

Pubblicato il 22/12/2017

N. 01665/2017 REG.PROV.COLL.
N. 01326/2017 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 1326 del 2017, 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, Educandato
Ss Annunziata al Poggio Imperiale 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

Ivs Italia Spa, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata
e difesa dall'avvocato Andrea Netti, con domicilio eletto presso lo
studio Pietro Milazzo in Firenze, via Belfiore 40;

per l'annullamento

Dell'aggiudicazione definitiva della Procedura per la concessione in esclusiva del servizio di gestione di distributori automatici all'interno dell'Educandato Statale SS. Annunziata CIG 7130467782 comunicata con pec PR. U. N. 0007206 del 29/09/2017 (– A.28.c allo stato incognita ove non pubblicata sul sito istituzionale dell'Ente, nonché di tutti gli atti ad essa connessi o presupposti ancorché incogniti, ed in particolare dei verbali di gara, della lettera d'invito e conseguente ammissione della IVS Italia S.p.a., nonché dell'eventuale concessione e/o contratto stipulato ancorché incognito, con risarcimento dei danni patiti e patiendi.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ministero dell'Istruzione dell'Universita' e della Ricerca e di Educandato Ss Annunziata al Poggio Imperiale Firenze e di Ivs Italia Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 dicembre 2017 il dott. Saverio Romano e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1 - Con ricorso notificato il 20 ottobre 2017 e depositato il 24 ottobre, CDA Vending s.r.l. ha impugnato l'atto di aggiudicazione definitiva della Procedura per la concessione in esclusiva del servizio di gestione di distributori automatici all'interno dell'Educandato Statale SS. Annunziata CIG 7130467782 comunicata con pec PR. U. N. 0007206 del 29/09/2017, e in particolare i verbali di gara, la

lettera d'invito e la conseguente ammissione della IVS Italia S.p.a., con richiesta di risarcimento dei danni patiti e patiendi.

In particolare, la ricorrente ha esposto le seguenti circostanze: due precedenti procedure di gara (nelle quali CDA Vending si era classificata seconda dopo IVS Italia) sono state precedentemente annullate dall'Amministrazione; dopo specifica diffida in ordine alla necessità di interrompere il rapporto con IVS Italia, solo in data 5 giugno 2017, è stata indetta la nuova procedura per l'affidamento dello stesso servizio per la durata di due anni; essa si è conclusa con l'aggiudicazione definitiva al precedente gestore, che, nei fatti, non ha mai cessato di svolgere il servizio di cui trattasi; CDA Vending si è classificata, anche in questa occasione, al secondo posto nella graduatoria; l'aggiudicataria IVS Italia S.p.a. non avrebbe tuttavia neppure potuto prendere parte alla gara, per l'operatività del principio di rotazione e per essere stata destinataria di una sanzione da parte di AGCM per condotta anticoncorrenziale nel settore.

Avverso gli atti impugnati, la ricorrente ha dedotto: 1) Violazione dei principi costituzionali di trasparenza, buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa di cui agli artt. 97 e 98 della Costituzione. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 36 D.Lgs. 50/2016 e delle linee guida n.4 ANAC in relazione alla violazione del principio di rotazione. Carenza assoluta di motivazione circa l'invito del gestore uscente. Violazione della par condicio dei partecipanti; 2) Violazione dei principi costituzionali di buon andamento ed imparzialità di cui agli artt. 97 e 98 della Costituzione. Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 80 e segg. D.Lgs. 50/2016. Eccesso di potere per erronea e/o insufficiente istruttoria.

3) Violazione e/o falsa applicazione della legge di gara e contestuale AZIONE DI ACCERTAMENTO al fine della corretta quantificazione del canone dovuto.

CDA Vending ha chiesto altresì il risarcimento dei danni patiti e patiendi in ragione dell'illegittimo operato della S.A. la quale ha provveduto all'indizione della nuova gara soltanto con la delibera del Consiglio di Amministrazione n. 35 del 5 giugno 2017 (che poi si è conclusa soltanto in data 29 settembre 2017); medio tempore il servizio ha continuato ad essere gestito dalla precedente aggiudicataria IVS Italia S.p.a. per circa un anno e mezzo (dall'ultimo annullamento), nonostante la stessa S.A. avesse formalmente assunto l'impegno di provvedere tempestivamente ad emanare ed inviare un nuovo invito ad offrire.

