



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 Puglia

Lecce - Sezione Terza

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 48 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Ica Imposte Comunali Affini Srl, rappresentata e difesa dagli avv.ti Laura Palasciano, Valeria Pellegrino e Mario Sanino, elettivamente domiciliata presso Valeria Pellegrino in Lecce, via Augusto Imperatore, 16;

contro

Comune di Novoli, non costituito;

nei confronti di

Gesap Srl, rappresentato e difeso dall'avv. Andrea Violante, elettivamente domiciliata presso Antonio Mazzeo in Lecce, viale Rossini, 130;

per l'annullamento

- del provvedimento di esclusione della Società I.C.A. - Imposte Comunali Affini Srl di cui al verbale della Commissione di gara del 31 dicembre 2010 (III seduta pubblica);
- del provvedimento di aggiudicazione provvisoria alla Società GE.SA.P. Srl di cui al verbale di gara del 31 dicembre 2010 (III seduta pubblica);
- del bando di gara e del disciplinare di gara del Comune di Novoli relativo all'affidamento in concessione dei servizi di accertamento e riscossione dell'imposta comunale sulla pubblicità, canone occupazione suolo pubblico (Cosap), ad eccezione dei passi carrabili, diritto sulle pubbliche affissioni, della tassa giornaliera di smaltimento dei rifiuti solidi urbani, nella parte in cui prevede all'art. 7 che nella Busta C), unitamente all'offerta economica, debba essere inserita la dichiarazione di impegno nei confronti dell'Ente appaltante di corresponsione del minimo annuo garantito;
- della Determinazione n. 1223 del 31 dicembre 2010 (non nota) del Responsabile del Servizio Tributi del Comune di Novoli, che recepisce gli atti della Commissione di gara;
- di ogni altro atto annesso, connesso, presupposto c/o consequenziale, ivi compresi, *in parte qua* la Determinazione n. 1224 del 31 dicembre 2010, con la quale il Responsabile dell'Ufficio Tributi del Comune di Novoli richiama la precedente Determinazione n. 1223 del 31 dicembre 2010; *in parte qua* il verbale di gara del 29 dicembre 2010 nonché il provvedimento di aggiudicazione definitiva ove medio tempore intervenuto e il contratto;

nonché, con motivi aggiunti depositati il 25 gennaio 2011:

- della nota prot. n. 453 del 11 gennaio 2011, anticipata via telefax in data 12 gennaio 2011, con la quale il Comune di Novoli riscontra l'istanza presentata dalla ricorrente ai sensi dell'art. 243 bis del d.lgs. n. 163/2006 e s.m.i.;

nonché per la condanna al risarcimento del danno.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Gesap Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 27 gennaio 2011 la dott.ssa Gabriella Caprini e uditi per le parti gli avv.ti Palasciano e Pellegrino, per la ricorrente, e l'avv. Mazzeo, in sostituzione dell'avv. Violante, per la controinteressata;

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

1. La società ricorrente impugna la propria esclusione dalla gara per l'affidamento in concessione dei servizi di accertamento e riscossione dell'imposta comunale sulla pubblicità e canone occupazione suolo pubblico, indetta dal Comune di Novoli, per il mancato inserimento nella busta C, relativa all'offerta economica, della dichiarazione contenente l'impegno a corrispondere all'Amministrazione comunale il minimo annuo garantito pari a euro 80.000,00, richiesta dal punto 7 del disciplinare di gara a pena di esclusione.

2. A sostegno del gravame la ricorrente deduce l'eccesso di potere per

illogicità, irragionevolezza e violazione del principio del “*favor participationis*”.

3. Si è costituita la controinteressata, la Gesap Srl, aggiudicataria provvisoria, concludendo per il rigetto del ricorso.

4. Alla Camera di Consiglio del 27 gennaio 2010 fissata per la trattazione della istanza cautelare la causa è stata chiamata e trattenuta per la decisione ai sensi dell’art. 60 c.p.a..

