



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1561 del 2017, proposto da:
Fondazione *I Teatri* di Reggio Emilia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Paolo Coli, Massimo Colarizi, con domicilio eletto presso lo studio Massimo Colarizi in Roma, viale Bruno Buozzi, 87;

contro

Le Macchine Celibi soc. coop. a r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Fornasari, Cristina Rimondi, con domicilio eletto presso la Segreteria del Consiglio di Stato in Roma, Piazza Capo di Ferro, 13;

nei confronti di

Ar/S Archeosistemi Soc. Cooperativa, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Elena Guiducci, con domicilio eletto presso lo studio Giuseppe Placidi in Roma, via Cosseria n. 2;

Camelot soc. coop. in qualità di mandante della costituenda ATI Ar/S Archeosistemi e Camelot, non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. EMILIA-ROMAGNA-Sede di Parma, Sezione I, n. 00065/2017, resa tra le parti, concernente l'annullamento degli atti con i quali la Fondazione *I Teatri* di Reggio Emilia ha, in esecuzione della deliberazione del Consiglio di amministrazione nella seduta del 29 gennaio 2016, espletato una procedura aperta ai sensi dell'art. 55, comma 5, d.lgs. 12 aprile 2016, n. 163 per l'affidamento di servizi di assistenza al pubblico presso il Teatro Municipale "Romolo Valli", il Teatro "Ariosto" ed il Teatro "Cavallerizza" di Reggio Emilia, per la durata di tre anni con decorrenza dalla data dell'effettivo inizio dell'esecuzione, per un importo complessivo a base di gara di € 433.250,00 (IVA esclusa), comprensivi di 5.750,00 a titolo di IVA per oneri per la sicurezza non soggetti a ribasso;

ed in particolare:

dell'aggiudicazione definitiva della fornitura dei servizi di assistenza al pubblico alla costituenda ATI-AR/S Archeosistemi Soc. Coop. e Camelot Soc. Coop, comunicata a mezzo pec alla ricorrente dal RUP e dal Consiglio di amministrazione della Fondazione *I Teatri* con comunicazione del 30 maggio 2016, prot. n. 606/10.7.1, ed in particolare dei verbali di seduta della Commissione giudicatrice del 4, 19 e 27 aprile 2016;

nonché del Bando di gara, del disciplinare di gara e del capitolato di gara;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Le Macchine Celibi Soc. coop. a r.l. e di Ar/S Archeosistemi soc. cooperativa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 dicembre 2017 il Cons. Angela Rotondano e uditi per le parti gli avvocati Massimo Colarizi, Andrea Fornasari, M. Perrone su delega dell'avv. Elena Guiducci;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La Fondazione *I Teatri* di Reggio Emilia (d'ora in avanti "*Fondazione*") ha proposto appello avverso la sentenza del Tribunale amministrativo per l'Emilia-Romagna, Parma, I, 20 febbraio 2017, 65, che ha accolto il ricorso di primo grado de *Le Macchine Celibi* soc. coop. a r.l. (d'ora in avanti "*Le Macchine*") ed annullato gli atti della gara pubblica in epigrafe indicati.

La Fondazione premetteva, in fatto, di aver indetto, con bando dell'8 febbraio 2016, una procedura aperta, ai sensi dell'art. 55, comma 5, d.lgs. 12 aprile 2016, n. 163, per l'affidamento della fornitura di servizi di assistenza al pubblico presso il Teatro Municipale "Romolo Valli", il Teatro "Ariosto" ed il teatro "Cavallerizza" di Reggio Emilia, per la durata di tre anni (e, precisamente, per il periodo 2016-2019). L'importo complessivo a base d'asta era pari a 433.250,00, IVA esclusa ed il criterio di aggiudicazione era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa (con attribuzione di 60 punti per la qualità dei servizi e di 40 punti per il prezzo).

Il Disciplinare prevedeva che i punteggi relativi all'offerta tecnica sarebbero stati assegnati secondo il metodo del confronto a coppie.

Entro il termine di scadenza del 24 marzo 2016 pervenivano alla Fondazione quattro offerte.

In data 29 marzo 2016 veniva nominata la Commissione giudicatrice.

La procedura si svolgeva, secondo quanto riportato nei verbali delle relative operazioni (prodotti in giudizio dall'appellante), nelle sedute del 4 aprile 2016, del

19 aprile 2016 (nel corso della quale la Commissione procedeva alla valutazione delle offerte tecniche) e del 27 aprile 2016 (con apertura delle buste contenenti le offerte economiche e attribuzione dei relativi punteggi).

All'esito della gara, aggiudicataria risultava la costituenda Associazione temporanea di imprese - AR/S Archeosistemi Soc. Coop. e Camelot soc. coop. sociale (d'ora in avanti, per brevità, soltanto "*Ati Archeosistemi –Camelot*"), con punti 95,46.

In data 29 giugno 2016, in forza della deliberazione del Consiglio di amministrazione adottata il 27 maggio 2016, veniva stipulato il contratto di appalto tra la Fondazione e l'aggiudicataria.

