N. 03950/2018REG.PROV.COLL.
N. 07668/2017 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7668 del 2017, proposto da Sarida S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Daniele Granara, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, corso Vittorio Emanuele II 154/3de;

contro

Comune di Peschiera del Garda, in persona del Sindaco *pro-tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Sergio Segna e Annalisa Giannetti, con domicilio eletto presso l'avvocato Annalisa Giannetti in Roma, via Giovanni Paisiello 29;

nei confronti

Autorità Nazionale Anticorruzione - A.N.A.C. non costituita in giudizio; Step S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Pasquale Cerbo, Giuseppe Guastamacchia e Fabio Lorenzoni, con domicilio eletto presso lo studio Fabio Lorenzoni in Roma, via del Viminale n. 43;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Veneto, Sez. I n. 563/2017, resa tra le parti, concernente l'affidamento in concessione del servizio di accertamento e riscossione dell'imposta

comunale sulla pubblicità e dei diritti sulle pubbliche affissioni per il periodo 01/04/2017 – 31/03/2023 da parte della centrale unica di committenza per i Comuni di Peschiera del Garda e di Fumane;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Peschiera del Garda e di Step S.r.l.;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 giugno 2018 il Cons. Raffaele Prosperi e uditi per le parti gli avvocati Granara, Giannetti e Chiummiento in dichiarata delega di Cerbo;

Visto il ricorso proposto dinanzi al Tribunale amministrativo del Veneto con cui la Sarida S.r.l. impugnava – unitamente agli atti connessi – il provvedimento di ammissione alla gara per il servizio di accertamento e riscossione dell'imposta comunale sulle pubblicità e dei diritti sulle pubbliche affissioni per il periodo 1° aprile 2017 – 31 marzo 2023, indetta dalla C.U.C. di Peschiera del Garda – Fiumane con determinazione n. 12 del 3 novembre 2016 e quindi di aggiudicazione alla S.T.E.P. dell'affidamento medesimo per la violazione e/o falsa applicazione degli artt. 29 e 76 del d.lgs. n. 50 del 2016 in relazione alla violazione e/o falsa applicazione dell'art. 120, comma 2-bis, c.p.a., dell'art. 1, comma 67, della l. n. 266 del 2005, in relazione alla violazione e/o falsa applicazione della deliberazione dell'A.N.A.C. n. 163 del 22 dicembre 2015 e dell'art. 6 della l. n. 241 del 1990, eccesso di potere sotto vari profili;
Vista la costituzione in giudizio del Comune di Peschiera del Garda, il quale ha eccepito l'inammissibilità del ricorso per difetto di legittimazione passiva e di tempestività del ricorso, comunque, la sua infondatezza, mentre la S.T.E.P. S.r.l. non si è costituita in giudizio;

Vista la sentenza indicata in epigrafe con cui il Tribunale amministrativo del Veneto ha ritenuto di prescindere dalle eccezioni di inammissibilità, data la manifesta infondatezza nel merito del ricorso incentrato sul mancato versamento nella gara de qua da parte della S.T.E.P. S.r.l., del contributo all'Autorità di Vigilanza (ora all'A.N.A.C.) di cui all'art. 1, comma 67, della l. n. 266 del 2005, in considerazione che il mancato pagamento all'ANAC del contributo di cui all'art. 1, comma 67, della l. n. 266 del 2005 non è condizione di ammissibilità della domanda di partecipazione alle procedure per l'affidamento di concessioni di servizi, poiché la disposizione in parola pone il versamento del ridetto contributo come condizione eccezionale di ammissibilità dell'offerta unicamente per gli appalti di opere pubbliche e tale condizione di ammissibilità non può, in difetto di espressa previsione di legge, estendersi alle concessioni di servizi in quanto incompatibile con il principio di tassatività delle cause di esclusione dalla gara ai sensi dell'art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016 e che qualora si volesse sostenere la doverosità del versamento del contributo ne deriverebbe solo l'invito alla regolarizzazione entro un termine perentorio (Corte Giust. UE, 2 giugno 2016, n. 27);

