

AMMINISTRAZIONE PUBBLICA

Contratti

OPERE PUBBLICHE E SERVIZI (APPALTO DI)

In genere

REPUBBLICA ITALIANA

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 3241 del 2020, proposto da

Regione Lombardia, in persona del Presidente pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Piera Pujatti, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Andrea Manzi in Roma, via Confalonieri n. 5;

contro

P.I. s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco De Leonardis e Flavia Speranza, con domicilio eletto presso la Funzione Affari Legali di P.I. s.p.a. in Roma, viale Europa n. 175;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Sezione Prima) n. 507/2020, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello ed i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di P.I. s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 settembre 2020 il Cons. Valerio Perotti;

Svolgimento del processo

Con ricorso al Tribunale amministrativo della Lombardia, P.I. s.p.a. impugnava gli atti di gara relativi all'appalto del servizio di riscossione coattiva dei tributi regionali e delle entrate della Giunta, del Consiglio e di Polis Lombardia, di cui al bando pubblicato sulla G.U.R.I. del 5 luglio 2019.

Con la stipula del relativo contratto venivano trasferite all'aggiudicatario, in particolare, le potestà e le funzioni inerenti alla riscossione coattiva delle entrate oggetto del servizio, così come il rischio operativo sostanziale derivante dall'esercizio dei poteri finalizzati all'incasso delle liste di carico delle ingiunzioni affidate al contraente.

L'art. 4 del Capitolato di gara descriveva le attività che il vincitore avrebbe dovuto svolgere e le relative modalità esecutive.

L'art. 19 del Capitolato, inoltre, prevedeva che il servizio oggetto di gara avrebbe potuto essere svolto solamente da contraenti iscritti nell'apposito Albo ministeriale dei soggetti abilitati ad effettuare le attività di liquidazione, accertamento e riscossione dei tributi, nonché di altre entrate dei Comuni e delle Province,

previsto dall'art. 53 del D.Lgs. n. 446 del 1997. Al riguardo, l'art. 92, comma 3-bis, della L.R. n. 10 del 2003 prevede che "Per la riscossione coattiva dei tributi regionali di cui al Titolo III, nonché delle altre entrate regionali, sono applicabili le modalità previste per gli enti locali", ferma restando la possibilità di ricorrere al subappalto.

A sua volta, l'art. 7, lett. d) del Disciplinare di gara prevedeva, fra i requisiti soggettivi, "iscrizione all'Albo Ministeriale dei soggetti abilitati ad effettuare le attività di liquidazione, accertamento e riscossione dei tributi nonché di altre entrate dei Comuni e delle Province, previsto dall'art. 53 del D.Lgs. n. 446 del 1997 e disciplinato dal D.M. 11 settembre 2000, n. 289, art. 6, comma 1, lettera b) come modificato dall'art. 3-bis del D.L. 25 marzo 2010, n. 40. In caso di raggruppamenti temporanei di imprese, fermo restando l'obbligo per ciascuna impresa di possedere l'iscrizione all'Albo Ministeriale, il requisito di cui all'art. 6, comma 1, lett. b) del D.M. n. 289 del 2000 come modificato dall'art. 3-bis del D.L. 25 marzo 2010, n. 40 dovrà essere posseduto almeno una delle imprese componenti il RTI".

Con il primo motivo di ricorso, la ricorrente deduceva l'illegittimità della lex specialis, nella parte in cui richiedeva appunto a tutti i concorrenti, e pertanto, anche ai partecipanti ad un'Associazione temporanea di imprese, l'iscrizione al detto Albo ministeriale, ritenendo tal previsione illegittimamente restrittiva della concorrenza.

Con il secondo motivo di gravame, invece, lamentava l'illegittimità della lex specialis nella parte in cui non aveva per contro imposto ai concorrenti, ai fini dell'esecuzione delle relative prestazioni, il possesso dell'autorizzazione allo svolgimento dell'attività di servizio postale, ai sensi degli artt. 5 e 6 del D.Lgs. n. 261 del 1999.

Costituitasi in giudizio, la Regione Lombardia contestava la fondatezza del ricorso, chiedendone la reiezione.

