

Pubblicato il 24/07/2017

N. 00983/2017 REG.PROV.COLL.
N. 00591/2017 REG.RIC.



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 591 del 2017, proposto da:

Supermatic s.p.a. in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Ivan Marrone e Dario Rigacci, con domicilio eletto presso il loro studio (Studio Legale Lessona) in Firenze, via de' Rondinelli 2;

contro

il Ministero dei Beni e delle Attività Culturali e del Turismo in persona del Ministro in carica, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato presso cui è domiciliato in Firenze, via degli Arazzieri 4;

nei confronti di

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 41;

Tuttomatic s.r.l. e Methodo s.r.l. in persona dei rispettivi legali rappresentanti p.t., non costituite in giudizio;

per l'annullamento

del decreto del Dirigente della Galleria degli Uffizi n. 18 del 4 aprile 2017, avente ad oggetto “aggiudicazione del servizio di somministrazione di alimenti e bevande a mezzo distributori automatici” nonché di tutti gli atti presupposti, consequenziali o comunque connessi inclusi, in particolare e per quanto possa occorrere, la nota di comunicazione di detto decreto prot. 2904 del 5 aprile 2017, il bando, il capitolato di gara, tutti i verbali di gara, il decreto n. 1 del 2 febbraio 2017 di nomina della Commissione, i chiarimenti resi dalla stazione appaltante, il provvedimento di autotutela prot. 1210-22.10.10 del 10 febbraio 2017 con il quale è stata annullata la clausola del bando che prevedeva la presentazione, a pena di esclusione, della domanda di partecipazione ed è stato ritenuto caducato il provvedimento di esclusione disposto dalla CDA Vending, nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto, ove stipulato e per la declaratoria del diritto all'aggiudicazione e all'eventuale subentro nel contratto da parte della ricorrente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di CDA Vending s.r.l. e del Ministero dei Beni e delle Attività Culturali e del Turismo;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 luglio 2017 il dott. Alessandro Cacciari e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il Ministero dei Beni e delle Attività Culturali e del Turismo – Gallerie degli Uffizi ha indetto una procedura informale ai sensi dell'art. 36 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, per l'affidamento in concessione del servizio di distribuzione automatica di alimenti e bevande riservato al personale dipendente ed ai collaboratori dell'Istituto, di durata triennale e per un valore stimato pari a € 254.040,00. Hanno partecipato alla gara cinque

concorrenti e precisamente la CDA Vending s.r.l., poi risultata aggiudicataria, la Supermatic Spa, la Methodo s.r.l., la Tuttomatic s.r.l. e la Alco Group Caffè s.r.l., poi esclusa dalla gara.

Nel corso della prima seduta di gara anche la CDA Vending era stata esclusa poiché non aveva presentato la domanda di partecipazione alla gara; a seguito di richiesta di annullamento dell'esclusione proposta dall'impresa il Direttore delle Gallerie degli Uffizi, con atto prot. 1210 del 10 febbraio 2017, ha valutato che se pure l'esclusione era stata disposta in ottemperanza ad una chiara previsione del bando, tuttavia la stessa previsione risultava illegittima e l'ha quindi annullata.

All'esito delle operazioni di gara l'offerta della Supermatic è risultata terza classificata in graduatoria mentre la Tuttomatic, pur non avendo superato la soglia minima di sbarramento prevista per la qualità dell'offerta, è stata ammessa alla valutazione economica ed è giunta seconda. La gara è stata aggiudicata alla CDA Vending con decreto 4 aprile 2017, n. 18 ma gli atti della procedura sono stati impugnati con il presente ricorso, notificato il 2 maggio 2017 e depositato il 9 maggio 2017, per violazione di legge ed eccesso di potere sotto diversi profili.

Si sono costituiti l'impresa controinteressata e l'Avvocatura dello Stato per il Ministero dei Beni e delle Attività Culturali e del Turismo chiedendo la reiezione del ricorso.

Con ordinanza 18 maggio 2017, n. 271, è stata accolta la domanda cautelare.

