



REPUBBLICA ITALIANA
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 2134 del 2011, proposto da:

Supermatic S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv. Ivan Marrone, Dario Rigacci, con domicilio eletto presso - Studio Legale Lessona in Firenze, via dei Rondinelli 2;

contro

Istituto di istruzione superiore "Artemisia Gentileschi" di Carrara, in persona del dirigente p.t., Ministero dell'Istruzione dell'Università' e della Ricerca, in persona del Ministro in carica, rappresentati e difesi dall'Avvocatura distr.le dello Stato di Firenze, domiciliataria *ex lege*;

nei confronti di

Snack & Drink s.a.s. di Bonotti Giovanni & C., in persona del legale rappresentante p.t.;

Ivs Italia s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t.;

per l'annullamento

degli atti e provvedimenti con cui l'Istituto di istruzione superiore "Artemisia Gentileschi" di Carrara ha indetto, disciplinato, svolto ed aggiudicato la gara per l'affidamento del servizio di somministrazione di bevande tramite distributori automatici e, in particolare, della lettera di invito trasmessa con nota prot. 4069/b4 del 25 agosto 2011, dei verbali di gara, del provvedimento di aggiudicazione della stessa disposto in favore della Snack and Drink di G. Bonotti & C. con delibera del consiglio di istituto del 17 ottobre 2011, e della nota prot. 5202/b4 del 24 ottobre 2011 con la quale l'aggiudicazione è stata comunicata alla ricorrente e per l'annullamento dei contratti eventualmente stipulati con l'operatore economico aggiudicatario;

e per il risarcimento

dei danni subiti e subendi dalla ricorrente per effetto degli atti impugnati,

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Istituto di Istruzione Superiore "Artemisia Gentileschi" di Carrara e di Ministero dell'Istruzione dell'Università' e della Ricerca;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 luglio 2012 il dott. Bernardo Massari e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con lettera di invito trasmessa il 25 agosto 2005 l'Istituto di Istruzione Superiore "Artemisia Gentileschi" di Carrara indiceva una gara per l'affidamento del servizio di somministrazione di bevande tramite distributori automatici da aggiudicarsi in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

In proposito la lettera d'invito stabiliva l'assegnazione di massimo 50 punti per la valutazione delle caratteristiche qualitative dei prodotti offerti; massimo 30 punti per il contributo economico offerto alla scuola; massimo 20 punti per le modalità organizzative (tempi e modi della fornitura).

La lettera d'invito stabiliva, peraltro, che l'offerta economica dovesse essere inclusa nella medesima busta contenente gli elementi qualitativi dell'offerta.

Nonostante la richiesta di presenziare all'apertura delle buste, la Commissione riteneva di procedervi in seduta riservata il 17 ottobre 2011.

Il successivo 24 ottobre Supermatic riceveva comunicazione dell'aggiudicazione della gara in favore della ditta Snack and Drink di G. Bonotti & C. con la quale veniva poi stipulato il contratto.

Avverso gli atti suddetti proponeva ricorso la società in intestazione chiedendone l'annullamento, oltre che il risarcimento del danno, previa sospensione, e deducendo:

1. Violazione e/o falsa applicazione della *lex specialis* di gara.
2. Violazione e/o falsa applicazione della *lex specialis* di gara sotto ulteriore profilo.
3. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 30 d.lgs. n. 163/2006. Eccesso di potere per violazione e/o falsa applicazione del principio di segretezza delle offerte, di imparzialità e trasparenza.
4. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 30 d.lgs. n. 163/2006. Eccesso di potere per violazione e/o falsa applicazione del principio di segretezza delle offerte, di imparzialità e trasparenza.

Si è costituita in giudizio l'Amministrazione intimata opponendosi all'accoglimento del ricorso.

Con ordinanza n. 1221 del 21 dicembre 2011 è stata accolta la domanda incidentale di sospensione ai fini della fissazione dell'udienza pubblica di trattazione del merito.

All'udienza pubblica del 3 luglio 2012 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

In data 5 luglio 2012 è stato pubblicato il dispositivo della sentenza.

DIRITTO

La società ricorrente impugna l'esito della gara per l'affidamento del servizio di somministrazione di bevande tramite distributori automatici indetta dall'Istituto di Istruzione Superiore "Artemisia Gentileschi" di Carrara, oltre alla lettera di invito e ai verbali di gara, chiedendo, inoltre, l'annullamento (*rectius*, la dichiarazione di inefficacia) del contratto eventualmente stipulato con l'aggiudicatario.

Domanda, infine, che l'Amministrazione scolastica sia condannata al risarcimento del danno subito per effetto dell'illegittimità degli atti impugnati.

