

Pubblicato il 14/07/2017

N. 00912/2017 REG.PROV.COLL.  
N. 00069/2017 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 Lombardia  
sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)*

*ha pronunciato la presente*

**SENTENZA**

*sul ricorso numero di registro generale 69 del 2017, proposto da:*

*Bar Tabacchi Ric. Lotto Corner di Bignotti Alberto, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Stefania Vasta, Stefano Fazio, con domicilio eletto presso lo studio della prima in Brescia, via Vittorio Emanuele II N. 1;*

*contro*

*Istituto di Istruzione Superiore Astolfo Lunardi, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, domiciliata in Brescia, via S. Caterina, 6;*

*nei confronti di*

*I Rigna srl, in persona del legale rappresentante, p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Alberto Salvadori, con domicilio eletto presso lo studio del medesimo in Brescia, via XX settembre 8*

*per l'annullamento*

*dell'atto prot 6593 del 19.12.2016 recante aggiudicazione definitiva della gara per l'affidamento in concessione del servizio bar interno all'Istituto*

*Lunardi, nonché tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali, ivi compresi i verbali di gara contenenti la valutazione delle offerte.*

*Visti il ricorso e i relativi allegati;*

*Visto l'atto di costituzione in giudizio di Istituto di Istruzione Superiore Astolfo Lunardi;*

*Visto l'atto di costituzione in giudizio di ed il ricorso incidentale proposto dal ricorrente incidentale I Rigna Srl;*

*Viste le memorie difensive;*

*Visti tutti gli atti della causa;*

*Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 aprile 2017 il dott. Alessio Falferi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;*

*Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.*

#### *FATTO e DIRITTO*

*La società Bar Tabacchi Ric. Lotto Corner ha impugnato il provvedimento, meglio specificato in epigrafe, con cui l'Istituto di Istruzione Superiore "Astolfo Lunardi" ha disposto, in favore di "I Rigna srl", l'aggiudicazione della gara per l'affidamento in concessione del servizio Bar –Ristoro interno all'Istituto medesimo.*

*La ricorrente -posizionata al terzo posto in graduatoria-, premesso che il bando di gara prevedeva che l'aggiudicazione sarebbe stata effettuata in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ha lamentato, in sintesi, i seguenti vizi: 1) pur prescindendosi dal fatto che la gara è stata bandita ai sensi del D.Lgs. n. 163/2006 mentre doveva essere applicato il D. Lgs. n. 50/2016, l'Amministrazione avrebbe, comunque, modificato il criterio di aggiudicazione previsto dal bando di gara, atteso che questa sarebbe avvenuta solo in base al prezzo e non utilizzando il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, valutando, quindi, anche l'offerta tecnica e, in particolare, la qualità dei prodotti proposti dai concorrenti, come previsto dall'allegato 9 al bando medesimo; 2) in via*

*subordinata, ove si dovesse ritenere che il criterio di aggiudicazione fosse stato quello del prezzo più basso, vi sarebbe violazione dell'art. 95, comma 3, del D.Lgs. n. 50/2016, che prevede che i contratti relativi ai servizi di ristorazione scolastica sono affidati esclusivamente in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa; 3) la Commissione di gara avrebbe aperto contemporaneamente le buste n. 1 e n. 2, violando la regola che impone che l'offerta economica sia aperta necessariamente dopo la valutazione dell'offerta tecnica; 4) la composizione della Commissione, in numero di quattro membri, violerebbe l'art. 77, comma 2, del D.Lgs. n. 50/2016 che prevede che la Commissione sia composta da un numero dispari di commissari.*

*Si è costituito in giudizio l'Istituto di Istruzione Superiore "Astolfo Lunardi", con il patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, la quale ha chiesto il rigetto del ricorso per infondatezza.*

*Con ordinanza n. 111, assunta alla Camera di Consiglio del 16 febbraio 2017, è stata accolta l'istanza di sospensione cautelare del provvedimento impugnato.*

