



**RACCOLTA DI MASSIME SULLA GIURISPRUDENZA
NAZIONALE IN MATERIA DI APPALTI PUBBLICI**

Dossier 1/2014 a cura dell'Osservatorio

maggio 2014

OSSERVATORIO DI DIRITTO COMUNITARIO E NAZIONALE SUGLI APPALTI PUBBLICI

ID number in the EU Transparency Register: **10423745688-62**

www.osservatorioappalti.unitn.eu

Hanno collaborato: Gian Antonio Benacchio, Lucia Carrozza, Alma Chiettoni, Fulvio Cortese, Michele Cozzio, Andrea Magliari, Andrea Pasini, Anna Simonati, Davide Volpe

INDICE

	<i>Pag.</i>
REQUISITI GENERALI E AVVALIMENTO: PER GLI AUSILIARI OBBLIGHI MENO STRINGENTI DEGLI AUSILIATI	3
AMMISSIBILITÀ DELLA SOGLIA DI SBARRAMENTO PER GLI ASPETTI TECNICO-QUALITATIVI. TEMPERAMENTI AL DIVIETO DI COMMISTIONE TRA REQUISITI SOGGETTIVI ED ELEMENTI OGGETTIVI DI VALUTAZIONE DELLE OFFERTE	5
SULL'UTILIZZO DELL'AVVALIMENTO IN SPECIE PER LA CERTIFICAZIONE DI QUALITÀ (ATTESTAZIONE SOA)	7
LIMITI DEL SINDACATO GIURISDIZIONALE IN ASSENZA DI CENSURE SPECIFICHE DEL RICORRENTE E DI LEX SPECIALIS AMBIGUA E CONTRADDITTORIA	9
LA NATURA DI AMMINISTRAZIONE PUBBLICA DELLE FONDAZIONI LIRICO - SINFONICO .	11
COMMISSIONE DI GARA E INCOMPATIBILITÀ PER IL PROFESSIONISTA CHE HA RESO ATTIVITÀ DI CONSULENZA ALLA STAZIONE APPALTANTE	13
IL SOPRALLUOGO COSTITUISCE ELEMENTO ESSENZIALE DELL'OFFERTA (?).....	15
LEGITTIMITÀ DELL'ESCLUSIONE IN CASO DI OMESSA DICHIARAZIONE SOSTITUTIVA DEL CERTIFICATO GIUDIZIALE E INAMMISSIBILITÀ DEL SOCCORSO ISTRUTTORIO.....	17
IL FATTORE TEMPO NELLE PROCEDURE DI AGGIUDICAZIONE E LA COMPOSIZIONE IN NUMERO PARI DELLA COMMISSIONE.....	19
LEGITTIMA L'AMMISSIONE DI PRODOTTI EQUIVALENTI IN ASSENZA DELLA "CLAUSOLA DI EQUIVALENZA", SE CIÒ SIA CONFORME AGLI INTENTI DELLA STAZIONE APPALTANTE...20	
NECESSARIA RIGOROSA APPLICAZIONE DEL "DIVIETO COMUNITARIO" (?) DI COMMISTIONE DEI REQUISITI SOGGETTIVI E OGGETTIVI.....	22
REQUISITI SOGGETTIVI DI PARTECIPAZIONE NELLE FORNITURE: PRODUZIONE (E NON ANCHE COMMERCIALIZZAZIONE) DEL BENE	24
I PRINCIPI GENERALI DI TRASPARENZA E NON DISCRIMINAZIONE OBBLIGANO ALLA PUBBLICAZIONE DEL BANDO PER LE CONCESSIONI DI SERVIZI, ANCHE SOTTO SOGLIA ...25	

REQUISITI GENERALI E AVVALIMENTO: PER GLI AUSILIARI OBBLIGHI MENO STRINGENTI DEGLI AUSILIATI

Tar Lombardia, Milano, sez. I, 15 ottobre 2013 n. 2306 - Pres. Mariuzzo, Est. Simeoli

Appalto di fornitura - Avvalimento - 1. Imprese ausiliarie - Requisiti generali - Normativa disabili - Generica dichiarazione sostitutiva - Ammissibilità - Necessario possesso sostanziale requisito - 2. Requisiti soggettivi - Certificazioni di qualità - Avvalimento - Ammissibilità - Dimostrazione - 3. Avvalimento e subappalto - Differenze strutturali - Possesso requisiti - Discrimen: momento aggiudicazione

1. Il concorrente ad una gara d'appalto non può essere escluso per l'omissione, da parte delle imprese ausiliarie di cui il medesimo aveva dichiarato di avvalersi, della dichiarazione relativa al rispetto della normativa sul diritto al lavoro dei disabili, risultando a tal fine sufficiente che le imprese ausiliarie abbiano reso la dichiarazione sostitutiva del possesso dei requisiti di cui all'art. 38 e che le stesse risultino concretamente rispettose della disciplina sul diritto al lavoro dei disabili.

2. Tutti i requisiti di capacità tecnica, economica e professionale devono essere sussunti nella categoria dei requisiti che possono essere oggetto di avvalimento e, quand'anche la certificazione di qualità riguardasse una qualità soggettiva dell'impresa, ugualmente potrebbe essere oggetto di avvalimento, rientrando tra i requisiti soggettivi che possono essere comprovati mediante tale strumento, attesa la sua portata generale.

* * *

All'esito di una gara per l'affidamento della fornitura di gas medicali indetta da un'Azienda Ospedaliera, veniva impugnato il provvedimento di aggiudicazione.

Il TAR adito dichiara il ricorso infondato sulla base seguenti considerazioni. Innanzitutto, la ricorrente deduceva che la controinteressata avrebbe dovuto essere esclusa, in quanto le tre imprese ausiliarie, di cui la medesima aveva dichiarato di avvalersi, avrebbero omesso di produrre la dichiarazione in merito al rispetto della normativa sul diritto al lavoro dei disabili prescritta, a pena di esclusione, dalla lex specialis.

Per la soluzione della questione – afferma il Collegio - occorre preliminarmente decidere se la lamentata omissione dichiarativa debba condurre irrimediabilmente all'estromissione della controinteressata dalla gara, ovvero se la predetta attestazione possa ritenersi contenuta nella più ampia dichiarazione di essere in possesso di tutti i requisiti generali previsti dall'art. 38.

