

Pubblicato il 03/11/2021

N. 02321/2021 REG.PROV.COLL.

N. 01401/2021 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania
sezione staccata di Salerno (Sezione Seconda)
ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 1401 del 2021, proposto da:

(...) . Coop., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato L. T., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di (...), in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato C. I., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

(...) Società Cooperativa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato F. G., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

della determina n. 231/2021 del Comune di (...), di affidamento del servizio di mensa scolastica.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di (...) e di (...) Società Cooperativa;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 15 ottobre 2021 il dott. Igor Nobile e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm., come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso notificato a mezzo pec il 28.9.2021 ai soggetti in epigrafe, depositato in pari data, la ricorrente ha adito questo Tribunale per l'annullamento, previa sospensione:

- della Determinazione del Settore Affari Generali Numero 213 del 13-09-2021 con cui è stato disposto l'affidamento diretto del servizio di mensa scolastica anno 2021-2022 per la primaria di (...) dal 15 settembre 2021 al 22 dicembre 2021 e per le scuole dell'infanzia dal 4 ottobre 2021 al 22 dicembre 2021 in favore della controinteressata, e dei relativi pareri di regolarità tecnica e contabile;

- di tutta la procedura a trattativa diretta del MEPA;

- ove lesivi di tutti gli atti della lex specialis della gara presupposta laddove non garantivano il completamento del servizio aggiudicato;

- degli atti (non conosciuti) mediante i quali è stata espletata l'acquisizione del suddetto servizio mediante Trattativa diretta n. 1821805 del 09.09.2021 sul MEPA ai sensi dell'art. 36, comma 2, lettera a) del D. Lgs. n. 50/2016;

- ove e per quanto lesivi, di tutti gli ulteriori atti presupposti, connessi e consequenziali, anche non conosciuti, con riserva espressa di formulare motivi aggiunti,

nonché per il subentro nel contratto eventualmente stipulato dall'aggiudicataria, con espressa riserva di incardinare un giudizio per il risarcimento del danno ex art. 30, comma 5, cpa.

2. Con i provvedimenti impugnati, la stazione appaltante ha disposto l'affidamento del servizio alla controinteressata in epigrafe, relativo alla refezione scolastica per il periodo dal 15.9.2021 al 22.12.2021 per la scuola primaria sita in (...) e dal 4.10.2021 al 22.12.2021 per le scuole dell'infanzia meglio indicate in atti, per un valore totale di euro 102.327,15 oltre Iva. Sulla base di quanto dichiarato dal difensore della società controinteressata nel corso dell'udienza del 15.10.21, su richiesta del Collegio, il servizio è allo stato erogato in via d'urgenza, senza sottoscrizione di alcun contratto d'appalto.

3. Con i motivi di ricorso, come meglio articolati nel relativo atto processuale, la ricorrente contesta la legittimità di detto affidamento, in ordine ai profili di seguito sinteticamente evocati:

1) violazione dell'art.107 D.Lgs.n.50/2016. La stazione appaltante avrebbe dovuto applicare correttamente l'art.107 D.Lgs.n.50/2016 e, nello specifico, ritenere che, a seguito della sospensione della didattica in presenza ad opera dei provvedimenti emergenziali medio tempo intervenuti in relazione all'insorgenza della pandemia da Covid.19, sia ancora vigente il contratto sottoscritto con la ricorrente (in Ati con altro operatore economico) all'esito della precedente gara ad evidenza pubblica, e dare corso allo stesso per la residua porzione temporale. In particolare, posto che: a) la durata del pregresso affidamento era stabilita in nove mensilità, in coerenza con l'orizzonte temporale dell'anno scolastico (2020-2021); b) a seguito del DPCM 4.3.2020, giusta la sospensione, per factum principis, della didattica in presenza (e quindi, giocoforza, della refezione), per il servizio, attivato con la ricorrente solo a partire dal 7.1.2020 (in esito al contenzioso attivato presso questo Tribunale per l'affidamento della commessa), residuerebbe ancora un periodo di 7 (sette) mesi di contratto, che quindi sarebbe in essere e non ancora interamente eseguito; la stazione appaltante, anziché disporre l'affidamento diretto a favore di altro operatore, avrebbe pertanto dovuto proseguire nel rapporto contrattuale ancora in essere con la ricorrente, solo sospeso ex lege durante la fase più cruenta dell'emergenza pandemica;

