

Pubblicato il 19/04/2021

N. 00806/2021 REG.PROV.COLL.
N. 00542/2021 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 Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 542 del 2021, proposto da Globo Tributi S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Donatella Testani, Marco D'Amici, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Provincia di Cosenza non costituito in giudizio;

Comune di Scalea, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Giovanni Loreto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento, previa sospensiva:

a) della determinazione del Responsabile del Settore Tributi del Comune di Scalea 'n. 06/Settore IV del 16/02/2021 n. 118/Reg. Gen. Del 16/02/2021' avente ad oggetto <<*Affidamento in concessione del servizio di gestione, accertamento e riscossione TOSAP (compresi taxa passi carrai) e TARI giornaliera (TARIG) – Presa d'atto verbali di gara – dichiarazione gara virtualmente deserta. CUP:*

G23d20000590004 – CIG: 8425359A30”>>, notificato dal Comune di Scalea in data 17/02/2021 con nota prot. n. 5112 in pari data; b) di tutti gli atti presupposti, preordinati, connessi e consequenziali.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Scalea;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 14 aprile 2021 il dott. Domenico Gaglioti, tenuta per come previsto dall'art. 25 del d.l. n. 137 del 2020 convertito in l. n. 176 del 2020, e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1- L'odierna ricorrente è stata l'unica partecipante alla gara, indetta dal Comune di Scalea con bando di gara del 5.10.2020, ai sensi degli artt. 54 e 60 del d. lgs. n. 50/2016, per l'affidamento in concessione del servizio di: *“gestione, accertamento e riscossione ordinaria e coattiva dell'imposta sulla pubblicità, diritto sulle pubbliche affissioni, TOSAP (compresi tassa passi carrai) e TARI giornaliera (TARIG)”*.

2- Avviata l'istruttoria a cura della S.U.A. della Provincia di Cosenza, la Commissione di gara, nella prima seduta tenuta in data 11.11.2020, rilevava alcune carenze in ordine alla documentazione amministrativa presentata dalla ricorrente, attinenti: a) il fatto che la cauzione provvisoria, di cui al punto 5.1, lettera f. del disciplinare di gara, risultasse intestata alla Provincia di Cosenza – Stazione Unica Appaltante, anziché al Comune di Scalea; b) alla rilevata mancata coerenza di quanto dichiarato nell'istanza di partecipazione e nel contratto di avvalimento presentato.

2.1- Con riferimento a tale ultimo aspetto, in particolare, la Commissione rilevava una discrasia tra quanto contenuto nell'istanza di partecipazione,

laddove l'odierna ricorrente aveva dichiarato *“di essere iscritta all'Albo Ministeriale dei soggetti abilitati ad effettuare attività di liquidazione e di accertamento dei tributi e quelle di riscossione delle entrate degli Enti Locali, previsto dall'art. 53 del d. lgs. 446/1997, come disciplinato dal D.M. 289/2000 e s.m.i. avente capitale sociale interamente versato di 5 milioni di euro come previsto dall'art. 3-bis, comma 1, lettera b), del D.L. 25/03/2010, n. 40, convertito dalla legge 22 maggio 2010, n. 73”* ed il contratto di avvalimento presentato ai sensi dell'art. 89, comma 1, del D.Lgs. n. 50/2016 e ss. mm. ed ii, laddove risultava che la ditta ausiliaria Geropa s.r.l. si impegnava a fornire il requisito di idoneità, professionale previsto al punto 3.2 lett. d) del disciplinare di gara nella parte riferita al capitale sociale interamente versato di 5 milioni di euro come previsto dall'art. 3-bis, comma 1, lettera b), del D.L. 25/03/2010, n. 40, convertito dalla legge 22 maggio 2010, n. 73.

