



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 1942 del 2011, proposto dalla Supermatic S.r.l., in persona del Presidente del Consiglio di amministrazione, sig. Emanuele Offredi, rappresentata e difesa dagli avv.ti Ivan Marrone e Dario Rigacci e con domicilio eletto presso lo studio degli stessi, in Firenze, via de' Rondinelli n. 2

***contro***

Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, in persona del Ministro pro tempore, ex lege rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato e domiciliato presso gli Uffici della stessa, in Firenze, via degli Arazzieri n. 4

***nei confronti di***

Impresa individuale "La Boutique del Pane" di Massa, non costituita in giudizio

Snack & Drink S.a.s. di Bonotti Giovanni & C., non costituita in giudizio

***per l'annullamento,***

*previa sospensione dell'efficacia,*

degli atti e provvedimenti con cui l'Istituto Scientifico Statale "Enrico Fermi" di Massa ha indetto, disciplinato, svolto ed aggiudicato la gara per l'affidamento del servizio di distribuzione di alimenti e bevande ed in particolare:

- del verbale di valutazione e comparazione delle offerte, privo di data, che riporta le operazioni svolte dalla Commissione tra il 9 ed il 14 settembre 2011;

- del provvedimento di aggiudicazione in favore della Snack & Drink S.a.s. di Bonotti Giovanni & C., e dell'impresa individuale "La Boutique del Pane" di Massa, di estremi incogniti;

- del bando di gara, lì dove ha previsto che in un unico modulo avrebbero dovuto essere inseriti dai concorrenti i dati relativi alla qualità dei prodotti (tipologia e peso), al loro prezzo ed al contributo offerto in favore dell'Istituto scolastico

e per l'annullamento

dei contratti eventualmente stipulati con detti aggiudicatari

nonché per la condanna

al risarcimento dei danni subiti e subendi dalla ricorrente per effetto degli atti impugnati.

Visti il ricorso ed i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca;

Vista la domanda di sospensione dell'esecuzione degli atti impugnati, presentata in via incidentale dalla società ricorrente;

Viste la memoria e la documentazione depositate dalla difesa erariale;

Vista l'ordinanza n. 1141/2011 del 18 novembre 2011, con cui è stata accolta l'istanza cautelare;

Visto l'art. 120 del d.lgs. n. 104/2010 (codice del processo amministrativo);

Nominato relatore nell'udienza pubblica del 12 gennaio 2012 il dott. Pietro De Berardinis;

Uditi i difensori presenti delle parti costituite, come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto ed in diritto quanto segue

## FATTO e DIRITTO

1. Con il ricorso indicato in epigrafe la società ricorrente, Supermatic S.r.l., ha impugnato gli atti ed i provvedimenti attraverso i quali l'Istituto Scientifico "E. Fermi" di Massa ha indetto, disciplinato, svolto ed aggiudicato la gara per l'affidamento, per ventiquattro mesi, del servizio di distribuzione di alimenti e bevande tramite distributori automatici (da aggiudicarsi in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa).

1.1. In particolare, la ricorrente impugna il verbale di valutazione e comparazione delle offerte, che riporta le operazioni svolte dalla

Commissione giudicatrice tra il 9 ed il 14 settembre 2011, nonché il provvedimento di aggiudicazione della gara alla Snack & Drink S.a.s. di Bonotti Giovanni & C. ed all'impresa individuale "La Boutique del Pane" di Massa (di cui la P.A. ha dato comunicazione alla ricorrente con nota prot. n. 3781/C14 del 28 settembre 2011) e, con il terzo motivo di gravame, lo stesso bando di gara (nella parte specificata in epigrafe), domandandone l'annullamento, previa sospensione dell'esecuzione.

1.2. La società domanda, altresì, l'annullamento dei contratti eventualmente stipulati con le imprese aggiudicatriche ed il risarcimento dei danni subiti e subendi per effetto degli atti impugnati.

