



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

**II CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE
SICILIANA**

in sede giurisdizionale

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 871 del 2015, proposto da:
Damir S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Giuseppe Mazzarella, Alessandro
Maggio, con domicilio eletto presso Giuseppe Mazzarella in Palermo, Via
Caltanissetta, 1;

contro

Ges.A.P. Società di Gestione dell'Aeroporto di Palermo S.p.A., rappresentata e
difesa dall'avv. Massimiliano Mangano, presso il cui studio ha eletto il domicilio in
Palermo, Via Nunzio Morello, 40;

nei confronti di

Visiva Marketing Tools S.r.l., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. SICILIA - PALERMO sezione: I n. 1119/2015, resa tra le
parti, concernente l'appalto per il servizio di realizzazione, stampa, rimozione e
collocazione di teli pubblicitari sugli impianti di proprietà della Gesap

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Ges.A.P. Società di Gestione dell'Aeroporto di Palermo S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 febbraio 2016 il Cons. Hadrian Simonetti, uditi per le parti gli Avvocati Roccella, su delega di Mazzarella, e Mangano;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La Gesap è la concessionaria dell'Aeroporto Falcone e Borsellino di Palermo e in tale qualità, nel 2005, mise a gara l'affidamento, in subconcessione, del servizio pubblicitario, aggiudicandolo all'esito alla Damir, per la durata di 8 anni.

Alla scadenza, dopo una breve proroga e dopo che era andata deserta la procedura avviata per il rinnovo della medesima subconcessione, Gesap ha scelto di gestire in via diretta le attività pubblicitarie e promozionali e ha indetto, con bando pubblicato il 29.9.2014, una procedura aperta per la conclusione di un appalto di servizi avente ad oggetto la realizzazione, stampa, rimozione e collocazione di teli pubblicitari sugli impianti di proprietà della Gesap all'interno dell'Aeroporto, per un importo a base d'asta di 206.000 euro.

Per quanto più rileva in questa sede, il bando ha previsto, tra i requisiti di capacità economico finanziaria di cui all'art. 9.1., la dichiarazione di due istituti bancari o intermediati autorizzati e la dichiarazione concernente il fatturato d'impresa in generale negli ultimi tre esercizi non inferiore a 600.000 euro e di avere realizzato, nel settore oggetto della gara, almeno un servizio di importo non inferiore a 200.000 euro.

La procedura, alla quale hanno partecipato due soli concorrenti, Damir e Visiva Marketing Tools, è stata aggiudicata alla seconda, mentre la prima è stata esclusa per non avere presentato un'offerta economica determinata, avendo espressamente dichiarato nella domanda di partecipazione “di non essere nelle condizioni di poter consapevolmente formulare la propria offerta economica per le ragioni meglio esposte nel ricorso proposto dinanzi al Tar Sicilia Palermo e notificato in data 24 ottobre 2014”.

2. Per la stessa ragione, infatti, la Damir aveva proposto ricorso al Tar impugnando in radice il bando di gara, denunciando proprio l'impossibilità di formulare un'offerta economica a causa della genericità e dell'indeterminatezza delle previsioni della *lex specialis*, con particolare riferimento alla quantità e alla tipologia del materiale pubblicitario e al numero degli interventi richiesti per il relativo montaggio e smontaggio. Su un diverso piano ha censurato la legge di gara nella parte in cui richiede per un singolo servizio del tipo di quello messo a gara un fatturato pari ad almeno 200.000 euro giudicato troppo elevato e come tale ingiustificatamente restrittivo della concorrenza.

2.1. Con successivo ricorso per motivi aggiunti ha poi impugnato l'aggiudicazione disposta in favore della Visiva Marketing, sia per illegittimità derivata sia perché la vincitrice ed unica partecipante ammessa alla gara non avrebbe dimostrato per un singolo servizio il citato possesso del fatturato di 200.000 euro, né avrebbe prodotto le dichiarazioni provenienti da due istituti bancari o due intermediari autorizzati.