3- Veniva attivato il soccorso istruttorio richiedendo all'odierna ricorrente un esaustivo chiarimento relativo alla documentazione inviata ai fini della verifica del possesso del requisito di idoneità professionale previsto all'art. 3.2, lett. d.2 del Disciplinare di gara, in considerazione di quanto disposto al punto 4.1, secondo capoverso, del disciplinare di gara (Avvalimento).

4- In data 17.11.2020 la ricorrente trasmetteva il richiesto atto di fideiussione corretto nell'intestazione a favore del Comune di Scalea e, con riferimento alla seconda delle criticità lamentate, precisava e confermava di essere iscritta al n. 100 dell'Albo Ministeriale dei soggetti abilitati di cui all'art. 53 del d.lgs. n. 446 del 1997 avente capitale sociale interamente versato di € 1.050.000,00 (come da documentazione allegata agli atti di gara), precisando altresì che il contratto di avvalimento era stato utilizzato, ai sensi dell'art. 89, comma 1, d.lgs. 50/2016, non per dimostrare il requisito dell'iscrizione al predetto Albo ministeriale, ma solo per soddisfare il requisito di carattere economico relativo al capitale sociale, richiesto negli atti di gara per euro 5.000.000,00, indicando la ditta ausiliaria (Geropa Srl) anch'essa iscritta presso il medesimo albo.

5- In data 17.2.2021 alla ricorrente veniva notificata la nota prot. n. 5112 e la determinazione dirigenziale n. 06/Settore IV del 16/02/2021 n. 118/Reg. Gen. del 16.2.2021, con cui il Responsabile del Settore Tributi del Comune di Scalea “*ritenuto di condividere l’operato della Commissione di Gara e pertanto escludere dalla Gara la Globo Tributi Srl, unica ditta partecipante*” ha preso atto del contenuto dei lavori della Commissione di Gara recati nei verbali del 11/11/2020 e del 01/12/2020 e dei loro esiti, ha escluso dalla gara la società, unica ditta partecipante, ha dichiarato virtualmente deserta la gara medesima per la concessione della gestione del servizio di accertamento e riscossione (menzionato).

6- Il successivo 18.2.2020 la SUA-CS pubblicava sul portale delle gare d’appalto l’avviso di gara deserta del 18.2.2021 e i verbali delle sedute della Commissione del 19.11.2020 e dell’1.12.2020, da cui emergeva che la Commissione di gara aveva, per un verso, ritenuto sanata l’intestazione della cauzione provvisoria ma, per altro verso, aveva ritenuto, anche sulla base di un supplemento istruttorio a mezzo di parere legale, di confermare la criticità rilevata in ordine all’avvalimento con la ditta ausiliaria Geropa s.r.l. circa il requisito di idoneità professionale previsto al punto 3.2 lett. d) del disciplinare di gara nella parte riferita al capitale sociale interamente versato di 5 milioni di euro, relativamente al quale non sarebbe consentito l’avvalimento.

7- Ritenendo le determinazioni dell’amministrazione lesive dei propri diritti e interessi, con atto notificato il 18.3.2021 e depositato il 29.3.2021, la ricorrente ha impugnato le epigrafate determinazioni dell’amministrazione, unitamente agli atti presupposti tra i quali segnatamente il bando di gara, affidando le proprie doglianze ai seguenti motivi di diritto:

I.- Violazione della L. 27 dicembre 2019, n. 160, art. 1, commi 807, 808, 814; violazione degli artt. 52 e 53 D.lgs. 446/1997; violazione del D.M. 11 settembre 2000, n.289; violazione degli artt. 83 e 89, D. Lgs. 50/2016; violazione degli artt. 43 CE e 49 CE e della ‘Direttiva Servizi’ 2006/123/CE; eccesso di potere per difetto dei

presupposti di fatto e di diritto, difetto di istruttoria e di motivazione. Irragionevolezza. Illegittimo aggravamento del procedimento.