1.3. La Supermatic S.r.l. lamenta, in particolare, che illegittimamente la Commissione giudicatrice avrebbe interpretato le previsioni del bando di gara come comportanti la divisione in lotti della gara stessa, con i corollari della necessità di presentare non uno, ma due distinti contributi da pagare alla P.A. in caso di aggiudicazione, e della possibilità di aggiudicare la gara a due operatori economici diversi, uno per le bevande e gli snacks, l'altro per gli alimenti freschi. Alla luce di tale presupposto – in tesi, del tutto erroneo – la Commissione avrebbe illegittimamente deliberato di non esaminare l'offerta della ricorrente, la quale aveva formulato l'offerta sia per le bevande e gli snacks, sia per gli alimenti freschi, indicando, tuttavia, un unico contributo.

1.4. A supporto del gravame, la società ha dedotto le seguenti doglianze:

- violazione del bando di gara quale *lex specialis* della procedura, violazione e/o falsa applicazione dell'art. 46, comma 1-bis, del d.lgs. n. 163/2006, introdotto dal d.l. n. 70/2011 (convertito con l. n. 106/2011), poiché nessuna clausola del bando di gara o del capitolato avrebbe imposto agli offerenti di indicare due distinti contributi, o, nell'ipotesi di contributo unico, di precisarne la ripartizione o le "preferenze"; al contrario, numerose previsioni del bando lascerebbero intendere come la gara fosse tesa all'affidamento di un servizio unitario e come il contributo da indicare dovesse essere unico. In aggiunta, l'esclusione della ricorrente violerebbe l'art. 46, comma 1-bis, del d.lgs. n. 163/2006, non ricorrendo, nella fattispecie, alcuna delle tassative cause di esclusione dei concorrenti dalla gara ivi sancite;

- violazione e/o falsa applicazione dell'art. 30 del d.lgs. n. 163/2006 e dei principi di trasparenza, par condicio e segretezza delle offerte, in quanto, innanzitutto, sarebbe stato violato il principio di trasparenza, per non essere il verbale di gara in grado di dare compiutamente atto delle operazioni effettuate dalla Commissione giudicatrice (né della data di svolgimento di tali operazioni); inoltre, non sarebbe stato rispettato il principio di segretezza, non avendo il predetto verbale dato contezza della modalità di conservazione dei plichi tra una seduta e l'altra della Commissione;

- eccesso di potere per violazione dei principi di trasparenza, imparzialità e parità di trattamento, in quanto nel caso in esame non sarebbe stato garantito il rispetto della regola per cui, nelle procedure da aggiudicare in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la Commissione non può conoscere e valutare i profili economici dell'offerta se non dopo aver esaminato la componente tecnico-qualitativa dell'offerta stessa (con attribuzione dei relativi punteggi).

2. Si è costituito in giudizio il Ministero dell'Istruzione, Università e Ricerca, versando in atti una relazione sui fatti di causa dell'Istituto Scientifico "E. Fermi" con documentazione allegata, nonché una memoria difensiva in vista della discussione dell'istanza cautelare.

2.1. Le imprese controinteressate, pur evocate, non si sono costituite in giudizio.

2.2. Nella Camera di consiglio del 17 novembre 2011 il Collegio, ritenuto sussistente il *fumus boni juris* per non avere la P.A. rispettato il principio di segretezza delle offerte ed in virtù del carattere assorbente di detta censura, con ordinanza n. 1141/2011 ha accolto l'istanza cautelare ai fini della ripetizione (eventuale) della gara.

