

Publicato il 12/12/2018

N. 07024/2018REG.PROV.COLL.
N. 00039/2017 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 iscritto al numero di registro generale 39 del 2017, proposto da:

Fintel Engineering s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Stefania Vasta e Salvatore Alberto Romano, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Salvatore Alberto Romano in Roma, viale XXI Aprile, n. 11;

contro

Unione Comunale dei Colli, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Claudio Linzola e Luisella Savoldi, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Paola Ramadori in Roma, via Marcello Prestinari, n. 13;

nei confronti

Areariscossioni s.r.l., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LOMBARDIA - SEZ. STACCATA DI BRESCIA: SEZIONE II n. 01727/2016, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Unione Comunale dei Colli;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 aprile 2018 il Cons. Stefano Fantini e uditi per le parti gli avvocati Vasta Stefania, Giuliano di Pardo su delega di Claudio Linzola;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- La Fintel Engineering s.r.l. ha interposto appello nei confronti della sentenza 19 dicembre 2016, n. 1727 del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, sez. staccata di Brescia, che ha respinto il suo ricorso per motivi aggiunti e dichiarato inammissibile il ricorso principale, aventi ad oggetto la determinazione n. 115 in data 19 maggio 2016 con cui il Comandante della Polizia locale dell'Unione Comunale dei Colli ha indetto la procedura negoziata per l'affidamento del servizio di riscossione coattiva delle sanzioni per violazione del codice della strada, nonché il bando di gara del 27 agosto 2016, nella parte in cui ha previsto come requisito di partecipazione il possesso del capitale sociale interamente versato in misura pari o superiore a cinque milioni di euro.

Si tratta della procedura negoziata (telematica, con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa) sotto-soglia, finalizzata all'affidamento in concessione del servizio di riscossione delle sanzioni amministrative, e conclusasi con l'aggiudicazione (allo stato degli atti, ancora proposta) in favore di Areariscossioni s.r.l.

Con il ricorso in primo grado la società Fintel Engineering ha dedotto l'illegittimità della gara, avviata senza garantire alcuna forma di pubblicità, ed in particolare senza previa pubblicazione dell'avviso per la predisposizione di un'indagine di mercato e senza selezione dagli elenchi degli operatori economici, lamentando altresì il mancato invito al gestore uscente, la Eurodata s.r.l. (cui Fintel è subentrata, in forza di contratto di affitto di ramo di azienda), nonché la circostanza che la commissione giudicatrice sia stata nominata lo stesso giorno del termine di scadenza delle offerte. La stessa pubblicazione, peraltro incompleta, sul sito dell'Unione della determina di indizione della procedura, dal 10 al 25 giugno 2016, è avvenuta dopo che si era consumato il termine per la presentazione delle offerte (scadente in data 8 giugno 2016), circostanza, questa, che le ha precluso di partecipare. Con motivi aggiunti ha censurato la previsione del bando di gara, richiedente, tra i requisiti economici di partecipazione, un capitale sociale interamente versato almeno pari o superiore a cinque milioni di euro.

2. - La sentenza appellata ha respinto il ricorso per motivi aggiunti avverso il bando di gara, ritenendo legittima la prescrizione dello stesso che richiede un capitale versato di almeno cinque milioni di euro per partecipare alla gara, ai sensi di quanto previsto dall'art. 3 *bis* del d.l. n. 40 del 2010, e dichiarato inammissibile il ricorso principale avverso gli atti di gara nell'assunto che Fintel, non essendo in

possesso del requisito economico previsto dalla *lex specialis*, non avrebbe potuto partecipare alla procedura selettiva.

3.- Con il ricorso in appello Fintel Engineering s.r.l. ha reiterato i motivi di primo grado sui vizi di trasparenza della procedura negoziata, in considerazione dell'omessa indagine preventiva di mercato con avviso per la ricezione di manifestazioni di interesse, della mancata pubblicità della gara, per giunta senza invito del gestore uscente, nonché in relazione ai tempi di nomina della commissione giudicatrice, deducendo inoltre l'erroneità della sentenza, per violazione dell'art. 3 *bis* del d.l. n. 40 del 2010, nella parte in cui ha dichiarato l'infondatezza del ricorso per motivi aggiunti avverso l'art. 9 del bando, e nel capo in cui ha dichiarato inammissibile il ricorso principale nell'assunto che l'interesse al ricorso discende dall'indizione della gara in violazione dei principi di pubblicità, trasparenza e non discriminazione.

4. - Si è costituita in resistenza l'Unione Comunale dei Colli eccependo l'inammissibilità del ricorso di primo grado in quanto proposto avverso l'aggiudicazione provvisoria, nonché, anche ai fini di riproposizione ai sensi dell'art. 101, comma 2, Cod. proc. amm., l'irricevibilità dei motivi aggiunti, e comunque l'infondatezza dei motivi di appello.

