



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Ottava)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1722 dell'anno 2017, proposto da: Publiservizi S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Carmine Cesarano, Camillo Santagata, con domicilio eletto presso lo studio del primo di costoro, in Napoli, al viale A. Gramsci n. 19;

contro

- Comune di **Pastorano**, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Antonio Romano, con il quale è elettivamente domiciliato presso lo studio dell'avv. Carlo Iaccarino, in Napoli, alla via S. Pasquale a Chiaia n. 55;
- Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, e Provveditorato Interregionale Opere Pubbliche Campania e Molise, in persona dei rispettivi legali rappresentanti p.t., rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Napoli, presso la cui sede sono legalmente domiciliati, in Napoli, via Armando Diaz n. 11;

per l'annullamento,

previa sospensione cautelare,

a) del Bando di gara, del Disciplinare e del Capitolato, pubblicati in Gazzetta Ufficiale il giorno 27.03.2017, relativi alla procedura avente ad oggetto lo "affidamento per il periodo di cinque anni, della gestione ordinaria e straordinaria dei tributi locali e delle entrate patrimoniali, comprese le attività connesse, propedeutiche e strumentali per la riscossione ordinaria e coattiva delle entrate comunali di competenza del Comune di **Pastorano** CIG 6741922A07", con particolare riferimento alle norme di cui:

- (i) alla Sezione II "Oggetto" del Bando di gara, punti n. I 1.4 e II 1.5;
- (ii) all'articolo del Disciplinare di gara, relativo al "Contenuto della busta C - Offerta economica" ed alle modalità di attribuzione dei punteggi dell'offerta economica;
- (iii) agli artt. 10 (corrispettivo ad aggio), 11 (gestione IMU e TASI già art. 4) e 12 (riversamenti pagamenti e fatturazione – minimo garantito) del Capitolato speciale d'appalto, che recano la disciplina del corrispettivo dell'affidataria e dei riversamenti da effettuare in favore del Comune, con la previsione di un importo minimo garantito;

b) della nota n. 2042 del 24.04.2017, inoltrata in pari data a mezzo pec, mediante la quale la Responsabile del Settore Finanziario del Comune di **Pastorano** ha riscontrato l'istanza della ricorrente finalizzata alla richiesta di un parere di precontenzioso all'ANAC ai sensi dell'art. 211 del D.lgs. n. 50/2016;

c) nonché di tutti gli atti presupposti e conseguenti o connessi, che risultino comunque lesivi degli interessi della ricorrente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di **Pastorano** e dell'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Napoli per il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, e il Provveditorato Interregionale Opere Pubbliche Campania e Molise;
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 19 luglio 2017 il dott. Michelangelo Maria Liguori e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

PREMESSO quanto esposto nell'atto introduttivo, notificato a mezzo posta il 26/27 aprile 2017 e depositato il 4 maggio successivo;

RILEVATO che il presente ricorso, articolato su due motivi, è incentrato sulla impugnazione del Bando di gara, e dei collegati Disciplinare e Capitolato, pubblicati in Gazzetta Ufficiale il giorno 27.03.2017, relativi alla procedura selettiva indetta dal Comune di **Pastorano** per lo *"affidamento per il periodo di anni cinque, della gestione ordinaria e straordinaria dei tributi locali e delle entrate patrimoniali, comprese le attività connesse, propedeutiche e strumentali per la riscossione ordinaria e coattiva delle entrate comunali di competenza del Comune di **Pastorano** CIG 6741922A07"*;

RILEVATO che nell'occasione la ricorrente ha fatto espresso riferimento a illegittimità riguardanti, in particolare, le norme di cui:

- (i) alla Sezione II "Oggetto" del Bando di gara, punti n. I 1.4 e II 1.5;
- (ii) all'articolo del Disciplinare di gara, relativo al "Contenuto della busta C - Offerta economica" ed alle modalità di attribuzione dei punteggi dell'offerta economica;

(iii) agli artt. 10 (corrispettivo adaggio), 11 (gestione IMU e TASI già art. 4) e 12 (riversamenti pagamenti e fatturazione – minimo garantito) del Capitolato speciale d'appalto, che recano la disciplina del corrispettivo dell'affidataria e dei riversamenti da effettuare in favore del Comune, con la previsione di un importo minimo garantito;

RITENUTO che risulta infondato il primo dei motivi proposti, in quanto: l'importo fissato a zero all'art. 1 del Bando, per “oneri di sicurezza non soggetti a ribasso”, appare riferibile esclusivamente agli oneri cd. “da interferenza” (essendo quelli la cui indicazione compete alla stazione appaltante e non ai concorrenti – cfr. Cons. di Stato sez. VI, n. 3139 del 13.7.2016); il relativo importo ben poteva essere fissato dalla Stazione appaltante appunto a zero (cfr. sempre Cons. di Stato sez. VI, n. 3139 del 13.7.2016); l'art. 95 co. 10 del Decr. Leg.vo 50/2017 (invocato dalla società ricorrente) impone esclusivamente allo “operatore” (e cioè al partecipante alla gara) di indicare nell'offerta economica “...i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro...” (ovvero i costi di sicurezza aziendali, o interni);

RITENUTO che anche il secondo motivo proposto risulta infondato, ancorché nella parte in cui si lamenta l'illegittimità dell'art. 11 del Capitolato (“GESTIONE IMU E TASI GIÀ' ART 4