2) mancata adozione di un provvedimento di autotutela rispetto al precedente provvedimento di aggiudicazione. Per coerenza con quanto dedotto al punto precedente, la ricorrente contesta che la stazione appaltante, qualora avesse voluto sciogliersi dal vincolo insorto con la ricorrente, avrebbe dovuto agire in autotutela avverso la pregressa determinazione di aggiudicazione, adottata a beneficio della ricorrente in data 23.12.2019 (determinazione n.157 del Responsabile del Settore Affari Generali);

3) Violazione degli artt.35 e 36 del D.Lgs.n.50/2016. Ad avviso di parte ricorrente, la delibera di affidamento sarebbe viziata ulteriormente per violazione della disciplina recata dal Codice dei contratti pubblici, così come interpretata dall'Anac nella Linee Guida n.4; in particolare, la decisione di affidamento del servizio limitatamente al periodo considerato (15.9.21-22.12.21), anziché per l'intero anno scolastico, concretizza un artificioso frazionamento della commessa, con conseguente duplice violazione:

- della norma (all'art.36, co.2 lett. a) del Codice), come transitoriamente derogata dal d.l. n.77/2021, che consente, per le procedure attivate entro il 30.6.2023, l'affidamento diretto fino alla concorrenza dell'importo di euro 139.000,00;

- dell'art.35, co.6 D.Lgs.n.50/2016, che impone il divieto di frazionamento della commessa, salvo che in presenza di ragioni oggettive. Nella fattispecie- espone la ricorrente- qualora l'affidamento fosse stato preso in considerazione per l'intero anno scolastico, il valore dell'appalto sarebbe asceso al di sopra della soglia dell'affidamento diretto; né le ragioni addotte dalla stazione appaltante nella determina a contrarre (n.213/2021, prot.n.736), afferenti a presunte incertezze nella ripresa in presenza della didattica, oltre che al ritardo con cui l'Amministrazione centrale ha diffuso le direttive disciplinanti le procedure di gestione dell'attività scolastica in presenza per l'anno scolastico 2021-2022, costituiscono ragioni obiettive per il frazionamento della commessa;

4) si eccepisce inoltre, per coerenza con il motivo che precede, il difetto di motivazione sotteso all'affidamento diretto, osservandosi come alcuna incertezza discendeva dal quadro normativo vigente fin dal d.l. n.44 del 1.4.2021, convertito dalla l.n.76/2021 che, per la scuola dell'infanzia e per la primaria, aveva generalizzato la ripresa dell'attività didattica in presenza;

5) viene infine contestata la violazione del principio di rotazione, che gli artt.30 e 36 del Codice dei contratti pubblici richiedono quale presupposto legittimante l'affidamento diretto. Nella fattispecie, la stazione appaltante non avrebbe potuto disporre l'affidamento a beneficio della società odierna controinteressata, atteso che il principio di rotazione, come confermato dall'Anac ai punti 3.6 e 3.7 delle Linee Guida n.4, si applica sia all'affidatario uscente che all'operatore economico partecipante (non affidatario).

L'applicazione del principio di rotazione, secondo la prospettiva offerta dalla ricorrente, impediva l'interpello rivolto all'operatore economico controinteressato, sotto un duplice profilo:

- a) atteso che il servizio espletato dalla ricorrente in esecuzione dell'ultima procedura selettiva è durato solo due mesi, il requisito individuato dall'Anac nelle Linee Guida n.4, per l'applicazione del principio di rotazione emerge esclusivamente in capo alla controinteressata, quale affidataria della refezione scolastica a partire dall'anno 2017 (interrotto solo per il breve lasso di due mesi dal contratto eseguito dalla ricorrente, prima della sospensione dovuta alla pandemia);

- la rotazione, in ogni caso, opera non solo nei riguardi dell'affidatario uscente, ma anche nei confronti del soggetto invitato e non aggiudicatario nella precedente procedura, ossia nei riguardi della

controinteressata, talchè quest'ultima non poteva essere, nell'immediato, oggetto di un nuovo affidamento.

