



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

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 1554 del 2014, integrato da motivi aggiunti, proposto dalla società Si-Bar S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Daniele Granara, con domicilio eletto presso la Segreteria del T.A.R. in Firenze, Via Ricasoli 40;

contro

Istituto di istruzione superiore statale "Antonio Pesenti" di Cascina e Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca in persona del Ministro p.t., rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura distr.le dello Stato e domiciliati in Firenze, Via degli Arazzieri 4;

nei confronti di

Tutto Matic S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Alberto Giovannelli e Elvira Fragala', con domicilio eletto presso l'avv. Riccardo Tagliaferri in Firenze, Via degli Artisti 20;

per l'annullamento,

previa sospensione,

A) con l'atto introduttivo del giudizio:

- del verbale di aggiudicazione della procedura negoziale in favore della Tutto Matic S.r.l., assunto dalla commissione tecnica di gara nella seduta 3.09.2014;
- di ogni altro verbale assunto dalla commissione tecnica allo stato non conosciuto, in quanto non prodotto alla Si-BAR S.r.l. nonostante la richiesta specifica di accesso;
- dell'eventuale delibera del Consiglio di Istituto di ratifica delle determinazioni assunte dalla commissione tecnica, allo stato non conosciuta, se sussistente, in quanto non prodotta alla SI-BAR S.r.l. nonostante la richiesta specifica di accesso;
- delle comunicazioni del Dirigente scolastico prot. 0004512 del 3.9.2014 e prot 0004506 del 3.9.2014, relative alla procedura di gara, se ed in quanto alle stesse possa attribuirsi valore provvedimentoale;
- del contratto eventualmente stipulato dall'Istituto con la Tutto Matic S.r.l come preannunciato nel verbale di aggiudicazione della procedura assunto dalla commissione tecnica;
- di ogni altro atto con cui è stata eventualmente determinata l'aggiudicazione della gara alla Tutto Matic S.r.l allo stato non conosciuto, se sussistente, in quanto non prodotto alla SI-BAR S.r.l. nonostante la richiesta specifica di accesso;
- *in parte qua* della comunicazione del Dirigente scolastico, prot. 4762 del 12.09.2014, nella parte in cui prevede la rimozione dei distributori automatici della ricorrente per l' 8.10.2014;

- della comunicazione e-mail del Dirigente scolastico, in data 7.10.2014

in via subordinata e strumentale;

- della delibera 58 assunta dal Consiglio di Istituto, in ordine alla procedura di gara di cui è causa;

- della delibera del Consiglio di Istituto con cui è stata eventualmente nominata la Commissione Tecnica per l'espletamento della procedura di gara allo stato non conosciuta, se sussistente, in quanto non prodotta alla SI-BAR nonostante la richiesta specifica di accesso;

- del bando di gara prot. 004224 del 13.08.2014 assunto dal Dirigente scolastico;

- della comunicazione prot. 0004224 del 13.08.2014, del Dirigente scolastico di invito alla procedura concorsuale;

- di ogni altro atto annesso alla indizione della procedura di gara allo stato non conosciuto.

B) con i motivi aggiunti depositati il 2 gennaio 2015:

- della delibera del Consiglio di Istituto n.73 del 18 novembre 2014, con cui è stata ratificata la determinazione della Commissione Tecnica del giorno 3 settembre 2014, approvata la graduatoria della procedura concorsuale per cui è causa, determinata l'aggiudicazione del servizio alla Tuttomatic e dato mandato alla Dirigente per l'avvio delle procedure di affidamento del servizio oggetto della gara e di sottoscrizione della relativa convenzione;

- la determina prot n. 6367 del 19 novembre 2014, con cui il Dirigente Scolastico ha aggiudicato la gara per cui è causa alla

Tuttomatic;

