



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 291 del 2013, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

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

contro

Istituto Professionale Statale per i Servizi Alberghieri e la Ristorazione "G. Marconi" di Viareggio, Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca, rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura distr.le dello Stato, domiciliata in Firenze, via degli Arazzieri 4;

nei confronti di

Del Monte Vending s.r.l., Del Monte Ristorazione Collettiva s.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti p.t.,

per l'annullamento

degli atti e provvedimenti con cui l'Istituto Professionale Statale per i Servizi Alberghieri e della Ristorazione "G. Marconi" di Viareggio ha indetto, disciplinato, svolto ed aggiudicato la gara per l'affidamento del servizio di somministrazione di alimenti e bevande tramite distributori automatici e, in particolare, della lettera di invito prot. n. 22 del 4 gennaio 2013, del relativo "avviso pubblico di gara", del verbale della "commissione tecnica" del 21.01.2013, del provvedimento prot. n. 39/2/5 del 21 gennaio 2013 di aggiudicazione in via provvisoria in favore della società Del Monte Vending di Lucca, dell'eventuale provvedimento di aggiudicazione definitiva di incogniti estremi e per l'annullamento del contratto eventualmente stipulato con l'operatore economico aggiudicatario; nonché per il risarcimento dei danni subiti e subendi dalla ricorrente per effetto degli atti impugnati; e con atto di motivi aggiunti depositato in data 3 aprile 2013:

del provvedimento di aggiudicazione definitiva della gara per l'affidamento del servizio di somministrazione di alimenti e bevande tramite distributori automatici disposto in favore del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese composta da Del Monte Ristorazione Collettiva S.r.l. e Del Monte Vending Srl, approvato dal Dirigente dell'Istituto Professionale Statale per i servizi Alberghieri e della Ristorazione "G. Marconi" di Viareggio con provvedimento prot. n. 1075 del 18 febbraio 2013 nonché di tutti gli atti presupposti già impugnati con il ricorso introduttivo e, in particolare, della lettera di invito prot. n. 22 del 4 gennaio 2013, del relativo "avviso pubblico di gara", del verbale della "commissione tecnica" del 21.01.2013, del provvedimento rpto. N. 39/2/5 del 21 gennaio 2013 di aggiudicazione in via provvisoria e per l'annullamento del contratto eventualmente stipulato con il raggruppamento aggiudicatario;

nonché per il risarcimento dei danni subiti e subendi dalla ricorrente per effetto degli atti impugnati;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Istituto Professionale Statale per i Servizi Alberghieri "G. Marconi" di Viareggio 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 26 settembre 2013 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 determinazione dirigenziale n. 22 del 4 gennaio 2013 l'Istituto professionale statale per i servizi alberghieri e la ristorazione "G. Marconi" di Viareggio indiceva una gara per l'affidamento del servizio di somministrazione di alimenti e bevande tramite distributori automatici, stabilendo, all'art. 4 dell'avviso di gara, che il servizio sarebbe stato aggiudicato con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Peraltro l'avviso non indicava in alcun modo le formule di attribuzione dei punteggi.

Entro il termine di presentazione stabilito dal bando pervenivano alla stazione appaltante le offerte della ricorrente e quella della controinteressata.

La commissione di gara, composta soltanto da quattro membri, si riuniva in data 21 gennaio 2013, non risultando, tuttavia, dai verbali redatti dalla medesima la scansione temporale delle operazioni, con particolare riferimento a quelle di aperture e di esame delle buste contenenti la documentazione amministrativa, l'offerta tecnica e quella economica.

Con provvedimento del 21 gennaio 2013 il Dirigente scolastico, sulla base delle risultanze delle operazioni eseguite dalla commissione di gara, disponeva l'aggiudicazione provvisoria della gara in favore della Del Monte Vending.

Venuta a conoscenza del provvedimento, la ricorrente inviava istanza di autotutela ai sensi dell'articolo 243 bis del Codice dei contratti, senza tuttavia ricevere alcun riscontro.

Conseguentemente l'aggiudicazione provvisoria veniva impugnata chiedendone l'annullamento, oltre al risarcimento dei danni, previa sospensione dell'esecuzione e deducendo i motivi che seguono:

1. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 83 del d.lgs. n. 163/2006. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 30 del d.lgs. n. 163/2006 sotto il profilo della violazione dei principi di trasparenza, pubblicità, imparzialità e parità di trattamento.

2. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 30 del d.lgs. n. 163/2006. Eccesso di potere per violazione e/o falsa applicazione del principio di segretezza delle offerte, di imparzialità e di trasparenza.

3. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 30 del d.lgs. n. 163/2006. Eccesso di potere per violazione del principio che impone che i collegi perfetti operino con un numero dispari di componenti.

Con il ricorso era altresì proposta la domanda di risarcimento dei danni derivanti agli atti impugnati.

Si costituiva in giudizio l'amministrazione intimata opponendosi all'accoglimento del gravame.

