

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1897 del 2011 proposto dall'INPA s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Salvatore Forello e Valerio D'Antoni, con domicilio eletto presso il loro studio in Palermo, via Libertà n. 197;

contro

il Comune di Trapani, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avv. Flavia Coppola, con domicilio eletto presso lo studio dell'Avv. Rosita Marchesano in Palermo, via Principe di Belmonte, n. 93;

nei confronti di

Gema Spa, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Enrico Follieri e Salvatore Raimondi, con domicilio eletto presso lo studio del secondo in Palermo, via Abela, n. 10;

per l'annullamento

- del provvedimento di aggiudicazione definitiva a favore della GEMA s.p.a. del 12 settembre 2011 (determinazione n. 62 del 12.09.2011) della concessione del servizio pubblico di accertamento e riscossione dell'imposta comunale sulla pubblicità, dei diritti sulle pubbliche affissioni, della tassa per l'occupazione di spazi ed arre pubbliche e della Tarsug;

- di ogni altro atto presupposto, connesso, conseguente, ancorché non conosciuto.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Vista la domanda incidentale di sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato;

Visti l'atto di costituzione in giudizio e la memoria dell'Amministrazione;

Visti l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale della Gema s.p.a.;

Vista la memoria della ricorrente;

Visti gli atti tutti della causa;

Visto l'art. 120 cod. proc. amm.;

Relatore il referendario dott. Giuseppe La Greca;

Uditi all'udienza camerale del 18 novembre 2011 gli Avv.ti S. Forello e V. D'Antoni per la parte ricorrente, l'Avv. F. Coppola per il Comune di Trapani ed il Prof. Avv. S. Raimondi per la parte controinteressata;

Sentite le parti in relazione alla possibilità della definizione del giudizio ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm. e preso atto, sul punto, della mancata opposizione delle stesse;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso notificato il 16 settembre 2011 e depositato il 28 settembre seguente, la ricorrente ha impugnato gli atti della gara in epigrafe indicata, nella parte in cui la controinteressata Gema s.p.a. è stata ammessa e dichiarata aggiudicataria.

2. Il ricorso si articola in due motivi con cui si deducono i seguenti vizi:

1) Violazione e falsa applicazione dell'art. 1, c. 5, del d.l. 6 settembre 1982, n. 629; violazione dei principi di buon andamento e imparzialità della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.), eccesso di potere;

2) In subordine, violazione dell'art. 86, comma 2, del codice dei contratti pubblici, eccesso di potere.

3. Il Comune di Trapani e la controinteressata si sono costituiti in giudizio: il primo, con memoria, ha contrastato le pretese di parte ricorrente, la seconda ha altresì proposto ricorso incidentale teso a revocare in dubbio la legittimità dell'ammissione della ricorrente alla gara e, dunque, la legittimazione della stessa alla proposizione del ricorso.

4. All'udienza camerale del 18 novembre 2011, presenti i procuratori delle parti che hanno ribadito le già rassegnate domande e conclusioni, il ricorso, su richiesta degli stessi è stato trattenuto in decisione ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.

5. Il ricorso introduttivo è infondato e pertanto va rigettato.

Tale esito consente al Collegio di poter prescindere dall'esame del ricorso incidentale proposto dalla Gema s.p.a, quantunque con lo stesso si revochi in dubbio, come detto, la legittimità dell'ammissione alla gara della ricorrente e, dunque, la legittimazione della stessa alla coltivazione del ricorso.

Ed invero, sul punto, non si ravvisano ragioni per discostarsi dall'impostazione ermeneutica seguita dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con sentenza n. 4 del 2011 - seguita da questa Sezione (cfr. sentenza 17 giugno 2011, n. 1104) - in relazione al rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale cd. «paralizzante». E' stato infatti affermata la regola di diritto secondo cui *«il ricorso incidentale, diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale, mediante la censura della sua ammissione alla procedura di gara, deve essere sempre esaminato prioritariamente, anche nel caso in cui il ricorrente principale allegghi l'interesse strumentale alla rinnovazione dell'intera procedura.*

Detta priorità logica sussiste indipendentemente dal numero dei partecipanti alla procedura selettiva, dal tipo di censura prospettata dal ricorrente incidentale e dalle richieste formulate dall'amministrazione resistente. L'esame prioritario del ricorso principale è ammesso, per ragioni di economia processuale, qualora sia evidente la sua infondatezza, inammissibilità, irricevibilità o improcedibilità» (Cons. St., Ad. Pl. cit.).

6. Con il primo motivo la ricorrente contesta la mancata produzione da parte della Gema s.p.a., a corredo della documentazione di gara, del modello Gap, e ciò alla stregua di quanto disposto dall'art. 1, comma 5 del d. l. n. 629 del 1982, quantunque il relativo obbligo non fosse previsto – come riconosciuto dalla stessa ricorrente – nel bando di gara.

