



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 l' Umbria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 441 del 2013, proposto da:
Liomatic S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv. Andrea Netti, Michela Bigonzoni,
con domicilio eletto presso la seconda in Perugia, via dell'Orzo, 3;

contro

Comune di Perugia, rappresentato e difeso dagli avv. Luca Zetti, Rossana
Martinelli, Sara Mosconi, con domicilio eletto presso il primo in Perugia, corso
Vannucci 39 Ufficio Legale Comune Perugia;

nei confronti di

Ristoro H24S.r.l., Avet Srl, Venturi Vending Srl, rappresentati e difesi dagli avv.
Giampaolo Delli Cicchi, Andrea Bonanni, con domicilio eletto presso l'avv. Manila
Gagliardoni in Perugia, via Alessi, 35;

per l'annullamento

1) del Bando di gara, del Disciplinare, del Capitolato e tutti gli allegati dei predetti
documenti. In particolare, l'art 6 del Disciplinare di gara con il quale
l'Amministrazione Comunale, con riferimento ai requisiti speciali di

partecipazione, ha previsto che la cd. certificazione aziendale di qualità UNI EN ISO 22000 poteva essere posseduta, in caso di raggruppamento temporaneo di imprese, solamente dall'impresa mandataria;

2) di tutti i verbali di gara (verbali del 18/06/2013, del 02/07/2013 e del 05/7/2013) concernenti il predetto servizio di ristoro;

3) della lettera del Comune di Perugia Prot. n. 2013/0139475 del 26/7/2013 con la quale l'Amministrazione Concedente ha confermato la legittimità delle operazioni di gara e dei documenti presupposti e conseguenti presentati dalla RistoroH24 S.r.l., in proprio e nella sua qualità di Impresa Mandataria dell'A.T.I. "RistoroH24 S.r.l. - AVET S.r.l. - Venturi Vending S.r.l.", con eccezione della censura di cui al punto n. 2 dell'informativa ex art- 243-bis D.Lgs 163/2006 in ordine alla presunta "Violazione dell'art. 49, comma 2, lett. c) del D.Lgs. 163/2006 per mancanza della dichiarazione ex art. 38, comma 1 lett. b), c) e m-ter) del socio unico della società JoyfuII Break S.r.l.";

4) del provvedimento di diniego di autotutela comunicato oralmente in occasione della seduta pubblica del 23.09.2013, richiesto con comunicazione ex art. 243-bis del D.Lgs. 163/2006 di cui alla comunicazione consegnata a mani in data 11 luglio 2013 in ordine alla aggiudicazione provvisoria della procedura di concessione del servizio di ristoro a mezzo di distributori automatici e semiautomatici da collocare in locali di proprietà/competenza comunale all'A.T.I. "RistoroH24 S.r.l. (impresa mandataria) - AVET S.r.l. - Venturi Vending S.r.l.;

5) della Determinazione Dirigenziale del Comune di Perugia n. 279 dell'08-10-2013, con la quale è stata aggiudicata in via definitiva, la concessione del servizio di ristoro a mezzo di distributori automatici e semiautomatici da collocare in locali di proprietà/competenza comunale. CIG 5068937B21" all'A.T.I. "RistoroH24 S.r.l. (impresa mandataria) - AVET S.r.l. - Venturi Vending S.r.l.";

6) del contratto medio tempore (eventualmente) stipulato, avente ad oggetto "l'affidamento in concessione del servizio di ristoro a mezzo di distributori automatici e semiautomatici CIG 5068937B21" stipulato tra il comune di Perugia e l'A.T.I. "RistoroH24 S.r.l. (impresa mandataria) - AVET S.r.l. - Venturi Vending S.r.l.";

7) di ogni altro atto presupposto, conseguente e/o, comunque, connesso al procedimento de quo.

per l'accertamento e la dichiarazione

del diritto della società Liomatic S.p.A. di ottenere l'aggiudicazione della concessione del servizio di ristoro a mezzo distributori automatici e semiautomatici, indetta dal Comune di Perugia, con conseguente reintegrazione in forma specifica;

per la dichiarazione

ai sensi e per gli effetti degli artt. 121 e 122 cod. proc. amm., della inefficacia del contratto medio tempore eventualmente stipulato dal Comune di Perugia con l'A.T.I. "RistoroH24 S.r.l. - AVET S.r.l. _ Venturi Vending S.r.l.", con conseguente accertamento e dichiarazione del diritto della società Liomatic S.p.A. a subentrare nel contratto con effetti retroattivi ovvero dal momento del dispositivo o, in via subordinata, condannare il comune di Perugia al risarcimento di tutti i danni subiti e subendi dalla società ricorrente

nonché, in via subordinata

per l'annullamento dell'intera procedura di gara (correlata agli atti indicati nell'epigrafe del ricorso), con condanna dell'Amministrazione al risarcimento dei danni subiti e subendi dalla ricorrente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Perugia, della Ristoro H24S.r.l., della Venturi Vending Srl e della Avet Srl;

