



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

DECISIONE

Sul ricorso numero di registro generale 7374 del 2009, proposto da:
Comune di Verona, rappresentato e difeso dagli avv. Giovanni R. Caineri,
Marcello Clarich, con domicilio eletto presso Marcello Clarich in Roma, piazza di
Monte Citorio N. 115;

contro

Clear Channel Jolly Pubblicità Spa, rappresentato e difeso dagli avv. Fulvio
Lorigiola, Luigi Manzi, con domicilio eletto presso Luigi Manzi in Roma, via
Federico Confalonieri, 5;

nei confronti di

Ipas Spa;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. VENETO - VENEZIA: SEZIONE I n. 02183/2009,
resa tra le parti, concernente della sentenza del T.A.R. VENETO - VENEZIA:
SEZIONE I n. 02183/2009, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO
CONCESSIONE DI SPAZI PUBBLICITARI SU IMPIANTI DI PROPRIETA'
COMUNALE..

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Clear Channel Jolly Pubblicità Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 gennaio 2010 il dott. Francesco Caringella e uditi per le parti gli avvocati gli avv. ti Clarich e Manzi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Con determinazione dirigenziale 7174 del 2006 il Comune di Verona indiceva una gara per l'affidamento della concessione di spazi pubblicitari su impianti di proprietà comunale destinati alle affissioni dirette, suddivisi in tre lotti, per un periodo di sei anni, da aggiudicarsi in base all'offerta del canone più elevato rispetto alla base d'asta fissata in € 450.000,00 per lotto.

In attuazione della previsione recata dall'art. 13 del regolamento comunale, in ordine al "limite alle aggiudicazioni a un medesimo soggetto che non può superare, in ogni caso, il 50% dell'oggetto della gara", l'impresa aggiudicataria del lotto esaminato per primo veniva esclusa dal successivo e lo stesso accadeva per il lotto aggiudicato per secondo. Il lotto 2 non veniva tuttavia assegnato per mancanza di offerte. La proposta conseguentemente formulata dal Comune all'indirizzo delle due aggiudicatriche - tra cui la Clear Jolly, aggiudicataria del primo lotto - non veniva coronata da successo a seguito delle difficoltà incontrate dalle parti nella definizione consensuale delle relative condizioni. Il Comune, a questo punto, indiceva una nuova procedura concorsuale aperta, con aggiudicazione all'offerta ritenuta più vantaggiosa, sia al rialzo che al ribasso, su un canone fissato in euro 450.000. L'offerta più vantaggiosa risultava quella della controinteressata Ipas s.p.a.

I Primi Giudici hanno accolto il ricorso proposto dalla Clear Channel Jolly Pubblicità Spa avverso l'esito di tale procedura mentre hanno respinto la domanda risarcitoria.

Il Comune di Verona propone appello.

La ricorrente originaria resiste al gravame e ripropone, in sede di appello incidentale, la domanda risarcitoria disattesa in prime cure.

Le parti hanno affidato al deposito di apposite memorie l'ulteriore illustrazione delle rispettive tesi difensive.

All'udienza del 19 gennaio 2010 la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

L'appello principale è infondato.

1.1. Devono, in prima battuta, essere superati i dubbi in ordine all'ammissibilità del ricorso di primo grado.

Si deve osservare, in primo luogo, che la presentazione di domanda di partecipazione, lungi dal configurare acquiescenza alle clausole contenute nella lex specialis che regge la procedura, costituisce fattore necessario di differenziazione che fonda la legittimazione alla proposizione del ricorso. Quanto, poi, al profilo di inammissibilità del ricorso collegato dalla mancata impugnazione della previsione regolamentare che limitava la partecipazione alla procedura, si deve replicare, da un lato, che la giurisprudenza amministrativa ormai uniforme ammette la disapplicazione delle disposizioni regolamentari, e che, in ogni caso, il motivo di ricorso accolto in via assorbente dalla sentenza impugnata verte sul contrasto diretto tra la previsione della disciplina di gara e la normativa sulla contabilità pubblica.

1.2. Venendo al merito, la Sezione condivide l'assunto sostenuto dal Primo Giudice in ordine all'illegittimità della nuova procedura indetta dall'amministrazione dopo che la precedente gara per il lotto 2 era andata deserta.

Risulta, in particolare, illegittima la previsione di offerte in ribasso recata dal punto 5 del bando 72/07 con riguardo ad una procedura esplicitamente retta dall' art. 73 lettera c) del Regio decreto 23 maggio 1924, n.827, che disciplina il metodo delle "offerte segrete da confrontarsi con il prezzo base indicato nell'avviso d'asta". Detta ultima norma va coordinata con il disposto del successivo art. 76, a mente del quale l'autorità aggiudica il contratto a colui che ha presentato l'offerta più vantaggiosa e il cui prezzo sia migliore o almeno pari a quello fissato nell'avviso d'asta. Dal combinato disposto delle due prescrizioni si ricava che, con riguardo ai contratti attivi, che implicano un'entrata nelle casse dell'amministrazione, il prezzo offerto, nella specie il canone di affitto per l'uso degli spazi pubblici a fini pubblicitari, deve essere necessariamente uguale o superiore a quello specificato in seno alla *lex specialis*, con conseguente inammissibilità di offerte in ribasso, in quanto tali peggiorative, per l'amministrazione, rispetto alla base d'asta.

