



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 Puglia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 66 del 2011, proposto dalla Società Gestione Distributori (S.G.D.) Vending Dimatic s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Aldo Loiodice e Ignazio Lagrotta, con domicilio eletto in Bari, via Nicolai, 29;

contro

Liceo Scientifico Statale “Arcangelo Scacchi” Bari, Ministero dell’Istruzione, dell’Università e della Ricerca Scientifica, Ufficio Scolastico Regionale per la Puglia, rappresentati e difesi dall’Avvocatura Distrettuale dello Stato di Bari, domiciliataria per legge in Bari, via Melo, 97;

nei confronti di

La Sud Vending s.r.l., rappresentata e difesa dall’avv. Adriano Pallesca, con domicilio in Bari, piazza Massari, presso la Segreteria del T.A.R. Puglia, sede di Bari;

per l’annullamento,

previa sospensione dell’efficacia,

- della nota prot. n. 5921/C del 26.11.2010 del Dirigente Scolastico del Liceo Scientifico Statale “Arcangelo Scacchi”, pervenuta il 3 dicembre 2010, con la quale si è comunicata all’odierna ricorrente l’aggiudicazione della gara per l’installazione di distributori automatici, di cui al bando del 29 ottobre 2010, alla ditta La Sud Vending giusta verbale del 17 novembre 2010;
- di tutti i verbali della Commissione di gara, successivamente acquisiti, ed in particolar modo del verbale del 17.11.2010 prot. n. 5787 e del successivamente conosciuto verbale del 19.11.2010 prot. n. 5813;
- ed, ove occorra, della nota del 18.12.2010 prot. n. 6303 a firma del Dirigente Scolastico del Liceo Scientifico Statale “Arcangelo Scacchi” di rigetto dell’istanza di attivazione dell’annullamento in autotutela ed eterointegrativa della motivazione;
- del bando del 29 ottobre 2010 prot. n. 5417/C;
- di ogni altro atto connesso, conseguente e/o presupposto, ancorché non conosciuto;

e per la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente *medio tempore* stipulato ai sensi e per gli effetti degli artt. 121 e 122 cod. proc. amm.;

nonché per la reintegrazione in forma specifica mediante aggiudicazione del contratto di cui è causa in favore della ricorrente;

ovvero, in subordine, per il risarcimento dei danni subiti e subendi dalla ricorrente e derivanti dal mancato utile e dalla perdita curricolare, oltre interessi e rivalutazione;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Liceo Scientifico Statale “Arcangelo Scacchi” Bari, del Ministero dell’Istruzione, dell’Università e della Ricerca Scientifica, dell’Ufficio Scolastico Regionale per la Puglia e di La Sud Vending s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore il dott. Francesco Cocomile e uditi nell'udienza pubblica del giorno 25 gennaio 2012 per le parti i difensori avv.ti Ignazio Lagrotta, Aldo Loiodice e Lucia Ferrante;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

Con il bando del 29 ottobre 2010 il Liceo Scientifico "Arcangelo Scacchi" di Bari invitava cinque ditte, tra le quali l'odierna ricorrente SGD Vending Dimatic s.r.l., alla gara per l'istallazione e la gestione di n. 12 distributori automatici all'interno del plesso scolastico.

In data 3 dicembre 2010 la SGD (che si classificava al secondo posto nella graduatoria di merito) veniva a conoscenza dell'aggiudicazione della gara in favore della controinteressata La Sud Vending s.r.l.

La SGD Vending Dimatic s.r.l. contesta in questa sede tutti gli atti di gara.

Rileva parte ricorrente che la domanda della controinteressata La Sud Vending è priva di valido documento di riconoscimento del proprio legale rappresentante in violazione del d.p.r. 28 dicembre 2000, n. 445 (censura *sub* 1); che l'aggiudicataria ha prodotto un certificato D.U.R.C. scaduto rispetto al termine indicato dalla *lex specialis* di gara per la presentazione dell'offerta e che i modelli F24 successivamente esibiti a tal fine sono privi di valore legale, non essendo muniti di attestazioni bancarie di presentazione e di ricevuta e della documentazione prevista dalla legge per la loro regolarità (censura *sub* 2); che la controinteressata andava, altresì, esclusa poiché ha offerto un contributo di rappresentanza a tutto il personale docente (amministrativo e di servizio) per un totale di 3.000 consumazioni da utilizzare tramite la chiavetta elettronica e che le menzionate chiavette costituiscono un mezzo di acquisto dei prodotti prepagato e quindi un'ulteriore offerta economica

rispetto al canone, in violazione della lettera d'invito in quanto non prevista dalla stessa (censura *sub* 3).

