

REPUBBLICA ITALIANA

N.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

Sezione Seconda

composto dai Signori:

Luigi TOSTI	Presidente
Carlo MODICA de MOHAC	Componente;
Stefano TOSCHEI	Estensore;

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. R.g. **10923** del **2007** proposto da

“SOCIETA’ COOPERATIVA SOCIALE RISVOLTI a r.l.”, in
persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa
dagli avv.ti Ivan Polidori e Alessandro Iannelli ed elettivamente
domiciliata presso il loro studio in Roma, Viale XXI Aprile n. 61;

contro

il COMUNE DI ROMA, in persona del Sindaco pro tempore,
rappresentato e difeso dagli avv.ti Marco Brigato e Roberto
Tomasuolo, dell’Avvocatura comunale, presso la cui sede in Roma,
Via del Tempio di Giove n. 21, è elettivamente domiciliato;

e nei confronti

della “COOPERATIVA SOCIALE SERVIZIO PSICO SOCIO

SANITARIO ONLUS”, in persona del rappresentante legale pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Tommaso Di Nitto e Claudio Cataldi ed elettivamente domiciliata in Roma, Via Taranto n. 58, presso lo studio legale “Prof. Avv. Luisa Torchia ed altri s.t.p.” *(anche ricorrente incidentale)*;

per l’annullamento, previa sospensione dell’efficacia

- della determinazione dirigenziale n. 1345 del 27 settembre 2007, con la quale veniva approvata la graduatoria di merito, come da verbale prot. n. 51265 del 26 settembre 2007, che affidava alla Cooperativa Sociale Servizio Psico Socio Sanitario Onlus il servizio del Centro Diurno Anziani Fragili;
- dell’atto del 26 settembre 2007 prot. CR/N 51386, con il quale il Comune di Roma ha comunicato l’esito della gara per la gestione del Centro Diurno Anziani Fragili;
- degli ulteriori atti e/o provvedimenti comunque presupposti, connessi o consequenziali, compresa l’eventuale sottoscrizione del contratto che sulla base della determinazione dirigenziale suindicata assegna la gestione del Centro diurno Anziani Fragili alla Cooperativa Sociale Servizio Psico Socio Sanitario Onlus;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Vista la costituzione in giudizio dell’Amministrazione intimata e i documenti prodotti;

Vista la costituzione in giudizio della controinteressata Cooperativa

Sociale Servizio Psico Socio Sanitario Onlus ed il ricorso incidentale da questa spiegato nonché i documenti depositati;

Esaminate le ulteriori memorie depositate da entrambe le parti;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore alla pubblica udienza del 20 febbraio 2008 il dott. Stefano Toschei; presenti per la parte ricorrente gli avv.ti A. Iannelli e I. Polidori, per la parte per la controinteressata gli avv.ti C. Cataldi e T. Di Nitto e l'avv. R. Tomasuolo, per l'Amministrazione resistente.

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

Premetteva la Società cooperativa ricorrente di aver partecipato alla selezione, disposta dal Municipio XVII del Comune di Roma nel giugno 2007 ed avente ad oggetto la prosecuzione del Centro diurno Anziani Fragili, vale a dire il supporto assistenziale, durante l'arco della giornata, alle persone anziane parzialmente autosufficienti per la durata di dodici mesi e prorogabile di un ulteriore anno.

Riferiva che il Comune di Roma, nell'invitare alla selezione gli organismi accreditati presso il Comune in quanto iscritti nel Registro unico cittadino di accreditamento per la cura degli anziani sul territorio, ne aveva selezionati dieci e che di questi soltanto due – vale a dire la stessa Società ricorrente e l'odierna controinteressata – avevano provveduto ad inviare i progetti per come previsto dal bando.

Soggiungeva che la commissione giudicatrice aveva provveduto ad approvare nella seduta del 31 luglio 2007 la griglia valutativa per l'attribuzione dei punteggi alle offerte presentate e che in essa era stabilito, alla voce riguardante le esperienze pregresse nel settore degli anziani che ciascun organismo poteva vantare, che sarebbero stati assegnati tre punti per ogni attività svolta nell'anno o frazioni di anno nel periodo 1 giugno 2002-31 maggio 2007.

Lamentava comunque che la fissazione dei criteri era da ritenersi illegittima, essendosi attribuito alla voce relativa alle esperienze pregresse un punteggio di 40 su 100 che, tenuto conto della preesistente naturale conoscenza sin dall'origine delle caratteristiche relative ad organismi accreditati quali erano quelli partecipanti alla selezione, tanto più se iscritti in un apposito Registro come nel caso in esame, rendeva non imparziale il metodo di selezione degli aspiranti contraenti dell'Amministrazione comunale.

Dolendosi dell'illegittimità della procedura seguita, oltre che per il suaccennato principale motivo, anche per ulteriori vizi che avrebbero inquinato l'intera procedura selettiva, chiedeva il giudiziale annullamento del provvedimento con il quale il Municipio aveva proceduto all'aggiudicazione definitiva, con invalidazione del contratto *medio tempore* stipulato.

Si sono costituiti in giudizio il Comune di Roma e la Società cooperativa controinteressata.

Quest'ultima spiegava ricorso incidentale, rappresentando che la ricorrente non avrebbe dovuto essere invitata alla procedura perché non era in possesso dei requisiti di partecipazione e comunque ne avrebbe dovuto risultare esclusa, atteso che l'offerta presentata non rispondeva alle caratteristiche pretese, a pena di esclusione, dalla *lex specialis* di gara.

La difesa dell'Amministrazione intimata eccepiva preliminarmente taluni profili di irricevibilità ed inammissibilità del gravame e, in particolare, delle domande proposte e specificate nelle conclusioni da parte della ricorrente. Ad ogni modo, contestando la fondatezza delle avverse prospettazioni, chiedeva nel merito la reiezione del gravame.

Depositata memorie illustrative dalle parti costituite e confermate le già rassegnate conclusioni, il ricorso è stato trattenuto per la decisione nel corso dell'udienza del 20 febbraio 2008.

DIRITTO

1. – Con il ricorso in esame la Società cooperativa sociale Risvolti a r.l. (d'ora in poi, per brevità, Risvolti) ha impugnato la determinazione dirigenziale contenente l'esito della selezione svolta dal Municipio XVII del Comune di Roma - al fine di assegnare la gestione del servizio Centro diurno Anziani Fragili, vale a dire il supporto assistenziale, durante l'arco della giornata, alle persone anziane parzialmente autosufficienti per la durata di dodici mesi e

prorogabile di un ulteriore anno – che aveva visto prevalere la Cooperativa Sociale Servizio Psico Socio Sanitario Onlus (d’ora in poi, per brevità, Cooperativa sociale).

Era infatti avvenuto che nel giugno 2007 il XVII Municipio del Comune di Roma aveva inviato agli organismi accreditati sul territorio per la cura agli anziani una lettera di invito consentendo ai destinatari di partecipare alla selezione presentando un progetto per la realizzazione e gestione del Centro diurno Anziani Fragili.

Si legge nella lettera di invito (prot. n. 32276 del 5 giugno 2007)che:

- il Municipio XVII intende proseguire le attività del Centro diurno Anziani Fragili avendo come destinatari (e quindi come utenti del Centro) persone anziane parzialmente autosufficienti o in condizione di autosufficienza fisica ma che necessitano, comunque, di un supporto assistenziale durante l’arco della giornata;
- il Centro, quindi, è finalizzato a prevenire le conseguenze di un prolungato isolamento per coloro che non hanno né la capacità motoria per frequentare autonomamente i centri sociali per anziani o altri contesti similari, a favorire il recupero ed il mantenimento delle capacità psico-fisiche di tali utenti, ad offrire un aiuto concreto socio-assistenziale agli anziani fragili e, del caso alle loro famiglie, ad utilizzare e valorizzare la rete

dei servizi sociali ed il coinvolgimento delle realtà solidali esistenti nel territorio;

- il Municipio aveva previsto che il Centro fosse in grado di ospitare quotidianamente un numero massimo di 15 anziani, restando aperto l'intera giornata, compresi i giorni festivi, con un orario di almeno 8 ore dalle ore 9,00 alle ore 17,00;
- il Municipio, infine, sul presupposto della previsione di fondi per un ammontare di € 240.000,00 formulava l'invito agli Organismi accreditati sul territorio per la cura agli anziani di presentare progetti per la realizzazione e la gestione del Centro.

Era previsto, poi, che l'affidamento e quindi la relativa convenzione da stipularsi con l'Organismo prescelto avesse una durata di 12 mesi decorrenti dalla sottoscrizione della convenzione.

