

N. 01827/2016REG.PROV.COLL.

N. 00805/2016 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)
ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 805 del 2016, proposto da:
Supermatic S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv. Ivan Marrone, Dario
Rigacci, con domicilio eletto presso Lessona Studio Legale in Roma,
corso Vittorio Emanuele II, 18;

contro

Liceo Scientifico "Ulisse Dini" Pisa, Ministero dell'Istruzione
dell'Universita' e della Ricerca, rappresentati e difesi per legge
dall'Avvocatura Gen.Le Dello Stato, domiciliata in Roma, Via dei
Portoghesi, 12; Tutto Matic Srl;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. TOSCANA - FIRENZE: SEZIONE II n.
01466/2015, resa tra le parti, concernente aggiudicazione gara a
procedura aperta per la concessione del servizio di distribuzione
automatica.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Liceo Scientifico "Ulisse Dini"
Pisa e di Ministero dell'Istruzione dell'Universita' e della Ricerca;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 aprile 2016 il Cons. Francesco
Mele e uditi per le parti gli avvocati Marrone e dello Stato Palmieri;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con sentenza n. 1466/2015, resa in forma semplificata ex art. 60 c.p.a., il
Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana, Sezione Seconda,
rigettava il ricorso proposto da Supermatic s.p.a., inteso ad ottenere:
l'annullamento degli atti e dei provvedimenti con cui il Liceo Scientifico
Ulisse Dini di Pisa ha indetto, disciplinato e aggiudicato la procedura
aperta per la concessione del servizio di fornitura di bevande calde ,
fredde, snack ed altri generi di ristoro mediante distributori automatici e,
in particolare, del provvedimento di aggiudicazione disposto in favore
della Tutto Matic srl con decreto n. 715 del 13 agosto 2015 nonché, ove
occorrer possa, del bando di gara e delle risposte rese dall'Istituto in
relazione alle istanze di autotutela avanzate da Supermatic; la declaratoria
di inefficacia del contratto eventualmente stipulato con l'aggiudicataria;
la declaratoria del diritto della ricorrente ad essere dichiarata
aggiudicataria e a subentrare nel contratto.

La decisione del Tribunale esponeva in fatto quanto segue.

“...-Supermatic ha impugnato gli atti con cui il Liceo Scientifico Ulisse Dini di Pisa ha indetto, disciplinato e aggiudicato la procedura aperta per la concessione del servizio di fornitura di bevande e altri generi di ristoro mediante distributori automatici.....; - nel ricorso proposto la ricorrente ha dedotto censure di violazione del bando di gara e dei principi di parità di trattamento e di libera concorrenza, in quanto : a) nell’offerta economica l’aggiudicataria avrebbe indicato più prezzi per le bevande calde e per alcuni prodotti avrebbe indicato un prezzo poco più che simbolico; b) anche ove fosse ritenuta ammissibile la formulazione di più prezzi per le bevande calde, l’offerta di Tutto Matic doveva essere esclusa perché presentava numerosi prezzi talmente bassi da non essere remunerativi; - si è costituita in giudizio l’Amministrazione dell’Istruzione che ha chiesto la reiezione del ricorso siccome infondato; - non si è costituita in giudizio la Tutto Matic srl....”.

Avverso la prefata sentenza di rigetto la Supermatic s.p.a. ha proposto appello dinanzi a questo Consiglio di Stato, chiedendo la riforma della pronuncia del Tribunale ed il conseguente accoglimento del ricorso di primo grado.

Con articolata prospettazione ha lamentato: Violazione e/o falsa applicazione del bando di gara e dei principi di parità di trattamento e di libera concorrenza.

Si sono costituiti in giudizio il Ministero dell’Istruzione ed il Liceo Ulisse Dini, chiedendo il rigetto dell’appello.

La causa è stata discussa e trattenuta per la decisione all’udienza del 7 aprile 2016.

DIRITTO

Con unico, articolato motivo di appello la società Supermatic spa lamenta: Violazione e/o falsa applicazione del bando di gara e dei principi di parità di trattamento e di libera concorrenza.

Sotto un primo profilo rileva che l’offerta della aggiudicataria sarebbe stata ritenuta illegittimamente ammissibile nonostante contemplasse per le bevande calde una pluralità di prezzi.

