

Pubblicato il 04/11/2019

N. 07504 /2019 REG.PROV.COLL.
N. 02500/2019 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 in appello numero di registro generale 2500 del 2019, proposto da Consorzio Agrituristico Mantovano "Verdi Terre D'Acqua", in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Ilaria Romagnoli, Francesco Trebeschi, Maria Ludovica Trebeschi, Paolo Garò, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso l'avvocato Ilaria Romagnoli in Roma, via Livio Andronico n. 24;

contro

Comune di Mantova, in persona del Sindaco *pro-tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Sara Magotti, Orlando Sivieri, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Cia Est Lombardia, Confagricoltura Mantova non costituiti in giudizio;
Associazione per la Gestione del Mercato dei Produttori Agricoli di Mantova (Agrimercato Mantova), in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Michele Rosario Luca Lioi, con domicilio

digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

e con l'intervento di

ad adiuvandum:

Confagricoltura Mantova, in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Fasani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Sezione staccata di Brescia (Sezione Prima) n. 123/2019, resa tra le parti, concernente l'affidamento delle aree destinate ai mercati di vendita diretta di prodotti agricoli;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Mantova e dell'Associazione per la Gestione del Mercato dei Produttori Agricoli di Mantova (Agrimercato Mantova);

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 ottobre 2019 il Cons. Raffaele Prospero e uditi per le parti gli avvocati Trebeschi, Garò, Magotti, Sivieri, Fasani, Lioi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Il Comune di Mantova, con determinazione del dirigente dello Sportello Unico per le Imprese e i Cittadini n. 547 del 7 marzo 2018, approvava l'avviso pubblico della procedura per l'affidamento triennale della gestione delle aree destinate ai mercati di vendita diretta di prodotti agricoli in lungorio IV Novembre, piazza Martiri di Belfiore e piazza Porta Giulia.

Su tali aree di proprietà comunale era prevista l'organizzazione dei mercati riservati alla vendita diretta di prodotti agricoli da parte delle imprese agricole, ai

sensi dell'art. 1 comma 1065 della l. 27 dicembre 2006 n. 296 edel d.m. Politiche Agricole del 20 novembre 2007. In particolare, la procedura riguarda due mercati agricoli: (a) il Mercato Contadino di Mantova, che si tiene in lungorio IV Novembre e in piazza Martiri di Belfiore con periodicità settimanale, nella giornata di sabato, aperto a un massimo di 60 operatori contemporaneamente; (b) il Mercato Contadino di Mantova Cittadella, che si tiene in piazza Porta Giulia con periodicità settimanale, nella giornata di mercoledì, aperto a un massimo di 4 operatori contemporaneamente.

L'avviso stabiliva che per la gestione dei due mercati non sarebbe stato erogato alcun corrispettivo da parte del Comune, mentre il gestore avrebbe dovuto corrispondere il COSAP per l'occupazione delle aree mercatali e sostenere le spese di energia elettrica, acqua e raccolta rifiuti, recuperando i relativi importi dai partecipanti ai mercati.

Tra i requisiti di partecipazione alla procedura di aggiudicazione l'avviso includeva la capacità giuridica di assumere impegni di gestione delle imprese agricole partecipanti ai mercati, secondo quanto stabilito dal regolamento comunale per lo svolgimento dei mercati di vendita diretta di prodotti agricoli, con le relative garanzie di capacità tecnica e operativa, e prevedeva l'ammissione di tutte le imprese agricole richiedenti, indipendentemente dalla loro appartenenza a organizzazioni o associazioni del settore agricolo.

L'avviso pubblico disciplinava poi l'aggiudicazione secondo la qualità delle offerte.

Alla procedura partecipavano il Consorzio Agrituristico Mantovano "Verdi Terre d'Acqua" (di seguito Consorzio Verdi Terre d'Acqua) e l'Associazione per la Gestione del Mercato dei Produttori Agricoli di Mantova (di seguito Agrimercato Mantova): al progetto di quest'ultima la commissione giudicatrice attribuiva 92 punti, mentre al progetto del Consorzio Verdi Terre d'Acqua ne venivano attribuiti 90.

Con determinazione n. 1743 del 23 luglio 2018 il dirigente dello Sportello Unico

Imprese e Cittadini approvava i verbali di gara e disponeva l'aggiudicazione provvisoria a favore di Agrimercato Mantova ed seguito, con determinazione n. 2186 del 19 settembre 2018, l'aggiudicazione definitiva.