Osserva ancora la deducente che le offerte non sono state aperte dalla stazione appaltante in seduta pubblica (censura *sub* 4.1); che nei verbali della Commissione del 17-19 novembre 2010 non vi è alcuna indicazione dei criteri in forza dei quali sono stati attribuiti i punteggi numerici e che i verbali di gara non motivano le scelte della stazione appaltante (censura *sub* 4.2); che il bando prevede l'attribuzione "fino a 2 punti per ciascuna offerta più concorrenziale sui prodotti in elenco" e che l'attribuzione di punti "zero" a quella meno concorrenziale (come avvenuto per la propria offerta) non è una possibilità contemplata dalla stessa *lex specialis* di gara; che, pertanto, la Commissione avrebbe dovuto procedere, prima dell'apertura delle buste, alla predisposizione di criteri valutativi oggettivi (censura *sub* 4.3); che il bando attribuisce "fino a 5 punti per suggerimenti migliorativi" e che, tuttavia, tale punteggio non è stato in concreto assegnato, non essendovi traccia nei verbali di gara (censura *sub* 4.4); che il bando di gara contempla, inoltre, l'assegnazione "fino a 10 punti per la qualità complessiva dell'offerta" e che, tuttavia, dai verbali di gara non è dato comprendere quale sia stato l'*iter* motivazionale seguito dalla Commissione per l'attribuzione del punteggio alle singole imprese partecipanti con riferimento a tale voce (censura *sub* 4.5); che in generale le operazioni svolte dalla Commissione di gara appaiano manifestamente erranee ed irrazionali (censura *sub* 4.6).

La società ricorrente formula, altresì, domanda di declaratoria di inefficacia del contratto (eventualmente *medio tempore* stipulato) e domanda volta alla reintegrazione in forma specifica mediante aggiudicazione in proprio favore del suddetto contratto e, in subordine, domanda risarcitoria per equivalente (al fine del ristoro del pregiudizio da mancato utile e da perdita curriculare).

Si costituivano l'Amministrazione e la società controinteressata Sud Vending s.r.l., resistendo al gravame.

Ciò premesso in punto di fatto, ritiene questo Collegio che il ricorso sia fondato.

Preliminarmente, va rilevato che viene in rilievo nel caso di specie una concessione di servizio pubblico *ex art.* 30 dlgs 12 aprile 2006, n. 163 sottratta in linea generale alle previsioni normative contenute nel codice dei contratti pubblici (cfr. comma 1).

Tuttavia, ai sensi del comma 3 della disposizione da ultimo citata “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.”.

A tal riguardo, ha rimarcato Cons. Stato, Sez. VI, 20 maggio 2011, n. 3019 che “Anche in sede di svolgimento di gara informale per la concessione dell'esercizio in esclusiva in ambito scolastico del servizio di vendita di alimenti e di installazione di distributori all'uopo destinati, l'art. 30 d.lg. 12 aprile 2006 n. 163 impone l'osservanza dei principi generali stabiliti per l'aggiudicazione dei contratti pubblici e, in particolare, dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità.”.

Anche questo T.A.R., Sez. I in una ipotesi simile (cfr. sentenza n. 315 del 17 febbraio 2009, confermata dal Consiglio di Stato, Sez. III con decisione n. 4128 dell'8 luglio 2011), sul presupposto che costituisce concessione di servizio pubblico *ex art.* 30 dlgs n. 163/2006 e non appalto di servizio l'installazione di distributori automatici di generi di ristoro/conforto in una struttura sanitaria, ha evidenziato che per detta procedura di gara, pur non essendo la stessa assoggettata in generale

al codice dei contratti pubblici (cfr. comma 1 del citato art. 30), è comunque imposta dal comma 3 l'osservanza dei principi comunitari e dei principi generali relativi ai contratti pubblici (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).

Il Tribunale Amministrativo Pugliese accoglieva con la menzionata sentenza n. 315/2009 il ricorso di una società (operante nello specifico settore delle distribuzione automatica di beni di consumo) volto a contestare una delibera del Direttore Generale dell'A.S.L. impeditiva del confronto concorrenziale tra le imprese del settore per l'assegnazione del servizio costituito dalla installazione e gestione di distributori automatici di generi alimentari all'interno di strutture ospedaliere e quindi ritenuta in contrasto con i principi richiamati dall'art. 30, comma 3 dlgs n. 163/2006.