2. - Per quanto concerne le modalità di svolgimento della selezione la lettera di invito stabiliva che:

- i locali adibiti al servizio avrebbero dovuto essere di proprietà o, comunque, nella legittima disponibilità dell'Organismo affidatario e conformi alle norme vigenti;
- l'Organismo affidatario avrebbe dovuto avere la disponibilità di un pulmino per il trasporto degli anziani;
- durante il mese di agosto il Centro avrebbe dovuto essere aperto al territorio per accogliere anziani, anche se non iscritti,

al fine di migliorare le condizioni in periodo di emergenza caldo;

– il progetto, a pena di esclusione, avrebbe dovuto essere elaborato secondo la natura e le caratteristiche del servizio richiesto (e qui sopra riportate) e avrebbe dovuto contenere:

- l'indicazione del personale da impiegare nello svolgimento del servizio con la presentazione dei curricula, titoli di studio, qualifica professionale, esperienze, ecc.;
- una relazione relativa all'approccio culturale e metodologico con descrizione dettagliata dei contenuti e delle modalità di realizzazione del servizio richiesto, con particolare riferimento alle soluzioni tecniche, alle modalità organizzative, alle soluzioni gestionali, ecc. nonché alla coerenza dell'offerta in relazione a quanto richiesto;
- una dichiarazione sottoscritta dal rappresentante legale dell'Organismo e relativa alla regolarità contributiva;
- l'allegazione di una ricevuta in originale o in copia fotostatica dell'avvenuto versamento del contributo a favore dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.

3. - Con riferimento ai criteri e punteggi di valutazione delle

offerte la lettera di invito – all’esito della integrazione della lettera di invito originaria con una nuova specifica dell’8 giugno 2007 - prevedeva due macro-punteggi:

- A) massimo sessanta punti con riferimento al contenuto del progetto, per come sarebbe emerso dall’offerta presentata da ciascun concorrente invitato;
- B) massimo quaranta punti per l’Organismo inteso come affidabilità della struttura che avrebbe dovuto svolgere il servizio.

All’interno di ciascun macro-criterio vi erano dei sottocriteri con altrettante indicazioni di punteggi da attribuire nella misura massima di:

Macro-criterio sub A (massimo 60 punti in totale)

- 25 punti per validità, chiarezza e rispondenza degli indirizzi progettuali indicati, per quanto riguarda gli aspetti organizzativi e metodologici della proposta, con particolare riguardo a strategie che, mantenendo la qualità del servizio, conducano ad offerte aggiuntive rispetto alle linee base del servizio come sopra esposte;
- 10 punti per attività di socializzazione e ricreativo-culturali organizzate motivando la congruità in relazione agli orari, agli utenti coinvolti e dimostrando le modalità di integrazione con le realtà del territorio;

- 10 punti per la tipologia di sede con particolare riferimento alla presenza di spazi esterni;
- 5 punti per l'indicazione di un sistema adeguato di monitoraggio del servizio ed autovalutazione;
- 10 punti per le competenze specifiche degli operatori impiegati nel servizio da gestire;

Macro-criterio sub B (massimo 40 punti in totale)

- 30 punti per le esperienze pregresse dell'Organismo nel settore anziani;
- 10 punti per i curricula degli operatori con riguardo a lauree e/o specializzazioni nell'ambito socio-sanitario (quali psicologo, assistente sociale, assistente domiciliare) e/o altre qualifiche necessarie allo svolgimento del servizio (autisti, operatori per attività socio-ricreative, ecc).

4. - Orbene la commissione giudicatrice individuò due sole concorrenti che avevano presentato il progetto, vale a dire le attuali ricorrente e controinteressata. Entrambe queste ultime nelle loro difese, per come riscontrato dai verbali delle sedute depositati in giudizio, sottolineano come nel corso della procedura si siano succedute numerose sedute nel corso delle quali la commissione ebbe a richiedere a ciascuna concorrente integrazioni e chiarimenti sui progetti presentati. All'esito ha prevalso il progetto della Cooperativa sociale con 87 punti, avendo la commissione attribuito alla Risvolti

punti 78,75 e con l'ulteriore specificazione che mentre la Cooperativa sociale aveva ricevuto 47 punti per la parte relativa al progetto (secondo il macro-criterio sub A) e la Risvolti 52 punti, a quest'ultima per la parte relativa all'Organismo (secondo il macro-criterio sub B) erano attribuiti soltanto 26,75 punti e, invece, alla Risvolti ben 40 punti.

La Cooperativa Risvolti, quindi, ritenendosi lesa dal non corretto svolgimento della procedura selettiva, proponeva gravame prospettando i seguenti motivi di censura:

- 1) **Nullità dell'atto per violazione di legge, ingiustizia manifesta, violazione degli artt. 3 e 97 Cost., violazione e/o falsa applicazione dei principi regolanti le gare, violazione del principio della *par condicio* tra partecipanti, violazione del principio di trasparenza dell'attività amministrativa,** perché la commissione giudicatrice, dopo aver svolto le consuete attività preliminari all'effettivo avvio della procedura valutativa "elaborava ed approvava la griglia per la valutazione delle offerte" (così, testualmente, a pag. 6 del ricorso introduttivo) presentate dalle due cooperative partecipanti, integrando nella stessa illegittimamente alcuni criteri stabiliti dalla lettera di invito con nuovi sottocriteri. Peraltro è da ritenersi illegittima anche la scelta operata dall'Amministrazione procedente e già espressa nelle lettere di

invito di attribuire ben 40 punti alle esperienze pregresse dell'Organismo (macro-criterio sub B), laddove la pregressa conoscenza della natura e dell'esperienza delle operative partecipanti alla selezione, resa possibile dalla circostanza che gli inviti avevano quali destinatari solo organismi accreditati in quanto iscritti necessariamente al Registro unico cittadino di accreditamento degli organismi operanti nel settore del servizio alla persona, rendeva verosimile il rischio di una formulazione dei modelli di valutazione delle offerte non trasparenti e soprattutto non imparziali;

- 2) **Nullità dell'atto per violazione di legge, ingiustizia manifesta, violazione degli artt. 3 e 97 Cost., violazione e/o falsa applicazione dei principi regolanti le gare, con particolare riferimento alla violazione dei principi generali di trasparenza ed imparzialità del procedimento amministrativo, violazione dell'art. 3 della legge n. 142 del 1990**, in quanto “la commissione una volta aperti i plichi contenenti le offerte delle due cooperative concorrenti non ha indicato con quali modalità sono state conservate le buste, ciò al fine di evitare qualsivoglia manomissione delle stesse” (così, testualmente, a pag. 12 del ricorso introduttivo);
- 3) **Nullità dell'atto per violazione e/o falsa applicazione dei principi regolanti le pubbliche gare con particolare**

referimento alla violazione dei principi generali di trasparenza ed imparzialità del procedimento amministrativo e del principio generale di pubblicità delle sedute, violazione dell'art. 97 Cost., violazione dell'art. 91 del D.P.R. 554 del 1999, violazione dell'art. 21, comma 2, della legge n. 109 del 1994, atteso che “la commissione nella seduta del 31 luglio 2007 non ha proceduto alle verifiche relative alla correttezza dei plichi contenenti le offerte tecniche in seduta pubblica né ha comunicato alla Società ricorrente la data nella quale tale incombenza sarebbe avvenuto” (così, testualmente, a pag. 13 del ricorso introduttivo);

- 4) **Nullità dell'atto per violazione delle norme in materia di gare, violazione del principio della *par condicio* tra partecipanti, violazione del principio di trasparenza dell'attività amministrativa, violazione degli artt. 3 e 97 Cost., eccesso di potere, nullità nell'attribuzione dei punteggi, nullità dell'atto per carenza dei requisiti, violazione della procedura per la mancata esclusione della controinteressata, visto che la commissione nella seduta del 31 luglio 2007 ebbe a richiedere alcune importanti integrazioni alla Cooperativa Psico Socio Sanitaria evidentemente perché vi erano numerose lacune nella documentazione da questa prodotta insieme con il progetto e l'offerta, in particolare con**

riferimento alla planimetria relativa all'immobile in uso della predetta cooperativa.

In virtù dei vizi sopra lamentati che inficiavano irreparabilmente la correttezza e la legittimità della procedura selettiva svolta, la cooperativa ricorrente chiedeva l'annullamento dell'aggiudicazione intervenuta in favore della Cooperativa sociale con invalidazione della convenzione *medio tempore* stipulata.