Con sentenza 17 marzo 2020, n. 507, il giudice adito accoglieva il ricorso, sul presupposto che le prestazioni oggetto della procedura di gara non si limitassero a quelle proprie dell'attività di riscossione coattiva - per le quali effettivamente la legge prescrive come necessaria l'iscrizione all'Albo di cui all'art. 53 D.Lgs. n. 446 del 1997 cit. - bensì includessero anche i servizi accessori alle stesse (quali il recapito degli atti, mediante posta ordinaria, raccomandata, ed a mezzo notifica, e la gestione del rapporto con i cittadini ed utenti, mediante sportelli, call center e sito web), per il cui svolgimento detta abilitazione non è invece richiesta.

Avverso tale decisione la Regione Lombardia interponeva appello, deducendo i seguenti motivi di impugnazione:

- 1) Violazione di legge (art. 48 D.Lgs. n. 50 del 2016 - Art. 53 del D.Lgs. n. 446 del 1997) - Violazione art. 97 Cost. - Errore di fatto e di diritto - Mancata considerazione di elemento decisivo per la risoluzione della controversia - Perplessità nella motivazione".
- 2) Violazione di legge (art. 5 e 6 del D.Lgs. n. 291 del 1999) - Errore di fatto e di diritto.
- 3) Violazione di legge (art. 92 c.p.c.) - Illogicità della motivazione.

Costituitasi in giudizio, P.I. s.p.a. concludeva per l'infondatezza del gravame, del quale chiedeva la reiezione.

Quindi, all'udienza del 24 settembre 2020 la causa veniva trattenuta in decisione.

Motivi della decisione

Con il primo motivo di appello viene dedotta l'irrilevanza del rilievo - posto a base delle motivazioni della sentenza impugnata - per cui la gara in questione avrebbe avuto un oggetto chiaramente eterogeneo, dal che l'irragionevolezza di richiedere in capo a tutti i concorrenti l'iscrizione all'Albo ministeriale previsto dall'art. 53 del D.Lgs. n. 446 del 1997.

Ad avviso del primo giudice, in particolare, poiché "solo poco più della metà del valore delle relative prestazioni sarebbe stato riconducibile ad attività di riscossione, risulta del tutto irragionevole e sproporzionato l'aver precluso la partecipazione a tutti i concorrenti privi dell'iscrizione all'Albo Ministeriale".

Nel caso di specie, contesta invece l'appellante, l'amministrazione aveva in realtà un evidente e concreto interesse a che tutti i componenti dei raggruppamenti presenti in gara potessero svolgere l'intera prestazione: la rilevata eterogeneità della stessa, pertanto, nessuna rilevanza poteva avere ai fini dell'oggetto del contendere, mentre era invece determinante il fatto che la stazione appaltante, ai sensi dell'art. 48 del D.Lgs. n. 50 del 2016, avesse scelto di richiedere che tutte le componenti del

raggruppamento fossero idonee a svolgere le attività, secondo quanto disposto dall'art. 7.4 del disciplinare di gara.

Del resto, contesta l'appellante, la *lex specialis* non prevedeva alcuna distinzione fra le prestazioni, che dovevano pertanto ritenersi tutte "principali", tanto più in ragione delle peculiarità del servizio di riscossione messo a bando, che giustificavano la responsabilità solidale di ciascuno degli operatori economici del raggruppamento per tutte le prestazioni dell'appalto, le quali potevano dunque essere richieste indifferentemente a ciascuno di essi.

Una volta attuata questa scelta, il requisito dell'iscrizione all'Albo ministeriale non poteva più solamente dirsi legittimo, ma a tutti gli effetti obbligatorio.

Dovrebbe quindi concludersi per l'erroneità delle valutazioni svolte dal primo giudice, che non si sarebbe avveduto del fatto che le attività qualificate in sentenza come accessorie (il recapito degli atti mediante posta ordinaria, raccomandata, ed a mezzo notifica, nonché la gestione del rapporto con cittadini ed utenti mediante sportelli, call center e sito web) sono tali proprio rispetto all'attività di riscossione, senza la quale il servizio diverrebbe del tutto superfluo.

Il motivo è fondato.

