

Publicato il 24/04/2017

N. 00593/2017 REG.PROV.COLL.  
N. 00158/2017 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 Toscana**

**(Sezione Seconda)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 158 del 2017, proposto da:  
Cda Vending s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t.,  
rappresentata e difesa dall'avvocato Matteo Spatocco, con domicilio  
eletto presso il suo studio in Firenze, viale S. Lavagnini n. 41;

*contro*

Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca, Istituto  
Magistrale Giovanni Pascoli - Firenze, in persona dei legali  
rappresentanti p.t., rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura  
Distrettuale dello Stato di Firenze, domiciliata in Firenze, via degli  
Arazzieri, 4;

*nei confronti di*

Supermatic s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t.,  
rappresentata e difesa dagli avvocati Ivan Marrone, Dario Rigacci,  
con domicilio eletto presso lo studio Ivan Marrone in Firenze, via de'  
Rondinelli, 2;

*per l'annullamento*

dell'aggiudicazione definitiva comunicata con Prot. 8320/4.1.p del 27/12/2016, relativa alla gara a procedura ristretta per l'affidamento del servizio di fornitura bevande calde, fredde mediante distributori automatici per gli anni scolastici 2015/2016 - 2016/2017 - 2017/2018 - Codice identificativo gara (CIG Z510A3479B), nonché di tutti gli atti ad essa connessi presupposti ancorché incogniti ed in particolare dei verbali di gara, dei provvedimenti anche impliciti di diniego sulla richiesta di annullamento in autotutela, dei provvedimenti - ad oggi incogniti - con cui sarebbe stata valutata la situazione di controllo societario sia dalla vecchia che soprattutto dalla nuova Commissione, della lettera di invito e complessiva lex specialis della gara in oggetto, nonché dell'eventuale concessione e/o contratto stipulato ancorché incognito ed infine con espressa riserva di avanzare ulteriori censure a seguito di accesso.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca e di Istituto Magistrale Giovanni Pascoli - Firenze e di Supermatic Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 aprile 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 ricorrente partecipava alla procedura di gara indetta dal Liceo Statale "Giovanni Pascoli" di Firenze ed avente ad oggetto la

gestione di un servizio di distribuzione automatica di bevande calde e fredde.

Con provvedimento 24 marzo 2016 prot. 1118/4.1.p. era disposta la revoca della procedura in sede di autotutela; con il successivo provvedimento 2 aprile 2016 prot. 1218/4.1.p. il Dirigente scolastico del Liceo Statale “Giovanni Pascoli” di Firenze disponeva però la revoca del proprio precedente provvedimento di autotutela e di conseguenza, l'intera procedura era aggiudicata alla Supermatic s.p.a., con il provvedimento 15 aprile 2016 prot. 1438/4.1.p. del Dirigente scolastico.

Tutti gli atti di gara erano impugnati dalla ricorrente, con il ricorso R.G. n. 617/2016 e con successivi motivi aggiunti al ricorso; con la sentenza in forma abbreviata 24 giugno 2016, n. 1060, la Sezione rilevava come la nomina della Commissione giudicatrice fosse avvenuta prima della scadenza del termine per la presentazione delle offerte ed accoglieva i soli motivi aggiunti al ricorso R.G. n. 617/2016, annullando gli atti impugnati <<a partire dal momento di inizio delle operazioni di gara da parte della Commissione giudicatrice>>.

Il Liceo Statale “Giovanni Pascoli” di Firenze rinnovava le operazioni di gara e la procedura era nuovamente aggiudicata, con determinazione 27 dicembre 2016 prot. n. 8320/4.1.P del Dirigente scolastico, alla Supermatic s.p.a.; la ricorrente era inserita al terzo posto della relativa graduatoria, dietro alla Gedac s.r.l.

Gli atti meglio specificati in epigrafe erano impugnati dalla ricorrente che formulava altresì richiesta di risarcimento danni in forma specifica (mediante aggiudicazione della procedura o per equivalente); a base del ricorso erano poste censure di: 1) violazione

del bando di gara, violazione art. 39 lett. m-quater del d.lgs. 163 del 2006, oggi art. 80 d.lgs. 50 del 2016, violazione delle regole che impongono l'esclusione in caso di dichiarazioni false e/o reticenti, violazione dei canoni di imparzialità e buona amministrazione, perplessità sull'operato della Commissione; 2) violazione e/o falsa applicazione degli artt. 86 e ss. d.lgs. 163/2006 (oggi artt. 97 e 164 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50), mancata verifica dell'anomalia delle offerte delle prime due classificate, eccesso di potere per macroscopiche illogicità, irragionevolezza, carenza di motivazione; 3) violazione e/o falsa applicazione sotto ulteriore profilo art. 167 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, violazione principi di imparzialità, trasparenza e libera concorrenza; 4) violazione del capitolato d'onori, violazione delle regole che presidiano l'attività di effettiva valutazione da parte della Commissione anche in relazione all'offerta economicamente più vantaggiosa, eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione, violazione delle regole di buona amministrazione.