Posto che l'illegittima proroga del rapporto con la IVS Italia S.p.a. deve essere equiparato ad un affidamento disposto senza gara, il che costituisce di per sé autonoma fonte di danno per le imprese operanti nel settore, la ricorrente avrebbe diritto al risarcimento del danno sofferto, quantomeno per aver investito tempo e risorse nella partecipazione a ben tre procedure, per il mancato utile che avrebbe conseguito ove la S.A. avesse provveduto celermente ad indire la nuova procedura e per l'impossibilità di far valere in future contrattazioni il requisito economico relativo al valore dell'affidamento non eseguito e tecnico-professionale legato all'esperienza maturata.

Quanto alle specifiche voci di danno, esse devono essere individuate: i) nel danno emergente, costituito dalle spese e dai costi sostenuti per la predisposizione dell'offerta e per la partecipazione alla gara; ii) nel lucro cessante, come mancato guadagno che si sarebbe realizzato

con l'esecuzione dell'affidamento; iii) nel danno curriculare, iv) nel danno per il mancato ammortamento di attrezzature e macchinari; v) nel danno da perdita di ulteriori occasioni di stipulazione di altri contratti altrettanto o maggiormente vantaggiosi.

Costituitisi in giudizio, l'Educandato statale SS. Annunziata ed il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, che ha controdedotto nel merito, hanno chiesto il rigetto di tutte le domande proposte.

IVS Italia, costituitasi in giudizio, ha eccepito la tardività del ricorso, l'omessa impugnazione del provvedimento di ammissione della stessa IVS, intervenuta carenza di interesse, cessata materia del contendere, chiedendo che il ricorso sia comunque respinto nel merito in quanto infondato.

Alla camera di consiglio del 7 novembre 2017, la domanda cautelare è stata respinta con ordinanza collegiale n. 643, con la seguente motivazione: “il rappresentante legale della società ricorrente è stato presente alle due riunioni tenutesi in data 3-4 agosto 2017, nelle quali è stata ammessa la partecipazione alla gara della controinteressata, la cui mancata esclusione è oggetto di censura con i due motivi articolati nel ricorso; l'esito della gara è stato oggetto di pubblicazione sul web della stazione appaltante, nella sezione “Amministrazione trasparente”, sotto la voce “Bandi di gara e contratti” in data 4 agosto 2017; nella fattispecie, a fronte della intervenuta conoscenza dell'ammissione della controinteressata alla gara e della lesività della medesima alla luce della dedotta violazione del principio di rotazione e dell'art. 80 del codice appalti, il ricorso risulta notificato solo in data 20 ottobre 2017”.

Le parti hanno depositato memorie e repliche in vista dell'udienza pubblica sopra indicata, nella quale la causa è passata in decisione.

2 – Nonostante le argomentate difese svolte dalla difesa della ricorrente, il Collegio deve confermare l'orientamento manifestato in sede cautelare.

Il ricorso è irricevibile per la mancata tempestiva impugnazione dell'ammissione alla gara di IVS Italia s.p.a.

Per le ragioni già indicate (presenza del legale rappresentante di CDA Vending alle due riunioni tenutesi in data 3-4 agosto 2017, nelle quali è stata ammessa la partecipazione alla gara della controinteressata, avvenuta pubblicazione sul web della stazione appaltante, nella sezione “Amministrazione trasparente”, sotto la voce “Bandi di gara e contratti” in data 4 agosto 2017, dell'esito della gara) deve ritenersi integrata la piena conoscenza dell'ammissione della controinteressata alla gara e della lesività della medesima alla luce della dedotta violazione del principio di rotazione e dell'art. 80 del codice appalti.

Vanno pertanto disattese le argomentazioni della ricorrente circa l'irrilevanza, ai fini della decorrenza del termine di cui all'art. 120, comma 2 bis, c.p.a., della presenza alla seduta di gara del legale rappresentante dell'impresa che si ritenga lesa, circa la mancata pubblicazione dell'atto di ammissione alla gara di IVS, ovvero circa l'irrilevanza dell'avvenuta conoscenza, per altre vie, dell'altrui ammissione alla gara, o circa la pratica impossibilità di articolare l'eventuale ricorso senza conoscere le circostanze o le motivazioni che ne hanno determinato l'ammissione (nella fattispecie, la ricorrente ha dedotto che sarebbe stata costretta a proporre un ricorso c.d. “al buio”, non essendo a conoscenza delle ragioni che avrebbero invece imposto l'esclusione di IVS dalla gara).