All'udienza dell'11 luglio 2017 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Oggetto del contendere nella presente controversia è la legittimità di una procedura informale svolta ai sensi dell'art. 36 del d.lgs. n. 50/2016 per l'affidamento in concessione del servizio di distribuzione automatica di alimenti e bevande, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo.

1.1 *L'impresa ricorrente si è classificata al terzo posto della graduatoria finale e con il primo motivo lamenta vizi della procedura riguardanti l'aggiudicazione all'impresa CDA Vending s.r.l. che, a suo dire, avrebbe dovuto essere esclusa per non avere presentata la domanda di partecipazione come pure, in un primo momento, aveva disposto la stazione appaltante. Deduce che la relativa clausola della legge di gara non avrebbe dovuto essere annullata poiché anzitutto la domanda di partecipazione sarebbe l'unico atto costituente proposta negoziale da parte dei concorrenti e, comunque, nel caso di specie gli stessi avrebbero dovuto indicare nell'istanza una serie di dati non evincibili dall'ulteriore documentazione.*

Inoltre l'aggiudicataria non ha reso la dichiarazione attestante il rispetto della normativa sul diritto all'assunzione delle persone disabili, come previsto a pena di esclusione dalla lex specialis.

Il bando prevedeva poi che, al fine di valutare la sussistenza dei requisiti comprovanti la capacità tecnica e professionale dei concorrenti, nella busta con la documentazione amministrativa "dovrà essere inserita, a pena d'esclusione, una ulteriore dichiarazione sostitutiva..., attestante l'avvenuta installazione e gestione di almeno sei distributori automatici di alimenti e sei distributori automatici di bevande calde nel triennio 2014, 2015, 2016". La ricorrente lamenta che la dichiarazione resa dall'aggiudicataria attesta lo svolgimento di tali attività non per l'intero trienni ma solo per alcune porzioni di esso, e per tale motivo avrebbe dovuto essere esclusa. Ove poi la relativa clausola di bando non sia da interpretare nel senso che richiedeva l'installazione e la gestione di almeno sei distributori automatici di alimenti e sei di bevande nell'intero triennio considerato, lo stesso bando sarebbe illegittimo per irragionevolezza manifesta e difetto di proporzionalità. La legge di gara non prevedeva infatti alcun altro requisito economico o tecnico di partecipazione e pure questo aveva modesta consistenza poiché riguarda un numero esiguo di distributori; affinché possa considerarsi ragionevolmente qualificante, a dire della ricorrente è indispensabile che sia

interpretato nel senso da lei indicato poiché diversamente opinando, diverrebbe privo di effettivo contenuto.

Con secondo motivo la ricorrente lamenta vizi relativi alla collocazione del concorrente classificatosi al secondo posto nella graduatoria, che a suo dire avrebbe dovuto essere escluso in quanto la sua offerta non aveva raggiunto la soglia di sbarramento prevista dal bando di gara per il punteggio tecnico. Il mancato superamento di tale soglia dovrebbe impedire al concorrente la prosecuzione nella procedura e, quindi, la sua offerta non dovrebbe essere valutata e costituire parametro per l'attribuzione dei punteggi, incidendo così su quelli assegnati agli altri concorrenti.

In via subordinata, con terzo motivo lamenta che il bando ha richiesto di indicare nell'offerta tecnica, con specifico riferimento a ciascun prodotto offerto in vendita e con esclusione dei beni indicati nell'allegato B), il prezzo di vendita al pubblico precisando che non sarebbe stato preso in considerazione ai fini dell'attribuzione del punteggio. La previsione, a suo dire, sarebbe illegittima poiché occorre evitare che la Commissione conosca o possa conoscere in tutto o in parte gli elementi economici dell'offerta, per evitare parzialità nella valutazione tecnico-qualitativa.

Con quarto motivo deduce che sarebbe irragionevole il meccanismo di attribuzione dei punteggi alle offerte in gara.