5. – Reagiva la controinteressata Cooperativa sociale non solo controdeducendo analiticamente alle prospettazioni svolte dalla ricorrente ma anche spiegando ricorso incidentale incentrato sui seguenti due motivi:

A) la Risvolti non avrebbe dovuto essere iscritta al Registro unico cittadino di accreditamento in quanto carente dei presupposti per ottenere tale iscrizione perché la documentata esperienza almeno triennale nell'ambito degli interventi sociali, richiesta dall'art. 4 della deliberazione consiliare n. 90 (relativa alla seduta pubblica del 28 aprile 2005) con cui il Consiglio comunale aveva adottato il Regolamento comunale per l'accreditamento degli organismi operanti nei servizi alla persona, si era fondata sui dati del triennio 2003-2005 (riferibili all'attività della Risvolti) tra i quali era ricompreso il servizio svolto da tale cooperativa in favore del Municipio XVII sulla base della determinazione n. 44 del 16 gennaio

2004 annullata dal Tribunale amministrativo regionale per il Lazio. Conseguentemente ed in forza della natura retroattiva della sentenza di annullamento emessa dal giudice amministrativo, quella determinazione dirigenziale ed il servizio svolto sulla base di quest'ultima dovevano ritenersi mai giuridicamente sorti e quindi il periodo relativo al ridetto servizio non avrebbe potuto essere considerato utile al fine di consentire l'iscrizione della Risvolti al Registro unico di cui sopra;

- B) il progetto elaborato dalla Risvolti non era rispondente a quanto indicato nelle linee-guida contenute nelle lettere di invito e che il Comune precedente aveva sancito che fossero rigidamente rispettate a pena di esclusione. In particolare non vi sarebbe corrispondenza tra il monte ore attribuito alle varie figure professionali previste nel progetto e dichiarato nell'offerta ed il numero di ore che sarebbero state necessarie per svolgere il servizio disegnato dalla Risvolti nell'offerta medesima. Peraltro Risvolti non ha inserito nel monte ore di cui all'offerta gli operatori addetti al trasporto degli anziani con il pulmino.

6. – Il ricorso incidentale spiegato dalla Cooperativa sociale deve essere analizzato precedentemente rispetto allo scrutinio dei motivi di ricorso, in quanto assume gli aspetti tipici del ricorso

incidentale "paralizzante".

Ed infatti il ricorso incidentale assume una valenza pregiudiziale rispetto a quello principale "allorché abbia un effetto paralizzante, come nell'ipotesi in cui, in tema di appalti, l'aggiudicatario faccia valere in via incidentale una causa di esclusione a carico dell'impresa ricorrente atteso che, in tal caso, la ritenuta fondatezza del gravame incidentale precluderebbe automaticamente e definitivamente la possibilità per l'impresa ricorrente di veder valutata la propria offerta in comparazione con quelle concorrenti" (cfr., tra le tante, Cons. Stato, Sez. V, 29 agosto 2005 n. 4407).

Detto questo, nessuno dei due motivi di ricorso che sorreggono l'impugnativa incidentale coglie nel segno, di talché il ricorso principale deve essere dichiarato ammissibile.

Con riferimento al primo motivo, che si sostanzia nella contestazione circa la regolare iscrizione della Risvolti nel Registro unico cittadino di accreditamento in quanto era stato considerato utile all'iscrizione l'elemento dell'esperienza maturata in occasione dello svolgimento di un servizio aggiudicatole sulla scorta di una procedura poi annullata in sede giudiziale, è facile osservare come la decisione giudiziale di annullamento, seppur avente effetti giuridici retroattivi, non può incidere sulla indubitabile circostanza dell'effettivo svolgimento del servizio da parte della Risvolti in quell'occasione – circostanza neppure contestata dalla ricorrente incidentale – sia pure in

ragione di un provvedimento amministrativo di aggiudicazione poi annullato dal giudice amministrativo (in altri termini, quel servizio è stato pur sempre svolto dalla Risvolti).

Con riguardo al secondo motivo, incentrato sulla non corrispondenza tra il monte ore delle varie figure professionali previste nel progetto e dichiarato nell'offerta dalla Risvolti ed il numero di ore che sarebbero state necessarie per svolgere il servizio disegnato dalla stessa Risvolti nell'offerta medesima, oltre al fatto che in quest'ultima non sarebbe ricompreso il monte ore relativo agli operatori addetti al trasporto degli anziani con il pulmino, si possono svolgere due deduzioni:

- a) secondo un primo profilo l'esame della contestazione sollevata dalla Cooperativa sociale sul monte ore indicato dalla Risvolti fa emergere come non sia stato considerato un andamento fluttuante delle presenze di utenti nei diversi mesi dell'anno, oltre al fatto che la presenza di 15 utenti è un dato che può ricavarsi dalla lettera di invito ma non assume i connotati di dato certo, essendo solo richiesto che il rapporto tra operatori ed utenti (effettivamente presenti, ovviamente) sia di uno a 5 e non che sia costantemente prevista la presenza di tre operatori;
- b) con riferimento ad altro profilo dalla lettera di invito emerge che i concorrenti avrebbero dovuto necessariamente assicurare la disponibilità di un pulmino, ma non anche che fosse di loro

proprietà ovvero condotto da un operatore della cooperativa concorrente, conseguentemente la contestazione circa la mancata indicazione del monte ore riferite al conducente del pulmino non può essere condivisa.

7. – Passando all'esame del merito del ricorso principale proposto dalla Risvolti, per logicità e consequenzialità tra i motivi dedotti il Collegio ritiene di scrutinare preventivamente quello relativo alla contestata sopravvalutazione, tra i (macro)criteri proposti dall'Amministrazione precedente, di quello attinente al requisito della capacità tecnica che i concorrenti avrebbero dovuto dimostrare di possedere.

Come si è più sopra evidenziato, la lettera di invito predisposta dal Municipio XVII del Comune di Roma indicava tra i due macro-criteri fissati per la valutazione dei progetti (con la lettera B) quello relativo all'Organismo (vale a dire ciascun concorrente partecipante alla selezione) per un massimo 40 punti da assegnare, con due sottocriteri come le esperienze pregresse vantate dall'Organismo nel settore anziani (sotto-criterio b1, massimo 30 punti da assegnare) e la tipologia e le caratteristiche degli operatori (sotto-criterio b2, massimo 10 punti da assegnare).

Orbene appare evidente che, con riferimento ad un totale di 100 punti da attribuirsi ai progetti, ben 40 avrebbero avuto come riferimento le capacità tecniche dell'Organismo partecipante, con le

seguenti conseguenze:

- 1) in primo luogo le capacità tecniche dei partecipanti, peraltro invitati dallo stesso Municipio procedente in una selezione ristretta, erano già note prima della valutazione dei progetti alla stazione appaltante, atteso che i predetti Organismi presentavano tutti la caratteristica di essere iscritti necessariamente al Registro unico cittadino di accreditamento degli organismi operanti nel settore del servizio alla persona, circostanza che determinava la notorietà delle capacità e delle esperienze che ciascun Organismo poteva vantare;
- 2) in secondo luogo la circostanza che la lettera di invito abbia attribuito una quota decisiva e determinante del punteggio al requisito della capacità tecnica degli Organismi partecipanti alla selezione conduce ad osservare che l'Amministrazione procedente ha assegnato decisivo rilievo ad elementi che, attenendo all'affidabilità dell'offerente e dunque alla sua capacità tecnica di corretta esecuzione dell'appalto, pertengono propriamente alla fase di qualificazione e, dunque, manifestandosi come estranei alle caratteristiche ed all'oggetto dell'offerta e del contratto concretamente dedotti in gara, non potevano essere assunti quali validi criteri di aggiudicazione.

Con riferimento al secondo dei due profili sopra analizzati vale la pena di aggiungere, per completezza, che al riguardo la Corte

di giustizia CE ha in più occasioni affermato che gli artt. 23, n. 1, 32 e 36, n. 1, della direttiva 92/50 (che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi) ostano a che, nell'ambito di una procedura di aggiudicazione, l'Amministrazione aggiudicatrice tenga conto dell'esperienza degli offerenti, del loro personale e delle loro attrezzature nonché della capacità dei medesimi di effettuare l'appalto entro il termine previsto non come "criteri di selezione qualitativa", ma come "criteri di aggiudicazione" (cfr. Corte giust. C.E., Sez. VI, 24 gennaio 2008, in causa C-532/06 e 19 giugno 2003, in causa C-315/01).

Nello stesso senso si è espresso anche l'orientamento giurisprudenziale più recente [cfr., per tutte, T.A.R. Liguria, Sez. I, 27 marzo 2007 n. 570, che ha chiarito come il punteggio relativo ai vari criteri in caso di aggiudicazione secondo il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa non possa che essere attribuito in rapporto ed in funzione della valutazione dell'offerta concernente in termini concreti ciò che viene messo a disposizione per l'espletamento del servizio nei confronti della stazione appaltante, con esclusione di qualsiasi considerazione estesa *ex se* alle disponibilità generali dei partecipanti: sia per la necessità di adeguare i criteri al mero oggetto di gara e quindi di contratto (come desumibile dall'interpretazione conforme a ragionevolezza dell'art. 83 codice dei contratti, laddove precisa che i criteri di valutazione dell'offerta debbano essere

pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto), sia in quanto, altrimenti opinando, si avrebbe una predeterminazione degli esiti di gara in favore delle imprese di più rilevanti dimensioni, in violazione di principi basilari e fondamentali come la tutela della *par condicio* e la tutela della concorrenza] affermandosi in generale che, seppure sia in linea di principio legittimo prevedere l'attribuzione di punteggi alle esperienze pregresse ai fini della valutazione dell'offerta, tuttavia ciò è possibile soltanto a condizione che tale criterio non abbia influenza decisiva sull'affidamento dell'appalto (cfr. in tal senso, espressamente, T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. III, 6 giugno 2007 n. 1590 e T.A.R. Lazio, Sez. III, 6 luglio 2005 n. 5553).