4. In data 6.10.2021 si è costituita in giudizio la società controinteressata, per avversare i motivi di ricorso. Con memoria difensiva, successivamente depositata il 13.10.2021, si contestano le argomentazioni ex adverso formulate, eccependo e rilevando quanto di seguito in sintesi esposto:

- in via pregiudiziale, il ricorso sarebbe inammissibile, per difetto di giurisdizione, in quanto la ricorrente, in thesi, richiede l'accertamento dell'inadempimento del Comune di (...) al contratto sottoscritto con la ricorrente in occasione del precedente affidamento del servizio di refezione scolastica. Tale accertamento esula dalla giurisdizione amministrativa esclusiva ex art.133, co.1, lett. e) cpa, riguardando la fase esecutiva del rapporto contrattuale;

- in via preliminare subordinata, il ricorso sarebbe altresì inammissibile per carenza di interesse, in quanto l'eventuale annullamento dell'aggiudicazione giammai potrebbe arrecare utilità alla ricorrente, posto che: a) il contratto con quest'ultima è inesorabilmente cessato nel mese di giugno 2020, in corrispondenza della scadenza ivi prevista, e in armonia con il tralatizio principio che vieta, nei contratti pubblici, la proroga degli stessi, tanto più nella eventuale ipotesi della cd. proroga tecnica, non prevista a monte negli atti di gara; b) proprio l'invocata applicazione del principio di rotazione impedirebbe alla ricorrente di conseguire l'affidamento diretto, in ragione della pregressa qualità di contraente dell'Amministrazione;

- il ricorso sarebbe comunque infondato nel merito, osservando che:

- il precedente affidamento alla ricorrente, anche a seguito dell'iniziativa processuale attivata dalla (...) della sentenza di questo Tribunale n.518/2020, non prevedeva tout court l'erogazione per n.9 mensilità, ma per l'anno scolastico, talchè l'affidamento è inesorabilmente cessato alla fine dell'anno scolastico 2019-2020, ossia nel mese di giugno 2020;

- l'affidamento diretto di cui è controversia, avuto riguardo alla situazione emergenziale, prorogata sino al 31.12.2021 ad opera del d.l. n.105/2021, è pienamente logica e ragionevole, tenuto altresì conto delle date di rilascio del Piano scuola 2021/2022 (pubblicato dal Ministero dell'Istruzione il 5.8.2021) e delle "Indicazioni strategiche ad interim per la prevenzione e il controllo delle infezioni da SARS-CoV-2 in ambito scolastico (a.s. 2021-2022)", elaborate dal Miur e pubblicate il 1.9.2021. In siffatto quadro di incertezze, è legittimo l'operato della stazione appaltante, che si è attivata al solo fine di consentire il regolare avvio dell'anno scolastico, non potendo attivare anzitempo la procedura selettiva;

- è infondata anche la censura relativa alla mancata applicazione del principio di rotazione, in quanto da un lato lo iato temporale comunque intercorso fra i pregressi affidamenti disposti in favore della controinteressata e il successivo affidamento del servizio alla ricorrente appare idoneo a scongiurare la emersione di rendite di posizione (quanto meno in capo all'odierna affidataria), da un altro l'ordinamento consente, motivatamente (come in questo caso, vista la situazione emergenziale), di derogare al principio di rotazione con riguardo al soggetto non affidatario (nel precedente rapporto contrattuale), che negli anni ha assicurato garanzia di qualità.

6. In data 13.10.2021 si costituiva altresì in giudizio il Comune (...), per resistere ai motivi di ricorso.

In particolare, la difesa del Comune evidenziava l'infondatezza dei motivi di ricorso, rilevando:

- quanto al primo motivo, il contratto di appalto con la (...) non si è regolarmente perfezionato, per carenze documentali imputabili alla stessa. Inoltre, il servizio è stato reso in modo carente ed inefficiente, come comprovato dalle numerose segnalazioni ricevute e versate in atti. In ogni caso, non sussiste la violazione dell'art.107 D.Lgs.n.50/2016, atteso che tale disposizione può applicarsi unicamente a fronte di contratti ancora in corso di esecuzione;

- il secondo motivo, strettamente connesso al precedente, è infondato per le stesse ragioni;

