



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 900 del 2013, proposto da:

Vivenda S.p.A., Solidarietà e Lavoro Soc. Coop., rappresentati e difesi dall'avv. Michele Perrone, con domicilio eletto presso l'avv. Simone Nocentini in Firenze, via dei Rondinelli 2;

contro

Ministero dell'Interno, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, domiciliata in Firenze, via degli Arazzieri 4;

nei confronti di

Elior Ristorazione S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv.ti Riccardo Anania, Giovanni Petrocchi, con domicilio eletto presso l'avv. Giovanni Petrocchi in Firenze, viale Matteotti, 25;

D.A. S.R.L. Ristorazione Collettiva, 8 Marzo Società Cooperativa di Lavoro A R.L., rappresentati e difesi dagli avv.ti Paolo Bassano, Federico De Meo, con domicilio eletto presso l'avv. Federico De Meo in Firenze, via dell'Oriuolo 20;

per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia,

- del provvedimento di ammissione alla gara, della lettera d'invito alla procedura ristretta accelerata di gara "per l'affidamento fino al 31 dicembre 2014 del servizio di ristorazione presso le Sedi VV.F" dell'ATI Elior Ristorazione S.p.A./ D.A S.r.l. Ristorazione Collettiva/"8 Marzo" Soc. Coop. di lavoro a r.l. -limitatamente al lotto relativo alla Regione Toscana;
- del "verbale di insediamento della commissione e di preselezione delle imprese per invito a procedura ristretta accelerata" del 15 febbraio 2013, nella parte in cui si dispone per l'ammissione alla fase successiva della procedura dell'ATI Elior Ristorazione S.p.A/ D.A S.r.l. Ristorazione Collettiva/"8 Marzo" Soc. Coop. di lavoro a r.l, con specifico riferimento ai provvedimenti assunti nella terza seduta (15.02.2013) nella parte in cui si dispone l'ammissione della suddetta ATI e dell'elenco formato nella medesima seduta recante il "Riepilogo candidati ammessi alla presentazione dell'offerta" nella parte in cui è stata inclusa l'ATI Elior Ristorazione S.p.A./ D.A S.r.l. Ristorazione Collettiva/"8 Marzo" Soc. Coop. di lavoro a r.l tra i candidati ammessi a presentare offerta;
- della lettera di invito per la partecipazione alla procedura con riferimento alla Regione Toscana, nella parte contenente l'invito a concorrere alla procedura dell'ATI Elior Ristorazione S.p.A/ D.A S.r.l. Ristorazione Collettiva/"8 Marzo" Soc. Coop. di lavoro a r.l;
- di tutti i verbali di gara con specifico riferimento, al verbale rep. n. 31 del 18 aprile 2013, nella parte recante

l'attribuzione del punteggio all'ATI ricorrente ed ATI Elior Ristorazione S.p.A/ D.A S.r.L Ristorazione Collettiva/"8 Marzo" Soc. Coop. di lavoro a r.l.;

- della aggiudicazione provvisoria;
- del decreto - di estremi non noti - con cui il Direttore Interregionale ha definitivamente aggiudicato la gara alla controinteressata ATI Elior Ristorazione S.p.A/ D.A S.r.l. Ristorazione Collettiva/"8 Marzo" Soc. Coop. di lavoro a r.l., mai comunicato alle società ricorrenti;

della nota prot. 0007699 del 10.05.2013 - recante la comunicazione di aggiudicazione definitiva - trasmessa alle società ricorrenti in pari data;

con richiesta di declaratoria di inefficacia del contratto e di condanna al subentro o in subordine di risarcimento del danno per equivalente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero dell'Interno, di Elior Ristorazione S.p.A. e di D.A. S.R.L. Ristorazione Collettiva e di 8 Marzo Società Cooperativa Di Lavoro A R.L.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 ottobre 2013 il dott. Ugo De Carlo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il raggruppamento temporaneo di imprese (RTI) ricorrente aveva partecipato alla gara per l'affidamento del servizio di ristorazione in tutte le caserme dei Vigili del Fuoco presenti in Toscana ed indetta dal Ministero dell'Interno; all'esito della gara il RTI ricorrente si era classificato al secondo posto alle spalle dell'ATI controinteressata.

