimento all'indir_ giurisprudenziale prevalente, espresso, da ultimo, nelle massime seguenti: "Nelle gare pubbliche la commissione esaminatrice gode, per quanto concerne la valutazione delle caratteristiche e della qualità delle offerte, di un'ampia discrezionalità tecnica, sindacabile da parte del giudice amministrativo solo nei casi di manifesta erroneità, illogicità o irragionevolezza della procedura valutativa e dei relativi esiti" (Consiglio di Stato, sez. III, 20/01/2016, n. 194); "Nelle gare pubbliche di appalto il giudizio espresso dalla commissione aggiudicatrice sulla completezza degli elaborati progettuali riguardanti l'offerta, che si traduca nell'attribuzione di un punteggio numerico, costituisce attività riservata all'Amministrazione in quanto altamente discrezionale e sindacabile in sede giurisdizionale esclusivamente in presenza di macroscopici errori di fatto ovvero di illogicità ed irragionevolezza manifesta, con la conseguenza che il ricorrente, che impugni tale giudizio, deve indicare specifiche circostanze ed elementi di fatto non opinabili da cui sia possibile desumere che la commissione è effettivamente incorsa in macroscopici vizi logici e di irragionevolezza" (Consiglio di Stato, Sez. III, 7/03/2014, n. 1072).

Né può sottacersi il rilievo dirimente dell'argomento difensivo, speso dalla stazione appaltante, secondo cui, nella specie, la ricorrente principale non ha ottemperato all'onere di fornire la cd. prova di resistenza, non offrendo al giudicante la dimostrazione che, dall'auspicata operazione di riparametrazione dei punteggi, assegnati in corso di gara, la stessa sarebbe risultata effettivamente prima graduata e, quindi, aggiudicataria della selezione pubblica in oggetto (sulla necessità di tale prova, si legga, ex multis, la decisione che segue: "Nel processo amministrativo, la sussistenza dell'interesse all'impugnativa implica la necessità che lo stesso sia valutato in concreto, al fine di accertare l'effettiva utilità che può derivare al ricorrente dall'annullamento degli atti impugnati, sì che deve essere dichiarata inammissibile per carenza di interesse l'impugnazione dell'aggiudicazione di una gara pubblica, non afferente ad aspetti sostanziali o formali mirati alla

rinnovazione della gara stessa, se da una verifica a priori (cd. prova di resistenza) non risulti con certezza che l'impresa ricorrente possa risultare aggiudicataria in caso di accoglimento del ricorso” – T. A. R. Napoli (Campania), Sez. I, 2/12/2015, n. 5567).

In ogni caso, se è vero, poi, che il bando di gara prevedeva (all'art. 8, lett. A) che, nella fase di valutazione dei punteggi, la Commissione avrebbe tenuto “conto prioritariamente delle associazioni accreditate ad enti di propaganda sportiva ed iscritte all'albo nazionale registro CONI”, è pur vero che la controinteressata, nella memoria depositata il 20.10.2015, ha fatto presente, con deduzione rimasta incontrastata, di essere iscritta, dal 14.01.2015, presso il Centro Nazionale Sportivo Libertas, ente di promozione sportiva, regolarmente riconosciuto dal CONI.

In realtà, osserva il Tribunale, la ricorrente principale, conscia dell'impossibilità, per il G. A., di sostituire il proprio apprezzamento discrezionale a quello, espresso dal seggio di gara, ha tentato di spostare il fulcro della censura, nel difetto di motivazione e d'istruttoria, che avrebbe caratterizzato l'agire della Commissione, e, di conseguenza, della stazione appaltante; ma è evidente che un'operazione di tale genere, in ogni caso, sarebbe destinata, inevitabilmente, a scontrarsi con l'orientamento giurisprudenziale prevalente, secondo cui: “Nel caso di gara pubblica da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, una volta fissati i parametri idonei a garantire la trasparenza e l'imparzialità dell'Amministrazione, il punteggio numerico assegnato a ciascun partecipante è di per sé valutazione sufficiente a giustificare la scelta della P. A., senza alcuna necessità di esplicitare in maniera discorsiva le ragioni che supportano ciascun punteggio che, peraltro, possono per relationem riferirsi proprio ai descrittori verbali già indicati nel bando e nel disciplinare. In questo caso, il punteggio assegnato permette senz'altro di ricostruire il filo logico che lo collega alla proposta progettuale (come più o meno rispondente a quanto richiesto con riferimento alle singole migliorie) e di risalire dunque agli elementi utili a suffragare la coerenza e l'attendibilità delle conclusioni raggiunte dalla Commissione, posto che le indicazioni numeriche non possono essere esaminate isolatamente, ma vanno associate al sub/criterio di riferimento, alla sua descrizione e alle esplicitazioni dei documenti di gara sul punto, che costituiscono il veicolo per enucleare e analizzare il pertinente capitolo dell'offerta” (T. A. R. L'Aquila (Abruzzo), Sez. I, 21/11/2013, n. 978).