- la nota prot.n. 6368 del 19 novembre 201, con cui il Dirigente Scolastico ha comunicato alla SIBAR di non essere risultata aggiudicataria della gara;

nonchè di ogni atto preparatorio, presupposto, inerente, conseguente e/o comunque connesso, anche non cognito, nessuno escluso, ed, in particolare, ove occorrer possa, se ed in quanto alle stesse possa attribuirsi valore provvedimentale:

- delle note nn. 6487 del 25 novembre 2014 e 6507 del 26 novembre 2014, con cui il Dirigente Scolastico ha fornito chiarimenti all'Avvocatura Generale dello Stato in ordine alla procedura di gara;

- del verbale n. 4 del 20 febbraio 2014 con cui il Collegio dei docenti dell'Istituto ha incaricato il prof. Mellea per gli acquisti da effettuare nell'ambito del piano preventivo per l'impiego delle risorse;

- della determina n.249 del 7 maggio 2014 con cui il Dirigente Scolastico, in esecuzione della predetta decisione del Collegio dei docenti, ha conferito al prof. Mellea il relativo incarico, nel quadro del P.O.F. relativo all'anno scolastico 2014;

- della busta 2 concernente l'offerta economica della Tuttomatic, con sopra apposto il timbro dell' Istituto, una serie di firme e/o sigle illeggibili e la data scritta a mano del giorno 1/09/2014.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Istituto di istruzione superiore statale "Antonio Pesenti" di Cascina, del Ministero dell'Istruzione dell'Universita' e della Ricerca e di Tutto Matic S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 15 gennaio 2015 il dott. Carlo Testori e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

1) L'Istituto di istruzione superiore statale "Antonio Pesenti" di Cascina ha indetto, con bando datato 13/8/2014, *"una gara per l'installazione nei locali della scuola... di n. 5 (cinque) distributori automatici di bevande: 2 per bevande calde, 2 per bevande fredde e 1 per merendine e snack preconfezionati monodose"*.

A conclusione della procedura è risultata aggiudicataria la società Tutto Matic s.r.l., che ha ottenuto punti 165,5 e ha preceduto in graduatoria la società SI-BAR s.r.l. (gestore uscente), che ha ottenuto punti 143,5.

Contro tale esito la seconda classificata ha agito davanti a questo TAR proponendo:

a) il ricorso originario (depositato il 9/10/2014), con cui ha impugnato il verbale di aggiudicazione predisposto dalla Commissione tecnica nella seduta del 3/9/2014;

b) un primo atto di motivi aggiunti (depositato il 25/11/2014), con cui ha formulato ulteriori censure;

c) un secondo atto di motivi aggiunti (depositato il 2/1/2015), con cui ha esteso l'impugnazione alla delibera del Consiglio di Istituto n.

73 del 18/11/2014, che ha disposto l'aggiudicazione definitiva del servizio in questione alla società Tutto Matic s.r.l.

Si sono costituiti in giudizio, contestando le tesi e le richieste avversarie, da un lato, il Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca, unitamente all'Istituto di istruzione superiore statale "Antonio Pesenti" di Cascina; dall'altro, la controinteressata Tutto Matic s.r.l., aggiudicataria del servizio.

2) Nell'atto introduttivo del giudizio e nei motivi aggiunti successivamente depositati la società ricorrente ha formulato una pluralità di censure che mirano ad ottenere, in via principale, l'aggiudicazione della gara in suo favore (anche attraverso l'esclusione dell'impresa controinteressata); in via subordinata, l'annullamento dell'intera procedura.