Il Consiglio di Stato con la citata decisione n. 4128/2011 ha reputato corretta la configurazione, da parte della sentenza n. 315/2009 del T.A.R. Bari, della assegnazione del servizio costituito dalla installazione e gestione di distributori automatici di generi alimentari all'interno di strutture ospedaliere alla stregua di una concessione di un servizio pubblico.

Pertanto, ritiene questo Collegio che anche l'assegnazione del servizio costituito dalla installazione e gestione di distributori automatici di generi alimentari all'interno di strutture scolastiche debba essere qualificata in termini di concessione di servizio pubblico ai sensi dell'art. 30 dlgs n. 163/2006.

In tal senso su fattispecie analoga T.A.R. Toscana, Firenze, Sez. II, 6 luglio 2010, n. 2313 ha rilevato che "L'effettivo oggetto di una procedura di gara per l'affidamento del servizio di somministrazione di alimenti e bevande tramite

distributori automatici, indetta da un istituto scolastico, va ricostruito alla luce delle previsioni dettate dalla “*lex specialis*” (nella specie, il Tribunale ha ritenuto che la gara avesse ad oggetto non tanto e non solo la concessione in uso, da parte dell’istituto, dei locali ove installare i distributori, quanto e soprattutto l’assunzione in capo all’impresa aggiudicataria di tutti gli oneri e degli obblighi afferenti la gestione del servizio di somministrazione espletato tramite i distributori medesimi, ed ha pertanto qualificato la fattispecie in termini di concessione di servizi, come tale sottoposta - ai sensi dell’art. 30 d.lg. n. 163 del 2006 - alla medesima disciplina del contenzioso 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).”.

Appare evidente come la gara per cui è causa (soggetta - per disposizione del bando - al criterio dell’offerta più vantaggiosa) si sia svolta in carenza della doverosa predeterminazione dei criteri selettivi (espressamente imposta dall’ultimo inciso del comma 3 dell’art. 30 dlgs n. 163/2006) e quindi in violazione del principio di trasparenza (cfr. rubrica della censura *sub* 4 del ricorso introduttivo [pag. 16]) specificatamente richiamato dal citato comma 3, posto che la *lex specialis* di gara contiene criteri di attribuzione dei punteggi numerici estremamente indefiniti.

In particolare, la SGD approfondisce detto profilo di illegittimità (inficiante l’intera procedura di gara *de qua*) con le censure *sub* 4.2), 4.3), 4.5) e 4.6) che questo Collegio reputa fondate.

Come condivisibilmente evidenziato dalla deducente con il motivo *sub* 4.2), nei verbali della Commissione del 17-19 novembre 2010 non vi è alcuna indicazione dei criteri in forza dei quali sono stati attribuiti i punteggi numerici, né detti verbali

di gara motivano le scelte operate dalla stazione appaltante nell'assegnazione del punteggio alle singole imprese partecipanti.

Pertanto, la Commissione avrebbe dovuto procedere, prima dell'apertura delle buste, alla predisposizione di criteri valutativi oggettivi (censura *sub* 4.3).

Con specifico riferimento alla voce "qualità complessiva dell'offerta" per la quale il bando di gara prevede la possibilità di assegnare fino a 10 punti, rileva correttamente la SGD con il motivo *sub* 4.5) che dagli atti di gara non è dato comprendere quale sia stato l'*iter* motivazionale che ha indotto la Commissione ad attribuire il punteggio alle singole imprese per tale voce.

Più in generale si può affermare che le operazioni svolte dalla Commissione di gara siano viziate da manifesta erroneità ed irrazionalità (cfr. censura *sub* 4.6).

A tal riguardo, va altresì rimarcato che, secondo Cons. Stato, Sez. V, 17 gennaio 2011 n. 222, "Nelle gare pubbliche il solo 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 estremamente dettagliati, atteso che in questo caso sussiste comunque la possibilità di ripercorrere il percorso valutativo, quindi di controllare la logicità e la congruità del giudizio tecnico."

Detta pronuncia del Consiglio di Stato aveva ad oggetto una procedura negoziata mediante cottimo fiduciario indetta per l'affidamento del servizio di spazzamento delle strade del centro urbano e servizi collaterali.

Tuttavia, il principio affermato da Cons. Stato n. 222/2011 (*i.e.* della necessaria predeterminazione di criteri di valutazione estremamente dettagliati per l'assegnazione del punteggio numerico) deve trovare applicazione - in forza delle considerazioni espresse in precedenza - anche con riferimento all'ipotesi della concessione di servizi *ex art.* 30 dlgs n. 163/2006.

