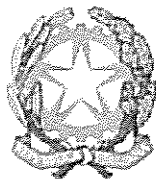


N. 01690/2016REG.PROV.COLL.
N. 08980/2015 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8980 del 2015, proposto da:

Ministero della Giustizia, Tribunale di Milano, in persona rispettivamente del Ministro pro tempore e del Presidente pro-tempore del Tribunale di Milano, rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura dello Stato, domiciliata in Roma, Via dei Portoghesi n.12;

contro

Aste On Line S.n.c. di De Benetti Andrea e Vidale Davide, in nome del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avv.ti Anna Laura Ferrario e Giovanni Corbyons, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Giovanni Corbyons in Roma, Via Cicerone n.44;

nei confronti di

Camera di Commercio, Industria, Artigianato Agricoltura di Milano, in nome del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avv. Federico Tedeschini e Lorenzo Grisostomi Travaglini, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Federico Tedeschini in Roma, largo Messico, 7;
Digicamere Scarl, Edicom Finance Srl;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LOMBARDIA - MILANO: SEZIONE IV n. 02170/2015, resa tra le parti, concernente l'affidamento del servizio di gestione della pubblicità degli avvisi d'asta del Tribunale di Milano nonché gli altri servizi oggetto di convenzione tra il medesimo Tribunale e la Camera di Commercio, Industria, Artigianato Agricoltura di Milano.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Aste On Line Snc di De Benetti Andrea e Vidale Davide e della Camera di Commercio, Industria, Artigianato Agricoltura di Milano;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 febbraio 2016 il Cons. Oreste Mario Caputo e uditi per le parti gli avvocati Avvocato dello Stato Giustina Noviello, Anna Laura Ferrario, Federico Tedeschini;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con ricorso notificato il 30.12.2014 Aste On Line S.n.c. di De Benetti Andrea e Vidale ha impugnato, unitamente al bando della procedura aperta, a base d'asta pari a 6.478.183,49 euro, indetta dalla Camera di commercio di Milano avente ad oggetto il "Servizio di gestione della pubblicità degli avvisi d'asta del Tribunale di Milano e supporto d'informatizzazione" e agli atti della lex specialis, la Convenzione stipulata dal Tribunale il 5.09.2014, in favore dei giudici e dei professionisti delegati intesa ad agevolare le procedure esecutive pendenti presso il Tribunale, chiedendone la declaratoria di nullità.

Con successivo ricorso contenente motivi aggiunti, la società ha esteso l'impugnazione, oltre che alla deliberazione d'approvazione (n. 171/2014) della

Convenzione con il Tribunale, alla deliberazione della Giunta della Camera di Commercio (n. 172/2014) d'avvio della procedura di gara nonché agli atti connessi. Ha dedotto nei motivi d'impugnazione la radicale nullità della Convenzione per violazione degli artt. 15 l. 8 agosto 1990 n. 241 e 1418 c.c., della l. 29 dicembre 1993 n. 580 e dei principi comunitari disciplinanti la materia.

La Convenzione, avente ad oggetto il "Servizio di gestione della pubblicità degli avvisi d'asta del Tribunale di Milano e supporto d'informatizzazione", secondo le censure, in assenza di un comune interesse pubblico, non avrebbe potuto costituire oggetto di accordo tra le amministrazioni e, in aggiunta, non sarebbe consentito trasferire – senza gara in violazione della normativa comunitaria – alla Camera di Commercio i poteri, e le conseguenti responsabilità, relativi all'esercizio di attività connesse con l'attività giurisdizionale, e comunque esorbitante dalle attribuzioni ad essa specificamente demandate dalla legge.

Sotto l'altro profilo, la procedura di gara, articolata in tre lotti – il primo, relativo al servizio di pubblicità delle aste del Tribunale di Milano; il secondo, inerente all'attività d'individuazione dei gruppi di utenti cui inviare gli avvisi (c.d. geo-marketing); il terzo, diretto alla consegna, recapito e postalizzazione flyers (c.d. geo-marketing consegna flyers) – secondo il filo conduttore che intesse la trama dei motivi d'impugnazione proposti avverso gli atti di gara, oltre a restringere ingiustificatamente la platea delle imprese partecipanti avendo prescritto referenze di partecipazione sproporzionate, avrebbe previsto dei parametri di assegnazione dei punteggi alle offerte vaghi ed indeterminati, sì da compromettere la stessa formulazione delle offerte.