I provvedimenti di aggiudicazione venivano impugnati dinanzi al Tribunale amministrativo della Lombardia, Sezione Staccata di Brescia, dal Consorzio Verdi Terre d'Acqua con la contestazione nei confronti dell'aggiudicataria dell'assenza del requisito di partecipazione inerente l'accesso ai mercati agricoli a tutte le imprese agricole senza discriminazioni, in quanto l'art. 6 del proprio statuto prevedeva che i soggetti che intendessero partecipare ai mercati agricoli dovessero iscriversi a Coldiretti, oltre ad un ulteriore serie di adesioni, in subordine, della valutazione non corretta delle due offerte rispetto ai criteri fissati dall'avviso pubblico, ancora in subordine, della violazione dell'art. 95 comma 8 del d. lgs. 18 aprile 2016 n. 50, poiché i previsti subcriteri non sarebbero stati accompagnati da subpunteggi e dunque il punteggio finale non sarebbe stato sostenuto da idonea motivazione; infine, vi sarebbe violazione dell'art. 30 del d. lgs. 50 del 2016, in relazione al principio di pubblicità, in quanto l'apertura delle buste telematiche inviate dai partecipanti non sarebbe avvenuta in seduta pubblica.

Il Comune di Mantova e Agrimercato Mantova si costituivano in giudizio, chiedendo la reiezione del ricorso.

Agrimercato Mantova presentava inoltre ricorso incidentale, sostenendo che il Consorzio Verdi Terre d'Acqua avrebbe ottenuto, per ciascuno dei criteri di valutazione, un punteggio superiore ai meriti della sua offerta.

Intervenivano *ad adiuvandum* la Confederazione Italiana Agricoltori Provincia CIA Est Lombardia per evitare che qualcuno tra i propri iscritti si fosse stato costretto o incentivato a cambiare associazione sindacale passando a Coldiretti ed inoltre, sullo stesso tema, Confagricoltura Mantova.

Con la sentenza n.123 del 7 febbraio 2019 il Tribunale amministrativo risolveva il contenzioso nei seguenti modi.

Sulla condizione di non discriminazione veniva affermato in sintesi che l'elevata qualità da assicurare richiedeva disciplinari di produzione rigorosi e controllati e la partecipazione di soggetti collegati alle associazioni sindacali di categoria con il loro supporto sulla qualità dei prodotti corrispondeva all'interesse pubblico della vigilanza sulla produzione; in ogni caso la disciplina dello statuto di Agrimercato Mantova, nella parte in cui individuava quale condizione di partecipazione ai mercati agricoli l'obbligo di iscriversi a Coldiretti, di aderire alla Fondazione Campagna Amica, di affidare la gestione della contabilità e del fascicolo aziendale a Impresa Verde, e di sottoscrivere il regolamento di mercato di Agrimercato Mantova, non solo non poteva trovare applicazione nella procedura in esame, ma non costituiva neppure un ostacolo all'aggiudicazione del servizio, visto che niente impediva che prestazioni professionali fossero erogate a favore di imprese non iscritte, dato che le regole interne di un'associazione privata riguardano solo tale soggetto, che è l'unico arbitro della loro applicazione, ed eventualmente gli iscritti che siano in disaccordo: perciò se Agrimercato Mantova dichiarava compatibile con il proprio statuto la gestione dei mercati agricoli del Comune di Mantova a vantaggio di qualsiasi azienda agricola che ne facesse richiesta, sapendo che l'amministrazione non avrebbe potuto tollerare alcuna forma di discriminazione, ciò era sufficiente a consentire l'ammissione alla gara. Dopo l'aggiudicazione, però, i suddetti legami non potevano avere alcun rilievo pratico, e tantomeno determinare l'esclusione degli imprenditori aderenti ad altri sindacati, o non aderenti ad alcun sindacato, per cui la legittimità degli atti di gara era salva nel momento in cui i concorrenti, e poi l'aggiudicatario, si impegnavano a non discriminare le imprese agricole diverse da quelle iscritte alla propria associazione sindacale.

Sull'attribuzione del punteggio, criticata tanto nel ricorso principale quanto in quello incidentale, le censure erano infondate, a parere del giudice di primo grado, in quanto in relazione alle specifiche doglianze per ciascuno dei quattro criteri indicati, non superavano i limiti di discrezionalità tecnica riservati alla

commissione giudicatrice ed erano frutto di apprezzamenti meramente soggettivi.

Sui subcriteri non poteva essere condivisibile la censura del Consorzio Verdi Terre d'Acqua circa la violazione dell'art. 95 comma 8 del d. lgs. 50/2016 a causa della mancata fissazione dei punteggi per i subcriteri: la norma è applicabile anche alle concessioni di servizi, ma le precisazioni dell'avviso pubblico riferite ai singoli criteri di valutazione erano e non costituivano subcriteri in senso proprio.