- quanto al terzo motivo, è insussistente la pretesa artificiosità del frazionamento, in quanto, al momento dell'esercizio dell'azione amministrativa, sussistevano numerose incertezze tali da non consentire alla stazione appaltante di avviare l'iter selettivo, non ultima la proroga al 31.12.2021 dello stato di emergenza, delle quali si è dato ampiamente conto nel provvedimento impugnato;

- quanto al quarto motivo, la dedotta violazione della regola della rotazione si risolve, in ultima analisi, in una censura che penalizzerebbe la stessa ricorrente, in quanto precedente affidataria e pertanto non legittimata a ricevere ex novo l'affidamento, con conseguente carenza di interesse ad agire rispetto alla doglianza in questione. In ogni caso, l'applicazione del principio di rotazione non è assoluta, potendo la stazione appaltante motivare in ordine alla sussistenza delle condizioni per derogarvi; nella fattispecie, il Comune resistente ha ampiamente motivato circa la particolarità del servizio e l'affidabilità della controinteressata più volte riscontrata nei pregressi affidamenti, rilevando, di contro, l'insoddisfazione per il servizio erogato dalla (...) nei primi mesi del 2020.

7. All'udienza del 15 ottobre 2021 la causa è stata trattenuta in decisione.

8. Il Collegio scruta, con priorità, le eccezioni preliminari prospettate dalla difesa della controinteressata.

8.1 Il difetto di giurisdizione non sussiste. Come risulta evidente dal tenore del ricorso, il petitum sostanziale concerne l'annullamento del provvedimento amministrativo di affidamento del servizio all'odierna controinteressata nel periodo 15.9.21-22.12.21, atto tipicamente autoritativo; la tesi della perdurante vigenza del rapporto contrattuale intrattenuto giusta determina n.157/2019 è proposta al fine precipuo di ottenere l'annullamento dell'atto lesivo.

In ogni caso, si rammenta che, ai sensi dell'art.8, co.1 cpa, il Giudice Amministrativo avrebbe il potere di accertamento incidentale, e quindi senza efficacia di giudicato, anche in ordine alle questioni, diverse da quelle concernenti stato e capacità delle persone (art.8, co.2 cpa), impingenti in posizioni aventi la consistenza del diritto soggettivo, laddove naturalmente ciò sia propedeutico alla cognizione dell'impugnazione principale.

8.2 E' parimenti infondata l'eccezione di carenza di interesse ad agire.

Al riguardo, appare sufficiente evidenziare che:

- l'interesse al ricorso rappresenta un'immanente condizione dell'azione, da valutare, anche d'ufficio, a prescindere cioè dalla fondatezza o meno nel merito del ricorso proposto e tenendo precipuamente conto della causa petendi azionata in giudizio (cfr., Cass, civ., S.U., 10.5.2015, n.9934, secondo cui: "l'interesse ad agire ex art. 100 cod. proc. civ. deve valutarsi alla stregua della prospettazione operata dalla parte");

- nello specifico, l'interesse all'annullamento della determina di aggiudicazione alla controinteressata sussisterebbe anche nell'ipotesi in cui si ritenesse definitivamente cessato al 30.6.2020 il progresso

rapporto contrattuale con la ricorrente e, vieppiù, anche laddove si ritenesse quest'ultima non legittimata all'affidamento di che trattasi per via dell'applicazione del principio di rotazione: ciò, in quanto (avuto riguardo alle argomentazioni prospettate in sede di ricorso) la società ricorrente, quale operatore economico presente e attivo sul mercato, conserva, quanto meno, l'interesse strumentale ad ottenere l'annullamento dell'aggiudicazione impugnata, in coerenza con la prospettata illegittimità del frazionamento, ritenuto artificioso, della commessa, così da rendere possibile alla stazione appaltante, senza dilazione temporale e "consumazione" di ulteriori porzioni temporali di servizio, l'avvio di una procedura selettiva ad evidenza pubblica alla quale la ricorrente potrebbe partecipare (con chance di conseguire l'affidamento);

8.3 Venendo al merito, il ricorso è manifestamente fondato, per le ragioni di seguito rappresentate, e sussistono dunque i presupposti per la sua definizione in forma semplificata, avuto altresì riguardo alle previsioni di cui all'art.120, co.6 cpa, come novellato in ultimo ad opera della L.n.120/2020.

