

La modifica dell'art.119 della costituzione e l'affidamento degli appalti pubblici nella realizzazione del ponte sullo stretto di Messina.

di Marco Natoli

Data di pubblicazione: 16-12-2022

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.

Nell'attuale contesto uno degli argomenti che interessano particolarmente il governo, in

un'ottica nazionale ma anche europea, è la realizzazione del ponte sullo stretto di Messina.

Tale tematica assume un ruolo primario in quanto il compimento dell'infrastruttura in questione è legato fortemente a due importanti novità normative: la recente modifica apportata all'articolo 119 della Costituzione, ad opera della legge costituzionale 7 novembre 2022, n.2, e l'approvazione in esame preliminare, da parte dell'esecutivo, avvenuta il 16 dicembre c.a., del nuovo codice dei contratti pubblici, predisposto dal Consiglio di Stato.

Per quanto riguarda l'intervento in ambito costituzionale la predetta legge costituzionale ha affermato *che "La Repubblica riconosce le peculiarità delle Isole e promuove le misure necessarie a rimuovere gli svantaggi derivanti dall'insularità"*.

Con tale frase si intende dare principale risalto agli aspetti naturalistici e culturali nei confronti delle isole presenti nel territorio e, contestualmente, eliminare tutti quegli *svantaggi* che, fino ad oggi, hanno interessato le medesime isole.

Il termine *svantaggio* non presenta particolari difficoltà di interpretazione, se riferita ad elementi prettamente naturalistici e culturali. Peraltro la predetta dizione riveste importanza anche nel settore del trasporto e del connesso collegamento tra la stessa isola e la terraferma.

Sicuramente gli obiettivi previsti nel Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) tendono a far sì che le predette difficoltà possano essere superate anche in ambito insulare, tramite la realizzazione di opere strategiche, positivamente impattanti.

In tal senso si rammenta l'articolo 174 del [Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea](#) (TFUE), che tende a favorire uno *"sviluppo armonioso dell'insieme dell'Unione"*.....al fine del raggiungimento della continuità territoriale.

Tale "continuità territoriale" assume un ruolo fondamentale proprio con riferimento alla realizzazione della suddetta opera infrastrutturale che dovrà sorgere tra Calabria e Sicilia.

In questi giorni, la titolare dei Trasporti della Commissione europea, Adina Valean, ha rimarcato il fatto che il governo italiano debba presentare a breve un Progetto relativo alla sopraindicata infrastruttura in argomento; la stessa dovrà essere realizzata a regole d'arte, al fine dell'ottenimento dei finanziamenti previsti dal *Connecting Europe Facility* (Cef).

Anche in ambito nazionale sussistono norme che possono velocizzare il compimento dell'infrastruttura.

In particolare l'articolo 1 (*Commissario straordinario per la ricostruzione*) del decreto-legge 28 settembre 2018, n. 109 (*Disposizioni urgenti per la città di Genova, la sicurezza della rete nazionale delle infrastrutture e dei trasporti, gli eventi sismici del 2016 e 2017, il lavoro e le altre emergenze*). convertito in legge, con modificazioni, dall'[art. 1, comma 1, L. 16 novembre 2018, n. 130](#), è stato approvato a seguito del crollo del Ponte Morandi, verificatosi nella città di Genova.

La suddetta disposizione ha sancito la nomina di un Commissario straordinario, dotato di poteri straordinari, da attuare con riferimento alla progettazione, all'affidamento e alla ricostruzione della stessa struttura.

I sopracitati poteri consistono nella possibilità di derogare alle autorizzazioni disciplinate dalla normativa ordinaria, nel rispetto delle disposizioni richiamate dal Codice penale e dai regolamenti antimafia.

Il successo della ricostruzione, accaduto nel capoluogo ligure, è stato peraltro rafforzato dall'ulteriore primario ruolo assunto dalla nascita delle Zone Economiche Speciali (ZES).