L'ultima censura formulata nel ricorso principale sulla mancata apertura delle buste telematiche in seduta pubblica era priva di connessione con la legge di gara, in quanto si era previsto che l'invio delle domande avvenisse esclusivamente in forma telematica, in formato PDF, con firma digitale, e tramite PEC: tali modalità di trasmissione sono assistite da garanzie oggettive fornite da operatori esterni alla stazione appaltante, e dunque sono per sé idonee a escludere la possibilità di manipolazione del contenuto delle offerte, una volta pervenute alla stazione appaltante, senza lasciare tracce informatiche.

Per cui andavano respinti il ricorso principale e quello incidentale, con le precisazioni riportate sul divieto di creare interferenze tra la partecipazione ai mercati agricoli e l'adesione ad associazioni sindacali.

Con appello al Consiglio di Stato notificato l'8 marzo 2019, il Consorzio Verdi Terre d'Acqua impugna la sentenza in questione e con i primi tre motivi censurava l'ammissione dell'aggiudicatario alla gara avvenuta in violazione tanto dell'avviso pubblico, quanto del regolamento di mercato dal primo richiamato, visto lo statuto di Agrimercato Mantova con i suoi vincoli obbligatori di adesione alla Coldiretti e ad una serie di iniziative e informazioni a questa strettamente collegate, il tutto in contrasto palese con le norme di gara che prescrivevano che non si dovesse tenere conto della loro appartenenza ad organizzazioni o associazioni del settore agricolo ed inoltre della contraddittorietà della pronuncia di primo grado nell'affermare la vigenza della regola predetta legge di gara quale compatibile con lo statuto dell'aggiudicataria.

Con il quarto e il quinto motivo venivano nuovamente sindacate le attribuzioni dei punteggi relativamente ai quattro criteri e l'assenza di subcriteri o di criteri di valutazione per attribuire i punteggi medesimi, altrimenti connessi ad indicazioni del tutto generiche.

Con il sesto motivo, connesso ai precedenti, veniva denunciato il difetto di motivazione nell'attribuzione dei punteggi, difetto reso patente dalla predetta genericità dei criteri di valutazione.

Il Consorzio concludeva per l'accoglimento dell'appello con vittoria di spese ed i conseguenti annullamento dell'aggiudicazione ed inefficacia del contratto con relativo subentro in via subordinata per il risarcimento dei danni subiti.

Anche in questa fase di giudizio interveniva *ad adiuvandum* la Confagricoltura.

Si costituiva in giudizio Agrimerco Mantova, il quale sosteneva l'infondatezza dell'appello e proponeva inoltre appello incidentale con il quale rinnovava le censure sull'erronea attribuzione dei punteggi all'appellante principale.

Si costituiva in giudizio altresì il Comune di Mantova, il quale sosteneva l'infondatezza di ambedue gli appelli e ne chiedeva il rigetto.

All'udienza del 24 ottobre 2019 la causa è passata in decisione.

Preliminarmente il Collegio rileva di non poter prendere atto della memoria dell'appellato Agrimerco Mantova, in quanto depositata il 18 ottobre 2019, dunque a soli sei giorni dalla trattazione della causa e quindi oltre tutti i termini previsti dal codice del processo amministrativo anche per i riti speciali.

Nel merito vanno affrontati congiuntamente i primi tre motivi riguardanti il mancato rispetto del regolamento comunale di mercato in relazione al principio di indipendenza delle imprese agricole da associazioni od organizzazioni del settore che non può essere imposta, il mancato rispetto di tale regola da parte dell'aggiudicatario con i propri associati necessariamente aderenti alla Coldiretti ed ad una serie di associazioni a questa collegate ed infine la violazione di una serie di norme, anche di rango costituzionale, che in spregio a quanto ora indicato, inficia l'aggiudicazione deliberata.

Il complesso delle censure appare fondato alla luce delle norme di cui si darà ora conto e che devono essere ritenute nel loro insieme il fondamento della legge di gara.

Il punto 4.4 dello schema di convenzione approvato unitamente all'avviso pubblico di indizione della procedura del 7 marzo 2018 riproduceva fedelmente l'art. 9.4 del regolamento comunale per lo svolgimento dei mercati di vendita diretta di prodotti agricoli approvato con deliberazione consiliare n. 60 dell'8 novembre 2017 e recitava in questi sensi: *“Il gestore dovrà dare garanzia di capacità tecnica ed operativa, nonché di rispetto delle norme del presente Regolamento e di puntuale applicazione di quest'ultimo a tutte le imprese agricole che presenteranno domanda di ammissione ai mercati e che allo stesso saranno ammesse, indipendentemente dalla loro appartenenza ad Organizzazioni od Associazioni del settore agricolo”*.

