

N. 00648/2012REG.PROV.COLL.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)
ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 10560 del 2010, proposto da Raffaele Pezzella, rappresentato e difeso dagli avv. Gabriele Casertano e Francesco Casertano, con domicilio eletto presso quest'ultimo in Roma, via Panama n. 74;

contro

il Comune di Roccaspide, in persona del Sindaco "pro tempore", rappresentato e difeso dall'avv. Lorenzo Lentini, con domicilio eletto presso Giuseppe Placidi in Roma, via Cosseria n. 2;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA - SEZIONE STACCATA DI SALERNO, SEZIONE I, n. 11822/2010, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO IN CONCESSIONE DI ATTIVITÀ DI PROGETTAZIONE, COSTRUZIONE E GESTIONE -INTERVENTO DI RIQUALIFICAZIONE DI PARCO PUBBLICO CITTADINO;

Visto il ricorso in appello, con i relativi allegati;

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

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Vista l'ordinanza del TAR Campania –Salerno, n. 936/09, di rigetto della domanda cautelare proposta in primo grado, confermata in appello dalla Sezione con l'ordinanza n. 131/10, pronunciata sul rilievo "che comunque l'appellante non ha rispettato quanto stabilito dalla "lex specialis" in quanto non in possesso dell'iscrizione per l'attività di gestione",

Relatore nell'udienza pubblica del 17 gennaio 2012 il cons. Marco Buricelli e uditi per le parti gli avvocati Verusio, per delega di Casertano, e Lentini;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.1.- Con la sentenza impugnata il TAR Campania –Salerno ha respinto il ricorso proposto da Raffaele Pezzella contro il Comune di Roccaspide per l'annullamento del provvedimento prot. n. 8146 del 3.7.2009 con il quale il responsabile del Settore Lavori Pubblici ha escluso l'impresa del ricorrente dalla procedura di evidenza pubblica per l'affidamento in concessione dell'attività di "progettazione definitiva ed esecutiva, costruzione e gestione dell'intervento di riqualificazione del parco pubblico cittadino", procedura indetta dal Comune con determina del responsabile del Servizio n. 1521 del 19.11.2008. L'esclusione è stata decretata sul presupposto della carenza, nella documentazione amministrativa allegata alla offerta, del requisito di cui al punto 13.e) del bando di gara, mancando il certificato di iscrizione presso la Camera di Commercio di Caserta della ditta Pezzella per l'attività afferente la gestione di cui all'oggetto dell'appalto. In primo grado il Pezzella aveva impugnato ogni altro atto connesso e presupposto e, segnatamente, la clausola di cui al citato punto 13.e) del bando, corrispondente all'art. 1.e) del disciplinare, secondo cui "nella busta A – Documentazione Amministrativa, devono essere contenuti, a pena di esclusione dalla gara... 13.e) certificato del registro delle imprese istituito presso la CCIAA di data non anteriore a quella di sei mesi a quella fissata per la gara, dal quale risulti a) che la ditta stessa ...risulta iscritta per l'attività afferente la gestione in oggetto...". Il TAR, "in disparte i profili di verisimile inammissibilità per tardività del gravame, in quanto eminentemente indirizzato avverso clausola di bando

inequivocamente ed obiettivamente prescrittiva di un requisito di ammissione (iscrizione camerale per l'attività oggetto di gara) presidiata da espressa sanzione esclusiva, come tale connotata della immediata lesività delle regole ordinarie automaticamente preclusive dell'utile accesso alla procedura, soggette ad impugnazione immediata (cfr. Cons. Stato, ad. plen., n. 1/2003)", ha giudicato privi di fondamento tutti i motivi proposti.

1.2.-Il Pezzella ha proposto appello per le ragioni che saranno esaminate in seguito.

1.3.-Resiste il Comune.