Ritenuto di soprassedere dall'esame dei primi due motivi di ricorso, afferenti al tema della persistente vigenza o meno del rapporto contrattuale in essere con la (...) in esito all'aggiudicazione di cui alla delibera n.157/2019 di affidamento del servizio per l'anno scolastico 2019-2020, che implicano l'esame di questioni prettamente civilistiche, in ordine alle quali potrà, se del caso, essere adito il Giudice Ordinario e fatto salvo un eventuale accordo transattivo fra le parti, in ossequio al criterio della ragione più liquida, postulato del più generale principio di economia dei mezzi processuali, il Collegio ritiene fondato il motivo di ricorso con il quale la ricorrente ha stigmatizzato l'insussistenza dei presupposti per l'affidamento diretto, e la patente violazione dell'art.35, co.6 del Codice a causa dell'artificioso frazionamento della commessa.

Nella fattispecie in esame, la stazione appaltante ha proceduto ad affidare il servizio in modalità diretta, ossia senza gara ad evidenza pubblica e senza nemmeno ricorrere ad una procedura negoziata, in applicazione del disposto di cui all'art.1 della L.n.120/2020, come novellato dall'art.51 L.n.108/2021, che, fino al 30.6.2023, in deroga all'art.36, co.2 lett. a) del Codice, consente di procedere all'affidamento diretto, anche senza previa consultazione di più operatori economici, fino alla concorrenza dell'importo di euro 139.000,00, "fermi restando il rispetto dei principi di cui all'articolo 30 del codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, e l'esigenza che siano scelti soggetti in possesso di pregresse e documentate esperienze analoghe a quelle oggetto di affidamento, anche individuati tra coloro che risultano iscritti in elenchi o albi istituiti dalla stazione appaltante, comunque nel rispetto del principio di rotazione".

Il tema nodale da analizzare, per come evocato dalla difesa della ricorrente, riguarda la corretta individuazione dell'orizzonte temporale della commessa. E' evidente, infatti, che il valore dell'affidamento controverso, pari ad euro 102.327,15 oltre iva, è stato determinato in rapporto alla minor durata del servizio (circa tre mesi) rispetto a quella che sarebbe scaturita dalla copertura per l'intero anno scolastico (in tale ipotesi, è pacifico che l'appalto avrebbe certamente avuto un valore superiore rispetto alla vigente soglia dell'affidamento diretto, pari ad euro 139.000,00 euro).

Ai sensi dell'art.35, co.6, secondo periodo, D.Lgs.n.50/2016, l'appalto non può essere frazionato allo scopo di sottrarre il contratto alle norme vincolistiche del Codice, salvo che in presenza di obiettive ragioni. Nel provvedimento impugnato, la delimitazione temporale dell'affidamento (circa tre mesi, per un valore iva esclusa di euro 102.327,15) è stata giustificata sulla base dell'incertezza circa l'eventuale attivazione della didattica in presenza e in relazione al fatto che le Amministrazioni centrali dello Stato, competenti a fornire linee guida di indirizzo sulle modalità di svolgimento del servizio, si sono pronunciate solo tardivamente (il Piano scuola 2021-2022 del Ministero dell'Istruzione è stato pubblicato il 5.8.2021, mentre le "Indicazioni strategiche ad interim per la prevenzione e il controllo delle infezioni da SARS-CoV in ambito scolastico (a.s.2021-2022)", a cura

del Miur, sono state pubblicate il 1.9.2021; ciò avrebbe comportato la sostanziale impossibilità, per la stazione appaltante precedente, di avviare anzitempo la procedura selettiva per l'intero anno scolastico e, per l'effetto, la conseguente necessità di attivazione di un affidamento d'urgenza, a copertura del servizio, tenuto ulteriormente conto della perdurante vigenza dello stato di emergenza per l'epidemia da Sars-Covid 2, in ultimo prorogata fino al 31.12.2021 giusto d.l. n.105/2021.

In primo luogo, è doveroso rilevare, sul piano astratto, che il frazionamento arbitrario, vietato dall'art.35, co.6 D.Lgs.n.50/2016, attuativo del principio affermato dalla Direttiva 2014/24/UE, all'art.5, co.3, secondo periodo, può venire ad emersione anche negli affidamenti infracomunitari, trattandosi di un principio generale della contrattualistica pubblica (v. art.30, co.2 D.Lgs.n.50/2016: "Le stazioni appaltanti non possono limitare in alcun modo artificiosamente la concorrenza allo scopo di favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori economici o, nelle procedure di aggiudicazione delle concessioni, compresa la stima del valore, taluni lavori, forniture o servizi").