Con quinto motivo si duole che la stazione appaltante non abbia previamente individuato criteri di carattere generale per la nomina della commissione tramite un regolamento o altro atto generale, e che il decreto di nomina non specifichi tramite quale piattaforma web sia stata effettuata l'indagine di mercato né con quali modalità. Inoltre non sarebbe stata verbalizzata la dichiarazione circa l'insussistenza di cause di incompatibilità dei commissari.

Con sesto motivo deduce censure attinenti l'operato della commissione giudicatrice.

Conclusivamente chiede l'annullamento dell'aggiudicazione; la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato e, in accoglimento dei primi due motivi, anche la declaratoria del proprio diritto a vedersi aggiudicare la gara e a subentrare nel contratto, se nel frattempo sia stato stipulato.

1.2 La difesa erariale replica alle deduzioni della ricorrente sostenendo, in particolare, che la cosiddetta clausola di sbarramento escluderebbe solo la possibilità di aggiudicare il contratto al concorrente che non raggiunga il livello minimo qualitativo stabilito ma la sua offerta dovrebbe comunque essere valutata in ogni componente, poiché il bando non commina l'esclusione come automatica conseguenza del mancato raggiungimento della soglia medesima.

1.3 Si è costituita anche la CDA Vending lamentando che anche l'offerta della Supermatic avrebbe dovuto essere esclusa per lo stesso motivo per cui è stata esclusa l'impresa Alco Group, non avendo presentato l'offerta tecnica richiesta dal bando ma la stampa delle schede dei propri prodotti.

Inoltre l'offerta sarebbe irricevibile anche perché il bando prevedeva prezzi in moneta (quindi non a "chiavetta") con resto. Nella propria offerta economica la ricorrente ha proposto € 0,36 per il caffè e per le bevande calde (anche 0,26 e 0,6) l'acqua 0,46 ecc., e tenuto conto dello spazio presente per le monetine da uno/due centesimi dentro i d.a., dopo quarantadue erogazioni del resto la macchina non potrà più erogare altri resti per mancanza di spazio per mancata adeguata predisposizione del resto.

Eccepisce inoltre tardività del primo motivo formulato dalla ricorrente poiché la sua ammissione è avvenuta con provvedimento del 10 febbraio 2017 che è stato notificato, in pari data, con posta elettronica certificata a tutti i concorrenti. Sarebbe quindi ampiamente trascorso il termine decadenziale di 30 giorni previsto dall'articolo 120, comma due bis, del codice del processo amministrativo per impugnare (oltre che la propria esclusione, anche) l'ammissione dei terzi concorrenti. Conseguentemente

sarebbe tardiva anche la censura di cui al secondo motivo inerente la terza classificata Tuttomatic.

Eccepisce ancora che la prova di resistenza non sarebbe superata dalla ricorrente. Il bando di gara infatti prevedeva l'attribuzione del punteggio sulla base della grammatura delle bevande calde con un range 0-40/100 e mentre essa controinteressata ha proposto la grammatura migliore e avrebbe quindi dovuto ottenere il migliore punteggio, si è vista invece detrarre 10 punti per la mancanza delle schede. La Supermatic ha invece offerto una grammatura ben inferiore e quindi avrebbe dovuto ottenere un minor punteggio, il che l'avrebbe collocata, anche con l'avvenuta esclusione della Tuttomatic, al terzo posto della graduatoria.

Nel merito, replica puntualmente alle deduzioni della ricorrente evidenziando che la scelta di favorire le piccole imprese avrebbe indotto la stazione appaltante a non inserire la parola "intero" davanti a "triennio" nel bando al fine di garantire la massima partecipazione. Trattasi di scelta discrezionale che non sarebbe in alcun modo viziata e, d'altra parte, le clausole espulsive dovrebbero essere interpretate nel senso letterale sicché l'assenza della parola "intero" dovrebbe indurre a ritenere legittimo l'operato della Commissione di gara.