5. Il ricorso è fondato.

5.1. Al riguardo il Collegio deve innanzitutto rilevare che:

A) il disciplinare di gara, a pena di esclusione, richiede:

a) al punto 3, tra i requisiti di partecipazione e la documentazione da produrre oltre alla domanda, “...3. *Copia del Disciplinare di Gara e del Capitolato speciale d’oneri, debitamente sottoscritti per accettazione, in calce a ciascuna pagina, dal titolare della ditta o legale rappresentante*”,

b) allo punto 7, relativo alle modalità di presentazione delle offerte, l’inserimento nella busta A (documenti di partecipazione) della “copia del capitolato speciale di oneri e del disciplinare di gara, firmati in ogni pagina, per accettazione, da parte del legale rappresentante della società concorrente”; nella la Busta C, unitamente all’offerta economica, l’indicazione della “*misura percentuale unica di aggio che si offre quale corrispettivo in favore del concessionario per i servizi oggetto di appalto in ribasso rispetto all’aggio posto a base di gara pari al 27% (oltre iva)*”, nonché la dichiarazione “*di impegnarsi a corrispondere, in favore dell’Ente, il minimo annuo garantito pari a € 80.000,00*”.

B) il Capitolato d’oneri dispone altresì:

a) all'art. 5 (Corrispettivo del servizio) che *“La misura dell'aggio, unica per tutti i tributi di concessione, è determinata dalle risultanze della gara. E' stabilito un minimo garantito annuo, al netto dell'aggio, da versare al Comune per i proventi dei tributi in concessione pari a € 80.000,00”*;

b) al successivo art. 21 che *“Il Concessionario si obbliga all'osservanza di tutte le disposizioni contenute nel presente capitolato”*.

6. Ciò premesso, deve ritenersi che con la sottoscrizione da parte del legale rappresentante del Capitolato speciale di oneri (la cui allegazione è richiesta a pena di esclusione, come per la dichiarazione da inserire nella busta C), la società ricorrente abbia validamente manifestato la propria volontà all'osservanza di tutte le prescrizioni compresa quella, espressa (art. 5), della corresponsione di un minimo annuo garantito nella misura stabilita dalla *“lex specialis”* (€ 80.000,00).

Il capitolato speciale, infatti, alla stregua di condizioni generali di contratto, predisposte unilateralmente dalla p.a. ed accettate dagli aspiranti contraenti, si atteggia quale specifica garanzia della conoscenza delle obbligazioni contrattuali discendenti dall'aggiudicazione e della specifica volontà di eseguire le medesime nella esatta connotazione indicata nel capitolato stesso sicché la relativa sottoscrizione, già da sola, garantisce la Pubblica Amministrazione in ordine alla precisa conoscenza ed integrale accettazione delle specifiche obbligazioni contrattuali (cfr. T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 8 marzo 2010, n. 3507; *idem* 4 giugno 2009, n.

5392 che ha chiarito che *“La clausola del bando di gara concernente la necessaria sottoscrizione del capitolato speciale integra un adempimento sostanziale, in quanto assicura la serietà dell’offerta compilata con la chiara consapevolezza della peculiarità della prestazione richiesta; il capitolato speciale contiene, infatti, le obbligazioni contrattuali discendenti dall’aggiudicazione, sicché la relativa sottoscrizione indica la specifica volontà dell’offerente di eseguire le medesime nell’esatta connotazione indicata nel capitolato stesso”*).

6.1 Deve pertanto escludersi che, come sostenuto dalla controinteressata, la sottoscrizione del Capitolato d’oneri fosse diretta esclusivamente alla presa di conoscenza effettiva delle regole di gara, senza alcun valore negoziale, con ciò distinguendosi dalla dichiarazione di impegno a versare il minimo garantito, intesa come unica espressione di volontà negoziale, da inserire nella diversa busta C: a tale interpretazione osta, oltre alla suesposta ricostruzione di natura sostanziale, lo stesso dettato letterale della disciplina di gara che richiede la sottoscrizione del Capitolato d’oneri *“in ogni pagina, per accettazione”*.

7. Dunque la ulteriore dichiarazione di impegno che doveva essere inserita nella busta C dell’offerta economica, di identico contenuto, non prescriveva l’assunzione di alcun impegno aggiuntivo rispetto a quanto già avvenuto con la sottoscrizione del suddetto Capitolato speciale di oneri, e, come tale, deve intendersi onere sostanzialmente assolto all’atto della presentazione dell’offerta complessivamente intesa, risultando indubbia la volontà della ricorrente di volersi impegnare alla corresponsione del minimo annuo garantito nella

misura prescritta dal bando e dal disciplinare di gara.

In altri termini, deve ritenersi che la presenza di detta dichiarazione comunque nell'ambito della documentazione complessiva dell'offerta, non solo è rispettosa della "ratio", ma è anche pienamente aderente al significato letterale della normativa concorsuale.