3.1) In via principale la ricorrente ha dedotto:

a) la società Tutto Matic s.r.l. non doveva essere ammessa alla gara perché non era stata invitata a partecipare;

b) l'offerta della controinteressata doveva comunque essere esclusa in quanto palesemente difforme rispetto alle tassative prescrizioni del bando, con specifico riferimento ai prodotti: bevanda zuccherata tipo the freddo, bevande di sola frutta ("succo di frutta" o bevande al 100% frutta), caffè; al contrario, la Commissione tecnica che ha esaminato le offerte ha attribuito a Tutto Matic il massimo del punteggio per tali voci (punti 36) senza fornire alcuna motivazione al riguardo;

c) l'offerta di SI-BAR ha ottenuto 0 punti per il prodotto bevanda

zuccherata tipo the freddo, che meritava invece l'assegnazione del massimo punteggio previsto (3 punti);

d) l'offerta della controinteressata doveva essere esclusa anche perché priva di elementi essenziali che dovevano necessariamente essere inseriti nell'apposita tabella, nella parte relativa all'offerta riguardante snack e merendine; in particolare, Tutto Matic non ha specificato la marca dei singoli prodotti offerti (che sono solo genericamente indicati) e ha offerto solo sette dei nove prodotti richiesti;

e) proprio per ovviare a tali carenze risulta che l'Amministrazione, in data 2/9/2014, abbia chiesto alla controinteressata di precisare le marche dei prodotti snack e merendine monodose indicati nell'offerta, consentendo così un'integrazione inammissibile, ma decisiva ai fini dell'aggiudicazione della gara; tale non consentito "soccorso istruttorio" ha fatto evidentemente seguito ad operazioni di apertura delle buste contenenti le offerte non verbalizzate e dunque tali da inficiare l'intera procedura.

3.2) Vanno innanzitutto respinte le censure riguardanti la natura della procedura e la mancata esclusione della società controinteressata perché avrebbe illegittimamente partecipato ad una gara a cui non era stata invitata.

Come rilevato dalla difesa dell'Amministrazione, oggetto della gara è la concessione di un servizio, a cui non si applicano le disposizioni del codice dei contratti pubblici, secondo quanto disposto dall'art. 30 del codice medesimo. La scelta del concessionario deve dunque avvenire a norma del comma 3 del citato art. 30 "*previa gara informale a cui sono*

invitati almeno cinque concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto della concessione, e con predeterminazione dei criteri selettivi". Il carattere informale della gara esclude che i soggetti invitati esauriscano la platea dei potenziali concorrenti, per cui nulla osta a che un soggetto non invitato presenti la propria offerta. Non è dunque corretta la prospettazione della società ricorrente secondo cui la procedura di gara avrebbe natura ristretta: prospettazione smentita anche dalla precisa indicazione del bando secondo cui: "*Alla gara possono partecipare i soggetti in possesso dei previsti requisiti...*", senza alcuna distinzione tra soggetti invitati e non.

Tutto Matic s.r.l. aveva dunque pieno titolo per formulare la propria offerta e per essere ammessa alla gara.

3.3)) Sono infondate le censure formulate in relazione a pretese carenze dell'offerta dell'aggiudicataria. In particolare:

- l'offerta della bevanda zuccherata tipo the freddo e delle bevande di sola frutta in confezioni, rispettivamente, di 330 cl. e di 200 cl. è palesemente frutto di un mero errore materiale; è infatti assurdo pensare che possano essere offerti, per l'utilizzo in distributori automatici, contenitori per bevande di 3,30 litri e 2 litri; è evidente che nell'offerta sono stati, per mero refuso, indicati come unità di misura i centilitri al posto dei millilitri (come richiesto dal bando di gara); tutt'al più la stazione appaltante (se avesse avuto dubbi) avrebbe potuto chiedere chiarimenti al riguardo;
- tra i vincoli posti dal bando per quanto riguarda la fornitura di caffè figura quello della "*grammatura minima 7 g*"; per tale prodotto Tutto

Matic s.r.l. ha offerto, alla voce "*quantità/volume*", 100 cc (cioè 10 cl.); ciò non comporta violazione del bando, posto che la grammatura minima è un requisito della fornitura (che deve essere presente in ogni cialda), mentre il dato contenuto nell'offerta della controinteressata corrisponde correttamente alla quantità del prodotto fornito per ogni singola erogazione.