Il Collegio si pronuncia in favore della seconda alternativa, sulla base di una triplice considerazione.

In primo luogo, a tale conclusione condurrebbero sia l'esigenza di evitare l'inutile aggravamento del procedimento sia la valorizzazione del principio di tassatività delle cause di esclusione.

In secondo luogo, tale assunto appare coerente con l'evoluzione del processo amministrativo come tutela giurisdizionale "dimensionata" sulla concreta consistenza dell'interesse materiale che si assume leso.

Infine, il Tribunale, aderendo ad una recente giurisprudenza del Consiglio di Stato, sostiene la diversa posizione degli operatori economici offerenti rispetto a quelli in rapporto di avvalimento, poiché ai sensi dell'art. 49, co. 10, solo il concorrente aggiudicatario è chiamato ad eseguire il servizio; ne conseguirebbe che all'ausiliario non possano estendersi i rigorosi criteri limitativi propri del concorrente.

La ricorrente sosteneva, inoltre, che l'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara in quanto non sarebbe ammissibile l'avvalimento relativamente alle certificazioni (marcatura CE), attenendo queste ai requisiti soggettivi dell'impresa. Sul punto il TAR rileva che tutti i requisiti di capacità tecnica, economica e professionale possono essere oggetto di avvalimento; attesa la portata generale dell'istituto, dunque, anche una certificazione di qualità, pur relativa ad un requisito soggettivo, può essere comprovata mediante il ricorso allo strumento dell'avvalimento.

Infine, il Collegio chiarisce le differenze strutturali che intercorrono tra l'istituto del subappalto e dell'avvalimento.

Invero, nel primo, un soggetto pienamente qualificato e in possesso di tutti i requisiti, può subappaltare ad altro imprenditore una parte dei lavori; ciò tuttavia avviene solo a valle del contratto, in fase d'esecuzione, mentre i requisiti devono essere integralmente posseduti dal concorrente al momento della presentazione dell'offerta. Mediante l'avvalimento, per contro, si consente ad un imprenditore di integrare le proprie carenze al momento stesso della presentazione dell'offerta per mezzo del possesso mediato e indiretto dei requisiti di partecipazione alla gara.

AMMISSIBILITÀ DELLA SOGLIA DI SBARRAMENTO PER GLI ASPETTI TECNICO-QUALITATIVI. TEMPERAMENTI AL DIVIETO DI COMMISTIONE TRA REQUISITI SOGGETTIVI ED ELEMENTI OGGETTIVI DI VALUTAZIONE DELLE OFFERTE

Tar Lazio, Roma, sez. II ter, 13 gennaio 2014, n. 351 - Pres. Filippi, Est. Politi

Appalto di servizi - 1. Clausole escludenti - Clausola con astratta e potenziale lesività - Soglia di sbarramento - Non è escludente - Onere immediata impugnazione - Aspetti tecnico-qualitativi - Ammissibilità - 2. Cauzione provvisoria - Mancata prestazione - Sanabilità - 3. Criteri soggettivi di qualificazione - Criteri oggettivi di valutazione - Commistione - Limiti - Ammissibilità

1. Non si può escludere il potere della Commissione di fissare una soglia di sbarramento, vale a dire un punteggio minimo che le offerte devono raggiungere per l'aspetto tecnico-qualitativo, al di sotto della quale le offerte non saranno valutate.

2. Il principio generale che vieta la commistione fra i criteri soggettivi di qualificazione e quelli oggettivi afferenti alla valutazione dell'offerta ai fini dell'aggiudicazione non può ritenersi violato allorché gli aspetti organizzativi non sono destinati ad essere apprezzati in quanto tali, in modo avulso dall'offerta, come dato relativo alla mera affidabilità soggettiva, ma piuttosto quale garanzia della prestazione del servizio secondo le modalità prospettate, come parametro afferente alle caratteristiche oggettive dell'offerta stessa.

* * *

Nell'ambito di una gara d'appalto per l'affidamento del servizio di prelievo, recupero e smaltimento di rifiuti speciali, un'impresa concorrente veniva esclusa per non aver conseguito un determinato punteggio tecnico complessivo richiesto, come soglia di sbarramento, dal Capitolato. L'impresa impugnava il provvedimento di esclusione, censurando l'operato della Commissione sulla base di diversi motivi di censura.

In primo luogo viene in esame il tema dell'ammissibilità delle cd soglie di sbarramento. Sul punto, il Collegio afferma che la questione trova fondamento legislativo nell'art. 83 c. 2 del Codice dei contratti pubblici, là dove prevede che il bando di gara elenchi i criteri di valutazione e precisi la ponderazione relativa attribuita a ciascuno di essi, "anche mediante una soglia, espressa con un valore numerico determinato". Sostiene il

Tar che tale norma esprime la chiara volontà del legislatore di identificare suddetta soglia non con gli elementi di valutazione e/o con i criteri di ponderazione dell'offerta in senso stretto, ma come possibilità per la P.A. di prestabilire un *quantum* parametrico minimo, costituente il *discrimen* al di sotto del quale l'offerta deve essere ritenuta inadeguata. Ciò si collega all'esigenza, strettamente inerente al criterio selettivo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, di garantire il miglior livello qualitativo delle offerte presentate, con conseguente esclusione di quelle offerte che, pur potendo apparire convenienti sotto il profilo economico, possano a priori ritenersi non conformi a determinati standard minimi prestabiliti dalla *lex specialis*.

In secondo luogo, viene portata all'attenzione del Tribunale la questione della natura del vizio conseguente alla mancata prestazione della cauzione provvisoria.

Precisa il Collegio che l'introduzione del comma 1-bis all'art. 46 del Codice, ad opera del decreto legge 13 maggio 2011 n. 70 (convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 2011 n. 106), palesa l'intento del legislatore di considerare la mancata prestazione della cauzione provvisoria alla stregua di una mera irregolarità, sanabile o regolarizzabile, al contrario di quanto avviene per la cauzione definitiva la cui mancanza giustifica, invece, l'esclusione dalla gara.

Infine, il Collegio prende posizione in merito alla dedotta censura relativa all'indebita commistione fra i requisiti soggettivi (rilevanti esclusivamente ai fini dell'ammissione alla procedura di gara) e degli elementi oggettivi, suscettibili di considerazione ai fini della valutazione e determinazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Pur riconoscendo la valenza generale del principio, il giudice amministrativo ritiene che tale canone non possa ritenersi eluso, o violato, allorché gli aspetti organizzativi siano destinati ad essere apprezzati quale garanzia della prestazione del servizio, dunque come elemento incidente sulle modalità esecutive del servizio e, quindi, come parametro afferente alle caratteristiche oggettive dell'offerta stessa.