In memoria per l'udienza finale rileva che non ha dichiarato il requisito di capacità tecnica per l'intero triennio perché presupponeva che non fosse richiesto dal bando e, tuttavia, lo possiede nei fatti e a tali fine ha depositato in giudizio altra dichiarazione relativa all'intero triennio. Chiede pertanto, stante la non perspicuità del bando sul punto e trattandosi di mere integrazioni, l'applicazione del soccorso istruttorio processuale.

2. Il Collegio deve esaminare prioritariamente le questioni preliminari eccepite dalle parti resistenti.

2.1 Sono inammissibili le doglianze circa la mancata esclusione della ricorrente dalla procedura di gara poiché avrebbero dovuto essere dedotte con ricorso incidentale ritualmente notificato, mentre risultano formulate in

memoria difensiva non notificata, e analoghe considerazioni valgono in relazione alle deduzioni avverso l'attribuzione del punteggio qualitativo relativo alla grammatura delle bevande calde. Una volta conclusa la procedura di gara i risultati sono cristallizzati nei relativi atti e provvedimenti e unicamente con il ricorso, principale o incidentale, possono essere annullati. La memoria difensiva non ha alcuna capacità demolitoria di atti amministrativi e riveste solo la funzione, endoprocedurale, di replicare ai motivi di gravame formulati dal ricorrente.

2.2 Deve essere respinta l'eccezione di tardività formulata dalla CDA Vending.

La norma da essa invocata, di cui all'art. 120 comma 2 bis, c.p.a., onera i concorrenti nelle gare d'appalto ad impugnare il provvedimento che determina oltre che le esclusioni, anche (per quanto rileva nella presente sede) le ammissioni di terzi concorrenti entro 30 giorni dalla sua pubblicazione sul profilo del committente. Nel caso di specie è accaduto che la CDA Vending, dapprima esclusa, sia stata poi riammessa con provvedimento della stazione appaltante il quale è stato comunicato ai concorrenti ma non è stato pubblicato sul profilo di committente, e le circostanze sono entrambe pacifiche in punto di fatto. La norma suddetta ha carattere eccezionale, anzi potrebbe dirsi doppiamente eccezionale poiché costituisce un'eccezione nell'ambito del processo sull'affidamento dei contratti pubblici il quale, a sua volta, deroga alle regole generali che disciplinano il processo amministrativo. Per tale particolare caratterizzazione deve ritenersi che la disposizione debba essere interpretata in senso rigorosamente restrittivo e letterale. Di fronte ad un caso come quello in esame, in cui non è avvenuta la pubblicazione sul profilo di committente del provvedimento di riammissione in gara della CDA Vending, è ragionevole che essa non debba trovare applicazione e che riemergano le disposizioni generali sul processo in materia di affidamento di contratti pubblici, che a loro volta costituiscono norme speciali nell'ambito del codice del processo amministrativo. Correttamente quindi l'ammissione

della CDA Vending è stata impugnata in uno con l'aggiudicazione del contratto in gara.

3. Nel merito il ricorso è fondato, come già rilevato in sede cautelare.

3.1 E' fondata la terza censura di cui al primo motivo di ricorso, proposto nei confronti della CDA Vending. Il bando di gara (punto 8, settimo capoverso), per valutare la capacità tecnica e professionale dei concorrenti, richiedeva di produrre una dichiarazione sostitutiva attestante l'avvenuta installazione e gestione "di almeno sei distributori automatici di alimenti e sei distributori automatici di bevande calde nel triennio 2014, 2015, 2016". La controinteressata ha invece prodotto una dichiarazione che attesta lo svolgimento di tale attività limitatamente ad alcune porzioni del triennio 2014-2016 che solo con la sommatoria integrano il requisito.