3. Il Tar, con sentenza 1119/2015, ha respinto entrambi i ricorsi, per un verso giudicando che la legge di gara fosse sufficientemente definita e che sulla base degli elementi forniti, anche per quanto concernente i costi dell'appalto, fosse possibile calibrare l'offerta economica; per altro verso rilevando come la ricorrente fosse in possesso del cosiddetto fatturato specifico e che, pertanto, sotto tale profilo le sue censure fossero inammissibili. Una volta accertata la legittimità dell'esclusione dalla

gara, ha ritenuto che la ricorrente non fosse legittimata ad impugnarne l'esito e quindi l'aggiudicazione in favore della Visiva Marketing.

4. Avverso la sentenza ha proposto appello la Damir riproponendo e sviluppando le originarie censure dedotte nel giudizio di primo grado.

Si è costituita la Gesap, premettendo che il servizio aveva avuto inizio il 18.3.2015 e replicando con articolata memoria nel senso dell'infondatezza dell'appello.

5. All'udienza pubblica del 4.2.2016 la causa è passata in decisione.

6. L'appello è infondato e la sentenza impugnata merita di essere confermata, per le seguenti ragioni.

6.1. Debbono darsi per noti, per economia processuale, i termini generali del dibattito relativo all'impugnabilità immediata del bando e, più in generale, della *lex specialis*, in materia di appalti, di cui l'Adunanza plenaria 1/2003 rappresenta ancora oggi l'essenziale punto di riferimento. E' sufficiente ricordare come, pur riconoscendosi nelle premesse la natura di atto generale del bando di gara, se ne sia ammessa l'impugnazione immediata al cospetto di clausole immediatamente lesive, laddove recanti previsioni automaticamente escludenti, tali quindi da non giustificare l'attesa di un successivo atto applicativo – appunto l'esclusione dalla procedura - dall'esito del tutto prevedibile.

6.2. E' pur vero che, nell'applicazione dell'orientamento della Plenaria, è andata affermandosi una lettura estensiva del perimetro delle clausole escludenti, sino a ricomprendere anche quell'insieme di prescrizioni della *lex specialis* che - valutate complessivamente per quello che affermano e, soprattutto, per quello che non chiariscono – impediscano, per la loro genericità, indeterminatezza o contraddittorietà, alle imprese interessate di formulare un'offerta economica consapevole e ponderata (v., ad esempio, Cons. St., IV, n. 1243/2014).

Si tratta, com'è intuibile, di una linea di confine – tra immediata lesività o meno - che non sempre è agevole da cogliere e la cui concreta individuazione è condizionata

da diversi fattori quali, ad esempio e senza pretesa di completezza, la tipologia, l'oggetto e le dimensioni dell'appalto.

6.3. Fatte queste premesse di ordine generale, nel caso di specie che ha ad oggetto un appalto di servizi di dimensioni contenute, dall'esame del bando e del capitolato speciale inclusa la scheda tecnica allegata, non emerge un'obiettiva e insuperabile impossibilità di formulare un'offerta.

Come correttamente rilevato dal Tar, già ragionando in termini del tutto oggettivi, il corrispettivo dell'appalto era commisurato ai mq di realizzazione e la superficie stimata era indicata, al pari del materiale pubblicitario, nella scheda tecnica sopra richiamata. La determinabilità dell'oggetto dell'appalto, che discende dall'insieme di tali elementi oltre che dall'ausilio offerto agli interessati dal sopralluogo, non era contraddetta dallo *jus variandi* riconosciuto in favore della parte committente dall'art. 7 del capitolato, tenuto conto che per l'ipotesi più significativa, legata alla realizzazione di teli pubblicitari aventi caratteristiche tecniche diverse da quelle indicate in gara, si prevedeva la necessità che le parti concordassero sui "nuovi prezzi".