Conclusivamente, quindi, il motivo di gravame scrutinato si presenta fondato in quanto sicuramente nella lettera di invito è stato attribuito un rilevante valore alla capacità tecnica dell'Organismo fondata sulle pregresse esperienze, con un punteggio che, peraltro, ha segnato la fondamentale differenza nella valutazione dei due progetti in gara tra concorrenti le cui precedenti esperienze erano ben note all'Amministrazione procedente, per aver costituito i presupposti per la richiesta iscrizione al Registro unico cittadino di accreditamento degli organismi operanti nel settore del servizio alla persona.

8. – Fondato si presenta anche il secondo motivo principale di gravame prospettato dalla cooperativa ricorrente e riferito alla illegittima integrazione dei criteri di valutazione delle offerte che

sarebbe stata operata dalla commissione.

Il principale nodo giuridico sul quale il Tribunale è chiamato oggi a valutare la fondatezza o meno del surricordato motivo di ricorso proposto dalla Risvolti è costituito dalla possibilità di fare applicazione delle disposizioni del Codice dei contratti pubblici ed in particolare di quanto disposto dall'art. 83 in tema di fissazione dei criteri di valutazione delle voci che costituiscono le offerte delle ditte partecipanti ad una selezione pubblica anche nell'ipotesi in cui debba affidarsi la gestione di un servizio.

Tale nodo giuridico assume valenza decisiva per la soluzione della controversia qui dedotta, atteso che sotto un profilo di fatto è conclamato in atti che la commissione ha integrato nella seduta del 31 luglio 2007 (presente in atti), seppur prima di procedere all'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche, i criteri indicati nel bando per la valutazione delle stesse stabilendo che per le esperienze pregresse dell'Organismo nel settore degli anziani (massimo 30 punti da assegnare) dovevano considerarsi le "attività svolte in convenzione con la Pubblica Amministrazione con l'assegnazione di tre punti per ogni attività svolta nell'arco di un anno o frazioni mensili di esso, rivolte alla persona anziana. Periodo temporale considerato: 01/06/2002-31/05/2007".

Orbene tale integrazione, che si è poi mostrata decisiva nell'assegnazione dei punteggi nel confronto tra il progetto presentato

dalla Risvolti e quello presentato dalla Cooperativa sociale, non era presente nella lettera di invito, che d'altronde (seppur illegittimamente attribuendo un eccessivo rilievo all'elemento costituito dalla capacità tecnica, secondo quanto si è sopra osservato) non limitava temporalmente la valutazione delle esperienze pregresse vantate dai partecipanti.

9. - Sul punto la Sezione osserva come nel passato si era ormai consolidato il principio secondo il quale eventuali specificazioni o integrazioni dei criteri di valutazione indicati dal bando di gara o dalla lettera d'invito ben possono essere configurati dalle commissioni giudicatrici, seppure soltanto prima della apertura delle buste relative alle offerte e ciò indipendentemente dalla circostanza che i componenti la commissione abbiano concretamente preso conoscenza delle offerte stesse (tra le molte: Cons. Stato, Sez. V, 19 aprile 2005 n. 1791 e 20 gennaio 2004 n. 155 nonché T.A.R. Marche, 15 marzo 2005 n. 241).

Di conseguenza si affermava come la commissione giudicatrice di una gara pubblica poteva legittimamente introdurre elementi di specificazione dei criteri generali stabiliti dal bando di gara o dalla lettera di invito per la valutazione delle offerte, attraverso la previsione di sottovoci rispetto alle categorie principali già definite, ove ciò si fosse reso necessario per una più esatta valutazione delle offerte medesime e sempre a condizione che a tale determinazione di

sottocriteri di valutazioni si fosse addivenuti prima dell'apertura delle buste contenenti le offerte (cfr. anche Cons. Stato, Sez. V, 4 febbraio 2003, n. 533; 23 luglio 2002 n. 4022; 26 gennaio 2001 n. 264; 13 aprile 1999 n. 412; Sez. VI, 20 dicembre 1999 n. 2117; TRGA, Bolzano, 12 febbraio 2003 n. 48; TAR Marche, 16 giugno 2003 n. 607; TAR Toscana, Sez. II, 17 settembre 2003 n. 5107).

Va oggi segnalato come tale orientamento, condiviso anche dalla Sezione (cfr. ad esempio, T.A.R. Lazio, Sez. II, 20 giugno 2005 n. 5158), debba essere sottoposto a rivisitazione in seguito all'entrata in vigore dell'art. 83 del Codice dei contratti pubblici.

Al riguardo, è utile muovere dall'esame dell'attuale disposizione ex art. 83, comma 4, del decreto legislativo 163 del 2006 (norma applicabile *ratione temporis* alla vicenda di che trattasi), secondo cui "...il bando di gara per ciascun criterio di valutazione prescelto prevede, ove necessario, i sub-criteri e i sub-pesi o i sub-punteggi".

Questa disposizione, secondo l'interpretazione che si sta affermando nella sua prima applicazione giurisprudenziale, sembra portare all'estremo la limitazione della discrezionalità della commissione nella specificazione dei criteri, escludendone ogni facoltà di integrare il bando, e quindi facendo obbligo a quest'ultimo di prevedere e specificare gli eventuali sottocriteri (ne consegue, ad esempio, l'illegittimità di una *lex specialis* che, pur richiamando il

criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, nulla preveda in ordine agli elementi dell'offerta da considerare ed all'attribuzione dei punteggi).

Ben diversa, tuttavia e come si è sopra riferito, era la situazione in epoca anteriore all'entrata in vigore del Codice dei contratti pubblici: infatti, anche dopo l'intervento della Corte di Giustizia UE (sez. II, 24 novembre 2005, in causa C-331/04) che aveva fortemente limitato la discrezionalità delle commissioni di gara *in subiecta materia*, era tutt'altro che da escludere in assoluto siffatta facoltà di integrazione del bando.

In particolare, tale facoltà incontrava il limite dell'impossibilità di introdurre nuovi criteri di valutazione ovvero nuove modalità di computo dei punteggi, e più in generale il divieto di condotte discriminatorie o comunque idonee ad alterare il confronto tra i concorrenti in gara.

10. - Tanto premesso, nel presente caso va preliminarmente rilevato come, in punto di diritto, l'odierna parte controinteressata deduca l'inapplicabilità delle disposizioni contenute nell'art. 83 del decreto legislativo n. 163 del 2006 alla fattispecie qui in esame, atteso che la selezione ristretta svolta dal Municipio XVII del Comune di Roma ha avuto quale oggetto l'affidamento di un progetto relativo a "servizi sociali", tenendosi quindi conto di quanto stabilito dall'art. 20 dello stesso Codice dei contratti che riduce l'applicazione a tale

categoria di appalti le sole disposizioni degli artt. 65, 68 e 225 del Codice, in deroga a tutte le altre disposizioni nello stesso contenute.

Tale argomentazione della controinteressata, che vorrebbe quindi ammettere la presenza di un'ampia discrezionalità in capo all'Amministrazione procedente nella fissazione dei criteri di valutazione nell'affidamento di commesse nel settore dei servizi sociali, non può essere condivisa.

Seppure è vero che il Codice dei contratti pubblici contiene disposizioni derogatorie rispetto a quelle di disciplina generale in ragione della specialità di alcuni settori, tuttavia non si può negare che anche in questi casi la scelta del contraente debba avvenire nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato e delle regole generali relative ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità e con predeterminazione dei criteri selettivi (argomentando dall'art. 2 del decreto legislativo n. 163 del 2006 che contiene l'elencazione dei principi che governano nel nostro ordinamento l'affidamento di qualunque commessa pubblica sulla scorta di quanto deriva dall'ordinamento europeo ed in particolare, per quanto si legge nella rubrica del citato art. 2, dall'art. 2, della direttiva 31 marzo 2004 n. 18, dall'art. 10 della direttiva 31 marzo 2004 n. 17 nonché da quanto espresso dalla Corte di giustizia CE nelle decisioni 3 dicembre 2001, in causa C. 59/2000 e 7 dicembre 2000, in causa C.

324/1998).

Partendo da quest'ultimo dato normativo, il Collegio osserva che la definizione dei criteri di valutazione delle offerte, in un momento antecedente la redazione delle stesse da parte degli offerenti, assicura il rispetto del fondamentale principio di trasparenza su cui si regge tutto lo svolgimento della procedura selettiva.

