

Pubblicato il 01/12/2021

N. 02647/2021 REG.PROV.COLL.

N. 01595/2020 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1595 del 2020 proposto dalla San Marco S.p.A. in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Marco Napoli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico presso il suo studio in Milano, Corso Venezia 10;

contro

Comune di Cogliate in persona del Sindaco in carica *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Samantha Battiston, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Sarida S.r.l. in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Daniele Granara, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento:

- della nota del 23 luglio 2020, notificata all'odierna ricorrente il 27 luglio 2020, con la quale il Comune di Cogliate, a seguito di espressa diffida della San Marco S.p.A. in data 6 luglio 2020, ha ritenuto che la concessionaria Sarida S.r.l. *“possa essere considerata adempiente nei confronti del Comune di Cogliate relativamente all'art. 5 del capitolato”* della gara, indetta dal medesimo Ente, avente ad oggetto l'affidamento in concessione del servizio di gestione dell'imposta comunale di pubblicità e diritti sulle pubbliche affissioni compresa l'attività di accertamento, relativa riscossione e materiale affissioni di manifesti per il periodo 1/1/2020 – 31/12/2023 (CIG 8090987DAE);

- di ogni altro atto ad essa preordinato, presupposto, consequenziale e/o comunque connesso ivi incluso l'atto, "mai osteso", con il quale il Comune ha autorizzato Sarida S.r.l. ad impiegare – per l'erogazione delle prestazioni di cui all'articolo 5 del Capitolato di gara - l'istituto del contratto continuativo di cooperazione previsto dall'articolo 105, comma 3, lett. c-bis, del d.lgs. n. 50/2016;

nonché per l'accertamento della violazione della *lex specialis* di gara posta in essere dalla controinteressata (e, dunque, della sussistenza del relativo inadempimento contrattuale con riferimento al citato articolo 5 del Capitolato e/o del mendacio in sede di gara);

e per la conseguente declaratoria

dell'obbligo, gravante sull'Amministrazione: i) di avviare - ai sensi e per gli effetti dell'articolo 31 del Capitolato di gara e dell'articolo 108 del d.lgs. n. 50/2016 - il procedimento di risoluzione (per inadempimento) del contratto stipulato con la concessionaria Sarida S.r.l., ovvero ogni altro procedimento che conduca alla inefficacia, decadenza e/o risoluzione del detto contratto; e, conseguentemente; ii) di procedere allo scorrimento della graduatoria di gara, ai sensi dell'articolo 110 del d.lgs. n. 50/2016 (a tale riguardo, e per quanto occorrer possa, San Marco S.p.A. si dichiara disponibile a subentrare nel contratto stipulato tra Comune e controinteressata); iii) ovvero, in subordine, di procedere alla riedizione della gara di che trattasi;

e per la condanna

del Comune di Cogliate al risarcimento: in forma specifica, mediante l'affidamento della commessa *de qua* alla ricorrente; ovvero, in subordine (ove, per qualsivoglia ragione, non fosse possibile il risarcimento in forma specifica, attraverso il subentro nel contratto), per equivalente, con riserva di successiva quantificazione in corso di causa; ovvero ancora, in via di estremo subordine, attraverso la riedizione della gara.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Cogliate e di Sarida S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Data per letta nell'udienza del giorno 30 giugno 2021, celebrata nelle forme di cui all'art. 25 del d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, convertito in legge 18 dicembre 2020, n. 176, come modificato dall'art. 6 del d.l. 1° aprile 2021, n. 44, convertito in legge 28 maggio 2021, n. 76, e al decreto del Presidente del Consiglio di Stato del 28 dicembre 2020, la relazione del dott. Oscar Marongiu, e trattenuta la causa in decisione sulla base degli atti, come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La società San Marco S.p.A., odierna ricorrente, premesso di aver partecipato alla procedura aperta, indetta dal Comune di Cogliate, per l'affidamento in concessione "*del servizio di gestione dell'imposta comunale di pubblicità e diritti sulle pubbliche affissioni compresa l'attività di*

accertamento, relativa riscossione e materiale affissioni di manifesti per il periodo 1/1/2020 – 31/12/2023”, e di essersi classificata al secondo posto dietro l’aggiudicataria Sarida S.r.l., ha impugnato la nota indicata in epigrafe, con cui il Comune, a seguito di espressa diffida della stessa San Marco S.p.A., ha ritenuto che la società Sarida S.r.l. “*possa essere considerata adempiente nei confronti del Comune di Cogliate relativamente all’art. 5 del Capitolato*” di gara; la ricorrente ha anche chiesto l’accertamento della violazione della *lex specialis* di gara da parte della controinteressata e del relativo inadempimento contrattuale, nonché la condanna dell’Amministrazione ad avviare il procedimento di risoluzione (per inadempimento) del contratto stipulato con la concessionaria Sarida S.r.l. e a procedere allo scorrimento della graduatoria di gara o, in subordine, a procedere alla riedizione della gara, oltre alla condanna del Comune al risarcimento del danno in forma specifica ovvero, in subordine, per equivalente.

