

N. 00007/2015REG.PROV.COLL.
N. 07400/2013 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 7400 del 2013, proposto da:
So.Me.D. s.p.a. Società Meridionale Distributori in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avvocato Luigi Paccione, domiciliatario in Roma, Via Cosseria, 2;

contro

S.G.D. Società Gestione Distributori Vending Dimatic s.r.l. in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Aldo Loiodice e Isabella Loiodice, presso il primo elettivamente domiciliata in Roma, Via Ombrone, 12;

Istituto tecnico commerciale linguistico statale Marco Polo in persona del legale rappresentante in carica, Ministero dell'istruzione dell'università e della ricerca in persona del ministro in carica, rappresentati e difesi dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliataria in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per la revocazione

della sentenza del CONSIGLIO DI STATO - SEZ. VI n. 2725/2013, resa tra le parti, concernente affidamento concessione del servizio pubblico di

somministrazione di ristoro mediante distributori automatici di bevande calde-fredde, prodotti freschi e alimenti preconfezionati.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle parti intimiate;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 2 dicembre 2014 il consigliere Roberta Vigotti e uditi per le parti gli avvocati Luigi Paccione, Isabella Loiodice e l'avvocato dello Stato Roberto Varone;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La società So.Me.D. s.p.a. chiede, ex art. 106 Cod. proc. amm., la revocazione della sentenza in epigrafe indicata, con la quale questo Consiglio di Stato, in accoglimento dell'appello proposto dalla Società Gestione Distributori (S.G.D.) Vending s.r.l. avverso la sentenza del Tribunale amministrativo della Puglia 17 aprile 2012, n. 736, ha respinto il ricorso proposto dalla stessa So.Me.D. avverso l'aggiudicazione alla S.G.D. del servizio di ristorazione automatica all'interno dell'istituto tecnico statale Marco Polo di Bari.

I) La sentenza di primo grado ha ritenuto fondato il motivo di ricorso relativo alla mancata applicazione, da parte della stazione appaltante, dell'art. 38 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, a causa dell'omessa indicazione, nella lettera di invito, dell'obbligo del possesso dei requisiti generali di cui all'art. 38 cit., e in particolare non richiedendo alcuna verifica in ordine alla "regolarità fiscale" di cui alla lett. g) della medesima norma. Ha quindi annullato la lettera di invito e, conseguentemente, l'aggiudicazione della gara in capo a S.G.D.

II) La sentenza di secondo grado ha accolto l'appello proposto da S.G.D., avendo rilevato l'infondatezza della censura relativa alla mancanza, in capo

alla medesima società, 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.

Tale conclusione deriva, secondo la sentenza, dalle risultanze documentali, dalle quali emerge 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).*

III) Con il ricorso in esame la società So.Me.D. chiede la revocazione di tale sentenza ai sensi dell'art. 395, n. 4, cod. proc. civ., per errore di fatto su un punto decisivo della causa.

IV) Il ricorso è ammissibile, poiché la sentenza in esame, dopo aver puntualizzato che *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*, ha desunto come prova di regolarità fiscale il certificato, depositato in atti, di regolarità contributiva (DURC) che attesta unicamente il regolare versamento all'Inail e all'Inps dei contributi per i dipendenti.

Del resto, la stessa S.G.D. ha allegato tale certificato alla dichiarazione in data 13 gennaio 2011, depositata ai fini della gara, di essere in regola con gli obblighi relativi al pagamento dei contributi previdenziali e assistenziali a favore dei dipendenti: ne deriva che per mero errore materiale nella lettura del documento (datato 29 dicembre 2010, e non 24 gennaio 2011) la sentenza in esame ha vi ravvisato il contenuto di attestazione della regolarità fiscale, che non gli appartiene.

Ugualmente viziata da errore di fatto è la considerazione, con effetto positivo per l'aggiudicataria, del certificato del 24 gennaio 2011, che non è il DURC, come ha ritenuto la sentenza, ma un'attestazione dell'Agenzia delle entrate successiva alla data di scadenza (14 gennaio 2011) del termine di presentazione delle offerte.

Sussistono, quindi, i presupposti per ritenere ammissibile la revocazione della sentenza ai sensi dell'art. 345, n. 4, cod. proc. civ., dato che essa è l'effetto di un errore di fatto risultante dagli atti della causa, fatto che non ha costituito un punto controverso sul quale la sentenza stessa ebbe a pronunciare.

V) In via rescissoria, e in accoglimento del ricorso, l'appello accolto dalla sentenza in esame deve essere respinto, posto che la regolarità fiscale della società aggiudicataria, che la sentenza assume (con argomentazione di diritto non coinvolta, né coinvolgibile, nella domanda revocatoria, i cui confini sono rigorosamente delimitati dai relativi motivi rescissori: cfr. Cons. Stato, sez. V, 11 maggio 2001, n. 2614) essere il punto rilevante e assorbente della decisione, non è stata verificata dalla stazione appaltante, e risulta smentita dalla documentazione versata dalla società So.Me.D. nel giudizio sia di primo, sia di secondo grado (attestazione dell'Agenzia delle entrate del 1° ottobre 2010 relativa ad un debito di 46.311,80 euro alla data del 16 giugno 2010 e relativa istanza di rateizzazione), oltre che dalle pronunce anche di questo Consiglio che hanno già interessato la S.G.D. (sez. III, 3 agosto 2012, n. 4424 e 27 giugno 2013, n. 3524).

Ne deriva, in accoglimento della domanda revocatoria, l'infondatezza dell'appello e la conferma, sia pure con diversa motivazione (derivante dalla non perfetta coincidenza con i percorsi argomentativi del primo giudice, che ha fatto derivare l'annullamento dell'aggiudicazione dalla illegittimità della lettera di invito, mentre il *decisum* in appello è ristretto all'indagine circa l'effettivo possesso del requisito ex art. 38 d.lgs. citato) della sentenza di primo grado.

VI) In conclusione, in accoglimento del ricorso di cui in epigrafe, va disposta la revocazione della sentenza in esame, con conseguente reiezione dell'appello che ne è oggetto.

Le spese del giudizio seguono, come di regola, la soccombenza, e si liquidano in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe indicato, lo accoglie e, per l'effetto, revoca la sentenza di questo Consiglio di Stato, sez. VI, 21 maggio 2013, n. 2725 e respinge l'appello con la stessa deciso, per l'effetto confermando, con diversa motivazione, la sentenza del Tribunale amministrativo della Puglia, sez. di Bari, n. 736 del 2012.

Condanna l'appellante S.G.D. a rifondere alla società So.Me.D., appellata e ricorrente in revocazione, le spese del giudizio, nella misura complessiva di 4.000 (quattromila) euro, oltre IVA e CPA.

Spese compensate tra le altre parti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 2 dicembre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Maurizio Meschino, Consigliere

Roberta Vigotti, Consigliere, Estensore

Carlo Mosca, Consigliere

Bernhard Lageder, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 05/01/2015

IL SEGRETARIO

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