Va al riguardo confermato l'orientamento espresso, da ultimo, con i precedenti di Cons. Stato, V, 4 maggio 2020, n. 2785 e V, 5 aprile 2019, n. 2243, a mente dei quali, in relazione ad un appalto di servizi - qual è il caso su cui si verte - per il quale la legge di gara non distingue tra prestazioni principali e secondarie, limitandosi ad elencare le attività dedotte in contratto, non può essere ammessa la partecipazione di raggruppamenti temporanei di imprese di tipo "verticale", in aderenza ai principi evincibili dall'art. 48, comma 2, del D.Lgs. n. 50 del 2016.

Per l'effetto, potendo operare in tale contesto solo dei raggruppamenti di tipo "orizzontale" (nei quali, ai sensi dell'art. 48, comma 2 D.Lgs. n. 50 del 2016, "gli operatori economici eseguono il medesimo tipo di prestazione"), i partecipanti alla gara (sia in forma individuale che associata) avrebbero dovuto essere in possesso di tutti i requisiti - nessuno escluso - previsti dalla *lex specialis* per eseguire le prestazioni oggetto dell'appalto, relativamente alle quali assumono indistintamente responsabilità solidale (ex multis, Cons. Stato, V, 5 aprile 2019, n. 2243; V, 7 dicembre 2017, n. 5772).

Oggetto dell'affidamento era il servizio di riscossione coattiva dei tributi e delle altre entrate, e non altro: deve dunque ritenersi legittima e coerente con quanto in precedenza rilevato la previsione dell'art. 7.1, lett. d) del disciplinare di gara, che indicava tra i requisiti di idoneità anche l'iscrizione "all'Albo Ministeriale dei soggetti abilitati ad effettuare le attività di liquidazione, accertamento e riscossione dei tributi nonché di altre entrate dei Comuni e delle Province, previsto dall'art. 53 del D.Lgs. n. 446 del 1997 e disciplinato dal D.M. 11 settembre 2000, n. 289, art. 6, comma 1, lettera b) come modificato dall'art. 3-bis del D.L. 25 marzo 2010, n. 40. In caso di raggruppamenti temporanei di imprese, fermo restando l'obbligo per ciascuna impresa di possedere l'iscrizione all'Albo Ministeriale, il requisito di cui all'art. 6, comma 1, lett. b) del D.M. n. 289 del 2000 come modificato dall'art. 3-bis del D.L. 25 marzo 2010, n. 40 dovrà essere posseduto almeno una delle imprese componenti il RTI".

La circostanza poi che al servizio di riscossione accedessero ulteriori servizi strumentali - per di più considerati dalla *lex specialis* come meramente eventuali e facoltativi - quale quello di notifica degli atti a mezzo posta, non vale dunque a giustificare il mancato possesso, in capo ad un operatore economico che avesse voluto partecipare alla gara, di tale decisivo requisito, qualificante l'oggetto stesso dell'appalto.

Con il secondo motivo di appello la sentenza impugnata viene inoltre censurata nella parte in cui ha ritenuto l'illegittimità della *lex specialis* per non aver prescritto, ai fini della partecipazione, per la parte di erogazione del servizio postale la necessità che l'aggiudicatario possieda licenza o autorizzazione nell'ambito del servizio postale.

Con ciò facendo, però, il primo giudice sarebbe caduto in contraddizione, da un lato negando all'amministrazione - in ragione della necessità di assicurare la massima apertura della gara alla partecipazione di un più elevato numero di operatori economici - la facoltà di richiedere a tutti i partecipanti un requisito obbligatorio ex lege, e dall'altro all'opposto restringendo detta possibilità di partecipazione, col richiedere a sua volta una particolare abilitazione peraltro riferita ad un'attività non obbligatoria (ossia la notifica a mezzo posta, che rappresenta solamente una delle varie modalità di comunicazione degli atti).

Sotto diverso ma complementare profilo, la sentenza impugnata avrebbe di fatto impropriamente equiparato due diverse autorizzazioni, in realtà tra loro del tutto diverse ai fini del servizio in gara: mentre infatti l'attività di accertamento e riscossione doveva ritenersi necessitata, quella di spedizione (a mezzo posta) sarebbe stata solamente eventuale.

