

Publicato il 20/01/2021

N. 00623/2021REG.PROV.COLL.
N. 04557/2020 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 4557 del 2020, proposto da Fintel Engineering s.r.l. in proprio e nella qualità di capogruppo mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con Project Automation s.p.a., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentate e difese dall'avvocato Gabriele Bicego, con domicilio digitale come da registri di Giustizia;

contro

Consorzio Oltrepò Mantovano, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Paolo Colombo, con domicilio digitale come da registri di Giustizia;

Comune di Pegognaga, in persone del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Paolo Colombo, con domicilio digitale come da registri di Giustizia;

Unione dei Comuni Terre di Zara e Po, non costituita in giudizio;

nei confronti

Maggioli S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Sergio Galli, con domicilio digitale come da registri di Giustizia;

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia - sezione staccata di Brescia, sez. I, n. 334/2020, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Consorzio Oltrepò Mantovano, di Maggioli S.p.A. e del Comune di Pegognaga;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto il dispositivo di sentenza n. 7948 dell'11 dicembre 2020;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 novembre 2020, tenuta da remoto secondo quanto stabilito dall'art. 25, comma 1, del d.l. 18 ottobre 2020, n. 137, il Cons. Giovanni Grasso e uditi per le parti gli avvocati Gabriele Bicego, Paolo Colombo e Sergio Galli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- Con ricorso proposto dinanzi al TAR per la Lombardia – sede di Brescia, Fintel s.r.l. e Project s.r.l., nella rispettiva qualità di mandataria e mandante del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese, impugnavano provvedimenti relativi alla procedura di gara indetta dall'Unione di Comuni Terre di Zara e Po per l'“*affidamento del servizio di rilevazione automatica della velocità veicolare in postazione fissa in due posizioni e servizi complementari*”.

Con un primo ordine di doglianze lamentavano l'illegittimità della mancata esclusione della controinteressata Maggioli s.p.a. per difetto dell'iscrizione all'albo degli agenti di riscossione di cui all'art. 52, comma 5 del d. lgs. 15.12.1997, n. 446 e del D.M. n. 289/2000: iscrizione asseritamente necessaria, in

ragione delle attività di accertamento e riscossione previste dal capitolato speciale d'appalto.

Con un secondo motivo deducevano violazione dei principi di trasparenza e pubblicità delle operazioni di gara, di cui agli artt. 30, comma 1, 40 e 58, comma 7, d. Lgs. n. 50/2016, nonché violazione delle norme di procedura fissate dall'art. 13 del disciplinare, in quanto la procedura evidenziale – benché indetta in forma telematica – si era poi, di fatto, svolta in forma cartacea (senza utilizzo della firma digitale), con pubblicazione dei relativi verbali sulla piattaforma Sintel, prescelta per lo svolgimento della procedura, in semplice formato .pdf.

Con successivo ricorso per motivi aggiunti impugnavano anche la determinazione n. 17 del 9.10.2019 di “*aggiudicazione definitiva della gara alla Maggioli S.p.a.*”, lamentando anche, in aggiunta ai motivi già fatti valere con il ricorso introduttivo, violazione dell'art. 58, comma 1 del d. lgs. n. 50/2016, relativamente all'obbligo per le stazioni appaltanti di ricorrere “*a procedure di gara interamente gestite con sistemi telematici nel rispetto delle disposizioni di cui al presente codice*”, di nuovo denunciando che la gara in questione, pur essendo stata indetta in forma telematica, si era poi svolta per la gran parte delle operazioni in modalità *off line*.

2.- Nel rituale contraddittorio delle parti, con la sentenza n. 334/2020, il TAR adito respingeva il ricorso, sul complessivo ed argomentato assunto:

a) che il bando e il capitolato di gara non prevedessero l'affidamento dell'attività di accertamento e riscossione coattiva delle sanzioni, ma mere attività di supporto a tali attività riservate, con la conseguenza che per il loro svolgimento non sarebbe stata necessaria l'iscrizione all'albo ministeriale di cui all'art. 52, comma 5, del d. lgs. 446/1997;

b) che, pur trattandosi di gara telematica, non sarebbe stato necessario che i verbali fossero caricati sulla piattaforma elettronica o redatti in formato digitale idoneo a consentirne la sottoscrizione e datazione, potendosi ammettere il

ricorso a modalità di verbalizzazione cartacea, di suo assistita da fede privilegiata, fino a querela di falso;

c) che, più in generale, non potesse ritenersi precluso lo svolgimento con modalità cartacee delle gare, quand'anche indette in forma telematica.