Come rilevato in sede cautelare, una ragionevole interpretazione della norma di gara sui requisiti di capacità tecnica porta a concludere nel senso che gli stessi dovevano essere posseduti per l'intero triennio considerato poiché, diversamente opinando, non si riuscirebbe ad effettuare una corretta selezione in fase di ammissione alla gara. Sarebbe infatti necessario individuare una soglia minima del triennio rilevante in tal senso, che possa essere oggetto di sommatoria con le altre egualmente rilevanti e così interpretata, la clausola diventerebbe irragionevole, di impossibile applicazione e finanche violativa della parità di trattamento tra i concorrenti poiché lascerebbe alla stazione appaltante piena discrezionalità nel determinare detta soglia minima, finendo così per diventare arbitro delle ammissioni ed esclusioni alla gara. La clausola de qua assume un senso solamente se si intende parola "triennio" nel senso di indicare tre anni consecutivi, senza soluzione di continuità.

Per tale motivo CDA Vending avrebbe dovuto essere esclusa.

Non può essere nemmeno accolta la sua pretesa di fruire del soccorso istruttorio processuale, di cui alle sentenze del Consiglio di Stato nn. 975/2017 e 976/2017. Queste hanno introdotto nel nostro ordinamento

l'istituto del "soccorso istruttorio processuale", ritenuto applicabile laddove la stazione appaltante abbia illegittimamente ammesso alla gara un'offerta carente della documentazione idonea a dimostrare il possesso dei requisiti soggettivi di partecipazione del concorrente e, tuttavia, ove detta carenza fosse stata tempestivamente riscontrata nel corso della procedura, non avrebbe determinato l'esclusione dell'offerta ma l'attivazione delle procedure di soccorso istruttorio. Secondo dette pronunce, una volta riscontrata la circostanza in sede processuale l'impresa interessata può essere ammessa a sanare l'omissione nell'ambito del medesimo processo a condizione che vi sia una sua esplicita iniziativa, che può essere dedotta in memoria difensiva, e che in base al principio di riparto dell'onere probatorio ex art. 2697 c.c. essa dimostri la natura meramente formale dell'errore contenuto nella dichiarazione e provi in giudizio di disporre del requisito fin dal momento in cui ha formulato domanda di partecipazione con dichiarazione irregolare. Nei casi decisi con le sentenze citate si verteva, rispettivamente, sulla mancata dichiarazione circa il possesso dei requisiti morali da parte del legale rappresentante di una persona giuridica che era socia di maggioranza di un concorrente, e sulla produzione di una dichiarazione bancaria con contenuto difforme da quanto prescritto dalla legge di gara.

Il soccorso istruttorio processuale non può essere applicato nel caso di specie.

La CDA Vending, in sede di gara, non ha prodotto una dichiarazione incompleta o irregolare ma una dichiarazione completa, che non presenta alcun difetto formale ma evidenzia il mancato possesso dei requisiti prescritti per la partecipazione alla gara, secondo il bando come correttamente interpretato. Si tratta quindi di difetto non formale ma sostanziale della dichiarazione presentata. Essa, in questa sede, pretende non di produrre o completare una dichiarazione tardivamente ma di modificarla nel suo contenuto sostanziale, dopo l'emanazione dell'ordinanza cautelare da parte di questo Tribunale che ne ha rilevato la non conformità, si ripete non formale ma sostanziale, alla legge di gara. L'ammissione al soccorso

istruttorio processuale nel caso di specie violerebbe palesemente la regola di parità di trattamento poiché il concorrente non pretende di modificare un errore formale, ma di cambiare il contenuto sostanziale della dichiarazione già presentata onde renderlo aderente alle richieste della legge di gara correttamente interpretata. In altri termini, ove fosse ammesso al soccorso istruttorio processuale il concorrente potrebbe “aggiustare il tiro” a posteriori nelle proprie dichiarazioni (già) rese in sede di gara al fine di salvare l’aggiudicazione, a fronte della sua impugnazione. La pretesa è quindi inammissibile, senza dire che la controinteressata non produce, nemmeno per indizio, prova dell’effettivo possesso del requisito che pretende di dichiarare in sede processuale. Le evidenze documentali, piuttosto, lasciano presumere il contrario posto che il Liceo statale G. Pascoli di Firenze, presso il quale CDA Vending dichiara (tardivamente) di avere installato e gestito nel triennio 2014/2016 sei distributori di alimenti e sei di bevande, il 23 gennaio 2016 ha bandito una gara per l’affidamento della fornitura di sole bevande e non di alimenti, con ciò lasciando presumere che anche nel passato triennio oggetto della dichiarazione la fornitura riguardasse solo bevande (produzione ricorrente del 20 giugno 2017).