II.- Violazione degli artt. 83 e 89, D. Lgs. n. 50/2016; violazione del DM 289/2000; violazione della L. 27 dicembre 2019, n. 160, commi 807, 808, 814; violazione artt. 52 e 53 D.lgs. 446/1997; eccesso di potere per difetto dei presupposti di fatto e di diritto; difetto di istruttoria e di motivazione. Irragionevolezza. Illegittimo aggravamento del procedimento.

8- Con atto depositato il 9.4.2011 si è costituita l'amministrazione comunale di Scalea per resistere al ricorso.

9- Alla Camera di consiglio del 14.14.2021 il ricorso è stato spedito in decisione ai sensi dell'art. 60 c.p.a., sussistendone i presupposti di legge.

DIRITTO

10- Il ricorso è fondato nei termini di seguito esposti.

11- I motivi possono essere esaminati congiuntamente, in quanto interconnessi.

12- Si premette anzitutto che il disciplinare della controversa gara prevedeva:

- al punto 3.2) lettera d.2), tra i requisiti di partecipazione, la “*iscrizione all'Albo Ministeriale dei soggetti abilitati ad effettuare attività di liquidazione e di accertamento dei tributi e quelle di riscossione delle entrate degli Enti Locali, previsto dall'art. 53 del D. Lgs. 446/1997, come disciplinato dal D.M. 289/2000 e s.m.i. avente capitale sociale interamente versato di 5 milioni di euro come previsto dall'art. 3-bis, comma 1, lettera b), del D.L. 25/03/2010, n. 40, convertito dalla legge 22 maggio 2010, n. 73*”;
- al successivo par. 4.1) che “*Ai sensi dell'art. 89 del D.Lgs. 50/2016 e ss.mm.ii., l'operatore economico, singolo o associato ai sensi dell'art. 45 del D.Lgs. 50/2016 e ss.mm.ii., può dimostrare il possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale di cui all'art. 83, comma 1, lett. b) e c) del D.Lgs. 50/2016 e ss.mm.ii. avvalendosi dei requisiti di altri soggetti, anche partecipanti al raggruppamento. Non è consentito l'avvalimento per la dimostrazione dei requisiti generali e di idoneità professionale*”.

13- Nella fattispecie la Commissione di gara, nella seduta dell'1.12.2020 (richiamata e fatta propria dalla determinazione dirigenziale impugnata):

- ha esaminato l'integrazione documentale presentata dalla ricorrente a seguito di attivazione del soccorso istruttorio e ha ritenuto che quanto ivi contenuto confermasse il mancato possesso del requisito di idoneità professionale nella parte riferita al capitale sociale interamente versato di 5 milioni di euro (previsto al punto 3.2 lett. d) del disciplinare di gara e punto 3.1. lett. b) del Capitolato Speciale d'Appalto) e che la ricorrente intendesse soddisfare tale carenza avvalendosi, ai sensi dell'art. 89 del Codice degli Appalti, della ditta Geropa s.r.l. la quale, a sua volta, si era impegnata a fornire il requisito di carattere economico del capitale sociale, per come previsto dall'art. 3-bis, comma 1, lettera b), del D.L. 25/03/2010, n. 40, convertito dalla legge 22 maggio 2010, n. 73;
- ha evidenziato che il disciplinare di gara al punto 4.1, secondo periodo, prevede espressamente che non è consentito l'avvalimento per la dimostrazione dei requisiti generali e di idoneità professionale;
- ha fatto presente che l'istituto dell'avvalimento proposto dalla ricorrente, riferito al solo requisito del capitale sociale interamente versato di 5 milioni di euro, trova un limite laddove ai fini della partecipazione alla gara in questione viene richiesto dal Comune di Scalea un requisito soggettivo "personalissimo" come quello del capitale minimo garantito che sottende l'interesse della solvibilità del soggetto affidatario del servizio di riscossione;
- ha altresì ritenuto che il capitale minimo garantito, necessario per l'affidamento del servizio in oggetto, costituisca requisito di ammissione di modo che, se per la suddetta iscrizione sono richieste misure minime di capitale interamente versato, differenziate in base alla densità di popolazione dei comuni interessati, ciò condurrebbe a ritenere che ciascun soggetto partecipante alla gara debba possedere tale requisito del capitale sociale previsto ai fini della iscrizione all'Albo in questione;

