

Publicato il 01/02/2017

N. 00173/2017 REG.PROV.COLL.
N. 01444/2016 REG.RIC.

 logo

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 Toscana

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1444 del 2016, proposto da:
Supermatic s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentata e difesa dagli avvocati Ivan Marrone C.F.
MRRVNI70A04D423K, Dario Rigacci C.F.
RGCDRA70S07D612W, con domicilio eletto presso Ivan Marrone
in Firenze, via dei Rondinelli, 2;

contro

Istituto Scolastico Francesco Redi di Arezzo, Ministero
dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca, in persona dei legali
rappresentanti p.t., rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura
Distr.le Firenze, domiciliata in Firenze, via degli Arazzieri 4;

nei confronti di

Coiba s.r.l, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

del provvedimento di aggiudicazione definitiva disposto in favore della Coiba Srl con decreto n. 9569/G8 del 15 ottobre 2016 nonché, ove occorrer possa, del provvedimento di aggiudicazione provvisoria del 12 settembre 2016 prot. n. 7906/G8, del bando di gara del 29 luglio 2016 prot. n. 6472, della determina a contrarre, dei verbali di gara, dell'invito a contattare la segreteria per concordare la rimozione dei distributori prot. n. 10040/G8 del 25 ottobre 2016, nonché per la declaratoria di inefficacia o l'annullamento del contratto eventualmente stipulato con l'aggiudicataria.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Istituto Scolastico Francesco Redi di Arezzo e Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 gennaio 2017 il dott. Luigi Viola e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La società ricorrente partecipava alla procedura di gara per l'affidamento per un triennio della concessione del servizio di ristoro interno tramite distributori automatici indetta dall'Istituto "Francesco Redi" di Arezzo, con bando di gara del 29 luglio 2016 prot. n. 6472/G8.

All'esito delle operazioni di gara, la procedura era aggiudicata, con i provvedimenti di aggiudicazione provvisoria 12 settembre 2016 prot.

n. 7906/G8 e aggiudicazione definitiva 15 ottobre 2016 n. 9569/G8 del Dirigente scolastico, alla controinteressata Coiba s.r.l.

La ricorrente inviava alla Stazione appaltante una richiesta di autotutela che era negativamente riscontrata da P.E.C. 31 agosto-14 settembre 2016 del Dirigente scolastico dell'Istituto "Francesco Redi" di Arezzo

Gli atti meglio specificati in epigrafe erano impugnati dalla ricorrente per: 1) violazione e/o falsa applicazione artt. 164, 171, 3° comma lett. b) del d.lgs. 19 aprile 2016, n. 50, in relazione all'art. 97; 2) violazione e falsa applicazione sotto ulteriore profilo art. 97 d.lgs. 19 aprile 2016, n. 50; 3) violazione e/o falsa applicazione artt. 30, 171 e 172 del d.lgs. 19 aprile 2016, n. 50; 4) violazione e/o falsa applicazione del divieto di commistione tra elementi tecnici ed economici delle offerte; con il ricorso, era altresì richiesta la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato con l'aggiudicataria.

Si costituivano in giudizio le Amministrazioni intimete, controdeducendo sul merito del ricorso e formulando eccezione preliminare di inammissibilità del secondo motivo di ricorso.

Con ordinanza 7 dicembre 2016 n. 624, la Sezione accoglieva la domanda cautelare presentata con il ricorso, sospendendo l'esecuzione degli atti impugnati.

Il ricorso è fondato e deve pertanto essere accolto.

Gli importanti nessi logici e sistematici sussistenti tra le prime due censure di ricorso impongono di cominciare l'esame delle censure dal secondo motivo che assume preminenza logica e funzionale.

A questo proposito, la Sezione ha già rilevato, in sede cautelare (T.A.R. Toscana, sez. II, ord. 7 dicembre 2016, n. 624), la sicura

illegittimità del bando di gara che non ha dato applicazione alla previsione dell'art. 167, 1° e 2° comma del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture) che impone, anche con riferimento alle concessioni, l'inserimento nella lex specialis della procedura, del <<valore di una concessione, costituito dal fatturato totale del concessionario generato per tutta la durata del contratto, al netto dell'IVA, stimato dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore, quale corrispettivo dei lavori e dei servizi oggetto della concessione, nonché per le forniture accessorie a tali lavori e servizi>>.

Con tutta evidenza, si tratta, infatti, di una previsione dal contenuto obbligatorio che costituisce sostanziale recepimento, nell'ordinamento italiano, dell'art. 8 della direttiva del Parlamento e del Consiglio 26 febbraio 2014, n. 2014/23/UE, senza alcuna previsione (ed in questo è una significativa differenza con la direttiva comunitaria) di soglie minime di applicabilità o di una qualche esenzione riservata alle concessioni di minore valore economico.