Inoltre la Camera di Commercio avrebbe illegittimamente ri-affidato *in house* a Digicamere s.c.a.r.l., il servizio di cui è divenuta affidataria senza confronto concorrenziale: ossia si configurerebbe un "affidamento nell'affidamento" in (supposta) violazione dell'evidenza pubblica come conformata dalla disciplina comunitaria.

Si sono costituiti in giudizio il Ministero della Giustizia, il Tribunale di Milano e la Camera di Commercio di Milano instando congiuntamente per l'inammissibilità e infondatezza del ricorso e dei motivi aggiunti.

Secondo le amministrazioni resistenti difetterebbe in capo alla ricorrente l'interesse (concreto ed attuale) al gravame in assenza di elementi ostativi alla sua partecipazione alla procedura concorrenziale per l'attribuzione dei servizi in oggetto che, secondo il contenuto della convenzione, è gestita a titolo gratuito dalla Camera di Commercio senza affatto divenirne esecutrice in proprio dei servizi.

Nel merito, la convenzione non presterebbe il fianco alle censure di radicale nullità, essendo agevolmente riconducibile alla fattispecie astratta disciplinata dall'art. 15 l. 8 agosto 1990 n. 241.

Per un verso, l'interesse pubblico al miglioramento dei servizi giudiziari complementari ed accessori all'esecuzione immobiliare sarebbe comune sia al Tribunale che alla Camera di Commercio, nella peculiare prospettiva di supporto e di promozione degli interessi generali delle imprese e delle economie locali.

Per l'altro, l'attività oggetto della Convenzione, in quanto eseguita a titolo gratuito, senza costi aggiunti e spese a carico del Tribunale, non sarebbe assimilabile all'appalto di servizi, ricompreso nel *genus* dei contratti a titolo oneroso conclusi fra un operatore economico e un'amministrazione aggiudicatrice.

Infine la procedura di gara, avviata dalla Camera di Commercio, si sottrarrebbe alle censure in quanto il frazionamento in lotti, oltre ad essere giustificato dalla peculiare natura delle prestazioni, garantirebbe la maggiore concorrenzialità fra le imprese, e il criterio d'aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, alla stregua dei parametri di valutazione previsti dal bando, assicurerebbe il raggiungimento di un adeguato livello qualitativo delle offerte, posto in dubbio dalla ricorrente.

Il Tar Lombardia, respinta l'eccezione d'inammissibilità del ricorso e dei motivi aggiunti per carenza d'interesse, ha accolto le impugnazioni.

Ha affermato la nullità della convenzione per l'insussistenza di un'attività di interesse comune, riferibile alle due amministrazioni, costituente presupposto per l'applicabilità dell'art. 15 l. n. 241/90. Ha individuato nella l. n. 580 del 1993 un impedimento normativo alla convenzione in esame che, in aggiunta, violerebbe i principi comunitari come interpretati dalla Corte di Giustizia (cfr. Corte di Giustizia 16 maggio 2013, nella causa C-564/11). Ha, infine, annullato gli atti di gara per invalidità derivata in conseguenza dell'affermata nullità della convenzione e per vizi propri.

Appellano la sentenza il Ministero della Giustizia, il Tribunale di Milano e, con appello autonomo nelle forme dell'appello incidentale, la Camera di Commercio di Milano. Resiste Aste On Line S.n.c. di De Benetti Andrea e Vidale Davide che, a sua volta, ha proposto appello incidentale riproponendo i motivi d'impugnazione assorbiti e le censure "non chiaramente accolte" dal Tar.

Alla pubblica udienza del 18.02.2014 la causa, su richiesta delle parti, è trattenuta in decisione.

1) *In limine* le amministrazioni appellanti ripropongono l'eccezione d'inammissibilità del ricorso per carenza d'interesse all'impugnazione sul rilievo che gli atti impugnati non precludono o limitano la partecipazione alla gara della società appellata.

L'eccezione è infondata.

Oggetto del gravame è il modello organizzativo dei servizi complementari ed accessori alla pubblicità delle aste immobiliari compendiate nell'ellissi "Servizio di gestione della pubblicità degli avvisi d'asta del Tribunale di Milano e supporto all'informazione", di cui alla convenzione impugnata.

La società, operatrice nel settore della pubblicità delle vendite giudiziarie, contesta in radice la validità della convenzione siccome stipulata in (supposta) violazione dell'ordine pubblico economico di cui all'art. 1418 c.c., in quanto incidente su una funzione (strumentale alla) giurisdizionale non suscettibile di essere (a monte) trasferita e (a valle) demandata alla Camera di Commercio, tra le cui competenze legislativamente elencate non sarebbe ricompreso il servizio in questione.

