

Pubblicato il 23/09/2020

N. 03982/2020 REG.PROV.COLL.
N. 00623/2020 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 623 del 2020, proposto da Anac - Autorità Nazionale Anticorruzione, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Napoli, domiciliataria ex lege in Napoli, via Diaz 11;

contro

Comune di Vairano Patenora, rappresentato e difeso dagli avvocati Giuliano Berruti, Marco Monaco, con domicilio digitale eletto presso lo studio Renato De Lorenzo Studio Legale De Lorenzo Palma in Napoli, via Gramsci 10; Societa Nc Impianti, non costituiti in giudizio;

nei confronti

Asmel Consortile Soc. Cons. A R.L., rappresentato e difeso dall'avvocato Lorenzo Lentini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia ed elettivamente domiciliato in Napoli al Viale Gramsci n. 16 presso lo studio del Prof. Avv. Orazio Abbamonte;

per l'annullamento

del bando di gara pubblicato sulla G.U.R.I. n. 140 del 29.11.2019 avente ad oggetto procedura aperta per l'affidamento “in concessione attraverso *project financing* degli interventi di messa in sicurezza, adeguamento, eliminazione inquinamento luminoso e efficientamento energetico degli impianti di pubblica illuminazione del comune di Vairano Patenora (CE) sulla base del progetto di fattibilità proposto dal promotore, ex. art. 183, comma 15, del d.lgs. 50/2016, approvato con delibera giunta comunale n°121 del 08.07.2019.”;

- di tutti gli altri documenti di gara e, in particolare, del disciplinare di gara, dell'atto unilaterale d'obbligo e per quanto possa occorrere della determina a contrarre del piano economico finanziario, dello Schema di convenzione e di ogni altro atto presupposto, connesso, collegato, conseguente e/o attuativo.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Vairano Patenora e di Asmel Consortile Soc. Cons. A R.L.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore il dott. Maurizio Santise nella udienza pubblica del giorno 24 giugno 2020, svoltasi da remoto, ai sensi dell'art. 84, commi 5 e 6, del D.L. n.18/2020, convertito in legge con l. n. 27/2020, mediante l'utilizzo del software Microsoft Teams;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso tempestivamente notificato all'amministrazione resistente e regolarmente depositato nella Segreteria del T.a.r. l'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) ha esposto quanto segue:

a) con bando di gara pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana n. 140 del 29.11.2019, il Comune di Vairano Patenora ha indetto una procedura aperta ex art. 60 d.lgs. 50/2016 per l'affidamento in concessione attraverso *project financing* degli interventi di messa in sicurezza, adeguamento,

eliminazione inquinamento luminoso e efficientamento energetico degli impianti di pubblica illuminazione. In tutti i documenti di gara è indicato che ASMEL Consortile s.c.a.r.l. (di seguito, Asmel Consortile) svolge i compiti di “centrale di committenza”;

b) l’Autorità, nell’esercizio dei poteri istituzionali di vigilanza, ha accertato che il Comune di Vairano Patenora ha pubblicato un bando affetto da gravi violazioni del codice dei contratti pubblici ed ha, pertanto, adottato un parere motivato ex art. 211 comma 1-bis con delibera in data 15.1.2020, n. 21, trasmesso, via pec, al Comune (stazione appaltante) e ad Asmel Consortile;

c) nell’adunanza del 12 febbraio 2020, preso atto della volontà del Comune di non conformarsi al parere 21/2020 e ritenendo sussistente un interesse pubblico all’annullamento degli atti in questione, il Consiglio dell’Autorità ha deliberato di impugnare il predetto bando di gara.

Con l’odierno ricorso, l’ANAC ha, quindi, impugnato il predetto provvedimento, contestandone la legittimità e chiedendone l’annullamento per i seguenti motivi:

Violazione di legge. Violazione e falsa applicazione dell’art. 23 della Costituzione, degli articoli 41, comma 2 bis e 83, comma 8 del Decreto Legislativo n. 50/2016.