2.3. All'udienza pubblica del 12 gennaio 2012 la causa è stata trattenuta in decisione.

3. In via preliminare, va respinta l'eccezione di inammissibilità del gravame formulata dalla difesa erariale sul rilievo dell'impossibilità,

per la Supermatic S.r.l., di risultare aggiudicataria della gara anche se la sua offerta economica fosse stata valutata dalla Commissione giudicatrice (che, invece, non l'ha presa in esame, per quanto sopra detto). In contrario si evidenzia, infatti, che, secondo un condivisibile orientamento giurisprudenziale, in capo all'impresa concorrente non classificatasi in posizione utile per l'aggiudicazione (cui deve parificarsi, per il Collegio, l'impresa esclusa quando, come nel caso di specie, sia contestata la legittimità dell'esclusione) sussiste l'interesse a ricorrere avverso gli atti di una gara d'appalto, giacché essa, tramite la contestazione della legittimità delle procedure di valutazione delle offerte e di attribuzione dei punteggi nel loro complesso, in caso di accoglimento delle relative censure, potrebbe ottenere la rivalutazione delle offerte o la ripetizione della gara (cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 22 settembre 2010, n. 32375): ripetizione che, pertanto, basta a fondare il suddetto interesse, con conseguente infondatezza dell'eccezione.

4. Nel merito, il ricorso è fondato, nei termini di seguito esposti.

4.1. Il Collegio ritiene, per ragioni di ordine logico, di iniziare l'esame del merito del ricorso dalla doglianza dedotta con il terzo motivo, avente ad oggetto – come già esposto – l'inosservanza, nella fattispecie per cui è causa, del principio che fa divieto alla Commissione giudicatrice di conoscere e valutare i profili economici dell'offerta se non dopo aver completato l'esame e la valutazione della componente tecnico-qualitativa.

4.2. La doglianza è fondata, sotto due distinti profili.

4.3. Deve premettersi che, secondo la costante giurisprudenza, nell'ipotesi dell'aggiudicazione con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la procedura di gara è caratterizzata da una netta separazione tra la valutazione dell'offerta tecnica e di quella economica, con il corollario che, per il principio di segretezza, fino a quando non si sia conclusa la valutazione delle offerte tecniche, è interdetto al seggio di gara la conoscenza delle percentuali di ribasso offerte, al fine di evitare ogni possibile influenza sul seggio di gara nella valutazione dell'offerta tecnica (cfr., ex plurimis, C.d.S., Sez. V, 21 marzo 2011, n. 1734; T.A.R. Toscana, Sez. II, 10 maggio 2010, n. 1385). Invero, nelle ipotesi di aggiudicazione tramite il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, le offerte economiche debbono restare segrete per tutta la fase procedimentale in cui la Commissione compie le sue valutazioni sugli aspetti tecnici di esse, allo scopo di evitare che gli elementi di valutazione aventi carattere per così dire automatico, come il prezzo, influenzino la valutazione degli elementi comportanti apprezzamenti discrezionali, con il corollario che, ove venga meno l'indicato principio di segretezza, non si può procedere a sanatoria dell'attività amministrativa mediante la rinnovazione dei lavori di valutazione delle offerte (C.d.S., Sez. VI, 19 novembre 2003, n. 7431).

4.4. Andando ad applicare i suesposti principi alla procedura di gara

in esame – in cui, per esplicita previsione del bando, l’aggiudicazione sarebbe stata effettuata in favore della ditta partecipante che avesse presentato l’offerta “economicamente e qualitativamente più vantaggiosa” – deve osservarsi come il predetto principio di segretezza sia stato violato sotto i seguenti due profili:

a) per la previsione nel bando di gara (la cui impugnazione per questo verso è fondata e va accolta) dell’inserimento, in uno stesso modulo, dei dati attinenti alle caratteristiche qualitative dei prodotti offerti e del prezzo dei prodotti stessi;

b) per le modalità di presentazione delle offerte, in tre plichi – uno esterno, il secondo interno, con indicazione di prezzi, grammatura e qualità dei prodotti offerti, in base ai moduli allegati, ed il terzo anch’esso interno, contenente il contributo offerto all’Istituto scolastico (quella che il capitolato ha qualificato come offerta economica) – anziché in quattro o addirittura cinque, come avrebbe dovuto essere previsto se realmente la gara si fosse articolata in due lotti distinti.