Fermo quanto sopra, per individuare, di conseguenza, i limiti dei poteri di cui dispone, al riguardo, la commissione giudicatrice (anche fuori dalla fattispecie di cui all'art. 83, comma 4 ultima parte, del decreto legislativo n. 163 del 2006), occorre riferirsi alla sentenza della Corte di Giustizia, Sez. II, del 24 novembre 2005, in causa C-331/04, la quale ha stabilito: "che il diritto comunitario non osta a che una commissione aggiudicatrice attribuisca un peso relativo ai subelementi di un criterio di aggiudicazione stabilito precedentemente, effettuando una ripartizione tra questi ultimi del numero di punti previsti per il detto criterio dall'amministrazione aggiudicatrice al momento della redazione del capitolato d'oneri o del bando di gara, purché una tale decisione:

- non modifichi i criteri di aggiudicazione dell'appalto definiti nel capitolato d'oneri o nel bando di gara;
- non contenga elementi che, se fossero stati noti al momento della preparazione delle offerte, avrebbero potuto influenzare la detta preparazione;

- non sia stata adottata tenendo conto di elementi che possono avere un effetto discriminatorio nei confronti di uno dei concorrenti".

Nel caso in esame non possono dirsi rispettati i principi sopra indicati.

La *lex specialis* di gara si limitava ad informare i partecipanti che i progetti sarebbero stati valutati sulla base di due macro-criteri e che all'interno di questi i punteggi sarebbero stati suddivisi sulla scorta di sottocriteri. La lettera di invito specificava, poi, che per il macro-criterio B era prevista nel sottocriterio b1) una valutazione delle esperienze pregresse vantate da ciascun Organismo partecipante, attribuendosi a tale elemento un massimo di ben 30, senza tuttavia specificare sottoparametri di attribuzione del punteggio.

È stata poi la commissione, dopo la presentazione delle offerte, ad introdurre per il sottocriterio b1) una vera e propria nuova parametrizzazione del punteggio indicando che avrebbero dovuto considerarsi esclusivamente le "attività svolte in convenzione con la Pubblica Amministrazione con l'assegnazione di tre punti per ogni attività svolta nell'arco di un anno o frazioni mensili di esso, rivolte alla persona anziana. Periodo temporale considerato: 01/06/2002-31/05/2007".

Risulta quindi evidente che ricorre, nel caso in esame, la seconda ipotesi contenuta nella richiamata sentenza della Corte di

giustizia CE Sez. II, 24 novembre 2005 C-331/04, riguardante quegli "elementi che, se fossero stati noti al momento della preparazione delle offerte, avrebbero potuto influenzare la detta preparazione".

11. – Nello stesso tempo non può non osservarsi, anche per completezza di motivazione, come attualmente l'orientamento della Corte di giustizia CE dell'interpretazione della norme del diritto europeo è espressamente tradotto normativamente nel nostro ordinamento dall' art. 83 del Codice dei contratti pubblici, il quale prescrive in modo puntuale e dettagliato l'*iter* di formazione dei giudizi di merito nella operazione di scrutinio e valutazione delle offerte presentate dalle ditte concorrenti, mediante progressive limitazioni della discrezionalità delle commissioni di gara.

In particolare, è prescritto che il bando di gara elenchi i "criteri di valutazione" (ossia gli elementi, o parametri, da valutare), quali ad es. il prezzo, la qualità, i costi di esercizio, la redditività, il servizio successivo alla vendita, l'assistenza tecnica, etc., graduandoli in ordine d'importanza e distribuendo fra loro il punteggio totale. Inoltre il bando dovrà prevedere, se del caso, anche eventuali sub-criteri e i rispettivi sub-punteggi, con la conseguenza che sarà illegittimo quel bando di gara di un appalto da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa il quale prevede il potere della commissione giudicatrice di suddividere i criteri in dettagliati sottopunteggi, atteso che tale potere, sia pur ammesso nella

disciplina ante codice, è precluso dalle disposizioni innovative dell'art. 83 del codice dei contratti, il quale prevede che sia il bando a individuare i sub-criteri, i sub-pesi ed i sub-punteggi, eliminando in proposito ogni margine di discrezionalità in capo alla Commissione giudicatrice (cfr., per una prima applicazione in ambito giurisprudenziale, T.A.R. Emilia Romagna, Parma, 28 maggio 2007 n. 385 e T.A.R. Piemonte, Sez. II, 16 aprile 2007 n. 1719).

In sintesi e conclusivamente può affermarsi che l'esigenza di non lasciare spazi di discrezionalità valutativa ai commissari, quando l'appalto è affidato con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, è affrontata oggi dall'art. 83 del Codice dei contratti pubblici che, fin dalla formulazione del bando di gara, impone che questo stabilisca i criteri di valutazione dell'offerta, elencati a titolo esemplificativo dalla lett. a) alla lett. n), precisando anche la ponderazione e cioè il valore o la rilevanza relativa attribuita a ciascuno di essi, anche mediante una soglia, espressa con un valore numerico determinato, in cui lo scarto tra il punteggio della soglia e quello massimo relativo all'elemento cui la soglia si riferisce deve essere adeguato. La norma impone ancora che sia sempre il bando a prevedere, ove necessario, per ciascun criterio di valutazione prescelto, i sub-criteri e i sub-pesi o i sub-punteggi, introducendo poi un ulteriore elemento di limitazione del potere discrezionale della commissione giudicatrice allorché dispone che questa, prima

dell'apertura delle buste contenenti le offerte, deve fissare i "criteri motivazionali" per giustificare l'attribuzione dei punteggi a ciascun criterio o sub-criterio di valutazione.

La direzione, dunque, verso la quale giurisprudenza e legislatore si sono mossi è stata quella di restringere al massimo, per quanto possibile, gli spazi di libertà valutativa delle offerte da giudicare con il metodo del criterio economicamente più vantaggioso.

In tale ottica non pare si sia mossa la commissione giudicatrice nominata dal Municipio XVII del Comune di Roma per l'affidamento dell'appalto in questione, per cui trova fondatezza anche tale motivo prospettato dalla Risvolti, di talché il ricorso va accolto, con annullamento degli atti impugnati, tenuto anche conto della ulteriore circostanza che anche la censura dedotta dalla ricorrente e relativa alla non adeguata conservazione dei documenti di gara nel corso della complessa procedura svolta appare fondata.

12. - In proposito il Collegio, pur essendo consapevole dell'orientamento giurisprudenziale che considera irrilevante la doglianza con cui si lamenta in una gara d'appalto pubblico l'inadeguata custodia delle buste contenenti un'offerta presentata, quando non sia proposto alcun elemento atto a far ritenere che possa essersi verificata la sottrazione o la sostituzione dei plichi o un qualche altro fatto rilevante ai fini della regolarità della procedura di gara a causa di tale asserito difetto di custodia (cfr., in tal senso, Cons.

Stato, Sez. V, 20 settembre 2001 n. 4973), ritiene più rispondente all'esigenza di tutela della segretezza delle offerte in una procedura concorsuale ad evidenza pubblica il diverso indirizzo della giurisprudenza amministrativa secondo cui "l'obbligo di predisporre cautele a tutela dell'integrità delle buste concernenti le offerte delle imprese partecipanti, in mancanza di apposita previsione da parte del legislatore, discende necessariamente dalla stessa ratio che sorregge e giustifica il ricorso alla gara pubblica per l'individuazione del contraente nei contratti della pubblica amministrazione, in quanto l'integrità dei plichi contenenti le offerte delle imprese partecipanti all'incanto è uno degli elementi sintomatici della segretezza delle offerte e della par condicio di tutti i concorrenti, assicurando il rispetto dei principi - consacrati dall'art. 97 della Costituzione - di buon andamento ed imparzialità cui deve uniformarsi l'azione amministrativa." (cfr., testualmente, Cons. Stato, Sez. V, 6 marzo 2006 n. 1068).

E non può, del resto, revocarsi in dubbio che "in concreto delle misure cautelari adottate deve essere data menzione nel verbale di gara, proprio al fine di assicurare l'effettivo ed ordinato svolgimento del prosieguo delle operazioni" e "né vale ad escludere la illegittimità del comportamento tenuto dall'amministrazione la considerazione che non si sarebbe concretamente verificata alcuna manomissione dei

plichi contenenti le buste, atteso che la tutela giuridica dell'interesse pubblico al corretto svolgimento delle gare pubbliche, secondo i principi di cui all'art. 97 della Costituzione, deve essere assicurata in astratto e preventivamente e non può essere considerata soddisfatta sulla base della mera situazione di fatto del mancato verificarsi di eventi dannosi" (cfr. ancora la citata decisione n. 1068 del 2006).

Nel caso di specie non risulta che particolari accorgimenti siano stati posti in essere per garantire l'integrità dei plichi contenenti le proposte progettuali tecniche prodotte dalle cooperative partecipanti, né d'altronde i verbali delle sedute della commissione di gara recano menzione delle eventuali cautele predisposte dal segretario per assicurare la custodia e la segretezza delle offerte, tenuto conto in particolare che l'intera procedura si è articolata su più sedute dopo l'apertura delle buste e si è caratterizzata per l'affluenza di nuova documentazione integrativa richiesta dalla commissione alle partecipanti, senza che nei verbali si sia fatta menzione delle modalità di conservazione di siffatta documentazione.