Visto il ricorso incidentale proposto dai ricorrenti incidentali Ristoro H24S.r.l., Avet S.r.l., Venturi Vending S.r.l , rappresentati e difesi dagli avv. Giampaolo Delli Cicchi, Andrea Bonanni, con domicilio eletto presso l'avv. Manila Gagliardoni in Perugia, via Alessi, 35;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 gennaio 2014 il dott. Cesare Lamberti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La società Liomatic S.p.a., presente con i propri distributori automatici in numerosi locali di competenza comunale, ha partecipato alla gara indetta dal Comune di Perugia con bando prot. 0093726, pubblicato il 17 maggio 2013 e CIG n. 5068937B21, per l'affidamento in concessione del servizio di ristoro a mezzo di distributori automatici e sistemi automatici da collocare in locali di proprietà/competenza comunale, per la durata di tre anni e per l'ammontare presunto di euro 60.000,00 per anno di gestione, da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

1.1. Oltre alla ricorrente Liomatic S.p.A., hanno partecipato alla gara le società Saba S.r.l. e il costituendo RTI RistoroH24 S.r.l., AVET S.r.l., Venturi Vending S.r.l..

2. La Commissione giudicatrice, procedeva, in data 18 giugno 2013 presso gli uffici di Palazzo dei Priori, all'apertura dei plichi contrassegnati dalla dicitura "non aprire - contiene offerta relativa alla procedura aperta per l'affidamento in concessione

del servizio di ristoro a mezzo di distributori automatici e semiautomatici da collocare in locali di proprietà/competenza comunale”.

2.1. Nel corso della stessa seduta, la Commissione procedeva all’apertura della busta “A” di ciascun partecipante ed escludeva la società Saba S.r.l. per mancanza delle dichiarazioni ex art. 38, D.Lgs. 163/2006 di due su tre degli amministratori muniti di potere di rappresentanza mentre ammetteva alla gara gli altri due concorrenti.

2.2. La Commissione respingeva poi la richiesta di esclusione dalla procedura del costituendo RTI Ristoro H24S.r.l. AVET S.r.l. Venturi Vending S.r.l., formulata, nell’interesse della società Liomatic, per inefficacia dell’avvalimento relativamente alla certificazione di qualità ISO 22000 e, in via generale, perché tutti i contratti di avvalimento si limitavano a prevedere la disponibilità generica e astratta di risorse e di mezzi.

2.3. La Commissione procedeva, infine, all’apertura delle buste dei concorrenti ammessi e alla sottoscrizione delle offerte tecniche da parte dei commissari.

2.4. Il verbale veniva chiuso e la seduta aggiornata in attesa della valutazione delle offerte tecniche da effettuare in sede riservata.

3. Con nota del 2 luglio 2013, la società Liomatic reiterava la richiesta di accesso agli atti del 19 giugno 2013 e richiedeva al presidente della commissione giudicatrice di investire congiuntamente l’AVCP sulla possibilità dell’avvalimento anche per le certificazioni di qualità, sul possesso del requisito di qualità per i raggruppamenti temporanei, sulla corretta applicazione dell’art. 37, D.Lgs. n. 163/2006 da parte dell’ATI costituenda, sull’interpretazione del requisito tecnico “UNI EN ISO 22000” e sul contenuto del contratto di avvalimento in relazione ai requisiti stabiliti dal disciplinare.

3.1. La richiesta veniva autonomamente inviata all’AVCP da parte della ricorrente, avendo il Comune di Perugia comunicato a Liomatic S.p.A., con nota prot.

PG/2013/0124694 del 3 luglio 2013, la data della seconda seduta pubblica dell'apertura dell'offerta economica, senza però riscontrare la richiesta rivoltale.

3.2. La Commissione giudicatrice, nella seduta del 5 luglio 2013, dava lettura dei punteggi attribuibili alle offerte tecniche, assegnando a Liomatic S.p.A. e al costituendo RTI 40 punti complessivi, pari al punteggio massimo previsto.

3.3. La Commissione procedeva all'apertura delle buste "C" contenenti le offerte economiche e concernenti la percentuale di rialzo sul canone annuo posto a base di gara e lo sconto medio ponderato: in tale sede, Liomatic S.p.A. offriva una percentuale di rialzo sul canone annuo posto a base di gara pari al 52% per un totale di euro 91.000 e una percentuale di sconto medio ponderato pari allo 0,06430, ottenendo in totale 31,720 punti mentre il costituendo RTI RistoroH24 S.r.l. offriva una percentuale di rialzo sul canone annuo posto a base di gara pari al 203%, per un totale di euro 182.040,00 e una percentuale di sconto medio ponderato pari allo 0,0645, ottenendo in totale 60 punti, punteggio massimo previsto.

3.4. Il servizio era quindi aggiudicato in via provvisoria al RTI RistoroH24, con 100 punti complessivi mentre la ricorrente Liomatic S.p.A. si classificava al secondo posto con 71,720 punti.

4. In data 10 luglio 2013, a seguito dell'accesso ai documenti, Liomatic S.p.A. presentava l'informativa ex 243-bis, D.Lgs. 163/2006.

4.1. In data 18 luglio 2013, il Comune di Perugia trasmetteva la nota prot. 2013/0133966, contenente la richiesta di documentazione a comprova dei requisiti ex art. 48, D.Lgs.163/2006 e, in data 26 luglio 2013, trasmetteva la nota prot. 2013/0139475 con la quale erano rigettati tutti i motivi del preavviso di ricorso ad eccezione del punto 2 relativo alla violazione dell'art. 49, co. 2, lett. c) D.Lgs. 163/2006 per mancanza della dichiarazione ex art. 38, co. 1, lett. b). c) e m-ter) del socio unico della società Joyfull Break S.r.l.