4.5. In particolare, da un lato risultano del tutto erronei l’indicazione del prezzo richiesto dalle ditte offerenti per i prodotti oggetto di gara nello stesso modulo recante i dati attinenti alle caratteristiche qualitative dei prodotti stessi (cfr. gli allegati A e A1 al capitolato) e, quindi, l’inserimento del dato concernente il prezzo nel plico relativo all’offerta tecnica. Secondo il Collegio, il prezzo di vendita dei prodotti è elemento che non può che attenere all’offerta economica,

atteso che esso influisce sui margini di ricavo dell'impresa aggiudicataria, mentre di per sé non è indicativo delle caratteristiche qualitative del prodotto (come invece, ad es., la farcitura, con descrizione degli ingredienti, prevista dal modulo di cui all'allegato A1 per gli alimenti). D'altronde, anche il capitolato di gara depone in tal senso, lì dove (art. 12) prevede che l'aggiudicazione del servizio sia effettuata tenendo conto di una serie di priorità e precisamente: 1) della qualità dei prodotti; 2) del prezzo di vendita di questi; 3) della qualità e puntualità del servizio; 4) del contributo riconosciuto all'Istituto scolastico. Perciò, lo stesso capitolato prevede una valutazione del prezzo di vendita dei prodotti distinta ed autonoma rispetto agli elementi qualitativi dell'offerta (qualità dei prodotti, qualità e puntualità del servizio) e, del resto, anche nel verbale di gara la valutazione della qualità dei prodotti e del servizio (sia per gli alimenti, sia per le bevande) non reca alcun riferimento al prezzo dei prodotti: quest'ultimo, invece, risulta rapportato alla quantità.

4.6. Ove poi si assuma – come pretende l'Amministrazione intimata – che la gara fosse articolata in due lotti distinti, ne deriva che i plichi in cui racchiudere l'offerta avrebbero dovuto essere almeno uno (se non due) in più rispetto a quelli (tre) prescritti dall'art. 20 del capitolato. Ed invero, il plico recante quella che, nelle previsioni di gara, era l'offerta economica (l'indicazione del contributo da versare alla P.A. in caso di aggiudicazione) non avrebbe potuto essere unico, ma si sarebbe dovuto sdoppiare in due plichi distinti, contenenti

ciascuno il contributo per il servizio offerto (alimenti da un lato, bevande e snacks dall'altro). Ciò, onde scongiurare il rischio che, valutata l'offerta tecnico-qualitativa di uno dei servizi, l'apertura dell'unico plico relativo ai due contributi offerti (al fine di completare la valutazione dell'offerta relativa a detto servizio) comportasse la conoscenza non solo del contributo concernente il servizio de quo, ma anche del contributo riguardante l'altro servizio (o segmento di servizio), prima, però, che di questo secondo servizio venisse valutata l'offerta tecnica, con il susseguente vulnus al principio di segretezza delle offerte. Il che è quanto risulta accaduto nel caso di specie, poiché la lettura del verbale di gara dimostra che: la Commissione giudicatrice ha in primo luogo valutato le offerte tecnico-qualitative delle ditte partecipanti con riguardo al servizio di fornitura di alimenti freschi; poi, ha valutato il contributo offerto dalle partecipanti relativamente a tale servizio (escludendo la società ricorrente); a questo punto, è passata a valutare l'offerta tecnico-qualitativa riguardante il servizio di fornitura di bevande e snacks, ma a tal momento, essendo stato già aperto l'unico plico che conteneva l'indicazione dei contributi offerti, la Commissione risultava ormai a conoscenza dell'offerta economica relativa alla fornitura di bevande e snacks, prima ancora di effettuarne la valutazione dei profili tecnico-qualitativi.

4.7. A ben guardare, peraltro, dalla tesi secondo cui la gara si sarebbe articolata in due lotti distinti, discendeva la necessità che anche per

l'offerta tecnico-qualitativa i plichi fossero non uno soltanto, ma due, a maggior garanzia del succitato principio di segretezza delle offerte. Donde la fondatezza anche per tal verso della doglianza qui in esame.

