

T.A.R. Lombardia–Milano – Sez. III - Sentenza 12 maggio 2004, n. 1684N.1684/04 Reg.Sent. N.3583/03 Reg. Ric.REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione 3a ha pronunciato la seguente SENTENZA sul ricorso n. 3583/03, proposto da DANSAR s.r.l. con sede legale in Endine Gaiano (Bg), in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Giuliano Sgobbi, con domicilio eletto presso lo studio di questi, in Milano via dell'Unione 7 contro COMUNE di CERRO MAGGIORE in persona del Sindaco pro tempore, costituitosi in giudizio rappresentato e difeso dagli avv.ti Carlo Andena e Fabio Romanenghi, con domicilio eletto presso il loro studio, in Milano, via Caminadella 2 per l'annullamento-del bando di gara e relativi allegati, con cui il Comune di Cerro Maggiore ha indetto un'asta pubblica per la concessione dei servizi di accertamento e riscossione dell'imposta comunale sulla pubblicità, dei diritti sulle pubbliche affissioni, compresa la gestione del servizio delle pubbliche affissioni e l'attuazione del piano degli impianti per le affissioni, per il periodo dal 1° gennaio 2004 al 31 dicembre 2008;-del relativo capitolato speciale d'onere;-nonché di ogni altro atto presupposto, conseguente o comunque connesso, ivi incluse le determinazioni comunali, non conosciute, di indizione della gara e di approvazione degli atti concorsuali per la condanna al risarcimento del danno ai sensi dell'art.35 D.Lgs.n. 80/98;visto il ricorso notificato in data 28 novembre 2003 e depositato il 1° dicembre 2003;visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Cerro Maggiore;viste le memorie difensive delle parti;uditi alla pubblica udienza del 19 febbraio 2004, relatore il cons. Domenico Giordano, l'avv. Giuliano Sgobbi per la società ricorrente e l'avv. Fabio Romanenghi per il Comune resistente;visti gli atti tutti della causa;ritenuto quanto segue in:F A T T O Con il ricorso in epigrafe DANSAR s.r.l., società attiva nella gestione dei servizi di liquidazione, accertamento e riscossione di tributi locali, ha impugnato il bando della gara indetta dal Comune di Cerro Maggiore per la "concessione dei servizi di accertamento e riscossione dell'imposta comunale sulla pubblicità, dei diritti delle pubbliche affissioni e l'attuazione del piano degli impianti per le affissioni" per il periodo dal 1° gennaio 2004 al 31 dicembre 2008, da aggiudicare in favore dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Nel ricorso si sostiene che il CSA prevede un parametro di valutazione denominato "esperienza, capacità tecnica e consistenza economica", articolato in griglie valutative riferite alle gestioni pregresse, al fatturato e al numero dei dipendenti, al quale è connessa l'attribuzione di 20 punti sui 100 complessivi previsti dal sistema di aggiudicazione. Tale parametro, secondo la ricorrente, non premia la qualità tecnica dell'offerta in sé, ma le caratteristiche soggettive dei partecipanti, finendo per privilegiare le aziende più forti sul mercato di riferimento e confinando in posizione di subalternità le imprese di minore dimensione, costrette a subire, già prima della gara, in relazione al parametro in questione un distacco di 16 lunghezze difficilmente compensabile con i punteggi conseguibili per gli altri criteri di giudizio, con conseguente lesione dell'interesse a partecipare al confronto concorrenziale su un piano di sostanziale parità e dello stesso interesse pubblico a selezionare l'offerta migliore. A sostegno del ricorso si espongono censure per violazione di legge, contrasto con i principi comunitari e nazionali di par condicio, nonché per vari profili di eccesso di potere. Il Comune di Cerro Maggiore si è costituito in giudizio, controdeducendo per l'inammissibilità e l'infondatezza del gravame. La società ricorrente ha insistito con memoria. Con ordinanza n.2191 del 10 dicembre 2003 è stata accolta la domanda di sospensione cautelare degli atti impugnati. In esecuzione della pronuncia l'amministrazione comunale ha sospeso la gara. All'udienza il ricorso è stato spedito in decisione. D I R I T T O 1) Devono essere affrontate innanzitutto le questioni in rito. La difesa comunale sostiene l'inammissibilità del ricorso per due distinti