Avverso l'aggiudicazione definitiva e gli altri atti di gara (bando, disciplinare e capitolato) insorgeva, con ricorso depositato dinanzi al Tribunale amministrativo per l'Emilia-Romagna, Le Macchine Celibi Società Cooperativa, precedente gestore del servizio e classificatasi al terzo posto con punteggio pari a 70,09.

Si costituiva nel giudizio di primo grado la Fondazione, eccependo il difetto di giurisdizione e deducendo, nel merito, l'infondatezza delle censure. Si costituiva l'aggiudicataria, anch'essa per resistere al ricorso.

Il Tribunale amministrativo, disattesa l'eccezione di difetto di giurisdizione, accoglieva il ricorso, ritenendo fondati il terzo e il quarto dei motivi, e annullava gli atti della gara, condannando le resistenti alla rifusione delle spese di giudizio.

In particolare, la sentenza, nell'accogliere le deduzioni di parte ricorrente, affermava che i criteri di valutazione delle offerte indicati nel Disciplinare fossero generici e, di conseguenza, inidonei a consentire agli operatori di calibrare le loro offerte, in violazione dell'art. 83 d.lgs. n. 163 del 2006; rilevava, altresì, la carenza di motivazione nella valutazione delle offerte (da effettuarsi mediante il metodo del confronto a coppie) e l'insufficienza dei meri punteggi numerici, vista l'assenza di criteri di valutazione delle offerte prefissati con chiarezza e adeguato grado di dettaglio, e stante l'esistenza di una clausola di gara che prevedeva che i membri della

Commissione in occasione di ciascun confronto dovessero esprimersi circa la loro preferenza *“motivandola”*; riteneva, infine, in concreto violato l'allegato G al d.P.R. 207 del 2010 in quanto il Disciplinare aveva previsto una scala di preferenze da 1 a 4, in luogo di quello da 1 a 6, previsto dall'Allegato, pur ritenendo il motivo assorbito vista la fondatezza delle altre doglianze.

La Fondazione ha impugnato la sentenza per i seguenti motivi:

- errata reiezione dell'eccezione preliminare di difetto di giurisdizione, avendo giurisdizione il giudice ordinario;
- erroneo accoglimento del terzo motivo di ricorso (*violazione e/o falsa applicazione dell'art. 83 D.Lgs. 163 del 2006 e dei principi di legalità, imparzialità, buon andamento e trasparenza dell'attività amministrativa. Eccesso di potere per violazione della par condicio tra i concorrenti, del principio di imparzialità e di effettiva concorrenza fra i partecipanti*); errata considerazione dell'effettivo contenuto della *lex specialis* di gara;
- erroneo accoglimento del quarto motivo di ricorso (*violazione di legge, in particolare dell'obbligo di motivazione dei provvedimenti amministrativi, dell'art. 3 della legge 241 del 1990, violazione dell'art. 4 del disciplinare di gara, violazione dei principi di buon andamento, trasparenza ed imparzialità dell'attività amministrativa; eccesso di potere per violazione del principio di par condicio dei concorrenti e per difetto assoluto di motivazione*);
- erronea dichiarazione di fondatezza (pur dichiarando assorbito il motivo) del quinto motivo di ricorso (*violazione di legge, in particolare dell'art. 120 d.P.R. 207 del 2010, violazione dell'allegato G al d.P.R. 207 del 2010, eccesso di potere e violazione dei principi di parità di trattamento ed imparzialità*).

Si costituiva in giudizio AR/S Archeosistemi, domandando l'accoglimento dell'appello e l'integrale riforma della sentenza, per insussistenza della giurisdizione amministrativa e, comunque, per l'inammissibilità, l'improcedibilità, l'infondatezza delle censure della ricorrente in primo grado.

Si costituiva in giudizio Le Macchine deducendo l'infondatezza dell'eccezione di difetto di giurisdizione e domandando la reiezione dell'appello.

Con ordinanza cautelare del 4 maggio 2017 questa V Sezione sospendeva l'esecutività della sentenza di primo grado.

All'udienza del 5 dicembre 2017, all'esito del deposito di memorie difensive ai sensi dell'art. 73 Cod. proc.amm., la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

