

TAR Piemonte 21/12/2011 n. 1335

FATTO e DIRITTO

1.1. Speculare al ricorso R.G. n. 820.2011 si presenta quello in epigrafe, con il quale le ricorrenti impugnano genericamente il bando di gara e il capitolato speciale d'appalto – salvo poi censurare solo l'art. 8.2. lettere j) e k) del Capitolato speciale - della gara d'appalto europea avente ad oggetto la riscossione della tassa automobilistica e delle entrate degli enti locali che avessero aderito alla Convenzione stipulanda con la Regione entro il 30.6.2016

1.2. In vista della Camera di Consiglio del 28.7.2011 fissata per la trattazione dell'incidente cautelare il C.S.I. stazione appaltante e la Regione Piemonte depositavano il 26.7.2011 memoria di costituzione con la quale sollevavano in limine litis le eccezioni di carenza di legittimazione ad agire oltre che di difetto di interesse al ricorso in capo alle ricorrenti, prevalentemente appuntate su: 1) la circostanza che le medesime non avevano presentato domanda di partecipazione alla gara; 2) l'omessa impugnazione della deliberazione regionale n. 36/2001, con la quale la Regione dava mandato al C.S.I. di individuare mediante gara il soggetto che avrebbe gestito la riscossione della tassa automobilistica e le altre entrate degli enti locali. Le ricorrenti non producevano memoria mentre le resistenti depositavano oltre alla rituale memoria, anche memoria di replica il 19.11.2011.

1.3. Alla Camera di Consiglio del 28/7/2011 la Sezione accoglieva con Ordinanza n. 513/2011 la domanda cautelare motivando diffusamente la sussistenza del fumus boni iuris del ricorso.

Tale pronuncia interinale veniva confermata in appello dal Consiglio di Stato, Sez. V, con Ordinanza n. 4230/2011.

All'Udienza pubblica del 1.12.2011, udita la discussione dei procuratori delle parti come indicati nel verbale e la Relazione del Primo Referendario Alfonso Graziano, il ricorso è stato ritenuto in decisione. Esso è affidato a sei motivi che saranno illustrati in diritto in uno con il loro distinto scrutinio.

2.1. Deve preliminarmente il Collegio farsi carico di scrutinare le suaccennate eccezioni di carenza di legittimazione ad agire e di difetto di interesse al ricorso sollevate dalle parti resistenti.

2.2. Quanto alla prima, puntualizzata sull'omessa presentazione della domanda di partecipazione alla gara da parte delle ricorrenti, richiama al riguardo il Collegio il fin troppo noto e radicato orientamento della giurisprudenza (per tutte Consiglio di Stato, Sez. IV, 4.6.2009, n. 3448 e Consiglio di Stato, Sez. VI, 18.9.2009, n. 5626) secondo il quale in presenza di una clausola della lex specialis che imponga, a pena di esclusione – come nel caso di specie – il possesso di un requisito di partecipazione di cui il concorrente sia privo, non necessita, al fine di radicare nel medesimo la legittimazione al ricorso, la previa presentazione della domanda di partecipazione alla gara, la quale si risolverebbe in un inutile formalismo poiché l'esclusione dalla procedura sarebbe certa. L'eccezione è, dunque, infondata e va, pertanto, disattesa.

2.3. Venendo all'ultima eccezione sollevata dalle resistenti, a stare alla quale il gravame in epigrafe sarebbe inammissibile per l'omessa impugnazione della Deliberazione regionale n. 36/2001 con cui la Regione ha dato mandato al C.S.I. di indire la gara all'esame, evidenzia il Collegio come detta deliberazione fosse priva di attitudine e capacità lesiva immediata, sostanziando un atto prodromico non avente effetti esterni, neanche anticipatori, idonei ad incidere con carattere di immediatezza la sfera giuridica delle ricorrenti, in assenza dell'atto applicativo costituito dal bando di gara e dal disciplinare o capitolato recanti le concrete modalità di svolgimento della procedura e i relativi requisiti, tra qui quello per cui è causa. Nessun interesse avevano, dunque le ricorrenti, ad impugnare quell'atto endoprocedimentale privo di affetti esterni e di capacità lesiva attuale.