Inoltre, è pacifico che una delle ipotesi più frequenti di frazionamento artificioso dei contratti pubblici si realizzi agendo sul fattore temporale della commessa (cfr., sul tema, Linee Guida Anac n.4, punto 2.1), allorchè la stazione appaltante, pur in presenza di un fabbisogno unitario, dia luogo a più affidamenti (per l'appunto, frazionati) di minor valore, ripetuti nel tempo, allo scopo di eludere l'applicazione della disciplina vincolistica che avrebbe imposto l'esperimento di una gara ad evidenza pubblica (aperta al mercato, o comunque alla necessaria partecipazione, a seguito di rituale invito, di più operatori economici, in luogo dell'unico consultato e affidatario).

Ciò detto, l'orizzonte temporale di una commessa quale la refezione pubblica dovrebbe, di regola, coincidere, perlomeno, con l'anno scolastico, visto che esso costituisce, sia in termini di programmazione che di assegnazione di risorse economiche e materiali, l'ordinario riferimento per le strutture deputate agli acquisti e, di riflesso, per i fruitori del servizio. Nondimeno, per i fabbisogni sostanzialmente ripetitivi, come quello in evidenza, la stazione appaltante dovrebbe, secondo una logica improntata al buon andamento dell'azione amministrativa ex art.97 Cost., considerare la possibilità di dare corso a procedure volte alla stipula di contratti pluriennali, al duplice scopo di conseguire risparmi sia in termini di spesa materiale (con la ricerca delle economie di scala) che di minore attività procedimentale.

Ad avviso del Collegio, le ragioni obiettive per derogare al principio che vieta il frazionamento non ricorrono nella fattispecie, ove si consideri che:

- il decreto legge n.44 del 1 aprile 2021, convertito dalla L.n.76/2021, per le scuole primaria e dell'infanzia, all'art.2, ha ripristinato (per il periodo 7-30 aprile 2021) la didattica in presenza, senza possibilità di deroga ad opera delle Regioni e dei Sindaci con provvedimenti contingibili e urgenti, fatti salvi casi di eccezionale gravità dovuti alla presenza di focolai virali nell'area interessata. Tale impostazione è stata successivamente confermata dal decreto legge 22 aprile 2021, n.52, convertito dalla L.n.87/2021, che ha esteso il regime ordinario (didattica in presenza) fino alla fine dell'anno scolastico. Quanto all'anno scolastico 2021-2022, il decreto legge 6 agosto 2021, n.111, convertito dalla L.n.133/2021 (rif. art.1) ha mantenuto la medesima impostazione.

Tutte le norme sopra considerate, di rango primario, sono ben antecedenti alla determina di affidamento diretto (13.9.2021) ed assurgono ad inequivocabile conferma che, fin dal mese di aprile del 2021, ovvero a partire dal d.l. n.44/2021, il legislatore, quanto meno per le scuole a cui l'affidamento contestato si riferisce, ha considerato – salvo deroghe eccezionali- il ritorno in presenza degli alunni quale standard sociale insopprimibile (tenendo conto, evidentemente, della favorevole evoluzione dell'epidemia in esito alla crescente quantità di popolazione vaccinata ed essendo ben consapevole del rilievo costituzionale dei diritti sotesi, non comprimibili in modo radicale se non

nella fase più acuta e critica dell'epidemia, in armonia con il principio di proporzionalità delle misure di contrasto).

Ora, a fronte di tali premesse, il quadro prospettico che la stazione appaltante aveva davanti era, dunque, tutt'altro che incerto: la didattica in presenza era già ripresa (dal mese di aprile 2021, ossia prima della fine dell'anno scolastico 2020-2021) e, semmai, solo un'espressa, sopravvenuta disposizione primaria, di segno contrario, avrebbe potuto orientare il Comune a non procedere, nel rispetto dei principi di buona amministrazione, ad attivarsi per tempo con la procedura selettiva, e – qualora mai fosse intervenuta una tale disposizione- a revocare, annullare o non aggiudicare la gara medio tempore attivata.

