

N. 03251/2014REG.PROV.COLL.
N. 04581/2012 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 4581 del 2012, proposto da IVS Italia s.p.a., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Ruggero Standardi e Alberto Costantini, con domicilio eletto presso lo studio di questo ultimo in Roma, Corso d'Italia, 19;

contro

Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca, Convitto Nazionale "Regina Margherita" di Anagni, in persona dei legali rappresentanti in carica, rappresentati e difesi dall'Avvocatura generale dello Stato, con domicilio eletto in Roma, Via dei Portoghesi, 12;

nei confronti di

Sida Distributori automatici di Pescosolido Valter, rappresentato e difeso dagli avvocati Pierluca. D'Orazio e Silvestro Patriarca, con

domicilio eletto presso Pierluigi Conti in Roma, via Cola di Rienzo, 212;

per la riforma

della sentenza n. 195/2012 del TAR Lazio - Sezione di Latina, del 9 febbraio 2012, resa tra le parti; resa tra le parti, concernente aggiudicazione gara per l'installazione e fornitura di distributori automatici di bevande e prodotti confezionati;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Convinto Nazionale "Regina Margherita" di Anagni e del Ministero dell'istruzione dell'università e della ricerca e di Sida Distributori Automatici di Pescosolido Valter;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 25 marzo 2014, il Cons. Carlo Mosca e uditi per le parti l'avvocato Costantini e l'avvocato dello Stato Fedeli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La IVS Italia s.p.a., società che svolge attività di commercializzazione, installazione, manutenzione e assistenza tecnica di distributori automatici per la somministrazione di prodotti alimentari in genere e di bevande, partecipava alle procedure negoziate indette dal Convitto Nazionale "Regina Margherita" di

Anagni per l'installazione di distributori automatici di bevande calde, di prodotti preconfezionati (snack) e di bevande fredde (bottiglie e lattine) nel liceo annesso. All'esito della graduatoria, il Convitto provvedeva ad aggiudicare la gara alla SIDA Distributori Automatici di Valter Pescosolido e l'odierna appellante, ravvisando gravi profili di illegittimità nell'aggiudicazione predetta, presentava ricorso al Tribunale amministrativo del Lazio.

A seguito della notifica del suddetto ricorso, il Convitto Nazionale annullava, in autotutela, l'aggiudicazione in favore della citata SIDA e, con nota del 7 febbraio 2011, comunicava alla IVS Italia di averle aggiudicato, quale seconda classificata, la fornitura del servizio in questione.

Il successivo 7 marzo 2011 si costituiva in giudizio la controinteressata SIDA di Valter Pescosolido che depositava una nota ricevuta dal Convitto in cui veniva comunicato che l'aggiudicazione della gara era sospesa e non annullata, in attesa del pronunciamento del Tribunale amministrativo del Lazio.

Il ricorso veniva discusso il 9 febbraio 2012 e deciso con la sentenza appellata che lo respingeva.

2. La stessa ricorrente in primo grado ha proposto appello avverso la sentenza n. 195/2012 del Tribunale amministrativo del Lazio (Latina) deducendo che:

a) il giudice di primo grado, nell'affermare che la fattispecie in questione, rientrando nell'ambito della concessione di servizi, è sottratta alla applicazione delle disposizioni del codice dei contratti,

ha trascurato il dato letterale del primo comma dell'art. 38 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, che riferisce espressamente le cause di esclusione sia alla concessione, sia agli appalti che ai subappalti, così derogando alla regola generale prevista dall'articolo 30 per le sole concessioni di servizi, con conseguente esclusione del concorrente che omette di dichiararsi immune dalle cause di esclusione previste dalla legge, come è avvenuto per la SIDA;

