



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 Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 153 del 2010, proposto da:
Ge-Bar S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore,
rappresentata e difesa dall'avv. Bruno Vernaglione, presso cui è
elettivamente domiciliata in Milano, presso la Segreteria del Tar

contro

Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca e Istituto
Tecnico Commerciale e per Geometri F. Daverio di Varese, in
persona dei rispettivi rappresentanti legali pro tempore, rappresentati
e difesi dall'Avvocatura distrettuale dello Stato, presso i cui Uffici
sono domiciliati per legge in Milano, Via Freguglia, 1

nei confronti di

Maghetti S.n.c., in persona del legale rappresentante pro tempore,
rappresentata e difesa dall'avv. M. Cristina Colombo, elettivamente

domiciliata presso l'avv. Mattia Casati in Milano, Via Durini 24

per l'annullamento

del verbale n. 22 del Consiglio di Istituto dell'Istituto Tecnico Commerciale e per Geometri "F. Daverio" (di seguito anche Istituto ISISS "F. Daverio") del 2 dicembre 2009, con cui è stato affidato il servizio ristoro all'interno dell'Istituto alla ditta Distributori Automatici Maghetti (Maghetti s.n.c.) per il quinquennio 1 gennaio 2010 – 31 dicembre 2014;

dei verbali della Giunta Esecutiva dell'ISISS "F. Daverio", con cui è stata dapprima (verbale n. 22) annullata la procedura di comparazione delle offerte richiedendo nuovi documenti e successivamente (verbale n. 23) è stato redatto il prospetto comparativo delle offerte da cui risulta migliore l'offerta proposta dalla ditta Distributori Automatici Maghetti;

della lettera in data 19 novembre 2009, inviata a seguito di telefax trasmesso dall'odierna ricorrente, Ge.Bar S.r.l, in data 18 dicembre 2009, con cui il dirigente scolastico dell'ISISS "F. Daverio" ha comunicato il diniego di procedere in seduta pubblica alla fase di apertura delle buste contenenti le offerte depositate dai concorrenti; della comunicazione datata 20 novembre 2009 con cui l'ISISS "F. Daverio" ha richiesto di ripresentare le offerte;

dell'eventuale contratto di appalto già stipulato tra l'Istituto Tecnico Commerciale e per Geometri "F. Daverio" e la società Maghetti s.n.c., nonché di ogni altro atto presupposto, connesso o comunque

conseguenziale, con espressa riserva di motivi aggiunti.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca e di Maghetti S.n.c.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, cod. proc. amm.;

Visto il dispositivo n. 46/2011;

Relatore la dott.ssa Laura Marzano;

Uditi, nell'udienza pubblica del giorno 12 gennaio 2011, i difensori avv. Bruno Vernaglione, avv. Francesco Vignoli, avvocato dello Stato, e avv. Mattia Casati;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con bando del 3 novembre 2009 l'Istituto Tecnico Commerciale e per Geometri "F. Daverio" di Varese ha indetto una procedura di gara per l'affidamento per 5 anni, con facoltà di proroga per un anno, del servizio di ristoro interno all'istituto da effettuarsi con installazione di distributori automatici di bevande e snack, nonché con la distribuzione manuale durante l'intervallo e da aggiudicarsi con un sistema riconducibile al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, basato sui 5 criteri ivi fissati nonché su un contributo economico non inferiore a € 2.000,00 annui.

Quanto alle modalità di partecipazione il bando prescriveva che la domanda fosse contenuta in una busta indirizzata all'Istituto, priva di segni di riconoscimento, all'interno della quale andasse inserita un'altra busta, anch'essa priva di segni di riconoscimento, contenente l'offerta con l'indicazione specifica dei prezzi per i singoli prodotti da compilarsi secondo l'allegato A.

Alla gara hanno partecipato tre ditte tra cui la ricorrente.

Nella prima seduta di gara, in data 19 novembre 2009, la Giunta esecutiva dell'Istituto, cui sono state affidate le funzioni di commissione aggiudicatrice, aperte le buste delle tre concorrenti e rilevato che tutte avevano inserito l'offerta "contributo economico" su carta intestata e non inserita nella busta interna, ha deciso di "annullare la procedura di comparazione delle offerte e di chiedere alle medesime tre ditte una nuova consegna dei documenti corretti entro le ore 12.00 di mercoledì 25 novembre 2009" (cfr. doc. 2 del fascicolo della ricorrente).

Le concorrenti hanno presentato nuova offerta nei termini, questa volta utilizzando per l'offerta economica un allegato B, fornito dall'Amministrazione, da inserirsi con l'allegato A nella busta interna. La ricorrente ha chiesto di partecipare alla seduta di apertura delle offerte economiche, ma le è stato opposto un diniego in considerazione del fatto che le sedute della Giunta esecutiva sarebbero non accessibili a terzi e che l'apertura delle offerte in seduta riservata era prevista nel bando (cfr. docc. 4 e 5 id.).

Nella seduta del 27 novembre 2009 sono state esaminate le offerte e, all'esito, la gara è stata aggiudicata alla società Distributori Automatici Maghetti s.n.c. di Fusaro Luigi & C..

Il 19 dicembre 2009 è stato stipulato il contratto.

