

**N. 02725/2013REG.PROV.COLL.
N. 04596/2012 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 4596 del 2012, proposto da Società Gestione Distributori (S.G.D.) Vending s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Aldo Loiodice e Ignazio Lagrotta, con domicilio eletto presso Loiodice & Partners Studio Legale Associato in Roma, via Ombrone, 12/B;

contro

Somed Ristorazione Automatica s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Luigi Paccione, con domicilio eletto presso Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, 2;

Istituto Tecnico Commerciale Linguistico Statale Marco Polo, Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliati in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. PUGLIA - BARI: SEZIONE I n. 736/2012, resa tra le parti, concernente l'affidamento della concessione del servizio pubblico di somministrazione di ristoro mediante distributori automatici di bevande calde-fredde, prodotti freschi e alimenti preconfezionati

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Somed Ristorazione Automatica s.r.l., dell'Istituto Tecnico Commerciale Linguistico Statale Marco Polo e del Ministero Istruzione Università e Ricerca;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 marzo 2013 il Cons. Roberto Giovagnoli e uditi per le parti gli avvocati Isabella Loiodice, per delega dell'avvocato Aldo Loiodice, l'avvocato Paccione e l'avvocato dello Stato D'Avanzo;

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 solamente S.G.D.) per ottenere la riforma della sentenza del T.a.r. per la Puglia, sede di Bari, di estremi indicati in epigrafe.

2. La sentenza di primo grado ha parzialmente accolto il ricorso proposto dalla Somed Ristorazione Automatica s.r.l. (di seguito anche solamente Somed), annullando la lettera di invito e l'aggiudicazione, disposta a favore della società S.G.D., della gara informale indetta per l'affidamento del servizio di 13 distributori automatici di bevande, prodotti freschi e alimenti

preconfezionati all'interno dell'Istituto tecnico commerciale linguistico statale Marco Polo di Bari.

3. Il T.a.r. ha accolto la domanda di annullamento, ritenendo fondato il motivo di ricorso con il quale la ricorrente lamentava la mancata applicazione dell'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006: la stazione appaltante, si legge nella sentenza, anziché richiedere a tutti i partecipanti alla gara il possesso dei requisiti generali di cui all'art. 38 cit., ne avrebbe arbitrariamente circoscritto l'applicazione, limitando, tra l'altro, l'operatività del requisiti di cui al primo comma lett. c) alle sole condanne per "delitti finanziari", e non richiedendo alcuna verifica in ordine alla "regolarità fiscale" di cui alla lett. g).

4. Con la stessa sentenza, il T.a.r. ha inoltre:

- respinto la domanda, proposta dalla ricorrente principale Somed, di accertamento della validità ed efficacia, sino a tutto il 20 gennaio 2012, del contratto di concessione del servizio pubblico di somministrazione di alimenti e bevande mediante distributori automatici stipulato tra la Somed e l'Istituto Marco Polo in data 20 gennaio 2010;
- respinto la domanda, proposta dalla ricorrente principale Somed, di accertamento dell'illiceità del 'recesso unilaterale' emesso con atto dirigenziale prot. n. 2629-C43 del 1° aprile 2011;
- in parte respinto e in parte dichiarato inammissibile la domanda, proposta sempre dalla Somed, di risarcimento del danno (in particolare, ha respinto la domanda di risarcimento del danno cagionato dal recesso unilaterale dal contratto del 20 gennaio 2010 ed ha dichiarato inammissibile la domanda di risarcimento del danno cagionato dall'illegittima aggiudicazione, in quanto proposta con memoria non notificata alle altre parti).

5. Il T.a.r. ha, ancora, dichiarato improcedibile il ricorso incidentale proposto dalla controinteressata S.G.D. diretto ad ottenere l'accertamento dell'inefficacia del contratto sottoscritto tra la Somed e l'istituto Marco Polo in data 20 gennaio 2010 e l'annullamento del verbale e del bando di gara relativamente all'attribuzione del punteggio ritenuto eccessivamente premiale per la Somed.

6. Per ottenere la riforma di detta sentenza, la S.G.D. ha proposto appello, formulando, in sintesi, le seguenti censure.

6.1. Secondo l'appellante, innanzitutto, il T.a.r. avrebbe dovuto dichiarare inammissibile il ricorso di primo grado per difetto di legittimazione o di interesse, come conseguenza della sopravvenuta inefficacia del contratto stipulato in data 20 gennaio 2010 tra la Somed con l'Istituto Marco Polo.

6.2. Con riferimento poi al motivo, ritenuto fondato dal T.a.r., relativo alla mancata applicazione dell'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006, l'appellante deduce che:

- il motivo in primo grado è stato proposto tardivamente, in quanto la Somed avrebbe avuto piena conoscenza della lettera di invito sin dal 31.12.2010, ma, anziché contestare immediatamente la presunta illegittimità della stessa, ha partecipato alla gara prestando acquiescenza alla *lex specialis* di gara;

- l'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006 non sarebbe applicabile alla gara in questione (relativa all'affidamento di una concessione di servizi), atteso che, in base all'art. 30 d.lgs. n. 163 del 2006, alle gare per l'affidamento della concessione di servizi si applicano solo i principi generali desumibili dal Trattato e i principi generali relativi ai contratti pubblici, fra i quali non rientrerebbe appunto la disposizione dell'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006;

- anche a ritenere applicabile l'art. 38 cit., non sussisterebbe comunque alcuna illegittimità, atteso che la S.G.D. era in possesso di tutti i requisiti di moralità richiesti da tale disposizione, non essendo incorsa, a differenza da quanto sostenuto dalla originaria ricorrente, in alcuna irregolarità fiscale definitivamente accertata e non sussistendo, nei confronti dei propri amministratori e rappresentanti legali, alcuna condanna penale "ostativa".