5.- All'udienza pubblica del 12 aprile 2018 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. - Ritiene la Sezione che possa prescindersi dalla disamina dell'eccezione di irricevibilità dei motivi aggiunti in primo grado, risultando comunque l'appello infondato nel merito.

2.- Con il primo motivo di appello la Fintel Engineering s.r.l. critica il capo della sentenza che ha respinto i motivi aggiunti avverso la prescrizione di pagina 9 del bando e disciplinare, prevedente, quale requisito di capacità economica e finanziaria di partecipazione alla gara, la presenza di un capitale sociale interamente versato “almeno pari o superiore a cinque milioni di euro”, in asserita violazione od erronea interpretazione dell’art. 3 bis del d.l. n. 40 del 2010, che determina differenziate misure di capitale minimo in funzione del numero degli abitanti costituenti la popolazione nei cui confronti viene svolta l’attività di accertamento e riscossione dei tributi; in particolare contesta l’assunto motivazionale secondo cui l’Unione costituisca un soggetto unico raggruppante sette Comuni, ciascuno con meno di 10.000 abitanti, ma per un totale di 37.593 abitanti, allegando che si tratti invece di un’aggregazione di singoli enti comunali, con la conseguenza che doveva ritenersi sufficiente un capitale sociale pari ad 1 milione di euro, con conseguente illegittimità della *lex specialis*.

Il motivo è infondato.

L’art. 3-*bis* del d.l. n. 40 del 2010, al comma 1, stabilisce che, per l’iscrizione all’albo dei soggetti abilitati ad effettuare, anche disgiuntamente, attività di accertamento e di riscossione dei tributi dei Comuni, le società devono avere un capitale interamente versato non inferiore ad 1 milione di euro in caso di Comuni con popolazione fino a 10.000 abitanti, così anche gestendo contemporaneamente più Comuni, purchè non superino complessivamente 100.000 abitanti (lett. a); non inferiore a 5 milioni in caso di Comuni con popolazione fino a 200.000 abitanti (lett. b).

Nella fattispecie controversa è incontestato che l'Unione Comunale dei Colli appellata abbia una popolazione complessiva di 37.593 abitanti; ai fini del decidere occorre dunque capire se per la stessa sia richiesto il capitale minimo di 1 milione di euro (valorizzando il profilo del servizio svolto per otto Comuni, ciascuno con popolazione inferiore a 10.000 abitanti) ovvero di 5 milioni di euro, valorizzando il dato normativo che definisce l'Unione dei Comuni come «*l'ente locale costituito da due o più comuni, di norma contermini, finalizzato all'esercizio associato di funzioni e servizi*» (art. 32 del d.lgs. n. 267 del 2000), ovvero anche, con declinazione al plurale, come «*enti locali costituiti da due o più comuni per l'esercizio associato di funzioni o servizi di loro competenza*» (art. 1 della legge n. 56 del 2014).

La sentenza appellata ha ritenuto che l'unione di comuni sia ente locale a sé stante, distinto dall'esercizio associato di funzioni.

Tale soluzione risulta corretta in conformità della *littera legis* ed anche per dare un senso alla distinzione tra unione di comuni ed esercizio associato di funzioni e servizi, di cui all'art.33 del t.u.e.l.

Il quadro ermeneutico è un po' complicato dalla sentenza 26 marzo 2015, n. 50 della Corte costituzionale che ha interpretato le unioni di comuni alla stregua di mere forme istituzionali di associazione tra Comuni per l'esercizio congiunto di funzioni o servizi di loro competenza.

Ma occorre riconoscere che, quand'anche fosse corretta tale soluzione, per cui l'unione dei comuni non possa ritenersi ente territoriale ulteriore e diverso rispetto ai comuni che la originano, il risultato sarebbe destinato a non cambiare ai fini che qui ci occupano, atteso che anche un siffatto "ufficio comune" realizzerebbe comunque un'imputazione a sé dell'atto e dunque

anche della concessione, oggetto della gara, con la conseguenza che dovrebbe in ogni caso procedersi alla sommatoria degli abitanti dei Comuni facenti parte dell'unione per stabilire il parametro di capitale sociale minimo richiesto dalla norma. In altre parole, come condivisibilmente allegato nel controricorso, *«il servizio messo a gara riguarda [...] la riscossione di entrate di competenza di un unico centro di imputazione il cui bacino di utenza è di 37.593 abitanti»*. Non si è al cospetto di una pluralità di (contemporanee) concessioni per ciascun ente che compone l'Unione, come sarebbe nell'ipotesi di cui *sub* lett. a), ma di un'unica concessione, rispetto alla quale l'Unione, prima ancora che stazione appaltante, è committente e destinataria della prestazione. Ne discende che la fattispecie ricade nell'ambito dell'art. 3-*bis*, comma 1, lett. b), del d.l. n. 40 del 2010, con il corollario che legittimo è il requisito di capacità economica e finanziaria prescritto alla pagina 9 del bando/disciplinare, di cui al prot. n. 7597 del 19 maggio 2016.