Si costituivano in giudizio le Amministrazioni intimata e la controinteressata Supermatic s.p.a., controdeducendo sul merito del ricorso e formulando eccezioni preliminari di inammissibilità ed irricevibilità del ricorso sotto vari profili.

Con ordinanza 16 febbraio 2017, n. 92, la Sezione rigettava la domanda cautelare presentata con il ricorso.

In via preliminare, deve rilevarsi, per quello che riguarda il rito applicabile alla presente controversia, come debba trovare applicazione il rito ordinario di cui all'art. 120 c.p.a. e non il rito "speciale" previsto dal comma 2-bis della stessa disposizione (introdotto dall'art. 204, 1° comma del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50)

Con la sentenza 14 febbraio 2017 n. 239, la Sezione ha, infatti, già rilevato come, <<pur essendo la gara in esame soggetta alle norme di cui al d.lgs. n. 50/2016 ....., la stazione appaltante ha omissis di adottare il provvedimento che determina ammissioni ed esclusioni previsto dall'art. 29, comma 1, secondo periodo del medesimo d.lgs. n. 50/2016 ed ha invece riunito ammissioni ed aggiudicazione in un unico verbale, tra l'altro concluso non con la "proposta di aggiudicazione" ma con l'aggiudicazione provvisoria. Essendo mancata tale fase procedurale, inevitabilmente l'impugnazione proposta ha dovuto essere rivolta simultaneamente contro l'ammissione della controinteressata e l'aggiudicazione disposta a suo favore. Il neonato rito speciale in materia di impugnazione contro esclusioni ed ammissioni costituisce eccezione al regime "ordinario" del processo appalti (a sua volta eccezione rispetto al rito ordinario e allo stesso rito accelerato ex art. 119 c.p.a.) e, perciò, deve essere applicato solo nel caso espressamente previsto (T.A.R. Puglia - Bari I, 7 dicembre 2016 n. 1367), e cioè quando sia stato emanato il provvedimento di cui all'art. 29, comma 1, secondo periodo del d.lgs. n. 50/2016; in caso contrario l'impugnativa non può che essere rivolta, congiuntamente, avverso l'ammissione dell'aggiudicatario ed il provvedimento di aggiudicazione laddove il secondo sia, come dedotto nel primo motivo, conseguenza del primo>> (T.A.R. Toscana, sez. II, 14 febbraio 2017 n. 239).

Anche nel caso che ci occupa è del tutto mancata l'emanazione (e la pubblicazione) del provvedimento recante l'individuazione degli ammessi e degli esclusi dalla procedura previsto dall'art. 29, 1° comma, ult. periodo del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e, pertanto, a parte ricorrente non è stata consentita altra scelta che proporre, con

il ricorso relativo all'aggiudicazione della procedura, anche le questioni relative all'illegittima ammissione delle controinteressate.

Del resto, del tutto irrilevante appare il fatto che la ricorrente abbia già avuto cognizione dei soggetti partecipanti alla procedura nella precedente fase giurisdizionale conclusa dalla sentenza in forma abbreviata 24 giugno 2016, n. 1060 della Sezione; con tutta evidenza, si tratta, infatti, di un procedimento che si è svolto sotto il vigore della precedente normativa (il d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163) ed in cui la cognizione (ritualmente acquisita) dei partecipanti alla procedura non importava gli oneri di immediata impugnazione oggi derivanti dal combinato disposto degli artt. 29, 1° comma, ult. periodo del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e 120, comma 2-bis c.p.a. sopra richiamati. Nel merito, le censure proposte con il ricorso sono poi da considerarsi, in parte, inammissibili, in parte irricevibili per tardività ed in parte infondate nel merito.

A questo proposito, appare grosso modo sufficiente il richiamo di quanto già rilevato in sede cautelare (T.A.R. sez. II, ord. 16 febbraio 2017, n. 92), non avendo parte ricorrente formulato osservazioni idonee a modificare dette conclusioni.

In particolare, per quello che riguarda il primo motivo di ricorso, appare del tutto sufficiente rilevare come la problematica relativa alla presunta "integrazione" delle dichiarazioni relative al collegamento societario delle due società meglio graduate in graduatoria sia già stata affrontata dalla Sezione con la precedente sentenza in forma abbreviata 24 giugno 2016, n. 1060 che ha già concluso per l'irrilevanza della circostanza, alla luce della seguente considerazione: <<con riferimento al terzo motivo di ricorso (relativo al collegamento societario sussistente tra le altre due partecipanti alla

procedura), ... (deve rilevarsi) come la dichiarazione integrativa al modello A resa dalla Supermatic s.p.a. in data 25 febbraio 2016 abbia correttamente esplicitato il rapporto di controllo sussistente con la GEDAC s.r.l. e come pertanto la detta situazione di controllo societario sia stata valutata dalla Sezione appaltante (restando ovviamente salva ed impregiudicata la problematica relativa all'applicazione di eventuali sanzioni per le dichiarazioni incomplete rese in sede di partecipazione alla gara)>>.

