

Consiglio di Stato, Sez. V, 23/12/2008 n. 6534

Sull'illegittimità di un bando per l'affidamento dei servizi di parcheggi pubblici per l'inconferenza del previsto requisito di ammissione rispetto all'oggetto della gara.

E' illegittimo un bando di gara indetto da un comune per l'affidamento dei servizi di parcheggi pubblici senza custodia e di pulizia dei bagni pubblici ed il relativo disciplinare, nella parte in cui prescrivono quale requisito di ammissione alla procedura l'iscrizione all'albo dei soggetti abilitati all'attività di liquidazione ed accertamento dei tributi e delle entrate delle province e dei comuni istituito presso il ministero dell'economia e delle finanze. Va escluso, infatti, che, nel caso di specie, vi sia un'attività concernente l'accertamento, la liquidazione e la riscossione di entrate comunali, per la quale l'art. 52 del d.lgs. 15 dicembre 1997 n. 446, richiede che, qualora non esercitata direttamente dall'ente locale, sia affidata a "soggetti iscritti all'albo di cui" al precedente art. 53.

Inoltre, il bando suddetto contravviene al divieto di cui all'art. 42, co. 3, del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, secondo cui le richieste della stazione appaltante "non possono eccedere l'oggetto dell'appalto", stante l'inconferenza del previsto requisito di ammissione rispetto all'oggetto della gara, oltre che l'abnorme sproporzione rispetto alle finalità perseguite; requisito la cui prescrizione conseguentemente si traduce in una ingiustificata compressione della platea dei possibili concorrenti e, di qui, in un'altrettanto ingiustificata limitazione dell'interesse pubblico alla selezione della migliore offerta che il settore di mercato realmente interessato possa esprimere.

Materia: appalti / requisiti di partecipazione

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, (Quinta Sezione)

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 2345/08 Reg. Gen., proposto dalla S.p.A. S.A.P., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'Avv. Filippo Lubrano ed elettivamente domiciliata presso il medesimo in Roma, via Flaminia n. 79;

CONTRO

il Comune di Fiuggi, in persona del Sindaco in carica, non costituito in giudizio;

E NEI CONFRONTI

della s.r.l. S.I.S. - Segnaletica Industriale Stradale -, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'Avv. Fabrizio Giovagnoni ed elettivamente domiciliata presso la Segreteria del Consiglio di Stato in Roma, piazza Capo di Ferro n. 13;

per la riforma

della sentenza 7 gennaio 2008 n. 6 del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sezione staccata di Latina, sezione I, resa tra le parti.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della s.r.l. S.I.S.;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 30 settembre 2008, relatore il consigliere Angelica Dell'Utri Costagliola, uditi per le parti gli Avv.ti Lubrano e Giovagnoni;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

Con atto notificato il 14 marzo 2008 e depositato il 26 seguente la società S.A.P. ha appellato la sentenza 7 gennaio 2008 n. 6 del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sezione staccata di Latina, sezione I, notificata il 20 febbraio seguente, con la quale, in accoglimento del ricorso proposto dalla s.r.l. S.I.S. - Segnaletica Industriale Stradale -, sono stati annullati il bando della gara indetta dal Comune di Fiuggi per l'affidamento dei "servizi di parcheggi pubblici senza custodia e di pulizia dei bagni pubblici" ed il relativo disciplinare, nella parte in cui prescrivono quale requisito di ammissione alla procedura l'iscrizione all'albo dei soggetti abilitati all'attività di liquidazione ed accertamento dei tributi e delle entrate delle province e dei comuni istituito presso il ministero dell'economia e delle finanze, nonché l'aggiudicazione provvisoria in favore dell'attuale appellante.

A sostegno dell'appello ha dedotto:

1.- La natura del servizio oggetto di affidamento quale attività di liquidazione e accertamento delle entrate comunali.