Il Comune di Vairano Patenora e Asmel Consortile Soc. Cons. A. R.L si sono costituiti regolarmente in giudizio, eccependo in via preliminare l’inammissibilità del ricorso; entrambe hanno comunque contestato nel merito la fondatezza del ricorso, chiedendone il rigetto.

Con decreto cautelare n. 577/2020, adottato ai sensi dell’art. 84 co. 1 e 2 del D.L. n. 18 del 17. 3. 2020, è stata respinta la domanda cautelare.

Alla pubblica udienza del 24 giugno 2020, svoltasi da remoto, ai sensi dell’art. 84, commi 5 e 6, del D.L. n.18/2020, convertito in legge con l. n. 27/2020, mediante l’utilizzo del software Microsoft Teams, la causa è stata trattenuta in decisione.

2. L'ANAC ha impugnato il bando di gara e gli atti a questo collegati perché nella sezione V punto A.19) del disciplinare di gara è presente la seguente clausola: “Atto unilaterale d’obbligo debitamente compilato e sottoscritto; L’ Operatore Economico – in caso di aggiudicazione - si obbliga a pagare alla Centrale di Committenza “Asmel Consortile S. c. a r.l.”, prima della stipula del contratto, il corrispettivo dei servizi di committenza e di tutte le attività di gara non escluse dal comma 2-bis dell’art.41 del D.lgs. n. 50/2016 dalla stessa fornite, una somma pari all’ 1% oltre iva dell’importo complessivo posto a base di gara, pari ad € 11.630,64 oltre IVA. Inoltre, l’operatore economico, in caso di aggiudicazione, si impegna a rimborsare alla centrale di committenza le spese di pubblicità obbligatoria in G.U.R.I. e su 2 quotidiani ai sensi del citato comma 2 dell’art. 5 del Decreto ministeriale infrastrutture e trasporti 2 dicembre 2016. La presente obbligazione costituisce elemento essenziale dell’offerta.”.

Secondo l’ANAC l’imposizione di un tale onere amministrativo si porrebbe in contrasto con l’art. 23 della Costituzione secondo cui “Nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge”. Inoltre, la clausola del bando e del disciplinare in questa sede impugnata sarebbe anche in aperto e palese contrasto con l’art. 41, co. 2 bis del d.lgs. 50/2016, secondo cui “È fatto divieto di porre a carico dei concorrenti, nonché dell’aggiudicatario, eventuali costi connessi alla gestione delle piattaforme di cui all’articolo 58”.

La clausola sarebbe poi in violazione dell’art. 83, co. 8 del d.lgs. 50/2016: “I bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle”.

3. Tanto premesso in punto di fatto, il ricorso è infondato come già evidenziato in sede cautelare.

L’ANAC ha, infatti, impugnato il bando di gara, facendo valere la legittimazione ad impugnare atti anticoncorrenziali attribuita dall’art 211 del

d.lgs. 50/2016. In particolare, il comma 1 *bis* dispone che l'ANAC è legittimata ad agire in giudizio per l'impugnazione dei bandi emessi da qualsiasi stazione appaltante qualora ritenga che essi violino le norme in materia di contratti pubblici.

Il legislatore ha, dunque, introdotto un ordinario potere di azione, riconducibile alla giurisdizione a tutela di situazioni giuridiche soggettive individuali qualificate e differenziate benché soggettivamente riferite ad un'autorità pubblica. Si tratta, peraltro, di un potere che è in linea con il considerando n. 122 della direttiva 2014/24/UE secondo cui "i cittadini, i soggetti interessati, organizzati o meno, e altre persone o organismi che non hanno accesso alle procedure di ricorso di cui alla direttiva 89/665/CEE hanno comunque un interesse legittimo in qualità di contribuenti a un corretto svolgimento delle procedure di appalto".