profili.1.1) Dal rilievo che l'interesse all'impugnazione deve sussistere al momento di proposizione del ricorso, si fa discendere l'inammissibilità dell'impugnativa perché la domanda di partecipazione alla gara è stata presentata soltanto dopo la notifica del ricorso. L'eccezione non ha fondamento. Come noto, la funzione che la giurisprudenza assegna alla presentazione della domanda di partecipazione alla gara è quella di evidenziare l'interesse concreto all'impugnazione, qualificando e differenziando la posizione del destinatario direttamente inciso dal bando di gara rispetto al soggetto che, senza partecipare alla procedura concorsuale, invochi la tutela del generico interesse alla legittimità della procedura. L'esigenza che sia fornita una concreta manifestazione dell'interesse a prendere parte al procedimento di selezione rende quindi essenziale che il soggetto interessato provveda nei termini alla presentazione della domanda di partecipazione; adempimento questo che nella specie è incontestabilmente avvenuto. Non rileva, invece, che la domanda di partecipazione sia stata presentata successivamente alla proposizione del ricorso, trattandosi di circostanza imputabile alla diversa e contingente maturazione dei rispettivi termini di scadenza.

1.2) L'ulteriore profilo di inammissibilità dell'impugnativa si incentra, secondo la difesa resistente, nella carenza di una lesione attuale e concreta in danno della ricorrente, ciò per il rilievo che l'impugnazione si dirige avverso i criteri di assegnazione dei punteggi e, quindi, avverso clausole del bando che non impediscono la partecipazione alla gara. Nemmeno questa eccezione ha fondamento. La Sezione ha già avuto occasione di precisare che devono ritenersi immediatamente impugnabili le clausole illegittime che impediscono la formulazione di un'offerta o costringono il partecipante a formulare un'offerta di contenuto diverso rispetto a quella che avrebbe potuto formulare in base ad una *lex specialis* legittima. È evidente, infatti, che le valutazioni e le decisioni dell'offerente in ordine alla formulazione dell'offerta (e, ancora più a monte, in merito alla partecipazione alla gara), sono influenzate in modo specifico e determinante dalle clausole della *lex specialis*, sicché l'illegittimità di tale disciplina comporta anche una violazione del principio di concorrenzialità (cfr. CdS sez. V. n. 2990/00), poiché è evidente che - sulla base della disciplina di gara - l'impresa esegue valutazioni tecniche ed economiche tese alla formulazione di un'offerta concorrenziale potenzialmente in grado di assicurare l'aggiudicazione. Sotto questo profilo una disciplina illegittima influenza negativamente le scelte imprenditoriali, imponendo la formulazione di offerta diversa da quella che potrebbe essere concepita sulla base di un *lex specialis* legittima, con conseguente lesione del principio di libera concorrenza, riconosciuto a livello costituzionale e comunitario. Le clausole che incidono in questo modo ledono immediatamente la posizione soggettiva dell'impresa e comportano un onere di impugnazione immediata, risultando chiaro l'interesse a ricorrere avverso un atto che lede in concreto il principio di libera concorrenza, ed ostacola la corretta formulazione della proposta contrattuale. In sostanza, risultano immediatamente impugnabili le clausole che hanno ad oggetto direttamente l'attività dell'impresa concorrente. Poiché il ruolo dell'impresa - nella fase di partecipazione alla gara - si estrinseca nella formulazione dell'offerta, la clausola illegittima che interferisce con tale condotta, impedendone la corretta e libera manifestazione, va impugnata immediatamente. Nel caso di specie, a parere del Collegio, ricorrono quindi i presupposti utili per l'impugnazione immediata della *lex specialis*, poiché le clausole impuginate incidono sull'interesse della parte ricorrente di formulare un'offerta in grado di consentirle l'aggiudicazione della gara alle migliori condizioni.

2) Nel merito, l'impugnazione si dirige avverso il bando indetto dall'amministrazione comunale per la concessione dei servizi di accertamento e riscossione dell'imposta comunale sulla pubblicità, dei diritti sulle pubbliche affissioni e per la gestione del relativo servizio, da affidare con il criterio dell'offerta