12. – Il Collegio, accolto il ricorso nel merito, deve ora occuparsi di scrutinare la domanda proposta da parte ricorrente e volta ad ottenere l'annullamento del contratto (*rectius*, convenzione) *medio tempore* stipulato tra il Municipio XVII del Comune di Roma e la Cooperativa sociale qui resistente.

Sinteticamente, proprio perchè note, si tracciano le coordinate dell'evoluzione in seno alla giustizia amministrativa del tema relativo alla possibilità per il giudice amministrativo, una volta annullata l'aggiudicazione definitiva della selezione volta alla scelta del contraente cui affidare una commessa pubblica, di intervenire sulla validità del contratto *medio tempore* concluso dall'Amministrazione con quel soggetto aggiudicatario.

Le questioni verranno trattate tenendo separate quella di giurisdizione da quella di merito, atteso che solo risolvendo positivamente la prima potrà procedersi alla valutazione ed alla soluzione della seconda.

13. – Conviene premettere che la Corte costituzionale con la sentenza 27 novembre 2007 n. 401, ribadendo affermazioni più volte fatte proprie anche in precedenti decisioni, ha chiarito come sia “noto che l'attività contrattuale della pubblica amministrazione, essendo funzionalizzata al perseguimento dell'interesse pubblico, si caratterizza per la esistenza di una struttura bifasica: al momento tipicamente procedimentale di evidenza pubblica segue un momento negoziale. Nella prima fase di scelta del contraente l'amministrazione agisce, come si è già sottolineato, secondo predefiniti moduli procedimentali di garanzia per la tutela dell'interesse pubblico, ancorché siano contestualmente presenti momenti di rilevanza

negoziale, dovendo la pubblica amministrazione tenere, in ogni caso, comportamenti improntati al rispetto, tra l'altro, delle regole della buona fede. Nella seconda fase - che ha inizio con la stipulazione del contratto (si veda art. 11, comma 7, del Codice) - l'amministrazione si pone in una posizione di tendenziale parità con la controparte ed agisce non nell'esercizio di poteri amministrativi, bensì nell'esercizio della propria autonomia negoziale. Tale fase, che ricomprende l'intera disciplina di esecuzione del rapporto contrattuale, (...) si connota, pertanto, per la normale mancanza di poteri autoritativi in capo al soggetto pubblico, sostituiti dall'esercizio di autonomie negoziali”.

Anche in sede di interpretazione nomofilattica della portata e della natura giuridica dell'attività (e delle relative espressioni attive da essa discendenti) esercitata dalla Pubblica amministrazione nel corso dell'esecuzione del contratto e con riferimento all'adempimento agli obblighi da esso discendenti da parte dell'appaltatore, le Sezioni unite della Corte di cassazione, ribadendo anche esse principi già affermati nel passato ed affrontando il tema del significato e della portata effettiva delle disposizioni contenute negli artt. 6 e 7 della legge 21 luglio 2000 n. 205, in tema di giurisdizione del giudice amministrativo in materia di c.d. evidenza pubblica, con la sentenza 28 dicembre 2007 n. 27169 “fra le diverse e pur possibili opzioni ermeneutiche, hanno privilegiato quella cd. privatistica, per la quale la

L. n. 205 del 2000, artt. 6 e 7, nel devolvere alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie relative alle procedure di affidamento di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, hanno riguardo alla sola fase pubblicistica dell'appalto (in essa compresi i provvedimenti di non ammissione alla gara o di esclusione dalla stessa); e non si riferiscono alla successiva fase dell'esecuzione del rapporto, concernente i diritti e gli obblighi derivanti, per ciascuna delle parti, dal contratto stipulato successivamente agli atti di evidenza pubblica. In questa seconda fase resta operante la giurisdizione del giudice ordinario quale giudice dei diritti, cui spetta verificare la conformità alle norme positive delle regole attraverso le quali i contraenti hanno disciplinato i loro contrapposti interessi, e delle relative condotte attuative: a nulla rilevando che specifiche disposizioni legislative attribuiscono all'amministrazione committente la facoltà di incidere autoritativamente sul rapporto (e perfino di risolverlo), posto che detti atti amministrativi, non hanno natura provvedimentoale e non cessano di operare nell'ambito delle paritetiche posizioni contrattuali”.

La nettezza e la lapidarietà dell'interpretazione delle Sezioni unite rappresentata nel passaggio ora riportato rende evidente come il giudice amministrativo non possa conoscere delle controversie aventi ad oggetto la fase esecutiva del contratto (se non con le pochissime

eccezioni tassativamente indicate nell'art. 244 del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163), seppur questo sia stato affidato – come di regola deve avvenire – all'esito di una fase pubblicistica volta alla scelta del contraente della P.A..

Ciò non toglie però – come le stesse Sezioni Unite chiariscono - che sia non sopportabile, con riferimento alla corretta applicazione delle regole contenute nell'ordinamento, che l'intervenuto annullamento dell'aggiudicazione definitiva possa restare “cosa astratta” ed avulsa da conseguenze nei confronti di un contratto che, a cagione proprio di quell'illegittima (così dichiarata giudizialmente) aggiudicazione, è stato stipulato con dispendio di risorse economiche pubbliche. Nello stesso tempo non è neppure logico né coerente, con la più volte sollecitata dalle stesse Sezioni Unite della Corte di Cassazione (cfr. per tutte l'evidentissimo richiamo contenuto nelle ordinanze 13 giugno 2006 n. 13659 e 13660) doverosa applicazione del principio di concentrazione dei giudizi dinanzi allo stesso giudice, che il giudice amministrativo giurisdizionalmente competente (*naturaliter*) in ordine alla domanda di annullamento dell'aggiudicazione non lo sia anche con riguardo alle conseguenze di quell'annullamento sul contratto per effetto dell'attribuzione, ai sensi dell'art. 6 della legge n. 205 del 2000, della giurisdizione esclusiva in materia.

14. - Il Collegio non ignora, ovviamente, che con un recentissimo arresto le Sezioni Unite della Corte di Cassazione (con la sentenza sopra ricordata n. 27169 del 2007) hanno escluso qualsiasi possibilità per il giudice amministrativo di conoscere del destino del contratto in seguito all'annullamento dell'aggiudicazione definitiva affermando che "spetta al giudice ordinario la giurisdizione sulla domanda volta ad ottenere tanto la dichiarazione di nullità quanto quella di inefficacia o l'annullamento del contratto di appalto, a seguito dell'annullamento della delibera di scelta dell'altro contraente, adottata all'esito di una procedura ad evidenza pubblica: posto che in ciascuno di questi casi la controversia, non ha ad oggetto i provvedimenti riguardanti la scelta suddetta, ma il successivo rapporto di esecuzione che si concreta nella stipulazione del contratto di appalto, del quale i soggetti interessati chiedono di accertare un aspetto patologico, al fine di impedirne l'adempimento; che le situazioni giuridiche soggettive delle quali si chiede l'accertamento negativo hanno consistenza di diritti soggettivi pieni; e che il giudice è comunque chiamato a verificare la conformità alla normativa positiva delle regole attraverso cui l'atto negoziale è sorto, ovvero è destinato a produrre i suoi effetti tipici".

Tuttavia quel che non convince di questa conclusione del Giudice della giurisdizione è:

- 1) l'incoerenza con il richiamo della concentrazione dei giudizi;
- 2) la circostanza che la domanda non ha ad oggetto altro che l'efficacia del contratto posto in essere sulla scorta di un provvedimento amministrativo illegittimo e non fa affatto riferimento alla fase di esecuzione dell'appalto affidato.