Risulta dunque legittimamente attribuito a Tutto Matic il punteggio relativo ai prodotti in questione.

3.4) Legittima è altresì l'attribuzione alla società ricorrente di 0 punti per il prodotto "bevanda zuccherata tipo the freddo". Per tale voce SI-BAR ha formulato una doppia offerta e correttamente la Commissione tecnica ha preso in considerazione il prezzo più alto (in conformità con quanto prescritto dalle note del bando). Il prodotto Estathè Ferrero è stato offerto dalla ricorrente in confezioni da 200 ml. al prezzo di € 0,70; il bando di gara prevedeva l'attribuzione di 0 punti in caso di prezzo al pubblico pari o superiore a € 3,50 al litro; questo è appunto il prezzo al litro offerto dalla ricorrente, che quindi non poteva aspirare a nessun punto.

3.5) Tutto Matic ha correttamente compilato la tabella dell'offerta anche nella parte relativa a snack e merendine monodose; ciò in quanto:

- per tale tipo di prodotto la tabella in questione richiedeva l'indicazione di "*tipologia/e e/o marca/marche*"; dunque consentiva di fornire tali indicazioni anche alternativamente; ciò ha fatto la controinteressata fornendo la sola indicazione relativa alla tipologia;

- la circostanza che la tabella, nella parte relativa a snack e merendine monodose, contenesse nove spazi vuol dire soltanto che potevano essere offerti fino a nove prodotti di quel tipo, ma non che detti prodotti dovevano necessariamente essere offerti in tale numero (mancando un'espressa e vincolante precisazione in tal senso); ne consegue che legittimamente la controinteressata ha offerto un numero di prodotti inferiore a nove.

3.6) Tenuto conto di quanto sopra la richiesta di integrazione formulata dalla stazione appaltante il 2/9/2014 non era contrastante con la *lex specialis* di gara (posto che Tutto Matic si era legittimamente limitata a fornire indicazione della tipologia di prodotto e non anche della marca), né con i principi di imparzialità e *par condicio*. Si tratta, piuttosto, di verificare se erano legittime le operazioni di apertura delle buste contenenti le offerte svolte dalla Commissione tecnica: ma questo profilo incide non sull'aggiudicazione del servizio alla controinteressata, bensì sulla regolarità dell'intera procedura (e sarà quindi esaminato successivamente).

3.7) In relazione a quanto sopra, nessuna delle censure formulate in via principale merita accoglimento (e ciò consente di prescindere dalle eccezioni di inammissibilità dei motivi aggiunti depositati il 25/11/2014 avanzate dalla difesa della controinteressata).

4.1) In via subordinata la ricorrente ha dedotto:

a) il Consiglio di Istituto ha incaricato un'apposita Commissione tecnica dell'espletamento della procedura, senza adottare una formale delibera di nomina della stessa e senza specificare la professionalità

dei componenti, nonché le competenze dell'organo, né il rapporto tra questo e il Dirigente scolastico;

b) il bando risulta formulato dal Dirigente scolastico, senza che sia stato il acquisito il parere della Commissione tecnica, così concretando i vizi di difetto di istruttoria, contraddittorietà, indeterminatezza, difetto di motivazione;

c) il bando è illegittimo perché non chiarisce il tipo di procedura prescelto; ove si tratti (come sembra) di procedura ristretta, dovevano essere ammesse alla gara solo le imprese specificamente invitate, tra cui non figura la controinteressata;

d) non risulta che la Commissione tecnica abbia provveduto a individuare la procedura di gara, approvare il bando e fissare modalità di espletamento della procedura stessa, come avrebbe dovuto; e) è illegittima la previsione di un contributo aggiuntivo annuo (oltre a quello base minimo di € 3.700,00) a cui attribuire 1 punto per ogni € 100 di contributo; tale elemento è determinante e tale da falsare la gara perché altera il meccanismo concorrenziale in favore dei concorrenti con maggiori disponibilità economiche; ed è altresì privo di fondamento giuridico e arbitrario;

