



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 la Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex artt. 60 e 74 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 2739 del 2010, proposto da:

Duomo GPA s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Francesco Lilli, con domicilio eletto presso l'avv. Maurizio Boifava in Milano, nella Segreteria del TAR

contro

Comune di Vigevano, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avv. Maurizio Parlato, con domicilio eletto presso l'avv. Federico Lerro in Milano, Via S. Barnaba 39

per l'annullamento

del bando di gara n. CIG 05566122C0 indetto dal Comune di Vigevano in esecuzione della deliberazione consiliare n. 67 del 27 ottobre 2010, avente ad oggetto l'aggiudicazione, ai sensi dell'art. 83 del D.Lgs 163/2006, ovvero all'offerta economicamente più

vantaggiosa, della concessione del servizio di "Accertamento e riscossione, compresa la riscossione coattiva, dell'imposta comunale sulla pubblicità e diritti sulle pubbliche affissioni, compresa la materiale affissione dei manifesti",
del disciplinare di gara e del capitolato d'oneri e di ogni altro atto comunque presupposto, connesso e/o consequenziale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Vigevano;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore la dott.ssa Laura Marzano;

Uditi, nella camera di consiglio del giorno 17 dicembre 2010, i difensori delle parti come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

1. Il Comune di Vigevano ha indetto una procedura aperta per l'aggiudicazione, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, del servizio di "accertamento e riscossione, compresa la riscossione coattiva, dell'imposta comunale sulla pubblicità e diritti sulle pubbliche affissioni, compresa la materiale affissione dei manifesti".

La durata dell'appalto è stata fissata in cinque anni dal 1 gennaio 2011 e il termine per la presentazione delle domande è stato stabilito con scadenza 15 dicembre 2010.

Tra i requisiti di partecipazione richiesti a pena di esclusione l'art. 6

del bando di gara indica l'iscrizione all'albo istituito con D.M. n. 289/2000 e previsto dall'art. 53 del D.Lgs. 446/97 dei soggetti abilitati ad effettuare attività di liquidazione, accertamento e riscossione dei tributi e di altre entrate di province e comuni, tenuto conto delle disposizioni di cui all'art. 3bis del D.L. 40/2010, convertito in L. 73/2010, nonché le ulteriori condizioni specificate nel disciplinare di gara.

Quest'ultimo, tra i requisiti di ammissibilità elencati nell'art. 2, prevede al punto 4, l'aver gestito, senza essere incorsi in contestazioni per gravi inadempienze, nell'ultimo quinquennio, servizi identici a quelli posti in gara per la durata di almeno tre anni in ciascun servizio, in almeno tre comuni di classe III (popolazione tra 30.000 e 100.000 abitanti) o superiore.

Tale requisito è da documentare producendo, in allegato all'autodichiarazione, le attestazioni rilasciate dai comuni, che devono indicare: il numero di abitanti, il tipo di servizio svolto, che deve essere identico a quello posto in gara, la durata minimo triennale di ciascun affidamento, la regolare esecuzione del contratto, la sottoscrizione del dirigente o funzionario comunale che la rilascia.

2. La ricorrente, premesso di non aver presentato la domanda prevedendo l'inevitabile esclusione e di aver interesse all'annullamento dell'indicata clausola di *lex specialis* proprio perché preclusiva della partecipazione, ha impugnato i predetti atti deducendo:

I) violazione dei principi di trasparenza, imparzialità e libera

concorrenza, violazione della direttiva CE 50/92, e degli artt. 97 e 41 cost., violazione del principio del libero esercizio dell'impresa: secondo la ricorrente il requisito del pregresso servizio triennale identico in comuni di classe III sarebbe arbitrariamente restrittivo della concorrenza in quanto precluderebbe la partecipazione alla gara di quelle imprese che, come la Duomo GPA, pur svolgendo identico servizio in molti comuni, tuttavia non ne svolge a sufficienza in comuni di classe III;