*Costituitasi in giudizio, la controinteressata I Rigna srl ha proposto ricorso incidentale con il quale, contestando la legittima partecipazione alla gara della ricorrente principale, ha formulato le seguenti censure: 1) la ditta ricorrente non avrebbe indicato le marche e i produttori degli ingredienti dei prodotti offerti, in violazione delle prescrizioni della legge di gara; 2) violazione dell'art. 95, comma 10, del D.Lgs. n. 50/2016 per mancata indicazione nell'offerta dei costi di sicurezza aziendali.*

*In visa dell'udienza di discussione, le parti hanno scambiato memorie difensive e di replica con cui hanno ribadito le rispettive posizioni.*

*Alla Pubblica Udienza del 27 aprile 2017, il ricorso è stato trattenuto in decisione.*

*Il ricorso incidentale, con cui la controinteressata I Rigna srl lamenta la mancata esclusione dell'offerta della ricorrente principale, non è fondato.*

*Quanto al primo motivo, come emerge dalla produzione documentale della ricorrente principale (e come lealmente riconosciuto dallo stesso ricorrente incidentale), la scheda tecnica del prodotto, allegata all'offerta della ricorrente Bar tabacchi Corner, riporta nel dettaglio non solo la marca e il tipo di alimenti offerti ma anche le principali caratteristiche degli stessi, con conseguente rispetto delle prescrizioni della legge di gara.*

*Il motivo è, dunque, infondato.*

*Con riferimento al secondo motivo del ricorso incidentale, si rileva quanto segue.*

*E' noto, sullo specifico punto, l'orientamento –relativo alla disciplina di cui al D. Lgs. n. 163/2006 - espresso dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con le pronunce n. 3 e 9 del 2015, così come la parziale revisione di tale orientamento a seguito delle successive pronunce n. 19 e 20 del 2016, con le quali è stato osservato che, ove l'Amministrazione abbia ingenerato in capo ai concorrenti un significativo affidamento circa la non sussistenza dell'obbligo di indicare nell'offerta gli oneri di sicurezza – non richiamando tale obbligo nei documenti di gara e predisponendo moduli per la presentazione dell'offerta che non contemplano la previsione dell'indicazione degli oneri di sicurezza – “l'applicazione della regola dell'esclusione automatica, senza il previo soccorso istruttorio, si tradurrebbe in un risultato confliggente con i principi Euro-unitari di tutela dell'affidamento, di certezza del diritto, di trasparenza, par condicio e proporzionalità.”(Consiglio di Stato, A.P., 27 luglio 2016, n. 19).*

*Sulla base di tali rilievi, l'Adunanza Plenaria ha quindi enunciato il seguente principio di diritto: "Per le gare bandite anteriormente all'entrata in vigore del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 , nelle ipotesi in cui l'obbligo di indicazione separata dei costi di sicurezza aziendale non sia stato specificato dalla legge di gara, e non sia in contestazione che dal punto di vista sostanziale l'offerta rispetti i costi minimi di sicurezza aziendale, l'esclusione del concorrente non può essere disposta se non dopo che lo stesso sia stato*

*invitato a regolarizzare l'offerta dalla stazione appaltante nel doveroso esercizio dei poteri di soccorso istruttorio" (Consiglio di Stato, A.P. n. 19/2016 cit.).*

*Ebbene, il Collegio ritiene che il principio espresso dall'Adunanza Plenaria – riferito alle gare bandite prima dell'entrata in vigore del D.Lgs. n. 50/2016 – sia applicabile anche con riferimento a gare –come quella di cui si discute – bandite in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici, anche in considerazione di quanto precisato dalla stessa Corte di Giustizia dell'UE con sentenza del 10 novembre 2016, C-140/16, C-697/15, C-162/16, che ha sostanzialmente confermato l'orientamento da ultimo espresso dal Consiglio di Stato.*