In definitiva l'interesse ad agire che muove il gravame, in relazione alle censure di nullità dedotte avverso l'atto impugnato, è individuabile nel corretto svolgimento della funzione giurisdizionale e dei servizi ad essa strettamente strumentali, secondo un modello processuale che trova riscontro positivo, proprio in tema di servizi pubblici, nel d.lgs. 20 dicembre 2009 n. 198 letto in combinato disposto con gli artt. 1421 c.c. e 21 *septies* l. 241 del 1990.

2) Con unico motivo d'appello proposto avverso il solo capo di sentenza relativo alla declaratoria di nullità della convenzione, il Ministero della Giustizia e il Tribunale di Milano lamentano l'*error iudicando* in cui sarebbe incorso il Tar laddove ha affermato l'inapplicabilità alla convenzione, ritenuta oltretutto lesiva dei principi di scaturigine comunitaria, sia dell'art. 15 l. n. 241/90 che della l. 29 dicembre 1993 n. 580.

Deducono le appellanti, unitamente alla Camera di Commercio che ha esteso l'appello ai capi di sentenza relativi all'annullamento degli atti della procedura di gara, la mancata verifica da parte dei giudici di prime cure dell'interesse comune sotteso alla stipula della convenzione di cui all'art. 15 l. 241/90 e l'omessa considerazione della natura non onerosa della convenzione.

Che, in aggiunta, contrariamente a quanto denunciato nell'impugnazione ed avallato dal Tar meneghino, non sarebbe affatto preclusiva della discrezionalità dei giudici dell'esecuzione nella valutazione delle forme di pubblicità ritenute più corrispondenti al soddisfacimento delle pretese creditorie, limitandosi a rendere più efficiente il servizio tramite l'individuazione, in forza della procedura di gara gestita dalla Camera di Commercio, dell'esercente la pubblicità legale.

Il motivo d'appello è fondato.

3) Nell'economia del decidere s'impone la preliminare ricostruzione genealogica e di contenuto della convenzione, sottoscritta dal Tribunale di Milano con la Camera di Commercio.

Antecedente procedimentale, fatta espressamente salva la discrezionalità di ciascun giudice di cui all'art. 490 c.p.c., è l'opzione attinta dai giudici delle sezioni II

(Fallimentare) e III (Esecuzioni) del Tribunale di Milano, formalizzata ai sensi dell'art. 47-*quater* dell'ordinamento giudiziario, di rendere omogenea per ragioni di maggiore efficienza e funzionalità la pubblicità legale delle aste immobiliari.

Scelta che – va sottolineato fin d'ora – sul piano sistematico s'inquadra, seppure *ex post*, nel programma di valenza assiologica di “revisione ed efficientamento delle procedure d'appalto, degli accordi quadro e delle convenzioni” di cui alla recente l. 28 gennaio 2016 n. 11 (legge delega per la riforma degli appalti pubblici) attuativa ai sensi dell'art. 1, 1° comma, lett. c) delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE in materia di pubblici appalti.

A sua volta l'individuazione della Camera di Commercio come *partner* scaturisce da un compendio di fattori normativi e fattuali riconducibili al rapporto di collaborazione istituzionale fra Camera di Commercio e Tribunale di cui sono espressione: la tenuta del Registro delle imprese e, rispettivamente, l'accesso agli atti del registro; la pubblicazione degli atti delle procedure concorsuali di cui alla Legge Fallimentare; il comune obiettivo di semplificare e digitalizzare le procedure.

Rapporto di partenariato sfociato nella Convenzione sottoscritta nel 2008 per l'appunto relativa alla informatizzazione delle procedure e all'avvio del processo digitale.

Testualmente la convenzione per cui è causa richiama in premessa il pregresso rapporto collaborativo e, al fine di dare ulteriore corso e continuità al programma di digitalizzazione, oltre ad affidare la gestione del servizio informatico sulle procedure concorsuali e la manutenzione del sito internet del Tribunale, attribuisce alla Camera di Commercio la “gestione della pubblicità legale delle aste immobiliari”.

Gestione che ai sensi dell'art. 2 della convenzione è eseguita dalla Camera di Commercio senza onere e alcun rimorso spese a carico del Tribunale.

Nondimeno, secondo il Tar, la convenzione, avendo ad oggetto una funzione giurisdizionale, sarebbe nulla sia per l'assenza dell'interesse comune prescritto dall'art. 15 l. n. 241/90 che in considerazione delle limitate funzioni attribuite dalla

legge n. 580/1993 alla Camera di Commercio, fra le quali non sarebbe affatto compresa quella relativa ai servizi di pubblicità legale delle aste.

