

Consiglio di stato, sezione quinta, sentenza n. 7597 del 15 novembre 2021

Valutazione delle offerte – Localizzazione territoriale – Anticoncorrenzialità

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

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 9211 del 2020, proposto da S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, corso

contro

....., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

..... S.r.l., S.p.a., non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Sezione Quarta) n. 1897/2020, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del

Viste le memorie delle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 novembre 2021 il Cons. e uditi per le parti gli, in sostituzione dell'avvocato per dichiarata delega;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il indicava una procedura aperta *“per l'affidamento in concessione del servizio di pubbliche affissioni e accertamento e riscossione dell'imposta comunale sulla pubblicità (icp) e dei diritti sulle pubbliche affissioni (dpa). Periodo 01.01.2020 - 31.12.2024”*.

L'art. 6 del disciplinare di gara prevedeva, fra i requisiti di capacità tecnico professionale, quello di avere in organico a pena di esclusione almeno quindici unità assunte a tempo pieno indeterminato, tra cui almeno un dirigente assunto nello specifico settore e un dipendente con la qualifica di ufficiale della riscossione.

Inoltre, l'art. 8 del capitolato speciale, nell'ambito dei requisiti stabiliti nel quadro dell'organizzazione e della gestione del servizio, obbligava il concessionario a predisporre e mantenere, entro 15 giorni dall'inizio della concessione, un'apposita sede operativa distante non più di 50 chilometri (km) dalla sede municipale.

..... S.r.l., che svolge l'attività di supporto alla riscossione dei tributi locali nonché di accertamento delle imposte sulle pubbliche affissioni su tutto il territorio nazionale ma priva del suddetto requisito di capacità tecnica oltre che di una sede nell'ambito territoriale richiesto, impugnava la legge di gara, presentando comunque domanda di partecipazione.

La società ricorrente veniva esclusa dalla medesima gara per la carenza del suddetto requisito di capacità tecnica e professionale con provvedimento comunicato il 3 febbraio 2020, che la stessa impugnava con ricorso per motivi aggiunti.

La gara veniva aggiudicata a S.r.l. con determinazione n. 10 del 14 febbraio 2020, impugnata con ulteriori motivi aggiunti da

Il Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia dichiarava improcedibili il ricorso principale ed i primi motivi aggiunti e irricevibile per tardività il secondo ricorso per motivi aggiunti con sentenza 13 ottobre 2020, n. 1897, appellata da per i seguenti motivi di gravame:

I, II) erroneità della sentenza per violazione e/o falsa applicazione dell'art. 29 del d.lgs. n. 50/2016 e s.m.i. in relazione alla violazione e/o falsa applicazione dell'art. 76 del d.lgs. medesimo; violazione e/o falsa applicazione dell'art. 41, comma 2, c.p.a. in relazione alla violazione e/o falsa applicazione degli artt. 119 e 120 c.p.a.; erroneità della sentenza per errata declaratoria di irricevibilità dei motivi aggiunti depositati in data 17 giugno 2020; erroneità della sentenza per errata declaratoria di inammissibilità del ricorso introduttivo;

III) erroneità della sentenza per violazione e/o falsa applicazione dell'art. 29 del d.lgs. n. 50/2016 e s.m.i. in relazione alla violazione e/o falsa applicazione dell'art. 76 del d.lgs. medesimo; violazione e/o falsa applicazione dell'art. 41, comma 2, c.p.a. in relazione alla violazione e/o falsa applicazione degli artt. 119 e 120 c.p.a.; erroneità della sentenza per errata declaratoria di irricevibilità dei motivi aggiunti depositati in data 17 giugno 2020; erroneità della sentenza per errata declaratoria di inammissibilità del ricorso introduttivo; mancata rilevazione ex officio di un errore scusabile rilevante ai fini della rimessione in termini;

IV) erroneità della sentenza per omessa pronuncia sui motivi dedotti in primo grado; violazione dell'art. 112 c.p.c. e dell'art. 111, comma 6, della Costituzione.

L'appellante ripropone tutte le censure svolte in primo grado con il ricorso introduttivo, nonché con i due ricorsi per motivi aggiunti, anche ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.a.