1.1. Va preliminarmente esaminato il primo motivo di appello principale, sull'eccezione di difetto di giurisdizione.

1.2.L'appellante deduce che la gara è estranea all'ambito di applicazione del *Codice dei contratti pubblici*: sebbene per volontaria scelta della stazione appaltante sia stato previsto che la procedura si svolgesse "con le modalità di cui al d.lgs. n. 163 del 2006", nondimeno la Fondazione non è organismo di diritto pubblico, ai sensi dell'art. 3 comma 26 dello stesso decreto: in primo luogo, sulla scorta dell'essenziale considerazione per cui essa opera e svolge l'attività nell'ambito di un mercato concorrenziale nei confronti degli operatori, pubblici e privati, ed esulante da private; sicché, da un lato, essa non riceve finanziamenti pubblici alla sua struttura e connessi alla sua esistenza, in ragione della natura giuridica pubblicistica di alcuni tra i fondatori, bensì solo contributi dal Fondo unico per lo spettacolo (FUS), peraltro non sulla base di un automatismo ma in modo correlato alla qualità artistica del prodotto offerto e alla capacità di venderlo adeguatamente sul mercato, alle medesime condizioni di un operatore privato; dall'altro, eventuali perdite subite dall'ente non sono ripianate mediante interventi finanziari di soci pubblici. Altro elemento sintomatico che esclude la natura di organismo di diritto pubblico, tenuto all'osservanza delle regole procedurali del *Codice*, è il rispetto del vincolo di bilancio, che richiede il pareggio tra il valore della spesa e il valore attuale delle entrate e lo svolgimento dell'attività secondo "criteri di imprenditorialità ed efficienza", come

prescritto dallo Statuto della Fondazione. La gestione di quest'ultima, pur non perseguendo finalità lucrative, si fonderebbe su criteri di rendimento, efficacia e redditività: lo Statuto prevede infatti che possano determinarsi “*avanzi di gestione*” e “*utili*”, che, sebbene non distribuibili, possono impiegarsi nel perseguimento delle finalità istituzionali. Non sarebbe, pertanto, soddisfatto, ai fini della qualificazione dell'ente come organismo di diritto pubblico, il requisito dello svolgimento dell'attività con metodo non economico, in assenza di rischio di impresa.

Inoltre, benché la Fondazione svolga attività volta a soddisfare esigenze generali, difetterebbe il c.d. requisito teleologico, non perseguendo la Fondazione obiettivi con carattere non industriale e commerciale. Infatti, l'attività di gestione dei luoghi destinati a pubblici spettacoli, così come l'attività di produzione e commercializzazione di spettacoli, è volta alla produzione di servizi destinati ad essere collocati sul mercato in regime di libera concorrenza, con una caratterizzazione commerciale: tale natura non potrebbe venir meno in ragione dell'innegabile connotazione di interesse generale e per la finalità culturale delle attività. Rileva anche che i fondatori sono costituiti da una pluralità di soggetti, non soltanto pubblici ma anche privati.

In conclusione, per l'appellante, la scelta di assoggettare la gara alle norme procedurali del *Codice dei contratti pubblici* non ha carattere dirimente per affermare la giurisdizione amministrativa: come affermato dalla giurisprudenza (Cass. SS.UU., 29 maggio 2012, n. 8511; Cons. Stato, V, 26 luglio 2016, n. 3345), la giurisdizione va individuata in base a criteri legali e non può dipendere dalla volontà di una delle parti, pena la violazione del principio del giudice naturale dell'art. 25 Cost.

Pertanto la sentenza errerebbe nel ritenere la giurisdizione amministrativa affermando che la natura della Fondazione sarebbe stata definita da un precedente (T.A.R. Lazio, III, 5 giugno 2013, n. 5164) - peraltro non passato in giudicato - per

cui la stessa “*oltre a svolgere una funzione di rilevanza pubblica, [ha] connotazioni pubblicistiche*”: pronunzia che riguardava il diverso profilo della legittimità dell’inserimento della Fondazione, da parte dell’ISTAT, nell’elenco delle amministrazioni pubbliche inserite nel *conto economico consolidato* ai sensi della legge n. 196 del 2009 (*legge di contabilità e finanza pubblica*); aspetto che richiede parametri e requisiti diversi da quelli occorrenti per qualificare una persona giuridica privata come organismo di diritto pubblico, per il quale fondamentale rilievo assume la natura non commerciale né industriale dell’attività svolta. Di conseguenza, la sentenza, nel qualificare la Fondazione come organismo di diritto pubblico, erroneamente avrebbe considerato elementi in parte inesistenti, in parte irrilevanti, e trascurando aspetti fondamentali per escludere detta natura.

1.3. La censura è infondata.

Il Collegio rileva che non sussiste difetto di giurisdizione amministrativa.

Le argomentazioni dell’appellante non sono idonee ad escludere la natura di *organismo di diritto pubblico* della Fondazione, bene affermata dalla sentenza appellata.

Tale non è, infatti, la circostanza che la Fondazione debba rispettare il vincolo di bilancio. I criteri di corretta amministrazione, efficienza, economicità della gestione sono principi generali dell’attività amministrativa. Il rispetto del vincolo di bilancio non è sintomo della natura del tutto privata di una persona giuridica, né idoneo ad escludere la sua qualificazione come *organismo di diritto pubblico*.

Nemmeno ha rilievo che l’ente appellante operi in un contesto concorrenziale e debba soggiacere alle regole del mercato e al correlato rischio economico. Tale profilo non è idoneo ad escludere il requisito teleologico che porta alla qualificazione di *organismo di diritto pubblico*, che è piuttosto correlato alla natura e alle finalità dell’attività in concreto esercitata.