Il Tar ha ritenuto illegittima la prescrizione in parola poiché i proventi derivanti dal pagamento della sosta non costituirebbero entrate pubbliche e l'attività di esazione, gestione del servizio e accertamento delle violazioni non costituirebbe "attività di accertamento o di liquidazione di entrate pubbliche". Di contro, secondo l'orientamento manifestato in materia dal Ministero dell'economia e delle finanze e dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, oltre che dalla giurisprudenza amministrativa e contabile, l'iscrizione occorre quando, come nella specie, al privato incaricato sono attribuite potestà tipicamente pubblicistiche, giacché l'appalto ha per oggetto una serie complessa di attività, implicanti il maneggio della pecunia pubblica, per svolgere le quali il privato dovrà necessariamente trovarsi in posizione di supremazia rispetto ad altri soggetti e dovrà, pertanto, essere investito di poteri normalmente esercitati dall'Amministrazione. In particolare, l'esercizio dei poteri pubblicistici di "accertamento delle entrate dell'Ente locale" consiste nel controllo dell'avvenuto pagamento e relativa attività, tipicamente accertativa, di sanzione per mancato pagamento, da svolgersi da alcuni dipendenti dell'aggiudicataria che vengono nominati "ausiliari del traffico", i quali perciò svolgono attività di pubblico ufficiale.

2.- La discrezionalità delle amministrazioni appaltanti di inserire i requisiti di partecipazione diversi, ulteriori e più restrittivi di quelli imposti dalla legge.

La prescrizione è legittima, poiché le amministrazioni appaltanti hanno piena discrezionalità di introdurre nel bando di gara ulteriori cause di esclusione oltre quelle richieste dalla legge, con l'unico limite della logicità, ragionevolezza, proporzionalità e rispondenza ad un interesse effettivo, a garanzia di un accesso ragionevolmente ampio alla procedura.

3.- La conformità del bando di gara con i principi comunitari.

Anche la direttiva 31 marzo 2004 n. 2004/18/CE (ora recepita dal D.Lgs. n. 163 del 2006) ammette la creazione di elenchi ufficiali di prestatori di servizi, quali l'albo di cui agli artt. 52 e 53 del D.Lgs. n. 446 del 1997 e la questione della compatibilità di tali norme con i principi di massima partecipazione, di libera prestazione dei servizi e del diritto di concorrenza è stata ritenuta manifestamente infondata.

In data 12 maggio 2008 la società S.I.S. si è costituita in giudizio ed ha svolto controdeduzioni anche con memoria del 18 settembre 2008.

A sua volta l'appellante ha insistito nelle proprie tesi e richieste con memoria del 24 seguente. All'odierna udienza pubblica l'appello è stato posto in decisione.

DIRITTO

Com'è esposto nella narrativa che precede, si controverte della gara indetta dal Comune di Fiuggi per l'affidamento del servizio di "gestione dei servizi di parcheggi pubblici a pagamento senza custodia e di pulizia dei bagni pubblici nel territorio" comunale. Più precisamente, tra i requisiti minimi di partecipazione prescritti dal bando e dal disciplinare di gara, l'Ente ha previsto l'iscrizione "all'albo dei soggetti abilitati alle attività di liquidazione ed accertamento dei tributi e delle entrate delle province e dei comuni, istituito presso il ministero dell'economia e delle finanze (art. 53 comma 1 del D.Lgs. 446/1997)". E' perciò accaduto che alcuni soggetti, tra cui la s.r.l. S.I.S. odierna appellata, non

hanno potuto partecipare alla procedura in quanto sprovvisti del detto requisito. Di qui il ricorso deciso con la sentenza oggetto dell'appello in esame, proposto dall'aggiudicataria S.A.P., con la quale sono stati annullati il bando ed il relativo disciplinare, in parte qua, nonché la conseguente aggiudicazione. In sintesi, il primo giudice ha ritenuto che la previsione in parola sia ingiustificata e si traduca, pertanto, in una indebita limitazione dei potenziali concorrenti, dal momento che il servizio da affidare non comporterebbe accertamento e liquidazione di entrate comunali: l'esazione della sosta, infatti, non implicherebbe "maneggio di pecunia pubblica", poiché le tariffe di sosta consistono in entrate dell'affidatario, essendo invece entrata comunale il solo canone da versare all'Ente; né sarebbe ravvisabile un esercizio di potestà pubblicistiche, di tipologia tale da richiedere l'iscrizione all'albo in questione, nell'attività degli ausiliari del traffico incaricati dell'accertamento delle violazioni, stante la riserva in favore della polizia municipale della procedura sanzionatoria amministrativa e della organizzazione del servizio.

In questa sede l'appellante sostiene, col primo mezzo di gravame, che il servizio di cui trattasi avrebbe natura di attività di liquidazione ed accertamento delle entrate comunali alla stregua dell'avviso espresso da Autorità amministrative e dalla giurisprudenza amministrativa e contabile, trovandosi il privato gestore in posizione di supremazia in quanto investito di poteri normalmente esercitati dall'Amministrazione in relazione al controllo dell'avvenuto pagamento della sosta e relativa attività, tipicamente accertativa, di sanzione per mancato pagamento.