4.2. Con nota in data 17/9/2013 prot. 2013/0166131, il presidente della Commissione di gara comunicava la data del 23 settembre 2013 per la seduta pubblica relativa alle comunicazioni sull'assenza della dichiarazione ex art. 38 D.Lgs. n. 163/2006 nei confronti della società Joyfull Break S.r.l.: nel corso della seduta la Commissione giudicatrice rendeva conto che il RUP, dopo aver analizzato la questione sollevata dalla ricorrente, non aveva ritenuto sussistere alcuna causa di esclusione.

4.3. La ricorrente Liomatic S.p.A. chiedeva di accedere con estrazione di copia tutti gli atti di gara, compresa la seduta del 23 settembre 2013 e l'AVCP con nota prot. 0097131 del 10/10/2013 chiedeva alla stazione appaltante e alla Liomatic S.p.A. di inviare le proprie considerazioni invitando il comune a non porre in essere atti pregiudizievoli ai fini della risoluzione della questione, fino alla definizione della stessa da parte dell'autorità.

4.4. Con determinazione n. 279 dell'8 ottobre 2013, comunicata alla ricorrente il giorno 11 ottobre, il comune di Perugia aggiudicava definitivamente la gara alla costituenda ATI RistoroH24 S.r.l. AVET S.r.l. Venturi Vending S.r.l..

5. Premesso che i rapporti fra il Comune e la ditta preposta all'installazione e alla gestione delle apparecchiature di distribuzione dovevano essere configurati nel quadro dei rapporti di concessione e (non di locazione) ai sensi dell'art. 30 D.Lgs. 163/2006, Liomatic S.p.A. ha prodotto, nell'atto introduttivo, i seguenti motivi:

1) illegittimità della dichiarazione ex art. 38, D.Lgs. 163/2006 da parte del socio unico dell'impresa ausiliaria Joyfull Break S.r.l.

1.A) violazione dell'art. 49, co. 2, lett. c), D.Lgs. 163/2006 per mancanza della dichiarazione da parte del socio unico di Joyfull Break S.r.l.;

1.B) violazione dell'art. 243-bis, D.Lgs. 163/2006 e dell'art. 3, L. 241/1990 per difetto di motivazione e per motivazione apparente, difetto di istruttoria;

- 2) violazione dell'art. 49, co. 2, lett. c), D.Lgs. 163/2006, per mancanza della dichiarazione ex art. 38, co. 1, lett. c) da parte dell'istitutore dell'impresa ausiliaria "Biesse Medica S.r.l.";
- 3) violazione dell'art. 49, co. 2, lett. c), D.Lgs. 163/2006 in relazione all'estensione dell'avvalimento sino a comprendere il requisito soggettivo tecnico della certificazione di qualità UNI EN ISO 22000;
- 4) eccesso di potere per manifesta irrazionalità e illogicità con riferimento all'art. 6 del disciplinare di gara;
- 5) violazione della lex specialis in ordine al possesso della certificazione di qualità ISO 22000 ed eccesso di potere relativamente ai principi di proporzionalità e congruità;
- 6) violazione dell'art. 7 del disciplinare di gara, dell'art. 49, D.Lgs. D.Lgs. 163/2006 e dell'art. 88, D.P.R. 207/2010 per irragionevolezza, manifesta ingiustizia e abuso di diritto;
- 7) violazione dell'art. 20, del regolamento dei contratti del Comune di Perugia, dell'art. 86, co. 2, D.Lgs. 163/2006 nonché del principio di valutazione in tema di congruità delle offerte nell'ambito dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

6. Si è costituito in giudizio il RTI RistoroH24 S.r.l. Venturi Vending S.r.l. AVET S.r.l. il 2 novembre 2013 e, con memoria del 4 novembre 2013, ha controdedotto le avverse censure.

6.1. Il 4 novembre 2013, si è poi costituito in giudizio il Comune di Perugia che ha dedotto specificamente sulle singole censure affermando di essersi conformato al principio del favor participationis.

7. Con ricorso incidentale spedito il 5 novembre 2013 a Liomatic S.p.A. e al Comune di Perugia e depositato il 6 novembre 2013, il raggruppamento ATI RistoroH24 S.r.l., premesso di aver effettuato accesso in data 30/10/2013 alla

documentazione di gara e di aver rilevato profili di illegittimità dell'ammissione di Liomatic S.p.A., deduce i seguenti motivi:

1) violazione dell'art. 38, D.Lgs. 163/2006 e degli artt. 8 e 10 del disciplinare di gara nonché violazione del principio della par condicio per mancata dichiarazione da parte dei procuratori di Liomatic S.p.A. in ordine all'assenza di cause di esclusione di cui alle lett. b) e c) dell'art. 38, D.Lgs. 163/2006;

2) violazione dell'art. 38, D.Lgs. 163/2006 e dell'art. 10 del disciplinare di gara per mancanza della prescritta dichiarazione da parte di un amministratore cessato dalla carica nell'anno antecedente alla data di pubblicazione del bando;

3) violazione dell'art. 12 del disciplinare di gara per assoluta irrilevanza e incompletezza dell'offerta economica della ricorrente Liomatic S.p.A.;

4) violazione dell'art. 6 del disciplinare di gara.