Il Collegio rileva anzitutto che la Fondazione, che ha una configurazione strutturale riflettente previsioni del Codice civile, per finalità statutaria è volta a soddisfare interessi che riflettono l'interesse generale, e che sono privi di un carattere industriale o commerciale: così la finalità di promozione socio- culturale dell'attività di organizzazione, produzione e gestione di spettacoli (teatrali, musicali, operistici) in quel contesto territoriale, nel cui ambito la Fondazione gestisce i tre principali teatri comunali di Reggio Emilia.

Sussiste dunque in concreto il primo requisito di un *organismo di diritto pubblico*, vale a dire il requisito teleologico: che non è certo escluso in ragione dell'asserito ambito concorrenziale entro cui si collocherebbe l'attività.

La Fondazione si duole che la sentenza ravvisi un'analogia con il caso, già affrontato in giurisprudenza (Cons. Stato, V, 12 ottobre 2010, n. 7393; Cass., SS.UU., 7 luglio 2011, 14958) della Fondazione Carnevale di Viareggio (che è stata così riconosciuta *organismo di diritto pubblico*, per l'influenza dominante del diritto pubblico, ricavabile da uno degli indici sintomatici -patrimonio, contributi periodici, controllo sugli organi e sull'attività- e per la finalità di soddisfare esigenze di interesse generale, a carattere non industriale o commerciale); richiamo improprio e inconferente, giacché l'attività di promozione socio-culturale di quella fondazione è dell'organizzazione di una sola manifestazione all'anno, appartenente al patrimonio storico artistico di quel comune, perciò esclusa da un ambito concorrenziale.

Il Collegio ritiene che l'assunto non può essere condiviso: all'opposto, è proprio l'organizzazione locale di più manifestazioni e spettacoli teatrali e culturali, non solo di un isolato evento tradizionale, a confermare che la Fondazione è funzionale al soddisfacimento di interessi di rilievo generale: l'organizzazione di plurimi eventi culturali non è infatti di minor rilievo generale che l'organizzazione di un unico, tradizionale, evento.

L'art. 2 dello Statuto (*scopo*) afferma che la Fondazione *“persegue l'obiettivo di contribuire allo sviluppo culturale, civile ed economico della comunità locale”* e che ha *“finalità di promozione, produzione e diffusione della cultura, dell'arte, dello spettacolo, di tutte le espressioni teatrali [...], e della cultura ambientale, nonché di conservazione e di valorizzazione dei beni culturali ad essa assegnati, o comunque da essa ricevuti”*. Si aggiunge poi, a conferma, che la Fondazione *“ha anche l'obiettivo di supportare lo sviluppo delle attività teatrali e di spettacolo promosse dai Comuni della Provincia di Reggio Emilia”*.

Sono queste, all'evidenza, attività corrispondenti a interessi generali. La circostanza che simili attività o eventi possano nel territorio essere organizzati anche da soggetti pienamente privati e per loro finalità nulla toglie alla caratterizzazione di cui si verte, una volta che questa è posta in collegamento con i profili strutturali e finanziari di cui tra breve si dirà. Detto carattere di quei soggetti e la ovvia conseguenza di una rispettiva *“concorrenza”* (concetto che postulerebbe competitori di mercato, finalizzati al lucro) non è certo idonea a escludere che quegli interessi stessi corrispondano all'interesse generale: che è la ragione giustificatrice per cui enti pubblici, pur insieme a soggetti privati, hanno dato vita alla Fondazione medesima, e che giustifica l'altrimenti ingiustificabile concorso di questi medesimi enti pubblici e relativi impegni di spesa. L'attività di pubblico spettacolo, invero, per quanto naturalmente libera – come vogliono i principi fondamentali dello Stato di diritto –, è attività per sua natura orientata all'interesse generale, essendo rivolta indistintamente al pubblico e alla buona soddisfazione del suo tempo libero: e tanto qui basta. In nulla ciò è scalfito dalla circostanza, del tutto normale, che simile attività sia liberamente svolta, per lucro o per diletto o per altruismo, anche da soggetti privati, nel qual caso è senz'altro libera attività. È radicalmente privo di fondamento, dunque, il contraddittorio assunto dell'appellante Fondazione che – pur costituita e incisivamente partecipata anche da enti locali e dunque avvalentesi di risorse pubbliche – pretenderebbe, grazie a questa veste formale, di autoestraniarsi dalle

dovute regole di legge dell'evidenza pubblica, solo perché svolge dal proprio ben diverso lato attività che può corrispondere a un'altra libera attività.

Ma non basta: concorre con questo profilo la circostanza strutturale che questa Fondazione è un soggetto a forma privata che opera con risorse (anche) pubbliche e sotto il controllo di amministrazioni pubbliche.

La Fondazione appellante, per quanto costituita non sulla base di una legge speciale, bensì sulla base di un comune atto di fondazione (che peraltro è l'ultimo tratto di un processo di esternalizzazione di strutture e attività in origine del tutto pubbliche), è invero caratterizzata da elementi strutturali che concorrono con quanto finora rilevato a caratterizzarla come *organismo di diritto pubblico*.

