

N. 00039/2015 REG.PROV.COLL.

N. 00376/2014 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 376 del 2014, proposto da:
Gruppo Illiria S.p.A., rappresentata e difesa dall'avv. Andrea Cudini, con domicilio eletto ex lege presso la Segreteria Generale del T.A.R., in Trieste, piazza Unità d'Italia n. 7;

contro

Istituto Statale d'Istruzione Superiore Dante Alighieri di Gorizia, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, domiciliato ex lege presso gli uffici della medesima, in Trieste, piazza Dalmazia n. 3;

nei confronti di

Chiarandini S.n.c. di Chiarandini Patrick e Davide, rappresentata e difesa dall'avv. Stefano Comand, con domicilio eletto presso la Segreteria Generale del T.A.R., in Trieste, piazza Unità d'Italia n. 7;

per l'annullamento, previa sospensione cautelare

del Bando per la fornitura del servizio di distributori automatici di snack, di bevande calde e fredde presso i locali dell'istituto Prot. n. 415/E-3, del capitolato a

esso allegato, della gara stessa, dei provvedimenti di aggiudicazione provvisoria e definitiva;

per la declaratoria

di inefficacia del contratto eventualmente medio tempore stipulato;

per la declaratoria

di aggiudicazione del contratto a favore della ricorrente o per il subentro nel contratto stesso ove nelle more stipulato

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Istituto Statale d'Istruzione Superiore Dante Alighieri di Gorizia e della società Chiarandini S.n.c. di Chiarandini Patrick e Davide;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 gennaio 2015 la dott.ssa Alessandra Tagliasacchi 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 Gruppo Illiria S.p.A. impugna gli atti, più compiutamente indicati in epigrafe, della gara svolta dall'Istituto Superiore d'Istruzione Statale Dante Alighieri di Gorizia per la fornitura quinquennale del servizio di distribuzione automatica di snack e di bevande calde e fredde presso i locali dell'Istituto medesimo. All'esito della gara il contratto è stato aggiudicato alla società Chiarandini S.n.c., pure evocata in giudizio. Chiede a tal fine l'annullamento degli atti impugnati, previa sospensione cautelare dei medesimi, la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente medio tempore stipulato e del diritto della

ricorrente medesima alla aggiudicazione ovvero al subentro nel contratto medesimo ai sensi degli articoli 121 e ss. Cod. proc. amm..

Alla gara hanno partecipato solo due concorrenti, la ricorrente e la controinteressata. Il metodo dell'aggiudicazione era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa: la valutazione dell'offerta tecnica teneva conto dei tempi di intervento per il rifornimento (5 punti) e per la riparazione dei guasti (5 punti), dell'offerta di prodotti salutari (30 punti, divisi in tre blocchi di pari valore a seconda della tipologia del prodotto) e dell'essere il concorrente già fornitore di altri istituti scolastici (10 punti); la valutazione dell'offerta economica teneva conto del prezzo più conveniente offerto (20 punti) e dell'eventuale contributo liberale (da 2 a 10 punti).

Si sono costituite in giudizio tanto l'Amministrazione resistente quanto la società controinteressata, entrambe formulando eccezioni di rito, contestando poi nel merito le argomentazioni avversarie e instando conseguentemente per il rigetto del gravame proposto da controparte.

Rinunciata la tutela cautelare da parte della ricorrente, la causa è chiamata all'udienza di merito del 14 gennaio 2015 e in quella sede trattenuta in decisione.

Preliminarmente il Collegio deve farsi carico della eccezione di irricevibilità per tardiva notificazione del ricorso, formulata dall'Avvocatura di Stato e dalla difesa della società controinteressata.

L'eccezione è infondata.

Non è contestato che i risultati della procedura comparativa siano stati pubblicati nel sito web dell'Istituto scolastico in data 2.09.2014 e risulta per tabulas che l'atto introduttivo del presente giudizio sia stato notificato a mezzo pec in data 15.10.2014.

Nondimeno, non è condivisibile la tesi della difesa erariale per cui ai giudizi assoggettati alla disciplina dell'articolo 120 Cod. proc. amm., stante la celerità che

caratterizza il rito, non si applica la sospensione feriale dei termini di cui all'articolo 1 L. n. 742/1969. In assenza di una deroga espressa, non può che operare il regime generale, vale a dire la sospensione di tutti i termini processuali – ad eccezione di quelli per la domanda cautelare - nel periodo (individuato *ratione temporis*) che intercorre tra il 1° agosto e il 15 settembre di ogni anno.