In tali casi è consolidato in giurisprudenza l'insegnamento secondo il quale è inammissibile il ricorso proposto avverso l'atto prodromico e l'impugnazione va rivolta avverso l'atto conclusivo della sequenza procedimentale (cfr, per tutte, T.A.R. Lazio – Roma, Sez. III, 1.2.2011, n. 905, ID, 7.6.2010, n. 15699). Né varrebbe obiettare che numerosi Comuni avessero già formalmente aderito e fatto pervenire al C.S.I. numerose adesioni, poiché a leggere tali pretese formali adesioni prodotte dal medesimo al doc.9, si constata che esse si risolvono in mere manifestazioni di interesse “di questa amministrazione per il progetto approvato da Regione Piemonte con D.G.R. n. 36-1688 del 7.3.2011 che ha contestualmente conferito a CSI Piemonte il mandato per l'individuazione del concessionario per la riscossione della tassa auto regionale ed entrate degli altri enti locali piemontesi”. Parimenti non varrebbe obiettare che nessun interesse potrebbero trarre le ricorrenti dall'accoglimento del ricorso in epigrafe poiché la predetta deliberazione Regionale n. 36/2011 recava già la fissazione dei requisiti tecnico – economici, di tal che la legge di gara impugnata sarebbe sul punto la mera riproduzione di quanto già contenuto nella delibera regionale, atteso che da un lato la delibera stessa si atteggiava comunque ad atto prodromico privo di lesività attuale ed immediata in assenza dell'atto applicativo costituito dal bando di gara e, dall'altro, poiché un'eventuale riedizione della gara con gli stessi requisiti in applicazione della citata delibera regionale configurerebbe il vizio di elusione del giudicato di cui alla presente decisione. Anche l'eccezione all'esame si profila dunque infondata e va respinta.

3.1. Approdando alla disamina del merito del gravame, va anticipato che esso si riannoda alla vexata quaestio dei limiti che incontra la P.A. nell'introdurre nei bandi di gara requisiti di capacità tecnico – economica più restrittivi. I primi due motivi di ricorso possono essere trattati congiuntamente poiché richiedono una disamina unitaria. Con il primo si censurano le lettere j) e k) del paragrafo 8.2. del Capitolato speciale rubricandosi violazione dei principi fondamentali di trasparenza, imparzialità e libera concorrenza, violazione del trattato CEE e della direttiva n. 50/92, violazione degli artt. 87 e 41 Cost., nonché del principio di buon andamento della pubblica amministrazione e di quello del libero esercizio di impresa, eccesso di potere. Con il secondo le deducenti rubricano irragionevolezza ed illogicità dei requisiti richiesti dalla stazione appaltante per aver subordinato la possibilità di svolgere servizi di riscossione delle entrate comunali al precedente svolgimento negli ultimi tre esercizi del servizio di riscossione della tassa auto.

Lamentano in sostanza le ricorrenti che pur essendo iscritte all'albo dei riscossori delle entrate locali ex art. 53, d.lgs. n. 446/1997 non possono partecipare alla gara all'esame perché prive dei requisiti di cui alle censurate lettere j) e k) dell'art. 8.2. del Capitolato speciale ed, in particolare, di quello di aver svolto attività di riscossione anche della tassa automobilistica.

La lett. j), “capacità economica e finanziaria” impone di aver eseguito negli ultimi tre esercizi finanziari, anni 2007, 2008, 2009 servizi relativi al settore oggetto dell'appalto per un importo almeno pari ad € 40.000.000, di cui almeno la metà inerenti le attività di riscossione della tassa auto. La lett. k) a sua volta impone ai concorrenti di indicare l'elenco dei principali servizi relativi alla riscossione della tassa automobilistica e delle entrate degli enti locali negli ultimi tre esercizi fino alla concorrenza dell'importo di cui alla lett. j), di cui almeno la metà inerenti la riscossione della tassa auto. Per le ricorrenti è incomprensibile perché per poter gestire le entrate comunali i concessionari debbano aver gestito anche il servizio di riscossione della tassa automobilistica negli ultimi tre esercizi e per il suindicato ragguardevole importo. Quest'ultima doglianza – rubricata in termini di irragionevolezza ed illogicità dei requisiti richiesti dalla stazione appaltante – è l'oggetto del secondo motivo di ricorso.