3. - Il secondo motivo di appello critica poi la sentenza con riguardo alla statuizione di inammissibilità del ricorso principale, indirizzato nei confronti degli atti di gara, per carenza di interesse della società Fintel, nella considerazione che la stessa vantava un capitale di soli euro 1.600.000, essendole pertanto preclusa la partecipazione alla procedura negoziata, senza che possa riconoscersi valore alla astratta possibilità di avvalersi, in caso di aggiudicazione, della capacità economica di altro soggetto. Deduce l'appellante anzitutto l'erroneità della pronuncia basata sulla mera eventualità (e non certezza) che la Fintel non rinvenga un'impresa ausiliaria per il prestito dei requisiti; inoltre sottolinea come sia viziata l'indizione della gara in assenza di qualsivoglia forma di pubblicità e trasparenza, circostanza di per sé

impeditiva del preventivo reperimento delle risorse necessarie per la partecipazione, e dunque anche di un soggetto idoneo per l'avvalimento (peraltro sostituibile), e comunque allorchè sia azionato in giudizio un interesse strumentale alla rinnovazione della procedura.

Anche tale motivo è infondato.

Sotto il primo generale profilo, non può parlarsi di una pronuncia di inammissibilità per carenza di interesse in astratto, in quanto la prospettazione dell'appellante di avvalersi di un'impresa ausiliaria enuclea piuttosto, in sé, un interesse ipotetico, ma non attuale e neppure concreto al momento della proposizione del ricorso.

Anche il secondo, articolato, profilo, basato sulla mancanza di pubblicità della gara, correlata all'interesse strumentale, non merita condivisione, in quanto la procedura è stata legittimamente svolta, in conformità di quanto disposto dall'art. 36, comma 2, lett. b, del d.lgs. n. 50 del 2016, applicabile anche alle concessioni, secondo il rinvio contenuto nel successivo art. 164, per affidamenti di servizi sotto soglia di rilevanza comunitaria (nel caso di specie il valore è pari ad euro 122.661,01). In particolare, la stazione appaltante ha seguito il paradigma della procedura negoziata previa consultazione di almeno cinque operatori economici, individuati tramite elenco già formato (e senza ricorrere dunque ad indagini di mercato) tra i diciannove qualificati mediante iscrizione al portale telematico della Regione Lombardia Arca-Sintel (con modalità consentita dall'art. 216, comma 9, del codice dei contratti pubblici, sino all'adozione delle Linee guida n. 4, intervenute il successivo 26 ottobre 2016). Gli obblighi di pubblicazione di cui all'art. 29 del d.lgs. n. 50 del 2016 sono stati assolti ai soli fini di pubblicità notiziale e non allo scopo di

consentire la partecipazione alla procedura, rispetto alla quale la platea dei partecipanti è rimessa alle determinazioni della stazione appaltante.

Né un diverso titolo di partecipazione può derivare dal fatto che Fintel Engineering s.r.l. fosse il gestore uscente (anche ammesso che tale potesse considerarsi quale affittuario del ramo di azienda di Eurodata s.r.l.), non essendo ciò previsto dall'art. 36, che, anzi, al primo comma, enuclea, tra i principi (o criteri) che presiedono agli affidamenti sotto soglia, quello di rotazione degli inviti e degli affidamenti, il quale ha come corollario, da solo, a bene considerare, dirimente ai fini del decidere, quello per cui l'invito al precedente gestore ha carattere eccezionale e deve essere adeguatamente motivato (in termini Cons. Stato, V, 13 dicembre 2017, n. 5854).

Ne discende la correttezza della statuizione di inammissibilità.

4. - Solo per completezza espositiva va precisato come infondata risulti anche la censura di primo grado volta a contestare la nomina della Commissione giudicatrice in data 8 giugno 2016, e dunque nello stesso giorno di scadenza del termine per la presentazione delle offerte, in pretesa violazione dell'art. 77, comma 7, del d.lgs. n. 50 del 2016.

Si evince infatti dalla determina in data 8 giugno 2016 che la nomina della Commissione è intervenuta successivamente alle ore 12, scadenza del termine per la presentazione delle offerte; d'altro canto tale circostanza, allegata nei propri scritti difensivi dall'appellata Unione Comunale dei Colli, non è contestata dall'appellante.

5. - In conclusione, alla stregua di quanto esposto, l'appello va respinto.

La complessità, anche fattuale, della controversia integra le ragioni che per legge consentono la compensazione tra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa tra le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 aprile 2018 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere, Estensore

Giovanni Grasso, Consigliere

L'ESTENSORE
Stefano Fantini

IL PRESIDENTE
Carlo Saltelli

IL SEGRETARIO