A fronte di tali regole di chiara interpretazione e militanti per un favor al libero associazionismo, si erge in foggia del tutto antinomica l'art. 6 dello statuto dell'aggiudicataria Agrimercato Mantova che recita testualmente:

“Possono essere ammessi a partecipare all'Associazione ed esercitare la vendita diretta nel Mercato i produttori agricoli singoli o associati, aderenti alla Fondazione Campagna Amica e Licenziatari del Marchio, che rientrino nella disciplina prevista dall'articolo 2135 del c.c., che siano iscritti al Registro delle Imprese di cui all'articolo 8 della legge 29 dicembre 1993, n. 580 e che rispettino le seguenti condizioni:

che abbiano la sede aziendale ed operino nell'ambito territoriale amministrativo della Regione Lombardia;

*che vendano prodotti agricoli della propria azienda o dell'azienda dei propri soci imprenditori agricoli nel rispetto dei limiti della prevalenza di cui all'alt. 2135 c.c.;
che la parte di prodotti, non prevalente, non ottenuta dalla coltivazione del proprio fondo o non relativa al proprio allevamento - o di fondi e allevamenti dei propri*

soci-imprenditori agricoli - sia comunque di origine e manifattura regionale, o comunque italiana e proveniente da aziende della filiera agricola italiana, aderenti alla Fondazione e Licenziatarie del Marchio; tale condizione può essere resa maggiormente restrittiva con il Regolamento di Mercato di cui all'articolo 3 del presente Statuto.

Per i mercati che non operano ai sensi del D.M. 20 novembre 2007 è ammessa, entro il limite di un terzo, la partecipazione di produttori agricoli, come sopra definiti, che nell'esercizio della propria attività operino anche in altre regioni purché prodotti commercializzati nel Mercato della vendita diretta siano ottenuti da coltivazioni o allevamenti di origine e manifattura italiana di Imprese Licenziatarie del Marchio.

Tutti i soggetti di cui ai punti precedenti devono essere associati a Coldiretti, devono aver affidato la gestione della propria contabilità e del proprio fascicolo aziendale (per tale intendendosi il complesso di dati ed informazioni che caratterizzano l'azienda agricola, anche sulla base di quanto stabilito dal DPR 503/99) all'Impresa Verde di riferimento nel territorio, devono aver sottoscritto il Regolamento di Mercato dell'Associazione di cui all'articolo 3 del presente Statuto, devono aver aderito alla Fondazione ed essere Licenziatari del Marchio con conseguente sottoscrizione del Regolamento del Marchio.

Tutti gli associati per poter accedere ed essere ammessi al Mercato devono ricevere il consenso da parte dell'Associazione, secondo quanto disciplinato dal Regolamento di Mercato”.

Da tale comparazione emerge con tutta evidenza che tra le norme di gara e le norme private di Agrimercato Mantova vi è una diretta incompatibilità, poiché l'associazione alla Coldiretti è imposta a tutti gli associati intenzionati a svolgere attività come quella messa a concorso dal Comune di Mantova, al pari della necessaria sottoposizione dei fascicoli e contabilità aziendale ad Impresa Verde, struttura di emanazione di Coldiretti finalizzata all'assistenza fiscale e contabile degli associati, dunque una conferma dei legami con la massima associazione

imprenditorial-sindacale dell'attività agricola italiana, suggellata tra l'altro dalla sede legale ed amministrativa di Agrimercato Mantova presso la Federazione Provinciale Coldiretti della stessa Città.

Questa Sezione ha affermato che le associazioni rappresentative di interessi collettivi tutelano con il proprio intervento l'interesse comune a tutti gli associati e non le posizioni soggettive solo di una parte degli stessi (Cons. Stato, V, 14 gennaio 2019 n. 288) e che non possono configurarsi conflitti interni all'associazione, poiché ciò implicherebbe automaticamente il difetto del carattere generale e rappresentativo della posizione azionata in giudizio: quindi non è ipotizzabile l'azione di una Associazione con simili vincoli laddove deve avere valore la garanzia della libera ammissione al mercato senza vincoli di appartenenza ad Organizzazioni od Associazioni del settore agricolo.

