

N. 00313/2013 REG.PROV.COLL.
N. 03437/2012 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3437 del 2012, proposto da:

Società PL Pubblicità, in persona del legale rappresentante p.t. Ernesto D'Addona, rappresentata e difesa dall'avv. Gian Luca Lemmo, con domicilio eletto in Napoli, alla via del Parco Margherita n.31;

contro

Comune di Caserta, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Antonio Di Nuzzo, con domicilio eletto in Napoli, al viale Antonio Gramsci n.19 (presso lo studio dell'avv. Francesco Di Lorenzo);

nei confronti di

Studio 2 Pubblicità s.r.l. e Edi Due s.r.l., non costituite;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia

della determina dirigenziale n. 897 del 25.06.2012 e del provvedimento prot. n.56209 del 12.7.2012 di esclusione della ricorrente dalla partecipazione alla gara informale per l'affidamento di concessione in uso di impianti pubblicitari di proprietà comunale.

Visti il ricorso ed i relativi allegati;

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

Vista l'ordinanza n.1258/2012;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 gennaio 2013 il dott. Pierluigi

Russo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con atto notificato in data 24 luglio 2012 e depositato in pari data, la società PL Pubblicità ha premesso di aver gestito dieci impianti pubblicitari siti nel Comune di Caserta, già affidati alla società Pubblilara, e di aver appreso che il suddetto ente locale ha indetto una gara informale per l'affidamento in concessione per nove anni di tutti gli impianti di proprietà comunale (tipo poster 6x3), ai sensi dell'art.125, comma 11, del D.Lgs. n.163 del 2006. Dopo una prima procedura non andata a buon fine, con determina del dirigente del Settore attività produttive n.897 del 25 giugno 2012, veniva indetta una nuova gara, con la contestuale approvazione dello schema della lettera di invito, del capitolato speciale e della relativa convenzione. Non essendo stata invitata a parteciparvi, con nota del 27 giugno 2012, la società ricorrente chiedeva di poter concorrere, ma con provvedimento prot. n.56209 del 12 luglio 2012 l'istanza veniva rigettata con la seguente motivazione: “[...]non risulta iscritta nell'apposito albo comunale – anno 2010/2011 – per la categoria del servizio oggetto della gara [...]”.

Avverso i suindicati atti la PL Pubblicità ha proposto il presente gravame, affidato ad un unico motivo d'impugnazione, così rubricato: violazione e falsa applicazione dell'art.125 del D.Lgs. 163/2006 – violazione della L. 241/1990 – eccesso di potere – sviamento – difetto di istruttoria e di

motivazione.

Con decreto presidenziale n.1065 del 25 luglio 2012 la società ricorrente è stata ammessa con riserva alla procedura in questione.

Con memoria depositata il 7 settembre 2012, si è costituito in resistenza l'intimato Comune di Caserta, che ha preliminarmente eccepito l'inammissibilità del ricorso – in quanto la partecipazione alla gara da parte della ricorrente sarebbe comunque preclusa dall'art.5, comma 3, del capitolato speciale d'appalto – ed ha concluso con richiesta di rigetto della domanda attorea anche nel merito per l'infondatezza delle censure formulate.

Con ordinanza collegiale n.1258 pronunciata nella camera di consiglio del 12 settembre 2012 è stata accolta la domanda cautelare, con la sospensione dell'efficacia degli atti impugnati.

Alla pubblica udienza del 9 gennaio 2013, sentiti i difensori presenti, come da verbale, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Come si è anticipato nella parte in fatto, il Comune di Caserta ha indetto una gara informale per l'affidamento in concessione per nove anni degli impianti pubblicitari di proprietà dello stesso ente (tipo poster 6x3), ai sensi dell'art.125, comma 11, del D.Lgs. n.163 del 2006. La società ricorrente PL Pubblicità, ancorché non invitata, ha chiesto di poter concorrere ma l'istanza di partecipazione è stata rigettata dall'amministrazione per la seguente ragione: “[...]*non risulta iscritta nell'apposito albo comunale – anno 2010/2011 – per la categoria del servizio oggetto della gara [...]*”.

2. Il ricorso è anzitutto ammissibile, dovendosi disattendere l'eccezione di difetto d'interesse sollevata dal Comune di Caserta. Secondo l'assunto dell'amministrazione resistente, la partecipazione alla gara da parte della società PL Pubblicità sarebbe comunque preclusa dall'art.5, comma 3, del capitolato speciale d'appalto – in base al quale “*Non sono ammesse ditte che*

risultano avere avuto contenziosi in atto con l'amministrazione comunale” – quale cessionaria di ramo d'azienda costituito dalle autorizzazioni e concessioni nella titolarità della Pubbli Lara s.r.l. (come da contratto del 21.12.2007 versato in atti), la quale ha proposto un precedente ricorso contro lo stesso ente locale (pendente dinanzi a questo T.A.R. con n.6171/2010 R.G.).

Invero, ad avviso del Collegio, una siffatta prescrizione espulsiva non sfuggirebbe alla declaratoria di nullità, ai sensi dell'art.46, comma 1-bis, del D.Lgs n.146/2006 (comma inserito dall'art.4, comma 2, lettera d), del D.L. 13 maggio 2011 n.70), per violazione del principio di tassatività della cause di esclusione, e si porrebbe anche in aperto contrasto coi principi di non discriminazione, parità di trattamento e proporzionalità – i quali trovano applicazione anche per le gare informali indette dall'amministrazione (cfr., per tutte, Consiglio di Stato, Sezione V, 22 marzo 2010 n.1663) – atteso che la semplice esistenza di un contenzioso in atto non è di per sé indice di inaffidabilità dell'impresa, potendosi peraltro la lite chiudere a favore della stessa (cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sezione II, 2 maggio 2011 n.3723).

3. Nel merito il ricorso è fondato.

3.1. Ai fini di un corretto inquadramento della fattispecie, il Collegio ritiene di dover precisare che l'affidamento dell'attività di gestione degli spazi pubblicitari sugli impianti di proprietà dell'ente non si configura come appalto di servizi, ma come concessione di servizio pubblico locale (cui è correlato l'uso di un bene pubblico), sicché erroneamente il dirigente comunale preposto al settore ha fatto riferimento all'art.125, comma 11, del D.Lgs. n.163 del 2006, anziché all'art.30 dello stesso codice dei contratti pubblici, ancorché entrambi gli articoli prevedano lo svolgimento di una gara informale. Non può dubitarsi che l'attività in questione è svolta dall'operatore – che si assume in proprio i rischi economici della gestione – non solo nell'interesse dell'amministrazione ma anche degli utenti, sui quali ricade in definitiva il costo del servizio sotto forma di tariffe

predeterminate (cfr., in generale, sul criterio distintivo tra le due ipotesi, Consiglio di Stato, Sezione VI, 4 settembre 2012 n.4682). Infatti, nel caso in esame – similmente a quanto accade per la gestione degli spazi pubblicitari sulle pensiline delle fermate dei mezzi pubblici (cfr. Consiglio di Stato, Sezione V, 19 settembre 2008 n.4520; T.A.R. Campania, Napoli, Sezione IV, 3 aprile 2012 n.1527) – si instaura un rapporto trilaterale tra amministrazione concedente, concessionario ed utenti, nel quale il concessionario agisce in luogo dell'ente pubblico, cedendo gli spazi a terzi dietro compenso e corrispondendo un canone all'amministrazione, cui si aggiungono il servizio di manutenzione ed altre eventuali prestazioni accessorie.

3.2. Tanto premesso, si palesa fondata – oltre che assorbente in relazione all'interesse fatto valere in giudizio – la prima censura dedotta, laddove la ricorrente lamenta l'illegittimità della ragione ostativa alla sua partecipazione alla procedura individuata dall'autorità amministrativa. E' dirimente osservare al riguardo che la società PL Pubblicità opera nel settore di riferimento ed ha gestito in precedenza lo specifico servizio (con riferimento agli impianti della Pubbli Lara, di cui si è detto sopra), sicché, secondo i principi generali accolti in giurisprudenza (cfr. T.A.R. Liguria, Genova, Sezione II, 11 maggio 2007 n.744; Consiglio di Stato, Sezione VI, 28 dicembre 2011 n.6906), si trova in una posizione sicuramente differenziata e qualificata, che la abilita a concorrere all'affidamento, a prescindere dall'inserimento o meno nell'albo tenuto dal comune. Va aggiunto che il riferimento agli “*elenchi*” tenuti dalle stazioni appaltanti (peraltro contenuto nel solo art.125 e non anche nell'art.30 del D. Lgs. 163/3006) costituisce solo una delle modalità per individuare gli operatori economici (come desumibile dalla congiunzione disgiuntiva “*ovvero*”) e che il numero di ditte da invitare (“*almeno cinque*”) costituisce un limite minimo, che non esclude affatto che il numero dei concorrenti da coinvolgere nella

gara possa essere superiore. La motivazione del provvedimento di esclusione, pertanto, è in contrasto coi già citati principi di non discriminazione, parità di trattamento e proporzionalità e si rivela anche illogica in rapporto all'interesse pubblico, tenuto anche conto che, nel caso di specie, la natura del servizio e le caratteristiche del mercato di riferimento sono tali da suggerire un allargamento del confronto concorrenziale (come può evincersi, peraltro, dalla suddivisione degli impianti in sei lotti).

4. Alla stregua delle considerazioni che precedono, il ricorso va accolto, restando assorbite le ulteriori censure non esaminate; per l'effetto va annullato il provvedimento del 12.7.2012 con cui è stata rigettata l'istanza della ricorrente di partecipazione alla gara.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate nella misura indicata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla il provvedimento prot. n.56209 del 12 luglio 2012.

Condanna il Comune di Caserta a rimborsare alla ricorrente le spese del presente giudizio, che liquida in 2.000,00 (duemila) euro, oltre al contributo unificato.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del 9 gennaio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Cesare Mastrocola, Presidente

Pierluigi Russo, Consigliere, Estensore

Michele Buonauro, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/01/2013

IL SEGRETARIO

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