La conclusione è generica e, al contempo, pecca per difetto.

4) Per un verso, confonde le funzioni giurisdizionali che restano riservate ai giudici dei fallimenti e delle esecuzioni con i servizi (*recte*: attività) ad esse complementari ed accessorie facoltativamente fruibili dagli stessi giudici; e, per l'altro, pretermette di considerare che gli accordi fra pubbliche amministrazioni hanno ad oggetto lo svolgimento "in collaborazione di attività di interesse comune".

Vale a dire che l'art. 15 l. n. 241/90 riconosce in via generale in capo alle amministrazioni la capacità negoziale di diritto pubblico – che trova supporto normativo nell'art. 11 c.c. – d'individuare le attività (e non le funzioni, esse sì rigidamente previste dalla legge) d'interesse comune da svolgere in collaborazione.

Senza alterare e mettere in gioco la competenza funzionale, oggetto semmai degli istituti della conferenza di servizi e dei modelli di semplificazione dei procedimenti c.d. pluristrutturati come modificati ed introdotti dalla recente normativa (cfr. art. 3 l. 7 agosto 2015 n. 124), l'interesse comune non è (per metonimia) un'ipostasi staticamente predefinita una volta per tutte sebbene un comune obiettivo di volta in volta da perseguire dinamicamente in sinergia da parte delle organizzazioni pubbliche nell'ambito della capacità di diritto pubblico loro riconosciuta dall'art. 15 l. n. 241/90.

Sicché l'elencazione tassonomica delle funzioni riservate dalla legge alla Camera di Commercio non è *ex se* ostativa alla gestione dei servizi di pubblicità legale tramite l'individuazione degli operatori economici con procedura concorrenziale.

Tanto più se solo si consideri che il buon funzionamento della pubblicità legale delle vendite giudiziarie è un servizio pubblico sia per le imprese creditrici, le quali già si avvalgono ordinariamente dei servizi istituzionalmente offerti dalla Camera di Commercio (cfr. art. 8 l. n. 580/93), che per la generalità degli utenti, aventi interesse all'accesso in via digitale ed informatizzato alle procedure di vendita.

5) La qualificazione d'interesse pubblico del servizio aiuta altresì ad affermarne la compatibilità con la disciplina comunitaria, viceversa negata dal Tar con la sentenza appellata.

L'esecuzione di un servizio pubblico comune alle amministrazioni contraenti è il presupposto di liceità dei modelli di cooperazione riconosciuti dalla giurisprudenza comunitaria che, oltre a perseguire esigenze di interesse pubblico, non devono essere preordinate a favorire un operatore privato rispetto agli altri concorrenti nel mercato di riferimento (cfr. Corte di giustizia 19 dicembre 2012, causa C-159/11).

In simmetria: nel caso in esame, l'accordo ha ad oggetto il perseguimento di interessi pubblici, senza utili per Camera di Commercio ed oneri o spese a carico del Tribunale di Milano, con un consistente risparmio del costo medio delle inserzioni documentato dal Comitato tecnico (di cui all' art. 3 della convenzione) deputato alla ricostruzione contabile dei risultati economici raggiunti.

Sicché anche sul piano pragmatico-operativo risulta acclarata la conformità della convenzione alla disciplina comunitaria: l'efficienza economica perseguita mediante l'esternalizzazione concordata del servizio non compromette, ma anzi assicura, la competitività nel mercato dal momento che l'operatore economico è individuato tramite confronto concorrenziale.

6) A quest'ultimo riguardo, vanno esaminate i motivi d'appello proposti dalla Camera di Commercio avverso il capo di sentenza che ha annullato gli atti della procedura di gara.

Lamenta l'appellante la radicale inammissibilità dei motivi d'impugnazione, incentrati sull'illegittimo frazionamento del servizio in tre lotti, accolti dal Tar senza aver dato conto in che misura il frazionamento pregiudicasse o limitasse la partecipazione alla gara della società appellata.

Il motivo è fondato.

Venuto meno l'effetto caducante degli atti di gara in conseguenza dell'affermata legittimità della convenzione costituente l'accordo quadro dell'attività di gestione del servizio in questione esternalizzato, l'impugnazione delle prescrizioni contenute

nella *lex specialis* e dei criteri di valutazione sono subordinati alla dimostrazione dell'interesse ad agire che muove il gravame.