Va, dunque, riconosciuta la tempestività del ricorso proposto dalla società Gruppo Illiria S.p.A., in quanto proposto entro il termine decadenziale di trenta giorni di cui all'articolo 120, comma 5, Cod. proc. amm., decorrente dal 16.09.2014.

Si può quindi passare all'esame dei singoli motivi di impugnazione dedotti dalla società ricorrente avverso gli atti impugnati.

Con la prima doglianza, rubricata "*Contraddittorietà e illogicità del capitolato*", la deducente sostiene che i criteri di valutazione dell'offerta economica, segnatamente nella parte afferente ai prezzi dei prodotti da distribuire, così come formulati nel capitolato sarebbero illogici e tra loro contraddittori, parlandosi in un punto di media aritmetica semplice (articolo 20), e in un altro di somma algebrica dei prezzi offerti (tabella del medesimo articolo 20).

Il Collegio, concordando con la difesa della controinteressata, ritiene che se, in tal modo, la ricorrente intende sostenere che l'oscurità della *lex specialis* di gara rendeva difficile, se non proprio impossibile, la formulazione di un'offerta ragionata e ponderata, allora il capitolato andava immediatamente impugnato (cfr., T.A.R. Friuli Venezia Giulia, sentenza n. 253/2014). Di talché la doglianza si rivela tardiva.

Diversamente, parte ricorrente non ha illustrato, anche con semplici allegazioni, come la prospettata contraddittorietà e illogicità del capitolato abbia inciso sull'esito finale della gara, attribuendo il bene della vita (*id est*, l'aggiudicazione del servizio) a un soggetto diverso da quello che avrebbe dovuto legittimamente vincere.

In entrambi i casi, pertanto, la censura va respinta.

Con il secondo motivo di impugnazione, intitolato “*Illegittimità diretta e derivata per eccesso di potere – Errata applicazione della lex specialis; difetto di motivazione e di istruttoria*”, la ricorrente si duole del fatto che la Commissione di gara non abbia valutato le offerte economiche delle concorrenti secondo il metodo indicato all’articolo 20 del capitolato speciale, ovverosia in ragione del prezzo medio più basso applicato da calcolarsi secondo la media aritmetica semplice, né secondo il metodo indicato nella tabella di cui al medesimo articolo 20 del capitolato speciale, ovverosia in ragione della somma più bassa dei trenta prezzi offerti per i trenta prodotti da distribuire nell’Istituto scolastico.

In effetti, la Commissione di gara ha raffrontato, prezzo per prezzo, le due offerte, attribuendo un punto al concorrente che in relazione al singolo prodotto offriva il prezzo più basso e nessun punto in caso di parità. Non vi è dubbio che così facendo, essendo 30 i prodotti confrontati, avrebbe potuto attribuire al concorrente con l’offerta più competitiva un numero di punti superiore ai 20 previsti come massimo dal Capitolato speciale.

Né rileva, come sostenuto dalla difesa erariale, che si trattasse di una gara informale, perché nel momento in cui l’Amministrazione si autovincola con la lex specialis di gara, non può poi disattendere le regole che si è autoimposta.

E, tuttavia, la censura non supera la prova di resistenza, perché comunque anche in caso di accoglimento la ricorrente non conseguirebbe il bene della vita cui aspira (cfr., C.d.S., Sez. IV[^], sentenza n. 3656/2014), ovverosia l’aggiudicazione del servizio de quo, non essendo nel caso di specie prospettabile, né avendolo la deducente prospettato nemmeno in via subordinata, un interesse strumentale alla riedizione della gara .

Infatti, atteso che le due offerte in gara hanno ottenuto i medesimi punteggi, quanto al profilo tecnico (50 punti entrambe) e quanto al contributo liberale (10

punti entrambe), ne consegue che l'aggiudicazione è stata determinata dal solo fattore dei prezzi dei prodotti offerti. Il punto è che qualunque metodo di valutazione si scelga, ovverosia la media aritmetica, la somma dei prezzi, il confronto a coppie dei prezzi, comunque il risultato finale è sempre il medesimo, ovverosia la maggiore convenienza dell'offerta della società Chiarandini S.n.c..

Con il terzo motivo di impugnazione, epigrafato "*Excesso di potere. Manifesta illogicità e erroneità dei presupposti di fatto*", la società Gruppo Illiria S.p.A. ritiene che l'offerta tecnica della concorrente fosse in parte inverosimile e che dunque male abbia fatto la Commissione di gara ad attribuire all'offerta tecnica della controinteressata 5 punti per i tempi di intervento in caso di rifornimento e 5 punti per il caso di guasto.

La doglianza è fondata.

