

15-06-2012

Distributori di snack e bevande nelle scuole: continuano i ricorsi al T.A.R., proviamo a fare il punto sul contenuto della più recente giurisprudenza

Alcune recenti sentenze del Consiglio di Stato ci permettono di svolgere alcune considerazioni sul contratto inerente la distribuzione di bevande e snack ed il servizio di ristoro nell'edificio scolastico.

La qualificazione del contratto

La giurisprudenza (richiamata anche nelle nostre risposte ai quesiti su detto argomento) è pressoché pacifica nel qualificare il contratto per l'installazione di bevande e merendine presso le scuole (nonché quello per l'affidamento del servizio di ristoro) come concessione di servizi (cfr. Consiglio di Stato - Sez. V - Sent. 02/02/2010 n. 445; Consiglio di Stato - Sez. III - Sent. 08/07/2011 n. 4128; TAR Puglia - Bari Sez. I - Sent. 12/04/2012 n. 716; TAR Toscana - Sez. II - Sent. 29/11/2011 n. 1855; TAR Emilia-Romagna - Parma Sez. I - Sent. 31/01/2011 n. 32; TAR Lombardia - Brescia Sez. II - Sent. 29/01/2010 n. 430; TAR Toscana - Sez. II - Sent. 30/09/2009 n. 1490; TAR Emilia-Romagna - Bologna Sez. I - Ord. 16/01/2009 n. 23; TAR Sicilia - Catania Sez. III - Sent. 13/06/2005 n. 980)

Per completezza si rileva che solo la sentenza del Consiglio di Stato n. 4012 del 16 luglio 2007 ha qualificato il contratto in questione in termini di comodato d'uso, facendo discendere da tale qualificazione l'inapplicabilità delle procedure di evidenza pubblica di cui al D.Lgs. 163/2006 (Codice dei contratti pubblici) anche in ragione dell'esiguità dell'importo e della tipologia di contratto.

I principi affermati dalla giurisprudenza amministrativa

Il Consiglio di Stato - Sez. III – con la sentenza n. 4128 del 2011 sopra citata, premettendo che **costituisce concessione di servizio pubblico** ex art. 30 d.lgs. n. 163/2006 e non appalto di servizio l'installazione di distributori automatici di generi di ristoro/conforto in una struttura pubblica, ha affermato che per detta procedura di gara, pur non essendo la stessa assoggettata in generale al codice dei contratti pubblici (cfr. comma 1 del citato art. 30), è comunque imposta dal comma 3 l'osservanza dei principi comunitari e dei principi generali relativi ai contratti pubblici (in particolare, dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità, previa gara informale a cui sono invitati almeno cinque concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto della concessione, e con predeterminazione dei criteri selettivi).

Nel caso di specie il Consiglio di Stato ha confermato la sentenza di primo grado che aveva ritenuto illegittimo l'affidamento della gestione del servizio di distributori automatici di snack ad una società già affidataria diretta della gestione del sistema di comunicazione

video/internet nelle strutture ospedaliere, che di fatto ha impedito il confronto concorrenziale tra le imprese del settore per l'assegnazione del servizio costituito dalla installazione e gestione di distributori automatici di generi alimentari, potendosi peraltro desumere dagli atti del giudizio che la stessa società affidataria risultava offrire il detto servizio ad un canone annuo di importo molto maggiore rispetto a quelle di eventuali concorrenti.

In sostanza, ad avviso della giurisprudenza amministrativa (cfr. altresì Consiglio di Stato - Sez. VI - Sent. 20/05/2011 n. 3019), anche in sede di svolgimento di gara informale per la concessione dell'esercizio in esclusiva in ambito scolastico del servizio di vendita di alimenti e di installazione di distributori all'uopo destinati, l'art. 30 d.lg. 12 aprile 2006 n. 163 impone l'osservanza dei principi generali stabiliti per l'aggiudicazione dei contratti pubblici e, in particolare, dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità, , previa gara informale a cui sono invitati almeno cinque concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto della concessione, e con predeterminazione dei criteri selettivi.

In applicazione dei suesposti principi, il Consiglio di Stato con la sentenza 20 maggio 2011 n. 3019, ha ritenuto illegittimo, poiché irragionevole e sproporzionato, l'affidamento del servizio basato su un punteggio sufficiente a determinare la vittoria della gara, attribuito all'aggiudicatario solo sulla base del prezzo simbolico da questo offerto in relazione ai prodotti freschi con scadenza giornaliera, senza che la disciplina di gara specificasse in alcun modo il quantitativo minimo di prodotti che dovevano essere forniti in sede di esecuzione del servizio.