f) le operazioni di apertura delle buste contenenti le offerte economiche si sono svolte irregolarmente perché non sono state minimamente verbalizzate e tanto basta per determinare l'illegittimità dell'intera procedura;

g) la delibera n. 73 del 18/11/2014 con cui il Consiglio di Istituto ha fatto proprie le conclusioni della Commissione tecnica ed ha

aggiudicato in via definitiva il servizio alla società Tutto Matic s.r.l. è priva di adeguata motivazione, a fronte delle numerose censure mosse dalla ricorrente in ordine alle operazioni di gara.

4.2) Pur tenuto conto che, come già evidenziato, oggetto della procedura concorsuale di cui si discute è la concessione di un servizio, a cui non si applicano le disposizioni del codice dei contratti pubblici, secondo quanto disposto dall'art. 30 del codice medesimo, il Collegio ritiene che alcune delle censure sintetizzate al punto precedente siano fondate. Si fa riferimento, in particolare:

- alla mancanza di un formale provvedimento di nomina della Commissione incaricata dello svolgimento delle operazioni di gara fino all'aggiudicazione provvisoria;
- alla mancata verbalizzazione delle operazioni concernenti la fase di apertura delle buste contenenti le offerte economiche.

Nel valutare tale profili occorre tener presente che il comma 3 dell'art. 30 del Codice dei contratti pubblici dispone: *“La scelta del concessionario deve 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, proporzionalità, previa gara informale a cui sono invitati almeno cinque concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto della concessione, e con predeterminazione dei criteri selettivi”*.

4.3) Risulta dagli atti acquisiti al giudizio che per la gara di cui si tratta non è stata costituita una Commissione *ad hoc*; il Consiglio di Istituto, nella seduta del 17/6/2014, ha disposto *“di dare mandato alla*

commissione tecnica interna atta all'espletamento di tutta la procedura prevista' per l'affidamento, tra gli altri, del servizio relativo ai distributori automatici (delibera n. 58). Di tale Commissione tecnica fanno parte il Dirigente scolastico, il collaboratore (prof. Mellea) a cui il Collegio dei docenti ha affidato il coordinamento della Commissione tecnica acquisti (verbale n. 4 del 20/2/2014), nonché l'assistente di segreteria incaricata di seguire le procedure amministrative relative a gare e acquisti. Manca comunque un formale atto di costituzione di tale organo collegiale, a cui peraltro è stato affidato lo svolgimento anche di altre procedure concorsuali oltre a quella oggetto del presente giudizio (come risulta dalla citata delibera n. 58).

Tale carenza è stata censurata già con il ricorso originario (motivo n. 4); è stata poi ribadita con i motivi aggiunti depositati il 25/11/2014, vista la documentazione prodotta dall'Amministrazione a seguito dell'ordinanza istruttoria di questo Tribunale n. 1630 del 23 ottobre 2014; è stata infine ulteriormente articolata nei successivi motivi aggiunti, alla luce di quanto emerso dai documenti depositati in proposito dalla difesa erariale. In particolare, nell'atto depositato il 2/1/2015 si censura per la prima volta la violazione dell'art. 84 comma 10 del Codice dei contratti pubblici: censura di cui la controinteressata, nella sua memoria conclusiva, eccepisce l'irricevibilità perché tardivamente proposta.

L'eccezione non può essere accolta. Se è vero, infatti, che la censura relativa alla mancanza di un formale provvedimento di nomina della Commissione di gara è stata formulata dalla ricorrente sin dall'atto

introduttivo del giudizio, è anche vero che solo con il deposito della memoria dell'Avvocatura dello Stato e dei relativi documenti in data 28/11/2014 si è avuta piena contezza di come si è svolto il procedimento oggetto di causa; in particolare, solo in quel momento sono stati acquisiti gli elementi di conoscenza di cui si è dato precedentemente conto circa la composizione della Commissione tecnica e i tempi e i modi della sua formazione. Rispetto dunque al momento dell'effettiva conoscenza di tali elementi la censura di violazione dell'art. 84 comma 10 del Codice dei contratti pubblici non è tardiva, perché in precedenza sarebbe stata formulata "al buio".

