

Pubblicato il 21/02/2018

N. 00288/2018 REG.PROV.COLL.

N. 00072/2018 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

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 72 del 2018, proposto da:

Cda Vending S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Matteo Spatocco, con domicilio eletto presso il suo studio in Firenze, viale S. Lavagnini N. 41;

contro

Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca, Istituto Comprensivo Statale del Galluzzo - Firenze, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, domiciliata in Firenze, via degli Arazzieri, 4;

nei confronti di

Supermatic Spa, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Netti, Cristina Brasca, con domicilio eletto presso lo studio Pietro Milazzo in Firenze, via Belfiore 40;

per l'annullamento

dell'aggiudicazione definitiva della procedura di gara in oggetto, mai comunicata alla ricorrente e conosciuta solo in data 14.12.2017, della complessiva lex specialis CIG z8b1fd7142 e degli atti connessi come i verbali e l'ammissione della Supermatic (conosciuta mediante accesso in data 18.12.17) nonché dell'eventuale concessione e/o contratto stipulato ancorché incognito;

con risarcimento in forma specifica o in subordine per equivalente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca e di Istituto Comprensivo del Galluzzo - Firenze e di Supermatic Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 7 febbraio 2018 il dott. Saverio Romano e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

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

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1 - L'Istituto Comprensivo Statale del Galluzzo, in data 11.09.2017, ha indetto una gara per l'affidamento del servizio di somministrazione di bevande e snack tramite distributori automatici in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La commissione giudicatrice, alla presenza dei legali rappresentanti delle ditte interessate, ha verificato la regolarità della documentazione prodotta dalle due imprese intervenute (CDA Vending S.r.l. e Supermatic spa), le ha ammesse entrambe e successivamente ha attribuito i punteggi per le offerte tecniche con il seguente risultato: CDA Vending punti 75, Supermatic punti 100; dopo l'apertura delle offerte economiche ha poi attribuito il punteggio finale assegnando 125 punti a CDA Vending e 150 punti a Supermatic.

La gara è stata aggiudicata a Supermatic, con atto definitivo pubblicato all'Albo dell'Istituto in data 19.11.2017.

Con il ricorso in esame CDA Vending ha censurato il provvedimento di aggiudicazione definitiva (che sarebbe stata conosciuta solo in data 14.12.2017), la lex specialis, l'ammissione della Supermatic, nonché l'eventuale contratto ove stipulato, per violazione degli artt. 66 e segg. D.lgs. 50/2016, violazione della libera concorrenza, del principio di equivalenza dei prodotti a prescindere dalla marche, della par condicio, delle regole di buon andamento e di imparzialità, eccesso di potere per sviamento, difetto di istruttoria e di valutazione; in subordine, illegittimità costituzionale dell'art. 120 comma 2 bis D. lgs. 104/2010 per violazione dell'art. 102 della Costituzione.

Costituitisi in giudizio, l'Istituto Comprensivo Statale del Galluzzo, il Ministero dell'istruzione e Supermatic s.p.a. hanno eccepito la tardività del ricorso, notificato il 13 gennaio 2018, perché l'atto di aggiudicazione datato 16 novembre 2017 sarebbe stato pubblicato sull'albo pretorio on line del sito dell'Istituto in data 19 novembre 2017; nel merito, il ricorso sarebbe infondato; sarebbe (anche) inammissibile il motivo concernente la mancata esclusione di Supermatic, per tardività della

censura essendone la ricorrente venuta a conoscenza, anche in assenza di pubblicazione sul sito istituzionale, dal 27 settembre 2017.

Alla camera di consiglio fissata per la trattazione della domanda cautelare, sussistendone i presupposti, previo avviso alle parti, la causa è stata trattenuta in decisione.

2 – E' infondata l'eccezione di tardività del ricorso, sollevata dalla difesa dell'amministrazione.

Infatti, "La pubblicazione della delibera di aggiudicazione all'albo pretorio non è idonea, di per sé sola, nel sistema previsto dall'art. 79, quinto comma, del decreto legislativo n. 163/2006 a determinare la decorrenza del termine di impugnazione, se ad essa non si accompagna la comunicazione dell'aggiudicazione definitiva agli interessati secondo la regola di cui al successivo comma 5- bis, facendo così decorrere il termine di impugnazione di trenta giorni ex art. 120, comma 5, c.p.a." (da ultimo, T.A.R. Sicilia, Catania, sez. IV 17 ottobre 2017 n. 2409).

"Nelle gare pubbliche, ai sensi dell'art. 79, commi 5 e 5 bis, d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, il termine per l'impugnativa avverso l'aggiudicazione non decorre prima che la comunicazione di questa sia fatta secondo le inderogabili forme del comma 5 bis (Consiglio di Stato, sez. V, 27 aprile 2017 n. 1953).

Nella fattispecie, non è contestato che non vi è stata alcuna comunicazione dell'aggiudicazione definitiva della gara diretta alla ricorrente Vending. L'eccezione va dunque rigettata.

E' parimenti infondata l'eccezione di tardività del motivo con il quale è stata censurata l'ammissione della Supermatic (dichiarata aggiudicataria) per violazione del principio di rotazione; infatti, il rito speciale in materia di impugnazione contro le esclusioni ed ammissioni, in quanto costituente eccezione al regime "ordinario" del processo appalti (a sua volta eccezione rispetto al rito ordinario e allo stesso rito accelerato ex art. 119 c.p.a.), deve essere applicato solo nel caso espressamente previsto e cioè quando sia stato emanato il provvedimento di cui all' art. 29, comma 1, secondo periodo, d.lgs. n. 50 del 2016 . Laddove tale provvedimento manchi l'impugnativa non può che essere rivolta, congiuntamente, avverso l'ammissione dell'aggiudicatario ed il provvedimento di aggiudicazione (in termini, T.A.R. Toscana, nn. 239 del 2017 e 593 del 2017; T.A.R. Toscana, sez. II, 16 ottobre 2017 n. 1227).