8. Al ricorso incidentale si è opposto il Comune di Perugia con controricorso del 6 dicembre 2013.

8.1. In data 10 dicembre 2013, la ricorrente Liomatic S.p.A. ha presentato memoria di costituzione con deduzioni in ordine al ricorso incidentale.

8.2. In data 30 dicembre 2013, il Comune di Perugia ha presentato memoria di discussione.

8.3. Memoria di discussione ha anche presentato il 24 dicembre 2013, RTI RistoroH24 S.r.l. Venturi Vending S.r.l. AVET S.r.l.

8.4. Il Comune ha replicato il 3 gennaio 2014.

DIRITTO

1. Con bando prot. 0093726, del 17 maggio 2013, il Comune di Perugia ha indetto una procedura aperta, per l'affidamento in concessione del servizio di ristoro a mezzo di distributori automatici e sistemi automatici da collocare in locali di proprietà/competenza comunale, per la durata di tre anni e per l'ammontare

presunto di euro 60.000,00 per anno di gestione, da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

1.1. Dopo l'esclusione, nel corso della seduta del 18 giugno 2013, della società Saba S.r.l. per mancanza delle dichiarazioni ex art. 38, D.Lgs. 163/2006 di due su tre degli amministratori muniti di potere di rappresentanza, la Commissione giudicatrice, nel corso della seduta riservata del 2 luglio 2013, ha esaminato le offerte tecniche delle due concorrenti rimaste in gara, il costituendo RTI RistoroH24 S.r.l. AVET S.r.l. Venturi Vending S.r.l. e Liomatic S.p.A. e nel corso della seduta del 5 luglio 2013, ha esaminato le rispettive offerte economiche ed ha aggiudicato provvisoriamente la gara al costituendo RTI RistoroH24 S.r.l. AVET S.r.l. Venturi Vending S.r.l. mentre la ricorrente Liomatic S.p.A. si classificava al secondo posto con 71,720 punti.

1.2. Con determinazione n. 279 dell'8 ottobre 2013, la gara è stata aggiudicata definitivamente al costituendo RTI RistoroH24 S.r.l. AVET S.r.l. Venturi Vending S.r.l., con 100 punti complessivi.

1.3. Entrambe le concorrenti hanno conseguito per l'offerta tecnica 40 punti complessivi, pari al punteggio massimo previsto mentre, per l'offerta economica concernente la percentuale di rialzo sul canone annuo posto a base di gara e lo sconto medio ponderato, il costituendo RTI RistoroH24 S.r.l. ha ottenuto 60 punti, il massimo previsto, per avere offerto una percentuale di rialzo sul canone annuo posto a base di gara pari al 203%, per un totale di euro 182.040,00 e una percentuale di sconto medio ponderato pari allo 0,0645 mentre Liomatic S.p.A. ha ottenuto in totale 31,720 punti, avendo offerto una percentuale di rialzo sul canone annuo posto a base di gara pari al 52% per un totale di euro 91.000 e una percentuale di sconto medio ponderato pari allo 0,06430.

2. Occorre premettere che la Corte comunitaria ha riconosciuto il diritto dell'offerente che ha ricorso contro l'aggiudicazione di un appalto pubblico, a

contestare la fondatezza delle ragioni in base alle quali la sua offerta avrebbe dovuto essere esclusa anche quando l'eccezione di inammissibilità sia sollevata nel ricorso incidentale proposto dall'aggiudicatario (Corte di Giustizia UE, sez. X, 4 luglio 2013, causa C-100/12) e che, nel giudizio di primo grado avente ad oggetto procedure di gara, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, ha affermato l'onere di esaminare prioritariamente, rispetto al ricorso principale, il solo ricorso incidentale escludente che sollevi un'eccezione di carenza di legittimazione del ricorrente principale non aggiudicatario ed ha, altresì, precisato che tale evenienza non si verifica allorché il ricorso incidentale censi valutazioni ed operazioni di gara svolte dall'amministrazione nel presupposto della regolare partecipazione alla procedura del ricorrente principale (Cons. St. ad. Plen. 30 gennaio 2014, n. 7).

2.1. Delle censure svolte hinc et inde da entrambe le partecipanti alla gara nei confronti dell'operato della stazione appaltante, precede, perciò, l'esame di quelle formulate dal raggruppamento ATI RistoroH24 S.r.l. nel ricorso incidentale depositato il 6 novembre 2013 ove, a vario titolo, si afferma che la ricorrente Liomatic S.p.A. avrebbe dovuto essere estromessa dalla gara.

2.2. Si afferma in detta sede che l'offerta della ricorrente, società Liomatic, non avrebbe potuto essere esaminata perché priva delle dichiarazioni - esplicitamente richieste a pena di esclusione dall'art. 10 del disciplinare - sul possesso dei requisiti di ordine generale e sull'assenza delle cause di esclusione di cui alle lett. b) e c) dell'art. 38, co. 1, D.Lgs. 163/2006 in capo ai procuratori speciali o generali investiti di fatto di poteri di amministrazione (primo motivo) e in capo a un amministratore cessato dalla carica nell'anno precedente alla data di pubblicazione del bando (secondo motivo).

