

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 29/04/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29321-nello-specifico-di-palmare-evidenza-l-illegittimit-dell-operato-del-consiglio-di-istituto-il-quale-dopo-avere-predisposto-un-elenco-di-parametri-corrispondenti-a-quelli-contenuti-nella-lettera-di>

Autore: Lazzini Sonia

Nello specifico, è di palmare evidenza l'illegittimità dell'operato del Consiglio di Istituto, il quale, dopo avere predisposto un elenco di parametri corrispondenti a quelli contenuti nella lettera di invito – ha poi, nel concreto, tenuto conto esclusiva

Tar Toscana, Firenze, 18.03.2010 n. 695

Nello specifico, è di palmare evidenza l'illegittimità dell'operato del Consiglio di Istituto, il quale, dopo avere predisposto un elenco di parametri corrispondenti a quelli contenuti nella lettera di invito - ha poi, nel concreto, tenuto conto esclusivamente di uno di questi.

l'illegittimità della condotta dell'Amministrazione si ricollega al fatto che questa non ha adeguatamente specificato ed integrato i criteri generali di valutazione delle offerte indicati nella lettera di invito (graduandone la rispettiva importanza), come pure, secondo la giurisprudenza costante, avrebbe potuto fare fino al momento dell'apertura delle buste recanti le offerte stesse (cfr., ex multis, C.d.S., Sez. V, 18 dicembre 2008, n. 6320; id., Sez. VI, 25 settembre 2007, n. 4956)

Ed invero, con tale motivo è stato dedotto: a) che le indicazioni fornite nella lettera di invito circa i requisiti dell'offerta sarebbero illegittime per perplessità, perché l'Istituto avrebbe fatto confusione tra condizioni di ammissibilità ed elementi di valutazione delle offerte, aggiungendo anche elementi di dubbia riconducibilità (si tratta di doglianza già dedotta con il primo motivo); b) che, sebbene il Consiglio di Istituto avesse preparato uno schema comparativo comprensivo di tutti gli elementi, in tal modo dimostrando di volerli valutare tutti, in realtà, poi, per taluni degli elementi stessi o non vi sarebbe stata nessuna valutazione (è il caso degli snack), o la valutazione sarebbe incomprendibile, recando il succitato schema dei punti interrogativi, cui non si sa che significato riconnettere; c) che per alcune voci (tempistica delle operazioni di manutenzione e pulizia e degli interventi per guasto) l'offerta della ricorrente sarebbe stata migliore di quella dell'aggiudicataria, ma le voci in questione non sarebbero state considerate.

Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo?

Orbene, nel caso di specie la documentazione in atti e le medesime giustificazioni rese dall'Istituto Scolastico nella relazione sui fatti di causa comprovano la fondatezza dei punti b) e c) dell'ora visto motivo. Nello specifico, è di palmare evidenza l'illegittimità dell'operato del Consiglio di Istituto, il quale, dopo avere predisposto un elenco di parametri (macchina in comodato, installazione a carico della ditta, tempistica per la manutenzione e la pulizia della macchina, tempistica per la riparazione dei guasti, costo delle bevande, gestione diretta della ditta per la fornitura delle bevande, eventuale installazione di un distributore di acqua, bevande e merende ad uso del personale) - corrispondenti a quelli contenuti nella lettera di invito - ha poi, nel concreto, tenuto conto esclusivamente di uno di questi. La scelta, infatti, è stata compiuta unicamente sulla base del costo di acqua e bevande calde, come si afferma nella già citata nota dell'Istituto del 10 giugno 2008.

Non è fondata la giustificazione a tal proposito avanzata dal dirigente scolastico nella relazione sui fatti di causa, secondo cui, per taluni degli elementi predisposti, nessuna delle due ditte partecipanti alla gara avrebbe fornito una risposta chiara, così impedendo al Consiglio di Istituto di valutarli: ciò che spiegherebbe l'apposizione dei punti interrogativi in corrispondenza di tali voci o elementi. La spiegazione non convince, perché, a ben vedere, i punti interrogativi risultano apposti sul prospetto comparativo predisposto dal Consiglio di Istituto in relazione a voci, per almeno alcune delle quali nelle offerte (o quantomeno nell'offerta della ricorrente) si rinviene un'esplicita indicazione. Basta considerare, ad es., la voce riguardante la tempistica degli interventi di riparazione in caso di guasto alla macchina, da eseguire entro 48 ore dalla chiamata: per tale voce il prospetto, mentre riporta la positiva risposta della Controinteressata S.r.l., reca un punto interrogativo in corrispondenza della casella relativa all'offerta della ricorrente, il che significherebbe - secondo l'Istituto resistente - la mancata o non chiara risposta su detta voce da parte della Gruppo Ricorrente S.r.l.: ma, se si esamina l'offerta di quest'ultima, nel paragrafo "Linea salute" si rinviene l'affermazione che "in caso di guasto o vuoto macchina l'intervento avviene normalmente entro le due/tre ore lavorative dal ricevimento della