Nel merito, il motivo è invece infondato; sul punto, è sufficiente richiamare la giurisprudenza, anche di questa Sezione (sentenza 22.12.2017 n. 1665), secondo cui: il principio di rotazione non ha carattere assoluto ma relativo, altrimenti esso limiterebbe il potere della stazione appaltante di garantire la massima partecipazione alla procedura di gara; si tratta di un principio servente e strumentale rispetto a quello della concorrenza ("Il principio di rotazione è servente e strumentale rispetto a quello di concorrenza e deve quindi trovare applicazione nei limiti in cui non incida su quest'ultimo. Nel caso di specie, all'avviso esplorativo hanno fornito riscontro due operatori di cui uno era il gestore uscente, e pertanto l'esclusione di quest'ultimo avrebbe limitato e non promosso la concorrenza nel mercato", cfr. T.A.R. Toscana, II, 12.06.2017 n. 816); anche nella fattispecie, in presenza di due sole imprese (compreso il gestore uscente) la S.A. ha legittimamente deciso di ammettere Supermatic alla gara al fine di far prevalere l'esigenza del confronto concorrenziale rispetto al principio di rotazione.

3 - Quanto agli altri motivi dedotti, è fondata la censura con cui si deduce l'illegittima assegnazione di 25 punti alla Supermatic per la marca "Lavazza Blue" del distributore automatico proposto, in violazione del principio di equivalenza dei prodotti; infatti, la disciplina anche comunitaria vieta

l'impiego di un prodotto di una determinata marca qualora tale clausola non sia accompagnata dalla menzione "o equivalente" (Corte giustizia UE sez. II 03 dicembre 2001 n. 59), tranne che tanto sia reso necessario dalle peculiarità del bene in questione, di cui non esistono sul mercato idonei equivalenti, e sempre che l'indicazione non produca l'effetto di favorire o escludere determinati fornitori o prodotti (Consiglio di Stato sez. V 23 gennaio 2004 n. 202).

Invero, anche se previsto dal Bando insieme ad altri criteri, quello censurato (anche attraverso l'impugnativa dello stesso bando in parte qua), ha comportato che sul punteggio complessivo attribuito ai concorrenti (che hanno riportato pari punteggio per l'offerta tecnica) la differenza di punteggio a favore della impresa poi dichiarata aggiudicataria sia stata determinata proprio dalla attribuzione di 25 punti assegnati per la marca del prodotto.

Non dimeno, l'accoglimento del motivo esaminato determinerebbe l'annullamento dell'intera procedura di gara, alla luce del criterio, contenuto nella Linee Guida n. 2/2016, secondo cui, nelle procedure di gara condotte in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, "la somma dei punteggi deve essere pari a 100" che "deve poter essere ripartito tra il punteggio assegnato alla componente economica e il punteggio assegnato alla componente tecnica" (Linee Guida n. 2, di attuazione del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, par. 3).

E' pure fondato il motivo con cui si deduce la violazione del criterio previsto dal bando relativo al calcolo del punteggio da attribuire ai concorrenti per il contributo offerto eccedente l'importo a base d'asta; secondo il criterio previsto (quattro punti per "Ogni 100,00 euro di contributo offerto eccedente oltre l'importo base di 1.500,00"), alla ricorrente (che ha offerto un contributo di 3.600 euro l'anno con un'eccedenza di 2.100 euro rispetto alla base d'asta) sarebbero spettati ben 84 punti (4x21), mentre alla aggiudicataria (che ne ha offerti 1.700 con un'eccedenza di 200) ne sarebbero spettati solo 8 (4x2); invece, per la voce contributo sono stati assegnati 20 punti a Supermatic e 30 punti alla ricorrente in base ad un diverso criterio (non previsto dal Bando di gara).

Pertanto, il ricorso va accolto con specifico riferimento al motivo da ultimo esaminato ma maggiormente soddisfacente dell'interesse della ricorrente, con conseguente annullamento dell'aggiudicazione della gara disposta a favore di Supermatic s.p.a.

In accoglimento della domanda di risarcimento in forma specifica proposta dalla ricorrente, va disposta l'aggiudicazione della procedura di gara a CDA Vending s.r.l. che risulta seconda classificata in graduatoria.

Al contrario, l'azione di declaratoria di inefficacia del contratto deve essere respinta, non risultando documentata negli atti di giudizio l'avvenuta stipulazione del contratto.

Le spese di giudizio vanno poste a carico delle parti soccombenti e sono liquidate nella misura di cui in dispositivo.

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:

- 1) annulla l'atto di aggiudicazione della gara a Supermatic s.p.a.;
- 2) dispone l'aggiudicazione della stessa a favore di CDA Vending s.r.l.;

3) respinge l'istanza di declaratoria di inefficacia del contratto;

4) condanna Istituto Comprensivo del Galluzzo e Supermatic s.p.a. al pagamento delle spese di giudizio a favore della ricorrente, che si liquidano nella misura di euro 2.000,00 (duemila/00), oltre accessori, a carico di ciascuno dei soccombenti.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 7 febbraio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Saverio Romano, Presidente, Estensore

Luigi Viola, Consigliere

Alessandro Cacciari, Consigliere

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

Saverio Romano

IL SEGRETARIO