2.1.-L'infondatezza del ricorso nel merito esime il Collegio dal prendere posizione sull'eccezione di inammissibilità dell'appello formulata dalla difesa comunale muovendo dall'assunto secondo cui le clausole di cui all'art. 13.e) del bando e all'art. 1. e.) del disciplinare, che prescrivono, a pena di esclusione, l'obbligo, per le imprese partecipanti, di presentare il certificato di iscrizione alla CCIAA "per l'attività afferente la gestione" oggetto della concessione, avendo carattere immediatamente lesivo, dovevano essere impuginate, a pena di decadenza, entro i 60 giorni successivi alla pubblicazione del bando ("l'immediata lesività del precetto –si legge nelle difese del Comune- rende inammissibile l'impugnazione differita del bando e del disciplinare di gara, per tardività"). A questo riguardo va solo precisato che, diversamente da quanto afferma la difesa del Comune, l'appellante, con il IV motivo di ricorso (v. pag. 18 ricorso in appello), aveva censurato l'argomentazione della sentenza con la quale, sia pur con riserve ("in disparte i profili di verisimile inammissibilità per tardività del gravame..."), era stata rilevata la tardiva contestazione della clausola "de qua".

2.2.1.-Venendo al merito, non pare inutile premettere che il Comune, con determina del responsabile del Servizio n. 1521 del 19.11.2008, ha indetto una procedura aperta per l'affidamento in concessione dell'attività di "progettazione definitiva ed esecutiva, costruzione e gestione dell'intervento di riqualificazione del parco pubblico cittadino". Per quanto qui più interessa, il bando (art. 13.e) e il disciplinare di gara (art. 1.e) hanno prescritto che "nella busta A – Documentazione Amministrativa, devono essere contenuti, a pena di esclusione dalla gara... certificato del registro delle imprese istituito presso la CCIAA di data non anteriore a quella di sei mesi a quella fissata per la gara, dal quale risulti a) che la ditta stessa ...risulta iscritta per l'attività afferente la gestione in oggetto...".

Inoltre, l'art. 13.c) del bando ha prescritto che ciascun partecipante dichiarasse:...

q) di possedere un fatturato medio conseguito negli ultimi cinque anni (2003 -2007) non inferiore al 10 % dell'investimento previsto per l'intervento;

r) di possedere un capitale sociale non inferiore al 5 % dell'investimento;

s) di avere svolto negli ultimi cinque anni servizi di gestione affini a quello in oggetto per un importo medio non inferiore al 5 % dell'investimento;

t) di avere svolto negli ultimi cinque anni un servizio di gestione affine a quello in oggetto per un importo non inferiore al 2 % dell'investimento.

Il bando (pag. 9) ha poi previsto che il concessionario, in alternativa al possesso dei requisiti di cui alle lettere s) e t), potesse incrementare i requisiti di cui alle lettere q) e r), nella misura predeterminata del doppio, ai sensi dell'art. 98, comma 2, del d.P.R. n. 554/99.

Il Pezzella, unico partecipante alla procedura, si è avvalso della facoltà di raddoppiare i requisiti del fatturato e del capitale versato.

Nella seduta di gara del 2.4.2009 l'impresa è stata però esclusa dalla procedura per la mancanza del requisito di cui al citato art. 13. e) del bando, poiché dal certificato di iscrizione, presso la Camera di commercio, della ditta Pezzella Raffaele, datato 17.12.2008, non risulta l'iscrizione per l'attività afferente la gestione di cui all'oggetto dell'appalto.

