

N. 00362/2011 REG.PROV.COLL.  
N. 00927/2009 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 Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 927 del 2009, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Aipa - Agenzia Italiana Per Le Pubbliche Amministrazioni S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv. Marco Napoli, Maurizio Zoppolato, con domicilio eletto presso Avv. Francesca Paoletti in Ancona, corso Mazzini, 156;

***contro***

Comune di Jesi, rappresentato e difeso dagli avv. Michela Ninno, Antonio Mastri, con domicilio eletto presso , Segreteria T.A.R. Marche in Ancona, via della Loggia, 24;

***nei confronti di***

Co.Ri.T. - Riscossioni Locali S.p.A., rappresentato e difeso dall'avv. Damiano Costantini, con domicilio eletto presso , Segreteria T.A.R.

Marche in Ancona, via della Loggia, 24;

***per l'annullamento***

- del disciplinare della gara indetta il 7.10.2009 dal Comune di Jesi per l'affidamento in concessione del "servizio di accertamento e riscossione dell'Imposta Comunale sulla Pubblicità, dei diritti sulle pubbliche affissioni, della TOSAP della TARSUG e di rinnovo degli impianti pubblicitari esistenti e l'ampliamento degli stessi con l'installazione di nuovi impianti – periodo 01/01/2010-31/12/2015"; e ciò limitatamente alla parte in cui detto disciplinare (all'articolo 10, in nota);

-del modulo di auto-dichiarazione dei requisiti di ammissione alla predetta gara nella parte in cui si ribadisce che "costituisce comunque causa di esclusione l'essere soggetti passivi per procedimenti civili in corso o conclusi, azionati dalla stazione appaltante, per il recupero di somme di denaro";

-di ogni altro atto ad essi preordinato, presupposto, consequenziale e/o comunque connesso.

CON MOTIVI AGGIUNTI depositati il 29.12.2009.

-del provvedimento del 19.11.2009 con cui la ricorrente è stata esclusa dalla gara indetta dal Comune di Jesi per l'affidamento in concessione del servizio di cui sopra.

-della nota del 3.12.2009 con la quale sono state rese note le motivazioni dell'esclusione.

-di ogni altro atto ad essi preordinato, presupposto, consequenziale

e/o comunque connesso,.

CON MOTIVI AGGIUNTI depositati il 10.2.2010

-della determina dirigenziale n. 1833 del 29.12.2009 con la quale è stato definitivamente aggiudicato alla CO.RI.T riscossioni locali SpA il servizio di cui sopra.

-di ogni altro atto ad essi preordinato, presupposto, consequenziale e/o comunque connesso.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Jesi e di Co.Ri.T. - Riscossioni Locali S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 marzo 2011 il dott. Giovanni Ruiu e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO e DIRITTO

L'odierna ricorrente AIPA Spa ha gestito in ATI con San Giorgio Spa (poi Tributi Italia SpA), tramite gara vinta nel 2005, l'affidamento in concessione del "servizio di accertamento, liquidazione e riscossione della tassa per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche, dell'imposta comunale sulla pubblicità, dei diritti sulle pubbliche affissioni, della tassa smaltimenti rifiuti solidi urbani

giornaliera, per il periodo dal 1.1.2006 al 30.12.2008. Il Comune di Jesi, in data 7.10.2009, ha indetto una nuova procedura per l'affidamento in concessione del “servizio di accertamento e riscossione dell'imposta Comunale sulla Pubblicità, dei diritti sulle pubbliche affissioni, della TOSAP della TARSUG e di rinnovo degli impianti pubblicitari esistenti e l'ampliamento degli stessi con l'installazione di nuovi impianti —periodo 1.1.01.2010-31.12.2015 “.

La ricorrente, interessata a partecipare alla gara, ne era però impedita dall'articolo 10 del disciplinare che, oltre alle fattispecie ostative di cui all'articolo 38, comma 1, del D.lgs. 163/2006, prevedeva che “costituisce comunque causa di esclusione l'essere soggetti passivi per cedimenti civili in corso o conclusi, azionati dalla stazione appaltante, per il recupero di somme di denaro “.

La ricorrente ha una vertenza giudiziaria in corso con il Comune di Jesi, a suo dire a causa di inadempimenti della Tributi Italia SpA ad essa non imputabili.

Con ricorso depositato il 11.11.2009 la ricorrente ha impugnato detta clausola del disciplinare di gara deducendone l'illegittimità sotto vari profili.

La clausola è stata sospesa da questo Tribunale con ordinanza n. 641 del 19.11.2009.