Il motivo non è meritevole di pregio.

Sul punto questa Sezione, con un approccio ermeneutico che qui va confermato e ribadito, con sentenza n. 2807/2010 ha affermato che nel caso in cui la disciplina di gara nulla disponga circa la produzione del modello Gap, nessuna sanzione, tanto meno quella tesa all'esclusione dalla gara, può essere disposta a carico dell'impresa partecipante che abbia fatto legittimo affidamento sul tenore del bando e del disciplinare di gara al quale si sia attenuta.

Nel senso della «ultroneità» dell'esclusione dalla gara quando, seppur in assenza di specifica prescrizione nella *lex specialis*, la concorrente non abbia compilato e prodotto il modello Gap si è pronunciato – rivedendo il proprio consolidato orientamento – anche il Consiglio di Giustizia Amministrativa della Regione Siciliana che con sentenza n. 814/2011 (depositata in data 11 novembre 2011) ha fatto leva anche sulla preminente esigenza insita nelle procedure di affidamento, «*di semplificare le procedure e consentire una più agevole partecipazione ai rapporti commerciali con l'amministrazione, anche da parte di soggetti meno attrezzati; considerato che la complicazione è anche un costo, che in definitiva si trasferisce al committente*».

Ne deriva l'infondatezza della doglianza.

Ciò posto, va detto che in passato questo Tribunale, con riferimento alla diversa ipotesi della produzione del modello GAP prescritta dal bando (nel caso di specie, non impugnato), ha ritenuto che costituisse causa di esclusione dalla gara non solo la mancata produzione dello stesso ma financo la produzione in maniera difforme da quanto stabilito dalla *lex specialis* (sentenza n. 13563/2010). Nella predetta sentenza era stato affermato che «*la mancata impugnativa del bando in via incidentale da parte controinteressata, non consente, qui, di prendere posizione sulla questione di diritto se possa continuarsi a ritenere astrattamente legittima o meno una previsione di bando che imponga la produzione del GAP*».

Anche in tali ipotesi va osservato che oggi, alla luce della disciplina legislativa sopravvenuta (peraltro anche richiamata dal C.g.a. in tale ultimo pronunciamento), può agevolmente affermarsi che anche una previsione del bando tendente a prescrivere la produzione del Gap sarebbe ormai da considerarsi illegittima.

Ed invero, l'art. 4 del d. l. n. 70/2011, convertito con l. n. 106/2011, nella parte in cui ha modificato l'art. 46 del d. lgs. n. 163 del 2006, stabilisce che «*La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura*

dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle [...]».

Poiché il modello Gap è stato introdotto con circolare dell'Alto Commissario 28/3/1989, per consentire, inizialmente all'Alto Commissario e, successivamente, al Ministro dell'Interno (v. art. 2, c. 2 quater, d.l. 29-10-1991 n. 345, conv. con l. 30 dicembre 1991, n. 410 che ha trasferito le funzioni del Commissario al Ministro) di avere accesso a notizie riguardanti le imprese che partecipano alle pubbliche gare di importo pari o superiore a euro 51.645,69 (IVA inclusa) e poiché, dunque, la produzione in gara dello stesso non è prevista da alcuna disposizione di legge, la relativa previsione della *lex specialis* perde il suo carattere deontico che la connota, per dar luogo ad una causa di nullità dell'eventuale previsione.

Peraltro, sull'applicazione di tale disposizione anche alle gare indette dalle stazioni appaltanti della Regione Siciliana, può essere ormai fugato ogni residuo dubbio, sia per le evidenti connotazioni semplificatorie della stessa disciplina (*cf.* il principio espresso nella sentenza della Corte cost. n. 350/08), sia, ancora, per il sopravvenuto rinvio dinamico alla legislazione statale di settore contenuto nella l.r. n. 12 del 2011 (art. 1, comma 1).

7. Con il secondo motivo la ricorrente si duole della mancata attivazione della verifica dell'anomalia dell'offerta secondo il modulo procedimentale delineato dall'art. 86, comma 2, cod. proc. amm.

Il motivo è infondato, e ciò secondo un duplice ordine di argomentazioni.

Osserva il Collegio che la concessione in argomento - come evidenziato dall'incipit del bando - appartiene all'ambito dei servizi di cui all'allegato II B del d. lgs. n. 163 del 2006 (ciò che non costituisce oggetto di contestazione), la cui disciplina va rinvenuta nel combinato disposto degli artt. 20 e 27 del medesimo Codice dei contratti pubblici.