Rientra, quindi, nella facoltà della Stazione appaltante la previsione, nel bando di gara, anche di elementi di valutazione dell'offerta tecnica di tipo soggettivo concernenti la specifica attitudine del concorrente a realizzare il progetto oggetto della selezione, dovendosi riconoscere un'applicazione "attenuata" del divieto di commistione, alla luce del principio di proporzionalità e dell'art. 83 del Codice.

SULL'UTILIZZO DELL'AVVALIMENTO IN SPECIE PER LA CERTIFICAZIONE DI QUALITÀ (ATTESTAZIONE SOA)

Tar Lazio, Roma, sez. II-ter, 13 gennaio 2014, n. 337 - Pres. Filippi, Est. Politi

Appalto misto - Requisiti di qualificazione - SOA - Avvalimento - Ammissibilità - Cumulabilità qualificazioni parziali - Discrezionalità PA - Necessaria indicazione preventiva - Rimeditazione istituto - Superamento orientamenti giurisprudenziali - Matrice europea istituto - Finalità - Favor participationis

Tutti i requisiti di capacità tecnica, economica e professionale devono essere sussunti nella categoria dei requisiti che possono essere oggetto di avvalimento e, quand'anche la certificazione di qualità riguardasse un requisito soggettivo dell'impresa, ugualmente potrebbe essere oggetto di avvalimento, attesa la sua portata generale. Risulta, quindi, possibile cumulare, attraverso l'avvalimento, due attestazioni SOA (entrambe "parziali") al fine di raggiungere, mediante la sommatoria delle stesse, la più elevata classifica richiesta dal bando.

* * *

Al fine di verificare il possesso dei requisiti di cui all'art. 38 del D. Lgs n. 163/2006, il Collegio si sofferma sulla possibilità di integrare il requisito soggettivo costituito dall'attestazione di qualità SOA mediante il ricorso all'istituto dell'avvalimento. Sul punto, il TAR rileva un orientamento giurisprudenziale restrittivo volto, in sostanza, ad escludere che l'avvalimento operi laddove le imprese – principale ed ausiliaria – non siano, ciascuna e individualmente, in possesso del requisito di partecipazione in misura integrale, sostenendo a tal fine che l'impresa ausiliaria, al fine di legittimare la partecipazione alla gara dell'offerente, debba necessariamente prestare per l'intero la qualificazione posseduta in una determinata categoria.

Sostiene, tuttavia, il TAR Lazio che tale posizione sia meritevole di un ripensamento alla luce di una maggiore attenzione alla compatibilità sistemica dell'istituto dell'avvalimento rispetto cornice normativa di matrice europea.

Muovendo dal rilievo comunitario dell'istituto - finalizzato a consentire in concreto la massima partecipazione e ad aprire il mercato ad operatori economici di per sé privi di requisiti di carattere economico-finanziario e/o tecnico-organizzativo - il Collegio sostiene che, data la formulazione ampia dell'art. 49 del Codice dei contratti pubblici,

ben potrebbe l'avvalimento riferirsi anche alla certificazione di qualità di altro operatore economico, attenendo essa ai requisiti di capacità tecnica. Poiché infatti la certificazione di qualità è attestata dalla SOA, ed essendo espressamente prevista la possibilità di avvalersi della SOA di altra impresa, deve ritenersi ammesso implicitamente l'avvalimento anche per la certificazione di qualità, che costituisce elemento indispensabile della SOA. In questa prospettiva, appare dunque possibile cumulare attraverso l'avvalimento due attestazioni SOA (entrambe "parziali") al fine di raggiungere, mediante la sommatoria delle stesse, la più elevata classifica richiesta dal bando.

LIMITI DEL SINDACATO GIURISDIZIONALE IN ASSENZA DI CENSURE SPECIFICHE DEL RICORRENTE E DI LEX SPECIALIS AMBIGUA E CONTRADDITTORIA

Tar Lazio, Roma, sez. II, 13 gennaio 2014, n. 383 – Pres. Stanizzi, Est. Stanizzi

Appalto di lavori - Sotto soglia comunitaria - Offerta al prezzo più basso - Avviso di gara e lettera di invito - Contraddittorietà sul metodo per esclusione automatica offerte - Necessità di contestazione dell'uno o dell'altro atto - Assenza - Non rinvenibili profili di illegittimità PA

In presenza di previsioni di gara contraddittorie, ma tutte vincolanti per l'Amministrazione procedente, la via di tutela riconoscibile in capo ai partecipanti è quella della contestazione di siffatta contraddittorietà attraverso l'articolazione di specifici motivi di censura. In presenza di due atti di gara che dettano la disciplina in maniera difforme e contrastante, il giudice non può stabilire a quale dare la prevalenza in assenza di previsioni normative vincolanti che possano costituire sicuro parametro di riferimento.

* * *

La ricorrente censurava l'illegittimità della modalità di calcolo della soglia di anomalia adottata dalla stazione appaltante, nell'ambito di una licitazione privata avente ad oggetto l'affidamento dei lavori per l'ampliamento del cimitero comunale.

In particolare, la ricorrente sosteneva che l'Amministrazione avrebbe illegittimamente proceduto alla verifica delle offerte anomale, avendo questa applicato un metodo di calcolo basato sulla media dei prezzi offerti dalle partecipanti e non - come avrebbe dovuto in applicazione del metodo di calcolo previsto dalla lettera di invito, nonché dall'art. 21 L. n. 109 del 1994 (c.d. Legge Merloni) - il diverso metodo costruito sulla media dei ribassi offerti. Per effetto di ciò, dunque, la società aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa, stante l'anomalia dell'offerta dalla stessa presentata, e l'aggiudicazione avrebbe dovuto essere disposta a favore della ricorrente stessa.

Il Collegio rileva che, tenuto conto dell'inapplicabilità nella fattispecie della disciplina transitoria dettata dalla Legge Merloni, dagli atti di gara emerge una contraddittorietà tra le previsioni inerenti le modalità di calcolo delle offerte anomale, dal momento che, d'un lato, l'avviso di gara prevedeva l'utilizzo del calcolo della media aritmetica di tutte

le offerte ammesse, mentre, dall'altro, la lettera di invito faceva riferimento alla media aritmetica dei ribassi delle offerte ammesse.