3.- Con atto di appello, notificato nei tempi e nelle forme di rito, Fintel Engineering s.r.l. e Project Automation s.p.a. impugnano la ridetta statuizione, di cui lamentano la complessiva erroneità ed ingiustizia, invocandone l'integrale riforma.

Si sono costituiti in giudizio, per resistere al gravame, il Consorzio Oltrepò Mantovano, il Comune di Pegognaga e Maggioli s.p.a..

Alla pubblica udienza del 26 novembre 2020, tenuta da remoto, sulle reiterate conclusioni dei difensori delle parti, la causa è stata riservata per la decisione.

DIRITTO

1.- L'appello non è fondato e va respinto.

2.- Con il primo motivo le appellanti deducono illegittimità della sentenza impugnata nelle parte in cui ha ritenuto che la *lex specialis* e, di conserva, l'offerta formulata dall'aggiudicataria non prevedessero lo svolgimento di attività di accertamento e riscossione riservata agli iscritti all'albo di cui al d. lgs. n. 446/1997. In particolare, sull'assunto che l'attività oggetto di affidamento comprendesse l'accertamento delle infrazioni e la riscossione delle relative sanzioni, ribadiscono che Maggioli s.p.a. avrebbe dovuto essere estromessa dalla gara, in quanto non iscritta al relativo albo di e priva, quindi, di un essenziale requisito di partecipazione.

2.1.- Il motivo non è fondato.

2.1.1.- Importa premettere che la giurisprudenza è consolidata nella distinzione, in relazione ai servizi di rilevazione automatica della velocità veicolare, di due diverse fattispecie, secondo che la prestazione che ne costituisce programmatico oggetto: a) integri “*un compito di mero supporto all'attività dell'ente e/o di attività di*

recupero di crediti”, restando in capo all’Ente locale “*la titolarità [...] delle attività relative all’accertamento e riscossione delle entrate*”; *b*) si accompagni ad una “*vera e propria attività di accertamento (dovendosi individuare il soggetto debitore e notificargli il verbale) e di riscossione*”.

Solo nel secondo caso sussiste (cfr. Cons. Stato, sez. V, 24 marzo 2014, n. 1421; Id., 20 aprile 2015, n. 1999; Id., 31 gennaio 2017, n. 380) la necessità che, in base all’art. 52, comma 5, lettera *b*) n. 1 del d. lgs. 15 dicembre 1997, n. 446 l’affidamento operi a favore di soggetti “*iscritti nell’albo di cui all’art. 53, comma 1*”.

L’interpretazione letterale e restrittiva della norma si giustifica: *a*) alla luce della necessità che solo quando si trovino concretamente “*a gestire entrate pubbliche e l’incasso delle stesse su propri conti correnti*” i soggetti affidatari, abilitati al “*maneggio di danaro pubblico*”, siano sottoposti ad un preventivo e formale vaglio di “*affidabilità patrimoniale*”, attraverso il controllo ministeriale sulla capacità economica, sulla capacità organizzativa e in ordine ai requisiti di moralità prescritti; *b*) in base al principio di proporzionalità, che – difettando tali speciali condizioni – renderebbe il requisito, in quanto arbitrariamente limitativo della concorrenza, non solo non necessario, ma irragionevole e sproporzionato.

Invero, come statuito dalla Corte di Giustizia UE nella sentenza 10 maggio 2012, C-357/10 e C-359/10, l’applicazione generalizzata ad ogni tipologia di gara, a prescindere dall’importo del contratto, del requisito di capitale minimo necessario per l’iscrizione all’albo dei concessionari, costituisce una misura sproporzionata rispetto al pur legittimo obiettivo perseguito dall’Amministrazione di tutelarsi rispetto all’inadempimento del privato affidatario, poiché quest’ultimo può essere realizzato senza arbitrarie barriere di ingresso, semplicemente modulando i requisiti di capacità tecnica e finanziaria “*in funzione del valore dei contratti di cui essa è effettivamente titolare*” (§ 44 della motivazione).

Per giunta, qualora l'oggetto dell'appalto sia costituito solo dall'attività di supporto alla gestione, accertamento e riscossione delle entrate, tributarie e non, degli Enti locali, e non già dall'affidamento di una concessione omnicomprensiva del servizio, *non viene in rilievo l'attribuzione di funzioni pubbliche*, giacché il controllo e la responsabilità su tutte le attività di accertamento e riscossione *rimane in capo alla stazione appaltante*, attraverso l'utilizzo di modelli da questa predisposti, nonché attraverso il controllo e l'assunzione di responsabilità da parte del funzionario responsabile del Comune su tutte le attività svolte dall'aggiudicataria (cfr. Cons. Stato, V, n. 380/2017 cit.).

