

N. 01421/2014REG.PROV.COLL.
N. 05952/2012 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 5952 del 2012, proposto da:
Sapidata s.p.a., rappresentata e difesa dagli avv. Antonio Campagnola
e Antonio Pazzaglia, con domicilio eletto presso quest'ultimo, in
Roma, via Gianturco 1;

contro

Comune di Lucca, rappresentato e difeso dall'avv. Denis De Sanctis,
con domicilio eletto presso Valerio Menaldi in Roma, via Savoia 78;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. TOSCANA, SEZIONE I, n. 01329/2012,
resa tra le parti, concernente affidamento servizio gestionale atti
sanzionatori amministrativi relativi al codice della strada

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Lucca;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 febbraio 2014 il Cons. Fabio Franconiero e uditi per le parti gli avvocati Apice, su delega dell'avv. Campagnola, e De Sanctis;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La Sapidata s.p.a. impugnava davanti al TAR Toscana il bando e l'esclusione disposta in suo danno dalla procedura di affidamento in appalto del *“servizio gestionale degli atti sanzionatori amministrativi relativi al codice della strada e alle rimanenti violazioni amministrative di competenza del comando di polizia municipale”*, indetta dal Comune di Lucca con avviso pubblicato il 21 novembre 2011.

Oggetto di doglianza era la clausola del disciplinare richiedente come requisito di ammissione alla gara l'iscrizione all'albo nazionale *“dei soggetti privati abilitati ad effettuare attività di liquidazione, accertamento e riscossione dei tributi e di altre entrate delle province e dei comuni”*, istituito presso il Ministero dell'economia e finanze ai sensi dell'art. 53 d.lgs. n. 446/1997 (*“Istituzione dell'imposta regionale sulle attività produttive, revisione degli scaglioni, delle aliquote e delle detrazioni dell'Irpef e istituzione di una addizionale regionale a tale imposta, nonché riordino della disciplina dei tributi locali”*).

2. Disattendendo le censure della società ricorrente, non in possesso

del requisito, il TAR adito osservava che nel servizio posto a gara risultavano incluse non solo attività meramente interne di supporto all'attività amministrativa in materia di accertamento delle violazioni al codice della strada, ma anche *“funzioni che attengono alla gestione dei pagamenti spontanei e alla predisposizione dei ruoli, in tal modo ponendo le premesse per la successiva esecuzione forzata”*. Pertanto, concludeva nel senso che sotto questo profilo non fosse ravvisabile alcuna sproporzione o irragionevolezza nel contestato requisito, *“stante la comprensibile necessità dell'ente pubblico di avere le massime garanzie da parte degli operatori privati che vengono a svolgere importanti compiti di collaborazione con lo svolgimento di delicate funzioni di rilevanza pubblicistica”*.

3. La Sapidata ha proposto appello, nel quale:

- lamenta l'omesso esame da parte del TAR della censura nella quale aveva evidenziato che il servizio posto a gara non comporta l'esercizio di alcuna potestà di riscossione delle entrate;
- contesta che il servizio medesimo imponga all'appaltatore di provvedere alla gestione dei pagamenti spontanei delle sanzioni amministrative;
- osserva che la predisposizione dei ruoli, invece prevista nel capitolato d'appalto, si sostanzia in un mero adempimento materiale, prodromico alla successiva emissione del ruolo ed alla successiva attività di riscossione coattiva delle sanzioni, la quale rimane di esclusiva competenza dell'amministrazione.

Più in generale, l'appellante ribadisce che lo svolgimento di compiti di collaborazione all'ente nell'esercizio di funzioni pubbliche non

implica che queste siano giuridicamente imputabili al privato. Sostiene che, conseguentemente, le garanzie sulle capacità del privato ben possono essere assicurate attraverso la predeterminazione da parte dell'amministrazione dei requisiti di qualificazione alla gara (richiama sul punto la sentenza della Corte di Giustizia Ue 10 maggio 2012, in C-357/10 e C-359/10). A questo specifico riguardo, evidenzia che il contratto posto a gara è un appalto e non già una concessione per la riscossione di tributi o altre entrate, per il quale solo l'iscrizione al predetto albo è giustificata e che un eventuale sconfinamento del servizio posto a gara ad attività di quest'ultimo tipo è ingiustificato, avendo il Comune di Lucca già affidato la riscossione coattiva e volontaria di dette entrate, ivi comprese le sanzioni amministrative, rispettivamente ad Equitalia ed al proprio tesoriere.

3.1 La Sapidata ha quindi autonomamente censurato la condanna alle spese di causa disposta a proprio carico, sottolineando di avere formulato il "preavviso di ricorso" ex art. 243-*bis* cod. contratti pubblici, al quale l'amministrazione non ha dato riscontro.