7. La S.G.D. ha inoltre riproposto i motivi del ricorso incidentale dichiarato improcedibile in primo grado.

8. Si è costituita in giudizio la società Somed che ha chiesto il rigetto dell'appello.

9. Alla pubblica udienza del 19 marzo 2013, la causa è stata trattenuta per la decisione.

10. Vanno anzitutto esaminati i motivi con cui la S.G.D. deduce l'inammissibilità del ricorso di primo grado per difetto di interesse e per difetto di legittimazione.

I motivi sono infondati.

Ed invero, a prescindere dalla vicende che hanno riguardato il precedente contratto stipulato dalla Somed in data 20 gennaio 2010, nella fattispecie, la legittimazione e l'interesse al ricorso derivano dal fatto che la Somed ha partecipato alla gara oggetto del presente giudizio, presentando un'offerta concorrente rispetto a quella S.G.D. E' quindi certamente legittimata (perché la partecipazione alla gara conferisce al concorrente una posizione differenziata e qualificata) ed è titolare di un interesse al ricorso (atteso che l'accoglimento del medesimo le potrebbe far conseguire l'aggiudicazione).

11. Parimenti infondato è il motivo di appello diretto a contestare la tardività del ricorso di primo grado relativamente all'impugnazione della

lettera di invito del 30 dicembre 2010, atteso che le clausole contestate (quelle che, in ipotesi, avrebbero consentito la partecipazione alla gara anche ai soggetti privi dei requisiti di cui all'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006), hanno manifestato la loro concreta idoneità lesiva solo al momento dell'aggiudicazione definitiva disposta a favore della odierna appellante S.G.D. Prima di tale momento, alla stregua del consolidato orientamento che esclude l'onere di immediata impugnazione delle clausole del bando diverse da quelle c.d. escludenti o che impediscano la formulazione dell'offerta (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen. n. 1 del 2003), non vi era, quindi, onere di immediata impugnazione.

12. Il ricorso va, quindi, esaminato nel merito.

Nel merito, l'appello è fondato.

È vero, infatti, che il principio espresso dall'art. 38 d.lgs.n. 163 del 2006, in base al quale la partecipazione alle gare pubbliche richiede il possesso, in capo ai partecipanti, di alcuni inderogabili requisiti di moralità, rappresenta un principio di carattere generale, che trova, quindi, applicazione anche nelle gare dirette all'affidamento di concessioni di servizi.

Si tratta, infatti, di un fondamentale principio di ordine pubblico economico, che soddisfa l'imprescindibile esigenza che il soggetto che contrae con l'Amministrazione sia "affidabile" e, quindi, in possesso dei requisiti di ordine generale e di moralità che la norma tipizza.

Il principio generale attiene però al profilo sostanziale (la necessità che alla gara partecipi solo chi è in possesso dei requisiti di moralità), non anche al profilo dichiarativo o formale (l'obbligo di dichiarare comunque l'assenza di cause ostative), nel senso che, fermo l'obbligo per la stazione appaltante di accertare la sussistenza in capo ai concorrenti dei requisiti di moralità di cui

all'art. 38 cit, nelle gare dirette all'affidamento di concessioni di servizi (e, quindi, sottoposte solo al rispetto dei principi fondamentali desumibili dal diritto comunitario e nazionale), la *lex specialis* può anche esonerare i partecipanti dall'obbligo di rendere la specifica dichiarazione richiesta dall'art. 38 o prevedere una dichiarazione meno ampia rispetto a quella prevista da tale disposizione.

Sotto tale profilo, quindi, la lettera di invito non può ritenersi illegittima, anche in considerazione del fatto che essa comunque richiedeva ai concorrenti di allegare alla domanda di partecipazione una serie di dichiarazioni e documenti secondo uno schema analogo a quello previsto dall'art. 38 cit.

13. Ciò che rileva è la verifica, in concreto, del possesso da parte dell'aggiudicatario S.G.D. dei requisiti di moralità di cui all'art. 38 cit., e non anche la previsione da parte della *lex specialis* del corrispondente obbligo dichiarativo.

La Somed deduce la mancanza in capo a S.G.D. di due cause ostative alla partecipazione, derivanti da: a) una irregolarità fiscale definitivamente accertata; b) la pendenza di un procedimento penale nei confronti del legale rappresentante.

Il motivo non è, tuttavia, fondato in quanto risulta dagli atti che:

- la S.G.D. con riferimento al periodo di gara, non è incorsa in alcuna irregolarità fiscale definitivamente accertata, come si evince dal certificato DURC di regolarità contributiva del 24 gennaio 2011, presentato in sede di gara ed allegato al contratto con l'Istituto Marco Polo;
- il procedimento penale (la cui mera pendenza non è comunque di per sé causa ostativa) si è concluso con l'assoluzione degli imputati (docc. 1 e 2 del

6° indice depositato dall'appellante).

Non risulta, quindi, che l'aggiudicataria Somed fosse priva dei requisiti di moralità previsti dall'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006.

14. Alla luce delle considerazioni che precedono l'appello deve, pertanto, essere accolto, e per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, deve respingersi il ricorso proposto in primo grado.

La complessità delle questioni esaminate giustifica l'integrale compensazione delle spese del doppio grado.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello (R.G. 4596/2011), come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, respinge il ricorso di primo grado (R.G. n. 76/2011).

Spese compensate dei due gradi del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 marzo 2013 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Roberto Giovagnoli, Consigliere, Estensore

Giulio Castriota Scanderbeg, Consigliere

Andrea Pannone, Consigliere

Vincenzo Lopilato, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/05/2013

IL SEGRETARIO

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