Non è inutile aggiungere, infine, che il tentativo – operato con l'art. 1, comma 1 d.l. 16 ottobre 2017, n.148 (*Disposizioni urgenti in materia finanziaria e per esigenze indifferibili*), convertito, con modificazioni, dalla l. 4 dicembre 2017, n. 172 – di generalizzare a “*tutte le funzioni e le attività di supporto propedeutiche all'accertamento e alla riscossione*” il requisito della iscrizione all'albo, non ha avuto seguito, essendo stato soppresso, a decorrere dal 1° gennaio 2018, dall'art. 1, comma 39, l. 27 dicembre 2017, n. 205 (*Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2018 e bilancio pluriennale per il triennio 2018-2020*).

2.1.2.- Ciò posto, nel caso di specie – come si evince dalla lettura degli artt. 1 e 2 del capitolato speciale d'appalto – oggetto di gara erano esclusivamente attività materiali, propedeutiche e di supporto, restando alla stazione appaltante tanto l'accertamento delle violazioni e l'irrogazione delle conseguenti sanzioni, quanto la riscossione dei crediti.

Ne discende che – non trattandosi di *concessione* del servizio di riscossione, ma di mero *appalto* di compiti strumentali – non fosse necessario, come esattamente ritenuto dal primo giudice, il requisito dell'iscrizione all'albo da parte degli operatori economici concorrenti.

3.- Con il secondo ed il terzo motivo di gravame, che possono essere esaminati congiuntamente perché strettamente connessi, le appellanti censurano la

sentenza nella parte in cui ha ritenuto, per un verso, che le gare telematiche non debbano essere gestite in modalità “*interamente telematica*” e che, per altro verso, nelle stesse non debba essere rispettato il principio di pubblicità e che i verbali possano essere redatti in forma solo cartacea, avendo gli stessi natura di atto pubblico facente piena prova fino a querela di falso.

Assumono, in particolare, che la mancata pubblicazione sulla piattaforma Sintel dei verbali delle sedute della Commissione giudicatrice del 2 e del 16 luglio 2019, e le modalità di redazione e di pubblicazione degli stessi, lascerebbero presumere un’illecita commistione fra la valutazione dell’offerta tecnica e la valutazione dell’offerta economica, senza escludere il sospetto di una possibile e successiva alterazione: eventualità, questa, che troverebbe conferma nella evidenziata discordanza fra i punteggi pubblicati sulla piattaforma e quelli contenuti nel verbale di gara e nella proposta di aggiudicazione.

3.1.- Il motivo non è fondato.

3.1.1.- Osserva, in premessa, il Collegio che la critica delle appellanti muove su due fronti: *a)* per un verso, contesta – *in generale ed in astratto* – la possibilità di gestire, anche solo in parte, in modalità c.d. *off line*, con verbalizzazione cartacea e successiva pubblicazione dei verbali in formato .pdf, procedure bandite secondo modalità telematiche; *b)* per altro verso denuncia – *in particolare e in concreto* – la violazione, nel caso di specie, delle regole di trasparenza e di pubblicità evidenziale, alla luce della disciplina prevista dalla *lex specialis* ed in considerazione della denunciata discrasia tra le risultanze dell’attività di verbalizzazione.

3.1.2.- Sotto il primo profilo va osservato che l’art. 58 del d. lgs. n. 50/2016 abilita le stazioni appaltanti – nel rispetto dei principi di trasparenza, semplificazione ed efficacia e ferma restando l’integrale applicazione delle ordinarie regole procedurali – a fare ricorso “*a procedure di gara interamente gestite con sistemi telematici*” (comma 1), con la presentazione di un’unica offerta, ovvero “*attraverso un’asta elettronica*” (comma 2).

Sul piano tecnico, “*il colloquio e la condivisione dei dati*”, in termini di “*comunicazioni e cambio di informazioni*” deve avvenire nel rispetto del *Codice dell’amministrazione digitale* di cui al d. lgs. 7 maggio 2005, n. 82 e delle specifiche operative di cui all’art. 52 del d. lgs. n. 50/2016, integrate da “*regole tecniche aggiuntive*” emanate, ai sensi dell’art. 58, comma 10, dalla Agenzia per l’Italia Digitale (AGID), che, allo stato, vi ha provveduto con circolare n. 3 del 6 dicembre 2016.

Importa evidenziare che, in base a tali regole tecniche, la “*dematerializzazione*” dei dati e lo scambio di informazioni “*con mezzi elettronici*” concerne, relativamente alla fase di pre-aggiudicazione: *a)* la c.d. *e-notification* (cioè la pubblicazione elettronica dei bandi di gara); *b)* il c.d. *e-access* (accesso elettronico ai documenti di gara); *c)* la c.d. *e-submission* (cioè la presentazione delle offerte in formato elettronico, con attribuzione dei codici identificativi personali necessari ad operare sulla relativa piattaforma telematica: cfr. art. 58, comma 4); *d)* il c.d. *e-Certis* (il sistema informatico che consente di individuare i certificati e gli attestati più frequentemente richiesti nelle gare d’appalto); *e)* il ricorso all’*ESPD* (documento europeo unico di gara).