In primo luogo, va considerato che, per previsione statutaria, la Fondazione non persegue finalità lucrative; la circostanza che debba operare con criteri di economicità, perseguendo l'obiettivo del pareggio tra costi e ricavi, è del tutto naturale e vi è coerente che gli eventuali utili siano reimpiegati per l'attività istituzionale. Non solo: è previsto che i fondatori non possano richiedere la quota proporzionale del patrimonio e che, in caso di estinzione, il patrimonio sia devoluto ad altri enti non lucrativi che operano nel campo dello spettacolo e dell'educazione musicale individuati dal Consiglio di amministrazione o dal Comune.

Soprattutto vale rilevare che la Fondazione è sottoposta a *controllo* – vale a dire a ingerenza - di enti pubblici e che il suo finanziamento prevalente proviene da enti pubblici.

In relazione al primo profilo, giova anzitutto ricordare – come emerge dal fascicolo di primo grado - che quanto oggi è costituito dalla Fondazione fu costituito nel 1990 in associazione, ai fini della “privatizzazione” dei teatri comunali di Reggio Emilia; che con atto pubblico 30 luglio 1996 venne costituito il Consorzio “I Teatri di Reggio Emilia”, di cui consorziati erano il Comune (per il 90%) e la Provincia (per il 10%), con capitale di dotazione iniziale finanziato dagli enti consorziati e mediante

il patrimonio dell'associazione; che nel 2002 il Consorzio venne trasformato in *fondazione*, poi riconosciuta ai sensi del d.P.R. n. 361 del 2000 dal 30 settembre 2002; e che, della attuale Fondazione, fondatori istituzionali originari sono il Comune e la Provincia di Reggio Emilia, mentre tra i soci fondatori è la locale Camera di Commercio; fondatori ordinari sono anche soggetti pubblici.

Per quanto attiene alle ingerenze e ai controlli di enti pubblici sulla Fondazione, vale considerare anzitutto che il Sindaco è Presidente della Fondazione e del Consiglio di Amministrazione è (che resta in carica per la durata del mandato amministrativo del sindaco) o persona da lui nominata (art. 6 Statuto), il quale *«ha tutti i poteri per l'ordinaria e straordinaria amministrazione (...) ed ha facoltà di compiere tutti gli atti che ritenga opportuni per l'attuazione e il raggiungimento delle finalità statutarie»*.

Gli altri componenti del Consiglio di Amministrazione sono nominati, per la maggior parte, dal Sindaco di Reggio Emilia, dal Presidente della Provincia, dalla Camera di Commercio, e dall'Assemblea (costituita da tutti i fondatori: che sono, per la maggior parte, enti pubblici). Il Consiglio di Amministrazione nomina il Direttore generale. Sindaco e Presidente della Provincia nominano anche due dei tre membri effettivi del Collegio dei revisori, con compiti di ispezione e controllo; nominano, altresì, la maggior parte dei componenti del Comitato di indirizzo.

Quanto al finanziamento, per statuto il patrimonio della fondazione è costituito, oltre che da elargizioni e donazioni provenienti da terzi, da apporti eseguiti da tutti i fondatori mediante periodico versamento della quota associativa annuale, e da eventuali contributi attribuiti dallo Stato, da enti territoriali, enti pubblici o enti privati. In caso di estinzione, il patrimonio è devoluto a enti non lucrativi operanti con finalità analoghe nel campo dello spettacolo e dell'educazione musicale, individuati dal Consiglio di Amministrazione o, in difetto, dal Comune di Reggio Emilia.

Per ammissione della Fondazione stessa, le Amministrazioni locali hanno conferito parte del patrimonio iniziale. Non è poi senza rilievo, pur se di suo non è dirimente, che essa sia destinataria di contributi del Ministero per i beni culturali a valere sul *Fondo Unico per lo Spettacolo* (FUS). La circostanza inoltre che questi non siano erogati in via automatica, ma su specifiche attività di produzione e distribuzione di spettacoli, assegnati tramite procedure competitive che guardano alla qualità artistica dei progetti e delle proposte e alla loro appetibilità per il pubblico, naturalmente espone l'ente al rischio di una conduzione non remunerativa o in perdita: ma ciò nulla toglie alla caratterizzazione di cui qui si verte, che concerne piuttosto la scelta dei terzi contraenti, di cui tratta la legislazione in tema di contratti pubblici.

Ricorre, dunque, nel caso di specie, un ulteriore tratto distintivo, elaborato prima dalla giurisprudenza e richiesto poi dalla legge, per configurare un *organismo di diritto pubblico*: lo svolgimento di attività finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico, oppure contraddistinti da una gestione che sia soggetta al controllo di questi ultimi o dall'essere gli organi di amministrazione, direzione o vigilanza costituiti da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico.