15. – In argomento e tenendo conto delle considerazioni esposte dalla Quarta Sezione del Consiglio di Stato nell'ordinanza 21 maggio 2004 n. 3355 di rimessione della questione all'Adunanza plenaria di quell'Alto Consesso (sulla quale, peraltro, non è intervenuta pronuncia di merito, stante l'intervenuta rinuncia al ricorso in appello) si è affermato che:

- A) sulla materia del contendere non sembra aver influito la sentenza 6 luglio 2004 n. 204 della Corte Costituzionale che, nel ridefinire il quadro della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, non ha tuttavia inciso sulle specifiche previsioni normative di cui agli artt. 6 e 7 della legge n. 205/2000, che regolano il riparto di giurisdizione in materia di contratti della pubblica amministrazione (e neppure la successiva sentenza, interpretativa della n. 24 del 2004, 11 maggio 2006 n. 191);
- B) appare fondamentale comprendere quale tipo di pronuncia è richiesto al giudice amministrativo di adottare, visto che:

- a) se la soluzione preferita postula la pronuncia di decisioni costitutive (annullamento, risoluzione del contratto e, forse, inefficacia sopravvenuta), si rivela necessaria la proposizione di domande intese a conseguire una statuizione che elimini gli effetti del contratto e risulta, al contempo, precluso ogni apprezzamento incidentale della sua inefficacia;
 - b) se si ritiene, viceversa, che l'inefficacia del contratto si produca automaticamente (come nei casi della nullità o della caducazione automatica), deve concludersi che tale conseguenza va accertata con pronunce dichiarative e che può anche essere accertata in via incidentale.
 - c) ne consegue che, nell'ipotesi *sub a)*, occorre verificare se l'ambito di giurisdizione esclusiva disegnato dall'art. 6 della legge n. 205 del 2000, letteralmente circoscritto alle controversie aventi ad oggetto le procedure di affidamento di appalti pubblici, possa estendersi, in via interpretativa, fino a comprendere anche il sindacato diretto dell'invalidità e dell'inefficacia del contratto e, soprattutto, la potestà di adottare pronunce costitutive (quali l'annullamento o la risoluzione);
- C) in tale prospettiva, aderendosi ancora una volta alla posizione

assunta dal Consiglio di Stato e rappresentata nell'ordinanza n. 3355 del 2004 "deve rilevarsi, al riguardo che, ad avviso del Collegio, l'attribuzione delle controversie relative alle procedure di affidamento degli appalti pubblici alla giurisdizione esclusiva amministrativa risulterebbe del tutto inutile se non si intendesse tale ambito di competenza come comprensivo anche delle questioni relative alla validità ed all'efficacia del contratto (che, sole, paiono concernere diritti soggettivi), che l'esclusione di queste ultime dal novero di quelle conoscibili dal giudice amministrativo sulla base dell'art. 6 legge n. 205 del 2000 determinerebbe l'inaccettabile conseguenza di costringere il ricorrente ad un faticoso, farraginoso e dispendioso itinerario giurisdizionale, dal giudice amministrativo (per l'annullamento dell'aggiudicazione), a quello ordinario (per l'annullamento o la risoluzione del contratto) e, forse, di nuovo a quello amministrativo (per il risarcimento dei danni), per ottenere giustizia di un'unica vicenda sostanziale, con evidente *vulnus* delle esigenze di economicità, effettività e semplificazione e della tutela giurisdizionale, e, da ultimo, che l'inscindibilità del vincolo che collega gli aspetti pubblicistici e quelli privatistici della contrattazione avente ad oggetti gli appalti pubblici impedisce

Non si tratta, come in alcuni casi è stato pure postulato dalla giurisprudenza dell'ultimo periodo, di verificare se l'inefficacia del contratto costituisca o meno una modalità di risarcimento del danno in forma specifica (di talché, secondo numerose decisioni alle quali sopra si è già fatto richiamo, è questo il motivo principale che consentirebbe di trattenere la giurisdizione in capo al giudice amministrativo), ma quel che appare logico affermare, tenendo conto delle disposizioni sia tratte dall'ordinamento amministrativo che da quello civilistico e applicabili in materia, è che non possa ritenersi efficace un contratto i cui elementi essenziali (a mente dell'art. 1325 c.c.) non sussistono più essendone stato eliminato retroattivamente – seppure *in parte qua* e con riferimento alla posizione del soggetto aggiudicante - il più importante perché relativo alla manifestazione della volontà di uno dei due contraenti.

Infatti, aderendo il Collegio per quel che più avanti si dirà allo schema della caducazione automatica, di essa è conseguenza inevitabile la necessaria ed immediata cessazione dell'efficacia del contratto per il solo effetto dell'annullamento dell'aggiudicazione (senza bisogno, cioè, di pronunce costitutive), sulla base del rilievo

della sussistenza di una connessione funzionale tra la sequenza procedimentale pubblicistica e la conseguente stipula del contratto che implica, in analogia alle fattispecie privatistiche del collegamento negoziale, la caducazione del negozio dipendente, nel caso di annullamento di quello presupposto (cfr. anche Cass., Sez. I, 27 marzo 2007 n. 7481 e 26 maggio 2006, n. 12629).

16. - In altri termini, in conclusione dell'esame dello scrutinio della questione con riferimento al profilo della giurisdizione, può affermarsi che:

- a) l'annullamento giudiziale di una aggiudicazione definitiva costituisce un evento giuridico che incide, con efficacia retroattiva, sulla manifestazione di volontà espressa dall'Amministrazione con la scelta del contraente e solo confermata con la stipulazione del contratto;
- b) la richiesta di annullamento del contratto da parte del ricorrente non rientra nello schema risarcitorio, trattandosi di questione che esula dalla eventuale richiesta di risarcimento "in forma specifica" formulata dal ricorrente e volta ad ottenere di essere sostituito al precedente aggiudicatario, laddove possibile, nell'esecuzione della commessa pubblica già attivata e neppure, ovviamente, può rientrarvi una richiesta risarcitoria "per equivalente";

- c) la domanda di annullamento del contratto è dunque volta solo a rendere possibile una dichiarazione non costitutiva da parte del giudice amministrativo che ratifichi, nel concreto, le conseguenze dell'annullamento dell'aggiudicazione sulla formazione della volontà dell'Amministrazione e quindi sulla efficacia del contratto *medio tempore* concluso;
- d) per il principio di concentrazione dei giudizi e per economia dei mezzi processuali, non può che ritenersi la competenza giurisdizionale ad effettuare la suindicata pronuncia dichiarativa, quando richiesta, allo stesso giudice competente giurisdizionalmente a conoscere delle censure in ordine alla procedura di affidamento della commessa pubblica e quindi al giudice amministrativo;
- e) la decisione di quest'ultimo non inciderà mai sulla fase di esecuzione del contratto, visto che quest'ultimo non è stato mai validamente stipulato (per effetto dell'efficacia retroattiva dell'annullamento dell'aggiudicazione) e i lavori, i servizi o le forniture realizzati in virtù del contratto inefficace costituiscono attività svolte in favore del committente senza titolo, con le conseguenze civilistiche che tale vicenda giuridica comporta.

Può dunque, per le ragioni sopra esposte, confermarsi la

competenza giurisdizionale del giudice amministrativo a dichiarare l'inefficacia del contratto stipulato in seguito ad una aggiudicazione definitiva giudizialmente annullata.

17. – Affermata la giurisdizione del giudice amministrativo ad esprimere le conseguenze sul contratto provocate dall'annullamento dell'aggiudicazione definitiva, con riferimento proprio a tale tema si rammenta che gli orientamenti che agitano il dibattito fanno richiamo alle seguenti posizioni:

- a) secondo l'impostazione tradizionale e più risalente della giurisprudenza civile (Cass.. 17 novembre 2000 n. 14901; 8 maggio 1996 n. 4269; 28 marzo 1996 n. 2842 e 26 luglio 1993 n. 8346), il contratto stipulato sulla base di un'aggiudicazione illegittima è annullabile ai sensi dell'art. 1425 o dell'art. 1427 c.c. (a seconda della catalogazione dogmatica del vizio alla quale si accede); tale conclusione viene raggiunta sulla base del rilievo che le norme che regolano le procedure ad evidenza pubblica servono a consentire la corretta formazione della volontà del contraente pubblico, sicché la loro violazione implica un vizio del consenso manifestato dalla pubblica amministrazione o, secondo un'altra ricostruzione, ne rivela l'incapacità a contrarre. E' quindi imputabile alla sola Pubblica amministrazione la legittimazione alla proposizione della

domanda di annullamento del contratto ai sensi dell'art. 1441 c.c. (cfr. *ex multis* Cass. 21 febbraio 1995 n. 1885);

- b) secondo una diversa ricostruzione, il contratto concluso in esito ad un'aggiudicazione illegittima è affetto da nullità assoluta ai sensi dell'art. 1418, comma 1, cod. civ., per violazione di norme imperative (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 5 marzo 2003 n. 1218 e T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 29 maggio 2002 n. 3177), attesa la natura inderogabile delle disposizioni che regolano la selezione del contraente privato ai fini dell'affidamento di un appalto pubblico.
- c) la prevalente giurisprudenza amministrativa ha preferito ricostruire la fattispecie in termini di caducazione del contratto per effetto dell'annullamento della presupposta aggiudicazione (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 25 maggio 1998 n. 677 e 30 marzo 1993 n. 435), negando così ogni ipotesi di invalidità del negozio giuridico, connettendo la sola conseguenza dell'inefficacia all'eliminazione del provvedimento conclusivo della sequenza procedimentale pubblicistica che ha preceduto la sua conclusione e, soprattutto, escludendo che la stipula del contratto determinasse la sopravvenuta carenza di interesse alla decisione del ricorso contro l'aggiudicazione (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 21 ottobre 1996 n. 1373).