Risulta per tabulas che la società Chiarandini S.n.c. nella propria offerta tecnica si sia impegnata nei seguenti termini per il rifornimento «*Se richiesto si interviene in pochi secondi*», e nei seguenti termini per il caso di guasto «*segnalando la chiamata al nostro automezzo più vicino a Voi per l'intervento tecnico richiesto, in caso di guasti siamo presenti sul luogo entro pochissimi secondi essendo presenti in zona tutti i giorni*».

E' evidente che non si tratti di un impegno serio, perché la prestazione non può di certo essere adempiuta nello spazio temporale indicato dall'offerente, nemmeno volendo ipotizzare che personale e mezzi siano costantemente in attesa al di fuori dei locali dell'Istituto scolastico. Per di più si tratta di un'ipotesi assolutamente irragionevole, perché – secondo nozioni di comune conoscenza – non sostenibile economicamente.

Né può convenirsi con la controinteressata, circa il fatto che la dichiarazione non andasse apprezzata nel suo significato letterale. Il criterio letterale è metodo prioritario dell'operazione ermeneutica, specie laddove la dichiarazione negoziale non risulti polisensa. Inoltre, tale criterio presidia l'obiettivo della tutela della par

condicio degli offerenti, cui tende la disciplina sia eurounitaria che nazionale in tema di procedure di evidenza pubblica.

Le dichiarazioni in esame significano esattamente quello che le parole che le compongono comunemente significano, e dunque indicano un obbligo non suscettibile di essere adempiuto. Il che incide sulla affidabilità di colui che formula siffatta offerta.

Ulteriormente ne discende la illegittimità della scelta tecnico-discrezionale dell'Amministrazione di attribuire un punteggio, per di più un punteggio massimo, a un'offerta che lo stesso offerente, già a priori, sapeva sarebbe rimasta quanto a tempistica inadempita. L'inattendibilità della valutazione operata dalla Commissione di gara emerge così pacificamente dalla documentazione versata in atti, che non può che conseguire l'annullamento.

Questo Tribunale è ben conscio dei limiti del proprio sindacato nei confronti di atti di esercizio della discrezionalità tecnica da parte dell'Amministrazione. Nondimeno, va riconosciuto che la valutazione portata al proprio esame non sia semplicemente opinabile, ma assolutamente errata e illogica nel momento in cui ritiene seria e affidabile, e come tale meritevole di punteggio (per di più nella misura massima prevista dalla lex specialis di gara), una tempistica di intervento che non può assolutamente essere attuata.

Con il quarto motivo di impugnazione, rubricato "*Violazione di legge – Eccesso di potere – Illegittimità del provvedimento impugnato*", la ricorrente lamenta il mancato rispetto delle formalità di cui all'articolo 79, comma 5 bis, del cd. Codice dei contratti pubblici nella comunicazione di avvenuta aggiudicazione della gara.

La doglianza muove, tuttavia, dal presupposto che quello oggetto della gara per cui è causa sia un contratto di appalto. In realtà, come puntualmente osservato dalle difese delle parti evocate in giudizio, si tratta di un presupposto errato.

Invero, la procedura comparativa in esame era finalizzata a individuare il contraente privato dell'Autorità procedente in un contratto di concessione, considerato che destinatario della prestazione resa dall'aggiudicatario non è l'Istituto scolastico, bensì l'utenza, che l'Amministrazione aggiudicatrice non paga il corrispettivo della prestazione resa all'aggiudicatario, e che quest'ultimo di contro si accolla il rischio imprenditoriale dell'operazione, potendo contrarre esclusivamente sul prezzo che gli verrà corrisposto dall'utenza che decida di acquistare i beni (snack e bevande) offerti (cfr., C.d.S., Sez. VI[^], sentenza n. 2624/2014).

Ne consegue che, giusta quanto dispone l'articolo 30 D.Lgs. n. 163/2006, la scelta del concessionario non è assoggettata all'intera disciplina del cd. Codice dei contratti pubblici, ma solamente al rispetto *“principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità”* e all'obbligo di svolgimento di una gara informale, con predeterminazione dei criteri selettivi.

Questo significa che la comunicazione dell'avvenuta aggiudicazione del contratto di concessione non è assoggettata agli stessi requisiti formali previsti per l'analoga comunicazione in caso di contratto di appalto. Inoltre, la rituale e tempestiva notifica del ricorso introduttivo del presente giudizio dimostra che la pubblicazione dell'avviso nel sito web dell'Istituto scolastico ha raggiunto il proprio obiettivo.

La censura va quindi respinta.

Va parimenti disatteso, perché infondato in punto di fatto e di diritto, l'ultimo motivo di impugnazione dedotto dalla ricorrente, intitolato *“Violazione di legge – Eccesso di potere – Violazione del disposto di cui all'art. 11, comma 10, del D.Lgs. n. 163/2006 – Mancato rispetto del termine dilatorio”*.