Tuttavia, la sola presenza di previsioni contraddittorie, contenute in atti di gara parimenti vincolanti per l'Amministrazione, non consente al giudice amministrativo - in assenza di un parametro normativo vincolante - di stabilire a quale dare la prevalenza, né di accertare l'illegittimità del modus procedendi dell'Amministrazione, occorrendo, a tal fine, l'articolazione di una specifica censura da parte dell'impresa ricorrente.

LA NATURA DI AMMINISTRAZIONE PUBBLICA DELLE FONDAZIONI LIRICO - SINFONICO

Tar Lazio, Roma, sez. III, 10 settembre 2013, n. 8194 – Pres. Bianchi, Est. Correale

Fondazioni lirico-sinfoniche - Novero amministrazioni pubbliche assoggettate disposizioni finanza pubblica - Natura giuridica elenchi ISTAT - Indici rivelatori pubblicità - Se non esplicitamente indicata natura pubblica - Legislazione comunitaria - Classificazione “dinamica” degli enti pubblici

Il legislatore ha espressamente attribuito alle “fondazioni lirico - sinfoniche” la natura di amministrazioni pubbliche da inserirsi nel conto economico consolidato e le ha conseguentemente assoggettate alle disposizioni in materia di finanza pubblica.

* * *

La Fondazione Teatro dell’Opera di Roma ha domandato l’annullamento del comunicato ISTAT pubblicato in Gazzetta Ufficiale il 28 settembre 2012, che contiene l’elenco delle amministrazioni pubbliche inserite nel conto economico consolidato e individuate ai sensi dell’art. 1, c. 3, l. n. 196/2009 (Legge di contabilità e finanza pubblica), nella parte in cui risulta inserita la Fondazione medesima.

Il T.A.R. Lazio, con sentenza della Sezione III, n. 8194/2013, ha rigettato il ricorso poiché le “fondazioni lirico - sinfoniche” risultano inserite nell’elenco ISTAT già fin dal “comunicato” del 24 luglio 2010 e, con l’art. 5, c. 7, d.l. 2 marzo 2012, n. 16 (convertito, con modificazioni, in l. 26 aprile 2012, n. 44), che ha modificato l’art. 1, c. 2, l. n. 196/2009, l’elenco ISTAT del 24 luglio 2010 (al pari del successivo elenco del 30 settembre 2011) è stato “cristallizzato” in legge, con ciò perdendo la propria connotazione provvedimentale ed assurgendo a norma di rango primario.

Secondo il T.A.R. Lazio, l’intenzione del legislatore nazionale è stata quella di assumere come riferimento gli elenchi del 24 luglio 2010 e del 30 settembre 2011, nei quali erano già inserite le “fondazioni lirico - sinfoniche”, per individuare le amministrazioni pubbliche da assoggettare alle disposizioni in materia di finanza pubblica contenute nel d.l. n. 95/2012 (convertito, con modificazioni, nella l. n. 135/2012: c.d. spending review). Si deve peraltro rilevare – continua il T.A.R. Lazio – che la legge di conversione del d.l. n. 16/2012 è entrata in vigore prima dell’adozione del comunicato ISTAT del 28 settembre 2012. In ragione di ciò, la ricorrente deve

prendere atto di tale scelta legislativa, sindacabile nei limiti dell'irragionevolezza da parte della sola Corte costituzionale.

Ad avviso del T.A.R. Lazio non sussiste la violazione della normativa comunitaria di cui al Regolamento UE n. 2223/1996 (c.d. SEC 95), perché questo mira esclusivamente ad uniformare a livello europeo le contabilità nazionali in modo da rendere agevole il calcolo del disavanzo e del debito pubblico.

Neppure può dirsi che la normativa sia irragionevole (per asserito contrasto con gli artt. 3 e 97 Cost.), poiché, anzi, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 153/2011, ha già rilevato che gli indici della connotazione pubblica degli enti lirici sono molteplici e ravvisabili nella preminente rilevanza dello Stato nei finanziamenti (con conseguente assoggettamento al controllo della Corte dei conti), nel patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, nell'inclusione nel novero degli organismi di diritto pubblico soggetti al d.lgs. n. 163/2006.

Infine, il T.A.R. Lazio ha escluso il contrasto con gli artt. 9 e 33 Cost., verificando, in concreto, che l'applicazione delle disposizioni di cui al d.l. n. 95/2012 non può ritenersi capace di incidere ovvero di limitare il perseguimento di finalità costituzionalmente garantite come la promozione dello sviluppo della cultura, soprattutto ove si tenga conto degli altrettanti vincoli imposti dall'art. 81 Cost. e dell'attuale crisi economica che sta affliggendo il Paese.

COMMISSIONE DI GARA E INCOMPATIBILITÀ PER IL PROFESSIONISTA CHE HA RESO ATTIVITÀ DI CONSULENZA ALLA STAZIONE APPALTANTE

Tar Lombardia, Milano, sez. I, 12 giugno 2013 n. 2149- Pres. Mariuzzo, Est. Simeoli

Concessione di servizi - Distribuzione gas - Commissione giudicatrice - Componente che ha reso alla Stazione appaltante attività di consulenza - Violazione Codice appalti, principi trasparenza e di parità di trattamento - Insussistenza - Attività non ricollegabile alla procedura di gara

In sede di affidamento di una concessione di servizi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, le disposizioni di cui all'art. 84 comma 4 del D. Lgs. 163/2006, relativo all'incompatibilità dei componenti della commissione giudicatrice, si applicano comunque, anche se non espressamente richiamate, in quanto espressive dei principi di trasparenza e di parità di trattamento. L'attività di consulenza prestata da un professionista determina incompatibilità con il ruolo di membro della commissione giudicatrice solo ove la consulenza si esplica nella predisposizione di provvedimenti direttamente connessi alla procedura di gara.