Alla luce delle ragioni esposte, bene la sentenza impugnata ha richiamato, ad ulteriore fondamento della decisione, le considerazioni già svolte in una precedente pronuncia che, circa l'inserimento di Fondazione *I Teatri* di Reggio Emilia negli elenchi ISTAT del 24 luglio 2010 e del 30 settembre 2011, delle amministrazioni pubbliche inserite nel conto economico consolidato, in virtù della modifica dell'art. 1, comma 2, della legge n. 196 del 2009 (per effetto dell'art. 5, comma 7, del d.l. 2 marzo 2012, n. 16), ha rilevato che *“La Fondazione [...] risulta costituita con deliberazione consiliare del Comune di Reggio Emilia in data 10 maggio 2002;- i fondatori sono, tra gli altri, il Comune di Reggio Emilia, la Provincia di Reggio Emilia e la Camera di commercio locale;- il*

Presidente della fondazione è il Sindaco di Reggio Emilia;- il Comune di Reggio Emilia nomina la maggioranza del consiglio di amministrazione mentre gli altri sono nominati dalla Provincia di Reggio Emilia;- è finanziata in prevalenza dalle amministrazioni pubbliche in quanto riceve contributi dallo Stato (attraverso il FUS – fondo unico dello spettacolo) e dalle amministrazioni locali che, comunque, superano il 50% del valore della produzione” (cfr. Cons. Stato, VI, 10 dicembre 2015, n. 5617; 28 dicembre 2015, n. 5852).

Tutto quanto sopra porta a senz’altro affermare che la Fondazione *I Teatri*, di Reggio Emilia, ha natura di *organismo di diritto pubblico*, soggetto pertanto all’applicazione del *Codice dei contratti pubblici* perché possiede i tre requisiti - di matrice comunitaria - dell’art. 3, comma 26, d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, ovvero: *a)* il requisito personalistico, trattandosi di soggetto dotato di personalità giuridica di diritto privato; *b)* il requisito dell’influenza dominante del soggetto pubblico, trattandosi di ente finanziato dagli enti pubblici locali e dotato di organo direzionale a designazione pubblica maggioritaria; *c)* il requisito teleologico, perché destinato a perseguire interessi che corrispondono a quelli generali (cfr. per l’analogo caso dell’Accademia di Santa Cecilia, in Roma, quale organismo di diritto pubblico, Cass., SS.UU., 8 febbraio 2006, n. 2637).

Ne consegue che lo svolgimento della gara secondo le modalità procedurali del d.lgs. n. 163 del 2006 non è solo frutto di una scelta volontaria della stazione appaltante, essendo quest’ultima invece tenuta all’osservanza di dette disposizioni nelle procedure selettive bandite.

Sussiste, quindi, la giurisdizione amministrativa sulla controversia concernente l’annullamento degli atti della gara in oggetto.

2.1. Con il secondo motivo di appello, la Fondazione censura l’accoglimento del terzo motivo del ricorso di primo grado, deducendo l’errata considerazione dell’effettivo contenuto della *lex specialis* di gara.

L'appellante Fondazione assume che la sentenza appellata erra nel ritenere sussistente la violazione o la falsa applicazione dell'art. 83 d.lgs. n. 163 del 2006 e dei principi di legalità, imparzialità, buon andamento e trasparenza dell'azione amministrativa. Al contrario, i criteri di valutazione delle offerte dei concorrenti sarebbero determinati e non generici, costituendo non mere "scatole vuote", bensì adeguati limiti per la discrezionalità della stazione appaltante. In tesi, detti criteri sarebbero idonei ad orientare le scelte degli operatori economici, non impedendo in alcun modo a questi ultimi di calibrare adeguatamente la propria offerta.

L'assunto non ha fondamento.

Il Disciplinare di gara (alla pagina 5) così dispone: *"4-criteri di valutazione delle offerte. L'appalto sarà aggiudicato alla ditta che avrà presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi del d.lgs. 163 del 2006, valutata in base ai seguenti elementi "Qualità dei servizi", per un punteggio massimo di 60 punti, così suddiviso: a) "Progetto organizzativo", per un massimo di 45 punti; b) "Profili del personale", per un massimo di 10 punti; c) "Profilo del Capocommesso", per un massimo di 5 punti"*.

Il Collegio ritiene che non ha fondamento l'assunto della Fondazione appellante, per la quale la prospettazione della sentenza appellata propugnerebbe un approccio atomistico alla *lex specialis*, mentre i criteri di valutazione contenuti nel Disciplinare non possono prescindere dal contenuto del Capitolato tecnico, a cui detti criteri effettivamente rinviano *per relationem*.

L'argomento non sovverte la sentenza appellata. Se è vero che Disciplinare e Capitolato vanno reciprocamente integrati, tale lettura della legge di gara non consente, nella specie, di supplire alla mancanza di adeguata e puntuale predeterminazione dei criteri di valutazione delle offerte. Come bene deduce l'appellata, ove il Capitolato sia più specifico e articolato sul contenuto dell'offerta, tanto maggiore dovrà essere il grado di dettaglio dei criteri di valutazione: che, se

mancanti o indeterminati perché non puntualmente previsti dal Disciplinare, non potranno essere integrati utilizzando le previsioni del Capitolato.