Con atto del 18 febbraio 2013 il dirigente scolastico assumeva il provvedimento di aggiudicazione definitiva, senza peraltro provvedere a comunicarlo alla ricorrente che ne veniva a conoscenza solo al momento del suo deposito in giudizio.

Dalla documentazione prodotta dall'amministrazione emergeva che l'aggiudicataria aveva dichiarato di partecipare alla gara in costituendo raggruppamento temporaneo di imprese di tipo verticale, assumendosi l'impegno di costituzione formale dell'ATI in caso di aggiudicazione e stabilendo una quota pari al 60% in capo alla mandante - Del Monte Ristorazione Collettiva S.r.l. - e la restante quota del 40% in capo alla mandataria -Del Monte Vending Srl, indicata come "esecutrice materiale dei lavori oggetto del servizio", nel mentre la capogruppo avrebbe gestito "la coordinazione generale del servizio".

Con motivi aggiunti depositati il 3 aprile 2013 la Supermatic s.r.l. impugnava anche l'atto di aggiudicazione definitiva, affidandone l'accoglimento i motivi che seguono:

1. Violazione e/o falsa applicazione dei principi in materia di partecipazione dei raggruppamenti alle gare
2. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 83 del d.lgs. n. 163/2006. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 30 del d.lgs. n. 163/2006 sotto il profilo della violazione dei principi di trasparenza, pubblicità, imparzialità e parità di trattamento.
3. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 30 del d.lgs. n. 163/2006. Eccesso di potere per violazione e/o falsa applicazione del principio di segretezza delle offerte, di imparzialità e di trasparenza.
4. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 30 del d.lgs. n. 163/2006. Eccesso di potere per violazione del principio che impone che i collegi perfetti operino con un numero dispari di componenti.
5. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 30 del d.lgs. n. 163/2006. Eccesso di potere per violazione del principio che impone la nomina della commissione dopo la scadenza del termine di presentazione delle offerte.

Con l'ordinanza n. 247 del 9 maggio 2013 veniva accolta la domanda incidentale di sospensione dell'efficacia dell'atto impugnato.

Alla pubblica udienza del 26 settembre 2013 il ricorso veniva trattenuto per la decisione.

DIRITTO

Con l'atto introduttivo del giudizio viene impugnato l'atto in epigrafe specificato con cui il Dirigente dell'Istituto professionale statale per i servizi alberghieri e la ristorazione "G. Marconi" di Viareggio ha aggiudicato in via provvisoria, in favore della società Del Monte Vending di Lucca, la gara per l'affidamento del servizio di somministrazione di alimenti e bevande tramite distributori automatici.

Con motivi aggiunti depositati il 3 aprile 2013 la Supermatic s.r.l. impugnava anche l'atto di aggiudicazione definitiva ribadendo le censure già dedotte e proponendo ulteriori doglianze scaturite dall'esame della documentazione depositata in giudizio dall'Amministrazione.

Il ricorso merita accoglimento.

Fondato si palesa, in primo luogo, il primo motivo con cui si lamenta la violazione degli artt. 30 e 83 del d.lgs. n. 163/2006, sotto il profilo della violazione dei principi di trasparenza, pubblicità, imparzialità.

Giova premettere che questa Sezione, chiamata a pronunciarsi su analoghe questioni, ha avuto modo di affermare che *<il servizio di cui trattasi è qualificato dalla giurisprudenza come concessione di uso di spazi pubblici (Cons. Stato, Sez. V, 16.4.03, n. 1991), come anche rilevabile dalla lettera invito, atteso che l'Istituto concede in uso i locali per l'installazione dei distributori automatici a fronte del versamento di un contributo annuo con la conseguenza che ad essa risultano i principi generali, di origine e sviluppo comunitario, sulla "trasparenza", sulla "par condicio" e sulla imparzialità, pure nel caso in cui l'importo della gara sia fissato al di sotto della la c.d. "soglia" comunitaria>* (T.A.R. Toscana, sez. II, 4 ottobre 2012, n. 1578; nello stesso senso, Cons. Stato, Sez. VI, 25.1.05, n. 168; TAR Lombardia, Brescia, Sez. I, 20.9.09, n. 322).

Peraltro, ove si volesse inquadrare la gara nell'ambito delle concessioni di servizio pubblico (Cons. Stato, sez. VI, 20 maggio 2011, n. 3019; T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 27 luglio 2012, n. 1534) non si verrebbe a risultati differenti

posto che, anche in tale ipotesi, ai sensi dell'art. 30 d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, essa andrebbe sottoposta alla medesima disciplina dettata per i contratti e, quanto alla scelta del concessionario, al 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, proporzionalità (Cons. Stato sez. V, 9 settembre 2013 n. 4471; T.A.R. Toscana, sez. II, 6 luglio 2010, n. 2313).

Ciò comporta la fondatezza delle censure relative alla omessa specificazione, nella *lex specialis* di gara, dei criteri fissati per l'assegnazione dei punteggi che, nella loro vaghezza, impediscono di cogliere l'iter logico seguito dal seggio di gara per determinare il giudizio attribuito a ciascuna delle offerte tecniche presentate dalle concorrenti.