Formulava un'istanza di accesso relativamente alla documentazione attinente alla gara e dall'esito dello stesso poteva verificare l'omissione di alcune dichiarazioni ex art. 38 Codice Appalti, oltre ad altre presunte irregolarità; presentava pertanto ricorso dopo l'aggiudicazione definitiva della gara.

Il primo motivo di ricorso contesta la violazione dell'art. 38 Codice Appalti in quanto non sarebbero state prodotte dalla Coop. "8 Marzo " le dichiarazioni ai sensi di tale norma da parte di una vicepresidente in carica e di una vicepresidente cessata dalla carica in data 15/6/2012 e cioè meno di un anno prima dalla data di pubblicazione del bando d'impresa. Inoltre veniva rilevato come la Coop. "8 Marzo " non aveva prodotto le dichiarazioni dei soggetti muniti di rappresentanza della S.r.l. Magazz di cui aveva acquisito un ramo di azienda in data 7/8/2012.

Il secondo motivo censura la carenza di documentazione relativamente ai requisiti minimi di ammissione attestanti la capacità economica-finanziaria della controinteressata; infatti la D.A. Ristorazione S.r.l., oltre ad aver prodotto una referenza rilasciata dalla Banca Popolare di Lajatico conforme a quanto previsto dal prospetto informativo allegato al bando di gara, aveva presentato una seconda referenza rilasciata dalla Banca Credem che riporta come oggetto solamente la locuzione "referenze bancarie" dal contenuto generico che non consente di valutare se la società appartenente all'ATI vincitrice disponga di adeguata capacità finanziaria rapportata al volume della gara in questione. Ciò costituirebbe violazione dell'art. 41 Codice Appalti che non può essere sanata successivamente.

Inoltre, rispetto alla stessa società, viene contestato che il presidente, il vice presidente e l'amministratore delegato non hanno reso tutte le dichiarazioni previste dall'art. 38 Codice Appalti, poiché non hanno dichiarato se nei loro

confronti sussistano o meno condanne penali per le quali abbiano beneficiato della non menzione.

Il terzo motivo eccepisce una disparità di trattamento e violazione della par condicio tra i concorrenti ed una manifesta illogicità e contraddittorietà del giudizio relativamente alla valutazione del “ Piano Alimentare “di cui al verbale del 18 aprile 2013: infatti l’ATI aggiudicataria ha ottenuto 12 punti, mentre il RTI ricorrente solamente 8 nonostante avesse offerto un maggior numero di prodotti di primi piatti forti ed i secondi piatti forti e non avesse offerto bevande gassate espressamente vietate dalla lettera di invito.

Si costituivano in giudizio il Ministero dell’Interno, la Elior Ristorazione S.p.A. e la Coop. “8 Marzo” unitamente alla D.A. Ristorazione S.r.l. che chiedevano il rigetto del ricorso.

Alla camera di consiglio del 4/7/2013 veniva accolta l’istanza cautelare dovendosi maggiormente approfondire i profili sollevati nel primo motivo di ricorso.

All’udienza del 17/10/2013 la causa veniva decisa con pubblicazione del dispositivo.

DIRITTO

Nell’illustrare il primo motivo di ricorso, il RTI ricorrente richiama alcune sentenze del giudice amministrativo che avrebbero espressamente indicato la necessità che i vicepresidenti producano la dichiarazione ex art. 38.

La norma prevede che tale dichiarazione debba essere resa da tutti gli amministratori muniti del potere di rappresentanza e per tale ragione, nelle sentenze indicate dai ricorrenti, è stato affermato che tale potere di rappresentanza sussiste anche per il vicepresidente quando lo statuto della società consente che egli possa sostituire il Presidente in qualsiasi momento per qualsiasi atto in caso di sua assenza impedimento (vedasi ad esempio Consiglio di Stato 5693/2012).

Trattandosi di norma che comporta delle conseguenze negative essa non può essere interpretata in senso estensivo e quindi richiede che la verifica dei presupposti sopra indicati sia compiuta rigorosamente, cosicché, in caso di mancanza degli stessi relativamente alla società di cui al ricorso, non può essere affermato l’obbligo della dichiarazione di cui si contesta l’assenza anche per i vicepresidenti.