chiamata”. Se, poi, si ripete tale controllo per la voce attinente alla tempistica della manutenzione e pulizia della macchina (voce per cui, nel prospetto de quo, è stato apposto un punto interrogativo in relazione sia all’offerta della ricorrente, sia a quella dell’aggiudicataria), si vede che l’offerta della ricorrente reca due indicazioni all’apparenza differenti, una delle quali, però, conforme alle richieste dell’Istituto Scolastico. Infatti, nella parte iniziale dell’offerta, nel paragrafo denominato “Personale dipendente addetto alla qualità ed al controllo”, si parla di operazioni di pulizia ordinarie a cadenza mensile, cui si aggiungono operazioni straordinarie di igienizzazione a cadenza trimestrale; tuttavia, in altra parte dell’offerta, nel paragrafo “Personale impiegato nel servizio” (posto immediatamente prima del paragrafo “Linea salute”), viene precisato che gli addetti al rifornimento “programmano le visite di rifornimento in maniera tale che la visita avvenga sempre prima che il prodotto sia finito, da un minimo di passaggio settimanale fino ad uno giornaliero ed oltre”, mentre, poi, nel paragrafo “Linea salute” si aggiunge che, tra i compiti dell’addetto al rifornimento incaricato di passare entro la ricreazione, o nel pomeriggio, è compreso quello di provvedere alla pulizia dei distributori e delle vetrine, nonché allo svuotamento dei bidoni dei rifiuti. È ragionevole, allora, ricavarne che un primo livello di operazioni di pulizia, da svolgersi dall’addetto al rifornimento della macchina con cadenza quantomeno settimanale, pertanto in conformità alla lettera di invito ed al prospetto del Consiglio di Istituto, fosse stato previsto dall’offerta della ricorrente; al più, in caso di perdurante dubbio, la P.A. si sarebbe potuta avvalere del potere di cui all’art. 46 del d.lgs. n. 163/2006. In ogni caso, è erronea l’apposizione di un punto interrogativo per la voce de qua in corrispondenza dell’offerta della ditta ricorrente, atteso il significato negativo riconnesso dalla P.A. ad una simile apposizione, come più sopra chiarito.

Merita di essere segnalata la sentenza numero 695 del 18 marzo 2010 del Tar Toscana, Firenze ed in particolare il seguente passaggio:

< L’illegittima pretermissione, ai fini della valutazione delle offerte, degli elementi diversi da quello relativo alle bevande calde ed all’acqua, si manifesta evidente anche sotto altri profili: risulta, nello specifico, palese l’illegittimità dell’omissione di ogni valutazione circa l’eventuale installazione di un distributore di acqua, bevande e merende ad uso esclusivo del personale. Il prospetto predisposto dal Consiglio di Istituto mostra che quest’ultimo si è limitato a dare conto del fatto che sia l’offerta della ricorrente, sia quella dell’aggiudicataria, prevedevano l’installazione di detto distributore, ma non ha aggiunto nessuna considerazione circa la maggiore convenienza dell’una o dell’altra offerta sotto questo profilo, che, invece, avrebbe dovuto essere valutato al pari degli altri: fermo restando, in ogni caso, che le merende (o snack), in base alla lettera di invito, non avrebbero dovuto far parte degli altri distributori da installare nei diversi plessi dell’Istituto e che di ciò si sarebbe potuto tenere conto attribuendo alla voce in esame un “peso” inferiore, ma non omettendone la valutazione (come invece è stato fatto). Sul punto si appalesa irragionevole la condotta dell’Istituto: questo, mentre ha omesso, si ripete, ogni valutazione sul prodotto “merende”, ha, invece, valutato il prodotto “acqua”, considerandone il costo ed inserendolo, nel prospetto, all’interno della voce relativa al “costo delle bevande”; ciò, nonostante la lettera di invito non lasciasse equivoci sul fatto che il prodotto “acqua” era previsto, al pari degli snack, per il solo distributore ad uso esclusivo del personale, essendo tutti gli altri distributori di bevande calde (così la lettera di invito), dunque non di acqua. Dal ché si deve desumere che all’Istituto rimaneva l’alternativa o di non tenere conto, ai fini della valutazione delle offerte, di nessuno dei due prodotti in discorso (né l’acqua, né gli snack), o di tenere conto di tutti e due (magari graduandone diversamente l’importanza), ma non certo di tener conto solo del primo e non del secondo, come invece è avvenuto. A propria giustificazione l’Istituto invoca il fatto che l’acqua e le bevande calde sarebbero i prodotti più richiesti, ma tale giustificazione è per più versi illegittima. Innanzitutto, essa non è supportata da nessun elemento probatorio che dimostri la fondatezza di una simile asserzione: almeno per i succhi di frutta, è ragionevole pensare ad un consumo, se non di uguale livello, comunque significativo. In secondo luogo, risulta contraddetta dal fatto che nel prospetto utilizzato sono state riportate anche le bevande fredde, distinte nelle varie tipologie (tè e succhi di frutta), in ragione dei rispettivi costi. In terzo luogo – si ribadisce – trattasi di giustificazione (basata su un criterio aggiunto ex post) che, in ogni caso, avrebbe potuto al più condurre a graduare diversamente, secondo il rispettivo “peso”, le singole voci,

attribuendo punteggi diversi ad ognuna di esse, ma non già ad ignorarne alcune (pur se elencate nella lettera di invito) ed a tener conto esclusivamente di altre. Né inganni, sul punto, che la deliberazione del Consiglio di Istituto n. 8/2008 richiama nelle premesse anche il costo di bevande fredde (tè e succhi di frutta) e snack, in quanto nel successivo “considerato” si legge espressamente che i prodotti più richiesti sarebbero bevande calde ed acqua: quindi, è in base a questi elementi che è stata effettuata la scelta.>