2.3. I motivi in esame sono entrambi fondati.

3. Nella visura storica della società Liomatic della CCIAA di Perugia, per il sig. Bartolini Dario risulta la qualifica di consigliere e procuratore mentre per i sigg.ri

Cricchi Algero, Idone Giuseppe Salvatore, Migliorati Marco, Ruiu Cipriano, Marchi Tiziano, Padiglioni Giuseppe, Buongiorno Vito e Maurizi Mariano, risulta la qualifica di procuratore.

3.1. Circa i poteri di cui costoro risultano investiti, in calce al nominativo di ciascuno è riportato il seguente inciso “al procuratore vengono conferiti poteri disgiunti affinché abbia rappresentare legalmente la società durante le sedute di gara e, avvenuta l’aggiudicazione, concludere con ogni stazione appaltante o concedente i contratti definitivi all’esito di procedure di evidenza pubblica di cui la società Liomatic risulterà aggiudicataria anche quale mandataria in R.T.I. idoneamente sottoscritti, registrati ed al prezzo e condizioni nella specifica offerta di gara. Oggetto delle procedure ad evidenza pubblica è, a mero titolo esemplificativo e non esaustivo, la concessione per l’affidamento del servizio di installazione gestione di distributori automatici semiautomatici di alimenti, bevande calde e fredde, altri prodotti alimentari. Al procuratore viene conferita ogni necessaria facoltà connessa alla sottoscrizione dei contratti definitivi di affidamento e potrà fare tutto ciò che si renderà necessario e utile, anche se non espressamente previsto dal presente atto, per la conclusione dei contratti stessi in modo che al nominato procuratore non si possa opporre difetto o imprecisioni di poteri...”.

3.2. L’attribuzione del potere di compiere singoli affari, oggetto delle sopraricordate procure, integra ad avviso del Collegio, una vera e propria gestione dell’attività societaria, sostanziandosi nel compimento di atti negoziali che, da soli o nel loro insieme, realizzano l’ingerenza del procuratore nella gestione della società: anche se la "procura speciale per singoli affari" si sostanzia nel compimento di una serie di operazioni analoghe perché dirette alla partecipazione alle gare e alla stipulazione dei relativi contratti di aggiudicazione (arg. Cass. civile, sez. I, 17 marzo 1998, n. 2854), la loro stretta inerenza con l’oggetto sociale della ricorrente

incentrato sulla gestione di servizi aziendali, con particolare riferimento alla distribuzione di bevande calde e fredde e la gestione di mense aziendali, di bar e lo spaccio di prodotti alimentari e non, induce a ritenere che le "determinate operazioni" affidate al procuratore integrino a pieno titolo la fattispecie cui si richiama l'art. 38, co. 1, lett. c), D.Lgs. n. 163 del 2006.

3.3. Nonostante la formale qualifica di procuratore attribuita ai summenzionati soggetti dalla visura storica della società Liomatic, appare evidente che costoro, nell'esercizio della loro attività, si connotino come amministratori di fatto ai sensi dell'art. 2639, co. 1, cod. civ. e, in forza della procura rilasciatagli, assommino in sé anche il ruolo di rappresentante della società, sia pure eventualmente solo per una serie determinata di atti (Cons. St. Ad. plen. 16 ottobre 2013, n. 13).

3.4. In aderenza a quanto affermato nella sentenza succitata (e nella sentenza del 4 maggio 2012, n. 10 ivi richiamata), l'esclusione dalla gara per l'omesso assolvimento dell'onere del "procuratore-amministratore di fatto" di rendere la dichiarazione ex art. 38 co. 1, lett. c), D.Lgs. n. 163/2006 deve essere disposta quando la stessa sia oggetto di uno specifico obbligo a pena di esclusione nei confronti dei procuratori e rappresentanti della società e in presenza di poteri decisionali la cui particolare ampiezza renda configurabile un vero e proprio amministratore di fatto ai sensi dell'art. 2639, comma primo, cod. civ.

3.5. Al proposito, l'art. 10 del disciplinare di gara (contenuto della busta "A" / documenti amministrativi) specifica che la stessa dovrà "a pena di esclusione dalla procedura di gara, contenere tutti i sotto indicati documenti ...: A. Istanza di ammissione alla gara nonché le ulteriori dichiarazioni richieste per i raggruppamenti temporanei di concorrenti ...".

3.6. Circa la dichiarazione sul possesso dei requisiti di ordine generale e sull'inesistenza di cause di esclusione ex art. 38, comma 1, lett. b) e c) del Codice, la lex specialis stabilisce inoltre che le stesse vanno rese dal sottoscrittore e dai

seguenti soggetti non firmatari dell'istanza di ammissione alla gara "... altri tipi di società = amministratori con potere di rappresentanza e direttore tecnico procuratori speciali o generali della società".

3.7. I poteri attribuiti ai sunnominati procuratori, sub specie della rappresentanza nelle sedute di gara, della conclusione dei contratti definitivi e di ogni necessaria facoltà connessa alla sottoscrizione, rispecchiano largamente quelli propri di un consigliere delegato (sig. Natali Tanci Aimò), anch'egli titolare della rappresentanza di fronte a qualunque soggetto aggiudicatore nelle procedure di evidenza pubblica.