Sempre in un altro caso di specie inerente l'installazione di distributori automatici in un istituto scolastico è stata ritenuta illegittima la gara soggetta, per disposizione del bando, al criterio dell'offerta più vantaggiosa che si sia svolta in carenza della doverosa predeterminazione dei criteri selettivi (obbligo peraltro espressamente imposto dall'ultimo inciso del comma 3 dell'art. 30 d.lgs. n. 163/2006) e quindi in violazione del principio di trasparenza specificatamente richiamato dal citato comma 3. Nel caso di specie il bando conteneva criteri di attribuzione dei punteggi numerici estremamente indefiniti. Infatti, nelle gare pubbliche il solo punteggio numerico assegnato agli elementi di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa può essere ritenuto idoneo a configurare motivazione sufficiente quando i prefissati criteri di valutazione, prevedenti un minimo ed un massimo, siano estremamente dettagliati, atteso che in questo caso sussiste comunque la possibilità di ripercorrere il percorso valutativo, quindi di controllare la logicità e la congruità del giudizio tecnico. (cfr. T.A.R. Puglia – Bari - sez. I: Sent. 12 aprile 2012 n. 716).

Ulteriori considerazioni in merito alla corretta procedura di affidamento

Per completezza, ricordiamo alcune considerazioni sul contratto in commento già presenti nei nostri precedenti pareri.

A) Determinazione del valore del contratto e procedura di selezione del contraente.

La procedura di scelta indicata dall'art. 30 D.Lgs. 163/2006 è la procedura negoziata, con invito a cinque concorrenti: "La scelta del concessionario deve avvenire ... previa gara informale a cui sono invitati almeno cinque concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto della concessione". La specialità dell'oggetto del contratto e della procedura di scelta indicata rendono irrilevante il valore della soglia comunitaria (soglia elevata per effetto del Regolamento (UE) n. 1251/2011 della Commissione 30 novembre 2011 a decorrere dal 1 gennaio 2012 a € 130.000 o € 200.000): il rilievo della soglia ha infatti effetti sui contratti qualificabili come appalti pubblici, contratti nei quali è l'amministrazione a sopportare una spesa, elemento non presente nel contratto in esame (che è semmai attivo per l'amministrazione, se si preveda che questa incassi un canone). L'irrilevanza della determinazione del valore ai fini della soglia si ripercuote anche sulla determinazione della durata del contratto, che potrà essere pluriennale (si suggerisce come subito si dirà di non eccedere i sei anni).

B) Obbligo di predeterminazione dei criteri di valutazione e loro ordine di applicazione

L'amministrazione ha l'obbligo di predeterminare gli elementi in base ai quali le offerte saranno valutate. Ciò è esplicitamente imposto dall'art. 30 citato e ribadito dalla giurisprudenza (Cons. Stato, sez. V, 12 giugno 2007, n. 3136; TAR Toscana, sez. II 06 luglio 2010 n. 2313; TAR Piemonte, sez. II 10 giugno 2010 n. 2751; TAR, Abruzzo, L'Aquila, sez. I 19 luglio 2010 n. 532). L'obbligo è posto a garanzia del generale principio dell'imparzialità e della par condicio e, quindi, della trasparenza. Ha affermato la Corte di Giustizia dell'Unione Europea (Sent. 18/11/2010 in causa C-226/09) che gli offerenti devono poter conoscere i criteri di aggiudicazione prima della scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte e che tali criteri e la loro ponderazione non possono essere modificati durante la procedura.

Sin dalla lettera di invito è necessaria l'esplicitazione dei criteri di valutazione delle offerte nonché la individuazione di modalità di presentazione delle stesse.

C) Divieto di commistione tra requisiti soggettivi ed elementi oggettivi

Tra i criteri di selezione indicati dall'amministrazione non devono essere inclusi elementi riferiti al soggetto, potendo legittimamente tali criteri essere riferiti solo all'offerta. La giurisprudenza è pacifica nel ritenere applicabile alla fattispecie il divieto tratto dalla disciplina comunitaria sugli appalti pubblici di commistione tra requisiti soggettivi

(da riferire all'offerente) ed elementi oggettivi (da riferire all'offerta). Sia il TAR Emilia Romagna (sent 31/01/2011 n. 32) che il TAR Lombardia (sent. 29/01/2010 n. 430) hanno dichiarato l'illegittimità degli atti della gara per l'affidamento del contratto per la installazione di distributori automatici di bevande e snacks avendo la lettera di invito previsto quale elemento di valutazione delle offerte il possesso di attributi soggettivi dei concorrenti (certificazione di qualità e pregressa esperienza presso soggetti pubblici e privati) inidonei a rivelare le specifiche caratteristiche di mezzi e personale da impiegare nel servizio de quo.