Con provvedimento del 19.11.2009 la ricorrente veniva esclusa dalla gara indetta dal Comune di Jesi, per il difetto del requisito di cui all'art. 38 c.1 d.lgs 163/2006 per grave negligenza e malafede

nell'esecuzione delle prestazioni affidate alla Stazione Appaltante, e, in seconda battuta, a causa della clausola di esclusione di cui sopra.

Con motivi aggiunti depositati il 29.12.2009, la ricorrente impugna il sopracitato provvedimento di esclusione, deducendo i seguenti motivi:

a) Violazione dell'art. 38 c.1 lett. F) del D.lgs 12.4.2006 n. 163, art. 11 del D.lgs 157/95 e dell'art. 37 del D.lgs 163/2006, violazione dei principi generali in materia di responsabilità solidale, imputabilità e gare pubbliche. Eccesso di potere per sviamento, contraddittorietà, disparità di trattamento, carenza di istruttoria, travisamento dei presupposti di fatto e di diritto, assenza di motivazione, illogicità manifesta.

Sostanzialmente, il vincolo di solidarietà incontestatamente esistente tra AIPA e Tributi Italia SpA non giustificerebbe la sua responsabilità per le negligenze di quest'ultima, avendo la prima (dato che AIPA gestiva le affissioni e Tributi Italia la TARSUG) regolarmente adempiuto le proprie obbligazione di AIPA, essendo stata chiamata in giudizio solo nella veste di responsabile solidale come mandatario dell'ATI. Ciò sarebbe confermato dal fatto che è prevista per legge la dichiarazione della suddivisione, in caso di ATI, dell'attività di competenza di ogni associata. Inoltre, la legge prevede la possibilità di imputare le responsabilità per l'inadempimento ai soli mandanti. Non si sarebbe tenuto conto del ben diverso comportamento contrattuale della mandante e della mandataria, in

assenza di qualunque colpa di AIPA nella vertenza, e confonderebbe la negligenza di cui all'art. 38 c.1 con una responsabilità dettata meramente ai fini risarcitori.

b) Violazione dell'art. 38 c.1 lett. F) del D.lgs 12.4.2006 n. 163 art. 11 del D.lgs 157/95 e dell'art. 37 del D.lgs 163/2006, violazione dei principi generali in materia di gare pubbliche e di accertamento della colpa e del dolo. Eccesso di potere per carenza di istruttoria, travisamento dei presupposti di fatto e di diritto, assenza di motivazione, illogicità e ingiustizia manifesta.

Il provvedimento di esclusione sarebbe erroneo nell'attribuire responsabilità alla ricorrente per la scelta di Tributi Italia quale mandante e nell'asserita omessa vigilanza da parte di AIPA sul comportamento contrattuale

c) Violazione dell'ordinanza Tar Marche 641/2009 , violazione dell'art. 38 c.1 del d.lgs n. 163/2006. Eccesso di potere per carenza di istruttoria, travisamento dei presupposti di fatto e di diritto, assenza di motivazione, illogicità e ingiustizia manifesta.

Nella seconda parte della motivazione, la ricorrente sarebbe stata esclusa a causa della clausola del disciplinare di gara sospesa dal Tar Marche.

Con successivo ricorso per motivi aggiunti depositato in data 10.2.2010, la ricorrente ha impugnato la determina dirigenziale n. 1833 del 29.12.2009 con la quale è stata definitivamente aggiudicato alla CO.RI.T riscossioni locali SpA.

Si è costituito il Comune di Jesi, resistendo al ricorso.

Si è costituita la CO:RI:T riscossioni SpA, aggiudicataria, a seguito della notificazione del secondo ricorso per motivi aggiunti.

Alla pubblica udienza del 24.3.2010 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

1 Il ricorso è in parte improcedibile e per il resto da respingere.

1.1 La ricorrente ha impugnato con il ricorso introduttivo, una disposizione del bando di gara immediatamente lesiva che prevedeva come causa di esclusione dalla procedura “essere soggetti passivi di procedimenti civili in corso o conclusi, azionati dalla Stazione appaltante, per il recupero di somme di denaro”.

1.2 La clausola è stata sospesa da questo Tribunale con ordinanza n. 641 del 19.11.2009, con l'argomentazione che “è illegittima la previsione di clausole impeditive della partecipazione ulteriori rispetto a quelle previste dall'art. 38 del d.lgs 163/2006, che hanno natura di ordine pubblico e non sono integrabili dalla stazione appaltante”.

1.3 Con i primi motivi aggiunti, la ricorrente impugna il provvedimento del 19.12.2009 con cui la medesima veniva esclusa dalla gara indetta dal Comune di Jesi, in prima battuta per il difetto del requisito di cui all'art. 38 c.1 d.lgs 163/2006 per grave negligenza e malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate alla Stazione Appaltante.