b) il giudice di primo grado ha fatto propria la tesi difensiva della contro interessata, secondo cui il contratto in questione rientrerebbe nella previsione del citato art. 30, ma la qualificazione del contratto in termini di concessione di servizi è arbitraria, perché la concessione presuppone necessariamente la proprietà pubblica degli strumenti attraverso i quali il servizio viene erogato, mentre nel caso di specie, il servizio viene erogato con macchinari di proprietà dello stesso prestatore, collocati per un certo periodo presso i locali dell'Amministrazione pubblica senza alcun onere manutentivo dei locali medesimi a carico del prestatore. Ciò con la conseguenza che il corrispettivo richiesto agli utenti dei distributori automatici compensa unicamente il costo di acquisto delle bevande e degli altri oneri sostenuti dalla Società distributrice, ma non remunera alcuna attività manutentiva non richiesta al prestatore. Da ciò l'applicabilità alla procedura di cui è causa dell'articolo 38 citato e dell'articolo 86 del *Codice dei contratti pubblici*;

c) il giudice di primo grado ha considerato raggiunta la prova del possesso del requisito soggettivo dell'esperienza triennale nel settore,

nonostante l'insufficienza della documentazione esibita, non idonea ad attestare tale possesso e non ha annesso valore dirimente alle risultanze camerali, visto che l'annotazione, nel registro delle imprese presso la Camera di Commercio competente, dell'avvio, da parte della SIDA, dell'attività di somministrazione di alimenti e bevande a mezzo di distributori automatici risale al mese di agosto 2008, con conseguente esclusione del possesso dell'esperienza triennale richiesta.

Con memoria del 7 febbraio 2014, la IVS Italia ha citato, a sostegno del suo convincimento sull'applicabilità dell'articolo 38 alle concessioni di servizi, la sentenza di questa VI Sezione del Consiglio di Stato, 21 maggio 2013, n. 2725 secondo cui il principio espresso all'articolo 38 del *Codice dei contratti pubblici*, in base al quale la partecipazione alle gare pubbliche richiede il possesso, in capo ai partecipanti, di requisiti di moralità, rappresenta un principio generale che trova applicazione anche nella gara diretta all'affidamento di concessione di servizi, trattandosi di un fondamentale principio di ordine pubblico economico che soddisfa l'esigenza di affidabilità e moralità del contraente.

3. Si è costituito, nel giudizio di appello, il controinteressato Valter Pescosolido, titolare della SIDA Distributori Automatici s.p.a., che ha sostenuto che il combinato disposto degli articoli 3 e 30 del *Codice* impedisce di applicare alla concessione di servizi l'articolo 38 e, conseguentemente, in mancanza di esplicita previsione di *lex specialis*, non sussiste l'obbligo di presentare una dichiarazione sul possesso dei

requisiti dell'articolo 38; e comunque, di per sé, la mancata presentazione non è sufficiente ad escludere un partecipante alla gara, non essendo ciò previsto dall'articolo 38 (secondo cui l'esclusione va riferita al dato sostanziale del mancato possesso dei requisiti indicati dalla norma).

Per il Pescosolido, poi, la SIDA regolarmente iscritta alla Camera di Commercio di Frosinone dal 16 gennaio 2006, ha ampiamente maturato l'esperienza richiesta nel settore, come attestato nella dichiarazione rimessa in sede di presentazione della offerta e documentato mediante produzione dei relativi attestati.

Circa la visura camerale da cui si evincerebbe che la SIDA esercita attività di commercio di prodotti alimentari tramite distributori automatici solo dal 7 agosto 2008, viene evidenziato che l'annotazione ha carattere meramente dichiarativo e non costitutivo; e che l'annotazione della visura è riferita alla attività esercitata nella sede, mentre i servizi sono prestati direttamente presso la sede di competenza delle stazioni appaltanti.

DIRITTO

1. L'appello è infondato: le censure dell'appellante non sono convincenti.

La sentenza gravata è correttamente motivata e il suo contenuto linearmente ricostruisce il percorso logico-giuridico che ha portato alla decisione.