2.2.2.- Il TAR, nel rigettare il ricorso, ha osservato che:

-non è condivisibile l'assunto secondo cui, per effetto del comprovato incremento, nella misura del doppio, dei requisiti relativi al fatturato ed al capitale sociale, sarebbe per ciò solo venuto meno l'obbligo del possesso dei requisiti gestionali, tra cui l'iscrizione camerale per l'attività afferente la gestione del servizio, ai sensi dell'art. 98, comma 2, del d.P.R. n. 554/99;

-l'oggetto sociale costituisce la "misura" della capacità di agire della persona giuridica, la quale può validamente acquisire diritti ed assumere obblighi solo per le attività comprese nell'oggetto sociale, di tal che – risultando dal certificato camerale prodotto dalla ricorrente l'estraneità dell'attività oggetto di gara rispetto a quella relativa all'oggetto sociale della ricorrente stessa – la legittimazione a partecipare alla procedura concorsuale doveva giustamente ritenersi preclusa (in coerente applicazione della clausola di bando impugnata) ;

- la carenza o comunque la non idoneità dell'iscrizione camerale non avrebbe potuto essere superata dall'incremento dei requisiti economici, in pretesa applicazione dell'art. 98 del d.P.R. n. 554/99, una cosa essendo la capacità tecnico-professionale (che, in effetti, il concorrente può dimostrare anche con modalità tra loro alternative, stante il regime di equipollenza sancito dal citato art. 98), e altra cosa essendo, invece, l'iscrizione camerale per la medesima attività oggetto di gara, che inerisce alla (preliminare e presupposta) legittimazione a formulare l'offerta, in termini di astratta idoneità a svolgere l'attività di gestione oggetto della gara;

- neppure può ritenersi illogica e/o illegittima per difetto di motivazione la prescrizione per cui è causa, stante l'ampiezza dell'oggetto della concessione (inerente, oltre alla realizzazione, anche all'attività di gestione del Parco, mediante custodia, manutenzione programmata del verde, manutenzione programmata dei punti di approvvigionamento idrico, manutenzione programmata del sistema fognario, gestione e manutenzione dell'impianto delle luci, pulizia), cosicché la prescrizione del bando, nella parte in cui esigeva l'iscrizione camerale per la specifica attività, rispondeva all'esigenza, meritevole di tutela, che il confronto concorrenziale intervenisse tra imprese fornite di specifica esperienza e capacità nell'attività oggetto di affidamento;

- né assume rilievo il fatto che il requisito "de quo" sarebbe stato comunque desumibile "aliunde", segnatamente dalla prodotta certificazione SOA: e ciò perché la certificazione SOA riguarda, per sua natura, esclusivamente la progettazione e l'esecuzione dei lavori pubblici, ma non "copre" la diversa attività di gestione del servizio;

-infine, qualora il bando prescriva in modo esplicito (come nella specie) l'esclusione in conseguenza di determinate violazioni, anche soltanto formali, l'Amministrazione è tenuta a dare esecuzione a tali prescrizioni senza alcuna possibilità di valutazione discrezionale circa la rilevanza dell'inadempimento, l'incidenza dello stesso sulla regolarità della procedura selettiva e la congruità della sanzione contemplata dalla "lex specialis", alla cui osservanza la stessa stazione appaltante si è autovincolata al momento dell'adozione del bando;

- né le considerazioni che precedono possono essere scalfite dal richiamo al c.d. “favor admissionis” e al dovere di cooperazione e collaborazione incombenti sulla stazione appaltante, posto che la riscontrata carenza documentale non poteva essere considerata in termini di mera regolarità, all’opposto prefigurandosi ogni eventuale e postumo intervento a sanatoria violativo dei principi, comunitari e nazionali, di concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza, oltre che del canone dell’imparzialità di cui all’art. 97 Cost.

2.2.3.- L’appellante, riproponendo, nella sostanza, le tesi avanzate in primo grado, ha sottolineato, con i motivi da I a III (del motivo sub IV, che s’incentra sulla non immediata lesività della clausola della “lex specialis”, “stante la discutibile portata interpretativa dell’iscrizione camerale”, è superfluo l’esame, per la ragione esposta sopra, al p. 2.1.):

-che per effetto del raddoppio dei requisiti relativi al fatturato e al capitale sociale è venuto meno l’obbligo del possesso dei requisiti gestionali, tra i quali rientra l’iscrizione, presso la Camera di commercio, “per l’attività afferente la gestione in oggetto”;

-che la clausola del bando contrasta con l’art. 8 della l. n. 109/94 (qualificazione) e con l’art. 98 del d.P.R. n. 554/99 (requisiti del concessionario), e costituisce un irragionevole sbarramento alla più ampia partecipazione dei concorrenti alla gara;

-che da un raffronto tra l’attività oggetto di concessione e la documentazione trasmessa dal Pezzella al Comune emerge la conformità dell’offerta rispetto alla normativa e alla “lex specialis”, tanto più considerando che l’appellante sta svolgendo, a Maddaloni (CE), in attuazione di un contratto di concessione tra il Comune e il Consorzio Archè, il quale ha designato l’impresa Pezzella per la realizzazione dell’opera, “compiti similari a quelli di specie”;

-che l’Amministrazione ha immotivatamente riconosciuto un rilievo preponderante a uno soltanto dei requisiti rispetto agli altri, alterando in modo abnorme il rapporto ottimale tra gli stessi;

-che la clausola impugnata contrasta con i principi di proporzionalità e ragionevolezza, e con il divieto di inutile aggravamento del procedimento, di cui all’art. 1, comma 2, della l. n. 241/90;

-che l’iscrizione richiesta non è idonea a evidenziare una maggiore esperienza o professionalità o capacità tecnica;

-che il TAR è incorso in un difetto di motivazione e non ha tenuto conto delle peculiarità di cui all’art. 98 del decreto n. 554/99, riferito in modo specifico alle concessioni;

-che la disposta esclusione contrasta con il principio del “favor admissionis”.

2.2.4.- La sentenza del TAR non merita le critiche che le sono state rivolte. Il percorso argomentativo seguito dal Giudice di primo grado al fine di respingere il ricorso è stato corretto. E infatti:

-l’incremento del fatturato e del capitale sociale (nella specie, il raddoppio –v. pag. 9 bando di gara) è requisito alternativo solo a quello che riguarda lo svolgimento di servizi affini, ma non anche a quello relativo all’obbligo di iscrizione camerale per l’attività afferente la gestione in oggetto; la “lex specialis” di gara è inequivocabile su questo punto, e la previsione in essa contenuta è coerente con la norma di cui all’art. 98, comma 2, del d. P. R. n. 554/99, il quale prevede requisiti minimi di partecipazione ad una gara d’appalto, ben potendo però l’Amministrazione individuare requisiti più

severi, in relazione all'interesse pubblico sotteso alla natura dell'attività oggetto della concessione, nel rispetto dei principi di ragionevolezza e proporzionalità;

-la deroga, prevista dal bando, sul raddoppio di determinati requisiti in alternativa al possesso di altri requisiti, non può estendersi al diverso e peculiare elemento che riguarda l'iscrizione camerale per l'attività afferente la gestione oggetto della gara, requisito richiesto dal bando con previsione autonoma sanzionata da clausola esplicita di esclusione;

-la richiesta di attestare l'avvenuto svolgimento di servizi affini, e l'iscrizione camerale per l'attività afferente la gestione oggetto di gara realizzano finalità diverse : come il TAR ha giustamente osservato, una cosa è la capacità di agire della persona giuridica, o meglio la legittimazione ad agire della stessa, intesa come astratta idoneità a svolgere l'attività di gestione oggetto di gara. L'oggetto sociale attiene, cioè, alla "misura della capacità di agire della persona giuridica, la quale può validamente acquisire diritti e assumere obblighi solo per le attività comprese nell'oggetto sociale". Altra cosa è la capacità tecnico-professionale che il concorrente può dimostrare anche con modalità tra loro alternative, ex art. 98 cit. - , rispetto alla quale l'iscrizione camerale per la medesima attività oggetto di gara è elemento presupposto, riguardante, come detto, la legittimazione a formulare l'offerta. Come rileva la difesa del Comune l'incremento, nella misura del doppio, dei requisiti di fatturato e di capitale sociale, è idoneo a sopperire alla capacità tecnica ed economica nell'ambito dell'oggetto specifico dell'appalto, ma non può fungere da requisito di abilitazione alla partecipazione alla procedura nei riguardi di un soggetto privo dell'iscrizione camerale per l'attività oggetto della gara;

-tenuto conto dell'oggetto della concessione (v. art. 4 del bando di gara; per una più dettagliata descrizione degli interventi v. art. 7 e seguenti del capitolato) , il certificato della Camera di commercio, che indica come attività esercitata dalla impresa Pezzella "impresa edile stradale, fognature, acquedotti, impianti di pubblica illuminazione, restauro edifici monumentali, impianti di sollevamento di potabilizzazione, depurazione delle acque, di difesa e sistemazione idraulica, segnaletica e sicurezza stradale, tinteggiatura e verniciatura, gasdotti e oleodotti", diversamente da quanto ritenuto dall'appellante non appare attinente alla attività oggetto della procedura che (v. art. 8 del capitolato) comprende anche la custodia parco, la manutenzione programmata del verde del nuovo parco, la manutenzione programmata dei punti di approvvigionamento idrico e del sistema fognario del parco, la gestione e la manutenzione dell'impianto delle luci, la pulizia del parco. Detto altrimenti, l'attività oggetto di gara rientra solo in parte nell'oggetto sociale della impresa appellante, con conseguenza carenza di legittimazione, da parte di quest'ultima, a partecipare alla procedura in questione;

-diversamente da quanto ritenuto dall'appellante, l'iscrizione di cui all'art. 13.e) del bando non poteva ritenersi assorbita dalla dichiarazione relativa al raddoppio dei requisiti del fatturato e del capitale sociale. L'affidamento, all'appellante, di attività nel Comune di Maddaloni, è irrilevante ai fini della soluzione della odierna controversia;

-né appare illogica, o irragionevole o eccessivamente rigorosa, la prescrizione di cui all'art. 13 e) del bando, rispondendo all'esigenza, di per sé apprezzabile, che il confronto concorrenziale avvenga tra imprese fornite di capacità nell'attività della cui concessione si tratta. La clausola suddetta non determina, inoltre, alcun aggravamento procedurale a carico del concorrente;

-né vale affermare che il requisito in argomento sarebbe desumibile "aliunde", vale a dire dalla certificazione SOA prodotta dalla impresa, giacché, come rilevato dal TAR, l'attestato SOA riguarda, per sua natura, esclusivamente la progettazione e l'esecuzione dei lavori pubblici, ma non "copre" la diversa attività di gestione del servizio;

-infine, va ribadito il principio generale secondo il quale, qualora il bando commini espressamente l'esclusione dalla gara in conseguenza di determinate prescrizioni, l'Amministrazione è tenuta a dare precisa e incondizionata esecuzione a dette prescrizioni, restando preclusa all'interprete ogni valutazione circa la rilevanza dell'inadempimento, la sua incidenza sulla regolarità della procedura selettiva e la congruità della sanzione contemplata nella lex specialis, alla cui osservanza la stessa Amministrazione si è autovincolata al momento del bando. Ciò va ribadito, in particolare, nelle fattispecie come quella in esame laddove la clausola sia chiaramente evidenziata nell'ambito della lex specialis, cosicché i potenziali partecipanti risultavano correttamente informati dell'obbligo di presentare la richiesta certificazione a pena di esclusione.

In conclusione, l'appello va respinto.

Le sopra evidenziate peculiarità della controversia giustificano, tuttavia, la integrale compensazione delle spese e degli onorari della controversia.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 17 gennaio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Stefano Baccharini, Presidente

Doris Durante, Consigliere

Antonio Bianchi, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

Marco Buricelli, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 07/02/2012

IL SEGRETARIO

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