Nel caso in esame si contesta genericamente la ripartizione in tre lotti dell'appalto stimato in seimilioni e cinquecento euro, evocando l'interesse alla maggiore competitività delle offerte trascurando che, viceversa, il frazionamento in lotti, per categorie omogenee di prestazioni, consente la partecipazione ad una più ampia platea d'impresе.

Aggiungasi che la suddivisione è stata effettuata in lotti funzionali, calibrati in ragione delle peculiari professionalità richieste per l'esecuzione delle prestazioni previste in ciascuno di essi, sì da doversi salvaguardare l'opzione discrezionale, sottesa al frazionamento, *ex se* ragionevole ed adeguata all'oggetto dell'appalto, esercitata dalla stazione appaltante.

7) Alla stessa conclusione deve giungersi con riguardo alle censure dedotte nei motivi aggiunti, assorbiti dal Tar, riproposti con l'appello incidentale dalla società appellata.

I motivi d'impugnazione hanno ad oggetto i requisiti di capacità economica, finanziaria e tecnica come individuati nella *lex specialis* per la partecipazione alla procedura di gara senza che la ricorrente abbia dimostrato in concreto il pregiudizio effettivamente risentito dalla loro previsione (cfr., in termini, Cons. St., sez VI, 2 marzo 2015 n. 994).

In aggiunta, prendendo all'esame la pronuncia sul punto del Tar, il requisito dell'aver "fornito nell'ultimo triennio dalla data di presentazione dell'offerta uno o più contratti di fornitura di servizi di gestione informatica, con la relativa assistenza, di almeno 5000 procedure concorsuali ed esecutive con caratteristiche analoghe a quelle richieste dal capitolato.." contrariamente a quanto affermato nella sentenza appellata, non pare sproporzionato o irragionevole, dovendosi assicurare, in ragione del servizio appaltato strumentale all'attività giurisdizionale esecutiva, l'affidabilità tecnica e finanziaria dell'impresa affidataria (cfr., Cons.St., sez. III, 15 settembre 2014 n. 4698).

8) Da ultimo, sul motivo d'impugnazione riproposto dalla società appellante in via incidentale, non esaminato dal Tar, che denuncia l'illegittimità dell'affidamento a favore di Digicamere S.c.a.r.l.

In disparte il motivo d'appello che sull'erroneo presupposto – già espressamente disatteso – dell'attribuzione di funzioni giurisdizionali denuncia la violazione dell'art. 101, comma 2, cost., la società appellante lamenta l'illegittimo "affidamento nell'affidamento" delle attività riassegnate dalla Camera di Commercio, a sua volta assegnataria, a Digicamere S.c.a.r.l. (d'ora in poi Digicamere).

Il motivo è infondato.

Al di là dell'enfasi descrittiva palesata nella censura di un fenomeno giuridico che deve essere invece indagato in senso prescrittivo, l'affidamento a Digicamere riproduce lo schema, oramai tipico, dell'affidamento *in house* in linea con la direttiva 2014/24/Ue. Non è contestato che la società consortile esplica statutariamente la propria attività prevalente in favore delle Camere di Commercio (art. 3 dello statuto), interamente detentrici del capitale sociale (quella di Milano nella misura del 60%), ed è assoggettata a forme di controllo della gestione analoghe a quella esercitata dagli enti pubblici sui propri uffici (cfr., Cass. sez. un., 25 novembre 2013 n. 26283; Cons. St., sez. VI, 26 maggio 2015 n. 2660; Id., sez. II, parere, 30 gennaio 2015 n. 298).

La società consortile, senza scopo di lucro (art. 12 statuto), non è effettivamente in rapporto di alterità con la Camera di Commercio partecipante: è bensì una sua *longa manus*, ossia uno dei servizi propri.

Si configura pertanto un legittimo (ri-)affidamento meramente strumentale del servizio eterodiretto dalla Camera di Commercio di Milano.

Conclusivamente devono essere accolti gli appelli proposti dal Ministero della Giustizia, dal Tribunale di Milano e dalla Camera di Commercio. Va respinto l'appello incidentale proposto da Aste On Line S.n.c. di De Benetti Andrea e Vidale.

La parziale novità delle questioni trattate giustifica la compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti, accoglie l'appello proposto dal Ministero della Giustizia, dal Tribunale di Milano e dalla Camera di Commercio. Respinge l'appello incidentale proposto da Aste On Line S.n.c. di De Benetti Andrea e Vidale e, per l'effetto, respinge il ricorso.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 febbraio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Sandro Aureli, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

Raffaele Prospero, Consigliere

Oreste Mario Caputo, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 03/05/2016

IL SEGRETARIO

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