

Publicato il 13/10/2020

N. 01895/2020 REG.PROV.COLL.
N. 00121/2020 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 la Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 121 del 2020, proposto da Sarida S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Daniele Granara, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Cosio Valtellino, non costituito in giudizio;

per l'annullamento

- in parte qua, previa sospensione della nota a firma del Responsabile del procedimento del Comune di Cosio Valtellino, successivamente conosciuta avente ad oggetto “Procedura per l’affidamento in concessione del servizio di gestione, accertamento e riscossione, anche coattiva dell’imposta comunale sulla pubblicità e dei diritti sulle pubbliche affissioni, compresa la materiale affissione dei manifesti. Periodo: 01.01.2020 – 31.12.2022” nella parte in cui prevede all’art. 7.2 di “avere in organico alla data di pubblicazione della presente gara almeno n. 15 (quindici) unità assunte a tempo pieno indeterminato, tra cui almeno 1 (uno) dirigente assunto nello specifico settore

e 1 (un) dipendente con qualifica di ufficiale della riscossione”, nonché per l’annullamento in parte qua, previa sospensione di ogni altro atto preparatorio, presupposto, inerente, conseguente e/o comunque connesso, cognito e non, nessuno escluso od eccettuato e, in particolare:

- del capitolato d’oneri allegato.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell’udienza pubblica del giorno 30 settembre 2020 il dott. Giovanni Zucchini e udito il difensore della ricorrente, come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il Comune di Cosio Valtellino (SO) indiceva una gara con procedura aperta per l’affidamento in concessione del servizio di gestione dell’imposta comunale sulla pubblicità e dei diritti sulle pubbliche affissioni per gli anni 2020-2022.

Il criterio di aggiudicazione era quello dell’offerta economicamente più vantaggiosa.

Fra i requisiti di capacità tecnica e professionale necessari per la partecipazione era previsto, fra gli altri, l’assunzione in organico di almeno quindici dipendenti a tempo pieno indeterminato, fra cui almeno un dirigente nello specifico settore ed un dipendente con la qualifica di ufficiale della riscossione.

La società esponente, operante nel settore merceologico di cui alla concessione ma priva del citato requisito, impugnava con il ricorso in epigrafe la legge di gara, seppure limitatamente al requisito di cui sopra, chiedendone altresì la sospensione.

Il Comune intimato non si costituiva in giudizio.

All’udienza cautelare del 5.2.2020 la domanda di sospensiva era rinunciata.

Alla successiva pubblica udienza del 30.9.2020 la causa era trattenuta in decisione.

DIRITTO

1.1 In via preliminare giova evidenziare che la società istante, essendo priva del requisito di partecipazione di cui è causa e previsto a pena di esclusione, è legittimata ad impugnare in via immediata la legge di gara di cui sopra.

La stessa esponente ha peraltro presentato, per prudenza, domanda di partecipazione alla procedura, ben sapendo che dalla stessa sarà inevitabilmente esclusa, difettando in capo alla medesima il requisito di cui all'art. 7.2, primo alinea, del bando di gara (cfr. per il testo del citato articolo, il doc. 1 della ricorrente, pag. 4).

Sussistono, quindi, le condizioni alle quali la giurisprudenza amministrativa (cfr. la nota sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 4/2018), subordina l'impugnazione immediata dei bandi o di altri analoghi atti di indizione di un procedimento di gara, vale a dire in particolare il carattere escludente di una o più disposizioni del bando stesso, che rendono già certa l'esclusione dalla procedura in caso di partecipazione.

L'avvenuta presentazione della domanda di partecipazione, effettuata per un comprensibile scrupolo e per evitare eventuali eccezioni difensive di controparte, non costituisce acquiescenza al bando e non priva pertanto la società istante della legittimazione o dell'interesse ad agire.

1.2 Nel merito il ricorso appare fondato, per le ragioni che seguono.

Nei tre motivi proposti in via principale la società Sarida lamenta la violazione di una pluralità di norme di diritto interno ed europeo (art. 83 del codice dei contratti pubblici, articoli 3, 41 e 97 della Costituzione, oltre ad una pluralità di articoli del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea e della Carta di Nizza sui diritti fondamentali dell'Unione), sostenendo che il requisito in contestazione sarebbe illogico e sproporzionato, tale da limitare illegittimamente la concorrenza e la partecipazione alle gare.

Il requisito di capacità tecnica e professionale di cui sopra, da possedere a pena di esclusione (cfr. ancora il citato doc. 1), impone al partecipante di avere in organico, alla data di pubblicazione del bando, un numero minimo (“almeno”) di quindici unità, tutte a tempo pieno ed indeterminato, fra cui almeno un dirigente ed un dipendente con la qualifica di ufficiale della riscossione.

Secondo l’art. 83 commi 1 e 2 del D.Lgs. 50/2016 (codice dei contratti pubblici o anche solo “codice”), le capacità tecniche e professionali da richiedersi ai partecipanti alle gare pubbliche devono essere attinenti e proporzionate all’oggetto dell’appalto, in quanto deve essere tenuto presente l’interesse pubblico alla massima partecipazione alle gare.

L’art. 30 del codice impone inoltre alle stazioni appaltanti il rispetto di una serie di principi, fra cui assumono rilievo quelli di libera concorrenza e di non discriminazione, principi di diretta derivazione euro-unitaria ed aventi altresì un fondamento costituzionale nell’art. 41 della Costituzione, sulla tutela della libertà di iniziativa economica privata.

L’art. 30 comma 7 prescrive poi che i criteri di partecipazione non devono escludere le microimprese, oltre alle piccole e medie imprese.

L’attenzione del legislatore per la tutela delle piccole e medie realtà imprenditoriali si desume altresì chiaramente dall’art. 51 del codice sulla suddivisione in lotti, oltre che dal già citato art. 83 comma 2.

Nel caso di specie il servizio da svolgere (gestione dell’imposta sulla pubblicità e dei diritti sulle pubbliche affissioni), appare tutto sommato standardizzato e nel complesso ripetitivo, senza contare che il Comune resistente ha poco più di cinquemila abitanti, sicché anche sotto tale profilo non paiono sussistere particolari condizioni di difficoltà tecnica nell’esecuzione della concessione.

Al contrario, il numero minimo dei dipendenti previsti dalla *lex specialis* risulta tutt’altro che irrilevante; si tratta di quindici risorse, fra l’altro tutte assunte a

tempo pieno indeterminato, con esclusione quindi di ogni rapporto lavorativo a tempo determinato o parziale.

Si ricordi che l'art. 35 della legge 300/1970 (Statuto dei lavoratori), fissa proprio in quindici dipendenti il limite occupazionale per l'applicazione di una serie di disposizioni della legge medesima alle imprese industriali e commerciali, il che dimostra che la soglia di quindici dipendenti non identifica certo microimprese o piccole imprese.

Ancora illogica e manifestamente restrittiva è la condizione che uno di questi dipendenti abbia la qualifica di dirigente; non è, infatti, dato comprendere come la presenza di un dirigente possa incidere sull'esecuzione di un servizio come quello di cui è causa, ben potendo quest'ultimo essere svolto da maestranze con a capo un soggetto di livello impiegatizio oppure a livello di quadro.

Giova rammentare che, nell'ambito delle imprese private, le categorie dei prestatori di lavoro (cfr. l'art. 2095 del codice civile), sono quelle dei dirigenti, dei quadri, degli impiegati e degli operai ed i dirigenti sono coloro che operano con amplissima autonomia e discrezionalità, in un rapporto di diretta collaborazione con il titolare dell'impresa (di cui sono considerati l'*alter ego*), sicché gli stessi non sono spesso neppure previsti in strutture aziendali medie o piccole (sulla nozione di "dirigente" nel settore privato, si veda Cassazione civile, sezione lavoro, n. 18482/2005).

In conclusione, il requisito ivi in contestazione non appare rispettoso del principio di proporzionalità che deve conformare l'azione dell'amministrazione nella scelta delle condizioni di partecipazione, oltre che essere lesivo dei principi di concorrenza e di massima partecipazione alle gare. Si conferma, quindi, l'accoglimento del gravame in epigrafe, con annullamento, in parte qua, della legge di gara impugnata.

2. Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi e per gli effetti di cui in motivazione.

Condanna il Comune di Cosio Valtellino al pagamento a favore della società ricorrente delle spese di lite, che liquida in euro 2.000,00 (duemila/00), oltre accessori di legge (IVA, CPA e spese generali nella misura del 15%) ed onere del contributo unificato ai sensi di legge (art. 13 comma *6bis*1 del DPR 115/2002).

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 30 settembre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Rosalia Maria Rita Messina, Presidente

Giovanni Zucchini, Consigliere, Estensore

Oscar Marongiu, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Giovanni Zucchini

IL PRESIDENTE
Rosalia Maria Rita Messina

IL SEGRETARIO