4. Si è costituito in resistenza il Comune di Lucca.

5. All'udienza in camera di consiglio dell'11 settembre 2012, fissata per la trattazione dell'istanza di sospensiva della sentenza ex art. 98 cod. proc. amm., il difensore della società appellante ha chiesto un rinvio al merito in ragione dell'intervenuta aggiudicazione della gara.

All'udienza del 18 febbraio 2014 l'appello è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. Preliminarmente va dato conto dell'eccezione di inammissibilità del motivo d'appello nel quale la Sapidata lamenta l'omesso esame ex art. 112 cod. proc. amm. di parte delle censure formulate nel ricorso di primo grado.

Il Comune di Lucca sostiene al riguardo (in memoria conclusionale) che si tratta di un motivo "*estraneo al primo grado di giudizio*".

2. L'eccezione è del tutto infondata e alquanto singolare, perché non si vede come avrebbe la Sapidata potuto dolersi nel ricorso originario di un'omessa pronuncia del giudice con esso adito.

3. Può passarsi al merito, in relazione al quale va osservato che la pretesa omessa pronuncia non vi è stata, giacché il TAR ha esaminato la questione risolvendola sfavorevolmente all'odierna appellante – a torto o a ragione è un altro discorso –, sul rilievo che le attività oggetto d'appalto implicano la partecipazione ad attività proprie della riscossione delle entrate derivanti dall'accertamento di violazioni del codice della strada, risultando il contestato requisito legittimo per questa specifica ragione.

4. In questa sede occorre dunque verificare se il ragionamento del TAR sia corretto alla luce delle restanti censure contenute nel presente appello, occorrendo a questo riguardo esaminare il capitolato speciale d'appalto della procedura di affidamento in contestazione.

4.1. Nel descrivere il servizio posto a gara, l'art. 2 detto capitolato prevede che l'appaltatore dovrà, tra l'altro, acquisire ed inserire nel sistema informatico gestionale i preavvisi ed i verbali di accertamento di violazioni del codice della strada emessi dalla polizia municipale,

predisporre le conseguenti stampe degli atti e curare il loro imbustamento e recapito, rendicontare il comando degli esiti, acquisire prova dei pagamenti spontanei e fornirne la relativa documentazione; inviare i solleciti di pagamento, predisporre i ruoli dei soggetti morosi e gli elenchi dei trasgressori per la decurtazione dei punti dalla patente di guida ai sensi dell'art. 126-bis cod. strada.

4.2. Le modalità di svolgimento delle suddette attività sono specificate all'art. 3 del capitolato, nell'ambito del quale si prevede l'obbligo dell'appaltatore di fornire al comando di polizia municipale la modulistica, effettuare l'inserimento e la validazione degli atti di accertamento delle violazioni; acquisire gli accertamenti mediante sistemi automatizzati, acquisire dal P.r.a. i dati sui coobbligati in solido; curare la notificazione degli atti, con indicazione della relativa tempistica; controllare i pagamenti spontanei e rendicontare il comando di polizia; predisporre i ruoli, ivi distinguendo i trasgressori in base ai criteri indicati; annotare nel sistema informatico gestionale gli esiti dei ricorsi amministrativi o giurisdizionali avverso gli atti di accertamento delle violazioni, acquisirne le copie ed effettuare le conseguenti comunicazioni agli interessati, il tutto attenendosi *“alle disposizioni impartite dal Comando P.M. di Lucca”*.

La norma contrattuale in esame prevede inoltre (punto n. 5, lett. v) l'attivazione di un servizio di *front office* presso il comando per *“assistenza all'utenza”*.

4.3. Per quanto concerne in particolare la *“gestione della fase esecutiva del procedimento sanzionatorio”* (art. 3, n. 6, lett. e, del capitolato), si

demanda all'appaltatore di generare in via informatica e su base quadrimestrale l'elenco dei trasgressori, da mettere a disposizione della polizia municipale, *“che deve esprimere il proprio benessere ed adottare gli atti amministrativi conseguenti”*; quindi trasmettere i dati *“al soggetto preposto per legge su indicazione del Comando di Polizia Municipale”*. Una volta che il ruolo venga *“successivamente trasmesso al Dirigente per l'esecutorietà”*, si impone all'appaltatore di verificarne la corrispondenza rispetto al *“documento generato”* in origine, e provvedere alle eventuali correzioni ed integrazioni *“in modo da consentire la loro immissione nella successiva procedura di riscossione”*.