5. Dalle considerazioni riferite nei paragrafi precedenti si deduce la fondatezza degli ulteriori motivi in cui si articola il ricorso (donde la ricordata priorità sul piano logico del motivo già analizzato più sopra – sebbene elencato come terzo motivo nel gravame – rispetto agli altri). Ed invero, il fatto che il capitolato di gara abbia previsto (art. 20) un plico unico per l'offerta tecnica ed un plico unico per l'offerta economica induce a dubitare fortemente che la gara de qua avesse ad oggetto non uno, ma due distinti servizi, atteso che, in tale ipotesi, si sarebbero dovuti prevedere due plichi per l'offerta tecnica e due plichi per l'offerta economica, come poc'anzi sottolineato. Ciò, unitamente ad alcuni altri elementi di ambiguità esposti dalla ricorrente (l'unicità del bando e del C.I.G. e, soprattutto, il linguaggio al singolare utilizzato in più parti del bando e del capitolato), non consente di accogliere la tesi dell'Amministrazione, per la quale vi sarebbero stati elementi inequivoci da cui desumere la suddivisione della gara in due lotti distinti. Gli argomenti addotti dalla difesa erariale a supporto di siffatta tesi non convincono, anche perché trascurano il principio che governa la materia delle gare pubbliche, secondo cui, in presenza di prescrizioni oscure ed ambigue contenute nelle clausole del bando o di altra disposizione relativa ad una gara di

appalto, deve propendersi per l'interpretazione che assicuri la massima partecipazione alla gara, rispetto a quella che la ostacoli, in ragione della duplice necessità, di tutelare l'affidamento ingenerato nelle ditte partecipanti e l'interesse pubblico al più ampio possibile confronto (*favor participationis*: cfr., ex plurimis, T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 4 novembre 2009, n. 6867). Se ne ricava la fondatezza, in parte qua, del primo motivo di ricorso.

5.1. Parimenti fondato è, poi, il secondo motivo, nella parte in cui è rivolto a contestare la mancata indicazione, nel verbale di gara, di modalità di conservazione dei plichi tali da assicurare il rispetto del principio di segretezza delle offerte. Nello specifico – e per quanto più sopra visto – nel verbale non è riportata l'adozione di nessuna precauzione atta ad evitare che l'apertura del plico contenente l'indicazione dei contributi offerti comportasse la conoscenza dell'offerta economica per il secondo dei servizi da analizzare, prima che di tale servizio venisse valutata l'offerta tecnica.

6. In definitiva, il ricorso è fondato, quanto alla domanda di annullamento, in tutti i motivi con esso dedotti e deve perciò essere accolto, disponendosi, per l'effetto, l'annullamento degli atti impugnati (ai fini dell'eventuale ripetizione della gara).

6.1. Deve essere, invece, respinta la domanda di risarcimento dei danni avanzata dalla ricorrente, in quanto rimasta del tutto priva di apparato probatorio. Sul punto è necessario richiamare il costante orientamento della giurisprudenza secondo cui, in materia di

risarcimento del danno, vertendosi in tema di diritti soggettivi, trova piena applicazione il principio dell'onere della prova, e non, invece, l'onere del principio di prova che, almeno tendenzialmente, si applica in tema di interessi legittimi (cfr., ex multis, C.d.S., Sez. VI, 23 marzo 2009, n. 1716).

7. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate, come da dispositivo, nei confronti della sola Amministrazione resistente.

P.Q.M.

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

- a) ACCOGLIE la domanda di annullamento e per l'effetto annulla gli atti impugnati;
- b) RESPINGE la domanda di risarcimento del danno;
- c) CONDANNA l'Amministrazione resistente al pagamento in favore della ricorrente di spese ed onorari di causa, che liquida in via forfettaria in complessivi € 3.000,00 (tremila/00), più accessori di legge.

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

Così deciso in Firenze, nella Camera di consiglio del giorno 12 gennaio 2012, con l'intervento dei magistrati:

Angela Radesi, Presidente

Bernardo Massari, Consigliere

Pietro De Berardinis, Primo Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 08/02/2012

IL SEGRETARIO

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