Preliminarmente occorre dare atto che, con memoria depositata il 17 dicembre 2011, la ricorrente ha rinunciato al primo mezzo di gravame con il quale si era denunciata l'omessa indicazione nell'offerta tecnica, da parte delle altre concorrenti, "*delle modalità e tempi di distribuzione e manutenzione dei distributori*".

Il ricorso è fondato.

Il Collegio è dell'avviso che meriti di essere confermato l'orientamento già espresso nella fase cautelare del giudizio.

Preme, in primo luogo rammentare che l'ordinamento processuale amministrativo non detta precisi criteri di priorità

per l'esame delle questioni di merito, essendo rimessa al prudente apprezzamento dell'organo giudicante la relativa scelta, che deve peraltro essere orientata alla preliminare disamina dei motivi che, evidenziando in astratto una più radicale illegittimità del provvedimento impugnato, appaiono idonei a soddisfare pienamente l'interesse dedotto in giudizio (Consiglio Stato, sez. IV, 2 maggio 2007, n. 1920).

Tanto premesso il Collegio ritiene prioritario l'esame del terzo e quarto motivo, atteso che dal loro accoglimento scaturirebbe l'invalidità dell'intera procedura, travolgendo così anche l'aggiudicazione finale in favore della controinteressata.

Orbene, con il terzo motivo la ricorrente ha dedotto l'illegittimità della lettera d'invito e degli esiti del procedimento per violazione del principio di segretezza delle offerte, di imparzialità e trasparenza.

La tesi deve essere condivisa.

In proposito la giurisprudenza è ferma nel ritenere l'illegittimità della *lex specialis* di gara ove preveda l'inserimento, nell'ambito di un'unica busta, tanto dell'offerta tecnico-funzionale, quanto di quella economica, atteso che in tal modo viene a determinarsi un'inammissibile commistione tra gli elementi tecnici e quelli economici dell'offerta stessa. Infatti, nel caso di aggiudicazione secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, le offerte economiche devono restare segrete per evitare che gli elementi di valutazione aventi carattere automatico, quali il prezzo, possano influenzare la valutazione degli elementi discrezionali, cosicché nel caso della denunciata commistione risulta violata la regola della par condicio espressamente sancita, tra i principi generali relativi alle procedure per l'affidamento dei contratti pubblici dall'art. 2 del d.lgs. n. 163/2006 (Cons. Stato., sez. III, 11 marzo 2011, n. 1582; T.A.R. Liguria, sez. I, 23 febbraio 2012, n. 322; T.A.R. Lazio, Latina, 11 aprile 2012, n. 283).

Né vale in senso contrario affermare, come sostenuto dalla difesa erariale nella sua memoria del 17 dicembre 2011, che la stazione appaltante abbia dato applicazione al decreto interministeriale n. 44/2001 recante le istruzioni generali sulla gestione amministrativo/contabile delle istituzioni scolastiche, discostandosi dalla disciplina generale dettata dal Codice dei contratti pubblici.

Ciò comporterebbe un'attenuazione del rigore formale della procedura di gara in analogia con quanto previsto dall'art. 125 del d.lgs. n. 163/2006 in tema di cottimo fiduciario.

Invero, è stato condivisibilmente osservato che il cottimo fiduciario, ex art. 125, comma 4, del d.lgs. n. 163/2006, ha natura di procedura negoziata ai sensi dell'art. 57 del medesimo decreto.

Ne segue, contrariamente a quanto la resistente amministrazione mostra di ritenere, che il principio sopra affermato - che risponde all'esigenza di garantire la trasparenza delle operazioni di gara - opera, indipendentemente dal fatto che il bando lo preveda, in tutte le ipotesi in cui all'aggiudicazione si pervenga attraverso un'attività di tipo procedimentale (cfr. l'art. 2 del citato d.lgs. n. 163/2006), ancorché semplificata e quindi anche in relazione ai cottimi fiduciari (cfr. TAR Sardegna, I Sez., 14/6/2010 n. 1487; Cons. Stato, V Sez., 10/11/2010 n. 8006).

Dunque, anche nell'ipotesi di scelta di una procedura semplificata, continua a trovare applicazione il principio, posto a tutela dell'imparzialità, della trasparenza, del corretto svolgimento della procedura, in base al quale vanno tenute separate e distinte l'offerta tecnica da quella economica, nel mentre la fase di apertura dei plichi contenenti la documentazione amministrativa e la verifica della stessa, nonché quella di apertura delle buste con le offerte economiche devono sempre avvenire in seduta pubblica.

