

N. 01264/2023 REG.PROV.COLL.

N. 02576/2022 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 la Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2576 del 2022, proposto da Italian Trading Company S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Rahamata Izzo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Bergamo, Borgo Santa Caterina, 21;

contro

Liceo Scientifico A. Einstein di Milano, in persona del dirigente scolastico pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura distrettuale dello Stato, domiciliataria ex lege in Milano, via Freguglia, 1;

nei confronti

Cordovani Silvia, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

del provvedimento di aggiudicazione della gara avente ad oggetto la "concessione del servizio di ristoro/bar ed erogazione mediante distributori automatici di bevande calde e fredde, snack/merende all'interno della sede del liceo scientifico statale A. Einstein" e per la dichiarazione di inefficacia del contratto medio tempore stipulato con l'aggiudicataria;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Liceo Scientifico A. Einstein di Milano;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 maggio 2023 la dott.ssa Silvia Cattaneo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con provvedimento del 20 luglio 2022 il Liceo Scientifico Statale A. Einstein di Milano ha aggiudicato il servizio di ristoro/bar ed erogazione mediante distributori automatici di bevande calde, fredde, snack/merende all'interno della propria sede alla ditta individuale Silvia Cordovani.

2. La Italian Trading Company s.r.l. – seconda classificata – ne ha domandato l'annullamento, articolando le seguenti doglianze:

I. eccesso di potere per difetto di istruttoria e/o travisamento dei fatti in relazione alla nullità dell'offerta dell'impresa individuale della sig.ra Cordovani Silvia per assenza dei requisiti richiesti per la partecipazione alla gara nonché violazione dell'art. 3 e 9 bis del bando di gara;

II. eccesso di potere per difetto di istruttoria e/o travisamento dei fatti in relazione alla nullità dell'offerta dell'impresa individuale Cordovani Silvia per violazione dell'art. 16 del bando di gara;

III. violazione di legge in relazione all'art. 30, comma 2, D. Lgs. n. 50/2016;

IV. eccesso di potere per ingiustizia manifesta, per illogicità e irragionevolezza;

V. violazione dell'allegato XIV, lett. C), punto 25, D. Lgs. n. 50/2016 e violazione dell'art. 24 della Costituzione.

3. La ricorrente ha inoltre domandato la declaratoria di inefficacia del contratto stipulato tra il Liceo scientifico A. Einstein di Milano e l'impresa individuale aggiudicataria.

4. Con ordinanza n. 251/2023, il Tribunale, ha rilevato la nullità della notifica del ricorso, effettuata all'indirizzo di posta elettronica certificata del Liceo Scientifico A. Einstein di Milano anziché all'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Milano, presso cui il Liceo è domiciliato ex lege, e ha ordinato, ai sensi dell'art. 44, comma 4, c.p.a., alla parte ricorrente la rinnovazione della notifica nei confronti del Liceo.

5. La ricorrente ha ottemperato entro il termine assegnato.

6. Si è costituito in giudizio il Liceo scientifico "A. Einstein" di Milano, chiedendo il rigetto nel merito del ricorso.

7. All'udienza del 17 maggio 2023 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

8. Con il primo motivo viene contestata la legittimità del provvedimento impugnato per mancanza requisiti di partecipazione in capo all'aggiudicataria la quale non disporrebbe dei distributori automatici e della licenza necessaria.

9. Con il secondo motivo viene dedotta la violazione dell'art. 16 del bando che vieta il subcontratto, poiché la controinteressata non disporrebbe dei distributori automatici: i distributori automatici presenti presso l'Istituto scolastico

riporterebbero il codice attribuito dall’Agenzia delle Entrate ad un soggetto terzo, la società “DAI”.

10. Le censure, che possono essere esaminate congiuntamente in quanto strettamente connesse, sono infondate.

La legge di gara non richiede, tra i requisiti di partecipazione, il possesso i distributori automatici ma si limita a disciplinare le caratteristiche e le prestazioni che gli stessi devono avere.

La disponibilità dei distributori è dunque un requisito che non è necessario per accedere alla procedura di gara ma che viene in rilievo nella fase di esecuzione del contratto (sulla distinzione tra requisiti di partecipazione e requisiti di esecuzione cfr. Consiglio di Stato, Sezione V, 18 dicembre 2017, n. 5929; 17 luglio 2018, n. 4390).

La dimostrazione del possesso del requisito in questione attiene, dunque, ad una fase procedimentale successiva a quella dell'ammissione alla gara, concentrandosi tale onere probatorio soltanto sull'aggiudicatario, nella fase immediatamente antecedente alla stipula del contratto.

11. Il terzo e parte del quarto motivo hanno ad oggetto l’illegittimità dei criteri di valutazione indicati nell’atto denominato “bando di gara/capitolato” alle lettere B) “*continuità di gestione nello stesso Istituto Scolastico*” – cui sono attribuibili un massimo di 15 punti - e C) “*gestione diretta da parte del titolare*” – a cui sono attribuibili un massimo di 10 punti - per violazione dell’art. 30, comma 2, d.lgs. n. 50/2016 e del principio di imparzialità e per illogicità, irragionevolezza.

