

N. 02694/2011REG.PROV.COLL.
N. 06211/2010 REG.RIC.
N. 06212/2010 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

I - sul ricorso numero di registro generale 6211 del 2010, proposto da:
SIGMA s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Ignazio Lagrotta e Aldo Loiodice, con domicilio eletto presso avv. Aldo Loiodice in Roma, via Ombrone 12 pal. B;

contro

DIA s.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Luigi Paccione, con domicilio eletto presso dr. Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria 2;

II - sul ricorso numero di registro generale 6212 del 2010, proposto da:
S.G.D.Vending s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Aldo Loiodice e Ignazio Lagrotta, con domicilio eletto presso avv. Aldo Loiodice in Roma, via Ombrone 12 pal. B;

contro

SOMED s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Luigi Paccione e Carlo Poliseno, con domicilio eletto presso dr. Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria 2;

per la riforma

quanto al ricorso n. 6211 del 2010:

della sentenza del T.A.R. Puglia - Bari: Sezione I n. 02260/2010, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO SERVIZIO RISTORO MEDIANTE DISTRIBUTORI AUTOMATICI

quanto al ricorso n. 6212 del 2010:

della sentenza del T.A.R. Puglia - Bari: Sezione I n. 02259/2010, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO SERVIZIO RISTORO MEDIANTE DISTRIBUTORI AUTOMATICI

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di DIA s.r.l. e di SOMED s.r.l.

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 aprile 2011 il Cons. Vittorio Stelo e uditi per le parti gli avvocati Lagrotta e Paccione;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.1 - La Vending s.r.l. e la SIGMA s.r.l. hanno proposto gli appelli in epigrafe, notificati il 5 luglio 2010 e depositati il 9 luglio 2010, per la riforma rispettivamente delle sentenze nn. 2259 e 2260 del 14 aprile 2010, depositate il 7 giugno 2010, con le quali il Tribunale amministrativo regionale per la Puglia-Sezione I ha accolto i ricorsi proposti rispettivamente dalle società SOMED s.r.l. e DIA s.r.l. avverso i provvedimenti dell'ASL di Bari nn. 174022 e 174030 in data 5 ottobre 2009, che hanno disposto l'esclusione delle stesse, ai sensi dell'art. 38 comma 1 lett. f), del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163, dalla gara per l'affidamento del servizio di ristoro mediante 80 distributori automatici di prodotti alimentari nelle strutture ospedaliere e territoriali dell'ASL di Bari,

indetta con deliberazione n. 1959 del 9 dicembre 2008.

1.2 - L'ASL aveva motivato detta esclusione sostenendo che nella fattispecie, proprio alla luce della citata disposizione, fosse venuto meno il requisito del prescritto rapporto fiduciario a seguito dell'accertato comportamento in malafede delle società, che avevano installato per anni abusivamente distributori automatici all'interno dell'ASL senza corrispondere alcun canone, con disagi anche per l'utenza e contenziosi.

1.3 - Il T.A.R. ha annullato i citati provvedimenti ritenendo invece che il censurato comportamento delle due società non rientrasse esplicitamente, e quindi "stricto iure", nella previsione del richiamato articolo 38, in quanto la asserita malafede attribuita alla SOMED per dichiarazioni non veritiere presentate in occasione di analoga gara era stata basata su riferimenti generici e non approfonditi.

Sempre il T.A.R. ha quindi ritenuto inammissibili le restanti censure, tese a contestare gli atti indittivi della stessa procedura di gara, in quanto la procedura non era giunta al termine attraverso un'aggiudicazione ad altro concorrente, e pertanto non era possibile rintracciare nell'azione alcun interesse concreto e attuale, non ricorrendo neppure le ipotesi d'impugnabilità immediata del bando.

Per gli stessi motivi la seconda sentenza, la n. 2260/2010, ha dichiarato inammissibile il ricorso introduttivo della DIA, essendo stato il provvedimento, recante l'esclusione della stessa DIA dalla gara, impugnato con motivi aggiunti e quindi annullato.

1.4 - Nell'occasione i giudici di prime cure hanno richiamato la propria sentenza n. 315 del 17 febbraio 2009, oggi all'esame della Sezione, di annullamento della deliberazione n. 550 del 30 giugno 2008, con cui l'ASL aveva affidato il servizio de quo a trattativa privata alla Vending s.r.l.; hanno dichiarato, nel primo giudizio (n. 2259/2010), inammissibile l'intervento ad opponendum della SIGMA s.r.l., in quanto depositato tardivamente; hanno

quindi sottolineato l'irrilevanza di talune contestazioni sollevate relativamente al contegno della ASL; hanno infine compensato le spese, visto l'esito della causa.