Peraltro, con specifico riguardo all'anno scolastico 2021-2022, il decreto legge n.111 del 6 agosto 2021 precede di oltre un mese la determina impugnata di affidamento diretto e, vieppiù, non consta in atti che la p.a. si sia attivata, in tale spazio temporale, con l'avvio di una procedura selettiva, sfruttando l'abbreviazione dei termini per la ricezione delle offerte prevista dalla legislazione emergenziale (art.8, co.1 lett. c) d.l. n.76/2020, convertito dalla legge 120/2020 e, come novellato quanto all'ampliamento temporale della deroga, dall'art.51, co. 1, lett. f) d.l. n.77/2021, in vigore dal 1.6.2021 e convertito dalla L.n. 108/2021), nonché (ordinariamente) dall'art.36, co.9 Codice, e fatta comunque salva la possibilità di utilizzare la (ancora più snella) procedura negoziata ai sensi dell'art.36, co.2, lett. b) del Codice.

Giova ulteriormente considerare che trattasi di una procedura selettiva già oggetto di affidamento nelle precedenti occasioni, talchè non sussisteva, per la stazione appaltante, una particolare difficoltà nell'elaborazione della documentazione di gara.

A diversa conclusione non potrebbe giungersi, come pretende il Comune, considerando le sopravvenute disposizioni impartite dai Dicasteri dell'Istruzione e del Miur, le quali non possono certo derogare alla legge primaria; oltre tutto, nel provvedimento impugnato non viene affatto esplicitato, sul piano concreto, il motivo per il quale le disposizioni impartite interferiscono con lo svolgimento del servizio, residuando in ogni caso la possibilità di intervenire in ogni tempo, come detto, in autotutela sulla lex specialis relativa alla procedura che fosse stata medio tempo tempore attivata.

Da quanto sopra discende l'illegittimità dell'affidamento diretto, stante la violazione dell'art.35, co.6 del Codice, nella misura in cui l'orizzonte temporale della commessa è stato calibrato sulla ridotta durata trimestrale, anziché, come era possibile oltre che necessario, (perlomeno) sull'intera annualità, fatta salva la possibilità di considerare un periodo addirittura maggiore.

Laddove ciò fosse stato, l'affidamento diretto, ammesso fino alla concorrenza dell'importo di euro 139.000,00 (netto iva), non sarebbe di certo stato compatibile con la disciplina recata dall'art.36 del Codice dei contratti, anche tenuto conto della parziale deroga transitoria apprestata dall'art.51 d.l. n.77/2021.

La stazione appaltante, tenuto conto del presumibile valore della commessa (stimabile in ca. 300.000,00 per 9 mesi, applicando il valore dell'affidamento in contestazione), avrebbe potuto attivare (con congruo anticipo, anche sfruttando le deroghe sui termini di ricezione delle offerte previste dalla legislazione emergenziale e dall'ordinamento di settore):

- o (auspicabilmente) una procedura aperta al mercato (come avvenuto in occasione del pregresso affidamento, v. disciplinare di gara- all.to 4 deposito di parte ricorrente del 28.9.21);

- o, quanto meno, una procedura negoziata ai sensi dell'art.36, co.2 lett. b) del Codice (invito rivolto ad almeno 5 operatori, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti), ammissibile tenuto conto che, per il settore merceologico in questione (ristorazione scolastica), la soglia comunitaria ammonta ad euro 750.000,00 euro iva esclusa (rif. art.35, co.1, lett. d Codice appalti, che a sua volta rinvia all'allegato IX che include, fra gli appalti cd. a rilevanza sociale, i servizi di mensa scolastica, con cpv 55523100-3).

9. L'assunto che precede impone di prendere in considerazione anche il tema relativo all'applicazione dell'obbligo di rispettare il principio di rotazione, in ragione dell'eccezione, formulata dalle parti convenute, di carenza di interesse della ricorrente, la quale- essendo la pregressa affidataria- non avrebbe potuto aspirare né all'affidamento diretto (ipotesi in verità da escludersi, per quanto sinora detto, e comunque esclusa dalla stessa ricorrente negli scritti difensivi), né a partecipare ad una successiva competizione.