1.4 Con i secondi motivi aggiunti la ricorrente impugna la determina

dirigenziale n. 1833 del 29.12.2009 con la quale è la gara stata definitivamente aggiudicata alla CO.RI.T riscossioni locali SpA, senza proporre motivi nuovi.

2. Nel caso in esame, assume rilievo decisivo l'impugnazione dell'esclusione della ricorrente, ciò conformemente al principio per cui è improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse il ricorso giurisdizionale proposto avverso un bando di gara da parte di un'impresa concorrente che abbia altresì impugnato l'aggiudicazione provvisoria in capo alla controinteressata, una volta riconosciuta la legittimità dell'esclusione dalla gara dell'impresa ricorrente (Tar Napoli 25.5.2007 n. 5690). Nel caso in esame la ricorrente è stata legittimamente esclusa dalla procedura.

2.1 L'esclusione dalla ricorrente del 19.11.2009, impugnata con i motivi aggiunti, è stata disposta principalmente per la violazione di cui all'art. 38 c.1 lett. f e solo in seconda battuta per la previsione del disciplinare, sospesa dal Tribunale praticamente in contemporanea con l'esclusione.

2.2 La motivazione, sorretta da due diverse argomentazioni, deve quindi essere valutata conformemente al principio per cui, qualora il provvedimento di esclusione di una concorrente da una gara d'appalto sia motivato con il richiamo a distinte ed autonome cause di esclusione, tutte egualmente idonee a sorreggerne la parte dispositiva, l'eventuale illegittimità di una di esse non è sufficiente ad inficiare il provvedimento stesso (Tar Napoli 11.2.2006 n. 10448).

2.3 Conseguentemente deve essere analizzata la motivazione dell'esclusione della ricorrente, che ha un contenzioso presso il giudice civile con il Comune di Jesi, a causa del mancato versamento, da parte della mandante Tributi Italia Spa di € 422.678,09 per la riscossione della TARSUG del Comune medesimo, nella precedente gestione del servizio.

2.4 Nel caso in esame, tra le parti, non è sostanzialmente contestata la presenza del vincolo di solidarietà tra la ricorrente e la mandante, ai sensi dell'art. 37 c.5 del d.lgs 163/2006 e del mandato allegato al contratto di appalto, in atti. Allo stesso modo non è contestato che le inadempienze contestate nel provvedimento impugnato siano attribuibili a comportamenti della mandante Tributi Italia SpA, con cui il servizio era diviso (essendo stata affidata a quest'ultima la riscossione della TARSUG.. La tesi del Comune è che"costituisce, infatti grave negligenza e malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate alla Stazione nell'esecuzione della prestazioni affidate alla Stazione appaltante, l'averne la medesima omesso, in qualità di mandataria e responsabile in solido, il versamento alla Stazione Appaltante-Comune delle somme dovute in esecuzione del contratto stipulato...per il periodo 01/01/2006-31/12/2008. Il comportamento tenuto.....è tale da fare venire meno il requisito dell'affidabilità e della fiducia ..e quindi la Ditta Aipa Spa va esclusa ai sensi dell'art. comma 1 citato, come richiamato dall'art. 6 del disciplinare di gara”

2.5 In dettaglio, la Stazione appaltante fa rilevare che l'AIPA, in qualità di mandataria dell'ATI era responsabile per l'intera prestazione dedotta in contratto e legale rappresentante raggruppamento, non rilevando, ai fini della responsabilità, che le prestazioni tra le partecipanti all'ATI fossero state suddivise. Ciò ai sensi dell'art. 11 c.5 del d.lgs 157/95, poi confermato dall'art. 37 c. 5 del d.lgs 163/200. Inoltre la Stazione appaltante fa notare che tutte le richieste di pagamento effettuate dal Comune, a partire dal 2008, non sono state riscontrate da alcuna delle componenti dell'ATI. Conseguentemente l'AIPA Spa si sarebbe resa colpevole di culpa in eligendo e culpa in vigilando

2.6 La motivazione dell'esclusione è condivisibile. Oltre al disposto del citato art. 37, il mandato conferito ad AIPA(datato 25.1.2006) prevede esplicitamente, oltre alla divisione del servizio anche il fatto che alla mandataria spetti la rappresentanza processuale dell'impresa mandante per tutte le operazioni e gli atti di qualsiasi natura dipendenti dal contratto fino all'estinzione del rapporto, con la possibilità per la Stazione Appaltante di fare valere direttamente. la responsabilità a carico dell'impresa mandante .

2.7 Nella tesi di parte ricorrente, espressa nei primi due motivi del ricorso per motivi aggiunti, la ricorrente afferma che la responsabilità di cui all'art. 37 c.1 lett. f non può essere confusa con la responsabilità di cui sopra, che è di tipo risarcitorio e che sarebbe consentita la suddivisione delle responsabilità all'interno dell'ATI .