Si è costituito per resistere all'appello il

All'udienza pubblica del 4 novembre 2021 l'appello è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

..... S.r.l., che svolge l'attività di supporto alla riscossione dei tributi locali nonché di accertamento delle imposte sulle pubbliche affissioni su tutto il territorio nazionale, ha contestato, sostanzialmente, la legittimità di alcune clausole escludenti del bando della gara indetta dal per l'affidamento in concessione del servizio di pubbliche affissioni e accertamento e riscossione dell'imposta comunale sulla pubblicità e dei diritti sulle pubbliche affissioni, nonché la successiva esclusione della stessa dalla gara e l'aggiudicazione alla controinteressata.

Con il primo motivo l'appellante ha dedotto l'erroneità della sentenza per violazione e/o falsa applicazione dell'art. 29 del d.lgs. n. 50/2016 e s.m.i. in relazione alla violazione e/o falsa applicazione dell'art. 76 del d.lgs. medesimo; violazione e/o falsa applicazione dell'art. 41, comma 2, c.p.a. in relazione alla violazione e/o falsa applicazione degli artt. 119 e 120 c.p.a.; erroneità della sentenza per errata declaratoria di irricevibilità dei motivi aggiunti depositati in data 17 giugno 2020; erroneità della sentenza per errata declaratoria di inammissibilità del ricorso introduttivo.

Per l'appellante, il Tar avrebbe, innanzitutto, rilevato la necessità di scrutinare, per ragioni di pregiudizialità logica, l'eccezione di tardività del ricorso per motivi aggiunti avverso la determina di aggiudicazione, proposta dal Comune resistente, giacché *“qualora l'eccezione di tardività dovesse essere accolta, con conseguente inoppugnabilità del provvedimento gravato, non vi sarebbe più alcun interesse alla decisione del ricorso e dei primi motivi aggiunti proposti rispettivamente contro il bando e contro la successiva esclusione; posto che – secondo l'indirizzo esegetico della sezione – l'eventuale illegittimità del bando di gara ha un effetto meramente viziante e non caducante sui successivi atti della procedura concorsuale, fra cui in particolare il provvedimento finale di aggiudicazione”*.

Tanto premesso, il Collegio avrebbe, quindi, inopinatamente, accolto l'eccezione avversaria di irricevibilità del secondo ricorso per motivi aggiunti proposto contro l'aggiudicazione della gara, dichiarando improcedibili per carenza di interesse il

ricorso principale proposto contro il bando e i primi motivi aggiunti proposti contro l'esclusione di dalla gara.

L'appellante si sofferma, poi, sull'erroneità della dichiarazione di irricevibilità del secondo ricorso per motivi aggiunti.

Il motivo, nel primo profilo dedotto, è fondato.

Secondo il costante orientamento della giurisprudenza amministrativa, allorché il bando rechi una clausola impeditiva della partecipazione, lo stesso può essere impugnato senza che sia necessario gravare la successiva aggiudicazione, atteso che l'annullamento del bando comporta l'automatica caducazione del provvedimento di aggiudicazione secondo lo schema della invalidità ad effetto caducante (cfr., fra le tante, Cons. Stato, sez. V, 6 maggio 2021, n. 3538; 27 luglio 2020, n. 4758; sez. III, 18 dicembre 2018, n. 7130; 13 febbraio 2017, n. 617; 5 dicembre 2016, n. 5112).

Ciò, sia in ragione del rapporto di presupposizione - consequenzialità immediata, diretta e necessaria tra il bando di gara e gli atti in sequenza procedurale, e tra questi, in particolare, il provvedimento di aggiudicazione, tale per cui quest'ultimo non potrebbe logicamente continuare ad esistere (e produrre i suoi effetti) venuto meno il primo sul quale si fonda la determinazione che lo stesso contiene e dal quale, in ultima analisi, dipende; sia perché l'interesse a ricorrere avverso il bando di gara è diretto ad ottenere la ripetizione della procedura (c.d. interesse strumentale), con la conseguenza che esso logicamente precede e, in caso di accoglimento, inevitabilmente prevale sull'interesse a conservare l'aggiudicazione della gara pena la privazione di effettività della tutela giurisdizionale.

Quest'ultima, peraltro è la ragione per la quale si esclude che il medesimo effetto caducante dell'aggiudicazione si produca nel caso in cui sia stato impugnato il provvedimento di esclusione dalla procedura di gara (cfr. Cons. Stato, V, 6 maggio 2021, n. 3538; 28 marzo 2018, n. 1935).

Tanto premesso, non rileva la ricevibilità o meno del ricorso contro l'aggiudicazione della gara, in quanto il giudice di prime cure avrebbe dovuto, in ogni caso, esaminare le censure contenute nel ricorso proposto per l'annullamento del bando di gara.

Ne consegue la fondatezza, altresì, del quarto motivo di appello.

Devono, dunque, essere esaminate le censure svolte in primo grado con il ricorso introduttivo, che l'appellante ripropone per l'effetto devolutivo dell'appello.

Il collegio ritiene di esaminarle congiuntamente, in considerazione della stretta connessione fra le stesse, essendo tutte rivolte a far dichiarare l'illegittimità di alcune clausole escludenti contenute nella *lex specialis* di gara.

In particolare, l'appellante ha contestato la legittimità della previsione contenuta nel disciplinare di gara, a pena di esclusione, di avere in organico 15 dipendenti, assunti a tempo indeterminato, rilevandone l'assoluta sproporzione sia in ragione dell'entità dell'appalto, che non ne consentirebbe la remunerazione, che delle piccole dimensioni del che, per le stesse ammissioni della difesa comunale, conterebbe meno di 2000 abitanti, con conseguente non necessità di una organizzazione aziendale come quella richiesta.

L'appellante ha anche contestato la scelta della stazione appaltante, contenuta nel capitolato di gara, di richiedere per l'aggiudicataria il possesso di una sede operativa collocata ad una distanza massima di 50 km dalla sede comunale, in quanto irrazionale e lesiva del principio del *favor participationis* alle procedure di evidenza pubblica, limitando in maniera del tutto arbitraria ed illegittima anche la libertà di iniziativa privata, sotto il profilo dell'organizzazione aziendale, ai sensi dell'art. 41 della Costituzione, nonché la violazione del principio di tassatività della cause di esclusione. Invero, secondo le stesse previsioni della *lex specialis*, l'organizzazione della sede operativa e l'impiego del personale avrebbero costituito oggetto di valutazione del progetto presentato in sede di gara.

Le suddette previsioni sarebbero, altresì, lesive dei principi eurounitari di libera concorrenza, ed in contrasto con le disposizioni dei trattati che valorizzano le piccole e medie imprese, nei vari settori della politica dell'Unione, vietando l'imposizione di vincoli amministrativi, finanziari e giuridici che ne ostacolino la creazione e lo sviluppo.

In subordine, l'appellante solleva questione pregiudiziale alla Corte di giustizia, ai sensi dell'art. 267 TFUE.

Per la difesa del Comune la richiesta di avere in organico almeno 15 dipendenti, assunti a tempo indeterminato, costituirebbe requisito di capacità tecnico-professionale previsto a pena di esclusione, in quanto essenziale per dimostrare la solidità del concorrente affidatario del servizio.

E ciò sarebbe comprovato dalla nota n. 8386 del 10 dicembre 2019, con cui l'amministrazione, in sede di richiesta di chiarimenti, ha motivato la scelta al fine di rendere chiaro e comprensibile il significato e la *ratio* delle ragioni sottese alle scelte dei requisiti di ammissione, affermando che *“il pur essendo un Comune con popolazione inferiore ai 2000 abitanti, comprende nel suo territorio una importante zona industriale e commerciale (presenza di numerose attività produttive, di un centro commerciale e di un cinema multisala)”*.

L'appellante non rispetta, inequivocabilmente, il requisito di ammissione oggetto di contestazione, rispetto al quale ha dichiarato di avere 17 dipendenti con la qualifica di impiegati ma solo 6 a tempo pieno e indeterminato, ben al di sotto delle 15 unità richieste dalla legge di gara per l'espletamento del servizio. La sua esclusione sarebbe, quindi, del tutto legittima.

Riguardo, invece, al requisito della sede, non si tratterebbe di requisito di partecipazione, bensì di esecuzione, risultando, di conseguenza, prive di fondamento tutte le censure dedotte da

Le dedotte censure sono fondate.

Il disciplinare di gara prevedeva all'art. 4 (*valore del contratto e remunerazione del servizio*), che: “1. Per lo svolgimento delle attività specificate all'art. 2, la ditta aggiudicataria corrisponderà al un canone annuo fisso netto stimato in € 42.000,00.=, soggetto a rialzo in sede di gara; per un valore complessivo stimato del contratto, per la durata di anni cinque, in € 210.000,00.=. Detto canone è stato desunto dall'attualizzazione ad oggi del canone storico pari ad € 41.098,40.= decorrente dall'anno 2011”.

All'art. 6 (*requisiti di partecipazione alla gara; verifica*), prevedeva, inoltre, che: “... 3. I partecipanti devono essere in possesso, ..., dei seguenti ulteriori requisiti: ... Requisiti di capacità tecnico-professionale: ... b) avere in organico alla data di pubblicazione della presente gara almeno 15 (quindici) unità assunte a tempo pieno indeterminato, tra cui almeno 1 (un) dirigente assunto nello

Per pacifica giurisprudenza, la stazione appaltante dispone di ampia discrezionalità nella redazione degli atti di gara ed è legittimata ad introdurre disposizioni atte a limitare la platea dei concorrenti, purché tale scelta non sia eccessivamente ed irragionevolmente limitativa della concorrenza, in quanto correttamente esercitata attraverso la previsione di requisiti pertinenti e congrui rispetto allo scopo perseguito, e risponda, quindi ai parametri della ragionevolezza e della proporzionalità rispetto alla tipologia e all'oggetto dello specifico appalto (cfr. Cons. Stato, sez. III, 20 marzo 2020, n. 2004; 2 marzo 2020, n. 1484; sez. V, 23 settembre 2015, n. 4440).

Più specificamente, le prescrizioni di gara devono essere frutto di una adeguata istruttoria, nonché ragionevoli e proporzionali rispetto all'interesse perseguito dalla stazione appaltante, in modo da contemperare l'interesse pubblico ad ottenere il miglior servizio con il massimo risparmio di spesa, assicurando, nel contempo, la partecipazione alla gara di una pluralità di concorrenti che consenta all'amministrazione di aggiudicare l'appalto a quella ritenuta più vantaggiosa dopo aver vagliato una molteplicità di offerte.

Nel caso di specie, invece, la stazione appaltante, richiedendo quale requisito di capacità tecnico professionale di avere in organico almeno 15 dipendenti assunti a tempo indeterminato, ha precluso la partecipazione alla gara alle imprese di minori dimensioni, mediante l'indicazione di requisiti sproporzionati e incongrui rispetto all'oggetto dell'appalto.

Tale scelta, pur espressa nell'ambito del potere discrezionale, si presenta come del tutto irragionevole, e risulta, pertanto, viziata dalle censure dedotte dall'appellante.

Né può accedersi alla tesi della difesa comunale per la quale il requisito sarebbe finalizzato a garantire la qualità del servizio, atteso che, tenuto conto dell'esiguo numero di abitanti del Comune (meno di 2.000), della tipologia dei servizi richiesti - i quali non necessitano di un'organizzazione aziendale complessa -, nonché del valore stimato dell'appalto (euro 210.000,00 per tutta la durata quinquennale, pari ad euro 42.000,00 all'anno), tale previsione della *lex specialis* di gara si presenta come del tutto ingiustificata e discriminatoria e, dunque, illegittima, ponendosi, altresì, in contrasto con il principio del *favor participationis* alle procedure di evidenza pubblica. La clausola si pone anche in contrasto con i principi eurounitari di libera concorrenza, poiché pone in essere una discriminazione in danno delle piccole imprese aventi un numero di dipendenti inferiore a quindici, a vantaggio di quelle di maggiori dimensioni.

Riguardo alla seconda clausola contestata, l'art. 8 del capitolato di gara (*organizzazione e gestione del servizio*) prevede che: "... 5. Il Concessionario ha l'obbligo di predisporre e mantenere, entro 15 giorni dall'inizio della concessione e per tutta la sua durata, ..., un'apposita sede operativa individuata come unità locale regolarmente iscritta alla CCLAA che disti non più di 50 Km dalla sede Municipale. Tale unità locale dovrà garantire l'apertura al pubblico per almeno cinque giorni alla settimana con la presenza di due unità di personale qualificato, regolarmente assunto con contratto di commercio per almeno 20 ore settimanali, in grado di espletare tutte le attività inerenti il servizio in concessione sia per quanto riguarda l'Imposta di Pubblicità

sia per i Diritti Pubbliche Affissioni. Tale ufficio deve essere munito di telefono fisso, fax, posta elettronica e telefono cellulare. Sulla porta dello stesso dovrà essere apposta una targa con la scritta “..... – Servizio Affissioni Pubblicità” e l’indicazione dei giorni e degli orari di apertura al pubblico. L’organizzazione della sede operativa e l’impiego del personale costituiranno oggetto di valutazione del progetto presentato in sede di gara. ...”.

Per l’appellante, dalla lettura della clausola, nonché del bando di gara, laddove prevede nell’ambito delle modalità organizzative del servizio gli uffici a disposizione dei contribuenti e la presenza sul territorio, la mancanza di una sede operativa entro il limite stabilito dal bando medesimo, da indicare nella domanda di partecipazione, costituirebbe causa di esclusione e non atterrebbe, pertanto, alla mera esecuzione del contratto, perché costituirebbe una delle “condizioni di partecipazione richieste” dal bando. La collocazione della sede comunale entro i 50 km di distanza sarebbe, dunque, rilevante sia sotto il profilo del punteggio attribuito a tale requisito, sia sotto il profilo secondo cui la sua mancanza costituirebbe una violazione della *lex specialis*, che conduce – illegittimamente – all’esclusione dalla procedura.

Dalla lettura della clausola contestata si evince che la stessa non richiede espressamente che il requisito in questione debba essere posseduto già al momento di apertura delle offerte e nemmeno al momento della valutazione delle offerte tecniche, prevedendo, al contrario, che: *“Il Concessionario ha l’obbligo di predisporre e mantenere, entro 15 giorni dall’inizio della concessione e per tutta la sua durata, ..., un’apposita sede operativa individuata come unità locale regolarmente iscritta alla CCLAA che disti non più di 50 Km dalla sede Municipale”.*

Ciononostante, la giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di rilevare il carattere anticoncorrenziale di tutte quelle clausole delle *lex specialis* di gara che richiedono alle imprese partecipanti, quali requisiti di partecipazione alla gara o criteri tecnici per il riconoscimento di un maggior punteggio, l’ubicazione della sede operativa entro una certa distanza rispetto al servizio da espletare, venendo in rilievo,

comunque, in tali casi, la violazione dei principi europei di libera concorrenza – e cioè di effettiva contendibilità degli affidamenti da parte dei soggetti potenzialmente interessati - di non discriminazione e di parità di trattamento degli operatori economici, nonchè del *favor participationis*.

Proprio al fine dell'eliminazione di ostacoli o restrizioni nella predisposizione delle offerte e nella loro valutazione, non possono ritenersi legittime tutte quelle clausole della *lex specialis* di gara che limitino in modo ingiustificato tanto la libertà di stabilimento, quanto la libertà di prestazione di servizi da parte di operatori che hanno sede al di fuori dei luoghi indicati nelle regole di gara.

Anche la Corte Costituzionale, in più occasioni, ha chiarito che discriminare le imprese sulla base di un elemento di localizzazione territoriale contrasta con il principio di eguaglianza (cfr. Corte costituzionale, sentenza 26 giugno 2001, n. 207 e 22 dicembre 2006, n. 440).

Nel caso di specie è evidente che, pur non essendo previsto il requisito a pena di esclusione: “*L’organizzazione della sede operativa e l’impiego del personale costituiranno oggetto di valutazione del progetto presentato in sede di gara*” (cfr. art. 8 del capitolato).

E, in ogni caso, attribuire un punteggio al solo concorrente che possiede già al momento dell'offerta uffici a disposizione dei contribuenti e la presenza sul territorio, significa di fatto discriminare sotto il profilo territoriale quegli operatori economici che, come l'appellante, abitualmente opera al di fuori del territorio indicato nelle regole di gara, avvantaggiando in modo eccessivo e, a ben vedere, ingiustificato, quegli operatori che già si trovano ad operare in detto territorio.

E ciò, anche in considerazione dell'evoluzione tecnologica che oggi consente di gestire a distanza il servizio di riscossione delle imposte, mediante strumenti informatici e telematici.

Alla luce delle suesposte considerazioni l'appello va accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, va accolto il ricorso di primo grado, con il

conseguente annullamento del bando di gara e di tutti gli atti allo stesso conseguenti; vanno, altresì, dichiarati improcedibili, per sopravvenuta carenza d'interesse alla decisione, i ricorsi per motivi aggiunti.

Sussistono, tuttavia, giusti motivi, in considerazione delle peculiarità della presente controversia, per disporre l'integrale compensazione fra le parti della spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, accoglie il ricorso di primo grado e dichiara improcedibili i ricorsi per motivi aggiunti.

Spese del doppio grado compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 4 novembre 2021 con l'intervento dei magistrati

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

IL SEGRETARIO