

N. 00152/2014REG.PROV.COLL.
N. 08869/2012 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8869 del 2012, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Società Gestione Distributori (S.G.D.) Vending s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Isabella Loiodice, Marco Sabino Loiodice e, dopo la proposizione dei motivi aggiunti, anche da Aldo Loiodice, con domicilio eletto presso lo studio dei medesimi in Roma, via Ombrone, 12/B;

contro

Politecnico di Bari, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliato in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti di

SO.ME.D. (Società Meridionale Distributori) s.p.a., in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dall'avvocato Luigi Paccione, con

domicilio eletto presso Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, 2;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. PUGLIA - BARI: SEZIONE I n. 02061/2012,
resa tra le parti, concernente

Visti il ricorso in appello, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Politecnico di Bari e di
SO.ME.D. s.p.a. (Società Meridionale Distributori) ;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 ottobre 2013 il Cons. Roberto
Giovagnoli e uditi per le parti gli avvocati Aldo Loiodice, l'avvocato dello
Stato Tidore e l'avvocato Cecinato per delega dell'avvocato Paccione;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Viene in decisione l'appello proposto dalla Società Gestione Distributori
(S.G.D.) Vending s.r.l. (di seguito anche solo S.G.D.) per ottenere la
riforma della sentenza, di estremi indicati in epigrafe, con la quale il
Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, sede di Bari, ha dichiarato
irricevibile il ricorso principale e improcedibili i motivi aggiunti dalla stessa
società proposti in primo grado per ottenere l'annullamento degli atti della
gara, indetta dal Politecnico di Bari per l'affidamento del servizio di
somministrazione del servizio di somministrazione di alimenti e bevande
tramite distributori automatici presso le sedi del Politecnico stesso, gara
conclusasi con l'aggiudicazione a favore della SO.ME.D. s.p.a..

2. L'appellante S.G.D. ha formulato in sintesi le seguenti censure.

3. Anzitutto, essa ha contestato la dichiarazione di irricevibilità del ricorso introduttivo sostenendo che l'atto dal quale il Tribunale amministrativo regionale ha fatto decorrere il termine per impugnare (ovvero la nota del Politecnico prot. n. 693 del 29 febbraio 2012) non è in alcun modo assimilabile alla comunicazione di cui all'art. 79 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, in quanto non contiene gli elementi necessari richiesti dallo stesso art 79 per integrare una "piena conoscenza" del provvedimento di aggiudicazione. Ed infatti, deduce l'appellante, successivamente l'Amministrazione ha inviato una ulteriore nota in data 8 marzo 2012, n. 783, nella quale, contrariamente alla prima nota n. 693, venivano menzionati gli elementi richiesti per integrare la fattispecie di cui all'art. 79. Secondo l'appellante, quindi, l'atto da cui decorrere il termine per ricorrere dovrebbe ravvisarsi nella nota 8 marzo 2012, n. 783.

4. Superata la questione della tardività, l'appellante ha, quindi, riproposto i motivi già formulati in primo grado, diretti in particolare a far valere:

- la violazione dei principi di trasparenza, imparzialità, proporzionalità e par condicio, perché il criterio scelto dal bando dell'offerta economicamente più vantaggiosa sarebbe violato dalla palese sproporzione tra il valore numerico attribuito al prezzo più basso e il valore numerico attribuito agli elementi tecnici-qualitativi dell'offerta;

- la violazione dei principi di imparzialità, trasparenza e par condicio sotto un ulteriore duplice profilo: *a)* sia in quanto la stazione appaltante non ha fornito i dati relativi alle consumazioni erogate in precedenza o previste nelle strutture dell'ente idonei a consentire una corretta valutazione economica del valore dell'appalto, impedendo, dunque, la formulazione di un'offerta consapevole; *b)* sia in quando avrebbe irragionevolmente fissato

l'importo a base di gara in € 1.500 a distributore, affidandosi, nel farlo, a soggetti esterni, avanzando il dubbio che tali soggetti potrebbero avere avuto interesse a condizionare le determinazioni del Politecnico e potrebbero avere successivamente partecipato alla gara medesima;

- l'illegittima composizione della commissione di gara in quanto priva delle necessarie professionalità;

- l'inaffidabilità (sotto il profilo della insostenibilità economica) dell'offerta presentata dall'aggiudicatario;

5. Con successivo atto di motivi aggiunti proposti direttamente in appello la S.G.D. ha formulato ulteriori censure (che in parte specificano quelle già dedotte nell'appello principale) lamentando, in particolare, che l'importo posto a base di gara (€ 1.500 per distributore) sarebbe stato determinato dal Politecnico sulla base di un'offerta ricevuta dalla società SO.ME.D. (risultata poi aggiudicataria della gara), la quale, ancor prima dell'indizione della procedura di gara, si era resa disponibile a pagare un canone annuo per ciascun distributore pari ad € 2.000. Il Politecnico, in particolare, consapevole di questa disponibilità manifesta da SO.ME.D., sarebbe stato indotto, secondo la tesi dell'appellante, ad individuare un importo da porre a base di gara (€ 1.500) già molto alto rispetto all'importo tipico in uso presso strutture simili del territorio, inducendo così gli altri operatori ad offrire un rialzo minimo e consentendo alla SO.ME.D. di aggiudicarsi la gara con un rialzo notevole, che essa, in parte, aveva già rivelato prima della gara.