Non sussiste pertanto alcuna possibilità di recepire le argomentazioni delle Amministrazioni resistenti, tendenti ad escludere l'applicabilità della previsione alle concessioni di minore valore o complessità applicativa, trattandosi di costruzione che non trova alcun addentellato nel testo normativo che, come già ribadito, prevede la

necessità dell'adempimento con riferimento a tutte le concessioni, indipendentemente dalla natura della prestazione o dal valore.

Del resto, si trattava di una soluzione che era già stata affermata dal Consiglio di Stato anche sotto il vigore del previgente d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163; superando l'orientamento contrario di una parte della giurisprudenza (tra cui quella della Sezione: T.A.R. Toscana, sez. II, 24 settembre 2015, n. 1282), la più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato ha, infatti, concluso, sulla base di esigenze sistematiche, per l'essenzialità ed obbligatorietà dell'indicazione nel bando del valore della concessione: «L'AVCP ha rilevato che sebbene sia difficoltoso per le stazioni appaltanti stimare i proventi del servizio poiché provengono interamente dagli utenti e non da chi bandisce la gara, nondimeno l'esatta determinazione del valore dell'affidamento assume rilievo sotto molteplici aspetti: è essenziale per poter fornire una corretta informazione agli operatori economici potenzialmente interessati a prestare il servizio, serve ad individuare con esattezza la forma di pubblicità idonea, è necessaria per determinare l'entità delle cauzioni e del contributo dovuto all'Autorità. Già nella Deliberazione n. 9 del 25/02/2010, l'Autorità aveva precisato che: “Come è noto, ai sensi dell'art. 29, commi 1, invece, “il calcolo del valore stimato degli appalti pubblici e delle concessioni di lavori o servizi pubblici è basato sull'importo totale pagabile al netto dell'IVA, valutato dalle stazioni appaltanti. Questo calcolo tiene conto dell'importo massimo stimato, ivi compresa qualsiasi forma di opzione o rinnovo del contratto”. Per le concessioni in particolare, nella nozione di “importo totale pagabile” è sicuramente da ricomprendere il flusso dei corrispettivi pagati dagli utenti per i servizi in concessione. Infatti, così come nella stessa

nozione è ricompreso il corrispettivo pagato dalla stazione appaltante nel caso di appalto, qualora si tratti di una concessione, non essendovi un prezzo pagato dalla stazione appaltante, ma solo quello versato dagli utenti, sarà quest'ultimo a costituire parte integrante dell'“importo totale pagabile” di cui è fatta menzione nella norma sopra citata; il canone a carico del concessionario potrà, altresì, essere computato ove previsto, ma certamente proprio in quanto solo eventuale non può considerarsi l'unica voce indicativa del valore della concessione”. Ha poi precisato che la mancata indicazione del valore stimato degli appalti, pone le imprese partecipanti alla gara in una situazione di estrema incertezza nella formulazione della propria offerta, rilevando che il calcolo relativo alla determinazione dell'importo del servizio oggetto di concessione deve essere effettuato in conformità a quanto previsto dall'art. 29, comma 1 del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, tenendo conto dei ricavi ipotizzabili in relazione alla sua futura gestione. Ha precisato, infatti, l'Autorità che “l'esatto computo del valore del contratto, assume rilevanza anche per garantire condizioni di trasparenza, parità di trattamento e non discriminazione, ex art. 2, comma 1, D.Lgs. n. 163/06 che si traducono nell'informare correttamente il mercato di riferimento sulle complessive e reali condizioni di gara” (cfr. deliberazione AVCP n. 40 del 19/12/2013). Nel caso di specie, come già stigmatizzato dall'Autorità di Vigilanza, il valore della concessione non può essere computato con riferimento al c.d. “ristorno” e cioè al costo della concessione, che è un elemento del tutto eventuale, ma deve essere calcolato sulla base del fatturato generato dal consumo dei prodotti da parte degli utenti del servizio di distribuzione automatica>> (Cons. Stato, sez. III, 18 ottobre 2016, n. 4343).

Con tutta evidenza, si tratta di un percorso argomentativo finalizzato a garantire al partecipante alla procedura la possibilità di formulare la propria offerta nella più completa conoscenza dei dati economici del servizio da svolgere ovvero di una necessità che si presenta comune a tutte le concessioni (sia di minimo importo che di elevato valore economico); non sussiste pertanto alcuna possibilità di recepire la costruzione delle Amministrazioni resistenti tendenti a limitare l'applicabilità del principio affermato dal Consiglio di Stato ed oggi dall'art. 167 del d.lgs. d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 solo alle concessioni di maggior valore economico.