Visto l'appello in Consiglio di Stato notificato dalla Sarida S.r.l. il 13 ottobre 2017, con il quale si sosteneva la cattiva interpretazione data dal giudice di primo grado sulla necessità che tutti i concorrenti alle pubbliche gare fossero tenuti al versamento all'ANAC del contributo dovuto, che questo non era ipotesi eccezionale viste le funzioni generali di controllo della stessa Autorità sui contratti pubblici e senza che si possa invocare nella fattispecie il soccorso istruttorio non avendo connessioni con le gare successive alle deliberazioni ANAC la sentenza della CGUE citata ed inoltre il mancato esame da parte della sentenza impugnata delle ulteriori censure inerenti le violazioni della stazione appaltante degli obblighi di comunicazione sulle ammissioni e le esclusioni e sulla mancata istruttoria sulla

domanda di partecipazione della STEP, istruttoria che avrebbe permesso di rilevare l'omissione compiuta ed infine, in via subordinata, l'illegittimità costituzionale dell'art. 120 comma 2 bis del c.p.a. in relazione all'art. 24 Cost., poiché l'onere di immediata impugnazione delle ammissioni prescritto può essere assolto solo con la puntuale pubblicazione da parte della stazione appaltante dei relativi dati;

Vista la costituzione in giudizio del Comune di Peschiera del Garda che ha sostenuto l'inammissibilità del ricorso introduttivo per la mancata notifica alla centrale unica di committenza quale unico soggetto legittimato passivo ed inoltre l'infondatezza dell'appello;

Ritenuto di poter prescindere dall'eccezione pur pregevole sulla mancata notifica del ricorso introduttivo alla centrale unica di committenza, vista l'infondatezza dell'appello e la correttezza delle conclusioni raggiunte dal Tribunale amministrativo;

Considerato in primo luogo e principalmente che la l. 23 dicembre 2005 n. 266 pone tra l'altro al comma 67 *"l'obbligo di versamento del contributo da parte degli operatori economici quale condizione di ammissibilità dell'offerta nell'ambito delle procedure finalizzate alla realizzazione di opere pubbliche"* e che detta previsione legislativa appare comune una tipica espressione del brocardo *"in claris non fit interpretatio"* con la conseguenza che il versamento di tale contributo è caratteristica delle gare in materia di aggiudicazione della realizzazione di opere pubbliche, mentre nel caso si trattava dell'affidamento del servizio di accertamento e riscossione dell'imposta comunale sulle pubblicità e dei diritti sulle pubbliche affissioni;

Ritenuto ancora che le norma raffigura una compressione sia pure limitata al principio di massima partecipazione, non si può ravvisare un'interpretazione estensiva prescindendo comunque dalla richiamata delimitazione dell'onere;

Considerato inoltre alla luce della sentenza della Corte di giustizia UE, sentenza 28 febbraio 2018 che il giudice europeo ha ritenuto conforme ai principi di parità di trattamento e di trasparenza nella materia dei contratti pubblici un meccanismo di soccorso istruttorio inteso a salvaguardare la partecipazione alla procedura di affidamento in caso di irregolarità essenziali, purché ciò non avvenga in caso di carenze documentali sanzionate in modo espresso con l'esclusione e che tale ipotesi non appare configurabile nel caso di specie in quanto, ove si fosse realmente concretizzato un inadempimento ad un onere, questo non ineriva *"all'offerta economica e all'offerta tecnica"* secondo quanto stabilito dall'art. 83 comma 9 del d. lgs. n. 50 del 2016, onere pacificamente non contemplato dalla legge di gara (Cons. Stato, V, 19 aprile 2018 n. 2386);

Ritenuto che restano assorbite le questioni inerenti l'asserita tardività del ricorso di primo grado;

Visto quindi che l'appello deve essere respinto, ma che le spese di giudizio possono essere compensate in ragione delle passate oscillazioni giurisprudenziali;

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza impugnata.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 giugno 2018 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere, Estensore

Alessandro Maggio, Consigliere

L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
Raffaele Prosperi	**Francesco Caringella**

IL SEGRETARIO

LAVORIPUBBLICI.IT