È evidente, per contro, che, una volta scaduto il termine di ricezione delle offerte, l’*esame* delle dichiarazioni e della documentazione attestante il possesso dei requisiti di partecipazione alla procedura e, all’esito, la *valutazione*, in successione, delle offerte tecniche e di quelle economiche, sono effettuate dalla stazione appaltante secondo le ordinarie modalità *off line* (cfr. art. 58, comma 6, la cui abrogazione, ad opera dell’art. 37, comma 1, lettera *b)* del d. lgs. 19 aprile 2017, n. 56 è dovuta, come emerge dalla relazione illustrativa, alla inutilità della previsione, in quanto già operante alla luce delle regole generali, comprensivamente richiamate dal comma 1).

Per queste attività, la mera *comunicazione* (attraverso la pubblicazione sulla piattaforma telematica) avviene con il mezzo elettronico, senza ricorso alla verbalizzazione cartacea.

Nondimeno, le quante volte la stazione appaltante (e, segnatamente, la Commissione giudicatrice) abbia materialmente redatto verbale “cartaceo” delle operazioni effettuate, sottoscrivendolo senza ricorso alla firma digitale, si è in presenza – sempreché sia stata curata la pubblicazione dei verbali, anche in formato .pdf., a fini di trasparenza e di accesso – di una *mera irregolarità formale*, non idonea ad inficiare la correttezza e la legittimità delle operazioni valutative effettuate. E ciò in quanto siffatte modalità sono perfettamente in grado di conseguire comunque lo scopo informativo, a cui sono normativamente preordinate.

Esattamente, perciò, il primo giudice ha, per un verso, escluso che l'intera procedura dovesse svolgersi in forma telematica (il che era, del resto, espressamente previsto dalla stessa *lex specialis*, cui l'Amministrazione si è puntualmente conformata: cfr. art. 11.2, con riferimento alle modalità ‘miste’ di elaborazione della graduatoria, all'esito della valutazione delle offerte economiche); ma, soprattutto, ha ribadito, in conformità all'orientamento consolidato, l'attitudine fidefaciente dei verbali di gara, la cui ventilata falsità, materiale od ideologica, avrebbe dovuto essere fatta valere con querela di falso (Cons. Stato, sez. V, 24 ottobre 2019, n. 7270; Id. 18 febbraio 2013, n. 978; Id., III, 27 settembre 2016, n. 3970).

Il motivo è perciò infondato.

4.- Con il quarto motivo di gravame, le appellanti censurano la sentenza nella parte in cui ha disposto la liquidazione delle spese di lite nella misura, ritenuta eccessiva, di € 12.000,00, ponendole per due terzi a carico delle ricorrenti.

4.1.- Il motivo non può essere accolto.

Come è noto, l'apprezzamento del giudice in merito alla liquidazione delle spese è connotato da ampia discrezionalità, ancorata anche a principi di equità e convenienza, come tale insindacabile in appello, se non per il caso di condanna della parte totalmente vittoriosa o di liquidazione di somme palesemente

eccedenti le spese sostenute o illogicamente superiori ai valori massimi previsti nelle tariffe professionali (cfr. Cons. Stato, V, 29 ottobre 2014, n. 5361; Id, IV, 14 aprile 2006, n. 2107).

Nel caso di specie, avuto riguardo al valore della controversia (€ 212.000,00), la liquidazione risulta operata nel pieno rispetto dei parametri di cui alla Tabella 21 allegata al D.M. Giustizia n. 55/2014.

5.- Alla luce delle considerazioni che seguono, l'appello deve essere complessivamente respinto.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo che segue.

P.Q.M.

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

Condanna l'appellante alla refusione delle spese di lite, che liquida in complessivi € 5.000,00, oltre accessori di legge, a favore del Comune di Pegognaga, € 5.000,00, oltre accessori, a favore del Consorzio Oltrepò Mantovano ed € 5.000,00, oltre accessori, a favore di Maggioli s.p.a.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 26 novembre 2020, tenuta da remoto secondo quanto stabilito dall'art. 25, comma 1, del d.l. 18 ottobre 2020, n. 137, con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Raffaele Prospero, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere, Estensore

Anna Bottiglieri, Consigliere

L'ESTENSORE
Giovanni Grasso

IL PRESIDENTE
Carlo Saltelli

IL SEGRETARIO