3.8. Deve con ciò ritenersi realizzata la condizione di "amministratore di fatto", il cui ricorrere, la mancanza delle dichiarazioni sul possesso dei requisiti generali richieste dall'art. 38 del Codice, implica l'esclusione dalla gara, se espressamente prevista dalla *lex specialis*.

4. Analogamente fondato è il secondo motivo del ricorso incidentale, laddove afferma la violazione dell'obbligo di rendere la dichiarazione ex art. 38, D.Lgs. n. 163/2006 da parte del sig. Presciutti Filippo, quale amministratore cessato dalla carica nell'anno precedente alla data di pubblicazione del bando, perché legale rappresentante della società Filco - Adriatica a r.l. fusasi per incorporazione con Liomatic il 14 dicembre 2012.

4.1. Dall'estratto del Registro imprese depositato in atti, risulta: -che il sig. Presciutti Filippo rivestiva la carica di presidente del Consiglio di amministrazione nominato con atto del 3/11/2012; - che lo stesso era titolare del potere di rappresentanza della società (al pari dell'amministratore unico e dei consiglieri delegati); che la società si è fusa per incorporazione ed è stata cancellata in data 14/12/2012.

4.2. Nella visura storica della società Liomatic della CCIAA di Perugia, il sig. Presciutti Filippo figura con la qualifica di "consigliere nominato con atto del 19/01/2013".

4.3. Anche se, ai sensi dell'art. 10 del disciplinare di gara, la partecipante non era tenuta a produrre la dichiarazione ex art. 38 per i componenti che rivestivano la qualifica di consigliere senza poteri di amministrazione e gestione, al sig. Presciutti Filippo ne era attribuito l'esercizio nella qualità di presidente del Consiglio di amministrazione della società Filco – Adriatica, incorporata dalla società Liomatic dal 14 dicembre 2012 e pertanto nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, avvenuta il 17 maggio 2013.

4.4. Al proposito, deve ritenersi consolidato l'onere della società incorporante o risultante dalla fusione, di presentare la dichiarazione ex art. 38, co. 1, lett. c), D.Lgs. n. 163/2006 anche per gli amministratori e i direttori tecnici che abbiano operato presso la società incorporata oppure fusa nell'ultimo triennio (nell'ultimo anno dopo l'art. 4, co. 2, lett. b), D.L. n. 70/2011) ovvero che siano cessati dalla relativa carica in detto periodo (Cons. St. ad. plen., 7 giugno 2012, n. 21).

4.5. La ricorrente incidentale ha correttamente ribadito la continuità tra la precedente e la nuova gestione imprenditoriale, ravvisata nella cessione di azienda o di un ramo d'azienda che implica la trasmissione all'avente causa dell'intero complesso dei rapporti attivi e passivi da cui deriva l'obbligo della partecipante di rendere la dichiarazione nei confronti dell'amministratore cessato dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara (Cons. St. ad. plen., 4 maggio 2012, n. 10).

4.6. In assenza delle dichiarazioni di tutti i procuratori amministratori di fatto e del presidente del C.d.A. della società incorporata nell'anno in cui è stata indetta la gara, il ricorso incidentale deve essere conclusivamente accolto e deve conseguentemente essere dichiarata nei confronti della ricorrente Liomatic la mancanza dei requisiti per partecipare alla gara.

5. Il terzo motivo del ricorso incidentale può essere dichiarato assorbito dalla mancanza di legittimazione ad agire della ricorrente.

5.1. E' ivi oggetto di censura l'ammissione alla gara di Liomatic avvenuta nonostante la mancanza di copia del documento d'identità del sottoscrittore l'offerta economica, ritenuta dal RTI controinteressato adempimento di valore essenziale, volto a garantire l'esatta provenienza della documentazione esibita.

5.2. L'assenza della documentazione relativa ai requisiti generali di partecipazione alla gara dei procuratori e amministratori della società supera ogni considerazione sulla necessità di ulteriori adempimenti che sarebbero rimasti inosservati dall'impresa ricorrente, per l'impossibilità di conseguire comunque l'aggiudicazione della gara.

6. E' necessario, a tal punto, esaminare i primi due motivi del ricorso introduttivo.

6.1. Diversamente da quanto stabilito dalla decisione dell'Adunanza plenaria n. 4 del 7 aprile 2011, l'accoglimento del ricorso incidentale dell'aggiudicatario per la mancanza di legittimazione a ricorrere del concorrente escluso non ne determina in ogni caso il rigetto (rectius: l'inammissibilità), qualora l'offerta di entrambi sia contestata nell'ambito del medesimo procedimento, come già affermato dall'Adunanza plenaria nella sentenza n. 11, del 10 novembre 2008.

6.2. Anche a fronte dell'accoglimento del ricorso incidentale, l'analogo interesse legittimo di ciascun concorrente all'esclusione dell'offerta dell'altro comporta, secondo la Corte comunitaria, l'esame del ricorso principale limitatamente ai "motivi identici", che possono indurre l'amministrazione aggiudicatrice a constatare l'impossibilità di procedere a un'offerta regolare.

6.3. In una situazione del genere, infatti, ciascuno dei concorrenti può far valere un analogo interesse legittimo all'esclusione dell'offerta degli altri, che può indurre l'amministrazione aggiudicatrice a constatare l'impossibilità di procedere alla scelta di un'offerta regolare (Corte di Giustizia UE, sez. X, 4 luglio 2013, causa C-100/12).