6. Si è costituita in giudizio la società SO.ME.D., la quale, oltre a difendersi nel merito, ha eccepito, in via pregiudiziale, l'inammissibilità dell'appello principale per carenza dei poteri rappresentativi in capo al signor Aldo

Storelli, che ha firmato, per la società S.G.D., la procura speciale a margine dell'atto di appello principale.

7. La società SO.ME.D. ha anche proposto appello incidentale nel quale:

- ha dedotto l'erroneità della sentenza appellata nella parte in cui ha respinto l'istanza risarcitoria ex art. 89 Cod. proc. civ. formulata da SO.ME.D. nel giudizio di primo grado per il carattere asseritamente offensivo e diffamatorio di alcune frasi contenute negli scritti difensivi di S.G.D.;

- ha riproposto i motivi del ricorso incidentale condizionato dichiarati improcedibili in primo grado (in conseguenza della declaratoria di irricevibilità del ricorso introduttivo), facendo valere che la S.G.D. avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per la mancata presentazione della dichiarazione ex art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006 da parte di un procuratore speciale dell'impresa (il sig. Vincenzo Galano).

8. Si è costituito in giudizio anche il Politecnico di Bari chiedendo il rigetto del ricorso.

9. Alla pubblica udienza del 22 ottobre 2013, la causa è stata trattenuta per la decisione.

10. Occorre, anzitutto, esaminare l'eccezione di inammissibilità dell'appello per nullità della procura in quanto sottoscritta da un soggetto privo dei poteri rappresentativi.

L'eccezione va disattesa in quanto:

- ai sensi dell'art. 21.1. dello statuto della società S.G.D. (quale risulta dalla visura catastale prodotta in atti dalla società SO.ME.D.), "la firma e la rappresentanza sociale di fronte a terzi ed in giudizio spettano all'amministratore unico, o ai due amministratori a firma congiunta o

disgiunta, o al presidente del consiglio di amministrazione e, se nominati e nei limiti della delega, agli amministratore delegato;

- il signor Sante Storelli che ha firmato la procura risulta, per effetto della delibera assembleare della società S.G.D. adottata il 20 settembre 2012, componente del consiglio di amministrazione, con delega alle funzioni commerciali;

- in base all'art. 21.1. dello statuto societario, in qualità di amministratore delegato il signor Sante Storelli aveva, quindi, nei limiti delle delega (funzioni commerciali) la rappresentanza della società anche in giudizio per gli affari che (come il presente appalto) riguardano le funzioni commerciali;

- in ogni caso, ai sensi dell'art. 182 Cod. proc. civ., applicabile nel processo amministrativo in forza del richiamo contenuto nell'art. 39 Cod. proc. amm., il vizio di rappresentanza sarebbe sanabile mediante invito alla regolarizzazione;

- nel caso di specie tale sanatoria risulta già intervenuta atteso che l'eventuale difetto di rappresentanza sarebbe già sanato dalla presentazione dell'atto di motivi aggiunti all'appello principale. In relazione a tale atto la procura risulta sottoscritta dal signor Vincenzo Galano, che in qualità di presidente del consiglio di amministrazione, ha sicuramente la rappresentanza processuale della società;

- è logico e coerente ritenere, infatti, che la sottoscrizione della procura per proporre i motivi aggiunti vale anche come ratifica della procura rilasciata per proporre l'appello principale che i motivi aggiunti vanno, appunto, ad integrare.

11. L'appello principale e i motivi aggiunti vanno quindi esaminati nel merito.

Essi sono fondati nei sensi di seguito specificati.

12. Innanzitutto, la sentenza del Tribunale amministrativo regionale deve essere riformata nella parte in cui ha dichiarato irricevibile per tardività il ricorso introduttivo.

Nel caso di specie, infatti, anche a prescindere dalla questione se l'atto da cui far decorrere il termine per impugnare sia la nota del 29 febbraio 2012, n. 693 o quella dell'8 marzo 2012, n. 783, risulta decisiva la circostanza che venendo in considerazione una gara per l'affidamento di un contratto non riconducibile alla categoria dei contratti di appalto pubblico (di lavori, servizi e forniture) non si applica il rito speciale in materia di appalti di cui all'art. 120 Cod. proc. amm. e, dunque, non si applica il termine "breve" di trenta giorni per la proposizione del ricorso introduttivo, ma quello ordinario di sessanta giorni. L'esercizio del servizio di vendita di alimenti e bevande mediante distributori automatici rientra, infatti, nell'ambito della concessione di servizi, atteso che la controprestazione a favore del concessionario consiste unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente il servizio (cfr. Cons. Stato, VI, 20 maggio 2011, n. 3019).