Ma non solo

< In linea generale, l’illegittimità della condotta dell’Amministrazione si ricollega al fatto che questa non ha adeguatamente specificato ed integrato i criteri generali di valutazione delle offerte indicati nella lettera di invito (graduandone la rispettiva importanza), come pure, secondo la giurisprudenza costante, avrebbe potuto fare fino al momento dell’apertura delle buste recanti le offerte stesse (cfr., ex multis, C.d.S., Sez. V, 18 dicembre 2008, n. 6320; id., Sez. VI, 25 settembre 2007, n. 4956): la mancanza di detta attività integratrice ha indotto l’Istituto Scolastico ad un’arbitraria equiparazione di tutte le voci (con reciproca neutralizzazione di quelle corrispondenti a richieste non adempiute, o adempiute con poca chiarezza, dalle offerenti), ad eccezione della voce attinente alle bevande calde ed acqua. Anche la valutazione compiuta per tale voce non è immune, peraltro, da censure, giacché, come dedotto nel primo motivo di ricorso, il criterio del costo “più vantaggioso” non può reputarsi coincidente con quello del minor costo. Sul punto il Collegio condivide l’assunto della ricorrente, in base al quale la dizione “costo più vantaggioso” evoca non soltanto il prezzo del prodotto, come ha ritenuto la P.A., ma anche profili qualitativi e quantitativi (per es. le dimensioni della lattina), di cui, però, non è dimostrato che si sia tenuto conto. Se, infatti, l’Amministrazione avesse voluto riferirsi solo al prezzo del prodotto, privilegiando l’offerta recante i prezzi più bassi per l’acqua e le bevande calde, avrebbe dovuto esplicitarlo, ma non l’ha fatto: anzi, le giustificazioni fornite in proposito dal dirigente scolastico nella relazione sui fatti di causa, per il tono ipotetico e di giudizio personale con cui sono formulate (“per quanto riguarda la questione tra offerta più vantaggiosa e più bassa ritengo che la decisione del Consiglio sia stata presa tenendo conto del prezzo più basso e della quantità..”), già di per sé connotano di perplessità l’agire della P.A. nel caso di specie.

Oltre al terzo motivo, risulta quindi fondato, nei termini ora visti, anche il primo.>

A cura di Sonia LAzzini

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 695 del 18 marzo 2010 del Tar Toscana, Firenze

N. 00695/2010 REG.SEN.

N. 01597/2008 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

ex artt. 23-bis della l. 6 dicembre 1971, n. 1034 e successive modifiche e integrazioni,

sul ricorso numero di registro generale 1597 del 2008, proposto dalla Gruppo Ricorrente S.r.l., in persona del Presidente e legale rappresentante pro tempore, sig. Ettore Marzolo, rappresentata e difesa dagli avv.ti Ivan Marrone e Dario Rigacci e con domicilio eletto presso il loro studio, in Firenze, via de' Rondinelli n. 2

contro

Istituto Comprensivo Statale Secondo di Scandicci, in persona del Dirigente pro tempore, ex lege rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Firenze e domiciliato presso gli Uffici di questa, in Firenze, via degli Arazzieri n. 4

nei confronti di

Controinteressata S.r.l., non costituita in giudizio

per l'annullamento,

previa sospensione dell'efficacia,

degli atti e provvedimenti mediante i quali l'Istituto Comprensivo Statale Secondo di Scandicci ha disciplinato, svolto ed aggiudicato la gara per l'affidamento del servizio di gestione di distributori automatici ed in particolare:

- della nota dell'Istituto Comprensivo Statale Secondo di Scandicci prot. 4284/C15 del 19 maggio 2008, recante lettera di invito;
- della delibera del Consiglio di Istituto n. 8/2008 del 9 giugno 2008, di aggiudicazione definitiva della gara in favore della Controinteressata S.r.l.;

- della nota dell'Istituto Comprensivo Statale Secondo di Scandicci prot. 4911/C15 del 10 giugno 2008, contenente la comunicazione dell'aggiudicazione definitiva, nonché la disdetta del precedente contratto.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Istituto Comprensivo Statale Secondo di Scandicci;

Viste la sentenza di questo Tribunale n. 2316/08 del 24 ottobre 2008 e la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 8715/09 del 24 dicembre 2009;

Viste le memorie ed i documenti depositati dalle parti a sostegno delle rispettive tesi e difese;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 23-bis, comma 6, della l. 6 dicembre 1971, n. 1034, introdotto dalla l. 21 luglio 2000, n. 205;

Nominato relatore, nell'udienza pubblica del 18 febbraio 2010, il dott. Pietro De Berardinis;

Uditi i difensori presenti delle parti costituite, come specificato nel verbale

FATTO

La ricorrente, Gruppo Ricorrente S.r.l., espone di essere stata autorizzata dall'Istituto Comprensivo Statale Secondo di Scandicci ad installare e gestire distributori automatici di alimenti e bevande nei vari plessi scolastici. In particolare, il relativo rapporto è stato formalizzato da ultimo con nota del dirigente scolastico dell'Istituto prot. n. 4215/C15 del 4 luglio 2006, contenente l'autorizzazione al mantenimento di un distributore presso la scuola media "Spinelli" per un anno. La società sottolinea che, in base alla nota de qua, era previsto il rinnovo tacito per un anno e così di seguito, se tre mesi prima della scadenza una parte non avesse dato disdetta all'altra con lettera raccomandata.

Nondimeno, con nota prot. n. 4284/C15 del 19 maggio 2008, lo stesso Istituto Scolastico ha invitato l'esponente a formulare un offerta per l'installazione presso le scuole dell'Istituto di un distributore di bevande calde, nonché, per le scuole secondaria e primaria, anche l'eventuale installazione di un distributore di acqua, bevande e merende ad uso esclusivo del personale. Nella nota si precisava che i criteri di aggiudicazione sarebbero stati: 1) il rispetto di tutte le condizioni previste dal dispositivo di gara; 2) il costo più vantaggioso.

La società esponente presentava la propria offerta, ma, in data 16 giugno 2008, riceveva la nota del dirigente dell'Istituto prot. n. 4911/C15 del 10 giugno 2008, recante comunicazione dell'intervenuta aggiudicazione – a seguito di deliberazione del Consiglio di Istituto n. 8/2008 del 9 giugno 2008 – dell'installazione dei distributori alla ditta Controinteressata S.r.l., e contestuale disdetta della gestione in corso di esecuzione da parte dell'esponente stessa, a partire dal 10 settembre 2008.

La Gruppo Ricorrente S.r.l. formulava le proprie rimostranze avverso detta comunicazione, con lettera del 15 settembre 2008, alla quale l'Amministrazione rispondeva con nota del 17 settembre 2008, respingendo le rimostranze.

Dolendosi degli atti con cui l'Istituto Scolastico ha disciplinato, eseguito ed aggiudicato la gara de qua (in specie della lettera di invito, della deliberazione del Consiglio di Istituto di aggiudicazione della gara, e della comunicazione dell'aggiudicazione e contestuale disdetta della gestione in corso), la società esponente li ha impugnati con il ricorso indicato in epigrafe, chiedendone l'annullamento, previa sospensione.

A supporto del gravame ha dedotto i seguenti motivi:

- eccesso di potere per violazione dei principi del giusto procedimento, ragionevolezza, trasparenza, efficienza, economicità ed imparzialità, in quanto la lettera di invito: non conterrebbe criteri certi e definiti di aggiudicazione e quelli indicati sarebbero irragionevoli, non attribuirebbe nessun peso al canone proposto

dai concorrenti in favore dell'Istituto Scolastico, non indicherebbe il periodo per il quale è previsto l'affidamento;

- eccesso di potere per violazione del principio di trasparenza, poiché la data della seduta fissata per l'apertura delle buste non sarebbe stata comunicata alla ricorrente;

- violazione e/o falsa applicazione della lettera di invito, quale *lex specialis* della procedura, eccesso di potere per perplessità, carenza di istruttoria, in quanto nella lettera di invito non si riuscirebbe a distinguere tra condizioni di ammissione ed elementi di valutazione delle offerte; inoltre per alcuni di tali elementi il Consiglio di Istituto, anziché valutarli, avrebbe apposto punti interrogativi; ancora, taluni elementi non sarebbero stati affatto valutati ed infine, per alcune voci l'offerta della ricorrente sarebbe stata migliore di quella dell'aggiudicataria, ma di ciò non si sarebbe tenuto conto;

- eccesso di potere per contrasto con precedente provvedimento e violazione e/o falsa applicazione dell'art. 23 della l. n. 62/2005, giacché la disdetta del rapporto in corso sarebbe tardiva, né potrebbe richiamarsi il divieto di rinnovo tacito ex art. 23 della l. n. 62/2005, che attiene ai contratti, mentre nel caso di specie ci si troverebbe dinanzi ad un'autorizzazione;

- in subordine, violazione e/o falsa applicazione degli artt. 38, 39 e 57 del d.lgs. n. 163/2006, in quanto, nell'ipotesi in cui si ravvisasse la sussistenza di un contratto, non sarebbe stata rispettata la disciplina dettata dal d.lgs. n. 163/2006 (in particolare, dagli artt. 38, 39 e 57).

Si è costituito l'Istituto Comprensivo Statale Secondo di Scandicci, depositando, in prossimità della Camera di consiglio fissata per la discussione dell'istanza cautelare, una relazione sui fatti di causa a firma del dirigente scolastico, corredata della pertinente documentazione.

Con sentenza n. 2316/08 del 24 ottobre 2008, resa in forma semplificata ai sensi degli artt. 21 e 26 della l. n. 1034/1971, questo Tribunale ha dichiarato l'inammissibilità del gravame per difetto di giurisdizione. Avverso siffatta decisione la Gruppo Ricorrente S.r.l. ha interposto appello, accolto dal Consiglio di Stato con sentenza n. 8715/09 del 24 dicembre 2009, che ha, perciò, rinviato gli atti al giudice di primo grado.

In vista dell'udienza di merito, la ricorrente ha depositato una breve memoria, in cui ha ricapitolato le censure avverso gli atti impugnati, insistendo nelle conclusioni già rassegnate.

All'udienza pubblica del 18 febbraio 2010 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Con il ricorso in epigrafe si impugnano gli atti della procedura attraverso cui l'Istituto Comprensivo Statale Secondo di Scandicci ha affidato la gestione dei distributori di bevande alla Controinteressata S.r.l. per tutti i plessi dell'Istituto stesso (cfr. il dispositivo della deliberazione del Consiglio di Istituto n. 8/2008 del 9 giugno 2008, doc. n. 6 della difesa dell'Istituto).

In via pregiudiziale, il Collegio deve scrutinare la questione (rilevabile d'ufficio) degli effetti che si possono eventualmente collegare sul piano processuale – in particolare, sul piano dell'ammissibilità del gravame – alla mancata impugnazione espressa, da parte della ricorrente, della nota dell'Istituto resistente n. 6628/C15 del 17 settembre 2008, recante risposta (negativa) alla lettera di rimostranze inviata dalla ricorrente stessa il 15 settembre 2008, ed in specie il diniego sull'istanza di ripetizione della gara formulata con tale lettera.

Sul punto, il Collegio ritiene che la mancata impugnazione espressa della nota de qua non determini l'inammissibilità del gravame, atteso che a siffatta nota deve riconoscersi natura di atto meramente confermativo, come tale, privo di una reale ed autonoma capacità lesiva e, quindi, non impugnabile (T.A.R. Campania, Napoli,

Sez. IV, 22 ottobre 2009, n. 6180). La giurisprudenza è, invero, costante nell'affermare che l'atto è meramente confermativo quando, senza acquisizione di nuovi elementi di fatto e senza alcuna nuova valutazione, tiene ferme le statuizioni in precedenza adottate; ci si trova, invece, dinanzi ad un nuovo provvedimento, pur se mantenga l'assetto degli interessi già disposto, nel caso venga effettuata un'ulteriore istruttoria, anche per la sola verifica dei fatti, o con un nuovo apprezzamento di essi, in quanto tale provvedimento (da qualificare come atto di conferma) esprime un diverso esercizio dello stesso potere (cfr., ex multis, C.d.S., Sez. V, 29 dicembre 2009, n. 8853). Se l'atto di conferma è ex se impugnabile, perché comporta un completo riesame della fattispecie e si sostituisce all'atto confermato, pur avendo identico dispositivo, l'atto meramente confermativo si limita a richiamare il precedente provvedimento e, pertanto, non ha alcuna valenza costitutiva, con conseguente inammissibilità per difetto di interesse del ricorso proposto contro di esso (C.d.S., Sez. IV, 10 dicembre 2009, n. 7732; v. pure C.d.S., Sez. V, 9 febbraio 2010, n. 619).

Nella fattispecie in esame, la nota dell'Istituto del 17 settembre 2008 altro non fa, al punto n. 2, che ripetere la motivazione della scelta effettuata in favore dell'impresa aggiudicataria Controinteressata S.r.l., già contenuta nella nota dell'Istituto prot. n. 4911/C15 del 10 giugno 2008 – ritualmente impugnata – contenente la comunicazione dell'aggiudicazione e la disdetta del rapporto in corso di esecuzione. Ciò si evince dalla stessa nota del 17 settembre 2008, che per detta motivazione si rifà alla nota del 10 giugno 2008, richiamandone il contenuto (attraverso la formula "come già detto nella lettera del 10/6/2008). Ed invero, tanto nell'una, quanto nell'altra nota si afferma che la scelta dell'Istituto si è fondata sulla considerazione della maggiore convenienza economica dell'offerta della Controinteressata S.r.l. relativamente a bevande calde ed acqua, scelti come gli esclusivi elementi da valutare giacché si tratterebbe dei prodotti più richiesti. La

nota del 17 settembre 2008 evidenzia che “il prezzo degli snack non ha inciso sulla valutazione in quanto il consiglio ha scelto di installarli solo per i docenti in 2 scuole”, ma questa affermazione, a ben vedere, nulla aggiunge alla motivazione della scelta che si evince dalla comunicazione del 10 giugno 2008, in cui era già esplicitato: a) che i distributori di snack sarebbero stati installati a disposizione solo del personale e nelle scuole che ne avessero fatto richiesta; b) che, ai fini della scelta, si sono prese in considerazione – come già visto – solo bevande calde ed acqua e non gli snack, perché questi ultimi sarebbero prodotti meno richiesti. Ne consegue che la nota dell’Istituto del 17 settembre 2008, non impugnata, si esaurisce, per questa parte, in una mera ripetizione di quanto già affermato dall’Amministrazione negli atti impugnati, senza nessuna nuova istruttoria o valutazione sul punto, ed ha, perciò, valore meramente confermativo delle scelte e delle decisioni già prese. Al più, le si potrebbe riconoscere natura innovativa nella parte in cui, per giustificare la disdetta comunicata con la precedente nota del 10 giugno 2008, individua nell’art. 23 della l. n. 62/2005 la disciplina applicabile alla fattispecie sotto i profili della disdetta e del rinnovo del rapporto in corso di esecuzione. Ne deriverebbe l’inammissibilità di quel solo motivo di ricorso (il quarto) con cui, come si è poc’anzi accennato, viene dedotta l’illegittimità del richiamo al divieto di rinnovo tacito ex art. 23 cit.: motivo che, peraltro, come si vedrà oltre, è infondato.

Venendo al merito del gravame, va preliminarmente chiarito che la decisione del Consiglio di Stato n. 8715/2009 ha efficacia vincolante in ordine alla qualificazione giuridica della fattispecie per cui è causa, in quanto è proprio da tale qualificazione che discende la devoluzione della controversia alla giurisdizione amministrativa (devoluzione sulla quale si incentra il dictum della decisione). Perciò, è definitivamente accertato che ci si trova dinanzi, nella specie, ad un’ipotesi di contratto misto, in forza del quale, per lo svolgimento del servizio in esame (da

considerarsi rientrante nella categoria “altri servizi” di cui all'allegato II B al d.lgs. n. 163/2006), è stata implicitamente e strumentalmente assegnata in concessione all'interessata anche l'area sulla quale collocare la macchina distributrice: la controversia ha dunque ad oggetto, congiuntamente, una gara per l'affidamento di un servizio ed un provvedimento relativo alla concessione di un bene pubblico.

Tanto premesso, il Collegio ritiene di dover prioritariamente esaminare il terzo motivo di ricorso, la cui fondatezza è assorbente rispetto alle altre censure avanzate.

Ed invero, con tale motivo è stato dedotto: a) che le indicazioni fornite nella lettera di invito circa i requisiti dell'offerta sarebbero illegittime per perplessità, perché l'Istituto avrebbe fatto confusione tra condizioni di ammissibilità ed elementi di valutazione delle offerte, aggiungendo anche elementi di dubbia riconducibilità (si tratta di doglianza già dedotta con il primo motivo); b) che, sebbene il Consiglio di Istituto avesse preparato uno schema comparativo comprensivo di tutti gli elementi, in tal modo dimostrando di volerli valutare tutti, in realtà, poi, per taluni degli elementi stessi o non vi sarebbe stata nessuna valutazione (è il caso degli snack), o la valutazione sarebbe incomprendibile, recando il succitato schema dei punti interrogativi, cui non si sa che significato riconnettere; c) che per alcune voci (tempistica delle operazioni di manutenzione e pulizia e degli interventi per guasto) l'offerta della ricorrente sarebbe stata migliore di quella dell'aggiudicataria, ma le voci in questione non sarebbero state considerate.

Orbene, nel caso di specie la documentazione in atti e le medesime giustificazioni rese dall'Istituto Scolastico nella relazione sui fatti di causa comprovano la fondatezza dei punti b) e c) dell'ora visto motivo. Nello specifico, è di palmare evidenza l'illegittimità dell'operato del Consiglio di Istituto, il quale, dopo avere predisposto un elenco di parametri (macchina in comodato, installazione a carico della ditta, tempistica per la manutenzione e la pulizia della macchina, tempistica

per la riparazione dei guasti, costo delle bevande, gestione diretta della ditta per la fornitura delle bevande, eventuale installazione di un distributore di acqua, bevande e merende ad uso del personale) – corrispondenti a quelli contenuti nella lettera di invito – ha poi, nel concreto, tenuto conto esclusivamente di uno di questi. La scelta, infatti, è stata compiuta unicamente sulla base del costo di acqua e bevande calde, come si afferma nella già citata nota dell'Istituto del 10 giugno 2008.

Non è fondata la giustificazione a tal proposito avanzata dal dirigente scolastico nella relazione sui fatti di causa, secondo cui, per taluni degli elementi predisposti, nessuna delle due ditte partecipanti alla gara avrebbe fornito una risposta chiara, così impedendo al Consiglio di Istituto di valutarli: ciò che spiegherebbe l'apposizione dei punti interrogativi in corrispondenza di tali voci o elementi. La spiegazione non convince, perché, a ben vedere, i punti interrogativi risultano apposti sul prospetto comparativo predisposto dal Consiglio di Istituto in relazione a voci, per almeno alcune delle quali nelle offerte (o quantomeno nell'offerta della ricorrente) si rinviene un'esplicita indicazione. Basta considerare, ad es., la voce riguardante la tempistica degli interventi di riparazione in caso di guasto alla macchina, da eseguire entro 48 ore dalla chiamata: per tale voce il prospetto, mentre riporta la positiva risposta della Controinteressata S.r.l., reca un punto interrogativo in corrispondenza della casella relativa all'offerta della ricorrente, il che significherebbe – secondo l'Istituto resistente – la mancata o non chiara risposta su detta voce da parte della Gruppo Ricorrente S.r.l.: ma, se si esamina l'offerta di quest'ultima, nel paragrafo “Linea salute” si rinviene l'affermazione che “in caso di guasto o vuoto macchina l'intervento avviene normalmente entro le due/tre ore lavorative dal ricevimento della chiamata”. Se, poi, si ripete tale controllo per la voce attinente alla tempistica della manutenzione e pulizia della macchina (voce per cui, nel prospetto de quo, è stato apposto un punto

interrogativo in relazione sia all'offerta della ricorrente, sia a quella dell'aggiudicataria), si vede che l'offerta della ricorrente reca due indicazioni all'apparenza differenti, una delle quali, però, conforme alle richieste dell'Istituto Scolastico. Infatti, nella parte iniziale dell'offerta, nel paragrafo denominato "Personale dipendente addetto alla qualità ed al controllo", si parla di operazioni di pulizia ordinarie a cadenza mensile, cui si aggiungono operazioni straordinarie di igienizzazione a cadenza trimestrale; tuttavia, in altra parte dell'offerta, nel paragrafo "Personale impiegato nel servizio" (posto immediatamente prima del paragrafo "Linea salute"), viene precisato che gli addetti al rifornimento "programmano le visite di rifornimento in maniera tale che la visita avvenga sempre prima che il prodotto sia finito, da un minimo di passaggio settimanale fino ad uno giornaliero ed oltre", mentre, poi, nel paragrafo "Linea salute" si aggiunge che, tra i compiti dell'addetto al rifornimento incaricato di passare entro la ricreazione, o nel pomeriggio, è compreso quello di provvedere alla pulizia dei distributori e delle vetrine, nonché allo svuotamento dei bidoni dei rifiuti. È ragionevole, allora, ricavarne che un primo livello di operazioni di pulizia, da svolgersi dall'addetto al rifornimento della macchina con cadenza quantomeno settimanale, pertanto in conformità alla lettera di invito ed al prospetto del Consiglio di Istituto, fosse stato previsto dall'offerta della ricorrente; al più, in caso di perdurante dubbio, la P.A. si sarebbe potuta avvalere del potere di cui all'art. 46 del d.lgs. n. 163/2006. In ogni caso, è erronea l'apposizione di un punto interrogativo per la voce de qua in corrispondenza dell'offerta della ditta ricorrente, atteso il significato negativo riconnesso dalla P.A. ad una simile apposizione, come più sopra chiarito.

L'illegittima pretermissione, ai fini della valutazione delle offerte, degli elementi diversi da quello relativo alle bevande calde ed all'acqua, si manifesta evidente anche sotto altri profili: risulta, nello specifico, palese l'illegittimità dell'omissione

di ogni valutazione circa l'eventuale installazione di un distributore di acqua, bevande e merende ad uso esclusivo del personale. Il prospetto predisposto dal Consiglio di Istituto mostra che quest'ultimo si è limitato a dare conto del fatto che sia l'offerta della ricorrente, sia quella dell'aggiudicataria, prevedevano l'installazione di detto distributore, ma non ha aggiunto nessuna considerazione circa la maggiore convenienza dell'una o dell'altra offerta sotto questo profilo, che, invece, avrebbe dovuto essere valutato al pari degli altri: fermo restando, in ogni caso, che le merende (o snack), in base alla lettera di invito, non avrebbero dovuto far parte degli altri distributori da installare nei diversi plessi dell'Istituto e che di ciò si sarebbe potuto tenere conto attribuendo alla voce in esame un "peso" inferiore, ma non omettendone la valutazione (come invece è stato fatto). Sul punto si appalesa irragionevole la condotta dell'Istituto: questo, mentre ha omesso, si ripete, ogni valutazione sul prodotto "merende", ha, invece, valutato il prodotto "acqua", considerandone il costo ed inserendolo, nel prospetto, all'interno della voce relativa al "costo delle bevande"; ciò, nonostante la lettera di invito non lasciasse equivoci sul fatto che il prodotto "acqua" era previsto, al pari degli snack, per il solo distributore ad uso esclusivo del personale, essendo tutti gli altri distributori di bevande calde (così la lettera di invito), dunque non di acqua. Dalché si deve desumere che all'Istituto rimaneva l'alternativa o di non tenere conto, ai fini della valutazione delle offerte, di nessuno dei due prodotti in discorso (né l'acqua, né gli snack), o di tenere conto di tutti e due (magari graduandone diversamente l'importanza), ma non certo di tener conto solo del primo e non del secondo, come invece è avvenuto.