2. Ritenendo illegittima l'aggiudicazione la ricorrente l'ha impugnata, deducendo 5 motivi riconducibili, complessivamente, alle seguenti due censure:

- violazione del principio di trasparenza e di pubblicità delle sedute ed eccesso di potere per sviamento per non aver l'Amministrazione consentito la presenza del pubblico all'apertura delle offerte economiche;

- violazione dei principi in materia di procedure ad evidenza pubblica e della *lex specialis* perché illegittimamente la Giunta esecutiva avrebbe consentito la ripresentazione delle offerte, dopo aver visionato le offerte economiche, atteso che le rilevate irregolarità avrebbero dovuto comportare l'esclusione di tutte tre le ricorrenti, secondo la prescrizione del bando di gara e, dunque, l'indizione di una nuova procedura.

Sia l'Amministrazione che la controinteressata si sono costituite in giudizio, chiedendo la reiezione del ricorso.

Alla camera di consiglio del 10 febbraio 2010 la causa è stata rinviata al merito e all'udienza pubblica del 12 gennaio 2011, sentite le parti, è stata trattenuta in decisione.

3. Preliminarmente va disattesa l'eccezione di inammissibilità del

ricorso sollevata dalla controinteressata per avere la ricorrente asseritamente prestato acquiescenza all'operato dell'Amministrazione presentando la nuova offerta.

Va, invero, affermato il principio, predicato dalla giurisprudenza di legittimità, che il Collegio condivide *in toto*, per cui l'acquiescenza tacita nei confronti di un provvedimento, nel diritto amministrativo come in quello processuale civile, è configurabile solo in presenza di un comportamento che appaia inequivocabilmente incompatibile con la volontà del soggetto d'impugnare il provvedimento medesimo.

Non è sufficiente, dunque, a tal fine, un atteggiamento di mera tolleranza contingente e neppure il compimento di atti resi necessari od opportuni, nell'immediato, dall'esistenza del suddetto provvedimento, in una logica soggettiva di riduzione del pregiudizio, che non per questo escludono l'eventuale coesistente intenzione dell'interessato di reagire poi per l'eliminazione degli effetti del provvedimento stesso (cfr. Cass., S.U., 20 maggio 2010, n. 12339).

Nel caso di specie la ricorrente, presentando la nuova offerta come richiesto dall'Amministrazione, si è limitata a compiere una attività necessaria ad evitare il pregiudizio certo, consistente nell'esclusione, che le sarebbe derivato dal mancato compimento di essa senza, tuttavia, precludersi la possibilità di impugnare la determinazione della P.A. nell'eventualità in cui essa avesse manifestato tutta la sua portata lesiva con l'aggiudicazione ad altra concorrente.

3.1. Nel merito il ricorso è fondato.

Dalla lettura degli atti di causa emerge che nel bando “si raccomanda di attenersi a tutte le prescrizioni indicate nel bando, onde evitare che irregolarità od omessa presentazione di un documento possa comportare l’esclusione dalla gara” (cfr. doc. 7 id., pag. 3).

Nel verbale del 19 novembre 2009 la Giunta esecutiva ha rilevato che domande delle tre concorrenti presentavano tutte un vizio di forma in quanto tutte tre avevano presentato l’offerta economica su carta intestata e pertanto riconoscibile anche perché non inserita nella busta interna alla prima busta.

Osserva il Collegio che siffatta irregolarità, alla luce della previsione contenuta nel bando di gara, cui l’Amministrazione si era autovincolata, avrebbe dovuto comportare l’esclusione di tutte le concorrenti.

Va, invero, rammentato che, sebbene si verta in tema di concessione di servizi, sottratte *ex lege* all’applicazione del codice dei contratti, nondimeno l’art. 30, comma 3, dello stesso D.Lgs. 163/2006 stabilisce che la scelta del concessionario debba avvenire nel rispetto dei 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 e proporzionalità.

Non è revocabile in dubbio che rientri, tra gli enunciati principi, quello generale che vieta la disapplicazione del bando quando

l'Amministrazione si sia in origine autovincolata (cfr. T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 5 febbraio 2010, n. 1604; Cons. Stato, sez. V, 29 gennaio 2009, n. 498).

Per quanto precede, assorbite le ulteriori censure, il ricorso deve essere accolto e, per l'effetto, devono essere annullati tutti gli atti impugnati con conseguente declaratoria di inefficacia del contratto.

4. Quanto alle spese, in considerazione della reale soccombenza, le amministrazioni resistenti vanno condannate in solido al pagamento delle stesse, liquidate come in dispositivo, in favore della ricorrente; viceversa, in coerenza con l'enunciato principio, apprezzata l'assenza di contributo causale della controinteressata alla rilevata illegittimità, può disporsi la compensazione delle spese tra tutte le altre parti.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Milano, Sezione I, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo accoglie nei termini di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati con conseguente declaratoria di inefficacia del contratto.

Condanna le Amministrazioni resistenti, in solido tra loro, alla rifusione, in favore della ricorrente, di spese e competenze del giudizio che liquida in complessivi € 5.000,00 (cinquemila), oltre al rimborso forfetario delle spese generali nella misura del 12,5%, nonché a oneri previdenziali e fiscali come per legge.

Spese compensate tra tutte le altre parti.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 12 gennaio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Mariuzzo, Presidente

Hadrian Simonetti, Referendario

Laura Marzano, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11/02/2011

IL SEGRETARIO

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