1.5 - D'altra parte le stesse parti appellate, ricorrenti principali in primo grado, avevano già conseguito la sospensione cautelare dei citati provvedimenti espulsivi con ordinanze del TAR Puglia -Sezione I, nn. 703 e 759 del 18 novembre e 2 dicembre 2009, impugnate con ricorsi presentati dalla Vending s.r.l. a questo Consesso, che li ha respinti con ordinanze della Sezione V, nn. 935 e 946 del 23 febbraio 2010, non avendo la società partecipato alla gara in contestazione.

2. - In via preliminare, la Sezione deve riunire gli appelli in epigrafe ai fini di una loro trattazione congiunta per motivi di evidente connessione oggettiva, essendo ambedue proposti avverso sentenze di analogo contenuto, quindi con sostanziale identità di causa petendi, petitum e vizi dedotti.

3. - Parti ricorrenti deducono la legittimità dell'esclusione della SOMED e della DIA dalla gara disposta dall'ASL, posto che il comportamento tenuto dalle stesse integrava la fattispecie prevista dal citato art. 38 d.lgs. 163/2006; la SIGMA soggiunge argomentazioni a contrasto di motivi dedotti dalla DIA in primo grado e assorbiti dalla sentenza del TAR. N. 2259/2010.

4.1 - La SOMED s.r.l. e la D.I.A. s.r.l., con atti depositati il 30 settembre 2010, hanno proposto distinti appelli incidentali nei giudizi rispettivamente instaurati dalla Vending s.r.l. e dalla SIGMA s.r.l.

La SOMED eccepisce l'inammissibilità dell'appello della Vending, posto che la stessa non ha partecipato alla gara in questione, e la D.I.A. eccepisce l'inammissibilità dell'appello della SIGMA, in quanto non avrebbe provato di aver formulato domanda di partecipazione alla gara in questione.

In ogni caso, gli appelli principali sarebbero inammissibili in quanto, come

emerge dal decreto di sequestro preventivo dei distributori automatici emesso dal G.I.P. presso il Tribunale di Bari n. 19196 del 29 luglio 2010, la Vending avrebbe dato luogo con la SIGMA ad un unico centro decisionale alterando così la regolarità della seconda gara informale.

4.2 - Nel ribadire l'interesse all'annullamento degli atti indittivi della terza gara vengono riproposte e trascritte le censure già dedotte in primo grado, non esaminate o dichiarate inammissibili dal T.A.R., nei riguardi per l'appunto della indizione della terza gara, dell'avviso pubblico e del capitolato speciale, in quanto hanno asseritamente salvaguardato le aree illecitamente occupate dalla Vending, che non avrebbe rispettato precedenti sentenze e ordinanze del TAR e del Tribunale, e avrebbe violato il divieto di intestazione fiduciaria di cui alla normativa antimafia.

Con l'occasione la SOMED ripropone anche i motivi del ricorso di primo grado non esaminati a suo dire erroneamente dal TAR, e quindi l'omessa comunicazione dell'avvio del procedimento di esclusione dalla gara; l'incompetenza del Direttore dell'Area Gestione Patrimonio a emanare il provvedimento di esclusione, di spettanza invece della commissione di gara; la mancata costituzione del seggio di gara; l'omessa indicazione, nel bando, della data, dell'ora e del luogo di apertura delle offerte. Contesta infine la compensazione delle spese disposta dal giudice di prime cure.

5. - Appellanti principali e incidentali, costituitisi, hanno depositato più memorie a sostegno delle argomentazioni già svolte e a replica delle deduzioni delle rispettive controparti.

L'ASL di Bari non si è costituita.

6. - All'udienza pubblica dell'8 aprile, presenti i legali delle parti, la causa è stata trattenuta in decisione.

7. - Ciò premesso in fatto, gli appelli in epigrafe sono infondati e vanno, quindi, respinti, confermando così le sentenze di primo grado impugnate.

8. - Si osserva preliminarmente che la questione all'esame si interseca con

altri contenziosi, presso il TAR Puglia e questo Consesso, proposti in precedenza e pendenti anche oggi presso questa Sezione, fra le stesse parti, ora ricorrenti principali ora incidentali, con la riproposizione di censure pressoché analoghe.

9.1 - Per quanto attiene al presente giudizio il TAR, nelle due sentenze impugnate, ad avviso della Sezione, ha correttamente indirizzato l'esame di competenza sulla legittimità o meno dei provvedimenti espulsivi dianzi citati adottati dalla ASL di Bari e recanti l'esclusione della SOMED e della DIA dalla terza gara informale indetta dall'Azienda per l'affidamento del servizio di cui trattasi, in quanto per l'appunto gli stessi risultano concretamente, direttamente e attualmente lesivi delle posizioni giuridiche soggettive delle due società.