economicamente più vantaggiosa, di cui all'art. 23 D.Lgs. n.157/95.L'art.7 CSA definisce i criteri per l'aggiudicazione, prevedendo la valutazione delle offerte ad opera di apposita commissione, con assegnazione fino al massimo di 100 punti, così ripartiti: 65 per l'offerta economica, da assegnare in funzione dell'aggio più basso; 5 punti per le migliorie del servizio rispetto agli standard fissati nel capitolato; 10 punti per la realizzazione ed esecuzione di un programma di riordino degli impianti pubblicitari, nonché, ed è quanto qui rileva, 20 punti per l'esperienza, la capacità tecnica e la consistenza economica dell'impresa.L'art.11 del CSA dettaglia quest'ultimo elemento in vari parametri, prevedendo l'attribuzione: A) da 0 a 6 punti, in funzione del numero crescente delle gestioni detenute; B) da 0 a 4 punti, alle aziende che presentino per l'ultimo triennio il maggior valore medio della produzione; C) da 0 a 4 punti, per il numero dei lavoratori dipendenti a tempo indeterminato in forza alla data di presentazione dell'offerta; D) da 0 a 6 punti, in funzione dell'anzianità di possesso della certificazione di qualità UNI EN ISO 9002 in attività analoghe a quelle oggetto della gara.La società ricorrente, che è iscritta nell'albo dei soggetti abilitati all'esercizio delle attività di cui trattasi, istituito ai sensi dell'art.53 D.Lgs.n.446/97, sostiene che, per effetto dell'illegittimo inserimento - tra i criteri di valutazione dell'offerta - dei menzionati parametri che attengono ai requisiti soggettivi dei concorrenti senza alcun collegamento significativo con il valore oggettivo dell'offerta, il bando tende a selezionare le imprese non per la qualità del servizio proposto, ma per la posizione acquisita nel mercato, quale denotata dal numero degli affidamenti in gestione, e per le dimensioni aziendali, di cui sono indice le dotazioni organiche e il volume d'affari. In tal modo la lex specialis già prima della gara predeterminerebbe, a beneficio delle imprese più forti sul mercato di riferimento, una indebita posizione di vantaggio, che sarebbe loro assicurata dal distacco in termini di punteggio (calcolabile in 16 punti), con effetti distorsivi della concorrenza e della par condicio tra i partecipanti alla procedura, nonché con detrimento dello stesso interesse pubblico alla selezione dell'offerta qualitativamente migliore.La difesa comunale sostiene che l'art.23 D.Lgs. n.157/95, quand'anche applicabile alla procedura de qua, non si presta ad un'interpretazione tanto restrittiva da impedire alla stazione appaltante di inserire nel bando elementi di valutazione ulteriori rispetto a quelli ivi indicati; assume altresì che i criteri oggettivi stabiliti dall'art.11 CSA, pur non attenendo specificamente all'offerta, intendono premiare le ditte che presentano determinate caratteristiche di esperienza e affidabilità, il che non snatura la procedura valutativa e non è irragionevole.3) Il Collegio giudica fondato il ricorso.4) In materia di appalti di servizi pubblici, alle amministrazioni è attribuito un potere discrezionale in ordine all'individuazione dei criteri di aggiudicazione e alla definizione dell'incidenza che tali criteri debbono avere in concreto in relazione alle caratteristiche del servizio che forma oggetto del contratto.L'esercizio di detta discrezionalità deve comunque svilupparsi in coerenza con la finalità di selezionare l'offerta migliore, né può infrangere i principi della concorrenza e della par condicio, i quali rappresentano regole che devono costantemente permeare la procedura concorsuale.Tanto l'art. 23 D.Lgs.n.157/95 quanto l'art. 36 Dir. 92/50 CEE precisano che il metodo di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa tende a conferire rilievo, oltre che al prezzo del servizio, alle caratteristiche oggettive della prestazione, alcune esplicitate dalle suddette norme, altre suscettibili di essere introdotte dalle stesse amministrazioni aggiudicatrici, ma pur sempre riconducibili alla valorizzazione della qualità intrinseca della prestazione offerta. La gara, infatti, deve essere aggiudicata all'offerta economicamente più vantaggiosa, ossia alla proposta che, per la qualità della prestazione e per il corrispettivo esposto, risulti alla fine la più adeguata a soddisfare le esigenze dell'amministrazione appaltante (cfr TAR Molise 21 febbraio 2003 n.196).L'amministrazione ha invece conferito