Come affermato più volte dalla giurisprudenza, il punteggio numerico assegnato agli elementi di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa può essere ritenuto idoneo a configurare motivazione sufficiente quando i prefissati criteri di valutazione, prevedenti un minimo ed un massimo, siano adeguatamente dettagliati, sussistendo in questo caso, la possibilità di ripercorrere il percorso valutativo, quindi di controllare la logicità e la congruità del giudizio tecnico espresso dalla commissione di gara (cfr. Cons. Stato sez. III, 11 marzo 2011 n. 1583; id. sez. V 17 gennaio 2011 n. 222; id., 3 dicembre 2010 n. 8410).

D'altro canto, a supplire alla lamentata indeterminatezza non soccorre neppure l'attività valutativa in concreto esperita dalla commissione, posto che dai verbali di gara non è dato cogliere alcun ulteriore elemento di chiarificazione idoneo a costituire adeguata motivazione del giudizio espresso.

Merita condivisione anche la doglianza di cui al primo dei motivi aggiunti relativamente alla mancata esclusione del costituendo RTI aggiudicatario in quanto, per un verso costituito nella forma di raggruppamento verticale e, per altro verso, per l'indeterminatezza della ripartizione delle quote tra le due imprese associate.

Si è infatti osservato che, dal sistema delineato dal d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, si evince che ogni qualvolta l'operazione contrattuale concerne una gara per la quale si impone il rispetto dei principi desumibili degli artt. 27 e 30 del codice dei contratti e tra questi il principio di trasparenza si pone, come meccanismo applicativo, la previsione recata dall'art. 37 comma 13 del citato D.L.vo in forza della quale deve essere chiaro, fin dal momento della partecipazione alla selezione, nel caso di concorrenti riuniti in raggruppamenti, non solo la quota di partecipazione al raggruppamento ma anche la quota di attività (lavori, servizi o forniture) che ciascuna impresa partecipante concretamente eseguirà nell'ambito della operazione contrattuale da realizzarsi. (Cons. Stato, sez. IV, 1 agosto 2012, n. 4406; T.A.R. Lazio, sez. II, 30 aprile 2012, n. 3891).

Orbene, nel caso di specie la natura delle prestazioni oggetto del contratto (installazione dei distributori automatici, loro rifornimento e manutenzione) escludeva che potessero configurarsi raggruppamenti di tipo verticale, cioè con attribuzione di distinti aspetti del servizio, diversamente da quanto accade nel raggruppamento di tipo orizzontale, caratterizzato da una distribuzione meramente quantitativa delle parti del servizio.

Peraltro, neppure è dato comprendere in che modo il servizio sarebbe stato ripartito tra le due imprese associate, posto che la mandante - Del Monte Ristorazione Collettiva S.r.l. - viene indicata come responsabile della "*coordinazione generale del servizio*", mentre alla mandataria -Del Monte Vending Srl, viene attribuita l'esecuzione "*materiale dei lavori oggetto del servizio*".

Con il quinto dei motivi aggiunti la ricorrente si duole della violazione del principio che impone la nomina della commissione dopo la scadenza del termine di presentazione delle offerte.

La tesi è fondata.

L'art. 84, comma 10, d.lgs. n. 163/2006 stabilisce, infatti che la nomina dei commissari e la costituzione della commissione aggiudicatrice degli appalti pubblici devono avvenire dopo la scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte (T.A.R. Lazio, sez. III, 14 dicembre 2011, n. 9741; T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. III, 28

luglio 2008 n. 1013).

La norma, pure se non direttamente applicabile alla fattispecie (e neppure invocata come tale dalla ricorrente) costituisce espressione di un principio generale, rinveniente il proprio fondamento di razionalità nel principio di imparzialità, più volte richiamato, che non consente deroghe e la cui violazione comporta l'illegittimità derivata degli atti della procedura di gara e dell'aggiudicazione, come effetto dell'irregolare costituzione della Commissione (T.A.R. Umbria, 28 ottobre 2011, n. 338; T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. II, 2 novembre 2009, n. 1825).

Per le considerazioni che precedono il ricorso e i motivi aggiunti, assorbite le altre censure, va accolto, conseguendone l'annullamento degli atti impugnati.

Va per contro rigettata la domanda di risarcimento dei danni subiti, sia perché non precisata né nell'*an* né nel *quantum*, sia perché il tempestivo accoglimento della domanda cautelare da parte della Sezione ha eliso in radice la sussistenza del pregiudizio lamentato.

Le spese del giudizio possono tuttavia essere compensate, attesa la parziale reciproca soccombenza delle parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, accoglie il ricorso e i motivi aggiunti successivamente depositati e per l'effetto annulla gli atti impugnati.

Respinge la domanda di risarcimento del danno.

Spese compensate.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 26 settembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Viola, Presidente FF

Bernardo Massari, Consigliere, Estensore

Ugo De Carlo, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/10/2013

IL SEGRETARIO

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