Deve poi escludersi che l'indicazione del valore stimato della concessione possa essere surrogata dalla stima del numero dei possibili utenti (dato contenuto nel bando di gara del 29 luglio 2016 prot. n. 6472/G8 emanato dall'Istituto "Francesco Redi" di Arezzo); l'art. 167 del l d.lgs. d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 opera, infatti, un preciso riferimento ad un valore della concessione stimato in termini monetari (secondo i precisi criteri di cui al quarto comma della disposizione) ed appare pertanto del tutto insufficiente l'utilizzazione di altri criteri di valutazione che, per di più, come nel caso di specie, non possono strutturalmente individuare quale sia il numero concreto di utenti interessati ad utilizzare il servizio e per quale volume di prestazioni.

Conclusivamente, deve poi rilevarsi come l'accoglimento del motivo di ricorso non sia precluso dall'eccezione d'inammissibilità articolata dalle Amministrazioni resistenti; nel caso di specie, appare, infatti, del tutto ovvio come l'incertezza in ordine al valore economico della concessione non potesse essere ravvisata con riferimento alla ricorrente (che, essendo il precedente gestore del servizio, conosceva

perfettamente i dati in questione ed ammette di avere formulato regolarmente la propria offerta), ma non altrettanto può dirsi con riferimento all'altra partecipante alla procedura, che ha pertanto formulato un'offerta in mancanza di un dato essenziale per la corretta valutazione della fattibilità e convenienza del servizio.

Si tratta pertanto di un vizio evidentemente incidente sulla corretta formulazione e valutazione delle offerte e che può pertanto essere sollevato anche dal concorrente che, per effetto della propria qualità di precedente gestore del servizio, conosca già i dati economici fondamentali della concessione.

Quanto sopra rilevato evidenzia poi plasticamente come la lesività della detta violazione si sia manifestata nei confronti della ricorrente, non al momento di emanazione della *lex specialis* della procedura, ma nel momento successivo in cui è intervenuta l'aggiudicazione finale della procedura a favore di un soggetto che non poteva essere considerato in grado di formulare un'offerta consapevole, non conoscendo il valore economico della concessione (ed in questa prospettiva, non appare secondario il fatto che la ricorrente abbia più volte sottolineato l'insostenibilità dell'offerta dell'aggiudicataria).

L'accenno sopra effettuato all'impossibilità sostanziale di valutare la congruità e fattibilità delle offerte in mancanza della stima del valore economico della concessione permette poi di ribadire quanto già rilevato in sede cautelare (T.A.R. Toscana, sez. II, ord. 7 dicembre 2016 n. 624) in ordine all'assorbimento della prima censura di ricorso per effetto dell'accoglimento del motivo di ricorso sopra richiamato; appare, infatti, di tutta evidenza come non si possa neanche parlare di valutazione dell'equilibrio finanziario o di eventuale anomalia dell'offerta in un quadro in cui sussiste totale incertezza in ordine al

valore della concessione; si tratta pertanto di un vizio talmente invalidante da rendere impossibile i normali meccanismi di valutazione della congruità dell'offerta.

La necessità di rinnovare integralmente la procedura a partire dal bando permette poi di procedere all'assorbimento delle ulteriori censure proposte da parte ricorrente.

In definitiva, il secondo motivo di ricorso è fondato e deve pertanto essere accolto, con conseguenziale annullamento di tutti gli atti di gara, a partire dal bando di gara 29 luglio 2016 prot. n. 6472/G8 emanato dall'Istituto "Francesco Redi" di Arezzo; deve, al contrario, essere rigettata l'azione di declaratoria di inefficacia del contratto, non risultando che l'atto negoziale sia stato stipulato.

La sostanziale novità delle questioni trattate permette di procedere alla compensazione delle spese di giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

- a) accoglie l'azione impugnatoria e, per l'effetto, dispone l'annullamento di tutti gli atti di gara, a partire dal bando 29 luglio 2016 prot. n. 6472/G8 emanato dall'Istituto "Francesco Redi" di Arezzo;
- b) respinge, come da motivazione, l'azione di declaratoria di inefficacia del contratto.

Compensa le spese di giudizio tra le parti.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 24
gennaio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Saverio Romano, Presidente

Luigi Viola, Consigliere, Estensore

Alessandro Cacciari, Consigliere

L'ESTENSORE

Luigi Viola

IL PRESIDENTE

Saverio Romano

IL SEGRETARIO