Peraltro, si può affermare che nella materia delle concessioni di servizi *ex art. 30 dlgs n. 163/2006*, il fondamentale principio sancito da Cons. Stato n. 222/2011 trova perfetta corrispondenza con quello della doverosa predeterminazione dei criteri selettivi espressamente richiamato dall'ultima parte del comma 3 dell'art. 30 dlgs n. 163/2006.

Come correttamente sottolineato da parte ricorrente nei motivi di doglianza *sub* 4.2), 4.3), 4.5) e 4.6), non è dato comprendere con quali criteri la Commissione di gara possa aver assegnato i punteggi numerici alle imprese partecipanti con riferimento alle singole voci, peraltro estremamente generiche, di cui alla *lex specialis* di gara; né consta che anteriormente alla apertura delle buste si sia provveduto, da parte della stazione appaltante, alla predisposizione in via generale di criteri motivazionali dettagliati cui la Commissione si sarebbe dovuta attenere nell'attribuzione, a ciascun criterio di valutazione individuato dal bando, del relativo punteggio tra il minimo e il massimo prestabiliti dalla stessa *lex specialis*.

In definitiva, nella fattispecie oggetto del presente giudizio il solo punteggio numerico assegnato agli elementi di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa non può essere ritenuto affatto idoneo a configurare una motivazione sufficiente, essendo i prefissati criteri di valutazione, prevedenti un minimo ed un massimo, assolutamente generici ed indefiniti.

Il carattere generico dei criteri fissati nel bando non consente in alcun modo - come sottolineato da Cons. Stato n. 222/2011 - di ripercorrere l'*iter* valutativo e, quindi, di controllare la logicità e la congruità del giudizio tecnico espresso dalla Commissione di gara.

Anche in precedenza il Supremo Consesso della Giustizia amministrativa (Cons. Stato, Sez. V, 1° ottobre 2010, n. 7266) aveva rilevato: "Nelle gare indette per l'aggiudicazione di appalti pubblici il solo punteggio numerico ben può integrare la motivazione degli elementi di valutazione della offerta economicamente più

vantaggiosa a condizione che i criteri prefissati di valutazione siano sufficientemente dettagliati da consentire di comprendere l'*iter* logico attraverso il quale l'Amministrazione è giunta ad un certo grado di giudizio.”.

Ancora una volta si evidenzia che i criteri di valutazione prefissati nella *lex specialis* della gara in esame non sono sufficientemente dettagliati al punto da consentire di comprendere l'*iter* logico attraverso il quale l'Amministrazione è giunta ad un certo grado di giudizio.

Infine, Cons. Stato, Sez. V, 29 dicembre 2009, n. 8833 ha sottolineato che “Nelle gare indette per l'aggiudicazione di appalti con la pubblica amministrazione il solo punteggio numerico può essere sufficiente, in relazione agli elementi di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, quando i criteri prefissati siano estremamente dettagliati, di modo che anche il solo punteggio numerico, di cui sono prestabiliti il minimo e il massimo, risulta idoneo a dimostrare la logicità e congruità del giudizio tecnico; in caso contrario occorre invece, al fine di rendere percepibile l'*iter* logico seguito, che nei verbali siano esposti, se non diffuse argomentazioni relative al contenuto delle varie voci e punti dell'offerta tecnica ed ai singoli giudizi resi, quanto meno taluni elementi che concorrano ad integrare e chiarire la valenza del punteggio e le ragioni dell'apprezzamento sinteticamente espresso con l'indicazione numerica.”.

Nel caso di specie, a fronte di criteri di valutazione, contenuti nel bando, estremamente generici, non sono esposti nei verbali di gara né diffuse argomentazioni relative al contenuto delle varie voci, ai punti delle offerte tecniche ed ai singoli giudizi resi, né elementi che concorrano ad integrare e chiarire la valenza del punteggio e le ragioni dell'apprezzamento sinteticamente espresso con l'indicazione numerica.

La stazione appaltante ha, pertanto, violato il principio della doverosa predeterminazione dei criteri selettivi di cui all'art. 30, comma 3, ultimo inciso dlgs n. 163/2006.

Dalle argomentazioni espresse in precedenza discende l'accoglimento della domanda impugnatoria e, per l'effetto, l'annullamento degli atti gravati.

Ogni altra censura formulata da parte ricorrente resta assorbita.

La domanda, formulata dalla SGD, di declaratoria di inefficacia del (e subentro nel) contratto eventualmente *medio tempore* stipulato deve essere, viceversa, disattesa, posto che l'intera procedura di gara per cui è causa va annullata e, conseguentemente, rinnovata a partire dalla predisposizione di un nuovo bando conforme alle prescrizioni di legge ed alle indicazioni espresse in precedenza.