8. Alla luce di quanto sopra, la previsione del disciplinare richiedente, a pena di esclusione, l'inserimento nella busta C di una dichiarazione di impegno già resa e prodotta dalla ricorrente quale contenuto di altra busta, la A, parimenti facente parte dell'offerta, risulta irragionevole e contraria al principio del "*favor participationis*", e dunque illegittima.

Tale prescrizione, infatti, rappresenta un aggravio ingiustificato delle condizioni di partecipazione alla gara, in quanto si pongono a carico dei partecipanti a pena di esclusione oneri non necessari e ripetitivi dell'assunzione di impegni già dichiarati e quindi già assolti sia pure con formalità diverse, ma parimenti prescritte dalla "lex specialis" (Consiglio Stato, sez. IV, 5 aprile 2003 n. 1785)

A ciò aggiungasi che secondo il prevalente e condiviso orientamento giurisprudenziale, le formalità di partecipazione, ove poste a pena di esclusione dalla gara, devono rispondere al comune canone di ragionevolezza, in stretta relazione con i principi di trasparenza e di imparzialità dell'Amministrazione nonché di parità di condizioni tra i concorrenti, in modo che non sia negletto il pure preminente interesse dell'Amministrazione alla più ampia partecipazione alle procedure di gara che consente la scelta dell'offerta maggiormente

corrispondente all'esigenza da soddisfare (cfr. ex multis T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 23 settembre 2010, n. 32426).

La giurisprudenza ha inoltre chiarito che “Le clausole della *lex specialis*, ancorché contenenti comminatorie di esclusione, devono essere applicate non già meccanicisticamente, ma secondo il principio di ragionevolezza, tenendo conto per quanto possibile della peculiarità anche fattuale del caso concreto; tali clausole devono essere valutate alla stregua dell'interesse che la norma violata è destinata a presidiare per cui, ove non sia ravvisabile la lesione di un interesse pubblico effettivo e rilevante, deve essere accordata preferenza al favor *participationis*, con conseguente attenuazione del rilievo delle prescrizioni formali della procedura concorsuale” (cfr. Consiglio Stato, sez. V, 21 dicembre 2010, n. 9320).

8.1 Può dunque ragionevolmente sostenersi che l'inosservanza delle prescrizioni del bando di gara circa le modalità di presentazione delle offerte, implica l'esclusione dalla gara stessa solo quando si tratti di prescrizioni rispondenti ad un particolare interesse della Pubblica amministrazione appaltante, o poste a garanzia della “*par condicio*” dei concorrenti, da valutarsi con rigore nel caso concreto.

Invero, “la carenza essenziale del contenuto o delle modalità di presentazione, che giustifica detta esclusione, deve in primo luogo riferirsi all'offerta, incidendo oggettivamente sulle componenti del suo contenuto ovvero sulle produzioni documentali a suo corredo dirette a definire il contenuto delle garanzie e l'impegno dell'aggiudicatario, in rispondenza ad un interesse sostanziale della stazione appaltante,

costituendo il canone dell'utilità delle clausole e della necessità di evitare inutili appesantimenti, nonché di garantire in massimo grado la partecipazione dei concorrenti, nel rispetto della par condicio, metodo operativo ed interpretativo irrinunciabile" (Consiglio Stato, sez. V, 28 febbraio 2011, n. 1245).

8.2 In conclusione deve ritenersi illegittima l'esclusione della ricorrente dalla procedura di gara, e conseguentemente ne va disposta la riammissione.

9. Alla luce delle sovra esposte considerazioni, il ricorso va dunque accolto e per l'effetto annullati gli impugnati provvedimenti.

10. In merito alla domanda del risarcimento dei danni, il Collegio deve invece rilevare che allo stato, la stessa non può essere accolta, in quanto dal pronunciato annullamento consegue un effetto conformativo in ordine all'ulteriore attività dell'Amministrazione, che costituisce esso stesso un tipo di risarcimento in forma specifica adatto alle caratteristiche della fattispecie (C.S. VI, 4 settembre 2002, n. 4435), impregiudicate restando le azioni proponibili, in ipotesi, all'esito del riesercizio del potere amministrativo (C. S. IV, 30 aprile 2003, n. 2329).

11. In considerazione del rito e della peculiarità delle questioni affrontate, sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese e competenze di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce - Sezione Terza definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe

proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla i provvedimenti impugnati.

Compensa tra le parti le spese e le competenze di giudizio.

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

Così deciso in Lecce nella camera di consiglio del giorno 27 gennaio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Rosaria Trizzino, Presidente

Ettore Manca, Consigliere

Gabriella Caprini, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/04/2011

IL SEGRETARIO

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