Il mero riferimento allo statuto come fonte da cui ricavare l’esistenza di poteri di rappresentanza da parte del vicepresidente dipende dal fatto che la disciplina delle società per azioni, che si applica in quanto compatibili anche alle società cooperative ex articolo 2519 c.c., rimanda alle previsioni statutarie all’art. 2384 c.c.; lo stesso art. 2381 c.c., che descrive i poteri e le responsabilità del Presidente del Consiglio di Amministrazione e degli amministratori delegati, non fa menzione della figura del vicepresidente.

Analizzando lo statuto della Coop. 8 Marzo, si ricava che il Presidente ha la rappresentanza e la firma sociale ed è quindi autorizzato a riscuotere da chiunque e a rilasciare quietanza liberatoria ed ha facoltà di nominare avvocati e procuratori; inoltre, previa autorizzazione del Consiglio di Amministrazione, può delegare in tutto in parte i propri poteri al vicepresidente e in caso di assenza od impedimento tutte le sue mansioni spettano al vicepresidente.

La facoltà di delegare i propri poteri al vicepresidente non è mai stata utilizzata dal momento che il Consiglio di Amministrazione non ha mai autorizzato tale procedura e il fatto che spettino al vicepresidente, in caso di impedimento o assenza del Presidente, le mansioni proprie di quest’ultimo non significa che il vicepresidente sia munito di poteri di rappresentanza.

Il termine “mansioni”, pur non essendo utilizzato in senso tecnico nel caso di specie, serve comunque ad indicare che, in caso di assenza, sono solamente i compiti svolti ordinariamente dal presidente che vengono attribuiti al vicepresidente e non già i poteri di rappresentanza e di firma che, come rilevato precedentemente, richiedono una specifica autorizzazione del Consiglio di Amministrazione.

Pertanto, sia la vicepresidente cessata dalla carica che quella attualmente investita di funzioni non erano e non sono munite di poteri di rappresentanza e pertanto non era necessario che tali soggetti rilasciassero le dichiarazioni ex

art. 38 citato.

In relazione alla mancata indicazione dagli amministratori cessati dei soggetti muniti di rappresentanza della S.r.l. Magazz, il collegio condivide l'interpretazione del contratto intervenuto fra tale società e la Coop. 8 Marzo proposta dai difensori di quest'ultima; esaminando il contratto di compravendita di ramo di azienda si ricava che esso è stato ceduto alla cooperativa a titolo di rimborso della quota di partecipazione al capitale della società in conseguenza del recesso operato dalla cooperativa. Il ramo di azienda denominato " vending " veniva descritto come avente ad oggetto; *"il know how relativo allo studio, progettazione sfruttamento delle tecnologie relative alla distribuzione automatica di prodotti congelati surgelati e relativa rigenerazione nonché la proprietà di alcune macchine per la vendita tradizionale ed altri per la vendita mediante distribuzione e rigenerazione di prodotti congelati surgelati"*.

Nel contratto viene poi specificato che, con il ramo di azienda, si trasferiscono solo i beni mobili ed i debiti descritti in una perizia di stima.

È evidente che non siamo di fronte a una vera e propria cessione di ramo di azienda in quanto non sono stati trasferiti contratti con fornitori o clienti nei rapporti di lavoro con dipendenti ed inoltre anche i crediti e debiti aziendali sono solo quelli riportati nella relazione di stima. La stessa circostanza di aver richiesto una perizia di stima per trasferire solo alcuni dei beni mobili della società cedente è la riprova che, attraverso il contratto così definito in modo atecnico, si voleva semplicemente restituire un valore corrispondente all'entità delle quote del capitale della S.r.l. Magazz possedute dalla Coop. 8 Marzo.

In conseguenza di ciò non vi era alcun obbligo di dichiarare quali fossero gli amministratori della S.r.l. Magazz poiché non siamo di fronte ad un effettivo contratto di cessione di ramo di azienda; peraltro la giurisprudenza amministrativa (vedasi Consiglio di Stato Ad. Pl. 10/2012) ha precisato che *"il cedente può comunque provare l'esistenza nel caso concreto di una completa censura fra vecchia e nuova gestione, tali da escludere la rilevanza della condotta dei precedenti amministratori e direttori tecnici operanti nell'ultimo anno presso il complesso aziendale ceduto"*.