Deve, infine, essere respinta la domanda di risarcimento del danno per equivalente, che parte ricorrente riferisce nell'atto introduttivo al pregiudizio da mancato utile ed al cd. danno curriculare.

Invero, la deducente SGD, all'esito dell'annullamento integrale della procedura selettiva, vanta al più una mera *chance* di aggiudicazione in cui verrà integralmente reintegrata in forma specifica quando si procederà alla nuova gara nel rispetto dei principi in precedenza indicati.

Come evidenziato da Cons. Stato, Sez. V, 30 agosto 2005, n. 4423, "Il risarcimento del danno per equivalente spetta laddove l'accoglimento del ricorso avverso l'aggiudicazione di appalto ad altra impresa, inidoneo a ricomprendere la conseguenza necessitata dell'aggiudicazione dell'appalto, non intervenga in tempo utile a restituire in forma specifica all'impresa interessata la *chance* di partecipazione alla gara da rinnovarsi da parte dell'amministrazione, consentendo quindi il soddisfacimento diretto e pieno dell'interesse fatto valere."

Rileva Cons. Stato, Sez. VI, 18 dicembre 2001, n. 6281 in una fattispecie analoga alla presente e con valutazioni che questo Collegio ritiene di condividere in quanto perfettamente applicabili al caso di specie:

«... il danno risarcibile è quello da perdita di *chance* di successo in una gara pubblica di appalto;

il ristoro è già in parte avvenuto mediante annullamento dell'affidamento illegittimo dell'appalto, e conseguente necessità di rinnovo della gara, con partecipazione dell'impresa ricorrente;

il rinnovo della gara è possibile, trattandosi di appalto di durata, che ha avuto sinora solo un principio di esecuzione;

il ristoro in forma specifica non elide, in astratto, ogni altro danno, per il periodo per il quale l'appalto ha già avuto esecuzione; ma la sussistenza o meno di danno in concreto va verificata all'esito del rinnovo della gara.

... va accolta la domanda di risarcimento del danno in forma specifica, con ordine all'amministrazione di procedere a gara pubblica; ...».

Sempre la citata decisione del Consiglio di Stato n. 6281/2001 sottolinea:

«... l'annullamento dell'affidamento di appalto comporta che l'esecuzione dell'appalto si trova ad essere priva di titolo legittimante, sicché l'amministrazione è tenuta a rinnovare la procedura di affidamento.

Sicché, la domanda di annullamento di un atto amministrativo, contiene, in sé, implicita, la domanda di risarcimento in forma specifica, mediante il rinnovo, legittimo, dell'atto annullato. ...».

Ne consegue che la SGD potrà vedersi totalmente "restituita" detta *chance* conseguendo il pieno soddisfacimento della propria pretesa azionata nel presente giudizio, quando l'Amministrazione procederà alla nuova gara.

Inoltre, va rimarcato che l'interessata ha espressamente formulato domanda di annullamento dell'intera procedura a pag. 20 dell'atto introduttivo nell'ambito del

motivo di doglianza *sub* 4.6, motivo che - come visto in precedenza - questo Collegio ha reputato fondato.

Peraltro, la SGD non fornisce alcuna prova circa i calcoli dalla stessa operati alle pagg. 19 e 20 della memoria depositata in data 9 gennaio 2012 al fine di determinare il *quantum* del danno asseritamente subito, calcoli basati sul numero delle consumazioni preventivabile sulla scorta della popolazione studentesca (circa 1400 alunni), cui vengono aggiunti docenti della scuola e presenze varie.

I menzionati dati non sono, infatti, supportati da alcun elemento probatorio di conforto.

Dalle considerazioni espresse discende la reiezione della domanda risarcitoria per equivalente.

Le spese di lite seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, sede di Bari, Sez. I, definitivamente pronunciando sul ricorso come in epigrafe proposto, lo accoglie nei limiti di cui in motivazione e, per l'effetto, disattesa ogni altra domanda, annulla gli atti gravati.

Condanna l'Amministrazione resistente al pagamento delle spese di giudizio in favore della ricorrente SGD Vending Dimatic s.r.l., liquidate in complessivi €. 2.000,00, oltre accessori come per legge.

Condanna La Sud Vending s.r.l. al pagamento delle spese di giudizio in favore della ricorrente SGD Vending Dimatic s.r.l., liquidate in complessivi €. 2.000,00, oltre accessori come per legge.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 25 gennaio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Corrado Allegretta, Presidente

Savio Picone, Primo Referendario

Francesco Cocomile, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12/04/2012

IL SEGRETARIO

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