Pubblicato il 17/11/2022

N. 00410/2022 REG.PROV.COLL.
N. 00354/2022 REG.RIC.

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l' Abruzzo

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 354 del 2022, proposto da

Ciprietti Vending S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Lorenzo De Gregoriis e Pier Francesco Manisco, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Ministero dell'Istruzione, Convitto Nazionale "M. Delfico" di Teramo, in persona del Ministro in carica, rappresentati e difesi dall'Avvocatura distrettuale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in L'Aquila, via Buccio da Ranallo;

nei confronti

Ge.Di.Ca S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Paolo Di Egidio e Giancarlo Di Lucanardo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento,

previa sospensiva,

- della determina a contrarre del 21.09.2022 per l'affidamento diretto, per il triennio 2022/2025, del servizio di installazione di distributori automatici di bevande calde, bevande fredde, snack dolci e salati presso i locali del Convitto, mediante procedura di cui all'art. 36 comma 2 lett. a) del D.lgs. n. 50/2016, pervenuta a conoscenza dell'odierna ricorrente in data 17.10.2022, a seguito di istanza di accesso agli atti, con la quale è stata assegnato il servizio in oggetto alla GE.DI.CA. s.r.l. (atto prot. 0006161/U del 21/09/2022);
- del verbale prot. 0006085/U del 20.09.2022, e pervenuto a conoscenza dell'odierno ricorrente in data 17.10.2022, di comparazione dei preventivi per affidamento diretto del predetto servizio; della richiesta di preventivo per l'affidamento in oggetto (atto prot. 0005262/U del 03.09.2022);
- dell'offerta presentata dalla GE.DI.CA. S.r.l. e protocollata al n. 0005638/E del 13.09.2022; del contratto per l'affidamento in concessione stipulato tra il Convitto e la GE.DI.CA. srl in data 21.09.2022 (atto prot. 0006326/U del 26.09.2022);
- di ogni altro atto presupposto connesso o consequenziale, anche se non conosciuto e di estremi ignoti.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero dell'Istruzione, del Convitto Nazionale "M. Delfico" di Teramo e di Ge.Di.Ca S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 9 novembre 2022 la dott.ssa Maria Colagrande;

Uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

La società ricorrente ha aderito all'invito del Convitto Nazionale "M. Delfico" di Teramo di presentare la sua offerta di vendita di cibi e bevande per il triennio 2022- 2025, mediante l'installazione, all'interno dell'istituto scolastico, di nove distributori automatici.

Le offerte pervenute sono state due, quella della ricorrente e quella del gestore uscente, che è stata preferita dalla stazione appaltante.

Il ricorso è affidato a i seguenti motivi:

1) *violazione e falsa applicazione di legge; violazione e falsa applicazione, in particolare, degli artt. 30, 32 e 36 del D.Lgs. n. 50/2016; violazione dei principi di trasparenza, correttezza, economicità, efficienza, non discriminazione, di libera concorrenza; violazione del principio eurounitario di concorrenza; violazione del principio di rotazione; violazione del principio di imparzialità e buon andamento ex art. 97 Cost; violazione del principio di parità di trattamento*; la stazione appaltante, pur potendo procedere all'affidamento diretto del servizio perché di valore inferiore a € 40.000, ha deciso di chiedere ad operatori preventivamente selezionati di presentare la loro offerta, avviando così una procedura comparativa, ai sensi dell'art. 36 e retta dai principi dell'art. 30 del d.lgs. n. 50/2016, principi che tuttavia sarebbero stati violati perché l'amministrazione avrebbe valorizzato, ai fini dell'aggiudicazione, l'importo del canone di concessione che la controinteressata ha offerto con separata nota del 13.9.2022, modificando *in parte qua* la precedente offerta che indicava un importo inferiore;

2) *irragionevolezza, contraddittorietà e ingiustizia manifesta nell'attribuzione dei punteggi; illegittima attribuzione degli stessi; difetto di motivazione; eccesso di potere per sviamento; travisamento dei fatti*; la stazione appaltante avrebbe stabilito i criteri di selezione – dichiaratamente funzionali a selezionare l'offerta economicamente più vantaggiosa - dopo aver ricevuto e conosciuto le offerte delle imprese aderenti all'invito, applicando, inoltre, non correttamente tali criteri, in quanto non avrebbe considerato che la ricorrente ha proposto prezzi di vendita più bassi per la maggior parte dei prodotti di più largo consumo;

3) *violazione di legge; violazione del principio di rotazione; violazione del "Regolamento per l'acquisizione di lavori forniture e servizi per importi inferiori e superiori alle soglie di rilevanza comunitaria in adesione al nuovo Regolamento di contabilità D.L. 18 agosto 2018 n°219" del Convitto resistente*; la stazione appaltante non avrebbe adeguatamente giustificato la decisione di invitare anche il gestore uscente del servizio, in violazione del principio di rotazione degli affidamenti sottosoglia, stabilito dall'art. 36 del d.lgs. n. 50/2016.

Resistono il Convitto Nazionale "Melchiorre Delfico" e la controinteressata GE.DI.CA s.r.l.

Alla camera di consiglio del 9 novembre 2022, avvisate le parti della possibilità di definire il giudizio con sentenza in forma semplificata, il ricorso è passato in decisione.