Invero, la gara ha riguardato l'affidamento della concessione dell'esercizio del servizio di vendita di alimenti e bevande mediante

distributori automatici. Questa fattispecie è una *concessione di servizi*, sicché correttamente la sentenza ha ritenuto che non vi sia luogo all'applicazione delle disposizioni del *Codice dei contratti pubblici*, in base all'espressa previsione di cui all'articolo 30 (*Concessione di servizi*) dello stesso d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, a tenore del cui comma 1, “*salvo quanto disposto nel presente articolo, le disposizioni del Codice non si applicano alle concessioni di servizi*”.

Non trovano, quindi, diretta applicazione al caso di specie gli articoli 38 e 86 del *Codice*. Conseguentemente l'Amministrazione aggiudicatrice non è incorsa in illegittimità se nell'affidare il servizio non ha richiesto ai concorrenti di fornire le dichiarazioni dell'art. 38.

Alla luce della giurisprudenza e in particolare della sentenza di questa VI Sezione 21 maggio 2013, n. 2725, richiamata dalla appellante con memoria del 7 febbraio 2014 e da cui il Collegio non intende discostarsi, non v'è dubbio che il principio dell'articolo 38 (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 applicazione anche nelle gare dirette all'affidamento di *concessioni di servizi*, come fondamentale principio di ordine pubblico economico che soddisfa l'esigenza di avere un soggetto contraente con l'Amministrazione che sia affidabile sotto il profilo morale e degli altri requisiti richiesti.

La stessa precedente sentenza afferma, però, che siffatto principio generale attiene al profilo *sostanziale*, alla necessità cioè che alla gara possa partecipare un soggetto effettivamente affidabile perché in

possesso dei requisiti di moralità; ma non anche al profilo dichiarativo e *formale*, cioè alla sussistenza di un obbligo legale di dichiarare comunque l'assenza di cause ostative.

Perciò, 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.

Ciò che per la legge rileva come necessaria, in altri termini, è la successiva verifica in concreto - che deve comunque essere effettuata, senza elusioni, dalla stazione appaltante - dei requisiti di moralità, non anche la previsione da parte della *lex specialis* del corrispondente obbligo dichiarativo.

Se ne deduce, per il caso in questione, che la *lettera d'invito* del 4 novembre 2010, che non richiedeva ai concorrenti di allegare una dichiarazione comportante l'insussistenza della citate cause di esclusione, non è illegittima.

Nemmeno l'appellante, aldilà di affermazioni che appaiono in concreto generiche e insufficienti, fornisce elementi di prova atti a davvero dimostrare la mancanza sostanziale dei requisiti dell'articolo 38 da parte della SIDA, nonché l'omissione dell'accertamento degli stessi da parte dell'Amministrazione aggiudicatrice.

Con riguardo, poi, al mancato possesso del requisito soggettivo dell'esperienza triennale nel settore, la sentenza è corretta quando afferma che è stato sufficientemente dimostrato, da parte dell'aggiudicataria, lo svolgimento del servizio quanto meno dal 18 ottobre 2006 (data di stipulazione della convenzione con un liceo di Frosinone).

Il Collegio condivide la decisione del giudice di primo grado anche per l'efficacia meramente dichiarativa dell'annotazione presso la Camera di Commercio, di valenza probatoria comunque meno rilevante di quella afferente alla documentazione prodotta dalla società aggiudicataria e attestante la richiesta esperienza triennale.

2. Per quanto esposto, l'appello va respinto.

Le spese del presente grado di giudizio seguono, come di regola, la soccombenza e sono liquidate nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sul ricorso 4581/2012 respinge l'appello e, per l'effetto, conferma l'impugnata sentenza del Tribunale amministrativo del Lazio (Latina).

Condanna l'appellante al pagamento, a favore del Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca, delle spese del presente grado di giudizio, che liquida in euro 3,000,00 (tremila/00).

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

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio del giorno 25 marzo

2014, con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Sergio De Felice, Consigliere

Gabriella De Michele, Consigliere

Roberta Vigotti, Consigliere

Carlo Mosca, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/06/2014

IL SEGRETARIO

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