12. Preliminarmente va precisato che, seppure il bando non figuri nell’epigrafe del ricorso e neppure nelle conclusioni tra i provvedimenti impugnati, tuttavia dal tenore complessivo del gravame e dal contenuto delle censure sopra richiamate emerge la

chiara volontà della ricorrente di impugnare la legge di gara (cfr. analogamente, Cons. Stato, Sez. VI, 10.4.20, n. 2367).

13. La difesa erariale ha eccepito la tardività dell'impugnazione di queste clausole: i requisiti fissati dal bando, ove ritenuti in contrasto con la libera concorrenza, avrebbero dovuto essere oggetto di immediata impugnazione rientrando tra le clausole che renderebbero estremamente difficoltosa o impossibile la presentazione dell'offerta.

14. L'eccezione è infondata.

Per giurisprudenza costante, l'onere di immediata impugnazione del bando di gara si impone soltanto qualora esso contenga clausole direttamente ed immediatamente escludenti, che determinino la radicale impossibilità di prendere parte alla procedura concorsuale, quando la legge di gara contenga disposizioni abnormi che rendano impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara e, quindi, la formulazione di un'offerta consapevole. Invero, solo in queste ipotesi, la posizione dell'operatore economico può ritenersi immediatamente lesa dall'adozione delle clausole del bando e l'interesse all'impugnativa si configura come concreto ed attuale (Cons. Stato, Ad. Plen., sentenza n. 4 del 26.4.2018).

Le due clausole gravate - che prevedono l'attribuzione di punteggi premiali alla *“continuità di gestione nello stesso Istituto Scolastico”* e alla *“gestione diretta da parte del titolare”* - non rientrano tra le clausole immediatamente escludenti: esse non incidono sulle possibilità di presentazione dell'offerta ma solamente sulla valutazione della stessa e non sono dunque tali da precludere la partecipazione alla gara.

15. I motivi sono fondati.

L'individuazione dei criteri di valutazione delle offerte rientra nell'ambito della discrezionalità dell'amministrazione: questo ambito è suscettibile di sindacato giurisdizionale solo nei casi di manifesta irragionevolezza, illogicità o abnormità, ovvero - come accade nel caso di specie - della scelta di criteri non trasparenti o intellegibili.

Il bando prevede, all'art. 5, che il servizio verrà aggiudicato sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Tra i criteri di valutazione delle offerte - a cui sono attribuibili un massimo di 100 punti - figura, alla lettera B), "*la continuità di gestione nello stesso Istituto Scolastico*", premiata sino a un massimo di 15 punti.

L'attribuzione di un punteggio premiale all'operatore che ha già gestito il servizio viola i principi di libera concorrenza e non discriminazione e parità di trattamento, pregiudicando la possibilità di una concorrenza effettiva (art. 30 e art. 95, d.lgs. n. 50/2016).

Le pronunce giurisprudenziali richiamate dalla difesa erariale sono inconferenti poiché attengono a un criterio differente, quello delle pregresse esperienze del concorrente nello svolgimento di servizi analoghi a quello da aggiudicare (anch'esso previsto dal bando e a cui viene riservata l'attribuzione di un punteggio massimo di 3 punti): il criterio in questione premia, invece, una esperienza ben più specifica, quella di colui che ha già gestito il servizio oggetto della procedura di gara "*nello stesso Istituto Scolastico*", attribuendo una illegittima posizione di vantaggio, in palese violazione dei principi generali di tutela della par condicio, dell'imparzialità e della massima concorrenza e trasparenza che devono governare le procedure di evidenza pubblica.

Anche il criterio di cui alla lettera C) è illogico e non intellegibile: non si comprende invero la ragione per la quale debba essere attribuito un punteggio premiale in caso

di gestione diretta del servizio da parte del titolare. Né è di aiuto la spiegazione data dalla difesa erariale nella memoria depositata in giudizio, che ha invocato una non meglio chiarita “specificità dell’attività”.

16. Per le ragioni esposte, il ricorso è fondato e va pertanto accolto. Le ulteriori censure dedotte possono essere assorbite. Per l’effetto vanno annullati il bando di gara e il provvedimento di aggiudicazione.

17. L’annullamento degli atti di gara, sin dal bando, comporta la dichiarazione di inefficacia del contratto stipulato all’esito della stessa, stante il rapporto di presupposizione tra i primi e il secondo (circa il potere del giudice amministrativo di emettere questa statuizione anche al di fuori dei casi di subentro nel contratto medesimo ai sensi dell’art. 122 cod. proc. amm., cfr. Cass. Civ., SS.UU., 22 marzo 2017, n. 7295).

18. Le spese seguono la soccombenza e si liquidano in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e annulla il bando di gara e il provvedimento di aggiudicazione nei sensi e con gli effetti di cui in motivazione.

Condanna il Liceo Scientifico A. Einstein di Milano al pagamento delle spese di giudizio, a favore della ricorrente, che liquida in euro 1.500,00 (millecinquecento/00), oltre oneri di legge.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 17 maggio 2023 con l’intervento dei magistrati:

Gabriele Nunziata, Presidente

Alberto Di Mario, Consigliere

Silvia Cattaneo, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Silvia Cattaneo

IL PRESIDENTE
Gabriele Nunziata

IL SEGRETARIO

LAVORI PUBBLICI