

ERRONEA GESTIONE

LE CONSEGUENZE DI UNA CATTIVA GESTIONE DELLE PROCEDURE DI SELEZIONE DEGLI AFFIDATARI DI CONTRATTI PUBBLICI NELLE SCUOLE

di *Stefano Feltrin* *

L'obbligatorietà del rispetto della normativa in materia di contratti

pubblici da parte degli Istituti Scolastici è ormai un dato di fatto indiscutibile e ripetutamente richiamato da parte degli Uffici Scolastici Regionali e nelle note e circolari ministeriali. Le conseguenze del mancato rispetto delle norme in questione, tuttavia, non appare analogamente chiaro e di immediata percezione e, quindi, appare utile analizzare un caso concreto al fine di evidenziare come l'erronea gestione di una procedura selettiva possa riflettersi negativamente sull'Istituto Scolastico.

Al fine di approfondire tali aspetti, analizziamo la vicenda seguita dal **Tribunale Amministrativo Regionale per il Molise** (Sezione Prima) che ha pronunciato la sentenza n. 205 del 10 maggio 2012 nei confronti di un Istituto di Campobasso per l'annullamento del provvedimento

con il quale la Commissione giudicatrice del Liceo ha aggiudicato alla società prima in graduatoria la procedura negoziata mediante cottimo fiduciario per l'utilizzo di impianti sportivi nonché per il risarcimento dei danni.

L'Istituto Scolastico aveva indetto una procedura negoziata per cottimo fiduciario per la scelta del contraente al quale affidare la locazione e gestione degli impianti sportivi per il periodo ottobre-maggio 2012, determinando di affidare (e stipulare) tale contratto ad una delle associazioni sportive invitate.

L'associazione classificatasi seconda nella medesima procedura ha presentato il ricorso per l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione, chiedendo altresì, la condanna al risarcimento del danno da **"mancato affidamento del servizio di utilizzazione"**, nella misura di 40.000 euro, pari al 10% del prezzo offerto.

L'associazione sostiene nel ricorso che avrebbe diritto all'aggiudicazione del contratto articolando le seguenti ragioni di critica del comportamento dell'Istituto Scolastico:

1) la violazione dell'articolo 125 del **d.lgs. n. 163 del 2006**, poiché la lettera d'invito richiedeva solo la formulazione dell'ammontare del compenso orario per l'uso dei campi sportivi e specificava che la migliore offerta sarebbe stata selezionata con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa; mentre poi la gara è stata aggiudicata alla controinteressata che ha offerto un prezzo sensibilmente più alto (28,00 euro /ora per campo a fronte dei 18,00 euro richiesti dalla ricorrente), con una motivazione del tutto "libera", secondo cui l'offerta *"è più completa per gli impianti messi a disposizione ed inclusione delle lezioni di scherma; la struttura è ubicata in Campobasso, in una zona della città raggiungibile dalla navetta in tempi contenuti con conseguente recupero di tempo prezioso al fine dello svolgimento dell'attività didattica"*; cioè tutti elementi che non erano contenuti nella lettera d'invito; la ricorrente, inoltre, contesta anche, con una relazione documentata, che la sede dell'aggiudicataria sia più facilmente raggiungibile;

2) privilegiare l'ubicazione in Campobasso, inoltre, sarebbe un comportamento ingiustificatamente restrittivo della concorrenza;

3) sarebbe stato violato il principio di rotazione, atteso che l'associazione aggiudicataria aveva già locato all'istituto resistente i campi sportivi;

4) ai sensi dell'articolo 83 del d.lgs. n. 163 del 2006 e dell'articolo 334 comma 1 lett. d) del d.p.r. n. 207 del 2010, la commissione non avrebbe potuto integrare i criteri stabiliti nella *lex specialis*, la quale avrebbe dovuto, altresì, indicare gli elementi di valutazione, essendo stato adottato il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. La difesa dell'associazione aggiudicataria si è basata principalmente sul fatto che il contratto con l'amministrazione aggiudicatrice è stato già stipulato e che "le attività sono attualmente in fase di svolgimento e che la stessa avrebbe offerto, in realtà, un prezzo complessivamente minore, avendo offerto due campi gratis (quello da beach volley e quello da tennis), e quindi: $28 \times 3: 5 = 16,80$ euro a campo.

La difesa dell'avvocatura erariale ha anche rilevato che, nel caso del cottimo fiduciario di cui all'articolo 125 del d.lgs. n. 163 del 2006, si applicano solo i principi e non tutte le procedure previste per le procedure aperte e ristrette; e ciò varrebbe anche per i criteri indicati dall'articolo 83 del d.lgs. n. 163 del 2006, per l'affidamento con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, che si riferirebbe solo alle gare ordinarie, e per il cottimo avrebbe dunque solo valore indicativo.