Vanno, pertanto, respinte le eccezioni di inammissibilità per difetto di legittimazione ad agire dell'ANAC sollevate dal Comune e dalla centrale di committenza Asmel, in quanto il presente ricorso ha sostanzialmente ad oggetto un bando di gara per violazione delle norme del codice dei contratti pubblici; ricorso che si fonda su un parere motivato dall'ANAC sia in punto di fatto che di diritto.

4. Vanno parimenti respinte le eccezioni di inammissibilità del ricorso per omessa impugnazione degli atti del Comune di Vairano Patenora del 27.01.2020 e di ASMEL Consortile del 24.01.2020 adottati in riscontro al parere ANAC ed al conseguente invito a conformarsi. Tali provvedimenti, come è noto, si incasellano all'interno di un'interlocuzione tra ANAC e autorità amministrativa e non vanno autonomamente impugnati.

Del resto, l'art.211, co. 1 *bis* d.lgs. 50/2016 dispone che l'ANAC impugna i bandi di gara o gli atti lesivi della concorrenza: nel caso di specie il provvedimento che, a parer di ANAC, è lesivo della concorrenza è il bando di gara unitamente ai suoi allegati e non anche i provvedimenti del Comune di Vairano Patenora del 27.01.2020 e di ASMEL Consortile del 24.01.2020.

5. Ciò posto ritiene il Collegio che il ricorso sia, comunque, infondato, in quanto la dedotta illegittimità della clausola del bando di gara non potrebbe condurre alla illegittimità del bando di gara nella sua interezza, come, peraltro, già evidenziato in sede cautelare.

Anche qualora fossero fondate le doglianze della ricorrente, in ogni caso, l'esito finale non sarebbe la caducazione totale del bando di gara, ma, al più, l'espunzione della clausola, ritenuta illegittima, dal bando di gara. L'ANAC, invece, ha impugnato il bando di gara chiedendone l'annullamento nella sua interezza, perché ha ritenuto che una tale clausola alterasse la concorrenza in generale.

In ogni caso, ritiene il Collegio che la clausola in argomento non sia lesiva della concorrenza in generale, ma possa produrre un pregiudizio esclusivamente nei confronti dell'aggiudicatario, ciò in considerazione della circostanza che il corrispettivo, peraltro, di esiguo importo, è richiesto solo in caso di aggiudicazione e non in relazione alla mera partecipazione alla gara.

Del resto, lo stesso Consiglio di Stato recentemente ha dato rilievo alla circostanza che lo strumentale impegno al pagamento del corrispettivo, elevato ad elemento essenziale delle offerte, a pena di esclusione dalla gara, mediante apposito atto unilaterale d'obbligo, secondo quanto previsto dalle medesime disposizioni di gara, è previsto esclusivamente in capo all'aggiudicatario e solo questo può ritenersi danneggiato; danno, peraltro, non derivante dal bando di gara, ma eventualmente solo l'eventuale richiesta di pagamento della stazione appaltante, in caso di rifiuto di pagare opposto dall'aggiudicatario, o laddove il medesimo pagamento abbia efficacia condizionante, il rifiuto della stazione appaltante di aggiudicare (Cons. Stato, 19 maggio 2020, n. 3173).

Ne consegue che il ricorso va respinto, in quanto il bando di gara non può ritenersi lesivo della concorrenza.

Le ragioni che hanno condotto alla presente decisione giustificano la compensazione delle spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa le spese di lite tra le parti.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 24 giugno 2020 tenutasi mediante collegamento da remoto in videoconferenza tramite Microsoft teams secondo quanto disposto dall'art. 84, comma 6, del d.l. 17.3.2020 n.18, convertito in legge con l. n. 27/2020, e del D.P.C.S. n. 134 del 22 maggio 2020, con l'intervento dei magistrati:

Salvatore Veneziano, Presidente

Gianmario Palliggiano, Consigliere

Maurizio Santise, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Maurizio Santise

IL PRESIDENTE
Salvatore Veneziano

IL SEGRETARIO