- ha infine considerato che la riforma della riscossione delle entrate degli enti locali, disposta dall'art. 1, commi da 784 a 815, della legge 27 dicembre 2019, n. 160 (Legge di bilancio 2020), ha fissato al comma 807 nuove misure minime di capitale e al successivo comma 808 ha richiesto, entro il 31 dicembre 2020, l'adeguamento da parte dei concessionari alle condizioni e alle misure minime di cui al citato comma 807, previa dichiarazione di cui all'art. 18, comma 1, del D.M. n.289/2000 da produrre nei termini di legge (Risoluzione n. 4/DF del 22.05.2020 del MEF);

-per tale ragione ha proposto di non ammettere alle fasi successive di gara la ricorrente in quanto carente del requisito di idoneità professionale previsto al punto 3.2 lett. d) del disciplinare di gara e punto 3.1. lett. b) del Capitolato Speciale d'Appalto.

13- Ritiene però il Collegio che le determinazioni assunte dall'amministrazione siano da ritenersi censurabili.

14- L'amministrazione ha motivato l'esclusione della ricorrente per carenza dei requisiti di idoneità professionale sulla base di argomentazioni a loro volta fatte proprie dalla giurisprudenza di prime cure, per la quale "*l'affermata generale ammissibilità dell'istituto dell'avvalimento (anche in giurisprudenza, cfr. C.d.S. 3762/2009) trova un limite - come nel caso di specie - laddove ai fini della partecipazione a una gara sia necessario il possesso di un requisito soggettivo personalissimo come quello del capitale sociale minimo, preordinato a garantire all'amministrazione appaltante l'affidabilità dell'impresa partecipante*" (T.A.R. Lazio, Latina, 21.10.2010, n. 1865).

15- Vi è però da osservare tale impostazione è stata ritenuta non condivisibile dal Consiglio di Stato, il quale (peraltro in riforma della pronuncia ora richiamata), dopo aver richiamato la finalità sottesa all'istituto dell'avvalimento e la sua portata generale, ha osservato che "*(...) deve ritenersi che ben sia possibile far ricorso all'istituto dell'avvalimento, ove il bando di gara richieda quale requisito di partecipazione un capitale sociale minimo di importo superiore a quello posseduto dalla società che intende partecipare alla gara. Trattasi, infatti, di requisito economico-finanziario che ai sensi dell'art. 49 non incontra alcun limite e prevale su qualunque disposizione*

contraria, compresa la disposizione, al tempo vigente, che richiedeva il requisito del capitale sociale di 10 milioni di euro per l'iscrizione all'albo dei soggetti privati abilitati alle attività di liquidazione, accertamento e riscossione dei tributi (art. 32, comma 7, del d. l. n. 185 del 2008, convertito nella l. n. 2 del 2009). Infatti, l'interesse sotteso alla norma, cioè quello della solvibilità del soggetto affidatario del servizio di riscossione viene assicurato attraverso l'impegno dell'impresa ausiliaria di mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente (cfr. per caso identico, Cons. Stato, V, n. 1624 del 2009). D'altra parte l'impresa ausiliaria non è semplicemente un soggetto terzo rispetto alla gara, dovendosi essa impegnare, non soltanto verso l'impresa concorrente ausiliata, ma anche verso l'amministrazione procedente a mettere a disposizione del concorrente le risorse di cui questo sia carente; in tale ipotesi, quindi, l'impresa ausiliaria diventa titolare passivo di una obbligazione accessoria dipendente rispetto a quella principale del concorrente e tale obbligazione si perfeziona con l'aggiudicazione a favore del concorrente ausiliato, di cui segue le sorti (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 13 maggio 2010, n. 2956)" (Consiglio di Stato, Sez. V, 8.10.2011, n.5496).