Invero, il problema non è solo di consentire ai concorrenti di predisporre o calibrare adeguatamente le offerte, bensì di stabilire *ex ante*, con criteri predeterminati e oggettivi, le modalità con cui tali offerte saranno valutate e i criteri per l'attribuzione dei punteggi: a presidio dei principi generali di tutela della *par condicio competitorum*, imparzialità, massima concorrenza e trasparenza che devono governare le selezioni pubbliche.

Perciò, coerentemente a quanto afferma la giurisprudenza, sussiste la violazione dell'art. 83 d.lgs. n. 163 del 2006 in caso di omessa predeterminazione di precisi e puntuali criteri per l'attribuzione dei punteggi relativi agli elementi tecnici dell'offerta, in quanto la presenza di criteri sufficientemente puntuali consente la verifica dell'operato dell'Amministrazione da parte del privato e l'effettivo esercizio del sindacato di legittimità da parte del giudice amministrativo (es. Cons. Stato, III, 10 dicembre 2013, n. 5909).

Il Collegio condivide e intende dare continuità all'orientamento giurisprudenziale in base al quale *“la mancanza, nel disciplinare di gara e nel capitolato tecnico di una griglia di sottovoci (con i relativi punteggi), entro cui ripartire i singoli criteri di valutazione, ha lasciato agli apprezzamenti soggettivi della commissione giudicatrice la fissazione (se pure inespressa) degli elementi da prendere in più o meno maggiore considerazione all'interno dei singoli macrocriteri generali, così impedendo al concorrente (così come all'interprete) di ricollegare l'attribuzione dei punteggi e la graduazione degli stessi tra il minimo ed il massimo ai corrispondenti presupposti di fatto, essendo invece imprescindibile che il bando dettagli i criteri e i punteggi in modo da lasciare ristretti margini di discrezionalità alla commissione stessa, la quale dovrebbe così operare in modo pressoché vincolato, assegnando per ciascun criterio uno specifico e determinato punteggio”* (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, III, 10 dicembre 2013, n. 5909).

Nel caso di specie, il disciplinare prevedeva criteri generici e inadeguati a orientare le scelte della stazione appaltante e l'attribuzione dei punteggi sui singoli elementi dell'offerta tecnica, non prevedendo alcun sub-peso, sub-criterio o sub-punteggio che consentisse di guidare entro margini predeterminati la discrezionalità della Commissione, sì da consentire di identificare il percorso logico seguito.

Non consente un differente giudizio di specificità e sufficiente predeterminazione dei detti criteri il riferimento dell'appellante (alle pagine 13 e 14 del ricorso) al contenuto delle buste (art. 2, pagina 3 del disciplinare), relativo alla descrizione dettagliata della documentazione da allegare all'offerta (e precisamente del "*progetto organizzativo*", comprensivo del "*piano operativo*", dei "*profili del personale*", del "*profilo del capocommesso*"). Come bene osserva l'appellata, il contenuto delle buste si rivolge agli offerenti e riguarda l'oggetto della valutazione, mentre i criteri di valutazione hanno per primo destinatario la Commissione, riguardando le specifiche modalità che quest'ultima dovrà seguire nell'attribuzione dei punteggi e subpunteggi nonché del peso ponderale da riconoscere a ciascun elemento delle offerte.

Invero, le specificazioni indicate dall'appellante attengono al contenuto e all'oggetto dell'offerta e della prestazione del servizio da affidarsi non già ai criteri di valutazione della medesima, da formularsi in maniera adeguatamente dettagliata per limitare la discrezionalità della stazione appaltante, consentire agli operatori di calibrare la propria offerta, fornire al giudice amministrativo parametri per l'esercizio del sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche operate dalla Commissione.

Se poi si tratta, come afferma l'appellante Fondazione, di un'ordinaria tecnica redazionale per la declinazione dei criteri di valutazione, non può revocarsi in dubbio che essa sia comunque inadeguata e insufficiente, causando quella indeterminatezza della *lex specialis* bene sanzionata dall'appellata sentenza che ha annullato gli atti impugnati.

3.1. Con il terzo motivo di appello, la Fondazione censura la sentenza circa l'accoglimento del quarto motivo di ricorso di Le Macchine, deducendo la sufficienza del punteggio numerico ai fini della ricostruzione del percorso valutativo della Commissione e l'idoneità a sostituire la motivazione.

L'appellante Fondazione deduce che il motivo, prima ancora che infondato, è da respingere in quanto inammissibile: infatti, la valutazione numerica evidenzerebbe con immediatezza il livello qualitativo attribuito dalla Commissione a ciascuna offerta; e lamenta che Le Macchine non avrebbe fornito la prova di resistenza né elementi idonei a dimostrare che la sua offerta sia stata trattata ingiustamente quanto a valutazione qualitativa.

Ad ogni modo, il motivo sarebbe infondato per l'idoneità del punteggio numerico assegnato ai vari elementi di valutazione dell'offerta ad integrare di per sé una valutazione sufficiente, tanto più nell'ipotesi, come nella fattispecie in esame, di applicazione del metodo del confronto a coppie, ove la discrezionalità tecnica attribuita alla Commissione sarebbe ben più ampia.