Sostiene la ricorrente che i distributori automatici della società controinteressata siano già presenti all'interno dei locali dell'Istituto scolastico, dal che ne deduce che il contratto sia già stato stipulato. La circostanza è, invero, confermata dalle controparti, che indicano quale data di stipula quella del 6.10.2014.

Nondimeno, non può condividersi la conclusione cui giunge il Gruppo Illiria S.p.A. in ordine al mancato rispetto del termine di stand still procedimentale di 35 giorni, tra la comunicazione di avvenuta aggiudicazione e la stipula del contratto, di cui all'articolo 11, comma 10, D.Lgs. n. 163/2006, e alla conseguente inefficacia del contratto stipulato ai sensi dell'articolo 121, comma 1, lettera c), Cod. proc. amm..

Va, infatti, considerato che nella stipula del contratto di concessione non deve rispettarsi il suddetto termine dilatorio (cfr., C.d.S., Sez. V[^], sentenza n. 2249/2014), non rientrando la norma che lo prevede tra quelle richiamate dall'articolo 30 D.Lgs. n. 163/2006 per definire il regime di siffatto tipo di contratti pubblici.

Non sussistendo dunque l'obbligo di attendere per un determinato lasso di tempo l'eventuale attivazione da parte del concorrente pretermesso dei rimedi previsti dall'ordinamento, non può nemmeno trovare applicazione l'articolo 121, comma 1, lettera c), Cod. proc. amm.

Peraltro, parte ricorrente, pur motivando la sola domanda di subentro nel contratto ex articolo 121, comma 1, lettera c), Cod. proc. amm., nelle conclusioni rinvia anche agli articoli successivi, fra questi l'articolo 122, che definisce le altre ipotesi nelle quali il Giudice amministrativo può disporre il risarcimento in forma specifica dell'interesse del ricorrente.

Orbene, l'articolo 122 Cod. proc. amm. è applicabile anche ai contratti pubblici di concessione in virtù del richiamo operato dall'articolo 30, comma 7, D.Lgs. n. 163/2006 alla Parte IV[^] del medesimo Codice dei contratti pubblici, parte IV[^]

oggi trasfusa nel Codice di rito (cfr., T.A.R. Toscana, Sez. I[^], sentenza n. 6780/2010).

Questo Giudice ritiene che nel caso di specie sussistano tutti i presupposti per l'applicazione dell'invocato rimedio, ovvero, oltre alla domanda di parte, la non necessità di rinnovare la gara, lo stato di esecuzione del contratto e la tipologia di contratto stesso (cfr., C.d.S., Sez. V[^], sentenza n. 3220/2014). Infatti, l'annullamento dell'aggiudicazione a favore della società controinteressata, dipendendo da vizio che si situa nella fase di valutazione delle offerte, non comporta il travolgimento dell'intera procedura. Alla gara hanno partecipato due soli concorrenti e le offerte di entrambi sono state ritenute ammissibili e valutate. Il contratto è quinquennale ed è stato eseguito per alcuni mesi soltanto. La sostituzione di un fornitore di snack e bevande non comporta all'evidenza particolari difficoltà tecnico-organizzative.

Il subentro, inoltre, appare meglio soddisfare l'interesse azionato dalla ricorrente.

In definitiva, il ricorso viene accolto in relazione al terzo motivo di impugnazione.

Per l'effetto viene annullata l'aggiudicazione a favore della società controinteressata Chiarandini S.n.c. di Chiarandini Patrick e Davide della concessione per cui è causa, e viene dichiarata l'inefficacia del contratto tra l'Amministrazione resistente e la società controinteressata limitatamente alle prestazioni ancora da eseguirsi, con subentro della società ricorrente nell'esecuzione della concessione entro quindici giorni dalla comunicazione a cura della Segreteria della presente sentenza.

Le spese seguono la soccombenza e sono poste a carico dell'Amministrazione resistente, nella misura liquidata in dispositivo, mentre sono compensate tra la società ricorrente e la società controinteressata.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei termini di cui in motivazione.

Condanna l'Amministrazione resistente a rifondere alla ricorrente le spese del giudizio, che liquida in complessivi Euro 2.500,00, oltre ad accessori di legge.

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

Così deciso in Trieste nella camera di consiglio del giorno 14 gennaio 2015 con l'intervento dei magistrati:

Umberto Zuballi, Presidente

Manuela Sinigoi, Primo Referendario

Alessandra Tagliasacchi, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/01/2015

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)