*Il Comune, per le sole attività gestionali di assistenza e consulenza nella compilazione delle dichiarazioni dell'IMU, Tasi ordinaria e degli F24, si impegna a corrispondere alla ditta Affidataria un importo forfetario annuo di Euro 28.000 onnicomprensivo di tutte le spese. Il Comune di **Pastorano**, in presenza di un tasso elevato di persone anziane residenti e dell'assenza di uffici preposti all'assistenza per la compilazione di moduli e richieste, ha deciso, anche se trattasi di imposte versate in autoliquidazione, di istituire tale servizio denominato "Servizi al cittadino".*

Il servizio di che trattasi è rinnovabile anno per anno e sarà assicurato fino a che l'Ente riterrà opportuno continuare le attività in parola. Il servizio si ritiene comunque rinnovato tacitamente se non sarà inviata alla ditta Affidataria 30 giorni prima alla scadenza dell'anno in corso.”), assumendosi che la clausola ivi posta configurerebbe “sostanzialmente, una condizione meramente potestativa in favore del Comune resistente”, abilitando questo “insindacabilmente ed arbitrariamente” a decidere “nel corso del rapporto contrattuale se proseguire nell'erogazione del servizio di assistenza”, e così togliendo al concorrente “ogni certezza in merito alla durata delle relative prestazioni e, conseguentemente, della loro effettiva remunerazione, fatta eccezione per gli importi relativi al primo anno di gestione”: in contrario, invero, va osservato, per un verso che la condizione potestativa risolutiva non rientra nella previsione di nullità di cui all'art. 1355 c.c., il quale commina la nullità della condizione meramente potestativa sospensiva (cfr. Cass. Civ. n. 9840 del 15.9.1999; Cass. Civ. n. 5631 del 16.11.1985); e, per altro verso, che l'obbligo in questione presenta carattere soltanto accessorio, cosicché la conseguibilità o meno della relativa remunerazione non appare tale da condizionare l'offerta da formulare (nonché la convenienza di quest'ultima);

RITENUTO, viceversa, che risulta fondata e da accogliere la censura con cui, sempre nell'ambito del secondo dei motivi articolati, è lamentato che l'equivocità di una disposizione del successivo art. 12 del Capitolato (laddove è stabilito che “Al Comune deve essere garantito un importo minimo annuo pari al 65% delle somme iscritte nel Bilancio comunale e alla data della stipula del contratto le somme iscritte nel Bilancio degli ultimi tre anni antecedenti.”) avrebbe reso impossibile formulare una consapevole offerta;

CONSIDERATO che, se la formulazione di tale clausola appare astrattamente ragionevole (poiché finalizzata a stimolare l'efficienza dell'affidatario del servizio, nell'ambito di un rapporto qualificabile come concessorio, in quanto implicante conferimento di funzioni pubblicistiche e involgente maneggio di denaro pubblico

– cfr. Cass. SS.UU. n. 23302 del 16.11.2016; Cons. di Stato sez. V, n. 6159 dell'11.12.2008; TAR Lazio-Roma n. 5470 del 10.5.2016; TAR Campania-Napoli n. 2614 del 12.5.2014; TAR Lombardia-Brescia n. 610 del 25.6.2013; TAR Sardegna n. 478 del 12.5.2011), deve tuttavia convenirsi con la ricorrente, sia sulla decisiva rilevanza della clausola in commento (costituendo un obbligo essenziale e preponderante nell'economia dell'impegno da assumere, il dover garantire al Comune il versamento di un importo annuo minimo pari al 65% delle somme iscritte nel bilancio comunale, indipendentemente dall'effettivo riscosso), sia sulla assoluta non chiarezza della disposizione in commento (non essendo dato comprendere se il 65% da garantire sia da computare sulla base di un unico bilancio o dei bilanci di tre anni antecedenti; e, in quest'ultima evenienza, come sia da effettuare il calcolo dell'importo da considerare iscritto in bilancio, dovendosi tener presenti i bilanci di tre anni);

CONSIDERATO che, in conseguenza della riscontrata illegittimità, tale da impedire la formulazione di offerte consapevoli, vanno annullati, in conformità alle richieste formulate dalla società ricorrente, tutti gli atti di indizione della gara di cui si discute, ovvero Bando, Capitolato e Disciplinare;

CONSIDERATO che le spese di giudizio vanno poste a carico del solo Comune di **Pastorano** (il quale ha predisposto il Capitolato di gara e, quindi, ha formulato anche la clausola censurata), con liquidazione come da dispositivo;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Ottava), definitivamente pronunciando sul ricorso di cui in epigrafe, proposto dalla Publiservizi srl, lo accoglie nei sensi di cui in motivazione, e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati.

Condanna il Comune di **Pastorano** alla rifusione, in favore della società ricorrente, delle spese di giudizio, che liquida in complessivi euro 2.000,00, oltre accessori di legge e oltre rimborso del contributo unificato versato.

Compensate le spese nel rapporto con l'Amministrazione statale intimata.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 19 luglio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Italo Caso, Presidente

Michelangelo Maria Liguori, Consigliere, Estensore

Fabrizio D'Alessandri, Consigliere

L'ESTENSORE

Michelangelo Maria Liguori

IL PRESIDENTE

Italo Caso

IL SEGRETARIO