Le doglianze, ritiene il Collegio, sono infondate.

È invero fondato l'assunto dell'appellata, accolto dal giudice di prime cure, che rileva che la mera motivazione numerica, anche nell'ipotesi di utilizzo del metodo del confronto a coppie, condotto in presenza di criteri di valutazione generici e indeterminati e in assenza di sub-criteri, sub-pesi e sub-punteggi, viola il generale principio dell'obbligo di motivazione dei provvedimenti amministrativi di cui all'art. 3 l. n. 241 del 1990.

Se è vero che, per consolidata giurisprudenza, il punteggio numerico integra di suo una sufficiente motivazione e che, in ipotesi di confronto a coppie, il sindacato giurisdizionale non può entrare nel merito delle valutazioni della Commissione, costituendo in tal caso il punteggio attribuito indice del grado di preferenza riconosciuto alla singola offerta nel raffronto con le altre e, al contempo, adeguata

motivazione delle valutazioni sui singoli elementi qualitativi, nondimeno tali affermazioni postulano la previa determinazione di chiari, dettagliati e specifici criteri di valutazione, al fine di consentire la ricostruzione dell'*iter* decisionale seguito dalla Commissione nonché l'effettivo esercizio del sindacato di legittimità da parte del giudice amministrativo sulla ragionevolezza e sulla logicità dei giudizi espressi.

La mera valutazione numerica è, infatti, sufficiente per un'adeguata motivazione soltanto se i criteri, sottocriteri e sub-pesi siano stati prefissati in maniera specifica e con un adeguato grado di dettaglio: il che non può ritenersi qui avvenuto.

Del resto, nell'ipotesi in esame, la stessa *lex specialis*, specificate le tipologie di preferenza, prevedeva, non a caso, che i membri della Commissione, in occasione di ciascun confronto, dovessero esprimersi circa la preferenza riconosciuta "*motivandola*" (art. 4 del Disciplinare).

Al contrario, come correttamente rilevato dalla sentenza appellata e non contestato dall'appellante (che solo deduce l'idoneità del punteggio numerico a integrare un'adeguata motivazione), la Commissione giudicatrice, contro la detta clausola del Disciplinare, nella seduta del 19 aprile 2016 provvedeva ad assegnare i punteggi corrispondenti alla preferenza accordata, senza motivare circa tali scelte.

4.1. Con il quarto motivo di appello, la Fondazione lamenta l'erronea dichiarazione di fondatezza del quinto motivo di ricorso di Le Macchine: con tale motivo di impugnativa – che la sentenza stima assorbito, ma ritenuto comunque fondato – l'odierna appellata deduce la violazione dell'Allegato G al d.P.R. n. 207 del 2010, perché il Disciplinare prevedeva una scala di preferenze da 1 a 4 in luogo di quella da 1 a 6, prevista dal citato Allegato. Senonché - sostiene l'appellante - tale disciplina, applicabile ai soli appalti di lavori, non troverebbe in concreto applicazione, venendo in rilievo nella fattispecie in esame un appalto di servizi: per il quale troverebbe invece applicazione l'Allegato P. Tale ultima disciplina rinvia, per la determinazione dei coefficienti, alle linee guida di cui all'Allegato G, nell'ipotesi di determinazione

con il metodo del confronto a coppie, oppure al diverso metodo previsto nel bando di concorso o nella lettera di invito.

Anche tale censura è infondata.

Invero, è lo stesso Allegato P a prevedere che i coefficienti della prestazione dell'offerta, nell'ipotesi di attribuzione in base al metodo del confronto a coppie, siano attribuiti seguendo le linee guida dell'Allegato G, che prevede un *range* di preferenze da 1 a 6, e non da 1 a 4.

Il Disciplinare di gara deroga a tale normativa, utilizzando una differente scala di preferenze, ma senza motivare sulle ragioni dello scostamento dalla disciplina legale sebbene si trattasse di un profilo idoneo a incidere, modificandolo, sul punteggio finale attribuito a ciascun offerente.

5.1. Dall'infondatezza delle censure articolate dalla Fondazione e dalla controinteressata Archeosistemi nelle memorie difensive depositate in giudizio consegue la reiezione dell'appello proposto.

Restano assorbiti i restanti motivi comunque inidonei a fondare una pronunzia di tipo diverso.

6.1. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza impugnata.

Condanna Fondazione i Teatri di Reggio Emilia e Ar/S Archeosistemi Società Cooperativa alla rifusione delle spese di giudizio a favore dell'appellata Le Macchine Celibi Società Cooperativa che liquida forfettariamente in complessivi euro 5.000 (cinquemila/00) a carico di Fondazione I Teatri di Reggio Emilia e 2.000 (duemila/00) a carico di Ar/S Archeosistemi Soc. Cooperativa, oltre oneri accessori come per legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 5 dicembre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Angela Rotondano

IL PRESIDENTE
Giuseppe Severini

IL SEGRETARIO