Il motivo in esame deve quindi essere accolto.

3.2 Deve essere accolto anche il secondo motivo, rivolto avverso la concorrente giunta in seconda posizione nella graduatoria.

La norma applicata dalla stazione appaltante, di cui all’art. 95, comma 12, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recita “Le stazioni appaltanti possono decidere di non procedere all’aggiudicazione se nessuna offerta risulti conveniente o idonea in relazione all’oggetto del contratto. Tale facoltà è indicata espressamente nel bando di gara o nella lettera di invito”. L’offerta che non raggiunga la soglia qualitativa minima richiesta dalla stazione appaltante deve essere esclusa poiché, in tal caso, il concorrente effettua una proposta contrattuale radicalmente diversa da quanto previsto che ben può qualificarsi come aliud pro alio (T.A.R. Toscana I, 17 luglio 2014 n. 1309;

T.A.R. Sardegna I, 15 aprile 2015 n. 705; T.A.R. Campania Napoli I, 19 dicembre 2016 n. 5812). Tale offerta, per la sua completa difformità rispetto alle richieste della stazione appaltante, va esclusa dalla procedura senza essere ammessa alla fase di valutazione economica.

Non può essere di ostacolo a quest'interpretazione il tenore letterale della norma che non prevede l'esclusione poiché, diversamente opinando, ne risulterebbero violati anzitutto i principi di speditezza, economicità ed efficienza dell'azione amministrativa in quanto la stazione appaltante sarebbe costretta all'inutile lavoro di valutare economicamente un'offerta destinata sicuramente a non essere accettata.

Tale interpretazione va poi rifiutata anche in considerazione della stessa scansione procedimentale della gara che è suddivisa in diverse fasi suscettibili di concludersi con altrettanti atti, e la valutazione qualitativa delle offerte è una di queste. Esaurita tale fase, non si vede perché un'offerta inammissibile debba poi essere ammessa a quella successiva della valutazione economica, prodromica all'individuazione della proposta contrattuale migliore, alla luce anche dei possibili effetti distorsivi della concorrenza che potrebbero determinarsi.

La sentenza del T.A.R. Campania Salerno n. 476/2016 non è pertinente poiché si limita a ribadire la legittimità dell'apposizione di una soglia qualitativa minima da parte delle stazioni appaltanti al fine dell'ammissione alle gare per l'affidamento dei contratti pubblici.

4. L'accoglimento anche del secondo motivo comporta l'annullamento dei verbali di gara nelle parti in cui non procedono all'esclusione di Tuttomatic e CDA Vending e dell'aggiudicazione disposta a favore di quest'ultima, con salvezza degli altri atti oggetto di gravame. Per l'effetto, deve essere disposta l'aggiudicazione a favore della ricorrente, giunta terza classificata in graduatoria, poiché l'azione della stazione appaltante a questo punto della procedura è vincolata e, pertanto, una pronuncia in tal senso non contrasta

con il divieto imposto al Giudice Amministrativo di pronunciarsi su poteri amministrativi non ancora esercitati di cui all'articolo 34, comma 2, c.p.a. Deve invece essere respinta la richiesta di subentrare nel contratto pubblico in discussione poiché non risulta che lo stesso sia stato stipulato. Le spese processuali vengono compensate in ragione della novità delle questioni affrontate.

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 i provvedimenti impugnati, nei limiti di cui in motivazione, e ordina l'aggiudicazione a favore della ricorrente. Respinge la richiesta di subentrare nel contratto.

Spese compensate.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 11 luglio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Saverio Romano, Presidente

Luigi Viola, Consigliere

Alessandro Cacciari, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Alessandro Cacciari

IL PRESIDENTE
Saverio Romano

IL SEGRETARIO