5. Dalla ricognizione del contenuto degli obblighi contrattuali, emerge che il servizio posto a gara non richiede all'appaltatore alcuna attività di accertamento e liquidazione delle sanzioni amministrative per violazione del codice della strada, che peraltro come puntualmente osserva la Sapidata sono riservate ad alcune tassative categorie di corpi o funzionari amministrativi (art. 11, comma 1, lett. a, e 12 cod. strada), né tanto meno alcuna attività di riscossione di dette sanzioni.

E' infatti confermato l'assunto della predetta appellante secondo cui gli adempimenti connessi a quest'ultima fase sono meramente prodromici e strumentali rispetto all'attività di riscossione e si collocano sul piano interno tra amministrazione appaltante, ed in particolare il comando di polizia municipale da un lato e gli agenti della riscossione del Comune di Lucca dall'altro.

In questo ambito, compito dell'appaltatore è in sostanza quello di provvedere all'attività preparatoria inerente la formazione dei ruoli dei

trasgressori, sgravando conseguentemente la polizia municipale, ma non emerge in alcun modo che questi siano giuridicamente imputabili al primo. Al contrario, il ruolo predisposto dall'appaltatore deve essere controllato dalla polizia municipale, alla quale compete anche l'apposizione del visto di esecutorietà, ed inviato *“al soggetto preposto per legge su indicazione del Comando di Polizia Municipale”*.

6. Né risulta che il medesimo appaltatore debba invece curare i pagamenti volontari, ed in particolare ricevere questi ultimi direttamente dai privati nei cui confronti siano stati emessi atti di accertamento di violazioni del codice della strada.

A questo specifico riguardo, il Comune di Lucca insiste sul servizio di *front office*, ma tale assunto è smentito in primo luogo dall'attività in cui tale servizio si sostanzia a termini di capitolato d'appalto, consistente nell' *“assistenza all'utenza che si presenta per le informazioni”*; ed in secondo luogo dalle produzioni documentali dell'appellante, vale a dire l'estratto dal sito istituzionale dell'amministrazione recante l'avviso all'utenza circa le modalità di pagamento delle infrazioni al codice della strada (da ultimo aggiornato il 28 novembre 2013), nel quale si prevede il versamento alla banca incaricata del servizio di tesoreria comunale o sul conto corrente postale intestato alla polizia municipale e non già il pagamento all'appaltatrice del servizio in contestazione.

7. Conseguentemente, poiché il servizio posto a gara non comporta per l'appaltatore il *“materiale introito (...) delle somme dovute all'ente”*, ai sensi dell'art. 180 t.u.e.l., deve ritenersi fondata la censura di

illegittimità della clausola del disciplinare che impone l'iscrizione nell'albo nazionale dei concessionari della riscossione ex art. 53 d.lgs. n. 446/1997, trattandosi di un requisito evidentemente sproporzionato e non congruente con l'oggetto del contratto posto a gara.

Tale sproporzione emerge in particolare dal disposto dell'art. 52 del citato d.lgs. n. 446/1997, il quale impone di ricorrere ai predetti concessionari *“qualora sia deliberato di affidare a terzi, anche disgiuntamente, l'accertamento e la riscossione dei tributi e di tutte le entrate”* (comma 2, lett. b, n. 1). Ne consegue che, alla stregua della norma da ultimo richiamata, in tanto si giustifica il requisito in questione e le inerenti garanzie di affidabilità patrimoniale, in quanto oggetto dell'affidamento sia il maneggio del denaro di pertinenza dell'ente pubblico che contraddistingue la posizione dell'agente (o concessionario) della riscossione delle entrate.

7.1. Gli assunti della società appellante sono inoltre condivisibili anche nella parte in cui questa segnala il contrasto con le libertà economiche comunitarie che l'imposizione di requisiti quale quello previsto per la gara in contestazione determinano, per via dell'ingiustificata restrizione della platea dei relativi partecipi.

Come in effetti statuito dalla Corte di Giustizia Ue nella citata sentenza 10 maggio 2012, in 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 sentenza della Corte di Giustizia).

Il principio affermato dal giudice europeo è *a fortiori* applicabile al caso oggetto del presente giudizio, visto che a differenza di quello di cui al precedente in esame, non viene in rilievo una concessione del servizio di riscossione delle imposte ma, come visto sopra, un contratto di appalto di attività ad esso meramente prodromiche e strumentali.

8. L'appello è quindi fondato ed in riforma della sentenza di primo grado deve essere accolto il ricorso colà proposto, con conseguente annullamento dell'esclusione con esso impugnata.

Le spese del doppio grado di giudizio possono essere compensate integralmente, avuto riguardo alla complessità della questione controversa.

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 appellata, accoglie il ricorso di primo grado, annullando gli atti con esso impugnati.

Compensa le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 febbraio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Pajno, Presidente

Carlo Saltelli, Consigliere

Doris Durante, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 24/03/2014

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)