7. Delle censure spiegate nell'atto introduttivo, rappresentano "motivi identici" sotto l'aspetto della legittimazione ad agire le prime due censure, nelle quali, rispettivamente, è contestata l'ammissione alla gara del RTI aggiudicatario in quanto l'intera operazione di avvalimento sarebbe viziata da violazione dell'art. 49, co. 2, lett. c), D.Lgs. 163/2006 per l'omessa dichiarazione ex art. 38, D.Lgs. 163/2006 del socio unico dell'impresa ausiliaria Joyfull Break S.r.l. e da parte dell'istitutore dell'impresa ausiliaria "Biesse Medica S.r.l.".

7.1. Vanno preliminarmente disattese le contestazioni della natura di "motivi identici a quelli in precedenza esaminati", mosse dal RTI RistoroH24 s.r.l. nella memoria del 24 dicembre 2013, perché attinenti a requisiti di ordine speciale, come è la condizione di operatività dell'avvalimento e non a requisiti di ordine generale come sono l'assenza di precedenti penali in capo ai procuratori con ampi poteri gestionali e ai legali rappresentanti della partecipante.

7.2. La diversa natura dei requisiti, al pari del diverso contenuto delle disposizioni che si assumono violate è, ad avviso del Collegio, irrilevante a fronte dell'identico effetto che consegue all'accertamento della loro mancanza che, in ambedue i casi, consiste nell'estromissione del concorrente dalla gara per difetto dei presupposti stabiliti dalla legge o dalla lex specialis e nella mancanza di legittimazione ad agire nel giudizio da cui può derivare sinanco la ripetizione della gara qualora gli unici due concorrenti rimasti siano riconosciuti privi delle condizioni per conseguire l'aggiudicazione

7.3. Nella specie non rileva, pertanto, ai fini dell'esame del ricorso principale, la diversità delle norme di cui si assuma la violazione rispetto a quelle ritenute violate nel ricorso incidentale, sebbene l'identità di effetto che ne discende, ritenuto dirimente per individuare l'identità dei motivi.

8. Le censure del ricorso principale possono perciò essere esaminate anche se però devono essere rigettate nella loro interezza.

8.1. E' anzitutto da disattendere la necessità in capo al socio unico dell'ausiliaria Joyfull Break di rendere autonoma specifica dichiarazione di insussistenza delle cause di esclusione ex art. 38, co. 1, lett. c) D.Lgs. n. 163/2006.

8.2. Nell'ammettere l'avvalimento, l'art. 7 del disciplinare di gara stabilisce che "il concorrente dovrà allegare alla domanda, a pena di esclusione, tutti i documenti previsti dall'art. 49, comma 2, del D.Lgs. n. 163/2006".

8.3. Diversamente dalle imprese concorrenti, per le quali l'art. 10 del disciplinare prevede la dichiarazione d'inesistenza di cause di esclusione ex art. 38 del Codice per tutti i soggetti impiegati con posizione di responsabilità, il mero rinvio, per le imprese ausiliarie, all'art. 49, co. 2, onera la partecipante che si avvale dei requisiti di altro soggetto a presentare "una dichiarazione sottoscritta da parte dell'impresa ausiliaria attestante il possesso da parte di quest'ultima dei requisiti generali di cui all'art. 38...".

8.4. Va, al proposito condivisa l'opzione interpretativa che esclude la possibilità di estendere all'ausiliario i rigorosi criteri limitativi propri del concorrente (Cons. St., sez. V 14 febbraio 2013 n. 911): e ciò sia per la differente formulazione dell'art. 49, co. 2, rispetto all'art. 38 co. 2, in tema di attestazione del possesso dei requisiti, sia per la diversa posizione dei soggetti coinvolti, dei quali, il concorrente aggiudicatario è chiamato ad eseguire il servizio sia, infine, per la rigidità del principio di tipicità e tassatività delle cause di esclusione che rende il primo comma dell'art. 38 insuscettibile di introdurre ulteriori e non previste cause ostative alla partecipazione.

8.5. Dall'infondatezza del motivo in esame, (sub 1A dell'atto introduttivo), consegue anche il rigetto della connessa censura (sub 1B) di violazione dell'art. 243-bis, D.Lgs. n. 163/2006 per avere la Stazione appaltante aggiudicato la gara senza motivatamente considerare l'apprezzamento ricevuto, nella procedura di

preavviso di ricorso, della mancanza di dichiarazione ex art. 38 da parte del socio unico di Joyfull Break.

8.6. In disparte il carattere di strumento solamente sollecitatorio dell'autotutela, attribuito all'informativa sull'intento di proporre ricorso, insuscettibile di produrre alcun vincolo per la stazione appaltante (ex plurimis, T.A.R. Lombardia Brescia, sez. II, 2 marzo 2011, n. 372), la determinazione assunta nel verbale del 23 settembre 2013 circa la completezza e conformità all'art. 49, D.Lgs. n. 163/2006 e all'art. 7 del disciplinare della documentazione prodotta dall'impresa ausiliaria "... pur in assenza della dichiarazione ... del socio unico della società ausiliaria Joyfull Break ..." vale a superare, per la completezza dell'istruttoria (cfr. all.ti da 17 a 20 dep. 4 novembre 2013) ogni possibile censura appuntata nei riguardi dell'apparato motivazionale della Stazione appaltante.