*A tal proposito, è stato osservato che "il disposto di cui all'art. 83, comma 9, del D.lgs n. 50/2016, che esclude l'applicabilità della procedura di soccorso istruttorio per la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale "afferenti all'offerta tecnica ed economica", dopo l'intervento di CGE 10 novembre 2016 più volte richiamata debba essere temperato con le esigenze considerate nella pronuncia, ovvero la necessità, in applicazione dei principi di parità di trattamento e di trasparenza, di una intermediazione/contraddittorio con l'appaltatore, che potrebbe aver presentato comunque un'offerta comprensiva degli oneri senza averla però dettagliata. Tale necessità che l'esclusione del concorrente non possa essere disposta se non dopo che lo stesso sia stato invitato dalla stazione appaltante, nel doveroso esercizio dei poteri di soccorso istruttorio, a regolarizzare l'offerta, proprio in quanto espressione dei principi generali richiamati dalla Corte di Giustizia, deve trovare applicazione anche nei casi di gare cd "sottosoglia" nelle ipotesi in cui, come avviene nel caso di specie, l'obbligo di indicazione separata dei costi di sicurezza aziendale non sia stato specificato dalla legge di gara, e non sia in contestazione che dal punto di vista sostanziale l'offerta rispetti i costi minimi di sicurezza aziendale." (TAR*

*Sicilia, Catania, sez. III, 12 dicembre 2016, n. 3217;id., 22 marzo 2017 n. 602).*

*Ebbene, nel caso in esame è pacifico tra le parti che la legge di gara nulla prevedesse in ordine all'obbligo di indicare i costi della sicurezza nell'offerta e che il modulo predisposto dall'Istituto resistente non contemplasse alcuna indicazione in merito alla necessità di indicare i detti oneri, con la conseguenza che l'offerta presentata dalla ditta ricorrente non avrebbe potuto, sic et simpliciter, essere esclusa, per tale ragione, dalla procedura di gara.*

*La censura, dunque, va respinta.*

*In definitiva, il ricorso incidentale non può trovare accoglimento.*

*Passando all'esame del ricorso principale, si osserva che i primi due motivi possono essere trattati unitamente, essendo connessi sotto il profilo logico-giuridico.*

*Con tali motivi, la ricorrente lamenta, in buona sostanza, che la gara avrebbe dovuto essere aggiudicata –sia per quanto stabilito nella legge di gara che per la previsione di cui all'art. 95, comma 3, del D.Lgs. n. 50/2016 – in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, laddove, invece, la Commissione avrebbe affidato l'appalto sulla sola base dell'offerta economica.*

*La censura è fondata nei termini di seguito indicati.*

*Innanzitutto, il bando prevedeva espressamente che la gara sarebbe stata aggiudicata “in base all'offerta economicamente più vantaggiosa, secondo i criteri descritti nel disciplinare” e, quindi, prendendo in considerazione anche aspetti attinenti all'offerta tecnica, secondo quanto indicato nella medesima legge di gara.*

*Peraltro, lo stesso Allegato 9 al bando, recante i criteri utilizzati nella scelta del soggetto gestore, specificava che “in caso di parità di punteggio tra più ditte si applicheranno i seguenti criteri: 1. Priorità della Ditta che ha riportato il punteggio più alto per qualità dei prodotti; 2. Priorità della Ditta*

*che ha riportato il punteggio più alto per il prezzo; 3. In caso di ulteriore parità si procederà al sorteggio”.*

*Appare, dunque, indubbio che la legge di gara contemplasse anche la valutazione (discrezionale) della qualità dei prodotti offerti dalle ditte partecipanti.*

*Lo stesso il prospetto comparativo relativo all'attribuzione del punteggio (prodotto dall'Istituto resistente sub allegato 3) presenta una colonna relativa alla qualità dei prodotti (peraltro non compilata), confermando così che la gara di cui si discute doveva essere aggiudicata valutando anche l'aspetto qualitativo dei prodotti offerti dai concorrenti.*