II) eccesso di potere per illogicità, irrazionalità e sviamento: con tale motivo la ricorrente contesta le giustificazioni addotte dal comune, in riscontro all'istanza di annullamento in autotutela, secondo cui la recente vicenda relativa a Tributi Italia, giustificerebbe la richiesta di dimostrare la mancanza di gravi inadempienze; secondo la ricorrente la richiesta sarebbe illogica sia perché il comune comunque sarebbe garantito dal rischio di "cash pooling" in forza dell'art. 7 del capitolato d'oneri che richiede l'apertura di due conti correnti postali distinti e un sistema di accredito e riversamento giornaliero delle somme incassate, sia perché, in realtà, l'impugnata clausola del disciplinare non garantirebbe affatto il comune dal paventato pericolo di partecipazione di imprese inaffidabili per le quali, sol che abbiano più di tre commesse in comuni di classe III, sarebbe sufficiente produrre certificati di servizio conformi alla *lex specialis* astenendosi dal presentare le certificazioni dei comuni nei confronti dei quali siano inadempienti;

III) violazione dei principi di correttezza e di parità di trattamento in

quanto nessuna norma impone ai dirigenti o funzionari dei comuni di rilasciare dichiarazioni del tipo richiesto dal disciplinare, sicché potrebbe avvenire che ottengano tali certificazioni solo le imprese gradite ai singoli dirigenti o funzionari.

Il comune intimato si è costituito in giudizio contestando le avverse censure e chiedendo la reiezione del ricorso.

Alla camera di consiglio del 17 dicembre 2010, sentiti i difensori delle parti, anche in ordine alla possibilità di definire il giudizio con sentenza in forma semplificata, la causa è stata trattenuta in decisione.

3. Preliminarmente deve farsi chiarezza sull'interesse a ricorrere.

Secondo il prevalente indirizzo giurisprudenziale, la mancata partecipazione alla gara rende inammissibile il ricorso avverso le clausole del bando e le modalità di svolgimento del procedimento di valutazione comparativa concorrenziale per carenza di interesse (*ex multis*: Cons. Stato, Sez. V, 3 gennaio 2002, n. 6; id. Sez. V, 3 aprile 2000, n. 1909; id. 7 ottobre 1998, n. 1418).

Tale orientamento è stato confermato dalla decisione dell'Adunanza Plenaria 29 gennaio 2003, n. 1, la quale ha statuito che, ai fini dell'ammissibilità dell'impugnazione immediata del bando e delle clausole ritenute lesive, è necessaria la presentazione della domanda di partecipazione; tale adempimento, nell'evidenziare l'interesse concreto all'impugnazione, fa del soggetto che vi ha provveduto un destinatario identificato, direttamente inciso dal bando, e, in quanto tale, titolare di una situazione giuridica differenziata rispetto a quella delle altre ditte presenti sul mercato.

Più di recente è intervenuta la decisione della Corte di Giustizia C.E. del 12 febbraio 2004, in causa C-7230/02, ove si afferma che nell'ipotesi in cui un'impresa non abbia presentato un'offerta a causa della presenza di specifiche che asserisca essere discriminatorie nei documenti relativi al bando di gara o nel disciplinare, le quali le avrebbero impedito di essere in grado di fornire l'insieme delle prestazioni richieste, essa avrebbe comunque il diritto di presentare un ricorso direttamente avverso tali prescrizioni (ciò prima ancora che si concluda il procedimento di aggiudicazione), in quanto sarebbe eccessivo esigere che un'impresa che assuma di essere lesa da clausole discriminatorie contenute nei documenti di gara, prima di poter utilizzare le procedure di ricorso previste dalla direttiva 89/665 contro tali parametri, presenti un'offerta nell'ambito del procedimento di aggiudicazione dell'appalto di cui trattasi, quando persino le probabilità che le venga aggiudicato tale appalto sarebbero nulle a causa dell'esistenza delle detti criteri.

Tale decisione ha contribuito a rafforzare quella giurisprudenza, fino ad allora minoritaria, secondo cui quando la partecipazione alla procedura di gara è preclusa dallo stesso bando, sussiste l'interesse a impugnare la relativa determinazione a prescindere dalla mancata presentazione della domanda.

In definitiva, allorché la *lex specialis* contenga clausole discriminatorie e comunque ostative alla partecipazione, tali che la presentazione della domanda di partecipazione alla gara si risolverebbe in un adempimento formale inevitabilmente seguito da un atto di

esclusione, l'interesse ad impugnare il bando sussiste a prescindere dalla mancata presentazione della domanda (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 9 aprile 2010, n. 1999; id. Sez. V, 19 marzo 2009, n. 1624; id. Sez. IV, 30 maggio 2005, n. 2804; da ultimo: T.A.R. Umbria Perugia, sez. I, 14 ottobre 2010, n. 489).