Il ricorso è stato affidato al seguente, articolato motivo:

- violazione dell’art. 97 Cost.; violazione (per erronea applicazione) dell’art. 105, comma 3, lettera c-bis, del d.lgs. n. 50/2016; violazione (per mancata applicazione) dell’art. 108, comma 3, del g.l.s. n. 50/2016; violazione (per mancata applicazione) degli artt. 75 e 76 del d.P.R. 28.12.2000 n. 445; violazione della *lex specialis* di gara; violazione degli artt. 52 e 53 del d.lgs. 15.12.1997, n. 446; violazione del d.m. n. 289/2000; violazione dei principi generali in tema di contratti pubblici; violazione del principio generale di buon andamento della p.a.; eccesso di potere per travisamento dei presupposti di fatto e di diritto, contraddittorietà, irragionevolezza e ingiustizia manifeste, perplessità.

Si sono costituiti per resistere al ricorso il Comune intimato e la controinteressata Sarida S.r.l., i quali hanno eccepito il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo in favore del giudice ordinario.

Il Comune ha eccepito anche l’inammissibilità del ricorso per carenza di interesse e di legittimazione.

La controinteressata ha inoltre eccepito l’inammissibilità del ricorso in conseguenza della mancata impugnazione di atti presupposti, l’inammissibilità per carenza di interesse (venendo in rilievo una nota asseritamente priva di carattere provvedimentoale) e l’irricevibilità del ricorso per tardività.

In vista dell’udienza di discussione le parti hanno ribadito le proprie difese con memorie, repliche e note di udienza.

All’udienza del giorno 30 giugno 2021, svoltasi in modalità da remoto, la causa è stata trattenuta in decisione.

2. Preliminarmente, va respinta l’eccezione di difetto di giurisdizione sollevata dal Comune e dalla controinteressata.

Al riguardo, è sufficiente rilevare che l’odierna controversia ha ad oggetto la concessione del servizio pubblico di accertamento e riscossione di tributi locali, per la quale, pacificamente, ai sensi dell’articolo 133, comma 1, lett. c), c.p.a., sussiste la giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo, anche in tema di inadempimento degli obblighi concessori in fase esecutiva e di decadenza del concessionario (essendo rimesse alla giurisdizione del G.O. soltanto le controversie in tema di canoni, indennità e altri corrispettivi: cfr., *ex multis*, C.d.S., Sez. V, n. 1064/2020).

L’eccezione, pertanto, va disattesa.

3. Si può prescindere dall'esame delle altre eccezioni processuali, in quanto il ricorso è infondato nel merito.

Al riguardo il Collegio osserva quanto segue.

3.1. La ricorrente, nella sostanza, chiede l'accertamento della violazione della *lex specialis* di gara da parte di Sarida S.r.l. – nella fase di esecuzione del contratto – e del conseguente inadempimento contrattuale, allo scopo di ottenere l'affidamento del servizio in questione, tramite scorrimento della graduatoria di gara (essendosi la ricorrente posizionata al secondo posto), ovvero, in subordine, la riedizione della procedura selettiva.

A tal fine la ricorrente deduce che:

- la controinteressata sarebbe sprovvista del requisito richiesto dall'articolo 5 del Capitolato di gara, a tenore del quale *“al fine di garantire che il servizio di affissioni venga svolto con prontezza, efficienza e senza impedimenti alcuni, il Concessionario si obbliga a mettere a disposizione, nel termine di 30 giorni dall'attivazione del servizio, uno sportello operativo - unità locale nel Comune di Cogliate o in altra unità locale distante non oltre km 15 dalla sede municipale, con almeno una risorsa regolarmente iscritta a libro matricola INPS. ...; il requisito non è assolto dall'attivazione di un semplice recapito presso un punto commerciale estraneo alla gestione del servizio”*;

- la controinteressata avrebbe preteso di sopperire a tale carenza attraverso il ricorso ad un contratto “continuativo di cooperazione” con la società Omnia S.r.l., ai sensi dell'articolo 105, comma 3, lett. c-bis, del d.lgs. n. 50/2016, secondo il quale *“le seguenti categorie di forniture o servizi, per le loro specificità, non si configurano come attività affidate in subappalto: (...) c-bis) le prestazioni rese in favore dei soggetti affidatari in forza di contratti continuativi di cooperazione, servizio e/o fornitura sottoscritti in epoca anteriore alla indizione della procedura finalizzata alla aggiudicazione dell'appalto. I relativi contratti sono depositati alla stazione appaltante prima o contestualmente alla sottoscrizione del contratto di appalto”*;