Anche nella fase di rinnovazione delle operazioni di aggiudicazione che oggi ci occupa risulta pertanto di tutta evidenza come le dichiarazioni integrative al modello A rese da prima e seconda classificata nella procedura siano pervenute a conoscenza della Commissione giudicatrice (a maggior ragione, nella procedura che ci occupa, che costituisce una riedizione della prima fase di aggiudicazione annullata dalla Sezione), con conseguenziale irrilevanza di ogni contestazione relativa all'anteriorità o posteriorità di dette dichiarazioni rispetto alla domanda di partecipazione alla gara (restando ovviamente salva ed impregiudicata, anche in questo caso, la problematica relativa all'applicazione di eventuali sanzioni per le dichiarazioni incomplete rese in sede di partecipazione alla gara e, con riferimento alla quale, non possono essere riconosciuti, in capo alla ricorrente, la legittimazione e l'interesse all'impugnazione).

In ogni caso, la Sezione non può mancare di rilevare come almeno la dichiarazione resa dalla Gedac s.r.l. (seconda classificata) di non essere a conoscenza della partecipazione alla procedura della controllante Supermatic s.p.a. e di godere di autonomia gestionale debba essere considerata sufficiente, almeno in linea di principio (ed in mancanza di ulteriori elementi), ad escludere in concreto la

sussistenza di un rischio derivante dal collegamento societario tra le due partecipanti, non avendo la ricorrente dedotto in giudizio elementi idonei a dimostrare la sussistenza di un rischio effettivo e concreto per l'imparzialità della gara derivante dal detto collegamento societario (per la necessità di una valutazione in concreto del rischio derivante dal collegamento societario, si vedano: T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, 20 dicembre 2014, n. 953; Cons. Stato, sez. VI, 8 giugno 2010, n. 3637; 25 gennaio 2010 n. 247; 16 febbraio 2010 n. 1120).

Il terzo motivo di ricorso relativo alla mancata stima del valore della concessione (recentemente ritenuto fondato dalla Sezione con la sentenza 1° febbraio 2017, n. 173) appare poi tardivo, non essendo stata sollevata la censura nella prima fase della procedura (quella definita con la sentenza 24 giugno 2016, n. 1060), trattandosi, con immediata evidenza, di violazione che incide immediatamente sulla possibilità di formulare correttamente le offerte (che, in questa fase, non risultano modificate) e che pertanto la ricorrente doveva proporre già con riferimento all'atto di indizione della procedura (apparendo del tutto diversa la posizione del precedente aggiudicatario che conosce già i dati economici fondamentali per la formulazione dell'offerta e che può pertanto proporre la questione avverso il provvedimento di aggiudicazione finale della procedura e le offerte non sostenibili economicamente presentate da altri concorrenti: T.A.R. Toscana, sez. II, 1° febbraio 2017, n. 173).

Sempre nella già citata sentenza 1° febbraio 2017, n. 173, la Sezione ha poi già rilevato come non sia possibile valutare la mancanza del requisito dell'equilibrio finanziario dell'offerta in un contesto in cui non risultano individuati il valore della concessione ed i relativi flussi

di cassa; in mancanza di un quadro conoscitivo certo in ordine al valore della concessione, non può pertanto trovare accoglimento il secondo motivo che si presenta peraltro affetto dalle stesse ragioni di tardività già richiamate con riferimento alla terza censura (avendo la ricorrente conosciuto le offerte degli altri partecipanti alla procedura già nella prima fase della vicenda giurisdizionale, conclusa dalla sentenza 24 giugno 2016, n. 1060 della Sezione) e risulta comunque del tutto sfornito di prova, non avendo la ricorrente neanche specificato la provenienza dei dati relativi ai costi di gestione del servizio posti a base della sua contestazione.

Con tutta evidenza, non sussiste poi l'interesse alla decisione del quarto motivo di ricorso che investe solo la posizione della prima classificata ed è quindi strutturalmente inidoneo a soddisfare l'interesse della ricorrente all'aggiudicazione della procedura (anche in ipotesi di accoglimento del ricorso, la procedura sarebbe, infatti, sempre aggiudicata alla seconda classificata e non alla ricorrente, terza classificata).

La particolare complessità della materia trattata permette poi 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, lo dichiara, in parte irricevibile per tardività, in parte, inammissibile ed in parte lo respinge, come da motivazione.

Compensa le spese di giudizio tra le parti.

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 12 aprile 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**