Chiarito quanto sopra, si deve rilevare che le modalità procedurali seguite dall'Amministrazione sono illegittime perché contrastanti con la normativa vigente in materia di contratti pubblici e, in primo luogo, con i principi di trasparenza e imparzialità che devono caratterizzare qualunque procedura concorsuale, anche se informale come quella prevista dall'art. 30 del Codice stesso. Di tali principi è espressione la disposizione dettata dal citato art. 84 comma 10, secondo cui: "*La nomina dei commissari e la costituzione della commissione devono avvenire dopo la scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte*". La regola è finalizzata ad evitare che il contenuto delle offerte sia influenzato dalle preferenze che potrebbero essere attribuite ai commissari già nominati, ovvero da loro suggerimenti o da loro contatti comunque presi con "imprese amiche"; si tratta dunque di una regola espressiva di principi generali, perciò applicabile anche alle concessioni di servizi (in tal senso cfr. Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 7 maggio 2013

n. 13 e sez. V, 23 maggio 2011 n. 3086; nonché TAR Toscana, sez. II, 17 giugno 2014 n. 1085). E' ovvio che la regola in questione presuppone che un'apposita commissione giudicatrice sia nominata per la valutazione delle offerte presentate in ogni singola gara; risulta dunque illegittima la procedura concorsuale di cui si controverte, essendo pacifico che un organo di tal genere non è stato né previsto, né nominato.

4.4) I principi di trasparenza, pubblicità e imparzialità richiamati dall'art. 30 comma 3 del Codice dei contratti pubblici risultano violati nel caso in esame anche in relazione alle operazioni di apertura delle buste contenenti le offerte economiche, operazioni che si sono svolte in data 1/9/2014 (come risulta dalle annotazioni sulle buste stesse), ma che non sono state in alcun modo verbalizzate. E tale comportamento risulta del tutto configgente con l'esigenza di garantire trasparenza e adeguata pubblicità alle procedure concorsuali (anche a quelle relative alla scelta del concessionario di un servizio), nel rispetto della *par condicio* tra i concorrenti.

5) Per i profili esaminati si deve concludere che la gara di cui si tratta si è svolta in modo illegittimo; il ricorso e i motivi aggiunti meritano dunque accoglimento nella parte in cui contestano lo svolgimento della procedura e gli atti impugnati vanno perciò annullati; conseguentemente, l'intera procedura dovrà essere rinnovata. Tenuto conto di tale esito e della circostanza che nessun contratto è stato stipulato tra la stazione appaltante e la controinteressata (risulta, anzi, che la società ricorrente, gestore uscente, ha continuato a fornire il

servizio in questione), la domanda risarcitoria deve essere respinta.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso in epigrafe e i motivi aggiunti successivamente proposti nei sensi e nei limiti precisati in motivazione e conseguentemente annulla, nei medesimi sensi e limiti, i provvedimenti impugnati.

Condanna l'Amministrazione resistente e la società controinteressata Tutto Matic s.r.l. al pagamento delle spese del giudizio in favore della società ricorrente nella misura complessiva di € 4.000,00 (quattromila/00), cioè € 2.000,00 (duemila/00) a carico di ciascuna delle predette controparti; oltre alla rifusione del contributo unificato e al pagamento degli accessori di legge.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 15 gennaio 2015 con l'intervento dei magistrati:

Saverio Romano, Presidente

Eleonora Di Santo, Consigliere

Carlo Testori, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/01/2015

IL SEGRETARIO

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