Al riguardo la Sezione osserva che - come evidenziato dal primo giudice e diversamente, in particolare, dalla fattispecie trattata nella decisione 3 ottobre 2005 n. 5271 della Sezione stessa, richiamata dalla S.A.P. ma riguardante l'affidamento servizio di gestione delle contravvenzioni elevate dal Corpo di polizia municipale, ossia delle "attività finalizzate alla riscossione" e della "riscossione stessa, con esclusione di quella a mezzo ruolo, e la gestione del contenzioso" - nello specifico caso concreto in esame non vi è affatto esercizio di attività accertativa di entrate comunali, per un verso da ciò esulando la semplice esazione delle tariffe di sosta, costituenti i ricavi del gestore, non già entrate comunali; e, per altro verso, gli ausiliari del traffico non essendo abilitati all'esercizio della potestà sanzionatoria, che rimane nella sfera di competenza dell'Amministrazione ai sensi dell'art. 5 del capitolato speciale per il servizio di cui si discute, il quale assegna infatti a detti ausiliari il solo compito di emettere gli "avvisi di violazione al Codice della Strada", la cui copia dev'essere consegnata al Comando di Polizia locale "per i successivi adempimenti". In altri termini, va escluso che, nella specie, vi sia un'attività concernente l'accertamento, la liquidazione e la riscossione di entrate comunali, per la quale l'art. 52 del d.lgs. 15 dicembre 1997 n. 446 richiede che, qualora non esercitata direttamente dall'ente locale, sia affidata a "soggetti iscritti all'albo di cui" al precedente art. 53.

Col secondo motivo l'appellante oppone che vi sia discrezionalità delle amministrazioni appaltanti di inserire i requisiti di partecipazione diversi, ulteriori e più restrittivi di quelli imposti dalla legge. La stessa appellante evidenzia, però, che detta discrezionalità è soggetta al limite della logicità, ragionevolezza, proporzionalità e rispondenza ad un interesse effettivo, dettato dall'esigenza di garantire un accesso ragionevolmente ampio alla procedura. E non v'è dubbio che, contravvenendo peraltro al divieto di cui all'art. 42, co. 3, del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, secondo cui le richieste della stazione appaltante "non possono eccedere l'oggetto dell'appalto", col bando impugnato in primo grado il Comune di Fiuggi abbia travalicato tale limite, stante l'inconferenza del previsto requisito di ammissione rispetto all'oggetto della gara, oltre che l'abnorme sproporzione rispetto alle finalità perseguite; requisito la cui prescrizione conseguentemente si traduce, come bene posto in luce dal primo giudice, in una ingiustificata compressione della platea dei possibili concorrenti e, di qui, in un'altrettanto ingiustificata limitazione dell'interesse pubblico alla selezione della migliore offerta che il settore di mercato realmente interessato possa esprimere.

Infine, sotto un terzo ed ultimo profilo l'appellante sostiene la conformità del bando di gara ai principi comunitari di ammissibilità degli elenchi ufficiali di prestatori di servizi di cui alla direttiva 31 marzo 2004 n. 2004/18/CE, oggi trasfusa nel d.lgs. n. 163 del 2006. Ma la stessa direttiva - come del resto il principio immanente nell'ordinamento nazionale, ora espresso dal cit. art. 42 del d.lgs. n. 163 del 2006,

al quale si è fatto riferimento innanzi - richiede che "i livelli minimi di capacità richiesti per un determinato appalto devono essere connessi e proporzionati all'oggetto dell'appalto".

In conclusione, l'appello non può che essere respinto.

Come di regola, le spese del presente grado di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo in favore dell'appellata S.I.S.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, respinge l'appello in epigrafe.

Condanna parte appellante al pagamento in favore dell' appellata Società S.I.S. delle spese del grado, che liquida in complessivi € 3.000,00 (tremila).

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 30 settembre 2008 con l'intervento dei magistrati:

Domenico La Medica Presidente

Aldo Fera Consigliere

Filoreto D'Agostino Consigliere

Claudio Marchitello Consigliere

Angelica Dell'Utri Costagliola Consigliere, estensore

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

f.to Angelica Dell'Utri Costagliola f.to Domenico La Medica

IL SEGRETARIO

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il.23/12/08

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL DIRIGENTE

F.to Antonio Natale

(da www.dirittodeiservizipubblici.it)