Ai sensi del predetto art. 20, «l'aggiudicazione degli appalti aventi per oggetto i servizi elencati nell'allegato II B è disciplinata esclusivamente dall'articolo 68 (specifiche tecniche), dall'articolo 65 (avviso sui risultati della procedura di affidamento), dall'articolo 225 (avvisi relativi agli appalti aggiudicati)» (comma 1).

Il susseguente art. 27, d.lgs. n. 163/2006 «*ha inteso tradurre in norma positiva nazionale una regola di diritto giurisprudenziale costantemente affermata dalla C. giust. CE, quella secondo cui ai contratti sottratti all'ambito di applicazione delle direttive comunitarie sugli appalti pubblici (attualmente: direttiva 2004/18/CE e direttiva 2004/17/CE) si applicano comunque i principi posti a tutela della concorrenza dai Trattati dell'Unione, e segnatamente i principi di trasparenza, non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità [C. giust. CE, 3 dicembre 2001 C-59/00; comunicazione della Commissione CE, 2006/C 179/02]; [...] Emblematici sono i casi, di cui si sono occupate la C. giust. CE e la Commissione europea, degli appalti sotto soglia, delle concessioni di servizi e degli appalti di servizi dell'allegato II B, che astrattamente rientrano nei settori di attività contemplati, ma che vengono esentati dal diritto comunitario per ragione di soglia o di oggetto, per lasciare, negli appalti ritenuti meno rilevanti, maggiore libertà ai legislatori nazionali*» (Cons. St., Ad.Pl. n. 16/2011).

L'affermare, in linea con l'art. 27 citato, che l'affidamento della concessione debba avvenire nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità non equivale a dire che debba avvenire in

applicazione delle «disposizioni» del Codice dei contratti: quest'ultimo *corpus* normativo, ad esclusione delle singole prescrizioni richiamate all'art. 20 non trova, infatti, applicazione per gli appalti di cui all'allegato IIB.

E' indubbio, sotto un primo aspetto, che la verifica dell'anomalia o congruità dell'offerta costituisca attività espressione di un principio comunitario che, ad avviso del Collegio, va ritenuto essere qui ampiamente rispettato.

Il Collegio non dubita dell'inderogabilità della disciplina della verifica dell'anomalia delle offerte come sottolineato dalla parte ricorrente, ma ovviamente tale connotazione assume rilievo unicamente in tutte quelle ipotesi in cui l'applicazione delle relative disposizioni non sia esclusa dal medesimo Codice dei contratti pubblici.

Il parametro legislativo invocato dalla parte ricorrente (art. 86, comma 2 del d. lgs. n. 163 del 2006) è, infatti, inconferente quanto al procedimento di che trattasi, per la semplice ragione che, da una parte, non si tratta di disposizione richiamata dal precedente art. 20 (e dunque non è suscettiva di applicazione per i servizi di cui all'allegato IIB), e, per altro verso, poiché la specifica disciplina recata dal bando prevedeva un altrettanto specifico meccanismo di verifica della congruità dell'offerta, estraneo al medesimo art. 86 citato (disciplina della *lex specialis*, per il vero, del tutto incontestata quanto alla sua astratta previsione) ma idoneo a consentire l'efficace verifica di eventuali offerte anomale.

Sotto un secondo profilo, una volta acclarato che si tratti di servizio di cui all'allegato II B, non va sottaciuto che il sistema di gestione prescelto dall'Amministrazione risulta essere, incontestabilmente, quello della concessione di servizi.

Come perspicuamente ed in maniera del tutto condivisibile ha sottolineato la difesa della parte pubblica, anche per tale modulo contrattuale - e ciò a prescindere dall'oggetto della gara - non trovano applicazione le disposizioni del d. lgs. n. 163 del 2006 (*cf.* art. 30, comma 1), fermo restando, analogamente a quanto detto sopra, che «*la scelta del concessionario deve avvenire nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità, previa gara informale a cui sono invitati almeno cinque concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto della concessione, e con predeterminazione dei criteri selettivi*» (art. 30, comma 3). Principi, come detto, rispetto ai quali l'azione amministrativa posta in essere va giudicata conforme, e ciò in perfetta sintonia anche con il disposto di cui all'art. 1, comma 1, lett. i) l.r. n. 48 del 1991 («[...]Gli enti locali si attengono alle procedure previste dalla normativa della Comunità economica europea recepita o comunque vigente nell'ordinamento giuridico italiano»).

8. Alla luce delle suesposte considerazioni il ricorso, in ragione della sua complessiva infondatezza, va rigettato.

9. Le spese, in via d'eccezione, avuto riguardo alla parziale novità della questione, possono essere integralmente compensate tra tutte le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia, Sezione terza, pronunciando sul ricorso in epigrafe lo rigetta. Spese compensate.

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