16- Si soggiunge, peraltro, che anche la successiva giurisprudenza di prime cure, sia pure *incidenter tantum*, ha avuto occasione di confermare l'impostazione ora delineata, che consente l'avvalimento relativamente all'integrazione del capitale sociale di soggetto comunque iscritte all'Albo (in particolare, T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 3.12.2015, n.5624, in controversia avente ad oggetto analogo servizio, ha affermato che "*Quanto alla circostanza che detto servizio sarebbe stato gestito in forza di avvalimento, ben poteva la società in questione utilizzare l'istituto dell'avvalimento per integrare il requisito del capitale sociale*").

17- Detto in altri termini, dalla ricostruzione ora descritta si ricava la necessità di distinguere tra l'iscrizione all'Albo, che costituisce un requisito personale di idoneità professionale, come tale non suscettibile di avvalimento, dall'entità del capitale sociale che, per sua natura, è invece da considerarsi alla stregua di un requisito di ordine economico-finanziario, per il quale è invece consentito ricorrere all'avvalimento.

18- Per tal via, peraltro, si giunge ad una composizione armonica rispetto all'orientamento più generale a mente del quale *“Non può essere esclusa dalla gara pubblica d'appalto la società che, non avendo un capitale sociale pari a quello richiesto dal bando, ha raggiunto il requisito richiesto mediante avvalimento parziale con altra società, cioè sommando i capitali delle due società atteso che, essendo ammissibile la frazionabilità dell'avvalimento, deve ritenersi parimenti ammissibile che il partecipante ad una gara d'appalto possa dimostrare il possesso di un determinato capitale sociale avvalendosi anche di quello di un soggetto ausiliario, che si obblighi a tale fine”* (Consiglio di Stato, Sez. V, 9.12.2013, n.5874; v. anche T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. I, 20.3.2014, n. 431).

19- Ritornando alla controversa gara, dalla documentazione versata in atti risulta non contestato che:

a) la ricorrente sia effettivamente iscritta al n. 100 dell'Albo Ministeriale per i comuni fino a 200.000 abitanti, possedendo, all'epoca della partecipazione, un capitale sociale interamente versato pari ad euro 1.050.000,00;

b) che la stessa ha prodotto un contratto di avvalimento con una società parimenti iscritta all'Albo e dotata di un capitale sociale di euro 5.000.000, interamente versato, idoneo dunque a raggiungere e superare il limite minimo previsto dalla legge e indicato nella procedura di gara (la quale, peraltro, non aveva tenuto conto della riduzione prevista dall'art. 1, comma 807, della legge n. 610 del 2019);

c) nel contratto di avvalimento, a data 27.10.2020, si esplicitamente obbligava a mettere a disposizione il requisito del capitale sociale per tutta la durata dell'appalto, assumendo impegno in tal senso tanto nei confronti dell'odierna concorrente quanto nei confronti della Stazione Appaltante;

d) l'integrazione del capitale sociale, così determinata, avrebbe consentito di ritenere soddisfatto quanto previsto dal bando di gara.

20- Ne consegue che l'esclusione della ricorrente dalla gara è da ritenersi illegittima.

21- Per quanto ora esposto, il ricorso va accolto, con conseguenziale annullamento dell'atto impugnato.

22- Le spese seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla il provvedimento impugnato.

Condanna il Comune di Scalea, in persona del Sindaco in carica, alla rifusione, in favore della Globo Tributi S.r.l., delle spese e competenze di lite, nella misura di € 1.650,00, oltre al rimborso del contributo unificato e delle spese generali nella misura del 15%, nonché oltre a IVA e CPA come per legge.

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

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 14 aprile 2021 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Pennetti, Presidente

Francesca Goggiamani, Referendario

Domenico Gaglioti, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Domenico Gaglioti

IL PRESIDENTE
Giancarlo Pennetti

IL SEGRETARIO