Tale diversità, vale la pena anticipare, troverebbe riscontro anche nelle difese di P.I. s.p.a., che nella propria memoria dell'8 settembre 2020 riconosce (sia pure ai fini di una surrettizia distinzione tra attività principali e secondarie, non esplicitata nella legge di gara) come l'oggetto della gara prevedesse "una prestazione principale - la riscossione coattiva - e altre prestazioni secondarie tra cui i servizi postali (posta

ordinaria, posta raccomandata e notifica atti giudiziari), le attività di gestione del rapporto con i cittadini ed utenti (sportelli, call center e sito web) e le attività di formazione (cfr. art. 3 del disciplinare di gara, doc. 2, e art. 4 del capitolato speciale)".

Anche questo motivo può ritenersi fondato.

Sul punto la sentenza appellata così motiva: "Se è pur vero che, come osservato dalla difesa regionale, "il vincitore potrà scegliere le modalità di comunicazione e notificazione degli atti", e che "nel caso ritenga di notificare l'intero o parte del carico delle notifiche tramite il servizio postale, e quindi subappaltare tale attività, dovrà verificare che il subappaltatore posseda tutti i titoli abilitativi previsti dagli artt. 5 e 6 del D.Lgs. n. 291 del 1999", ciò potrà tuttavia avere luogo solo per una parte dei servizi postali sopra evidenziati, il cui importo complessivo, come indicato nella stessa lex specialis, eccede invece la quota subappaltabile, secondo la normativa vigente al momento della sua pubblicazione".

Con riguardo a quest'ultima considerazione, il Collegio ritiene siano persuasive le obiezioni mosse dall'appellante alla verosimile stima (non essendo tale aspetto puntualmente sviluppato in sentenza) del valore complessivo delle attività subappaltabili, calcolata in oltre il 40% del valore contrattuale, sulla base di una tabella, contenuta negli atti di gara, atta ad individuare la base d'asta.

Tale tabella, però, facendo riferimento a semplici dati "storici", aveva una valenza puramente indicativa e non vincolante, in quanto finalizzata ad offrire un indice di accertamento della copertura contabile dell'appalto e della sua concreta gestibilità con riferimento al valore delle singole prestazioni.

Trattandosi di una semplice proiezione di stima orientativa, non risulta dimostrato che il valore dell'eventuale subappalto dei servizi di notifica a mezzo posta avrebbe in concreto superato il limite del 40% del valore complessivo dell'appalto, tanto più che, nello specifico, proprio la libertà riconosciuta all'operatore economico di scegliere le modalità di comunicazione e notificazione degli atti neppure consente di fondare, a priori ed in astratto, l'inevitabilità del superamento del detto limite.

Deve quindi concludersi che non trova giustificazione, né giuridica né logica, l'ipotetica imposizione, in capo ai partecipanti alla gara, del possesso dell'autorizzazione allo svolgimento dell'attività di servizio postale, non essendosi in presenza di un'attività indispensabile ed obbligatoria (a differenza, come già detto, dell'attività di accertamento e riscossione, necessitata e non subappaltabile, ai sensi dell'art. 19 del Capitolato), bensì eventuale e tendenzialmente discrezionale.

Né tali conclusioni trovano smentita (quanto piuttosto, a contrario, conferma) nei precedenti della Sezione richiamati da P.I. s.p.a. (in particolare, Cons. Stato, V, 24 marzo 2014, n. 1421 e V. 31 gennaio 2017, n. 380), riferiti giustappunto ad affidamenti di soli servizi accessori e non anche - com'è invece il presente caso - dell'attività di riscossione propriamente intesa.

L'accoglimento dei primi due motivi di appello è poi assorbente del terzo, con il quale viene censurata la regolazione delle spese di lite del precedente grado di giudizio.

Alla luce delle considerazioni che precedono l'appello va dunque accolto.

Le spese del doppio grado di giudizio, liquidate come da dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie, per l'effetto respingendo, in riforma della sentenza impugnata, il ricorso originariamente proposto da P.I. s.p.a.

Condanna quest'ultima al pagamento, in favore della Regione Lombardia, delle spese di lite del doppio grado di giudizio, che liquida in complessivi Euro 10.000,00 (diecimila/00), oltre Iva e Cpa se dovute.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 settembre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Fabio Franconiero, Presidente FF

Raffaele Proserpi, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere, Estensore

Angela Rotondano, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere
