



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex artt. 38 e 60 cod. proc. amm.
sul ricorso numero di registro generale 1671 del 2015 proposto da XXXXXXXXXX
snc di XXXXXX (in seguito, XXXXXXXXXX), rappresentata e difesa dagli
avvocati S. C., M. B. e G. M. R., con domicilio eletto presso _____;

contro

YYYYYYYYYYY spa, rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Cudini e Nicola
Nanni, con domicilio eletto presso l'avv. N.N. in Roma, _____;

nei confronti di

Istituto Statale d'Istruzione Superiore "AAAAAAAAAAAAA" di Gorizia (in
seguito, l'Istituto) - Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca
(MIUR), rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura generale dello Stato,
domiciliata in Roma, Via dei Portoghesi, 12;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. FRIULI-VENEZIA-GIULIA –TRIESTE, n. 39/2015,
resa tra le parti, concernente affidamento servizio per fornitura di distributori
automatici di snack, bevande calde e fredde presso Istituto scolastico;

visto il ricorso, con i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione in giudizio della YYYYYYYYYYYY spa e dell'Istituto Statale d'Istruzione Superiore "AAAAAAAAAAAA" di Gorizia e del MIUR;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del 14 aprile 2015 il cons. Marco Buricelli e uditi per le parti gli avvocati Comand e Cudini;

visti gli articoli 60 e 74 cod. proc. amm. ;

accertata la completezza del contraddittorio e dell'istruttoria e ritenuto, a scioglimento della riserva formulata al riguardo, di potere definire il giudizio nel merito con sentenza in forma semplificata e con motivazione abbreviata;

sentite sul punto le parti costituite;

richiamato quanto esposto dalle parti stesse negli atti difensivi;

premesso in fatto e considerato in diritto quanto segue.

1. Nell'agosto del 2014 l'Istituto Superiore d'Istruzione Statale AAAAAAAAAAAAA di Gorizia ha indetto una gara, con il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per la fornitura quinquennale del servizio di distribuzione automatica di snack e di bevande calde e fredde presso i locali dell'Istituto medesimo, prevedendo l'assegnazione di un massimo di 50 punti per l'offerta tecnica e di 30 per l'offerta economica.

Nell'ambito dei criteri di valutazione dell'offerta tecnica era prevista, per quanto rileva in questo grado d'appello, l'attribuzione di *“max punti 5”* per *“tempi di intervento per rifornimento”*, e di *“max punti 5”* per *“tempi di intervento per guasto”*.

Alla gara hanno partecipato due concorrenti, la ditta XXXXXXXXXX e il YYYYYYYYYYYY.

La commissione ha assegnato 10 punti (5 + 5) per le voci suddette sia alla XXXXXXXXXX, sia al YYYYYYYYYY, attribuendo al termine delle operazioni alla XXXXXXXXXX 50 punti per l'offerta tecnica e 23 per quella economica, per un totale di 73 punti, e alla società YYYYYYYYYY 50 punti per l'offerta tecnica e 17 per quella economica, per un punteggio complessivo di 67.

All'esito della gara il contratto è stato dunque aggiudicato alla XXXXXXXXXX.

2. Il YYYYYYYYYY ha impugnato dinanzi al Tar Friuli Venezia Giulia aggiudicazione e atti presupposti e connessi, deducendo svariati motivi e chiedendo la declaratoria d'inefficacia del contratto eventualmente "*medio tempore*" stipulato e il diritto della ricorrente all'aggiudicazione ovvero al subentro nel contratto medesimo ai sensi degli articoli 121 e ss. cod. proc. amm. .

Con la sentenza in epigrafe il Tar, nella resistenza dell'Amministrazione e della XXXXXXXXXX ha, per quanto qui più rileva:

-respinto l'eccezione d'irricevibilità del ricorso per "*tardiva notifica*" dello stesso, formulata dalla XXXXXXXXXX;

-rigettato tutti i motivi fatta eccezione per quello attinente al dedotto "*eccesso di potere. Manifesta illogicità e erroneità dei presupposti di fatto*", relativo proprio ai 10 punti assegnati dalla commissione alla XXXXXXXXXX per le due voci dell'offerta tecnica relative ai tempi d'intervento per il rifornimento e ai tempi d'intervento per il guasto. L'impegno assunto dalla XXXXXXXXXX a intervenire, sia per il rifornimento, sia per il caso di guasto, in pochi secondi, è stato considerato in sentenza non serio, "*perché la prestazione non può di certo essere adempiuta nello spazio temporale indicato dall'offerente, nemmeno volendo ipotizzare che personale e mezzi siano costantemente in attesa al di fuori dei locali dell'Istituto scolastico. Per di più si tratta di un'ipotesi assolutamente irragionevole, perché – secondo nozioni di comune conoscenza – non sostenibile economicamente...*". Venendo in discussione "*unobbligo non suscettibile di essere adempiuto. Il che incide sulla affidabilità di colui che formula siffatta offerta...ne discende la*

illegittimità della scelta tecnico -discrezionale dell'Amministrazione di attribuire un punteggio, per di più un punteggio massimo, a un'offerta che lo stesso offerente, già a priori, sapeva sarebbe rimasta quanto a tempistica inadempita. L'inattendibilità della valutazione operata dalla commissione di gara emerge così pacificamente dalla documentazione versata in atti, che non può che conseguire l'annullamento... . Il giudice di primo grado, *“ben conscio dei limiti del proprio sindacato nei confronti di atti di esercizio della discrezionalità tecnica da parte dell'Amministrazione”*, ha giudicato la valutazione in parola *“non semplicemente opinabile, ma assolutamente errata e illogica”* nell'aver ritenuto *“seria e affidabile” “una tempistica di intervento che non può assolutamente essere attuata”*.

Accolto il ricorso in relazione al terzo motivo e annullata l'aggiudicazione alla XXXXXXXXXX, la sentenza ha dichiarato l'inefficacia del contratto tra l'Istituto e la controinteressata *“limitatamente alle prestazioni ancora da eseguirsi”* e ha disposto il subentro del YYYYYYYYYY *“nell'esecuzione della concessione”*, non comportando, all'evidenza, *“la sostituzione di un fornitore di snack e bevande...particolaridifficoltà tecnico – organizzative”*, entro 15 giorni.

3.Appella la XXXXXXXXXX, con due motivi.

Resiste il YYYYYYYYYY.

L'Avvocatura dello Stato ha concluso per l'accoglimento dell'appello e l'annullamento della sentenza impugnata.

4. L'appello va respinto.

Entrambi i motivi dedotti sono infondati.

4.1. E' anzitutto infondato, e perciò il Collegio può esimersi dal sottoporre a disamina le obiezioni svolte in rito sul punto dall'appellato YYYYYYYYYY, il motivo d'appello della XXXXXXXXXX imperniato sull'affermata irricevibilità del ricorso al Tar del YYYYYYYYYY a causa della tardività della notifica – asseritamente nulla, in quanto effettuata per mezzo della posta elettronica certificata (PEC)- mancando, così si sostiene nell'appello, la prova del momento e

della regolarità della notificazione dell'atto introduttivo del giudizio di primo grado (che risulta depositato presso la segreteria del Tribunale amministrativo soltanto il 23 ottobre 2014, ovverosia oltre il termine di 30 giorni di cui all'art. 120, comma 5, del c.p.a.), in assenza dell'autorizzazione presidenziale di cui all'art. 52, comma 2, del c.p.a. , alla notificazione del ricorso via PEC.

L'appellante muove dall'assunto che l'art. 46 del d. l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito con modificazioni nella l. 11 agosto 2014, n. 114, nell'aggiungere all'art. 16 quater del d. l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito con modificazioni nella l. 17 dicembre 2012, n. 221, aggiunto dall'articolo 1, comma 19, l. 24 dicembre 2012, n. 228, un nuovo comma 3 bis, in base al quale *“le disposizioni dei commi 2 e 3 non si applicano alla giustizia amministrativa”*, avrebbe sancito l'inapplicabilità, al processo amministrativo, del meccanismo della notificazione in via telematica –a mezzo PEC dell'atto introduttivo del giudizio da parte degli avvocati (in mancanza dell'espressa autorizzazione presidenziale di cui all'art. 52, comma 2, del c.p.a.). In particolare, nell'appello si enuncia la tesi per cui nel processo amministrativo il legale non può certificare la conformità delle copie di documenti spediti per via telematica e che la notifica per il destinatario del ricorso non si perfeziona nel momento in cui si genera la ricevuta, dato che regole tecniche e procedure utilizzate nel processo civile e disciplinate dal regolamento approvato con il d. m. 3 aprile 2013, n. 48, *“non si applicano alla giustizia amministrativa”*, che ne è stata espressamente esclusa.

La premessa interpretativa e le conclusioni non convincono.

In realtà, il sopra citato art. 46 esclude l'applicazione, al processo amministrativo, dei commi 2 e 3 non della l. 21 gennaio 1994, n. 53, ma dell'art. 16 quater del d. l. n. 179 del 2012, conv. con mod. nella l. n. 221 del 2012 il quale, al comma 2, demanda a un decreto del Ministro della giustizia l'adeguamento alle nuove disposizioni delle regole tecniche già dettate col d. m. 21 febbraio 2011, n. 44,

mentre al comma 3 stabilisce che le disposizioni del comma 1 *"acquistano efficacia a decorrere dal quindicesimo giorno successivo alla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana del decreto di cui al comma 2"*.

La mancata autorizzazione presidenziale ex art. 52, comma 2, del c.p.a. non può considerarsi ostativa alla validità ed efficacia della notificazione del ricorso a mezzo PEC atteso che nel processo amministrativo trova applicazione immediata la l. n. 53 del 1994 (e, in particolare, per quanto qui più interessa, gli articoli 1 e 3 bis della legge stessa), nel testo modificato dall'art. 25 comma, 3, lett. a) della l. 12 novembre 2011, n. 183, secondo cui l'avvocato *"può eseguire la notificazione di atti in materia civile, amministrativa e stragiudiziale [...] a mezzo della posta elettronica certificata"*.

Nel processo amministrativo telematico (PAT) –contemplato dall'art. 13 delle norme di attuazione di cui all'Allegato 2 al cod. proc. amm. - è ammessa la notifica del ricorso a mezzo PEC anche in mancanza dell'autorizzazione presidenziale ex art. 52, comma 2, del c.p.a. , disposizione che si riferisce a *"forme speciali"* di notifica, laddove invece la tendenza del processo amministrativo, nella sua interezza, a trasformarsi in processo telematico, appare ormai irreversibile (sull'ammissibilità e sull'immediata operatività della notifica del ricorso a mezzo PEC nel processo amministrativo vanno segnalate le recentissime sentenze del Tar Campania –Napoli, n. 923 del 6 febbraio 2015 e del Tar Calabria –Catanzaro, n. 183 del 4 febbraio 2015).

Se con riguardo al PAT lo strumento normativo che contiene le regole tecnico – operative resta il DPCM al quale fa riferimento l'art. 13 dell'Allegato al c.p.a. , ciò non esclude però l'immediata applicabilità delle norme di legge vigenti sulla notifica del ricorso a mezzo PEC.

Sulle regole tecnico –operative applicabili, viene in rilievo il d.P.R. n. 68 del 2005, al quale fa riferimento l'art. 3 bis della l. n. 53 del 1994.

Nel caso in esame le norme di legge suddette, e l'art. 136 del c.p.a. , risultano essere state osservate dal YYYYYYYYYY.

Considerato dunque che:

- risultano rispettate le previsioni di cui alla l. n. 53 del 1994 e all'art. 136 del c.p.a. ;
- i risultati della procedura comparativa erano stati pubblicati nel sito web dell'Istituto il 2 settembre 2014 e la notifica del ricorso di primo grado alla XXXXXXXXXX risulta regolarmente eseguita il 15 ottobre 2014;
- trova applicazione anche al *"rito appalti"*, in mancanza di disposizioni di segno contrario, la norma di carattere generale sulla sospensione feriale dei termini di cui all'art. 1 della l. n. 742 del 1969;

il primo motivo d'appello va respinto.

4.2. Nel dedurre, col secondo motivo, svariati profili del vizio di eccesso di potere che, peraltro, ruotano essenzialmente attorno al rilievo per cui il Tar avrebbe sostituito propri apprezzamenti e valutazioni a quelli della commissione, invadendo la sfera delle attribuzioni della P. A. , la XXXXXXXXXX rimarca in particolare che dalla relazione tecnica sui tempi d'intervento (doc. 4 fasc. app.) si evince come la ditta intenda impegnarsi *"in un servizio giornaliero di assistenzatecnica e ricarica dei distributori se necessario 2 volte al giorno"* e come in aggiunta la ditta precisava che, su richiesta, era in grado d'intervenire in pochi secondi per il rifornimento e in caso di guasti, cosicché il punteggio assegnato all'offerta, *"come complessivamente esposta nella relazione"*, non era sindacabile in sede giurisdizionale e l'offerta tecnica non poteva essere considerata inattendibile o priva di serietà se valutata nel suo complesso. La sentenza di primo grado, nell'estrapolare e analizzare una parte soltanto dell'offerta della XXXXXXXXXX, e nel non tener conto che anche i cinque minuti dichiarati dal YYYYYYYYYY per gli interventi risultano *"inattuabili illogici e inattendibili"*, sarebbe incorsa in un'inammissibile invasione della sfera riservata all'azione della P. A. . L'uguale punteggio –massimo- assegnato dalla

commissione sia alla XXXXXXXXXX sia al YYYYYYYYYY, se considerato sotto un profilo comparativo, non appare né irragionevole né affetto da macroscopici vizi logici o da errori manifesti o da disparità di trattamento. L'apprezzamento compiuto dalla commissione, rientrando nelle attribuzioni esclusive di quest'ultima, non poteva essere sostituito da un giudizio con il quale il Tar ha attribuito zero punti alla XXXXXXXXXX lasciando invariati i 10 punti riconosciuti al YYYYYYYYYY.

Il motivo è infondato, La sentenza del Tar è corretta e va confermata.

In via preliminare e generale dev'essere rammentato che *“costituisce jus receptum che le valutazioni operate dalle commissioni di gara delle offerte tecniche presentate dalle imprese concorrenti, in quanto espressione di discrezionalità tecnica, sono sottratte al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo che non siano manifestamente illogiche, irrazionali, irragionevoli, arbitrarie ovvero fondate su di un altrettanto palese e manifesto travisamento dei fatti (Cons. St., sez. V 26 marzo 2014, n. 1468; sez. III, 13 marzo 2012, n. 1409) ovvero ancora salvo che non vengano in rilievo specifiche censure circa la plausibilità dei criteri valutativi o la loro applicazione (Cons. St., sez. III, 24 settembre 2013, n. 4711). È stato al riguardo precisato anche (Cons. St., sez. VI, 7 maggio 2013, n. 2458) che gli atti amministrativi espressione di valutazioni tecniche sono suscettibili di sindacato giurisdizionale esclusivamente nel caso in cui l'amministrazione abbia effettuato scelte che si pongono in contrasto con il principio di ragionevolezza tecnica, aggiungendosi che non è sufficiente che la determinazione assunta sia, sul piano del metodo e del procedimento seguito, meramente opinabile, in quanto il giudice amministrativo non può sostituire - in attuazione del principio costituzionale di separazione dei poteri - proprie valutazioni a quelle effettuate dall'autorità pubblica, quando si tratti di regole (tecniche) attinenti alle modalità di valutazione delle offerte...”* (Cons. Stato, sez. V, n. 257 del 2015).

Ciò posto, e guardando adesso più da vicino il caso in esame, nell'offerta tecnica la XXXXXXXXXX aveva dichiarato in maniera testuale, sui tempi di intervento per

rifornimento, che *“è nostra volontà impegnarci in un servizio giornaliero di assistenza tecnica e ricarica dei distributori se necessario 2 volte al giorno. Se richiesto si interviene in pochi secondi”*; e, relativamente ai tempi di intervento per guasto, che *“ciò che ci contraddistingue maggiormente è la garanzia al cliente di un’assistenza tempestiva ed efficiente utilizzando le più avanzate tecnologie, segnalando la chiamata al nostro automezzo più vicino a voi per l’intervento tecnico richiesto, in caso di guasto siamo presenti sul luogo entro pochissimi secondi essendo presenti in zona tutti i giorni...”*.

La YYYYYYYYYY (v. p. 4.3. dell’offerta tecnica –tempi di intervento tecnico per guasto e per rifornimento) aveva dichiarato che *“avendo una sede per il reparto tecnico in Gorizia, in caso di intervento tecnico urgente derivato da chiamata del cliente o dell’operatore addetto ai rifornimenti siamo in grado di intervenire entro 5 minuti dalla chiamata, in quanto i nostri distributori automatici possono essere dotati di telemetria remota. I rifornimenti sono garantiti giornalmente dal lunedì al sabato e i nostri operatori possono essere presenti entro 5 minuti dalla chiamata in quanto dotati di computer palmare e la chiamata arriva in tempo reale, oltremodo siamo sempre presenti dato che serviamo quasi tutti gli Istituti scolastici in Gorizia”*.

La commissione, come detto, ha attribuito a entrambe le concorrenti punteggi identici (10 punti = 5 +5, il massimo previsto dalla *“lex specialis”*).

Senonchè, bene ha fatto il Tar, nell’evidenziare i passaggi salienti dell’offerta tecnica della XXXXXXXXXX sul punto, a sottolineare come *“non si tratti di un impegno serio, perché la prestazione non può di certo essere adempiuta nello spazio temporale indicato dall’offerente, nemmeno volendo ipotizzare che personale e mezzi siano costantemente in attesa al di fuori dei locali dell’Istituto scolastico. Per di più si tratta di un’ipotesi assolutamente irragionevole, perché – secondo nozioni di comune conoscenza – non sostenibile economicamente...”*; mettendo poi in rilievo che l’assunzione, da parte della concorrente, di un *“obbligo non suscettibile di essere adempiuto, il che incide sull’affidabilità di colui che formula siffatta offerta”*, comporta la conseguente illegittimità della scelta tecnico –discrezionale *“di attribuire un punteggio, per di più un punteggio massimo, a*

un'offerta che lo stesso offerente, già a priori, sapeva sarebbe rimasta quanto a tempistica inadempita"; valutazione della commissione palesemente inattendibile, *"assolutamente errata e illogica"* e non *"semplicemente opinabile"* laddove *"ritiene seria e affidabile, e come tale meritevole di punteggio (per di più nella misura massima prevista dalla "lex specialis" di gara), una tempistica di intervento che non può assolutamente essere attuata"*.

La struttura motivazionale della sentenza, che non si concreta in una sostituzione indebita alla commissione nell'esercizio di poteri valutativi riservati a quest'ultima e che non sconfina nel merito delle valutazioni rimesse alla commissione, essendosi il giudice di primo grado limitato a sindacare la (non) manifesta irragionevolezza degli apprezzamenti compiuti dalla commissione medesima, resiste alle critiche sollevate nel gravame.

Sotto un primo profilo, la sentenza ha giustamente posto in risalto quello che oggettivamente appare essere il nucleo essenziale, l'elemento preminente e caratterizzante l'offerta tecnica sotto l'aspetto dei "tempi di intervento", vale a dire la tempistica d'intervento a richiesta "in loco", asseritamente in "pochi secondi" per il rifornimento, e, in caso di guasti, "entro pochissimi secondi".

Sotto un secondo profilo, se da un lato la tempistica d'intervento che "contraddistingue" l'offerta XXXXXXXXXX è oggettivamente inverosimile, e tale è stata giustamente considerata in sentenza, con il conseguente accertamento giudiziale della illegittimità della relativa attribuzione di punteggi, senza sconfinamenti nella sfera delle attribuzioni riservate alla P. A. ; dall'altro, il tempo d'intervento dichiarato dal YYYYYYYYYY (cinque minuti dalla chiamata), qualificato dal medesimo, in sede difensiva, come "adeguato alle sue possibilità e potenzialità imprenditoriali", risulta comunque non manifestamente inattendibile, per come plausibilmente motivato nell'offerta tecnica mediante i già visti riferimenti al reparto tecnico in Gorizia (a un km. di distanza dall'Istituto) e alla

costante presenza “*in loco*” di addetti dato che Illiria serve “quasi tutti gli Istituti scolastici in Gorizia”.

Inoltre la XXXXXXXXXX ha contestato per la prima volta in appello l’attendibilità dell’offerta tecnica di Illiria per ciò che attiene alla tempistica d’intervento quando invece l’odierna appellante avrebbe dovuto dedurre la ipotetica “*inattuabilità illogicità e inattendibilità*” dell’elemento dell’offerta dei “cinque minuti dalla chiamata” dichiarati dal YYYYYYYYYY quale “tempo d’intervento tecnico per guasto e rifornimento” proponendo, in modo speculare, ricorso in via incidentale.

In questa situazione, diversamente da quanto rimarcato dall’appellante, emerge il carattere abnorme dell’offerta tecnica “*in parte qua*” e la conseguente, palese inattendibilità della valutazione compiuta dalla commissione alla quale ha fatto seguito l’attribuzione, alla XXXXXXXXXX, del punteggio in discussione, atti giustamente censurati dal giudice di primo grado senza che residuino spazi per rivalutazioni comparative.

Le conclusioni cui è pervenuto il Tar sono motivate in maniera puntuale e vanno condivise, fondandosi su considerazioni di carattere oggettivo ed evidente, senza che sia configurabile “l’invasione di campo” denunciata dall’appellante.

Il ricorso va dunque respinto e la sentenza impugnata confermata.

Le spese del grado di giudizio seguono la soccombenza e si liquidano nel dispositivo, nei confronti dell’appellato YYYYYYYYYY.

Spese compensate nei riguardi dell’Amministrazione, tenuto conto della posizione difensiva assunta dalla stessa.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sul ricorso in appello lo respinge confermando, per l’effetto, la sentenza impugnata.

Condanna l'appellante a rifondere alla YYYYYYYYYY le spese, i diritti e gli onorari del presente grado di giudizio, che si liquidano in complessivi € 3.000,00 (euro tremila/00), comprensivi del rimborso delle spese generali, oltre a IVA e a CPA. .

Spese del grado di giudizio compensate nei riguardi dell'Amministrazione.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 14 aprile 2015 con l'intervento dei magistrati:

Stefano Baccarini, Presidente

Sergio De Felice, Consigliere

Giulio Castriota Scanderbeg, Consigliere

Roberta Vigotti, Consigliere

Marco Buricelli, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/05/2015

IL SEGRETARIO

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