- la risorsa impiegata allo sportello operativo attivato da Sarida S.r.l., a dire della ricorrente, non sarebbe alle dipendenze dirette della concessionaria, e ciò dimostrerebbe che la prestazione specifica obbligatoria oggetto del succitato art. 5 del Capitolato verrebbe in realtà svolta da un soggetto diverso dal concessionario;

- da ciò conseguirebbero: i) la violazione reiterata dell'art. 5 del Capitolato da parte della controinteressata; ii) la violazione dei principi generali in tema di contratti pubblici e, in particolare, del divieto generale di subconcessione di servizio pubblico; iii) l'impossibilità di qualificare il contratto tra Sarida S.r.l. e Omnia S.r.l. come contratto continuativo di cooperazione ai sensi dell'art. 105, comma 3, lett. c-bis, del d.lgs. n. 50/2016, poiché al terzo cooperante sarebbe affidata una parte della prestazione (tutt'altro che marginale) oggetto della concessione; iv) l'inidoneità del contratto tra Sarida S.r.l. e Omnia S.r.l. (peraltro prodotto tardivamente, oltre la stipula del contratto con il Comune e oltre i termini sanciti dall'art. 105 del d.lgs. n. 50/2016) a dimostrare il *“possesso del requisito previsto dall'articolo 5 del Capitolato di gara”*; v) la falsità della dichiarazione resa da Sarida S.r.l. in sede di gara, avendo la controinteressata dichiarato di avere la *“disponibilità, a qualunque titolo, del personale e della attrezzatura idonei all'effettuazione delle prestazioni oggetto della presente gara, secondo le modalità prescritte nel Capitolato speciale”*;

- la concessionaria dunque, secondo l'impostazione attorea, avrebbe messo in atto una vera e propria cessione di una porzione del servizio *de quo* a un terzo, del quale non è stato accertato il

possesto dei requisiti generali e speciali di partecipazione previsti dall'articolo 80 del d.lgs. n. 50/2016, e mediante un contratto dal contenuto assai generico;

- in ogni caso: i) la circostanza della apertura da parte di Sarida S.r.l. di una sede operativa presso gli uffici di Omnia S.r.l. di Vertemate con Minoprio sarebbe smentita *per tabulas* dalla stessa Omnia S.r.l.; ii) il contratto "continuativo e di cooperazione" in questione non prevedrebbe l'obbligo per Omnia S.r.l. di mettere a disposizione di Sarida S.r.l. una qualsivoglia sede operativa; iii) l'oggetto di tale contratto non includerebbe comunque prestazioni quali il ricevimento e l'assistenza da prestare ai contribuenti che si recano presso lo sportello per il versamento dei tributi locali (nello specifico per la riscossione dei diritti sulle pubbliche affissioni), né potrebbe includerle, essendo il maneggio di denaro pubblico inibito a chi non sia iscritto nell'apposito Albo di cui al d.m. n. 289/2000;

- sotto diverso profilo, la condotta dell'aggiudicataria avrebbe arrecato anche un *vulnus* all'equità del confronto concorrenziale, in quanto l'offerta di Sarida S.r.l. sarebbe risultata più conveniente di quella della ricorrente proprio perché "tarata" sulla consapevolezza che gli investimenti occorrenti per mantenere le promesse fatte all'Ente (una sede operativa con una risorsa "dedicata" al *front office*) sarebbero stati modesti se non inesistenti.

3.2. Le censure non colgono nel segno.

La controinteressata ha stipulato un contratto "continuativo di cooperazione" con la società Omnia S.r.l. in data 31.1.2019 (doc. 16 della ricorrente) e nelle premesse di tale contratto è scritto che "*Sarida S.r.l. nell'ambito dello svolgimento della propria attività partecipa a gare di appalto che, sia pure come attività che emerge essere marginale rispetto a quelle principali, hanno ad oggetto lo svolgimento anche del servizio di sportello locale per gestione della pubblicità e la materiale affissione di manifesti*" e che "*Le parti già collaborano per tale tipologia di attività ed hanno messo a frutto una serie di collaborazioni proprio per lo svolgimento di tale attività da parte di Omnia S.r.l.*".

Con i contratti di cooperazione, servizio e/o fornitura, la legge fa riferimento ai contratti che il concorrente stipula con terzi allo scopo di procurarsi quanto necessario alla propria attività d'impresa ovvero, nello specifico, quei beni e servizi indispensabili all'esecuzione della prestazione in affidamento; i terzi contraenti, quindi, non eseguono una parte della prestazione oggetto dell'appalto, ma procurano all'operatore economico aggiudicatario i mezzi per la sua esecuzione (T.A.R., Trentino-Alto Adige Trento, Sez. I, n. 166/2020).