Inoltre, con riferimento alla contestazione circa il mancato rispetto dell'articolo 11 comma 10 del d.lgs. n. 163 del 2006 (*cd. stand still*) la difesa dell'Istituto argomenta-

va che, in ogni caso, la ricorrente avrebbe ricevuto, ben prima, comunicazione orale dell'esito della gara richiedendo, ove necessario, l'ammissione di prova testimoniale per la dimostrazione della effettiva conoscenza dell'aggiudicazione da parte della ricorrente.

Il Tar Molise, esaminate le rispettive posizioni, procede all'esame delle contestazioni e delle relative difese affermando, innanzi tutto, che il comma 10 dell'articolo 11 del d.lgs. n. 163 del 2006 prevede testualmente che "*Il contratto non può comunque essere stipulato prima di trentacinque giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione definitiva ai sensi dell'articolo 79*".

Sia il dato testuale (che fa esplicito riferimento all'invio di una comunicazione) sia il principio generale, secondo cui l'amministrazione, salvo casi eccezionali e tipici, adotta atti formali e scritti (che, tra l'altro, se sfavorevoli al destinatario hanno efficacia solo dalla loro notifica, cfr. art. 21 bis della legge n. 241 del 1990), depongono nel senso che la comunicazione scritta dell'aggiudicazione non può essere surrogata da una mera notizia orale e informale.

Ne consegue che, nel caso di specie, appare palesemente violato il disposto di cui all'articolo 11, comma 10 cit. (inoltre, atteso che il *cd. stand still* è riconducibile all'obbligo di trasparenza, richiamato dall'articolo 125 del d.lgs. n. 163 del 2006, esso trova applicazione anche nel caso di cottimo fiduciario da tale norma disciplinato, cfr. Tar Firenze, sentenza n. 6570 del 2010).

Sul tema della mancata predeterminazione dei criteri, i giudici molisani osservano che, effettivamente, la lettera di invito si limitava a prevedere solo l'indicazione del prezzo e ad optare per la scelta secondo il criterio dell'offerta eco-

nomicamente più vantaggiosa, rilevando, a tal proposito, che la procedura negoziata di cui all'articolo 125 del d.lgs. n. 163 del 2006, pur caratterizzata da maggior snellezza e semplicità, non può abdicare ai principi fondamentali in materia di aggiudicazione di contratti pubblici, come si desume dal medesimo articolo, il quale, al comma 2, prevede che "*l'affidamento mediante cottimo fiduciario avviene nel rispetto dei principi di trasparenza, rotazione, parità di trattamento*".

Ciò premesso, è altresì evidente che il principio di predeterminazione dei criteri, nel caso di scelta secondo il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, enunciato all'articolo 83 del d.lgs. n. 163 del 2006, è riconducibile a quello di trasparenza e parità di trattamento (*cfr. T.A.R. L'Aquila, sentenza 7 aprile 2011 n. 182*).

Il **T.A.R.** conclude, quindi, che l'Istituto Scolastico avrebbe dovuto predeterminare i criteri in modo adeguato, da un lato, per collocare tutti i concorrenti nella medesima posizione conoscitiva in ordine alle esigenze della stazione appaltante, dall'altro, a vincolare la successiva valutazione alle caratteristiche richieste e predeterminate; ciò pur senza assegnare in modo rigido un punteggio ad ogni criterio, secondo quanto previsto dall'articolo 83 del d.lgs. n. 163 del 2006, essendo la procedura negoziata, di cui all'articolo 125 del medesimo d.lgs., caratterizzata da maggiore semplicità.

Fatte tali premesse di diritto sostanziale, il T.A.R. passa all'analisi delle conseguenze dell'illegittimo comportamento dell'Istituto Scolastico osservando, in primo luogo, che l'articolo 121 lett. c) del codice del processo amministrativo (in seguito per brevità "**C.P.A.**") prevede la possibilità di dichiarare l'inefficacia del contratto, nel caso di

violazione dello *stand still*, se ciò abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento e, nel caso in esame, la ricorrente non ha dato prova sufficiente di meritare l'aggiudicazione del contratto in luogo della controinteressata. Il **T.A.R.** sostiene sul punto che, come emerge chiaramente dalla lettera d'invito e come prospettato nel ricorso stesso, l'amministrazione ha proceduto secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, e, non avendo predeterminedato i criteri, non è possibile stabilire, senza sostituirsi all'amministrazione (in attività inespressa), chi avrebbe potuto aggiudicarsi la gara; a ciò non essendo evidentemente sufficiente il solo fatto di aver offerto un prezzo minore per ciascuna ora (circostanza anche dubbia, in relazione alle difese delle resistenti che hanno evidenziato il maggior numero di campi offerti dall'aggiudicataria).