9.2 - Il TAR, quindi, ha provveduto a un'attenta e motivata disamina del testo dei due provvedimenti, sulla base della normativa anche comunitaria, pervenendo alla conclusione della illegittimità della disposta esclusione, censurandone la motivazione e ritenendo gli atti non adeguatamente giustificati.

10.1 - Questa Sezione condivide la lettura, puntuale e approfondita, effettuata dal giudice di prime cure circa la previsione di cui all'art. 38, comma 1 lett. f), d.lgs. n. 163/2006, e non ha motivi per disattendere le due sentenze, invero idoneamente motivate ed immuni da vizi di illogicità o irrazionalità.

10.2 - E' indubbio infatti che il citato art. 38, trattandosi di norma volta all'esclusione di partecipanti a procedure di affidamento di concessioni o di appalti di lavori, forniture e servizi per la mancanza di requisiti di ordine generale, debba essere sottoposto a interpretazione rigorosa e oggettiva, non consentendo restrizioni al mercato e alla concorrenza e quindi alla possibilità di partecipazione alle procedure stesse, offerta dalla normativa di settore, se non supportate da stringenti motivazioni e comprovate da fatti,

documenti e accertamenti in atti ricollegabili inequivocabilmente alla lettera della disposizione di cui trattasi.

10.3 - Nel caso di specie, il giudice di prime cure ha evidenziato, nei provvedimenti in questione, riferimenti del tutto generici senza che potessero “desumersi gli elementi del relativo provvedimento espulsivo”, per cui ha ritenuto che l'allargamento dei casi di esclusione dagli appalti non trovasse fondamento e giustificazione nella mera attività interpretativa posta in essere, nella fattispecie, dalla ASL.

11. - Ciò stante, per le considerazioni che precedono gli appelli principali, qui riuniti per connessione oggettiva, vanno respinti, confermando la sentenza di primo grado.

Al contempo va dichiarata l'improcedibilità degli appelli incidentali, ribadendo la loro inammissibilità per la carenza di interesse concreto e attuale a coltivare le censure qui riproposte circa gli atti indittivi della terza gara, soggetti ad autonoma impugnativa al momento dell'aggiudicazione ad altro concorrente.

In effetti la SOMED e la DIA hanno conseguito la riammissione alla gara e tale misura non può non ritenersi allo stato che soddisfattoria.

12. - L'improcedibilità dell'appello incidentale della SOMED potrebbe indurre a ritenere assorbito anche il capo della sentenza del TAR n. 2259/2010 che dispone la compensazione delle spese e che è stato qui censurato da quella società.

Trattandosi però di autonomo vizio dedotto in questa sede avverso la predetta sentenza, la Sezione, anche per completezza e esaustività, è dell'avviso di procedere all'esame dello stesso, che si ritiene non abbia fondamento, conformandosi così al pacifico orientamento di questo Consiglio che riconosce al giudice di primo grado la più ampia discrezionalità nel provvedere sulle spese di giudizio, con esclusione della condanna alle spese a carico della sola parte vittoriosa o di disposizioni sul

punto abnormi (cfr, da ultimo, Sezione VI, 14 dicembre 2010 n. 892).

Sul punto questa Sezione si è estesamente espressa circa analoga censura proposta nei precedenti ricorsi R.G. 8007 e 8009/2010, oggi in decisione, e che vedono, a parti invertite, le stesse parti in causa nel presente giudizio.

Nel caso di specie la Sezione ritiene quindi che il T.A.R. abbia correttamente esercitato tale potere discrezionale in relazione all'esito della causa invero particolarmente complessa e articolata e non si hanno motivi di segno contrario meritevoli di particolare considerazione.

Ne consegue che l'appello incidentale proposto sul punto dalla SOMED debba essere respinto.

13. -Proprio la particolarità e la complessità della causa induce anche questa Sezione a compensare le spese del presente giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sugli appelli riuniti, come in epigrafe proposti (R.G. 6211 e 6212/2010), li respinge e, per l'effetto, conferma le sentenze impugnate.

Dichiara l'improcedibilità dell'appello incidentale proposto dalla DIA s.r.l..

Dichiara l'appello incidentale proposto dalla SOMED s.r.l. in parte improcedibile e in parte lo respinge nei sensi in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 aprile 2011 con l'intervento dei magistrati:

Pier Luigi Lodi, Presidente

Vittorio Stelo, Consigliere, Estensore

Roberto Capuzzi, Consigliere

Hadrian Simonetti, Consigliere

Lanfranco Balucani, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 05/05/2011

IL SEGRETARIO

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