Nella specie, all'art. 8 del bando sono stati, giusta quanto ampiamente riferito in narrativa, sufficientemente dettagliati i criteri e punteggi di aggiudicazione, per i settanta punti, legati al progetto d'intervento pluriennale, da presentarsi a cura dei concorrenti, sicché – in conformità all'indìR_ giurisprudenziale che precede – il collegamento tra tali criteri di valutazione e il punteggio numerico, attribuito alle singole offerte tecniche dal seggio di gara, implica come non sia ravvisabile, nell'operato dello stessa commissione, il deficit motivazionale e istruttorio, denunciato, invece, come presente, dall'A. S. D. Roberto Grimaldi, nell'atto introduttivo del giudizio.

In definitiva, la terza doglianza, in trattazione, non è accoglibile, per i motivi dianzi espressi, e ciò indipendentemente dall'analisi delle incongruenze, rilevate dalla ricorrente rispetto ai punteggi, ascritti dalla commissione giudicatrice ai sub – criteri e ai sub – punteggi enucleati dal bando, analisi comunque irrimediabilmente inficiata – come osservato in precedenza – dalla mancata puntuale prova di resistenza, in assenza della quale ogni approfondimento, in proposito, si rivelerebbe superfluo.

Né, del resto, il superamento della rilevata assenza, nell'atto introduttivo del giudizio, della prova in questione può derivare, ad avviso del Collegio, dalla sopravvenuta relazione tecnica, a firma dell'ing. Postiglione, del 16.10.2015, allegata alla memoria difensiva della ricorrente, del

20.10.2015: ciò in quanto, un eventuale valore integrativo, sul punto, delle censure, espresse in sede di ricorso, si scontrerebbe con la violazione del contraddittorio, discendente dall'essere richiamata, la stessa relazione, all'interno di uno scritto difensivo, non notificato alle controparti (in disparte ogni profilo di tardività); tanto, a prescindere dalla circostanza che la stessa relazione, con il pretendere di sostituire – alla valutazione della Commissione – una diversa e alternativa ricostruzione dei punteggi, assegnati ai progetti di intervento pluriennale, rispettivamente presentati dalla stessa ricorrente e della controinteressata, finirebbe con lo scontrarsi con la stessa tendenza della giurisprudenza, riferita sopra, secondo la quale nelle gare pubbliche la Commissione aggiudicatrice, chiamata ad individuare l'offerta tecnica economicamente più vantaggiosa, mediante l'attribuzione di punteggi ai diversi elementi della stessa, gode di un'ampia discrezionalità, che non può essere oggetto di sindacato giurisdizionale, se è in linea con i criteri predefiniti nella *lex specialis* di gara e non presenta macroscopiche irrazionalità ed incongruenze, atteso che il riscontro del giudice amministrativo, su tali valutazioni discrezionali, deve essere svolto in modo estrinseco, nei limiti della rilevanza *ictu oculi* dei vizi di legittimità dedotti, essendo preclusa una sostituzione dell'Amministrazione, che costituirebbe ipotesi di sconfinamento vietato della giurisdizione di legittimità nella sfera, ad essa riservata (in tali sensi, da ultimo, Consiglio di Stato, Sez. III, 15/01/2016, n. 112).

Quanto alla quarta, e ultima, doglianza, sollevata nell'atto introduttivo del giudizio, implicante la richiesta di declaratoria di nullità delle operazioni di gara, per la dedotta violazione del principio di pubblicità delle sedute della commissione aggiudicatrice, il Collegio, nel rinviare alla narrativa per il dettaglio della censura, osserva:

il bando di gara, all'art. 10, prevedeva, tanto per la verifica della documentazione amministrativa, quanto per l'apertura della busta contenente l'offerta economica, entrambe da svolgersi in seduta pubblica, che sarebbe stata data comunicazione della data, attraverso il sito istituzionale dell'ente, laddove lo stesso bando non prevedeva alcuna comunicazione individuale, da inviarsi alle ditte concorrenti;

la difesa del Comune ha allegato, alla propria costituzione in giudizio, la documentazione, comprovante la pubblicazione, sulla prima pagina del sito istituzionale dell'ente, sia, in data 31.03.2015, dell'avviso, circa la data di svolgimento della prima seduta di gara (pubblica), fissata per il giorno 8.04.2015, sia, in data 6.07.2015, dell'avviso, circa la data di svolgimento della seduta per l'apertura della busta n. 3) – offerta economica, fissata per il giorno 14.07.2015.