* * *

Nell'ambito di una procedura ristretta per l'affidamento in concessione del servizio di distribuzione del gas naturale mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa viene affrontata, preliminarmente, la questione circa l'applicabilità delle norme del Codice degli appalti pubblici relative alla composizione della commissione giudicatrice e, in particolare, dell'art. 84 comma 4 (relativo all'incompatibilità dei componenti della commissione giudicatrice) e 10 (relativo ai tempi di nomina della commissione), per sancirne la valida applicazione anche qualora le stesse non risultino esplicitamente richiamate dalla scelta autovincolante compiuta dalla stazione appaltante. Le norme in oggetto risultano infatti espressive dei principi di trasparenza e parità di trattamento, richiamati dall'art. 30 del Codice medesimo in tema di concessioni di servizi, come sancito di recente anche dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (sent. 7 maggio 2013, n. 13).

Tanto premesso, il Collegio giudicante affronta la questione dell'incompatibilità del commissario della commissione giudicatrice di cui all'art. 84 comma del Codice (*"...non devono aver svolto né possono svolgere alcuna altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta"*) nei confronti di un professionista indicato come membro esterno rispetto all'attività di consulenza svolta in precedenza dallo stesso professionista per la medesima stazione appaltante.

Ove l'attività in questione svolta dal professionista (attività di assistenza tecnica, economica e legale all'Ente per le procedure di presa in possesso degli impianti di distribuzione del gas) si rivela inerente la mera definizione del pregresso rapporto concessorio, non risultando ricollegabile alla procedura di gara indetta per il ri-affidamento del servizio al nuovo gestore, non sussiste causa d'incompatibilità in virtù dell'assenza di collegamento dell'attività pregressa con la predisposizione di provvedimenti direttamente connessi alla procedura di gara.

Quanto argomentato appare coerente con il fondamento della norma, consistente nell'obiettivo di scongiurare il conflitto di interessi in capo ad uno dei commissari, garantendo alle parti del procedimento concorsuale la terzietà e l'imparzialità dell'organo decidente, le quali potrebbero risultare offuscate solo al cospetto di una previa attività oggettivamente "interferente" sui termini e sui criteri posti a base della valutazione delle offerte in competizione.

IL SOPRALLUOGO COSTITUISCE ELEMENTO ESSENZIALE DELL'OFFERTA (?)

Tar Lombardia, Brescia, sez. II, 22 ottobre 2013 n. 877 - Pres. Calderoni, Est. Pedron

Appalto di servizi - Trasporto intraospedaliero di pazienti - Incontro preliminare, sopralluogo - Mancata partecipazione - Clausola lex specialis, motivo esclusione - Elemento essenziale offerta - Tassatività cause di esclusione - Violazione

La qualificazione dell'incontro preliminare/sopralluogo come elemento essenziale dell'offerta è codificata unicamente per le procedure di affidamento degli appalti e delle concessioni di lavori pubblici. Nei restanti contratti pubblici la legittimità di un'analogha previsione eventualmente inserita nella lex specialis deve essere valutata in concreto. La sanzione dell'esclusione collegata a un simile adempimento può essere considerata legittima solo quando vi siano ragioni oggettive e immediatamente percepibili che possano far presumere l'assoluta inidoneità dell'offerta, se formulata in assenza della preventiva visione dei luoghi di esecuzione del contratto.

* * *

Nell'ambito di una procedura di aggiudicazione del servizio di trasporto dei pazienti, l'Azienda Ospedaliera appaltante richiedeva, nel bando di gara, quale requisito di ammissione alla procedura competitiva, la partecipazione ad un incontro preliminare/sopralluogo fissato ad una certa data, stabilendo che la mancata partecipazione equivaleva alla presentazione di un'offerta priva di un elemento essenziale ai sensi dell'art. 46, comma 1 bis del D. lgs n. 163/2006.

Un'impresa chiedeva alla stazione appaltante di posticipare la data, essendo questa impossibilitata a prendere parte all'incontro nella data prefissata. Avverso la nota con cui l'Azienda Ospedaliera respingeva la richiesta, nonché avverso gli atti di gara contenenti la suddetta causa escludente, l'impresa proponeva impugnazione, censurando l'illegittimità di un'analogha previsione per violazione dell'art. 46 del Codice dei contratti.

Sul punto, il Tar lombardo precisa, innanzitutto, che l'interesse a ricorrere, attuale e concreto, dell'impresa sorge sin dal momento della comunicazione del diniego opposto dalla stazione appaltante alla richiesta di posticipare la data dell'incontro, derivando da

questo atto in via diretta e automatica la lesione concreta dell'interesse dell'impresa partecipante.

Inoltre, nel merito, il Collegio riconosce che se, d'un lato, per le procedure di affidamento di lavori, lo stesso art. 106 comma 2 del DPR 207/2010 qualifica l'incontro preliminare/sopralluogo come elemento essenziale dell'offerta, dall'altro, nei restanti appalti, la legittimità di un'analogha previsione eventualmente inserita nella *lex specialis* deve essere valutata in concreto. Infatti, la sanzione dell'esclusione, collegata ad un simile adempimento, può essere considerata legittima solamente quando vi siano ragioni oggettive e immediatamente percepibili che possano far presumere l'assoluta inidoneità dell'offerta, là dove formulata in assenza della preventiva visione dei luoghi di esecuzione dell'appalto.

Nello specifico, il giudice riconosce che il servizio risulta ampiamente e dettagliatamente descritto nel capitolato speciale e dai relativi allegati, e che dunque non sussistono ragioni a favore dell'obbligo inderogabile di partecipazione all'incontro preliminare/sopralluogo. Riconosce, inoltre, il Collegio che alla forzatura contenuta nella *lex specialis* si aggiunge una distorsione nel comportamento della stazione appaltante, là dove questa ha inteso il carattere asseritamente essenziale del sopralluogo come riferito anche alla data dello stesso. Infatti, la richiesta di differimento della data avanzata dalla ricorrente non avrebbe comportato alcuna lesione della *par condicio*, in quanto diretta a ristabilire la parità di informazioni con gli altri concorrenti, e non a conseguire una posizione privilegiata. Era quindi doveroso, da parte della stazione appaltante, assumere un atteggiamento collaborativo che consentisse il mantenimento all'interno della gara del maggior numero di concorrenti.