Alla stregua della disciplina al cui rispetto il Comune si è auto-vincolato, non può quindi reputarsi "più vantaggiosa" l'offerta il cui prezzo sia inferiore a quello fissato nell'avviso d'asta.

La previsione di offerte in riduzione implica, d'altronde, la frustrazione del ruolo assunto, nella procedura in esame, dalla previsione della base d'asta, che è quella di dare alle offerenti un parametro concorrenziale chiaro al fine di indirizzare in modo puntuale il confronto competitivo e, quindi, la formulazione delle offerte. Per converso, la previsione di offerte anche in ribasso finisce per trasformare la base d'asta in un dato puramente indicativo, privo di rilevanza giuridica e di efficacia conformativa, in distonia con la disciplina dettata dalle norme in parola che indirizzano il confronto competitivo verso il miglioramento della base di riferimento, da intendersi, a sua volta, alla stregua di remunerazione minima reputata accettabile dalla stazione appaltante.

La prevista possibilità di presentare offerte sia in rialzo che in ribasso, si risolve, in definitiva, nella mancata previsione di una base d'asta.

La forza dei rilievi sopra esposti non può essere scalfita mettendo l'accento sulla circostanza che la precedente gara fosse andata deserta e sulla conseguente necessità di scongiurare il rischio di una nuova procedura senza frutti. Se è vero, infatti, che un'offerta bassa è meglio di nessuna offerta, è del pari indiscutibile che, una volta scelta la via della nuova gara soggetta alla normativa citata, la praticabilità delle offerte al ribasso era esclusa. Al fine di fronteggiare i timori di una nuova procedura senza costrutto il Comune avrebbe dovuto fissare una base d'asta più bassa o scegliere, nei limiti ammessi dall'ordinamento, altra forma di affidamento, non già dettare una regolamentazione non compatibile con il metodo di cui all'art. 73 lettera c) del Regio decreto 23 maggio 1924, n.827. Non assume rilievo, poi, la circostanza che l'amministrazione si sia riservata la valutazione di congruità dell'offerta, atteso che la base d'asta si sostanzia nella predeterminazione del vantaggio minimo necessario ai fini dell'aggiudicazione, da stabilire ex ante in quanto volto ad indirizzare il dispiegarsi del gioco concorrenziale.

La via delle offerte in basso era, in definitiva, preclusa dal dato positivo e dalla ratio che lo anima, senza che assuma rilievo l'asserito svantaggio competitivo in cui versava l'impresa ricorrente in primo grado, aggiudicataria di un precedente lotto a condizioni più onerose in ragione della mancata previsione della possibilità di prevedere offerta in ribasso rispetto alla base d'asta di 450.000,00 euro.

2. Tanto detto in ordine all'infondatezza dell'appello principale, deve essere disatteso anche l'appello incidentale con il quale si ripropone, da parte della ricorrente originaria, la domanda risarcitoria disattesa in prime cure con riguardo sia alla perdita della chance di aggiudicazione che allo sviamento di clientela.

Si deve osservare, in prima battuta, che non è ravvisabile l'elemento soggettivo se si inquadra la specifica procedura nell'ambito della condotta complessiva

dell'amministrazione che, a fronte della prima gara andata deserta, ha inizialmente seguito la via dell'affidamento diretto alle aggiudicatrici dei primi due lotti, compresa l'appellante incidentale, per poi sforzarsi di superare lo stallo dando vita ad una disciplina di gara idonea a scongiurare il rischio di un nuovo nulla di fatto. L'illegittimità nella quale è incappata l'amministrazione risulta quindi frutto del reiterato tentativo, perseguito in buona fede, di pervenire all'affidamento del secondo lotto, superando i molteplici ed incolpevoli ostacoli intervenuti al riguardo.

In ordine, poi, al profilo di danno rappresentato dall'incisione delle chances di aggiudicazione, si deve poi osservare che tale interesse giuridico è soddisfatto in modo specifico e completo dall'annullamento della gara, con il conseguente effetto conformativo del giudicato demolitorio in ordine alla successiva procedura amministrativa.

3. Vista la reciproca parziale soccombenza, le spese, da liquidarsi nella misura complessiva di 7.500//00 (settemilacinquecento//00) euro vanno compensate per un terzo e, per la restante parte, poste a carico del Comune appellante.

P.Q.M.

Respinge l'appello principale e quello incidentale.

Condanna il Comune di Verona al pagamento, in favore della Clear Channel Jolly Pubblicità Spa, delle spese di giudizio, nella misura di due terzi, pari a cinquemila (cinquemila/00) euro. Compensa le spese per il restante terzo.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 gennaio 2010 con l'intervento dei Signori:

Stefano Baccarini, Presidente

Cesare Lamberti, Consigliere

Aldo Scola, Consigliere

Francesco Caringella, Consigliere, Estensore

Adolfo Metro, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/05/2010

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

Il Dirigente della Sezione