2.8 La tesi non può essere condivisa. Ad esempio, in tema di Consorzi, qualsiasi negligenza di una delle consorziate è imputabile anche al consorzio in considerazione del rapporto organico tra consorzio e cooperative consorziate in virtù del quale le attività poste in essere da queste ultime sono imputabili al soggetto consorzio sul quale ricade anche ogni responsabilità nei confronti dell'Amministrazione committente per eventuali inadempimenti in sede di esecuzione del contratto (Tar Napoli 12.2.2010 n. 884). Nel caso in esame, pur trattandosi di un ATI e non di un consorzio,, il tenore del mandato conferito da Tributi Italia S.p.A (all'epoca San Giorgio Spa) all'ATI è chiarissimo nell'indicare una rappresentanza della mandataria per tutte le operazioni dipendenti dal contratto, rimanendo la possibilità (peraltro utilizzata dal Comune di Jesi) di rivolgersi alla mandante. La visione riduttiva della responsabilità della mandataria dell'ATI affermata nel ricorso non è in alcun modo condivisibile, in quanto dalla suddivisione del servizio non è derivata alcuna esclusione della responsabilità da parte di AIPA (si veda sul tema Tar Torino 29.1.2010 n. 454). Conseguentemente è condivisibile il provvedimento impugnato nella parte in cui ravvisa l'imputabilità della incontestabile negligenza della mandante Tributi Italia Spa alla mandataria ricorrente, ravvisando i motivi dell'esclusione di cui all'art. 38 c.1 lett. f del dlgs 163/2006. Infatti, tale causa di esclusione si fonda sulla necessità di garantire l'elemento fiduciario nei rapporti contrattuali della Pubblica amministrazione fin

dal momento genetico. Di conseguenza ai fini dell'esclusione di un concorrente da una gara, non è necessario un accertamento della responsabilità del contraente per l'inadempimento in relazione ad un precedente rapporto contrattuale, quale sarebbe richiesto per l'esercizio di un potere sanzionatorio, ma è sufficiente una motivata valutazione dell'Amministrazione in ordine alla grave negligenza o malafede nell'esercizio delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara, che abbia fatto venir meno la fiducia nell'impresa e, trattandosi di esercizio di potere discrezionale, esso è soggetto al sindacato del giudice amministrativo nei soli limiti della manifesta illogicità, irrazionalità o errore sui fatti.(CdS, sez. V 22.2.2011 n. 1107). Tali vizi non sono presenti nel caso in esame, considerato che l'esclusione è disposta per un conclamato e non contestato inadempimento da parte della mandante della ricorrente, che non si può che ripercuotere su quest'ultima, in assenza di qualsiasi limitazione di responsabilità prevista contrattualmente e, anzi, in presenza di esplicita assunzione della responsabilità medesima. Alla luce di tale assunzione di responsabilità, anche accettando la tesi di AIPA secondo cui la medesima non avrebbe potuto avere possibilità di vigilare sul comportamento della mandante, non si può che individuare la colpa della ricorrente nella scelta della mandante, con la quale ha deciso di costituire un'ATI per la gestione del servizio, sottoscrivendo un atto che esplicitamente la vincolava alla medesima. Le censure contro il provvedimento di

esclusione sono quindi infondate e devono essere respinte.

3 All'infondatezza del primo ricorso per motivi aggiunti, consegue l'improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse sia del ricorso introduttivo contro il disciplinare di gara (dato che la ricorrente è stata legittimamente esclusa per un diverso motivo) sia del secondo ricorso per motivi aggiunti contro l'aggiudicazione definitiva (CdS sez. IV 26.11.2009 n. 7443).

3.1 Deve essere dichiarata inammissibile la domanda di risarcimento del danno, essendo stata la ricorrente legittimamente esclusa dalla gara e non essendosi quindi verificato alcun danno ingiusto nei confronti della medesima

3.2 Le spese possono essere compensate, considerando anche la decisione cautelare di questo Tar che ha individuato elementi di fondatezza nel ricorso introduttivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche (Sezione Prima)definitivamente pronunciando sul ricorso come in epigrafe proposto, in parte lo rigetta e per il resto lo dichiara improcedibile.

Dichiara inammissibile la domanda di risarcimento del danno.

Compensa integralmente le spese di causa.

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

Così deciso in Ancona nella camera di consiglio del giorno 24 marzo 2011 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Passanisi, Presidente

Gianluca Morri, Consigliere

Giovanni Ruiu, Primo Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 26/05/2011

IL SEGRETARIO

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