9. Anche rigettata deve essere l'altra censura di difetto dei presupposti per l'ammissione alla gara del RTI RistoroH24 S.r.l. AVET S.r.l. Venturi Vending S.r.l., per difetto della dichiarazione ex art. 38 co. 1, per il sig. Marco Chiappa, definito "institore della Biesse Medica S.r.l. dal 19 settembre 2011", dei cui requisiti si sarebbe avvalsa impresa Ristoro 24 H, mandataria del costituendo RTI..

9.1. Dall'estratto del registro delle imprese di Biesse Medica s.r.l. allegato alla memoria del RTI controinteressato del 24 dicembre 2013, si evince che il sig. Marco Chiappa, nominato institore il 7/7/2010 era cessato dalla carica il 18/10/2010, giusta atto di revoca per notaio Brugnoni di Gubbio [rep. 63434 / racc. 14795] notificato all'interessato l'8/11/2010.

9.2. Essendo la cessazione del sig. Marco Chiappa dalla carica di institore della società Biesse Medica s.r.l. avvenuta oltre il termine di un anno dalla pubblicazione del bando di gara (avvenuta il 17 maggio 2013) il raggruppamento aggiudicatario non era tenuto nei suoi confronti ad alcuna dichiarazione ex art. 49, D.Lgs. n. 163/2006, al momento di partecipare alla gara.

9.3. E' perciò irrilevante stabilire se anche l'istitutore, in virtù dei compiti attribuiti possa essere assimilato agli amministratori con potere di rappresentanza o ai procuratori generali o speciali assoggettati alla dichiarazione ex art. 38 D.Lgs. n. 163/2010 dall'art. 10 del disciplinare di gara.

9.4. Il nominativo del sig. Marco Chiappa non figura, infine, nell'estratto del registro delle imprese di RistoroH24 s.r.l. presente in atti e aggiornato al 12 giugno 2013.

9.5. L'efficacia di pubblicità legale dei dati contenuti nel registro delle imprese (Cass. civile, sez. un., 18 aprile 2013, n. 9414) implica che la prova contraria debba quantomeno provenire da una fonte dotata di analoga efficacia: tale non è il profilo professionale di LinkedIn (www.linkedin.com/pub/marco-chiappa/57/16a465), dove l'interessato avrebbe dichiarato di svolgere le mansioni di tecnico della distribuzione automatica e istitutore presso la società RistoroH24.

9.6. La censura di difetto dei requisiti di partecipazione alla gara del RTI RistoroH24 S.r.l. AVET S.r.l. Venturi Vending S.r.l. per nullità dell'avvalimento è perciò infondata, in disparte la sua tardività per essere la contestazione della dichiarazione del sig. Marco Chiappa quale istitutore di Ristoro24H (e non di Biesse Medica s.r.l.) stata dedotta solamente nella memoria del 10 dicembre 2013 e non nel ricorso introduttivo.

10. L'infondatezza del ricorso principale per le dedotte censure implica l'inammissibilità di quelle ulteriori dirette a censurare il merito dell'operato dell'amministrazione.

10.1. L'accessibilità alle procedure di ricorso, stabilita dalla direttiva 89/665/CEE, non osta infatti a che sia dichiarato inammissibile il ricorso principale dell'offerente ove diretto a censurare l'offerta dell'aggiudicatario che ha ottenuto l'appalto.

10.2. La garanzia insita nella soprariocordata pronuncia comunitaria all'interesse strumentale del concorrente escluso alla ripetizione della procedura di gara implica

l'esame del ricorso principale nella sola parte in cui contesti la mancanza dei requisiti nei confronti dell'aggiudicatario anche nell'ipotesi di accoglimento del ricorso incidentale che analogamente contesti il difetto di legittimazione ad agire del ricorrente principale.

10.3. Proprio perché limitata all'esame dei requisiti di ammissione di entrambi i concorrenti, la tutela dell'interesse strumentale non può spingersi sino all'esame della scelta valutativa compiuta dalla Commissione, considerato che la tutela apprestata al ricorrente principale non può compromettere gli effetti dell'aggiudicazione allorché riconosciuto privo della legittimazione ad agire.

11. Conclusivamente deve essere accolto il ricorso incidentale del RTI RistoroH 4 S.r.l. Venturi Vending S.r.l. AVET S.r.l. e deve essere dichiarato in parte infondato e in parte inammissibile il ricorso principale di Liomatic s.p.a.

11.1. Le spese di giudizio vanno integralmente compensate fra tutte le parti, in relazione alla novità delle questioni trattate, alcune delle quali tuttora sub judice.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Umbria definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso incidentale e dichiara in parte infondato e in parte inammissibile quello principale.

Compensa le spese, competenze ed onorari del presente giudizio.

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

Così deciso in Perugia nelle camere di consiglio dei giorni 15 gennaio 2014, 12 febbraio 2014, con l'intervento dei magistrati:

Cesare Lamberti, Presidente, Estensore

Stefano Fantini, Consigliere

Paolo Amovilli, Primo Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/02/2014

IL SEGRETARIO

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