Invero, nella fattispecie in esame, non solo nelle due sedute di gara (sia quella dedicata all'apertura delle buste sia quella conclusasi con la graduatoria finale), era presente il legale rappresentante della ricorrente, ma l'esito della gara medesima (come risulta dai 2 verbali di gara, di ammissione e di valutazione) è stato oggetto di rituale pubblicazione, nel relativo settore e nell'apposita voce, sul sito web della S.A., ciò integrando perfettamente la piena conoscenza dell'avvenuta ammissione di IVS e la percezione della lesività del provvedimento, già in data 4 agosto 2017, seguita dalla notificazione del ricorso solo in data 20 ottobre 2017, in violazione dell'art. 120 comma 2 bis c.p.a.

Alcun rilievo può essere attribuito, sul punto in esame, alle generiche considerazioni relative al mancato funzionamento del sito e all'impossibilità di conoscere i documenti di gara, sia perché proposte solo in memoria difensiva sia perché la ricorrente sostiene la tesi, palesemente infondata, secondo cui sarebbe stato onere della S.A. di provare il perfetto funzionamento del sito web (e non della ricorrente di dimostrare il contrario).

Del pari infondata è la tesi che fa decorrere il termine per impugnare dal successivo momento di eseguito accesso agli atti, sia perché ciò determinerebbe un sicuro svuotamento della norma acceleratoria (attribuendo di fatto alla parte ricorrente la scelta circa la decorrenza del termine) sia perché nel caso in esame CDA Vending era ben al corrente della circostanza posta a base del primo motivo di illegittimità dedotto nel ricorso (ovvero della asserita violazione del principio di rotazione conseguente alla sostanziale proroga della concessione del servizio in capo ad IVS Italia).

Il ricorso va pertanto dichiarato irricevibile.

Solo per completezza di trattazione, si rileva che il ricorso è anche infondato nel merito.

Quanto al primo motivo, con cui si deduce la violazione del principio di rotazione, è sufficiente richiamare la giurisprudenza, anche della Sezione, che ha affermato: che esso non ha carattere assoluto ma relativo, che altrimenti limiterebbe il potere della stazione appaltante di garantire la massima partecipazione alla procedura di gara, che 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); nella fattispecie solo quattro imprese (compreso il gestore uscente) avevano mostrato interesse alla partecipazione alla gara, sicché la S.A. ha legittimamente ritenuto di far prevalere l’esigenza del confronto concorrenziale rispetto al principio di rotazione.

Quanto secondo motivo (asserita violazione dell’art. 80 D. Lgs. n. 50/2016 per la mancata dichiarazione da parte di IVS della sanzione irrogata dall’AGCOM), basta rilevare che, alla data di presentazione della domanda di partecipazione alla procedura, la sanzione irrogata dall’Autorità garante della concorrenza e del mercato alla ricorrente (costituente grave illecito professionale ex art. 80, 5° comma lett. c) del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, ai sensi del punto 2.1.3.1, n. 1 delle Linee guida n. 6 approvate dall’A.N.A.C., con deliberazione 16 novembre 2016, n. 1293) non risultava definitiva, pendendo il

giudizio di appello al Consiglio di Stato avverso la sentenza 28 luglio 2017, n. 9048 della prima Sezione del T.A.R. Lazio, Roma; “non essendo quindi ancora perfezionato il requisito indispensabile per l’operatività della causa di esclusione (la definitività della sanzione) espressamente prospettato come necessario dalle citate Linee guida dell’A.N.A.C. non è pertanto possibile prospettare un qualche onere per l’aggiudicataria di dichiarare l’applicazione della sanzione nella domanda di partecipazione alla procedura” (T.A.R. Toscana, II, 04.12.2017 n. 1505).

Né rileva il riferimento, inconferente, alla pubblicazione delle nuove Linee Giuda n. 6 da parte di ANAC, intervenuta solo in data 06.11.2016.

Quanto infine al motivo relativo alla mancata esclusione delle imprese che non avessero offerto, per l’intero biennio, una cifra superiore all’importo (a base d’asta) di 12 mila euro, a parte la tardività della censura, appare evidente la carenza di interesse alla medesima da parte della ricorrente classificatosi seconda in graduatoria, prima delle due imprese la cui offerta è oggetto di censura.

3 – Conclusivamente, il ricorso va dichiarato irricevibile.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate nella misura di cui in dispositivo, a favore delle parti resistenti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara irricevibile.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese di giudizio, liquidate nella misura di euro 4.000,00 (quattromila), a favore, per la metà, di ciascuna delle parti intime.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 19 dicembre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Saverio Romano, Presidente, Estensore

Luigi Viola, Consigliere

Alessandro Cacciari, Consigliere

IL PRESIDENTE, ESTENSORE
Saverio Romano

IL SEGRETARIO