Né tantomeno sussistono norme o principi non scritti sul fatto che tali regole stringenti vengano a cadere nel caso di incompatibilità con i requisiti di partecipazione ad una gara.

Ancora – si veda in specie il terzo motivo – l'ammissione e l'aggiudicazione del servizio di organizzazione di un mercato per produttori agricoli ad un'associazione in cui è richiesto come requisito stringente l'iscrizione ad un'associazione di categoria si pone in contrasto con gli artt. 3 e 39 della Costituzione, laddove si discriminano le posizioni personali e si impone la libera iniziativa sindacale, ancorché negativa come rammentato nell'atto di appello.

Per di più la norma statale di riferimento richiamata anche dalla stazione appaltante, ovvero il d. m. 20 novembre 2007, recante "Attuazione dell'articolo 1, comma 1065, della L. 27 dicembre 2006, n. 296, sui mercati riservati all'esercizio della vendita diretta da parte degli imprenditori agricoli" prevede all'art. 2 che i soggetti ammessi alla vendita nei mercati agricoli di vendita diretta:

1. Possono esercitare la vendita diretta nei mercati di cui all'art. 1 gli imprenditori agricoli iscritti nel registro delle imprese di cui all'art. 8 della legge 29 dicembre

1993, n. 580, che rispettino le seguenti condizioni:

- a) ubicazione dell'azienda agricola nell'ambito territoriale amministrativo della regione o negli ambiti definiti dalle singole amministrazioni competenti;*
- b) vendita nei mercati agricoli di vendita diretta di prodotti agricoli provenienti dalla propria azienda o dall'azienda dei soci imprenditori agricoli, anche ottenuti a seguito di attività di manipolazione o trasformazione, ovvero anche di prodotti agricoli ottenuti nell'ambito territoriale di cui alla lettera a), nel rispetto del limite della prevalenza di cui all'art. 2135 del codice civile;*
- c) possesso dei requisiti previsti dall'art. 4, comma 6, del decreto legislativo 18 maggio 2001, n. 228.*

2. L'attività di vendita all'interno dei mercati agricoli di vendita diretta è esercitata dai titolari dell'impresa, ovvero dai soci in caso di società agricola e di quelle di cui all'art. 1, comma 1094, della legge 27 dicembre 2006, n. 296, dai relativi familiari coadiuvanti, nonché dal personale dipendente di ciascuna impresa.

3. Nei mercati agricoli di vendita diretta conformi alle norme igienico-sanitarie di cui al regolamento n. 852/2004 CE del Parlamento e del Consiglio del 29 aprile 2004 e soggetti ai relativi controlli da parte delle autorità competenti, sono posti in vendita esclusivamente prodotti agricoli conformi alla disciplina in materia di igiene degli alimenti, etichettati nel rispetto della disciplina in vigore per i singoli prodotti e con l'indicazione del luogo di origine territoriale e dell'impresa produttrice.

Va posto l'indice sull'art. 8 della l. 29 dicembre 1993 n. 580 sul "Riordinamento delle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura", il quale istituisce presso la camera di commercio l'ufficio del registro delle imprese di cui all'art. 2188 del codice civile, la cui lettura costituzionale non può certamente implicare lo svolgimento dell'iniziativa imprenditoriale se non collegati ad un'associazione o ad un sindacato.

Da tutto sin qui rilevato, si comprende come di già la stessa ammissione alla gara di Agrimercato Mantova costituisca autonomamente un'illegittimità che si

ripercuote inevitabilmente sull'aggiudicazione; come già rilevato, le asserzioni contenute nella sentenza impugnata sul valore meramente privatistico delle previsioni statutarie sull'iscrizione a Coldiretti e su una sorta di derogabilità di tali previsioni costituiscono un'osservazione di mero fatto che non può incidere sulla realtà giuridica, così come non incide la partecipazione nell'organizzazione dei mercati da parte dell'aggiudicataria di imprenditori non iscritti.

Anche tale elemento resta un punto di fatto che non muta la base giuridica della vicenda.

L'appello va dunque accolto con l'annullamento degli atti impugnati con il ricorso introduttivo, mentre l'appello incidentale resta assorbito, in quanto del tutto irrilevante dato che lo stesso incide solo sul punteggio assegnato dalla commissione giudicatrice

Le spese di giudizio possono essere compensate in vista della peculiarità della questione.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata accoglie il ricorso introduttivo.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 ottobre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Raffaele Prospero, Consigliere, Estensore

Angela Rotondano, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere

L'ESTENSORE
Raffaele Prosperi

IL PRESIDENTE
Francesco Caringella

IL SEGRETARIO