4.1. Al riguardo, rammenta in linea generale il Collegio come le stazioni appaltanti godono di ampi margini di autonomia nella fissazione di requisiti tecnico – economici per la partecipazione alle gare d'appalto, specie di servizi, ma la discrezionalità

dell'Amministrazione in sede di predisposizione dei requisiti di ammissione delle imprese alle gare d'appalto soggiace comunque al triplice limite della necessità, idoneità ed adeguatezza, nei quali si compendia la nozione di proporzionalità della previsione rispetto allo scopo selettivo perseguito. In particolare, la necessaria libertà valutativa di cui dispone la P.A. appaltante nell'ambito dell'esercizio della discrezionalità tecnica che alla stessa compete in sede di predisposizione della lex specialis di gara, deve pur sempre ritenersi limitata da riferimenti logici e giuridici che derivano dalla garanzia di rispetto dei principi fondamentali altrettanto necessari nell'espletamento delle procedure di gara, quali quelli della più ampia partecipazione e del buon andamento dell'azione amministrativa. Ciò, in quanto il potere discrezionale della P.A. di integrare, tramite il bando di gara, per gli aspetti non oggetto di specifica ed esaustiva regolamentazione, i requisiti di ammissione alle procedure ad evidenza pubblica, deve in ogni caso raccordarsi con carattere di proporzionalità ed adeguatezza alla tipologia e all'oggetto della prestazione per la quale è stata indetta la gara e non deve, inoltre, tradursi in un'indebita limitazione dell'accesso delle imprese interessate presenti sul mercato (T.A.R. Lazio - Roma, Sez. II, 2 maggio 2011, n. 3723).

Il Consiglio di Stato ha infatti precisato sul punto che detta discrezionalità nella fissazione di requisiti più restrittivi fa comunque salvo il limite della logicità e ragionevolezza di quanto richiesto e della pertinenza e congruità a fronte dello scopo perseguito, in modo da non restringere, oltre lo stretto indispensabile, la platea dei potenziali concorrenti e da non preconstituire situazioni di assoluto privilegio in capo a taluni partecipanti alla gara (Consiglio di Stato, Sez. V, sent. n. 5653 del 22/09/2009 e giurisprudenza in essa richiamata; in terminis, T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 2 marzo 2009, n. 2113 e più di recente T.A.R. Sicilia - Catania, Sez. III, 24 ottobre 2011 n. 572). Si è in tale ottica affermato che "l'amministrazione è legittimata ad introdurre, nella lex specialis della gara d'appalto che intende indire, disposizioni atte a limitare la platea dei concorrenti onde consentire la partecipazione alla gara stessa di soggetti particolarmente qualificati, specie per ciò che attiene al possesso di requisiti di capacità tecnica e finanziaria, tutte le volte in cui tale scelta non sia eccessivamente quanto irragionevolmente limitativa della concorrenza, specie se destinata a predeterminare, in linea di fatto, il ventaglio dei possibili partecipanti (...) rientrando nella sua discrezionalità la fissazione di requisiti di partecipazione ad una gara d'appalto diversi, ulteriori e più restrittivi di quelli legali, salvo il limite della logicità e ragionevolezza dei requisiti richiesti e della loro pertinenza e congruità a fronte dello scopo perseguito"(Consiglio di Stato, Sez. VI, 23 luglio 2008, n. 3655; in termini anche T.A.R. Liguria, Sez. II, 27 maggio 2009, n. 1238).

4.2. Nel caso all'esame della Sezione, dunque, per le ragioni dianzi illustrate, appaiono travalicati principi della logicità, proporzionalità, ragionevolezza, pertinenza e congruità a fronte dello scopo perseguito oltre che il limite della restrizione della platea dei possibili partecipanti alla procedura concorsuale. Tanto più ove si consideri che i requisiti finanziari richiesti dall'art. 6 del D.M. 11.9.2000, n. 289 per l'iscrizione nel predetto Albo tenuto dal Ministero delle Finanze appaiono considerevoli, essendo richiesto un capitale sociale interamente versato pari a 2.583.00 Euro, poi elevati alla ragguardevole somma di 10 milioni di Euro dall'art. 42, comma 7 - septies del D.L. 207/2008, convertito con L. n. 14/2009.