LEGITTIMITÀ DELL'ESCLUSIONE IN CASO DI OMESSA DICHIARAZIONE SOSTITUTIVA DEL CERTIFICATO GIUDIZIALE E INAMMISSIBILITÀ DEL SOCCORSO ISTRUTTORIO

Consiglio di Stato, sez. III, 15 gennaio 2014, n. 123 - Pres. Cacace, Est. Capuzzi

Appalto di fornitura - Generali alimentari - Requisiti generali di partecipazione - Carenza della dichiarazione sostitutiva del certificato giudiziale - Omissione - Non prevista esclusione da lex specialis - Irrilevanza - Non applicabilità soccorso istruttorio - Prevalenza principio par condicio su favor participationis - Legittimità esclusione

La dimostrazione dell'assenza di elementi ostativi alla partecipazione in capo ad uno degli amministratori della società costituisce elemento essenziale dell'offerta (comunque dovuta ai sensi del comma 2 dell'art. 38 del D. Lgs. n. 163/2006), sì che la sua mancanza produce l'esclusione automatica ai sensi del comma 1-bis dell'art. 46, anche in assenza di espressa comminatoria da parte della legge di gara.

Non risulta, inoltre, possibile invocare l'istituto del soccorso istruttorio, il quale va ricollegato alla sola esistenza in atti di dichiarazioni che siano state già effettivamente rese, sebbene incomplete, senza che con ciò sia possibile integrare elementi essenziali sin dall'inizio mancanti od omissi.

* * *

In riforma della sentenza del TAR Lombardia (n. 1648/2013) il Consiglio di Stato sostiene la legittimità dell'esclusione di un'impresa per la riscontrata carenza della dichiarazione sostitutiva del certificato giudiziale e del certificato dei carichi pendenti del presidente del consiglio di amministrazione.

Il giudice di prime cure, in accoglimento del ricorso proposto dall'impresa esclusa, affermava che nelle ipotesi in cui il bando non preveda espressamente l'esclusione, e la violazione non leda un interesse pubblico effettivo e rilevante, dovrebbe essere accordata la preferenza al principio del *favor participationis*, in coerenza con l'interesse al più ampio confronto concorrenziale; dovendosi dunque rimettere alla commissione giudicatrice il giudizio sulla essenzialità dell'adempimento documentale non assolto od assolto in modo incompleto od irregolare.

Il giudice d'appello non condividendo le argomentazioni della sentenza impugnata, osserva che, a norma della stessa *lex specialis*, ciascun concorrente era espressamente

tenuto a rendere le dichiarazioni suddette con riferimento a tutti gli amministratori muniti di poteri gestori e di rappresentanza.

In ogni caso, prosegue il Collegio, la dimostrazione dell'assenza di elementi ostativi alla partecipazione in capo ad uno degli amministratori della società costituisce elemento essenziale dell'offerta, sì che la sua mancanza produce l'esclusione automatica ai sensi dell'art. 46, comma 1-bis del D. lgs. n. 163/2006, anche in assenza di espressa comminatoria da parte della legge di gara.

Né appare invocabile, in ipotesi analoghe, l'istituto del soccorso istruttorio, in quanto non si sarebbe trattato nella fattispecie della integrazione di dichiarazioni già rese, sebbene incomplete, bensì di invitare la ditta a produrre ex novo una dichiarazione del tutto mancante. A ben vedere, inoltre, siffatta conclusione appare diretta espressione della par condicio tra i concorrenti, la quale, in siffatte ipotesi, appare prevalente sul favor participationis, sotteso all'invocato esercizio del c.d. potere di soccorso dell'amministrazione.

IL FATTORE TEMPO NELLE PROCEDURE DI AGGIUDICAZIONE E LA COMPOSIZIONE IN NUMERO PARI DELLA COMMISSIONE

Consiglio di Stato, sez. III, 3 ottobre 2013 n. 4884 - Pres. Cirillo, Est. Polito

Appalto di servizi - 1. Decorso del tempo - Violazione di specifiche disposizioni o espressione di vizi di eccesso di potere - Valenza viziante dei provvedimenti adottati - 2. Commissione di gara - Composizione - Numero dispari - Non è espressione di principio generale

1. In una gara per un appalto di servizi il fattore tempo concorre a qualificare l'azione amministrativa nei profili del buon andamento e della pronta soddisfazione degli interessi di rilievo pubblico cui è preordinata, ma assume valenza viziante dei provvedimenti adottati solo in presenza della violazione di specifiche disposizioni che, al decorso del tempo, colleghino la perdita della potestà di provvedere o nei casi in cui il ritardo sia espressione, sul piano sintomatico, di evidenti vizi di eccesso di potere e, in tema procedure concorsuali, induca al sospetto di manomissione dei plichi contenuti le offerte delle ditte ammesse al concorso.

2. In una gara pubblica, la regola del numero dispari dei componenti della commissione, previsto dall'art. 21 comma 5, della legge n. 109 del 1994 con specifico riferimento agli appalti di opere pubbliche non è espressione di un principio generale, immanente nell'ordinamento, tale da determinare, nell'appalto di servizi, l'illegittimità della costituzione di un collegio avente un numero pari di componenti, essendo numerose le ipotesi di collegi, sia giurisdizionali che amministrativi, che operano (o che occasionalmente possono operare) in composizione paritaria

* * *

LEGITTIMA L'AMMISSIONE DI PRODOTTI EQUIVALENTI IN ASSENZA DELLA "CLAUSOLA DI EQUIVALENZA", SE CIÒ SIA CONFORME AGLI INTENTI DELLA STAZIONE APPALTANTE

Consiglio di Stato, sez. III, 2 settembre 2013 n. 4364 - Pres. Lignani, Est. Nocelli

Appalto di forniture - Specifiche tecniche - Pari accesso agli offerenti - Prodotto non corrispondente - Principio di equivalenza - Onere probatorio - Clausola di equivalenza - Principio di eterointegrazione, non sussiste - Precisazioni

La omessa previsione testuale della "clausola di equivalenza" nella lex specialis è un dato equivoco, sicché il giudice amministrativo ha il dovere, di fronte a tale equivocità, di interpretare le previsioni del bando alla stregua dei generali criteri ermeneutici e, in particolare, di quelli di cui agli artt. 1367 c.c., 1362, comma 2, c.c., sicché è legittima l'ammissione di prodotti equivalenti ai sensi dell'art. 68, comma 4, del d. lgs. 163/2006, ove l'amministrazione abbia ritenuto, nella propria discrezionalità, che le specifiche tecniche richieste, per la natura dell'appalto o del prodotto richiesto, non avessero carattere tassativo e infungibile.