Occorre premettere che il contratto oggetto dell'affidamento per cui è causa è una concessione di servizi, cui si applicano i principi stabiliti in materia di appalti pubblici, ai sensi del comma 2 dell'art. 165 del decreto legislativo n. 50/2016 che dispone: "*Alle procedure di aggiudicazione di contratti di concessione di lavori pubblici o di servizi si applicano, per quanto compatibili, le disposizioni contenute nella parte I e nella parte II, del presente codice, relativamente ai principi generali, alle esclusioni, alle modalità e alle procedure di affidamento, alle modalità di pubblicazione e redazione dei bandi e degli avvisi, ai requisiti generali e speciali e ai motivi di esclusione, ai criteri di aggiudicazione, alle modalità di comunicazione ai candidati e agli offerenti, ai requisiti di qualificazione degli operatori economici, ai termini di ricezione delle domande di partecipazione alla concessione e delle offerte, alle modalità di esecuzione*".

Proprio il rinvio ai principi in materia di criteri di aggiudicazione è rilevante ai fini del decidere.

Infatti il principio, acquisito prima dalla giurisprudenza e poi codificato dal comma 2 dell'art. 36 d.lgs. n. 50/2016, prevede che la stazione appaltante può stabilire regole più stringenti di quelle previste dalla legge per l'affidamento dei contratti pubblici sottosoglia.

Pertanto l'amministrazione aggiudicatrice, quando si determina a consultare più operatori per l'affidamento di contratti, ancorché di importo inferiore a € 40.000, avvia pur sempre una procedura di gara.

Nel caso in decisione il procedimento ha avuto avvio con l'invito di più operatori, cui ha fatto seguito la presentazione e la valutazione selettiva delle offerte ed è proseguito con la comparazione delle offerte e la scelta del contraente, mediante applicazione di criteri tabellari di selezione della migliore offerta attributivi di distinti punteggi, sulla base del prezzo di vendita proposto dai concorrenti per ciascuno dei prodotti offerti.

È dunque evidente l'Amministrazione ha inteso dar corso a un confronto competitivo fra gli aderenti all'invito ad offrire.

Trovano pertanto piena applicazione i principi in materia di parità di trattamento degli operatori partecipanti alla gara.

Ciò premesso, il ricorso è fondato.

Ebbene, non è certo rispettoso del principio di parità di trattamento l'operato della stazione appaltante che ha stabilito i criteri di valutazione ad offerte già note, pervenutele via email in allegato non crittografato e immediatamente consultabile al momento della ricezione, come riconosciuto espressamente nella relazione (punto 13) della parte resistente.

Il principio di imparzialità che governa l'operato della pubblica amministrazione, esige, in materia di affidamenti di incarichi e contratti pubblici (declinato per questi ultimi in funzione pro- concorrenziale dal diritto comunitario), che i criteri che l'amministrazione decide di applicare per scegliere il candidato o l'offerta migliore siano preventivamente stabiliti a garanzia del buon andamento.

La regola è stata accolta dall'art. 32, comma 2 del d.lgs. 50/2016 applicabile a tutti i contratti pubblici, ivi comprese le concessioni di servizi in virtù del rinvio posto dal citato art. 164, che dispone: "*Prima dell'avvio delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, le stazioni appaltanti, in conformità ai propri ordinamenti, decretano o determinano di contrarre, individuando gli elementi essenziali del contratto e i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte*".

I criteri applicati dalla stazione appaltante per attribuire i punteggi alle offerte della ricorrente e della controinteressata non sono menzionati nella lettera di invito, ma appaiono per la prima volta nel verbale di comparazione delle offerte già conosciute dai membri del seggio di gara.

Deve pertanto presumersi che essi siano stati definiti dopo l'avvio della procedura, la ricezione e la visione delle offerte, in aperta violazione del disposto del citato art. 32 comma 2.

Nel caso in decisione risulta violato anche il principio di immodificabilità dell'offerta.

La controinteressata aveva infatti offerto un canone di € 3.500 che ha successivamente integrato fino a € 5.000 con separata nota.

Il verbale di comparazione tiene conto di tale modifica dell'offerta laddove pone a confronto sia i prezzi dei prodotti proposti da ciascuna delle imprese partecipanti, sia l'importo offerto a titolo di canone concessorio.

Non è quindi verosimile, in difetto di specifica motivazione, non rinvenibile nel verbale di comparazione, né nella successiva determina a contrarre, che la stazione appaltante non abbia tenuto conto, come invece sostenuto nella relazione della resistente, anche dell'importo offerto a titolo di canone concessorio per la scelta dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La stazione appaltante, nel valutare l'offerta della controinteressata, come integrata in via postuma, ha dunque violato il principio di immodificabilità dell'offerta che è chiaramente funzionale a garantire la par condicio fra i concorrenti.

Pertanto, in accoglimento delle censure esposte nel primo e del secondo motivo, in ordine alla violazione dei principi di previa definizione dei criteri di valutazione e di immodificabilità delle offerte, assorbite tutte le altre, il verbale di comparazione delle offerte del 20.09.2022 e la determina a contrarre del 21.09.2022 devono essere annullati.

Le spese seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla il verbale di comparazione delle offerte del 20.09.2022 e la determina a contrarre del 21.09.2022, adottati dal Convitto Nazionale "M. Delfico" di Teramo.

Condanna il Ministero dell'Istruzione e il Convitto Nazionale "M. Delfico" di Teramo in solido al pagamento, in favore della ricorrente, delle spese processuali che liquida in € 1.500,00, oltre accessori di legge.

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

Così deciso in L'Aquila nella camera di consiglio del giorno 9 novembre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Germana Panzironi, Presidente

Mario Gabriele Perpetuini, Consigliere

Maria Colagrande, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Maria Colagrande

IL PRESIDENTE
Germana Panzironi

IL SEGRETARIO