A propria giustificazione l'Istituto invoca il fatto che l'acqua e le bevande calde sarebbero i prodotti più richiesti, ma tale giustificazione è per più versi illegittima. Innanzitutto, essa non è supportata da nessun elemento probatorio che dimostri la fondatezza di una simile asserzione: almeno per i succhi di frutta, è ragionevole

pensare ad un consumo, se non di uguale livello, comunque significativo. In secondo luogo, risulta contraddetta dal fatto che nel prospetto utilizzato sono state riportate anche le bevande fredde, distinte nelle varie tipologie (tè e succhi di frutta), in ragione dei rispettivi costi. In terzo luogo – si ribadisce – trattasi di giustificazione (basata su un criterio aggiunto ex post) che, in ogni caso, avrebbe potuto al più condurre a graduare diversamente, secondo il rispettivo “peso”, le singole voci, attribuendo punteggi diversi ad ognuna di esse, ma non già ad ignorarne alcune (pur se elencate nella lettera di invito) ed a tener conto esclusivamente di altre. Né inganni, sul punto, che la deliberazione del Consiglio di Istituto n. 8/2008 richiama nelle premesse anche il costo di bevande fredde (tè e succhi di frutta) e snack, in quanto nel successivo “considerato” si legge espressamente che i prodotti più richiesti sarebbero bevande calde ed acqua: quindi, è in base a questi elementi che è stata effettuata la scelta.

In linea generale, l’illegittimità della condotta dell’Amministrazione si ricollega al fatto che questa non ha adeguatamente specificato ed integrato i criteri generali di valutazione delle offerte indicati nella lettera di invito (graduandone la rispettiva importanza), come pure, secondo la giurisprudenza costante, avrebbe potuto fare fino al momento dell’apertura delle buste recanti le offerte stesse (cfr., ex multis, C.d.S., Sez. V, 18 dicembre 2008, n. 6320; id., Sez. VI, 25 settembre 2007, n. 4956): la mancanza di detta attività integratrice ha indotto l’Istituto Scolastico ad un’arbitraria equiparazione di tutte le voci (con reciproca neutralizzazione di quelle corrispondenti a richieste non adempiute, o adempiute con poca chiarezza, dalle offerenti), ad eccezione della voce attinente alle bevande calde ed acqua. Anche la valutazione compiuta per tale voce non è immune, peraltro, da censure, giacché, come dedotto nel primo motivo di ricorso, il criterio del costo “più vantaggioso” non può reputarsi coincidente con quello del minor costo. Sul punto il Collegio condivide l’assunto della ricorrente, in base al quale la dizione “costo più

vantaggioso” evoca non soltanto il prezzo del prodotto, come ha ritenuto la P.A., ma anche profili qualitativi e quantitativi (per es. le dimensioni della lattina), di cui, però, non è dimostrato che si sia tenuto conto. Se, infatti, l’Amministrazione avesse voluto riferirsi solo al prezzo del prodotto, privilegiando l’offerta recante i prezzi più bassi per l’acqua e le bevande calde, avrebbe dovuto esplicitarlo, ma non l’ha fatto: anzi, le giustificazioni fornite in proposito dal dirigente scolastico nella relazione sui fatti di causa, per il tono ipotetico e di giudizio personale con cui sono formulate (“per quanto riguarda la questione tra offerta più vantaggiosa e più bassa ritengo che la decisione del Consiglio sia stata presa tenendo conto del prezzo più basso e della quantità..”), già di per sé connotano di perplessità l’agire della P.A. nel caso di specie.

Oltre al terzo motivo, risulta quindi fondato, nei termini ora visti, anche il primo. Va invece respinto il quarto motivo, perché basato sul presupposto che nella fattispecie in esame non ci si trovi dinanzi ad un rapporto contrattuale: presupposto che è confutato dalla citata decisione del Consiglio di Stato n. 8715/2009, la quale, come ricordato, ha espressamente inquadrato la fattispecie stessa in termini contrattuali.

In definitiva il ricorso è fondato e va accolto, attesa la fondatezza del primo e del terzo motivo e con assorbimento degli altri, ad eccezione del quarto motivo, che va invece respinto per le ragioni sopra esposte. Per l’effetto, vanno annullati gli atti impugnati, in specie: la deliberazione del Consiglio di Istituto di aggiudicazione della procedura alla Controinteressata S.r.l. e la relativa nota di comunicazione, recante altresì disdetta del rapporto in corso di esecuzione con la ricorrente.

Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate come da dispositivo nei riguardi dell’Istituto Scolastico soccombente, considerando la clausola di riserva contenuta nella decisione del Consiglio di Stato n. 8715/2009, che impone di tenere conto dei due gradi di giudizio esperiti. Si fa luogo, invece, a compensazione

integrale delle spese nei confronti della controinteressata Controinteressata S.r.l., non costituitasi in giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana, Seconda Sezione, così definitivamente pronunciando sul ricorso indicato in epigrafe, lo accoglie.

Condanna l'Amministrazione soccombente al pagamento, in favore della società ricorrente, di spese ed onorari di causa, che liquida in misura forfettaria in complessivi € 4.000,00 (quattromila/00), più I.V.A. e C.P.A., come per legge.

Compensa integralmente le predette spese ed onorari nei confronti della Controinteressata S.r.l..

Così deciso in Firenze, nella Camera di consiglio del giorno 18 febbraio 2010, con l'intervento dei Magistrati:

Bernardo Massari, Presidente

Ivo Correale, Primo Referendario

Pietro De Berardinis, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 18/03/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO