



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 4991 del 2012, proposto da:

Abaco s.p.a. in persona del legale rappresentante, in proprio e quale mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese con Engineering Tributi s.p.a. e Dogre s.r.l., rappresentate e difese dall'avv. Angelo Clarizia, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Principessa Clotilde n. 2;

contro

Aipa - Agenzia italiana per le pubbliche amministrazioni - s.p.a. in persona del legale rappresentante, in proprio e in qualità di mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con ICA s.r.l., rappresentate e difese dall'avv. Maurizio Zoppolato, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via del Mascherino n. 72;

nei confronti di

Comune di Bologna in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dagli avv.ti Giulia Carestia e Giorgio Stella Richter, con domicilio eletto presso l'avv. Giorgio Stella Richter in Roma, via Orti della Famesina n. 126;

sul ricorso in appello numero di registro generale 5419 del 2012, proposto da:

Comune di Bologna in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dagli avv.ti Giulia Carestia e Giorgio Stella Richter, con domicilio eletto presso l'avv. Giorgio Stella Richter in Roma, via Orti della Famesina n. 126;

contro

Aipa - Agenzia italiana per le pubbliche amministrazioni - s.p.a. in persona del legale rappresentante, in proprio e in qualità di mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con ICA s.r.l., rappresentate e difese dall'avv. Maurizio Zoppolato, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via del Mascherino n. 72;

nei confronti di

Abaco s.p.a. in persona del legale rappresentante, non costituita in questo grado del giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo dell'Emilia Romagna, sede di Bologna, Sezione I, n. 00377/2012, resa tra le parti, concernente aggiudicazione gestione del servizio delle pubbliche affissioni e del servizio di accertamento e riscossione dell'imposta comunale sulla pubblicità, del diritto sulle pubbliche affissioni, del canone per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche

Visti i ricorsi in appello ed i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Aipa - Agenzia italiana per le pubbliche amministrazioni s.p.a. in proprio e in qualità di mandataria di costituendo raggruppamento temporaneo di imprese e di Comune di Bologna;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 dicembre 2012 il Cons. Manfredi Atzeni e uditi per le parti gli avvocati Clarizia, Mazzeo, per delega dell'Avvocato Zoppolato, e Stella Richter;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso al Tribunale amministrativo dell'Emilia Romagna, sede di Bologna, rubricato al n. 165/2010, AIPA - Agenzia italiana per le pubbliche amministrazioni s.p.a. (in proprio e in qualità di mandataria della costituenda associazione temporanea con ICA s.r.l.) impugnava la determinazione dirigenziale p.g. n. 311132/2009 del 21 dicembre 2009, con cui il Comune di Bologna aveva aggiudicato in concessione alla costituenda associazione temporanea di imprese tra ABACO s.p.a., Engineering Tributi s.p.a. e DOGRE s.r.l. la "gestione del servizio delle pubbliche affissioni, del servizio di accertamento e riscossione dell'imposta comunale sulla pubblicità, del diritto sulle pubbliche affissioni, del canone per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche e della tassa giornaliera di smaltimento per il periodo 01.01.2010 - 31.12.2015"; estendeva l'impugnazione al provvedimento di nomina della commissione giudicatrice (determinazione dirigenziale p.g. n. 300767 del 9 dicembre 2009), ed alla totalità dei verbali di gara, con particolare riferimento a quello relativo alla seduta del 9 dicembre 2009 laddove si afferma che "...per i commissari non sussistono situazioni di incompatibilità o di esclusione di cui all'art. 84 del DLgs 163/2006 ...", alla nota p.g. n. 314647 del 28 dicembre 2009, con cui il responsabile del procedimento di gara, da un lato, ha ritenuto che l'offerta dell'a.t.i. controinteressata non dovesse essere assoggettata a verifica di anomalia e, dall'altro lato, ha unilateralmente giudicato detta offerta "...congrua ... in quanto ... è stato offerto un aggio molto prossimo alla base d'asta e, pertanto, certamente congruo ...".

Impugnava infine la lex specialis della procedura ove mai la stessa dovesse essere interpretata nel senso di consentire che, nell'ambito dei raggruppamenti temporanei di impresa, i requisiti di esperienza e capacità tecnica occorrenti per dar corso alle attività di accertamento e riscossione di entrate e tributi locali siano posseduti esclusivamente da un'associata diversa da quella deputata, in caso di aggiudicazione, all'espletamento delle corrispondenti prestazioni contrattuali.

Chiedeva inoltre la condanna dell'Amministrazione comunale al risarcimento del danno in forma specifica o, in subordine, per equivalente economico.

Il ricorso era affidato ai seguenti motivi:

1) l'ammissione alla procedura selettiva dell'a.t.i. aggiudicataria è illegittima in quanto il requisito di idoneità tecnica richiesto per la partecipazione (pregressa gestione, per almeno tre anni, di "...servizi identici a quello delle pubbliche affissioni ed al servizio di accertamento e riscossione dell'imposta comunale sulla pubblicità, del diritto sulle pubbliche affissioni e della tassa o canone per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche ...") era risultato in possesso della sola impresa DOGRE S.r.l., la quale però si era impegnata unicamente a curare la "gestione degli impianti affissionistici" e il coordinamento del servizio di pubbliche affissioni", mentre delle prestazioni collegate al requisito tecnico di partecipazione (accertamento e riscossione volontaria e coattiva dell'imposta comunale sulla

pubblicità e del canone per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche, esecuzione del servizio comunale delle pubbliche affissioni, inclusa la materiale affissione dei manifesti con accertamento e riscossione del relativo diritto) era stata investita l'impresa ABACO S.p.A., con il risultato che le prestazioni negoziali fondamentali (accertamento e riscossione dei tributi) sarebbero state rese dall'impresa che nel raggruppamento non possedeva il livello minimo indispensabile di esperienza professionale richiesto dall'Amministrazione; ove, poi, la *lex specialis* della procedura selettiva avesse ammesso la possibilità che quelle prestazioni fossero erogate da chi era privo dell'esperienza tecnica prescritta dal bando, sarebbero viziata in parte qua le stesse norme di gara, in ossequio all'orientamento giurisprudenziale che impone il possesso dei necessari requisiti tecnici in capo a chi cura le relative attività, onde evitare che lo schermo costituito dal raggruppamento possa pregiudicare l'interesse dell'Amministrazione alla scelta di un contraente dotato dei requisiti richiesti per le specifiche prestazioni che dovrà eseguire;

2) è stata omessa la verifica di congruità dell'offerta presentata dall'a.t.i. aggiudicataria, ai sensi dell'art. 86, comma 2, del d.lgs. n. 163 del 2006, nonostante i punteggi tecnici ed economici assegnati fossero superiori ai quattro quinti dei punti massimi previsti dal bando; né, a dire della ricorrente, sarebbero condivisibili le obiezioni successivamente sollevate dal responsabile del procedimento (v. nota p.g. n. 314647 del 28 dicembre 2009), in quanto l'esclusione di eventuali offerte anomale risponderebbe ad un'esigenza generale, valevole anche per le concessioni di servizi, e comunque lo stesso bando avrebbe previsto simile verifiche, mentre viziata da incompetenza, difetto di istruttoria e illogicità risulterebbe la conclusione ivi formulata circa la sussistenza della congruità dell'offerta;

3) viene censurata la composizione della Commissione giudicatrice per l'inclusione nella stessa della dott.ssa Samantha Zebri che, in quanto funzionario del Settore entrate e Responsabile dell'U.O. contenzioso e regolamenti, avrebbe dovuto essere considerata incompatibile, ai sensi dell'art. 84, comma 4, del d.lgs. n. 163 del 2006 ("I commissari diversi dal Presidente non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta"), per essere titolare di mansioni che avrebbero in futuro riguardato l'attività negoziale oggetto della gara.

La ricorrente chiedeva quindi l'annullamento in parte qua degli atti di gara e di condanna dell'Amministrazione comunale al risarcimento del danno in forma specifica o, in subordine, per equivalente economico.

Con la sentenza in epigrafe, n. 377/12, il Tribunale amministrativo dell'Emilia Romagna, sede di Bologna, Sezione I, accoglieva il ricorso sotto l'assorbente profilo del primo mezzo d'impugnazione e, per l'effetto:

- annullava in parte qua gli atti impugnati;
- dichiarava l'inefficacia del contratto con decorrenza dal novantesimo giorno dalla comunicazione della decisione a cura della Segreteria della Sezione (ovvero dalla sua notificazione ad istanza di parte, se anteriore), e condannava il Comune di Bologna al risarcimento del danno, in forma specifica e/o per equivalente, nei termini e secondo modalità e criteri indicati in motivazione.

2. Avverso la predetta sentenza propongono separati appelli ABACO s.p.a. (in proprio e quale mandataria della costituenda a.t.i. con Engineering Tributi s.p.a. e DOGRE s.r.l.) (r.g. n. 4991) ed il Comune di Bologna, (r.g. n. 5419/12) contestando entrambi gli argomenti che ne costituiscono il presupposto e chiedendo la sua riforma ed il rigetto del ricorso di primo grado.

In entrambi i giudizi si è costituita AIPA - Agenzia italiana per le pubbliche amministrazioni s.p.a. (in proprio e in qualità di mandataria della costituenda associazione temporanea con ICA s.r.l.) chiedendo il rigetto degli appelli e riproponendo le censure assorbite dal primo giudice.

La causa è stata assunta in decisione alla pubblica udienza dell'11 dicembre 2012.

Le parti hanno acconsentito, in quella sede, al deposito tardivo di una replica scritta da parte del Comune

appellante.

3. Gli appelli in epigrafe devono essere riuniti onde definirli con unica decisione, essendo rivolti avverso la stessa sentenza di primo grado.

Gli stessi sono infondati nella parte, comune ad entrambi, in cui si contesta l'accoglimento, da parte del primo giudice, dell'impugnazione proposta in primo grado dall'odierna appellata.

La controversia riguarda la regolare costituzione del raggruppamento temporaneo di imprese aggiudicatario della gara d'appalto di cui in narrativa ed oggi appellante alla luce del fatto che il bando di gara richiedeva che almeno una delle imprese raggruppate fosse in possesso del requisito di partecipazione costituito dalla pregressa gestione, per almeno tre anni, di servizi identici a quello delle pubbliche affissioni ed al servizio di accertamento e riscossione dell'imposta comunale sulla pubblicità, del diritto sulle pubbliche affissioni e della tassa o canone per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche.

Una delle imprese del raggruppamento aggiudicatario possiede tale requisito; peraltro il raggruppamento ha specificamente indicato la parte del servizio di competenza di ognuna delle imprese associate, e quella che ha conferito il requisito in parola non si è impegnata allo svolgimento delle attività sopra elencate, dovendo occuparsi esclusivamente di gestione degli impianti affissionistici e del coordinamento del servizio di pubbliche affissioni, mentre le prestazioni collegate al requisito tecnico di partecipazione, quelle implicanti anche l'esercizio o la partecipazione all'esercizio di delicate potestà pubbliche, sono di competenza dell'altra impresa, priva del suddetto requisito di professionalità specifica.

Il primo giudice in accoglimento del ricorso proposto dall'odierna appellata ha dichiarato illegittima la partecipazione alla gara del raggruppamento che aveva impostato nei termini suddetti la divisione del lavoro al suo interno, annullando quindi l'aggiudicazione.

La tesi del primo giudice è condivisa dal Collegio.

Invero, a voler seguire il ragionamento delle parti appellanti la prescrizione della normativa di gara che ha imposto il possesso, in capo a ciascun raggruppamento concorrente, del suddetto requisito di qualificazione professionale verrebbe sostanzialmente elusa.

La stessa risulterebbe inoltre priva di senso se la sua applicazione consentisse l'affidamento delle prestazioni per le quali è stata richiesta la specifica qualificazione ad un soggetto che ne è privo.

In altri termini, deve essere osservato che:

- il bando di gara limitava la partecipazione alla gara a chi avesse gestito, per almeno tre anni, servizi identici a quello delle pubbliche affissioni ed al servizio di accertamento e riscossione dell'imposta comunale sulla pubblicità, del diritto sulle pubbliche affissioni e della tassa o canone per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche;
- in caso di raggruppamento, il requisito poteva essere posseduto anche da una sola delle imprese associate;
- il bando prescriveva che il raggruppamento doveva dichiarare espressamente la parte di servizio affidata a ciascuna delle imprese associate.

Lo schematico riassunto della normativa di gara, sopra riportato, evidenzia ulteriormente come il requisito professionale di cui si tratta è finalizzato alla gestione dei servizi ivi considerati da parte di un imprenditore debitamente qualificato, e la dichiarazione circa la ripartizione dei diversi servizi fra le imprese raggruppate non può avere altro senso diverso da quello della verifica dell'organizzazione del lavoro in vista del necessario svolgimento delle diverse prestazioni da parte di soggetti in possesso, appunto, della qualificazione richiesta.

In questo quadro, non vi è spazio per le contestazioni, proposte dalle parti appellanti, circa la pretesa inapplicabilità di norme del codice degli appalti che le appellanti ritengono relative ai soli appalti di lavori: come si è visto, la disciplina di gara è stata autonomamente dettata dalla stazione appaltante, e non può essere

disapplicata in mancanza di impugnazione espressa.

Non è poi applicabile l'errore scusabile, invocato dalle appellanti.

Ad avviso del Collegio, la normativa della cui applicazione si discute non è talmente oscura da provocare equivoci sul suo reale contenuto.

L'istituto dell'errore scusabile è utilizzabile laddove sia possibile correggere un'imperfezione formale della proposta di aggiudicazione mentre nel caso di specie l'appellante privata pretende di sostituire la propria dichiarazione negoziale, in base alla quale solo l'impresa non qualificata si è impegnata allo svolgimento della prestazione più volte sottolineata, con altra dichiarazione negoziale, nella quale il suddetto obbligo viene assunto anche da un'altra delle imprese raggruppate.

Le appellanti sostengono che la suddetta problematica può essere superata in quanto, di fatto, il raggruppamento aggiudicatario ha instaurato, al suo interno, un sostanziale rapporto di avvalimento.

La tesi non può essere condivisa.

Il rapporto di avvalimento si forma sulla base di un accordo contrattuale con il quale l'impresa ausiliaria pone a disposizione dell'impresa ausiliata proprie qualificazioni professionali; in base allo stesso accordo l'impresa ausiliaria si impegna a non partecipare alla gara d'appalto, ed a porre a disposizione dell'impresa ausiliata i contributi necessari per consentirle di svolgere adeguatamente la propria prestazione.

Nel caso di specie non solo i suddetti impegni non sono stati assunti ma sono stati espressamente esclusi, posto che l'impresa in possesso del requisito di partecipazione ha escluso la sua partecipazione alle prestazioni per le quali essa sola è, almeno era all'epoca dei fatti di causa, qualificata.

4. In conclusione, le contestazioni mosse dagli appellanti avverso la sentenza di primo grado, nella parte in cui accoglie l'impugnazione proposta dall'aggiudicataria, devono essere dichiarate infondate.

Di conseguenza, il ricorso in appello n. 4991/12 deve essere respinto totalmente.

Il ricorso in appello n. 5419/12 deve invece essere respinto per la sola parte fino ad ora trattata.

5. Lo stesso appello n. 5419/12 è invece fondato nella parte in cui contesta la sentenza appellata sul punto della declaratoria dell'inefficacia del contratto con decorrenza dal novantesimo giorno dalla comunicazione della decisione e condanna il Comune di Bologna al risarcimento del danno in forma specifica e/o per equivalente ossia, in buona sostanza, nella parte in cui dispone l'immediato subentro dell'appellata nella gestione del servizio.

Osserva infatti il Collegio che se in base alle considerazioni svolte al punto 3 che precede l'aggiudicazione in favore dell'appellante è stata definitivamente annullata, la nuova aggiudicazione in favore dell'appellata presuppone l'esaurimento del necessario procedimento di verifica del possesso dei requisiti e della sostenibilità dell'offerta (ove ricorrano i presupposti per procedere a tale ultimo accertamento).

Il diritto dell'appellata all'aggiudicazione ed alla stipula del contratto seguirà quindi al positivo superamento di tale fase procedimentale, fermo restando che costituirà elusione del giudicato ogni tentativo di ritardare ingiustificatamente la sua conclusione, e che il Comune dovrà provvedere all'assegnazione provvisoria del servizio durante la pendenza del suddetto procedimento di verifica.

Il ricorso in appello n. 5419/12 deve, pertanto, essere accolto in parte.

6. La parte appellante del ricorso n. 4991/12 deve essere condannata al pagamento di spese ed onorari del giudizio nei confronti dell'appellata; spese compensate nei confronti del Comune.

Spese integralmente compensate fra le parti del giudizio relativo al ricorso in appello n. 5419/12 in ragione della reciproca soccombenza.

P.Q.M.

il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sugli appelli nn. 4991

e 5419/12, come in epigrafe proposto:

- 1) riunisce gli appelli;
- 2) respinge l'appello n. 4991/12, proposto da ABACO s.p.a. e in proprio e quale mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese con Engineering Tributi s.p.a. e Dogre s.r.l., condannando la parte appellante al pagamento di spese ed onorari del giudizio, liquidate in complessivi € 5.000,00 (cinquemila/00), oltre agli accessori di legge, nei confronti dell'appellata; spese compensate nei confronti del Comune;
- 3) in parte accoglie, nei sensi di cui in motivazione, l'appello n. 5419/12, proposto dal Comune di Bologna, e per l'effetto, in parziale riforma della sentenza gravata, respinge il ricorso di primo grado nella parte in cui accoglie la domanda risarcitoria; conferma, per il resto, la sentenza appellata; compensa integralmente spese ed onorari del giudizio fra le parti costituite.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 dicembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Marzio Branca, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Manfredo Atzeni, Consigliere, Estensore

Fabio Franconiero, Consigliere

Carlo Schilardi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12/02/2013

IL SEGRETARIO

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