

N. 03809/2011REG.PROV.COLL.
N. 01408/2011 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex artt. 38 e 60 cod. proc. amm.

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 1408 del 2011,
proposto da:

DOGRE' S.R.L., in persona del legale rappresentante in carica,
rappresentata e difesa dagli avv. Ernesto Sticchi Damiani e Saverio Sticchi
Damiani, con domicilio eletto presso l'avv. Ernesto Sticchi Damiani in
Roma, via Bocca di Leone, n. 78;

contro

INPA S.P.A., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e
difesa dall'avv. Francesco Pizzuto, con domicilio eletto presso l'avv.
Francesco Pizzuto in Roma, viale Cesare Pavese, n. 60;

nei confronti di

COMUNE DI LECCE, in persona del sindaco in carica, non costituito in
giudizio;

ICA S.R.L., società uni personale, in persona del legale rappresentante in
carica, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. PUGLIA - SEZ. STACCATA DI LECCE, Sez. III, n. 2717 del 29 novembre 2010, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO SERVIZIO DI ACCERTAMENTO, GESTIONE E RISCOSSIONE TASSA PER OCCUPAZIONE DI SPAZI ED AREE PUBBLICHE;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Inpa Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 19 aprile 2011 il Cons. Carlo Saltelli e uditi per le parti gli avvocati S. Sticchi Damiani e Pizzuto;

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

PREMESSO CHE:

a) con la sentenza n. 2717 del 29 novembre 2010 il Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, sezione staccata di Lecce, sez. III, accogliendo il ricorso, integrato da motivi aggiunti, proposto dalla INPA S.p.A., ha annullato sia il bando di gara pubblicato dal Comune di Lecce per l'affidamento della “gestione in concessione del servizio di accertamento e riscossione dell'imposta comunale sulla pubblicità, dei diritti sulle pubbliche affissioni, della tassa occupazione spazi ed aree pubbliche temporanea e permanente comprese le aree mercatali e TARSUG”, relativamente al requisito, a pena di esclusione, di cui al punto c), della sez. III, art. 2.1. e dell'allegato A.II, sia il successivo e consequenziale verbale di aggiudicazione provvisoria della gara in favore della società Dogré s.r.l.: ciò in quanto la previsione del possesso, a pena di esclusione, del requisito di aver svolto, per almeno un triennio continuativo nell'ultimo quinquennio antecedente la data della gara, dei servizi di

accertamento e riscossione dell'imposta comunale sulla pubblicità, dei diritti sulle pubbliche affissioni e della Tosap congiuntamente o separatamente, in uno o più comuni con popolazione pari o superiore a 90.000 abitanti, attecchendosi quale ulteriore requisito di partecipazione, oltre quello già previsto dalla legge (iscrizione all'Albo per l'accertamento e riscossione delle entrate degli enti locali, ex art. 53 del D. Lgs. 15 dicembre 1997, n. 446, e D.M. 11 settembre 2000, n. 289), in mancanza di una puntuale motivazione che lo giustificasse, era in contrasto con i principi normativi di proporzionalità, concorrenza e massima partecipazione;

b) la società Dogré s.r.l. ha chiesto la riforma di tale sentenza, lamentandone l'erroneità e l'ingiustizia alla stregua dei seguenti motivi di gravame: "I. La contraddittorietà interna della sentenza appellata e la sua distonia rispetto ai principi enunciati dal codesto Ecc.mo Consiglio di Stato. – II. L'erroneità della sentenza in ordine al supposto contrasto tra il bando di gara ed i requisiti di capacità previsti dall'art. 3 bis del D.L. 40/2010 per l'iscrizione all'albo. – III. L'erroneità della sentenza in ordine all'asserito difetto di proporzionalità del bando ed alla ricostruzione del rapporto tra proporzionalità e concorrenza. – IV. L'erroneità della sentenza per la mancata considerazione, rispetto alle problematiche asseritamente legate alla tutela della concorrenza, tanto della dimensione europea della gara quanto della reale situazione relativa al mercato italiano. – V. L'erroneità della sentenza per la mancata considerazione, rispetto alle problematiche legate alla tutela della concorrenza, dell'autorizzazione piena ed incondizionata da parte del bando all'utilizzo degli strumenti dell'A.T.I. e dell'avvalimento. – VI. L'erroneità della sentenza per la mancata considerazione sia della qualificazione della fattispecie come concessione di servizi che della rilevanza della disposizione di cui all'art. 51 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea", sostenendo la legittimità della contestata clausola del bando di gara atteso che non era stata in alcun

modo provata la (presunta) sua illogicità, irrazionalità o irragionevolezza, né la sua concreta incidenza sui principi di concorrenza e massima partecipazione alla gara;

c) ha resistito al gravame chiedendone il rigetto INPA S.p.A.;

CONSIDERATO CHE:

d) secondo un consolidato indirizzo giurisprudenziale (ex plurimis, C.d.S., sez. V, 19 novembre 2009, n. 7247; 6 aprile 2009, n. 2138; 15 dicembre 2005, n. 7139; sez. IV, 12 giugno 2007, n. 3103, 22 ottobre 2004, n. 6972; sez. VI, 23 luglio 2008, n. 3655; 10 gennaio 2007, n. 37), i bandi di gara d'appalto e per gli affidamenti dei servizi pubblici possono prevedere requisiti di capacità più rigorosi di quelli indicati dalla legge, purché non discriminanti ed abnormi rispetto alle regole proprie del settore, rientrando nel potere discrezionale dell'amministrazione aggiudicatrice la fissazione di requisiti di partecipazione ad una singola gara, anche molto rigorosi e superiori a quelli previsti dalla legge, e che possa pertanto pretendere l'attestazione di requisiti di capacità tecnica, diversi ed ulteriori dalla semplice iscrizione in albi o elenchi;

e) è stato più volte precisato che l'esercizio di tale potere discrezionale costituisce attuazione dei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, predicati dall'articolo 97 della Costituzione, sostanziandosi nell'apprestamento da parte dell'amministrazione (proprio attraverso la individuazione degli specifici requisiti di ammissione e di partecipazione ad una gara) degli strumenti e delle misure più adeguati, opportuni, congrui, efficienti ed efficaci per il corretto ed effettivo perseguimento dell'interesse pubblico concreto, in relazione all'oggetto dell'appalto da affidare, laddove le previsioni (generali) contenute nelle relative disposizioni normative di settore (come l'iscrizione in appositi albi o elenchi) sono volte a stabilire una semplice presunzione di possesso dei requisiti minimi per la partecipazione ad una gara e possono

pertanto ben possono essere derogati (o meglio incrementati, sotto l'aspetto qualitativo e quantitativo) dall'amministrazione in relazione alle peculiari caratteristiche del servizio da appaltare;

f) di conseguenza le scelte così operate dall'amministrazione sono ampiamente discrezionali, inpingono nel merito dell'azione amministrativa e si sottraggono, pertanto, al sindacato del giudice amministrativo, salvo che non siano *ictu oculi* manifestamente irragionevoli, irrazionali, arbitrarie o sproporzionate, con riguardo alla specificità dell'oggetto ed all'esigenza di non restringere, oltre lo stretto indispensabile, la platea dei potenziali concorrenti e di non preconstituire situazioni di privilegio;

g) i bandi di gara, quali atti generali, rivolti ad un numero imprecisato di destinatari, si sottraggono all'obbligo di motivazione, così che il sindacato sulla scelta dell'amministrazione di fissare requisiti di partecipazione, ulteriori e più stringenti di quelli fissati dalla legge, non può che riguardare il corretto esercizio del potere amministrativo sotto il profilo della ragionevolezza, razionalità, logicità e non arbitrarietà in relazione all'oggetto del contratto e all'interesse pubblico perseguito;

RILEVATO CHE:

h) la clausola contestata, così come dedotto dall'appellante, non è manifestamente illogica, irrazionale, irragionevole ed arbitraria rispetto all'oggetto del contratto e all'interesse pubblico perseguito, atteso che essa è diretta all'accertamento in concreto del requisito di capacità tecnica al fine del corretto espletamento del delicato servizio (sia nell'interesse dell'ente locale, sia dei cittadini incisi dal prelievo fiscale) di accertamento e riscossione dell'imposta comunale sulla pubblicità, dei diritti sulle pubbliche affissioni, della tassa di occupazione degli spazi e delle aree pubbliche temporanea e permanente comprese le aree mercatali e TARSUG, da evincersi proprio dall'effettivo svolgimento dell'identico servizio in comuni di dimensioni maggiori o analoghi;

i) d'altra parte l'iscrizione nell'Albo dei soggetti abilitati ad effettuare attività di accertamento e riscossione dei tributi degli enti locali costituisce una (astratta) presunzione del possesso dei requisiti di capacità tecnica ed economico – finanziaria, non potendo tuttavia escludersi, in mancanza di un'apposita norma in tal senso, il potere dell'amministrazione di fissare ulteriori requisiti di capacità tecnica, tenuto conto dell'effettivo oggetto del contratto (e cioè dei tributi del cui accertamento e riscossione si tratta e del numero della popolazione residente), al fine di rendere il servizio quanto più efficiente ed efficace possibile;

RITENUTO in conclusione che alla stregua delle osservazioni svolte l'appello deve essere accolto e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, devono essere respinti il ricorso ed i motivi aggiunti proposti in primo grado dalla società INPA S.p.A., potendo nondimeno compensarsi tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sull'appello segnato in epigrafe lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso ed i motivi aggiunti proposti in primo grado dalla società INPA S.p.A.

Dichiara interamente compensate tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 aprile 2011 con l'intervento dei magistrati:

Stefano Baccharini, Presidente

Aldo Scola, Consigliere

Francesco Caringella, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere, Estensore

Adolfo Metro, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/06/2011

IL SEGRETARIO

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