Richiamando le argomentazioni già sviluppate al precedente par.8.2, si evidenzia che, laddove l'applicazione del principio di rotazione impedisse, in concreto, all'odierna ricorrente di essere oggetto di un nuovo invito in una eventuale procedura negoziata con inviti limitati, ciò non ostacolerebbe le chances competitive della stessa laddove la stazione appaltante optasse per l'attivazione di una procedura aperta al mercato, dato che il principio di rotazione, come chiarito anche dall'Anac (cfr. punto 3.6 Linee Guida n.4, ma v. anche Tar Milano, 6.4.2021, n.881; Tar Lazio, 9.12.2020, n.13184; Tar Bolzano, 31.10.2019, n.263) non opera in siffatte procedure, nelle quali la ratio sottesa al principio (ossia la logica pro-concorrenziale e la necessità di evitare di avvantaggiare operatori economici beneficiari di rendite di posizione) è già tutelata con la massima apertura alla partecipazione.

In altri termini, a fronte del rilevato arbitrario frazionamento della commessa, è meritevole di tutela l'interesse all'annullamento della delibera di affidamento diretto della ricorrente, la quale- a prescindere dall'applicazione potenzialmente ostativa del principio di rotazione- aspira alla possibilità, prevista dall'ordinamento e praticata nella pregressa occasione dalla stazione appaltante, di partecipare ad una gara aperta al mercato per il servizio di che trattasi.

A ciò si aggiunga che, come evidenziato dalle parti, l'applicazione del principio di rotazione può essere motivatamente derogato, anche (in via eccezionale) con riferimento al precedente affidatario (cfr. punto 3.7 Linee Guida Anac), e una siffatta valutazione, allo stato non effettuata con riguardo alla ricorrente, compete unicamente, in prima battuta, alla stazione appaltante (arg. ex art.34, co.2 cpa) chiamata a individuare, in ipotesi di utilizzo di una procedura non aperta al mercato, la platea degli operatori invitati. Si rileva, vieppiù, che la stessa stazione appaltante, allorchè ha motivato in ordine alla scelta di interpellare la controinteressata, ha richiamato il concetto della "particolarità del servizio di mensa", allo scopo di giustificare l'affidamento diretto a soggetto già interpellato e, con ciò, espressamente riconoscendo la sussistenza delle condizioni per derogare alla rigida applicazione del principio di rotazione, il quale, nella sua impostazione ex lege, concerne tanto il precedente affidatario che il soggetto partecipante, essendo apprezzabile tale distinzione precipuamente in relazione al grado di intensità della motivazione sottesa al nuovo interpello per l'affidamento diretto o il re-invito (cfr. punto 3.7 e box riepilogativo Linee Guida Anac n.4).

Il ricorso merita pertanto accoglimento, limitatamente alla domanda di annullamento degli atti impugnati, sussistendo giuste ragioni per assorbire l'esame delle restanti doglianze.

Non può peraltro essere accolta (recte: esaminata) la domanda di parte ricorrente volta alla declaratoria di inefficacia del contratto, per l'evidente ragione che la stazione appaltante, giusto

quanto dichiarato in udienza dalla controinteressata e, in assenza sul punto di contestazioni, ritualmente verbalizzato, non ha sottoscritto con quest'ultima alcun contratto d'appalto; per la stessa ragione, è preclusa al Collegio qualsivoglia valutazione, ex art.121 ss. cpa, in ordine all'eventuale mantenimento degli effetti dell'affidamento, pur in presenza della rilevata illegittimità (ad es. in considerazione degli interessi delle parti e, fra questi, degli utenti finali del servizio).

10. In conclusione, per tutto quanto precede, il ricorso va accolto ai sensi e nei limiti di cui in motivazione e, per l'effetto, occorre disporre l'annullamento degli atti impugnati.

Le spese di giudizio possono nondimeno venire compensate, avuto riguardo alla complessità delle questioni giuridiche sottese.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania, Sezione Staccata di Salerno (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie ai sensi e nei limiti di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati.

Spese compensate.

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

Così deciso in Salerno nella camera di consiglio del giorno 15 ottobre 2021, con l'intervento dei magistrati:

Nicola Durante, Presidente

Paolo Severini, Consigliere

Igor Nobile, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Igor Nobile

IL PRESIDENTE

Nicola Durante

IL SEGRETARIO