6.4. Anche ammettendo la perfettibilità della *lex specialis* e l'utilità di un maggior grado di dettaglio, anche quanto alle specifiche tecniche di cui con il secondo motivo è censurata l'indeterminatezza, non può non rilevarsi come, tra tutti i potenziali concorrenti, parte ricorrente fosse la meno pregiudicata da tale ipotetica carenza, conoscendo molto bene lo stato dei luoghi e le esigenze da soddisfare. avendo per molti anni gestito in subconcessione l'intero sistema pubblicitario presso l'Aeroporto di Palermo.

Né risulta che la Damir abbia formulato a suo tempo richiesta di chiarimenti ai sensi dell'art. 71 del Codice dei contratti, contribuendo, come avrebbe potuto meglio di chiunque altro concorrente, ad ovviare ai denunciati limiti del bando.

6.5. Resta da esaminare il terzo motivo dell'appello, concernente il punto 9.1. del bando e l'art. 1 del disciplinare, laddove richiedevano di avere realizzato almeno un servizio di importo non inferiore ad euro 200.000, previsioni di cui parte ricorrente denuncia la contraddittorietà e l'illogicità, oltre che gli effetti lesivi della concorrenza. La censura, astrattamente suggestiva, presuppone un'interpretazione strettamente letterale del bando e necessita, per la sua stessa ammissibilità, che chi la formula non possieda il requisito così interpretato e che quindi sia effettivamente leso dalla sua previsione.

Ciò posto, nella vicenda in esame, avendo Damir gestito per anni l'intero sistema pubblicitario, è difficile credere che non abbia maturato tale requisito e che quindi possa contestare sul punto la regola di gara.

Regola di cui è innegabile che la stazione appaltante abbia offerto in sede applicativa – preannunciandolo, peraltro, già con i chiarimenti pubblicati sul sito - un'interpretazione (opportunamente) correttiva, nell'intento di renderla più conforme ai principi di proporzionalità e logicità richiamati dalla ricorrente.

6.6. Deve quindi concludersi che, anche sotto questo ultimo profilo, non fosse impedito alla Damir di partecipare alla gara e di formulare un'offerta economica sufficientemente consapevole.

7. Una volta riconosciuta tale possibilità, deve ritenersi che la mancata formulazione dell'offerta, con la formula sopra ricordata, sia imputabile ad una scelta della Damir e ne giustificasse l'esclusione da parte della stazione appaltante.

7.1. Con l'ulteriore conseguenza di non potere contestare, alla luce di quanto ribadito sul punto dall'Adunanza Plenaria 9/2014 (v. sub 8.3.7. della motivazione), l'ammissione e la successiva aggiudicazione disposta in favore della Visiva Marketing. Ciò sul rilievo che comunque Damir, stando alle sue stesse prospettazioni, non potrebbe aspirare ad aggiudicarsi questa gara, che contesta in radice e di cui auspica l'integrale caducazione.

Né rileverebbe l'interesse, che affiora tra le pieghe dell'appello e che può aver guidato la condotta complessiva della Damir nell'intera vicenda, che la stazione appaltante indica una nuova gara, mutandone questa volta termini e condizioni, trattandosi di un mero interesse di fatto privo di tutela giurisdizionale.

7.2. E' quindi corretta e va confermata la sentenza impugnata anche per quanto concerne la statuizione di inammissibilità dei motivi aggiunti proposti avverso l'aggiudicazione in favore della Visiva Marketing.

8. Le spese seguono il principio della soccombenza e sono liquidate con il dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale,

definitivamente pronunciando sull'appello, lo respinge.

Condanna la Damir s.r.l. al pagamento delle spese processuali in favore della Gesap s.p.a. che liquida in misura pari ad euro 6.000,00 (seimila/00). Oltre agli accessori di legge.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 4 febbraio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Claudio Zucchelli, Presidente

Hadrian Simonetti, Consigliere, Estensore

Silvia La Guardia, Consigliere

Giuseppe Mineo, Consigliere

Giuseppe Barone, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 17/03/2016

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)