Conformemente a tali osservazioni, se ne desume l'infondatezza della censura, nella parte in cui la stessa tende a stigmatizzare la violazione del principio della pubblicità delle sedute, ogni altra considerazione al riguardo, contenuta nella stessa censura, presentandosi come non dirimente.

Ci si riferisce, in particolare, all'osservazione, secondo cui il bando è stato violato, nella parte in cui lo stesso prevedeva che “le buste saranno aperte in distinte giornate, come appreso specificato”, laddove, in data 8.04.2015, la Commissione procedeva sia all'apertura delle buste, contenenti la documentazione amministrativa di ben 41 ditte partecipanti, sia alla contestuale apertura delle buste, contenenti l'offerta tecnica; l'osservazione è senz'altro pertinente, e suffragata dall'esame del verbale dell'8.04.2015: ma, ciò nonostante, il Tribunale ritiene che da tale violazione, puramente formale, della *lex specialis*, non possa farsi discendere alcuna nullità del procedimento di gara, come preteso dalla ricorrente, posto che la prescrizione dell'apertura delle buste, in giorni diversi, non pare ricollegarsi a nessun principio generale, di carattere inderogabile, costituendo una mera previsione di natura organizzativa, finalizzata alla disciplina dell'attività del seggio di gara,

palesamente derogabile; quel che piuttosto contava, era che l'esame del contenuto delle buste, contenenti le offerte tecniche, si svolgesse (non nella seduta pubblica dell'8.04.2015, bensì) in un successiva seduta riservata, il che è stato (per quanto concerne l'impianto sportivo in frazione Capriglia, ciò avveniva, in particolare, nelle sedute riservate del 6 e del 13 maggio 2015).

La dedotta circostanza, poi, che l'avviso del 31.03.2015, pubblicato sul sito dell'ente, facesse riferimento solo all'apertura delle buste contenenti la documentazione amministrativa, e non anche all'apertura di quelle, contenenti l'offerta tecnica, non trova rispondenza nel tenore letterale del suddetto avviso, nel quale si legge che: "In data 8.04.2015 si terrà (...) la prima seduta di Commissione" (senza specificazione delle attività, da compiersi in tale data).

Del resto, la ricorrente non ha prospettato alcun pregiudizio, che le sarebbe derivato dal poter presenziare all'apertura delle buste, contenenti l'offerta tecnica, che non fosse quello, di poter "contestare le carenze in capo all'aggiudicataria, con sicura esclusione della stessa"; ma s'è visto che le relative censure, indi formalizzate nell'atto introduttivo del giudizio, non sono state ritenute, dal Tribunale, meritevoli d'accoglimento.

La circostanza, inoltre, valorizzata dalla difesa della ricorrente, secondo cui l'aver comunicato, da parte del Comune, a mezzo e-mail, in data 8.07.2015 e 15.07.2015, lo svolgimento di successive sedute della commissione, significherebbe che tale adempimento era necessario, non trova rispondenza, lo si ribadisce, nella lex specialis di gara, che tale forma di comunicazione individuale non prevedeva, essendosi quindi trattato di un eccesso di zelo, da parte della stessa Amministrazione.

Infine, l'osservazione di parte ricorrente, secondo cui non sarebbe stata sufficiente la pubblicazione degli avvisi, sulla prima pagina del sito istituzionale dell'ente, essendo necessaria anche quella all'Albo Pretorio, in disparte la sua inammissibilità (essendo stata tardivamente formulata, per la prima volta, nella memoria difensiva del 20.10.2015, non notificata alle controparti), la stessa si scontra, ancora una volta, con il tenore letterale del bando, che tale necessità inderogabile non ha affatto previsto.

In conclusione, anche la quarta censura si presenta, complessivamente, infondata.

Dal rigetto del gravame principale deriva che non può proprio scendersi all'esame delle istanze risarcitorie di parte ricorrente.

Stabilito, quindi, che tanto il ricorso incidentale (e i correlativi motivi aggiunti), quanto il ricorso principale vanno respinti, ritiene il Collegio che, sia per la soccombenza reciproca tra ricorrente e controinteressata, sia per le peculiarità della specie, sussistono eccezionali motivi per disporre l'integrale compensazione delle spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania – Sezione staccata di Salerno (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sui ricorsi, come in epigrafe proposti, principale e incidentale, e sui motivi aggiunti all'incidentale, così provvede:

respinge il ricorso principale e le connesse istanze risarcitorie;

respinge il ricorso incidentale, e i motivi aggiunti al medesimo;

compensa integralmente, tra le parti, le spese di lite.

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

Così deciso, in Salerno, nella camera di consiglio del giorno 26 gennaio 2016, con l'intervento dei magistrati:

Amedeo Urbano, Presidente

Francesco Gaudieri, Consigliere

Paolo Severini, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il **16/02/2016**

IL SEGRETARIO

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