Anche alla luce dei criteri di cui all'articolo 122 del C.P.A., il **T.A.R.** ritiene di non poter dichiarare l'inefficacia del contratto, poiché, da un lato, la ricorrente non ha dimostrato la sua possibilità di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, ma solo l'illegittimità dell'intera procedura e, dall'altro, lo stato di esecuzione del contratto è ormai giunto ad un punto tale da essere prossimo alla scadenza. Applicando l'articolo 121 comma 4 C.P.A., il **T.A.R.** ritiene, quindi, che nei casi in cui, nonostante le violazioni, il contratto sia considerato efficace, si applicano le sanzioni alternative di cui all'articolo 123 e tali sanzioni si applicano, ai sensi dell'articolo 123 comma 3, anche nei casi, come quello in esame, in cui il contratto sia stato stipulato senza rispettare il termine dilatorio stabilito dall'articolo 11, comma 10 *cit.*. Sul punto il Collegio ritiene che ci sia stato anche sufficiente con-

traddittorio tra le parti, sia perché esse hanno abbondantemente dedotto in ordine ai presupposti di illegittimità della gara, di efficacia del contratto e di mancato rispetto del termine di stipula, dalla comunicazione dell'aggiudicazione; sia perché hanno comunque percepito chiaramente la possibile applicazione di tali sanzioni.

Il **Tar Molise** ritiene, pertanto, che sussistano i presupposti per l'applicazione delle sanzioni alternative di cui all'articolo 123 C.P.A., considerando adeguata la sola sanzione di cui alla lettera **a)** *del medesimo articolo 123, che prevede "a) la sanzione pecuniaria nei confronti della stazione appaltante, di importo dallo 0,5% al 5% del valore del contratto, inteso come prezzo di aggiudicazione, che è versata all'entrata del bilancio dello Stato - con imputazione al capitolo 2301, capo 8 "Mulle, ammende e sanzioni amministrative inflitte dalle autorità giudiziarie ed amministrative, con esclusione di quelle aventi natura tributaria"* -, entro sessanta giorni dal passaggio in giudicato della sentenza che irroga sanzione; decorso il termine per il versamento, si applica una maggiorazione pari ad un decimo della sanzione per ogni semestre di ritardo.

Nel caso di specie, inoltre, considerata la gravità della condotta della stazione appaltante, nella totale assenza di predeterminazione di criteri di valutazione delle offerte, ritiene adeguato l'importo pari al 5% del valore del contratto. Quanto alla domanda di risarcimento del danno per equivalente, il **Tar Molise** ritiene di non poter accoglierla, poiché la ricorrente non ha dimostrato di meritare l'aggiudicazione della gara, ma solo l'illegittimità di quest'ultima, e pertanto, non avendo un pretesa meritevole di tutela ad essere parte del rapporto contrattuale, il relativo interesse positivo non può

ricevere neanche tutela risarcitoria per equivalente (cioè non ha diritto al profitto che avrebbe ricavato dall'esecuzione del contratto). Inoltre, l'illegittimità ha travolto tutta la gara dal momento dell'invio della lettera d'invito, quindi anche la partecipazione ad essa ne resta coinvolta, e pertanto non è idonea a sorreggere una legittima pretesa all'aggiudicazione.

Infine, con riferimento alle spese del giudizio il **Tar Molise** condanna l'**Istituto Scolastico** al pagamento, in favore della ricorrente, della somma complessiva di euro 2.000, a titolo di spese processuali oltre al contributo unificato (pari a euro 4.000) come per legge.

In conclusione, quindi, l'Istituto Scolastico che non rispetta le obbligatorie norme poste dal **D. lgs 163/2006** si ritrova, nel caso esaminato, a dover risarcire la ricorrente per le spese processuali ed a versare la multa inflitta per la *"la gravità della condotta illegittima"* oltre ad aver dedicato tempo e risorse ad una procedura in seguito integralmente annullata dai giudici amministrativi.

Nel caso esaminato, fortunatamente per l'Istituto Scolastico, la ricorrente ha dimostrato l'illegittimità della procedura, ma non anche il proprio diritto al risarcimento del danno subito che, altrimenti, avrebbe potuto essere ulteriormente posto a carico dell'Istituto Scolastico.

Su questo punto occorre rammentare che un ricorso diversamente articolato sul tema avrebbe potuto portare ad un accoglimento della domanda risarcitoria con conseguente ingente danno erariale a carico del dirigente che abbia posto in essere tale procedura amministrativa, poi annullata per le gravi irregolarità commesse. ■

* Avvocato esperto di Pubblica Amministrazione