E d'altro canto, contrariamente a quanto avvenuto nella fattispecie, nella vicenda oggetto del precedente di questo Tribunale citato da controparte (T.A.R. Toscana, sez. I, n. 6809/2010) non era stato impugnato il bando di gara.

Coglie nel segno anche il quarto motivo con cui la ricorrente lamenta che l'apertura delle buste contenenti le offerte sia avvenuta in seduta riservata.

Osserva il Collegio che negli appalti pubblici da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa il principio della pubblicità delle operazioni da svolgere trova applicazione con specifico riferimento anche all'apertura della busta dell'offerta tecnica, atteso che la pubblicità delle sedute di gara risponde all'esigenza di tutela non solo della parità di trattamento dei concorrenti, ai quali deve essere permesso di effettuare gli opportuni riscontri sulla regolarità formale degli atti prodotti e di avere così la garanzia che non siano successivamente intervenute indebite alterazioni, ma anche dell'interesse pubblico alla trasparenza e all'imparzialità dell'azione amministrativa, le cui conseguenze negative sono difficilmente apprezzabili ex post una volta rotti i sigilli ed aperti i plichi, in mancanza di un riscontro immediato (Cons. Stato, Ad. plen., 28 luglio 2011, n. 13; id., sez. III, 4 novembre 2011, n. 5866).

Nel caso di specie, peraltro l'illegittimità appare ancor più evidente se solo si consideri che in seduta riservata è avvenuta l'apertura dell'unico plico contenente sia l'offerta tecnica che quella economica.

Per le ragioni esposte il ricorso deve dunque essere accolto con il conseguente annullamento della lettera d'invito e della successiva aggiudicazione in favore della ditta controinteressata.

Nella sua memoria conclusiva la Superamtic s.r.l. evidenzia che la stipulazione del contratto, peraltro avvenuta in violazione del termine di *standstill*, e la durata annuale del servizio hanno determinato l'irrimediabile consolidamento del pregiudizio in suo danno.

Se ne chiede quindi il ristoro per equivalente, avuto riguardo al fatto che l'annullamento integrale della gara comporta che il danno può essere valutato solo in termini di perdita di *chance*.

In assenza di controdeduzioni dell'Amministrazione, il Collegio reputa ragionevole e degna di affidamento l'affermazione della ricorrente (peraltro supportata indirettamente dall'andamento della gestione nel corso dell'anno scolastico 2010/2011) secondo cui, dedotti i costi ed il contributo dovuto all'Istituto scolastico, l'utile netto ammonterebbe a ca. € 15.000,00.

Si rammenta in proposito che la prova della sussistenza del danno da perdita di *chance*, in seguito all'emanazione di un provvedimento illegittimo, può avvenire o attraverso l'articolazione di argomentazioni logiche, che, sulla base di un processo deduttivo rigorosamente sorvegliato, inducano a concludere per la sua sussistenza; ovvero secondo un processo deduttivo conforme al criterio, elaborato dalla giurisprudenza della Corte di cassazione, del cd. "più probabile che non", e cioè "*alla luce di una regola di giudizio che ben può essere integrata dai dati della comune esperienza, evincibili dall'osservazione dei fenomeni sociali*" (Cons. Stato sez. IV, 22 maggio 2012, n. 2974).

Ne discende che, tenuto conto del numero delle imprese partecipanti alla gara, in numero di tre, il danno può essere quantificato in € 5.000,00.

Il danno emergente, riferito ai costi sopportati per la partecipazione alla gara, viene quantificato nel 5% di tale importo, ossia € 250,00.

Sulla somma dovuta complessivamente a titolo di risarcimento del danno, che costituisce un debito di valore, spettano la rivalutazione monetaria fino alla data del soddisfo, e gli interessi calcolati nella misura legale separatamente sul capitale via via rivalutato dalle singole scadenze mensili sino al pagamento (Cons. Stato sez. III, 2 dicembre 2011, n. 6369, T.A.R. Lazio, sez. III, 15 maggio 2012, n. 4382).

Le somme suddette sono ulteriormente maggiorate degli interessi legali, dalla pubblicazione della sentenza sino all'integrale soddisfazione dell'interessata.

Le spese del giudizio possono trovare compensazione tra le parti in ragione della non uniforme interpretazione delle norme applicate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando sul ricorso,

come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati.

Accoglie la domanda di risarcimento del danno nei sensi di cui in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 3 luglio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Angela Radesi, Presidente

Bernardo Massari, Consigliere, Estensore

Ugo De Carlo, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 19/10/2012

IL SEGRETARIO

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