notevole peso (20 punti su 100) alle esperienze pregresse, al fatturato, nonché alle dimensioni aziendali, in tal modo premiando qualità soggettive del soggetto proponente, che possono rilevare -nei limiti segnati dall'oggetto dell'appalto- quali indici dimostrativi della capacità economica e tecnica dei concorrenti, ma che non possono assumere rilievo di parametro indicativo della qualità della proposta. Il Collegio con ciò non intende sostenere che la qualità del soggetto non abbia alcuna ripercussione sulla qualità dell'offerta. Ritiene tuttavia necessario che le qualità soggettive debbano riflettersi nell'offerta, debbano cioè permearla al punto che questa, e questa soltanto, venga fatta oggetto di valutazione intrinseca, quale proposta economica che ha il diritto di imporsi sulle altre solo per la qualità oggettivamente denotata dall'esame del suo contenuto, senza invece costituire una sorta di premio per attività pregresse, peraltro svolte in tutt'altri contesti organizzativi e territoriali. Diversamente, il criterio del merito tecnico finisce per essere dominato dalla considerazione dell'ampiezza del fatturato pregresso o delle dimensioni aziendali. Il che pone in evidenza come, nel caso di specie, la distorsione della libera concorrenza discenda da un vizio specifico della *lex specialis* del procedimento, che, anche a prescindere dalla condotta dei concorrenti, risulta concepita in modo irrazionale ed è tale da alterare o da favorire direttamente l'alterazione dello svolgimento della gara.

5) Quanto alla certificazione UNI, si osserva che la giurisprudenza amministrativa non dubita della piena legittimità dei bandi che richiedano, ex art. 14 D.Lgs. n. 157/95, il possesso, quale requisito di capacità tecnica per la partecipazione alle gare, di certificazioni di qualità (cfr. CdS Sez. VI, 13 maggio 2002, n. 2569; id., Sez. V 18 ottobre 2001, n. 5517; TAR Puglia, Bari, Sez. 1, 5 dicembre 2000, n. 4610; TAR Puglia, Lecce, 23 marzo 2000, n. 1701). Detto articolo dispone infatti che: "qualora le amministrazioni aggiudicatrici richiedano la presentazione di certificati rilasciati da organismi indipendenti, attestanti che il concorrente osserva determinate norme in materia di garanzia della qualità, esse fanno riferimento ai sistemi di garanzia della qualità basati sulla pertinente serie di norme europee EN 29000, certificati da organismi conformi alla serie di norme europee EN 45000." La disposizione riproduce l'art.31 della direttiva 92/50/CEE, il cui ultimo comma stabilisce che "qualora per giustificati motivi il prestatore di servizi non sia in grado di presentare le referenze richieste dall'amministrazione, è ammesso a provare la propria capacità economica e finanziaria mediante qualsiasi altro documento che l'amministrazione stessa ritenga appropriato". Dette previsioni consentono quindi alle amministrazioni appaltanti, senza distinzione di settori di attività, di indicare tra gli altri requisiti di capacità tecnica, anche il possesso di certificazioni di qualità aziendale, ma a condizione di ammettere certificazioni o misure equivalenti di garanzia della qualità. In contrasto con tale disciplina, il tenore testuale dell'art.11 CSA lett.D) è univoco nel senso di riservare il punteggio al possesso della sola certificazione UNI EN ISO 9002, senza ammettere la possibilità di documentare forme alternative e senza consentire al seggio di gara, vincolato all'applicazione delle prescrizioni di gara, di valutare certificazioni alternative. In ciò risiede un ulteriore motivo di illegittimità del disciplinare di gara, che esclude la possibilità di valorizzare il certificato posseduto dalla ricorrente, che pare peraltro meritevole di maggiore considerazione, tenuto conto che la certificazione UNI EN ISO 9001, a differenza di quella UNI EN ISO 9002, attesta non solo la qualità del servizio ma anche la capacità di effettuare la progettazione dello stesso. Il ricorso deve quindi essere accolto, con le conseguenti statuizioni di cui al dispositivo. Sussistono comunque giustificati motivi per disporre la compensazione delle spese tra le parti. P.Q.M. il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia definitivamente pronunciando sul ricorso n. 3583/03 così dispone:-accoglie il ricorso in epigrafe e per l'effetto annulla gli atti impugnati;-compensa integralmente le spese tra le parti. Ordina che la presente sentenza sia

eseguita dall'autorità amministrativa. Così deciso in Milano il 19 febbraio 2004 in camera di consiglio con l'intervento dei magistrati: Italo Riggio - presidente Domenico Giordano - cons.est. Gianluca Bellucci - refer.