*Infine, la stessa circostanza che l'Istituto resistente ha provveduto a nominare una “Commissione Tecnica Consultiva” preposta alla valutazione delle offerte munita di “competenze e professionalità più specifiche e riferite al particolare compito conferito” (in tal senso, determinazione di data 23.8.2016 del Dirigente Scolastico prof. Paolo Taddei) costituisce ulteriore conferma che il criterio di aggiudicazione della gara in esame fosse quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.*

*Ebbene, dalla documentazione agli atti di causa emerge che il servizio di cui si discute è stato affidato senza minimamente valutare l'aspetto qualitativo dei prodotti offerti, come, peraltro risulta dall'esame del già citato prospetto comparativo ai fini dell'attribuzione del punteggio, il quale contempla una colonna dedicata alla qualità dei prodotti che però non è stata compilata, in violazione, dunque, della stessa disciplina a cui la stazione appaltante aveva deciso di vincolarsi.*

*Né può essere condiviso il rilievo dell'Istituto resistente –secondo il quale i prodotti sarebbero stati valutati anche sotto il profilo qualitativo, ma tale valutazione non avrebbe dato luogo a differenze di punteggio -, atteso che dagli atti di gara non risulta che la Commissione abbia effettivamente effettuato una valutazione in ordine alla qualità dei prodotti offerti dai concorrenti, ritenendoli del tutto assimilabili ma, al contrario, dai verbali*

*della procedura - come sopra precisato - emerge proprio che la gara è stata aggiudicata senza che fosse compiuta alcuna valutazione in ordine all'aspetto qualitativo dei prodotti proposti.*

*Sotto questo profilo, pertanto, la censura formulata in ricorso è fondata e merita accoglimento.*

*Anche il terzo motivo di ricorso è fondato.*

*Invero, come emerge dal verbale della seduta del 23.8.2016, la Commissione ha provveduto ad aprire sia la busta n. 1, contenente la domanda di partecipazione e la restante documentazione richiesta da bando di gara, che la busta n. 2, contenente l'offerta relativa al canone di concessione annuale (offerta economica).*

*Tale modalità di operare contrasta con i principi di trasparenza, imparzialità e parità di trattamento, rischiando di condizionare la discrezionalità che strutturalmente caratterizza il giudizio sull'offerta tecnica in favore dell'offerta più vantaggiosa sotto il profilo economico, così snaturando il senso della scelta del criterio di aggiudicazione all'offerta economicamente più vantaggiosa (esprimo tali principi, ex multis, Consiglio di Stato, sez. V, 22 febbraio 2016, n. 706, id., 25 maggio 2009, n. 3217).*

*Anche tale censura è, dunque, fondata.*

*Infondato, infine, è il quarto motivo di ricorso, relativo al numero dei membri della Commissione, atteso che dai verbali di gara risulta che il quarto membro svolgeva unicamente funzione di verbalizzante.*

*In conclusione, il ricorso principale è fondato e va accolto, con conseguente annullamento degli atti impugnati.*

*Le spese di causa, liquidate in dispositivo, sono poste a carico dell'Istituto di Istruzione Superiore "Astolfo Lunardi", in base alla regola della soccombenza e compensate con riferimento alla controinteressata I Rigna srl.*

*P.Q.M.*

*Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in*



*epigrafe proposto, respinge il ricorso incidentale e accoglie il ricorso principale e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati.*

*Condanna l'Istituto di Istruzione Superiore "Astolfo Lunardi" al pagamento delle spese di causa che liquida in complessivi euro 4.000,00 (quattromila/00), oltre IVA, CPA ed accessori di legge, con compensazione nei confronti della controinteressata I Rigna srl.*

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

*Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 27 aprile 2017 con l'intervento dei magistrati:*

*Alessandra Farina, Presidente*

*Mara Bertagnolli, Consigliere*

*Alessio Falferi, Consigliere, Estensore*

**L'ESTENSORE**  
**Alessio Falferi**

**IL PRESIDENTE**  
**Alessandra Farina**

*IL SEGRETARIO*