L'istituto previsto dall'art. 105, comma 3, lett. c-bis, del d.lgs. n. 50 del 2016 - ai sensi del quale "*le seguenti categorie di forniture o servizi, per le loro specificità, non si configurano come attività affidate in subappalto: le prestazioni rese in favore dei soggetti affidatari in forza di contratti continuativi di cooperazione, servizio e/o fornitura sottoscritti in epoca anteriore all'indizione della procedura finalizzata alla aggiudicazione dell'appalto. I relativi contratti sono depositati alla stazione appaltante prima o contestualmente alla sottoscrizione del contratto di appalto*" -, proprio perché si configura come derogatorio rispetto alla generale disciplina del subappalto, è evidentemente ancorato ai medesimi presupposti applicativi, a cominciare dalla determinazione contenutistica della prestazione eseguibile mediante il ricorso all'impresa «convenzionata»; in tale ottica, il riferimento della disposizione alle «prestazioni rese in favore dei soggetti affidatari» non assume valenza restrittiva della portata applicativa della previsione, come avverrebbe se si ritenesse che esso implica la necessità che l'utilità della prestazione ridondi ad esclusivo vantaggio, in senso materiale, dell'impresa affidataria piuttosto che dell'Amministrazione, ma allude alla direzione «giuridica» della prestazione, ovvero al fatto che l'unica relazione giuridicamente rilevante, anche

agli effetti della connessa responsabilità, è quella esistente tra stazione appaltante e soggetto affidatario (C.d.S., Sez. III, n. 5068/2019).

Orbene, l'art. 5 del Capitolato richiede espressamente la disponibilità di una specifica articolazione territoriale solo per il servizio affissioni e il contratto continuativo di cooperazione stipulato tra Sarida S.r.l. e Omnia S.r.l. consente all'aggiudicataria di rispettare tale prescrizione della *lex specialis*.

Infatti, come dedotto dalla difesa comunale, dal tenore del contratto in questione – interpretato alla luce delle premesse costituenti parte integrante dello stesso - si desume che sussiste tra la controinteressata e Omnia S.r.l. un rapporto continuativo, espressione di un collegamento stabile e generale, non confinato allo svolgimento della singola concessione, nell'ambito del quale le prestazioni contrattuali, a differenza del subappalto, sono svolte direttamente a favore di Sarida S.r.l. e solo indirettamente a favore del contraente pubblico, nel rispetto, quindi, di quanto stabilito dall'art. 105, comma 3, lett. c-bis, del d.lgs. n. 50/2016.

La ricorrente, del resto, non ha fornito elementi concreti atti a dimostrare che la società cooperante Omnia S.r.l. sarà chiamata ad eseguire una parte della prestazione oggetto del contratto di concessione stipulato da Sarida S.r.l.

Al contrario, attraverso il contratto collaborativo *de quo* la società Omnia S.r.l. si limita a procurare all'aggiudicataria i mezzi per l'esecuzione di una parte della prestazione oggetto di concessione, ovvero tutte le risorse necessarie, tra cui, in particolare, lo sportello operativo.

Alla luce degli atti di causa, quindi, non può ritenersi non veritiera la dichiarazione, resa in gara dall'aggiudicataria, con cui quest'ultima afferma di essere in grado di mettere a disposizione del Comune di Cogliate i mezzi necessari all'esecuzione della concessione, con specifico riguardo alle prescrizioni di cui all'art. 5 del Capitolato.

Per le stesse ragioni, peraltro, non è ravvisabile nemmeno il denunciato inadempimento alle disposizioni del disciplinare di gara da parte della aggiudicataria.

Le censure, pertanto, vanno respinte, così come non merita positiva valutazione la richiesta di condanna al risarcimento dei danni in forma specifica o per equivalente formulata in sede di ricorso introduttivo.

3.3. In definitiva il ricorso deve essere respinto in quanto infondato.

3.4. Le spese del giudizio, nondimeno, possono essere compensate tra le parti, in considerazione della peculiarità della vicenda e della novità delle questioni.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta) definitivamente pronunciando sul ricorso come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 30 giugno 2021, tenutasi con collegamento da remoto in videoconferenza tramite Microsoft *Teams* ai sensi dell'art. 25 del d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, convertito in legge 18 dicembre 2020, n. 176, come modificato dall'art. 6 del d.l. 1° aprile 2021, n. 44, convertito in legge 28 maggio 2021, n. 76, e del decreto del Presidente del Consiglio di Stato del 28 dicembre 2020, con l'intervento dei magistrati:

Gabriele Nunziata, Presidente

Giovanni Zucchini, Consigliere

Oscar Marongiu, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Oscar Marongiu

IL PRESIDENTE

Gabriele Nunziata

IL SEGRETARIO