4.3. Sulla scorta dei principi finora illustrati opina pertanto la Sezione che si prospetta illogica, contraria ai principi di ragionevolezza e sproporzionata l'imposizione, di cui alle censurate lett. j) e k) del paragrafo 8.2. del Capitolato speciale d'appalto, del requisito dell'aver svolto negli ultimi tre esercizi, e per di più per l'importo di 40.000.000 di euro, attività di riscossione della tassa automobilistica anche ai concessionari di cui all'art. 53 del d.lgs. n. 446/1997 che intendano svolgere solo attività di riscossione delle entrate degli enti locali.

Merita dunque consenso la sentenza del T.A.R. Lombardia - Milano, Sez. III, 5.7.2006, n. 1686 invocata dalle ricorrenti, che ha affermato che "Nel caso di specie le censurate previsioni della lex specialis di gara introducono un requisito irragionevole e

sproporzionato rispetto all'oggetto dell'appalto, considerato che l'iscrizione, richiesta dalla stazione appaltante, all'albo nazionale delle imprese abilitate ai servizi di accertamento, liquidazione e riscossione dei tributi locali, istituito dall'art. 53 del d.lgs. n. 446/1997, costituisce di per sè, ai sensi dell'art.17 del d.lgs. n. 157/1995, presunzione di idoneità allo svolgimento del servizio", per cui, conseguentemente "nella vicenda in esame appare sproporzionata ed in contrasto con i dati della comune esperienza, la scelta di escludere dalla gara le imprese che, pur iscritte all'albo, non abbiano maturato, per lo stesso servizio, la pregressa esperienza triennale in almeno tre Comuni di classe pari a quella del Comune intimato (cfr. TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 30.06.2004, n. 2676; idem ord., 27.11.2002, n. 2346), posto che, per un verso, non risultano evidenziate particolari ragioni che possano giustificare la richiesta dell'amministrazione". Invero, nel caso al vaglio del Collegio, la presunzione di idoneità derivante alle ricorrenti dall'iscrizione all'Albo dei riscossori locali ex art. 53, d.lgs.n. 446/1997 non viene superata dall'esternazione di particolari ragioni che possano giustificare l'imposizione di aver svolto negli ultimi tre esercizi servizi relativi al settore oggetto dell'appalto per un importo almeno pari ad € 40.000.000, di cui almeno la metà inerenti le attività di riscossione della tassa auto.

4.4. Non ignora la Sezione che Consiglio di Stato, Sez. V, 23.6.2011, n. 3809 invocata dalle resistenti ha affermato che l'iscrizione all'albo in questione costituisce presunzione astratta del possesso dei requisiti di idoneità tecnico - economica e che non può escludersi il potere della P.A. di fissare nella legge di gara ulteriori requisiti in ragione dell'oggetto del contratto e del tributo da riscuotere. Nel caso all'esame, tuttavia, da un lato, come appena precisato, non risultano esterne particolari ragioni che giustifichino i suindicati ulteriori requisiti e, dall'altro, ciò che si appalesa ancor più irragionevole ed illogico è l'accorpamento in un'unica gara di due servizi affatto diversi, ovverosia il servizio di accertamento e riscossione della tassa automobilistica e quello di accertamento e riscossione delle entrate degli enti locali, servizi diversi - come meglio spiegato scrutinando il ricorso n. r.g. 820/2011 - sia per la natura del tributo (erariale il primo e locale i secondi), sia per le relative modalità di accertamento e riscossione.