Pertanto, anche se si volesse dare rilevanza al *nomen iuris* del contratto, ben potrebbe essere dimostrata la mancanza di qualunque continuità fra le due gestioni aziendali sulla base degli elementi illustrati in precedenza.

Passando all'esame del secondo motivo di ricorso, l'articolo 41, comma 1 lett. A, Codice Appalti prevede che: *"Negli appalti di forniture o servizi, la dimostrazione della capacità finanziaria ed economica delle imprese concorrenti può essere fornita mediante uno o più dei seguenti documenti:*

a) dichiarazione di almeno due istituti bancari o intermediari autorizzati ai sensi del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385". Il prospetto nr. 3 allegato al bando di gara, nell'indicare i dati necessari per dimostrare la capacità economico-finanziaria dei concorrenti, prevedeva l'indicazione di alcuni dati provenienti dai bilanci degli ultimi tre esercizi e le referenze bancarie attestanti l'affidabilità dell'impresa. Orbene né la norma di legge, né il bando di gara indicano requisiti specifici relativamente alle referenze bancarie; lo scopo di tale documentazione è quello di assicurare l'affidabilità bancaria dei partecipanti alla gara allo scopo di verificare che non vi siano protesti e che in ogni caso il partecipante alla gara abbia sempre assolto gli obblighi finanziari connessi ai rapporti con gli istituti di credito. La dichiarazione della Banca Credem si palesa idonea allo scopo indicato in quanto attesta l'assoluta regolarità dei rapporti fra la società partecipante all'ATI aggiudicataria e l'istituto di credito.

Relativamente alla seconda censura formulata nel secondo motivo, gli amministratori della D.A. Ristorazione S.r.l. hanno rilasciato la prevista dichiarazione ex articolo 38 nella quale hanno affermato che non ricorrono le cause di esclusione di cui, in particolare, alla lettera C dell'articolo 38. Se si esamina il contenuto di tale lettera emerge che non vi è alcun riferimento alla necessità di precisare che non esistono condanne per le quali è stato ottenuto il

beneficio della non menzione.

Il terzo motivo, con cui il ricorrente entra nel merito della scelta tecnica operata dalla Commissione di gara relativamente alla valutazione del “ Piano Alimentare, sotto questo profilo sarebbe inammissibile in quanto il giudizio del tribunale non può mai sostituirsi alle scelte della commissione; il motivo pertanto può essere esaminato solo nella misura in cui gli elementi di fatto indicati servano a valutare la palese irragionevolezza e l'evidente disparità di trattamento come fatti sintomatici del vizio di eccesso di potere. Ma, sotto questo profilo, non sembra che le scelte della Commissione meritino di essere censurate.

Gli elementi indicati dai ricorrenti come sintomatici di una palese disparità di trattamento operata nei loro confronti, poiché in relazione a tutti gli aspetti del piano essi avrebbero presentato una maggiore offerta di varietà, non sono corrispondenti alla reale natura dell'offerta della concorrente: infatti per quello che riguarda i c.d. prodotti a km zero, l'ATI aggiudicataria ha indicato non sei prodotti ma sei famiglie di prodotti poiché in realtà il numero complessivo di questi ultimi è pari a 91 a fronte dei 40 offerti dai ricorrenti; analoghe considerazioni possono essere svolte relativamente ai primi piatti forti e ai secondi piatti forti che, esaminando l'offerta tecnica dei controinteressati, risultano maggiori di quelli indicati nel motivo di ricorso e superiori a quelli offerti dai ricorrenti. Infine anche la censura relativa alle bevande gassate è inconferente in quanto esse non sono state inserite nel piano alimentare ma sono state proposte come migliorie che potevano essere chieste o meno. Alla luce di questi elementi di fatto non si ravvisano i presupposti per un giudizio di irragionevolezza o disparità di trattamento circa le valutazioni operate dalla commissione.

Il ricorso, pertanto, è infondato e deve essere respinto.

Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

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

Condanna la società ricorrente alla rifusione delle spese del presente giudizio nei confronti delle parti costituite che liquida in € 2.000 oltre accessori per ciascuna di esse.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 17 ottobre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Saverio Romano, Presidente

Bernardo Massari, Consigliere

Ugo De Carlo, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/10/2013

IL SEGRETARIO

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