* * *

La sentenza in esame presenta numerosi profili di interesse, fra tutti segnaliamo quello riguardante il tema dell'ammissibilità di offerte recanti prodotti con specifiche tecniche "equivalenti" a quelle previste dalla lex specialis, laddove sia presentata idonea documentazione al fine di dimostrare l'equivalenza dei prodotti.

Il giudice di prime cure aveva ritenuto legittimità l'ammissione di prodotti equivalenti, pur in assenza di esplicita clausola di equivalenza nei documenti di gara. Tale decisione veniva motivata sulla base della asserita natura imperativa dell'art. 68, co 4, Codice appalti, a mente del quale ciascun riferimento a specifiche tecniche va accompagnato con la menzione "o equivalenti" (principio di equivalenza). Di qui l'eterointegrazione precettiva delle regole della gara.

Il Consiglio di Stato conferma le conclusioni del giudice di primo grado tuttavia opera una approfondita digressione volta a sottolineare "l'improprietà del riferimento al meccanismo dell'eterointegrazione precettiva al cospetto di un'ipotesi di applicazione del principio di equivalenza, sancito dall'art. 68". Un *obiter dictum* di assoluto interesse che precisa come il meccanismo dell'eterointegrazione e il principio di

equivalenza siano istituti differenti, aventi requisiti e, soprattutto finalità non assimilabili, nemmeno in via analogica nell'ambito dei contratti pubblici.

I giudici di Palazzo Spada precisano come “sia in via di principio estranea al diritto amministrativo la differenza tra norme dispositive e norme imperative, diversamente da quanto accade nel diritto privato, dove alle parti viene riconosciuto, nella loro autonomia, il potere di derogare, entro certi limiti, alle previsioni della legge, tendenzialmente dispositive, salvo il limite delle norme imperative (e di altri fondamentali principi come l'ordine pubblico o il buon costume, art. 1343 c.c.)”. Al punto che viene ritenuto “improprio” ricorrere alle categorie delle norme imperative, in un settore dell'ordinamento, quello amministrativo, e soprattutto in una fase pubblicistica, come quella della scelta del contraente, nel quale tutte le norme del diritto amministrativo sono imperative e cogenti per la p.a.

Di conseguenza, la scelta di imporre l'ammissione di prodotti equivalenti (in applicazione dell'art. 68 co. 4, Codice appalti) nelle ipotesi in cui l'amministrazione l'abbia esclusa significa “violare ... la riserva di amministrazione e l'ambito della discrezionalità a questa lasciata nel dettare la concreta regolamentazione della gara”. Al riguardo è significativo il *caveat* del giudice amministrativo “occorre più in generale guardarsi dal rischio, invero latente nell'applicazione, talvolta non ben ponderata, dei principi generali quali elementi capaci di unificare, connettere e completare i diversi ambiti dell'ordinamento giuridico, di trasporre nel diritto amministrativo istituti e categorie civilistiche laddove non vi sia effettivamente una *lacuna legis* da colmare per il solo superficiale accostamento di fenomenologie giuridiche che, ad un'analisi attenta e rispettosa degli specifici profili disciplinatori, rispondono a principi e ad interessi ben diversi e in alcun modo assimilabili, nemmeno per via analogica, istituendo tra i due settori dell'ordinamento parallelismi, anche descrittivi, forieri di equivoci, di ibride soluzioni normative e di distorsioni interpretative” (pt. 73).

NECESSARIA RIGOROSA APPLICAZIONE DEL “DIVIETO COMUNITARIO” (?) DI COMMISTIONE DEI REQUISITI SOGGETTIVI E OGGETTIVI

Consiglio di Stato, sez. V, 20 agosto 2013 n. 4191 - Pres. Caringella, Est. Lotti

Appalto di servizi - Offerta tecnica - Criteri di valutazione - Elevata professionalità ed esperienza - Divieto di commistione requisiti soggettivi con quelli oggettivi - Interpretazione rigorosa diritto europeo - Necessità di tenere separati

In tema di appalto di servizi, ove pure l’offerta tecnica si sostanzia nella descrizione di un facere che può essere valutato unicamente sulla base di criteri quali-quantitativi, è illegittimo l’operato dell’amministrazione che violi il divieto di commistione (di origine e valenza comunitaria) dei cd. requisiti soggettivi ed oggettivi, inserendo, tra i requisiti di valutazione dell’offerta, il requisito - attinente alla capacità tecnica - nel caso: di esperienza propria dell’impresa- senza dimostrare né specificare perché e in che misura il requisito esperienziale, tipicamente soggettivo, posseduto dall’impresa, normalmente atto a qualificare la medesima, possa utilmente servire a valorizzare l’offerta sotto il profilo oggettivo.

* * *

Prevale in alcune pronunce del giudice amministrativo, specie di secondo grado, un’interpretazione rigorosa del divieto di commistione dei requisiti soggettivi di partecipazione con gli elementi oggettivi di valutazione dell’offerta. Sul tema, per altro, le recentissime direttive appalti paiono confermare un deciso ‘cambio di rotta’ (vedi art. 67, par. 2, lett. b della Direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici e art. 82, per. 2, lett. b della Direttiva 2014/25/UE sulle procedure d’appalto nei settori speciali).

Nel caso di specie oggetto dell’appalto è l’assistenza tecnica ed il supporto alle attività di controllo per la gestione dei fondi strutturali. In particolare, la procedura di gara aveva lo scopo di selezionare, previa valutazione sotto il profilo tecnico ed economico, il soggetto al quale affidare la prestazione dei servizi che garantissero l’assolvimento delle funzioni attribuite dai regolamenti dei Programmi Operativi FESR e FSE 2007-2013.

Secondo i giudici di Palazzo Spada si tratta di “servizi che, pur specifici, di elevata specializzazione e di non comune reperimento sul mercato, nei quali evidentemente

l'offerta tecnica si sostanzia non in progetto o in un prodotto, bensì in un "facere", non sono particolarmente valorizzati e caratterizzati in base alla pregressa esperienza dell'impresa". In tal senso l'esperienza, concludono i giudici, può riguardare i professionisti che compongono i singoli gruppi di lavoro ma non certamente l'impresa che partecipa alla gara, "la cui esperienza andava valutata ai fini della sua ammissione non potendo la medesima essere di ausilio nella valutazione dell'offerta tecnica".

Nei documenti di gara, invece, 20 punti sul totale di 70 attribuiti alla valutazione dell'offerta tecnica riguardavano direttamente le esperienze pregresse, dunque in "contrasto con il divieto di commistione dei requisiti soggettivi ed oggettivi".

Il collegio giudicante rileva la presenza di un orientamento giurisprudenziale che conferma l'applicazione "attenuata" del divieto generale di commistione ma ritiene di non poterlo confermare. "Tuttavia, anche avallando tale orientamento più elastico in merito al divieto di commistione in parola, il Collegio ritiene che l'Amministrazione non abbia dimostrato né specificato perché e in che misura il requisito esperienziale, tipicamente soggettivo, posseduto dall'impresa, normalmente atto a qualificare la medesima, possa utilmente servire a valorizzare l'offerta sotto il profilo oggettivo".

REQUISITI SOGGETTIVI DI PARTECIPAZIONE NELLE FORNITURE: PRODUZIONE (E NON ANCHE COMMERCIALIZZAZIONE) DEL BENE

Consiglio di Stato, sez. IV, 24 settembre 2013, n. 4716- Pres. Virgilio, Est. Realfonzo

Appalto di forniture - Requisiti soggettivi di partecipazione - Ammissibilità di soli confezionisti / produttori – Legittimità - Clausola escludente - Necessità impugnazione immediata

Compete all'Amministrazione valutare discrezionalmente ma ragionevolmente se un appalto di fornitura può essere aperto alle imprese commerciali ovvero - se appare necessario a garanzia della prestazione – se deve essere ristretto alla partecipazione dei soli produttori. Ne consegue che in caso di fornitura di beni “especially made for” (o “extra-commerciali”), è legittima la clausola del bando che limita la partecipazione ai produttori dei beni richiesti e che non la consente alle imprese che si limitano a commercializzare gli stessi beni. Per converso, in caso di beni di largo e generale consumo, ordinariamente presenti sul mercato, non vi è alcuna ragione per restringere la partecipazione ai soli produttori. Una siffatta clausola, inoltre, deve essere impugnata tempestivamente dall'impresa commerciale esclusa dalla procedura ad evidenza pubblica.

* * *

Il Ministero della Difesa ha indetto una gara per la fornitura di tute da volo per i piloti e di completi antifiamma per gli addetti al servizio antincendi. Il Consiglio di Stato ha ritenuto legittima la clausola del bando che, quale requisito soggettivo di partecipazione, aveva stabilito: “operatori economici produttori dei manufatti e non operatori economici che si occupano del commercio degli stessi”, perché è stata considerata ancorata alla particolare cautela che deve presidiare l'acquisto di indumenti dai quali dipende l'integrità fisica dei militari.

I PRINCIPI GENERALI DI TRASPARENZA E NON DISCRIMINAZIONE OBBLIGANO ALLA PUBBLICAZIONE DEL BANDO PER LE CONCESSIONI DI SERVIZI, ANCHE SOTTO SOGLIA

TAR Piemonte, sez. I, 25 ottobre 2013, n. 1130 - Pres. Balucani, Est. Limongelli

Appalto di servizi - Gestione RSA - Servizi sanitari e sociali - Allegato II B - 1. Regole generali diritto interno e principi comunitari - Procedura negoziata con cinque soggetti di ambito locale - Restrizione concorrenza - 2. Pubblicità della gara - Omissione - Difetto di pubblicità e trasparenza

L'Amministrazione, omettendo qualsiasi forma di adeguata pubblicità della gara, è incorsa in violazione di legge per difetto di pubblicità e di trasparenza ed indebita restrizione della concorrenza, precludendo altresì la partecipazione alla gara di altri eventuali operatori qualificati e potenzialmente interessati.

La scelta dell'Amministrazione di non interpellare il concessionario uscente ai fini della presentazione di un'offerta in una gara senza bando deve essere specificamente motivata.

* * *

La decisione conferma un orientamento di matrice comunitaria, già condiviso da altre pronunce del giudice amministrativo nazionale, con il quale viene stabilito che anche per i servizi di cui all'Allegato II B, in specie "servizi sanitari e sociali", resta ferma la necessità di rispettare le regole generali di diritto interno e i principi del diritto comunitario. Più precisamente anche per tali servizi "deve essere assicurata l'apertura alla concorrenza e ogni interessato ha diritto di avere accesso alle informazioni adeguate prima che venga attribuito un servizio pubblico, di modo che, se lo avesse desiderato, sarebbe stato in grado di manifestare il proprio interesse a conseguirlo".

Ne deriva che deve essere data notizia dell'indizione della procedura di affidamento a tutti i possibili interessati. In particolare, la scelta di prendere contatto con un certo numero di potenziali offerenti non è sufficiente, anche se l'amministrazione aggiudicatrice si rivolge ad imprese di altri Stati membri o si sforza di entrare in contatto con l'insieme dei potenziali fornitori. Un approccio selettivo di questa natura non può escludere qualunque discriminazione nei confronti dei potenziali offerenti, e in particolare dei nuovi arrivati sul mercato. In altri termini il solo modo di rispettare i

requisiti definiti dalle regole europee e dalla Corte di giustizia consiste nella pubblicazione di un avviso pubblicitario sufficientemente accessibile prima dell'aggiudicazione dell'appalto. Tale avviso pubblicitario deve essere pubblicato dall'amministrazione aggiudicatrice nell'intento di aprire alla concorrenza l'aggiudicazione dell'appalto. Analoga considerazione viene svolta anche con riferimento agli appalti di valore inferiore alla soglia di rilievo comunitario.

L'amministrazione dunque non avrebbe potuto legittimamente affidare il servizio all'esito di una procedura negoziata (confronto tra soli operatori invitati) non preceduta dalla previa pubblicazione del bando, alla quale per altro non sia stato invitato il gestore uscente. I giudici del TAR Piemonte evidenziano che:

- nessuna motivazione è stata resa dall'Amministrazione per giustificare il mancato invito;
- le esigenze di contenimento dei costi enunciate nella delibera impugnata sono palesemente generiche ed apodittiche e non spiegano la ragione per cui la procedura sia stata limitata a cinque cooperative sociali di ambito locale, non potendosi escludere che il gestore uscente non fosse in grado di offrire condizioni di erogazione del servizio altrettanto o addirittura ancora più vantaggiose.