4.5. Segnala al riguardo la Sezione che la giurisprudenza, condivisa dal Collegio, ha già giudicato illegittimo l'accorpamento in un'unica gara di servizi tra loro eterogenei, chiarendo che "Debbono ritenersi illegittimi quei bandi di gara omnicomprensivi, che richiedono una svariata ed eterogenea fornitura di prodotti o servizi, quando vi sia la concreta impossibilità per le imprese di formulare offerte consapevoli a cagione della eccessiva diversità, della assoluta eterogeneità delle prestazioni, dell'oggettiva indeterminazione dell'oggetto del contratto"(TAR Lazio - Roma Sez. III Quater, 8 maggio 2009, n. 4924; in termini anche T.A.R. Campania - Napoli, 20 marzo 2008 n. 1458; T.A.R. Lombardia - Milano, Sez. III, 14 ottobre 2005, n. 3793; T.A.R. Lazio - Latina, 19 maggio 2000, n. 361).

Illogicità ed irragionevolezza che nel caso al vaglio della Sezione si acquiscono ove si consideri che ai riscossori delle entrate locali le lett. j) e k) del par. 8.2. del Capitolato speciale richiedono di aver svolto negli ultimi tre esercizi entrambi i servizi per il ragguardevole importo di 40.000.000 di euro, di cui almeno la metà inerenti le attività di riscossione della tassa automobilistica.

Dalle considerazioni che precedono discende la fondatezza dei primi due motivi di ricorso che vanno conseguentemente accolti.

5.1. Con il terzo motivo le ricorrenti rubricano irragionevolezza ed illogicità del bando per l'impossibilità di predisporre un'offerta, inesistenza della base d'asta, perplessità dell'azione amministrativa.

Lamentano che oggetto del contratto che l'aggiudicatario dovrebbe concludere è anche una prestazione destinata ad enti locali dei quali non è dato conoscere quanti aderiranno alla convenzione stipulanda con la Regione. Nella loro tesi, inoltre, per la riscossione delle entrate comunali sono previsti compensi ad aggio in percentuale, che al momento di presentazione dell'offerta è impossibile stabilire, non essendovi la possibilità concreta di

valutare il possibile gettito delle entrate e mancando, quindi, un elemento necessario per il calcolo dei guadagni, almeno presunti.

5.2. Anche siffatta censura appare persuasiva e deve essere accolta. Invero, da un lato la generica manifestazione di intenti espressa dai 35 Comuni Piemontesi, di aderire alla stipulanda convenzione con la Regione, non suffragata dalla loro adesione formale ed effettiva all'atto dell'indizione della gara e, dall'altro, la possibilità prevista dagli atti di gara, che i Comuni interessati possono aderire alla convenzione fino al 30 giugno 2016, connota di notevole aleatorietà ed incertezza l'oggetto della prestazione dell'aspirante aggiudicatario. Questi, infatti, non conoscendo l'esatto numero degli enti locali per i quali dovrebbe riscuotere le relative entrate, non è posto in condizione al momento della scadenza dei termini di presentazione dell'offerta, di conoscere il bacino di utenza e gli importi da riscuotere e conseguentemente non è assolutamente in grado di formulare un'offerta meditata, seria ed attendibile, a tutto detrimento degli interessi della stessa stazione appaltante ad individuare un operatore in condizioni di formulare offerte munite delle predette qualità.

Né varrebbe in contrario quanto sostenuto dalla stazione appaltante, ossia che al momento dell'indizione della gara 35 Enti locali avevano espresso la volontà di aderire alla convenzione proposta dalla Regione, in quanto in primo luogo, a leggere il doc. 9 della produzione del C.S.I. si evince che più che di formale adesione si è al cospetto di generiche manifestazioni di interessi; in secondo luogo ciò che rileva è che al momento della scadenza dei termini per la presentazione delle offerte i concorrenti non erano in grado di conoscere quanti Comuni avrebbero davvero stipulato la convenzione, discendendone l'impossibilità di formulare un'offerta ponderata e consapevole, dal che l'illegittimità della legge di gara (TAR Lazio - Roma Sez. III Quater, 8 maggio 2009, n. 4924).

In definitiva, la fondatezza dei primi tre motivi di ricorso consente di accoglierlo con possibilità di assorbire i restanti motivi. La delicatezza e la novità delle questioni affrontate è idoneo motivo di integrale compensazione delle spese di lite fra le costituite parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla provvedimenti impugnati nei sensi di cui in motivazione. Compensa integralmente le spese di lite tra le costituite parti. Ordina che la presente Sentenza sia eseguita dall'Autorità amministrativa.