18. - Con riferimento all'orientamento incline a fare propria la soluzione della caducazione, il Consiglio di Stato ha proposto distinte prospettazioni:

- a) la Quinta Sezione ha ribadito la tesi dell'efficacia caducante nel caso di annullamento degli atti della procedura amministrativa, in forza del rapporto di consequenzialità necessaria tra la procedura di gara ed il contratto successivamente stipulato, e, mantenendo ferma l'adesione alla teoria della caducazione automatica, ha ritenuto che i termini della questione debbano essere ricostruiti alla luce della categoria dell'inefficacia successiva, da intendersi quale "inidoneità funzionale" del programma negoziale a spiegare ulteriori effetti successivamente alla pronuncia di annullamento (cfr. Cons. Stato, V, 14 dicembre 2006 n. 7402, 29 novembre 2005 n. 6579, 28 settembre 2005 n. 5194, 11 novembre 2004 n. 7346 e 28 maggio 2004 n. 3465);
- b) la Sesta Sezione (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 5 maggio 2003 n. 2332 e 30 maggio 2003 n. 2992) ha, in particolare, ascritto la fattispecie allo schema della caducazione automatica, che comporta la necessaria ed immediata cessazione dell'efficacia del contratto per il solo effetto dell'annullamento dell'aggiudicazione (senza bisogno, cioè, di pronunce

costitutive), sulla base del rilievo della sussistenza di una connessione funzionale tra la sequenza procedimentale pubblicistica e la conseguente stipula del contratto che implica, in analogia alle fattispecie privatistiche del collegamento negoziale, la caducazione del negozio dipendente, nel caso di annullamento di quello presupposto;

- c) la Quarta Sezione (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 27 ottobre 2003 n. 6666) ha, invece, optato per la diversa catalogazione della fattispecie in termini di inefficacia sopravvenuta relativa, che comporta la cessazione degli effetti del contratto non in via automatica, ma per effetto della necessaria iniziativa giurisdizionale del contraente pretermesso (unico legittimato ad invocarla in suo favore) e con il duplice limite della buona fede dei terzi, in applicazione analogica degli artt. 23, comma 2, e 25, comma 2 cod. civ. e dell'eccessiva onerosità della sostituzione del contraente per la pubblica amministrazione, debitrice nella relativa domanda di reintegrazione in forma specifica, ai sensi dell'art. 2058 c.c..

Va richiamato poi come le recenti ricostruzioni giurisprudenziali che annettono la sola conseguenza dell'inefficacia del contratto all'annullamento dell'aggiudicazione argomentano, inoltre, *a contrario* tale conclusione dal rilievo che se l'art. 14, comma

2, decreto legislativo 20 agosto 2002, n. 190 ha espressamente escluso la risoluzione del contratto quale conseguenza dell'annullamento e della sospensione dell'aggiudicazione per i soli appalti relativi alle infrastrutture strategiche di preminente interesse nazionale (alle quali si applicano la legge 21 dicembre 2002 n. 443 ed il decreto legislativo 20 agosto 2002 n. 190), per i contratti aventi ad oggetto appalti diversi da questi ultimi la conseguenza dell'annullamento degli atti della procedura ad evidenza pubblica è proprio quella che la suddetta disposizione ha inteso scongiurare per gli appalti compresi nel suo ambito applicativo, e cioè la risoluzione (da intendersi, tuttavia, come espressione attecnicamente usata dal legislatore per indicare la perdita di efficacia del negozio giuridico).

19. – Riepilogati come sopra i termini della questione il Collegio ritiene che l'effetto dell'annullamento giudiziale dell'aggiudicazione sul contratto medio tempore concluso sia ascrivibile nell'alveo della categoria della caducazione.

Su questo punto – peraltro già esaminato con riferimento alla questione di giurisdizione - appare convincente quanto espresso dalla Corte di Cassazione, Sez. I, nella sentenza 27 marzo 2007 n. 7481 nel passaggio che appare fondamentale riportare integralmente, posto che coincide pienamente con il pensiero che il Collegio intende in questa sede affermare sulla nota questione qui in esame: “Di vero,

quand'anche vi fosse stata la manifestazione di volontà del Comune di considerare iniziato il rapporto contrattuale con la delibera di aggiudicazione, il suo sopravvenuto annullamento giurisdizionale ha comportato che nessun effetto può essere riconosciuto al provvedimento invalido (ed agli atti presupposti ad evidenza pubblica su cui era fondato) fin dal momento del suo venire in essere e ai diritti soggettivi dallo stesso attribuiti in quanto sorti da un atto non conforme alle condizioni prescritte dalla legge per la sua operatività. L'annullamento del verbale di aggiudicazione, infatti, pone nel nulla l'intero effetto-vicenda derivato dall'aggiudicazione, a cominciare quindi dal contratto di appalto che vi è insito o che, ove stipulato in successivo momento, non ha alcuna autonomia propria e non costituisce la fonte dei diritti ed obblighi tra le parti, ma, assumendo il menzionato valore di mero atto formale e riproduttivo, è destinato a subire gli effetti del vizio che affligge il provvedimento cui è inscindibilmente collegato e a restare automaticamente e immediatamente caducato, senza necessità di pronunce costitutive del suo cessato effetto o di atti di ritiro dell'amministrazione, in conseguenza della pronunciata inefficacia del provvedimento amministrativo *ex tunc*, travolto dall'annullamento giurisdizionale (cfr. Cass. 12629/2006, 17673/2004, 4654/1993, 5712/1985; Cons. St. 3463/2004, 6666/2003, 2992/2003, 2332/2003, 8873/2002). E, invero,

la caducazione, in sede giurisdizionale o amministrativa, di atti della fase della formazione, attraverso i quali si è cioè formata in concreto la volontà contrattuale dell'Amministrazione, priva quest'ultima, con efficacia *ex tunc*, della legittimazione a negoziare; in sostanza, l'organo amministrativo che ha stipulato il contratto, una volta che viene a cadere, con effetto *ex tunc*, uno degli atti del procedimento costitutivo della volontà dell'Amministrazione, come la deliberazione di contrattare, il bando o l'aggiudicazione, si trova nella condizione di aver stipulato *iniure*, privo della legittimazione che gli è stata conferita dai precedenti atti amministrativi. L'annullamento della fase sostanziale dell'aggiudicazione segna infatti, in via retroattiva, la carenza di uno dei presupposti di efficacia del contratto, che, pertanto, resta definitivamente privato dei suoi effetti giuridici. L'automatica invalidità degli atti del procedimento incisi dalla pronuncia giurisdizionale è idonea a mutare i termini dell'ipotesi contrattuale intorno alla quale si è determinata la volontà dei partecipanti e la formazione delle singole offerte, e ciò anche nel caso in cui l'aggiudicatario abbia posto in essere, nelle more del giudizio, un'attività riconducibile alla prestazione dovuta in forza della relazione contrattuale instaurata per effetto dell'aggiudicazione. Tale attività - a parte il fatto di costituire evento temporalmente successivo ed esterno allo svolgimento della procedura (che ne ha costituito il

presupposto) - una volta annullata l'aggiudicazione, è, infatti, destinata ad assumere le connotazioni di un'attività di fatto, in forza della proiezione *ex tunc* degli effetti dell'annullamento”.

L'orientamento sopra riportato e che conferma ciò che il Collegio intende qui affermare è stato fatto proprio e ribadito anche in epoca recentissima dalla stessa Sezione Prima della Corte di Cassazione con la sentenza 15 aprile 2008 n. 9906 in tema di – inevitabile – dichiarazione di inefficacia del contratto stipulato in seguito e sulla scorta di una provvedimento di aggiudicazione giudizialmente annullato.

20. – In virtù di quanto sopra esposto ed attesa l'infondatezza dei motivi che sorreggono il ricorso incidentale e, per contro, la fondatezza di quelli che assistono il gravame proposto dalla Cooperativa Risvolti, non può che respingersi il ricorso incidentale ed accogliersi quello principale e, per l'effetto, annullare gli atti impugnati, dichiarando inefficace la convenzione *medio tempore* stipulata

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo in complessivi euro 3.000,00 (euro tremila).

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione Seconda, definitivamente pronunciando sul ricorso n. 10923/2007 come in

epigrafe, respinge il ricorso incidentale ed accoglie quello principale.
Per l'effetto, annulla gli atti impugnati e dichiara inefficace la
convenzione medio tempore stipulata.

Condanna il Comune di Roma, in persona del Sindaco pro tempore, a
rifondere le spese di lite in favore della Società Cooperativa Sociale
Risvolti Srl, in persona del rappresentante legale pro tempore, che
liquida in complessivi euro 3.000 (euro tremila) oltre accessori come
per legge.

Compensa le spese tra le altre parti costituite

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

Così deciso in Roma, dal Tribunale Amministrativo Regionale per il
Lazio, Sezione Seconda, nella camera di consiglio del 20 febbraio
2008.

Il Presidente

Luigi Tosti

Il relatore ed estensore

Stefano Toschei