13. Nel merito, risulta fondato il motivo (già presente, sia pure in forma dubitativa, nell'appello principale e poi compiutamente sviluppato nei motivi aggiunti) diretto a censurare le modalità attraverso le quali la stazione appaltante ha determinato il prezzo per ciascun distributore individuato a base d'asta.

Dai documenti acquisiti in esecuzione dell'ordinanza interlocutoria 2 marzo 2013, n. 246 pronunciata da questa Sezione è emerso, infatti, che tale importo è stato determinato non sulla base di proposte rinvenienti da "note

società operanti nel settore” (come aveva inizialmente dichiarato, con formula generica, l’Amministrazione appaltante), ma sulla base di una specifica proposta, presentata da una sola società (la società SO.ME.D. risultata poi aggiudicataria) che si era dichiarata disponibile a pagare fino a € 2.000 annui per ciascun distributore.

Contrariamente a quanto dedotto dal Politecnico, non possono essere ritenuti significativi, invero, ai fini della determinazione del prezzo, i disciplinari delle Università degli Studi di Bari, di Foggia e di Verona, atteso che:

- il disciplinare dell’Università degli Studi di Bari (€ 1.800 a distributore) attiene all’erogazione di bibite e snack senza limiti di prezzo per l’operatore aggiudicatario della gara (mentre nella gara in questione ci sono limiti di prezzo imposti);
- il disciplinare dell’Università degli Studi di Verona (più di € 2.000 a distributore) con prezzi già stabiliti è inutilizzabile perché fa riferimento ad un mercato economicamente e geograficamente molto diverso rispetto al luogo di esecuzione del contratto per cui è causa;
- il disciplinare dell’Università degli Studi di Foggia (mercato comparabile) prevede un prezzo significativamente più basso di quello poi messo a base d’asta (€ 1.200 a distributore con prezzi stabiliti).

L’importo stabilito a base d’asta (€ 1.500 a distributore), quindi, oltre ad essere irragionevolmente più elevato rispetto al prezzo di mercato, in uso nella zona (quale desumibile dal disciplinare dell’Università di Foggia) risulta determinato utilizzando come parametro di riferimento l’offerta presentata, prima della gara, dalla società SO.ME.D.

Il tutto è aggravato dal fatto che la stazione appaltante non ha reso palese

tale circostanza, ma, anzi, ha dichiarato di aver fissato il prezzo sulla base di proposte rinvenienti da “note società operanti nel settore” di cui, invece, a parte quella della SO.ME.D., non vi è traccia in atti.

14. L'accoglimento di tale motivo (che può essere legittimamente proposto direttamente in appello mediante motivi aggiunti secondo la previsione di cui all'art. 104, comma 3, Cod. proc. amm.) determina l'illegittimità di tutta la gara, minandola in radice sin dalla pubblicazione del bando, con il conseguente travolgimento di tutti gli atti della procedura.

Da ciò deriva l'assorbimento degli altri motivi del ricorso introduttivo (e dei motivi aggiunti di primo grado), oltre che del ricorso incidentale riproposto in appello da SO.ME.D., in quanto tali ulteriori motivi sono tutti diretti a contestare le modalità di svolgimento della gara, la quale, invece, per le considerazioni appena svolta, risulta radicalmente compromessa sin dalla sua stessa origine.

15. Il motivo di appello incidentale diretto ad ottenere la riforma del capo della sentenza che in primo grado ha respinto la domanda risarcitoria proposta da SO.ME.D. ex art 89 Cod. proc. civ. risulta infondato. Le frasi “contestate” (in cui si fa riferimento ad assunti illeciti penali ottenuti da SO.ME.D. per ottenere dalle pubbliche amministrazione l'installazione di servizi di distribuzione) sono, a prescindere da ogni ulteriore valutazione, certamente riconducibili all'oggetto della lite, in cui il *thema decidendum* principale è proprio l'esistenza di un prezzo di gara irragionevolmente calibrato su un'offerta ricevuta *ex ante* da SO.ME.D.

16. Alla luce delle considerazioni che precedono deve essere accolto l'appello principale e, di conseguenza, in riforma della sentenza appellata, deve accogliersi il ricorso di primo grado.

La complessità delle questioni esaminate giustifica la compensazione delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, integrato da motivi aggiunti, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata accoglie il ricorso di primo grado.

Spese del doppio grado compensate. Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 22 ottobre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Roberto Giovagnoli, Consigliere, Estensore

Vito Carella, Consigliere

Gabriella De Michele, Consigliere

Giulio Castriota Scanderbeg, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 16/01/2014

IL SEGRETARIO

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