Essa, pertanto, si poneva in contrasto con il bando, il quale per tale categoria di prodotti prevedeva l’indicazione di un’unica voce di prezzo. L’indicazione di una pluralità di prezzi aveva, poi, alterato il normale confronto concorrenziale, atteso che erano stati indicati prezzi irrisori, così ottenendo elevati punteggi, per prodotti di scarso consumo e per i quali non vi era neppure obbligo di collocazione nei distributori.

Censura, pertanto, la sentenza di primo grado, in quanto essa, ritenendo che il prezzo offerto fosse unico e pari ad euro 0,14, aveva chiaramente modificato l’offerta della Tuttomatic, la quale contemplava, invece, prezzi diversificati.

La lettura dell’offerta, come operata dall’Amministrazione e dal TAR, aveva sostanzialmente imposto alla ditta di praticare un prezzo diverso rispetto a quello offerto, determinando anche una violazione del principio di parità di trattamento e di imparzialità, in quanto in tal modo era stata consentita la modifica di un’offerta originariamente contrastante con il bando di gara.

Né potrebbe attribuirsi rilievo al prezzo oggi praticato, atteso che la legittimità dell'offerta deve essere valutata ex ante, al momento della sua presentazione e non in sede di esecuzione.

Sotto un secondo profilo, lamenta che, anche a voler ammettere la possibilità di indicare prezzi differenziati per le bevande calde, l'offerta dell'appellata era comunque illegittima, atteso che aveva formulato due prezzi per il "caffè" (euro 0,24 per il caffè "normale" ed euro 0,007 per il "decaffeinato"), così violando le prescrizioni della lex specialis di gara che contemplavano al riguardo l'indicazione di un unico prezzo.

La sentenza del Tribunale sarebbe erronea ed immotivata, in quanto non si sarebbe affatto espressa su tale doglianza.

Sotto un terzo profilo, deduce che la società Tuttomatic, indicando – a differenza degli altri concorrenti – una pluralità di prezzi per le bevande calde, si sarebbe avvantaggiata rispetto a questi ultimi, in quanto avrebbe lucrato un miglior punteggio per prodotti di scarso consumo e che comunque avrebbe potuto inserire nei distributori in quantità estremamente limitate, non essendo prevista la fornitura di un quantitativo minimo e non incorrendo in tal modo in inadempimento contrattuale.

Sotto un quarto profilo, assume, ove anche avesse voluto ritenersi la possibilità di indicazione di una pluralità di prezzi per le bevande calde, che l'offerta della Tuttomatic andava comunque esclusa in quanto aveva proposto numerosi prezzi talmente bassi da non essere remunerativi (euro 0,007 ed euro 0,10).

Lamenta, pertanto, l'erroneità della pronuncia del giudice di primo grado, il quale non avrebbe correttamente affrontato la questione.

Rileva in primo luogo che l'irrisorietà era stata lamentata non solo per il prezzo di euro 0,07, ma anche per quello di euro 0,10, indicato per numerosi prodotti.

Deduce, poi, che il Tribunale avrebbe errato nel ritenere che andava preso in considerazione il prezzo medio indicato per ogni categoria di prodotti quale prezzo praticato per ognuno di essi.

Invero, il bando consentiva nella specie la possibilità di indicare prezzi differenziati con la conseguenza che l'offerta proposta utilizzando tale facoltà non poteva essere considerata come recante un unico prezzo.

Lamenta, infine, l'errore in cui è incorso il giudice di primo grado nel sottolineare la modesta differenza tra il prezzo degli snack dolci proposto da Tuttomatic (0,31) e quello proposto da essa appellante (0,33), atteso che le doglianze proposte attenevano il prezzo dei singoli prodotti (che non poteva essere meramente simbolico) e non il prezzo medio.

Deduce, da ultimo, l'illegittimità del bando, ove fosse da interpretarsi nel senso che potevano essere attribuiti punteggi anche per prodotti offerti a prezzi vili, in relazione ai quali non vi era comunque obbligo di fornitura nei distributori (es. camomilla, orzo e caffè decaffeinato). In tal modo, infatti, si perveniva ad un evidente effetto distorsivo per la concorrenza, conseguendosi punteggi per prezzi del tutto irrisori e virtuali.

L'appello è fondato.

Meritevoli di favorevole considerazione ed assorbenti risultano, infatti, le censure articolate con riferimento al prezzo offerto per le bevande calde.

L'articolo 4 del bando prevede che nella busta contrassegnata con "Offerta economica" debba essere contenuta "l'indicazione dell'offerta dei prezzi per ognuno dei prodotti richiesti ed elencati nell'Allegato B".

Tale allegato prevede, per le “bevande calde”, l’indicazione di un unico prezzo, come può chiaramente evincersi dalla circostanza che nello stesso viene riportata un’unica casella, con indicazione di un solo prezzo massimo.

La suddetta conclusione è confermata dagli ulteriori contenuti dell’allegato B, il quale, ove ha voluto consentire l’indicazione di prezzi differenziati, lo ha fatto espressamente.

Esso, infatti, contempla per le “bevande fredde” prezzi differenziati per singolo prodotto e, in relazione ad altre categorie di prodotti (snack dolci, snack dolce proveniente dal commercio equo e solidale, snack salati e snack salato proveniente dal commercio equo e solidale), la possibilità di indicare prezzi diversi, nell’ambito di una fascia di oscillazione tra un minimo ed un massimo.

Orbene, nella offerta della Tutto Matic, datata 26 giugno 2015, vengono indicate le diverse tipologie di bevande calde offerte, con indicazione, per ciascuna di esse, di uno specifico prezzo (decaffeinato 0,007 e; latte 0,07 e.; cappuccino 0,24 e.; the 0,24 e.; orzo 0,07 e.; camomilla 0,07 e.; cioccolata 0,24 e). Di poi, sul rigo corrispondente alla categoria del prodotto (bevande calde) è indicato il prezzo di 0,14 e., il quale corrisponde alla media dei prezzi indicati a fianco dei singoli prodotti. Punctum pruriens della presente controversia è, dunque, l’individuazione del concreto contenuto dell’offerta e della reale volontà del concorrente, al fine di stabilire se queste risultino conformi al bando di gara, il quale, ripetesi, richiedeva l’indicazione di un unico prezzo (indifferenziato) per tutte le bevande calde.

La questione si pone in quanto la Tutto Matic ha indicato sia prezzi differenziati per ciascun prodotto, sia un prezzo unico (0,14 euro) riportato sul rigo a fianco della dicitura “bevande calde”.

Orbene, ritiene la Sezione che la volontà del concorrente sia da interpretarsi nel senso della indicazione e della offerta di prezzi differenziati.

Tanto si desume in primo luogo dal dato letterale dell’offerta, la quale contiene l’indicazione di diverse tipologie di bevande calde con indicazione, a fianco di ciascuna di esse, di uno specifico prezzo.

Ove il concorrente avesse voluto offrire veramente un prezzo unico non vi sarebbe stata necessità della specifica indicazione dei singoli prezzi, differenziati per ciascun prodotto.

Poiché, peraltro, a fianco della dicitura “bevande calde” vi è l’indicazione del prezzo di 0,14 euro, occorre verificare se lo stesso, nelle intenzioni del concorrente quali oggettivamente ricavabili dall’offerta, si ponga come prezzo unico (il quale supera gli specifici prezzi analiticamente indicati per ciascun prodotto), rispondendo in tal modo alle indicazioni del bando di gara.

A tale quesito la Sezione ritiene di dover dare risposta negativa sulla base delle considerazioni che di seguito si svolgono.

In disparte la circostanza-sopra evidenziata- della non necessità a tal fine di indicazione di prezzi differenziati per ciascun prodotto (la quale milita, invece, per una volontà diretta proprio a praticare prezzi differenziati, indicandone la specifica entità), potrebbe in astratto ipotizzarsi che la specifica indicazione di prezzi differenziati sia stata posta in essere all’esclusivo fine di giustificare ed esplicitare, in termini media dei

singoli prezzi, il percorso seguito da Tutto Matic per addivenire alla formulazione del prezzo unico di 0,14 euro, indicato sul rigo “Bevande calde”, che costituirebbe, pertanto, il prezzo unico effettivamente offerto. Tale lettura non risulta, peraltro, in linea con le prescrizioni della lex specialis di gara, le quali depongono, invece, per una diversa interpretazione della indicazione del prezzo medio di 0,14 indicato dal concorrente.

Va, invero, evidenziato che il bando, all’articolo 13, lett. b) , rubricata “valutazione dell’offerta economica in riferimento ai prezzi dei principali prodotti”, precisa che “nel caso in cui il prezzo oscilli tra un min e un max verrà effettuata tra prezzi e numero di prodotti proposti una media che verrà usata per l’assegnazione normale del punteggio. I prezzi che concorrono alla media saranno quelli proposti per il pagamento con monete”.

Sulla base di tale prescrizione, va, pertanto, letta l’offerta della Tutto Matic, la quale in tal modo evidenzia che il prezzo medio indicato non è quello unico offerto per i singoli prodotti (prezzo offerto, invece, analiticamente indicato con l’indicazione dello stesso a fianco di ciascuna bevanda), ma piuttosto la media dei singoli prezzi concretamente offerti, la quale ha l’unico scopo di individuare il parametro di calcolo, previsto dal bando, per l’assegnazione del punteggio in caso di prezzi differenziati. Alla luce di quanto sopra, deve, pertanto, ritenersi che l’Amministrazione abbia errato nel ritenere che l’aggiudicatario si fosse impegnato a distribuire ogni bevanda al prezzo di 0,14 euro, non prendendo in considerazione alcuna il dettaglio singole bevande-prezzi indicato nell’offerta.

Non è, di conseguenza, condivisibile quanto affermato nella impugnata sentenza, secondo cui “ –stando alla formulazione dell’offerta dell’aggiudicataria, l’attribuzione del miglior punteggio è avvenuta sulla base di un unico prezzo (pari ad euro 0,14) che costituisce la media dei prezzi differenziati dei singoli prodotti compresi nella categoria “bevande calde”; - pertanto, il prezzo effettivo di ogni singola bevanda calda che verrà praticato all’utenza scolastica (e in tal senso dovrà essere predisposto il contratto da stipulare con la ditta aggiudicataria) non può che coincidere con l’unico prezzo (ancorchè risultante dalla media dei suddetti prodotti) formulato con l’offerta di che trattasi; - sulla base della precisata interpretazione del contenuto dell’offerta e della conseguente aggiudicazione non è fondata la censura di violazione del bando di gara (che non appare violato nella parte in cui prevede un prezzo unico e non prezzi differenziati)”.

Osserva, invero, il Collegio che la volontà del concorrente, come oggettivamente ricavabile dalla formulazione dell’offerta, depone per la offerta di prezzi differenziati e non di un prezzo unico (la cui indicazione risponde , invece, alla sola finalità del calcolo del punteggio da attribuire). Di conseguenza, l’aggiudicazione della gara al prezzo unico di euro 0,14 per ciascuna bevanda calda costituisce una non consentita modificazione dell’offerta del concorrente.

Va, invero, osservato che nella materia degli appalti pubblici vige il principio generale della immodificabilità dell’offerta, che è regola posta a tutela della imparzialità e della trasparenza dell’agire della stazione appaltante, nonché ad ineludibile tutela del principio della concorrenza e

della parità di trattamento tra gli operatori economici che prendono parte alla procedura concorsuale.

La costante giurisprudenza di questo Consiglio (cfr., ex multis, sez. V, 1-8-2015 n. 3769; 27-4-2015, n. 2082; sez. III, 21-10-2014, n. 5196; 27-3-2014, n. 1487) afferma che nelle gare pubbliche è ammissibile una attività interpretativa della volontà dell'impresa partecipante alla gara da parte della stazione appaltante, al fine di superare eventuali ambiguità nella formulazione dell'offerta, purchè si giunga ad esiti certi circa la portata dell'impegno negoziale con essi assunti; evidenziandosi, altresì, che le offerte, intese come atto negoziale, sono suscettibili di essere interpretate in modo tale da ricercare l'effettiva volontà del dichiarante, senza peraltro attingere a fonti di conoscenza estranee all'offerta medesima né a dichiarazioni integrative o rettificative dell'offerente.

Sulla base delle considerazioni sopra svolte, pertanto, non emerge affatto che la Tutto Matic abbia inteso offrire un prezzo unico per le bevande calde, essendovi invece nell'offerta l'indicazione di prezzi differenziati per ciascuna di essa e trovando, pure, alla luce delle prescrizioni del bando, diversa spiegazione l'indicazione del prezzo medio di 0,14.

Deve, di conseguenza, ritenersi che l'offerta della Tutto Matic non fosse conforme alle prescrizioni del bando di gara, il quale prevedeva l'indicazione di un prezzo unico per le "bevande calde".

Avrebbe, di conseguenza, dovuto trovare applicazione la previsione escludente di cui all'articolo 4 della lex specialis, secondo cui "Le offerte ...non conformi alle modalità di presentazione non saranno prese in considerazione".

La ritenuta fondatezza del motivo di appello sopra esaminato e della corrispondente censura avanzata in primo grado dalla Supermatic giustifica di per sé sola la riforma della gravata sentenza e l'accoglimento del ricorso di primo grado.

Resta, pertanto, assorbito l'esame delle ulteriori doglianze, non potendosi, peraltro, non rimarcare, quanto alle censure formulate con riferimento ad altre categorie di prodotti, che non appare corretto affermare – così come ha fatto il giudice di primo grado – che, in presenza di una prescrizione del bando che consente l'offerta di prezzi differenziati e dell'avvenuto esercizio di tale facoltà con indicazione di prezzi differenziati nell'offerta, il prezzo da ritenersi oggetto di offerta sia quello medio da valere "quale prezzo effettivo di ogni singolo prodotto compreso nella medesima categoria".

Tale conclusione, infatti, esula dalla volontà espressa dal concorrente nell'offerta, la quale indica specificamente prezzi differenziati, trovando invece – come si è sopra detto-diversa spiegazione e finalità l'indicazione di un prezzo "medio", dando così luogo ad una inammissibile modificazione dell'offerta medesima.

Dalle considerazioni tutte sopra svolte discende, in accoglimento del ricorso di primo grado, l'annullamento dell'aggiudicazione in favore di Tutto Matic s.r.l., la quale avrebbe dovuto essere correttamente esclusa dalla gara.

Risultando l'attuale appellante Supermatic s.p.a. seconda classificata, spetta ad essa l'aggiudicazione della gara e, dunque, la stessa deve, di conseguenza subentrare nel contratto, all'esito evidentemente della

positiva verifica del possesso dei requisiti richiesti, dopo aver prodotto la documentazione di cui all'articolo 14 del bando.

Invero, sussistono – a giudizio della Sezione (e sempre a condizione della positiva verifica dei requisiti e nella considerazione dell'avvenuta effettiva stipula del contratto con Tutto Matic) - i presupposti per la declaratoria di inefficacia del contratto, ai sensi dell' articolo. 122 c.p.a., che va, pertanto, pronunciata da questo giudice.

Va, invero, rilevato: - che, prevedendo il bando una durata contrattuale di anni tre, con scadenza al 31-8-2018, l'attuale stato di esecuzione e la natura delle prestazioni consentono la possibilità di subentro in capo ad altro operatore economico; - che tale durata manifesta l'interesse al subentro da parte dell'appellante, il quale ha in proposito avanzato specifica richiesta; - che l'interesse pubblico al regolare svolgimento del servizio può essere adeguatamente realizzato fissando la decorrenza della inefficacia al 30/7/2016, di modo che gli studenti non abbiano a subire pregiudizi nel periodo di svolgimento delle lezioni e degli esami del corrente anno scolastico e possa garantirsi l'effettivo subentro già al momento di avvio delle lezioni del prossimo anno scolastico.

Le questioni appena vagliate esauriscono la vicenda sottoposta alla Sezione, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112 c.p.c., in aderenza al principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e pronunciato (come chiarito dalla giurisprudenza costante, ex plurimis, per le affermazioni più risalenti, Cassazione civile, sez. II, 22 marzo 1995 n. 3260 e, per quelle più recenti, Cassazione civile, sez. V, 16 maggio 2012 n. 7663). Gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

Le spese del doppio grado seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo a carico delle amministrazioni appellate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana n. 1466/2015, accoglie le domande proposte con il ricorso di primo grado nei sensi e nei termini in motivazione precisati.

Condanna in solido il Liceo Scientifico "Ulisse Dini" di Pisa e il Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca al pagamento, in favore dell'appellante, delle spese del doppio grado di giudizio, che si liquidano in complessivi euro 4000 (quattromila), oltre IVA e CPA come per legge.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa. Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 aprile 2016 con l'intervento dei magistrati:

| | |
|---------------------|------------------------|
| Roberto Giovagnoli, | Presidente FF |
| Bernhard Lageder, | Consigliere |
| Marco Buricelli, | Consigliere |
| Francesco Mele, | Consigliere, Estensore |
| Stefania Santoleri, | Consigliere |

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 06/05/2016

IL SEGRETARIO

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