Il Collegio condivide quest'ultimo orientamento affermando che, ai fini dell'impugnazione di prescrizioni del bando di gara che siano in modo assoluto preclusive della partecipazione a determinati soggetti, astrattamente aventi titolo, non è necessaria la presentazione della relativa domanda.

4. Nel merito il ricorso è in parte fondato e va accolto per quanto di ragione.

4.1. Il primo motivo è incentrato sul carattere indebitamente restrittivo della concorrenza della predetta clausola del disciplinare di gara e del bando che ad esso rinvia, ove si prevede, quale requisito di partecipazione, la pregressa esperienza nell'accertamento e riscossione dell'imposta sulla pubblicità e dei diritti sulle pubbliche affissioni di almeno tre anni ed in almeno tre Comuni di pari classe o superiore.

Osserva la ricorrente che l'art. 53 del D.Lgs. n. 446/1997, nel prevedere l'iscrizione all'apposito albo dei soggetti abilitati ad effettuare l'attività di liquidazione, accertamento e riscossione dei tributi e delle altre entrate delle Province dei Comuni, ha inteso limitare la discrezionalità dell'amministrazione nella determinazione dei requisiti di idoneità all'assunzione del servizio e che, comunque, il servizio in questione non presenta peculiarità tali da giustificare la

contestata limitazione della partecipazione alla gara.

Al riguardo il Collegio rileva che la giurisprudenza in tema di appalti pubblici di servizi condivide il principio secondo cui la predeterminazione, da parte dell'Ente, dei requisiti di ammissione alla gara incontra il limite della ragionevolezza e proporzionalità, da valutare con specifico riferimento all'oggetto dell'appalto e alle sue caratteristiche particolari, in modo da restringere non oltre lo stretto indispensabile il numero dei potenziali concorrenti (cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 29 novembre 2010, n. 7404; Cons. Stato, sez. V, 4 agosto 2010, n. 5201).

Nel caso di specie le censurate previsioni della *lex specialis* di gara introducono un requisito irragionevole e sproporzionato rispetto all'oggetto dell'appalto, considerato, per un verso, che l'iscrizione, richiesta dalla stazione appaltante, all'albo nazionale delle imprese abilitate ai servizi di accertamento, liquidazione e riscossione dei tributi locali, istituito dall'art. 53 del d.lgs. n. 446/1997, costituisce di per sé presunzione di idoneità allo svolgimento del servizio; per altro verso che lo svolgimento di analogo servizio in un solo comune di pari dimensione (o in più Comuni di minori dimensioni) si manifesta sufficiente ad assicurare l'idoneità tecnica delle società partecipanti alla gara (T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 5 luglio 2006 n. 1686).

Il motivo, in conclusione, è fondato e va accolto.

4.2. Con il secondo ed il terzo motivo la ricorrente complessivamente censura per illogicità la richiesta, anch'essa contenuta nella medesima clausola del disciplinare di gara, di certificare la mancanza di gravi

inadempienze nelle precedenti gestioni con i comuni concedenti.

In proposito ritiene il Collegio che l'amministrazione abbia evidenziato le particolari ragioni che giustificano tale richiesta, consistenti nel cautelarsi dal contrattare con una impresa che si riveli inaffidabile; né la richiesta in discorso appare irragionevolmente restrittiva della concorrenza, tendendo, al contrario, ad assicurarsi che la platea dei concorrenti risponda, il più possibile, a requisiti di affidabilità.

Entrambi i motivi, pertanto, sono infondati e vanno respinti.

Conclusivamente il ricorso va accolto sul primo motivo e, per l'effetto, vanno annullati gli atti impugnati nella parte in cui richiedono la dimostrazione di aver gestito, senza essere incorsi in contestazioni per gravi inadempienze, nell'ultimo quinquennio, servizi identici a quelli posti in gara per la durata di almeno tre anni in ciascun servizio, "in almeno tre comuni di classe III (popolazione tra 30.000 e 100.000 abitanti) o superiore", anziché semplicemente "in almeno tre comuni".

Respinti gli altri motivi.

Quanto alle spese, in considerazione dell'accoglimento parziale, se ne può disporre l'integrale compensazione.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Milano, Sezione I, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo accoglie in parte e, per l'effetto, annulla in parte gli atti di gara nei termini e nei limiti di cui in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 17 dicembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Mariuzzo, Presidente

Elena Quadri, Consigliere

Laura Marzano, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 18/12/2010

IL SEGRETARIO

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