Tali aree sono geograficamente delimitate e le stesse prevedono incentivi particolari per le attività commerciali e produttive. Nello specifico gli strumenti a disposizione sono: esenzioni fiscali, semplificazioni amministrative e disponibilità di infrastrutture.

Di conseguenza la configurazione delle predette ZES anche nello stretto di Messina valorizzerebbe il rilancio di tutte le attività limitrofe.

Ma non solo.

I contemporanei vantaggi rappresentati dalle aree in argomento e dalla realizzazione del viadotto potrebbero verosimilmente assumere un ruolo determinante di Hub strategico Europeo nel Mediterraneo.

- *L'affidamento dei lavori ed il nuovo codice dei contratti pubblici: la sentenza del TAR Abruzzo, sezione prima, dell'Aquila n.410 del 17 novembre 202*

Indubbiamente la pronuncia dei giudici aquilani riveste particolare importanza, proprio con riferimento a quanto sopra rappresentato.

Difatti l'intervento del Collegio incide profondamente sulla questione relativa all'assegnazione dei lavori pubblici, nell'ottica del rilancio delle infrastrutture, anche strategiche, previste dal sopra indicato PNRR.

La peculiarità della sentenza consiste nel fatto che quanto ivi indicato porrebbe fine all'annosa dialettica che si è manifestata sulle differenti e contrastanti qualificazioni negli affidamenti, in particolare diretti, di lavori pubblici.

In sintesi il Collegio rileva che, in caso di affidamento diretto di lavori, se viene intrapresa una procedura comparativa con la consultazione di più operatori economici, sebbene rientrante nel settore proprio degli affidamenti diretti, devono essere necessariamente rispettate le regole che disciplinano le procedure di gara^[1].

In tale contesto, pertanto, devono essere sempre rispettati i principi generali di imparzialità, parità di trattamento e trasparenza, cui deve ispirarsi l'azione della P.A.. Inoltre non devono essere violati i criteri generali eurocomunitari di divieto di discriminazione e di libera prestazione di servizi.

In conclusione l'intervento del TAR sembrerebbe chiudere definitivamente, come detto, le lunghe questioni succedutesi nel tempo e che sono al centro del dibattito relativo all'imminente approvazione del più volte richiamato codice dei contratti pubblici.

Infatti quanto reso dal tribunale aquilano supererebbe la distinzione creatasi tra affidamento diretto puro, affidamento diretto "mediato" e affidamento con richiesta di preventivi, a seguito dell'entrata in vigore del decreto-legge 18 aprile 2019, n.32 recante "*Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici*" convertito in legge, con modificazioni, dall'[art. 1, comma 1, L. 14 giugno 2019, n. 55](#).

Tale chiarimento dovrebbe semplificare il *modus operandi* di stazioni appaltanti ed operatori economici che debbono affrontare e superare ogni giorno difficoltà interpretative proprio sulla corretta applicazione della specifica normativa.

Nello stesso tempo il nuovo codice dei contratti pubblici, nell'introdurre articoli che evidenziano, tra l'altro, principi come quello del *risultato* e della *fiducia*, che devono necessariamente persistere durante tutte le operazioni di gara, dovrebbe garantire, a sua volta, il raggiungimento del suddetto risultato in un nuovo clima di più forte collaborazione tra parte pubblica ed operatori economici.

LEGGI LA SENTENZA

Pubblicato il 17/11/2022

N. 00410/2022 REG.PROV.COLL.

N. 00354/2022 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

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, pervenute 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

[1] Sul punto si rammenta quanto stabilisce l'articolo 3, comma 1, lettera c) dell'Allegato 1 dello schema preliminare del Codice dei contratti pubblici del 20 ottobre c.a., il quale definisce come affidamento diretto, *"l'affidamento del contratto senza una procedura di gara, nel quale, anche nel caso di previo interpello di più operatori economici, la scelta è operata discrezionalmente dalla stazione appaltante o dall'ente concedente, nel rispetto dei criteri qualitativi e quantitativi previsti dal codice"*.

