Massima: *Come recentemente statuito dal Consiglio di Stato (n. 5321/2021) <<l'amministrazione aggiudicatrice che intenda ricorrere all'affidamento diretto è tenuta ad un onere motivazionale rafforzato, che consenta un penetrante controllo della scelta effettuata anzitutto sul piano dell'efficienza amministrativa e del razionale impiego delle risorse pubbliche>>.*
Nella fattispecie, il servizio precedentemente svolto dalla ricorrente in modo unitario (gestione dell'accertamento e riscossione coattiva dei tributi del Comune) è stato suddiviso in due e assegnato a due diversi operatori economici mediante affidamento diretto per 4 mesi estensibili a 19 (estensione poi effettivamente avvenuta con il provvedimento gravato con motivi aggiunti).
Il solo raffronto delle attività di supporto alla gestione dei tributi richieste alle due società affidatarie del servizio evidenzia sovrapposizioni che non giustificano in alcun modo la scelta di avvalersi di due soggetti diversi se non quello, lamentato dalla ricorrente, di evitare l'indizione di una procedura di gara. Non vi è dubbio, infatti, che entrambe le affidatarie si occupano della medesima attività di supportare l'ufficio comunale in tutto ciò che è funzionale alla riscossione delle entrate.

T.A.R. Campania n. 7359 del 28/11/2022

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Ottava)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1908 del 2022, integrato da motivi aggiunti, proposto da Studi e Servizi alle Imprese S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuliano Fonderico e Gianlorenzo Ioannides, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Piedimonte Matese, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Gianni Maria Saracco, Teodolinda Stocchetti, Fabrizio Colasurdo, Riccardo Schinina', con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Aerarium P.A. S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

della Determinazione del Responsabile del Settore Finanziario Tributi Personale e Attività Produttive del Comune di Piedimonte Matese n. 169 del 22.03.2022, avente ad oggetto "Attività di supporto alla gestione dei tributi comunali. Presa d'atto affidamento diretto per mesi 4 ai sensi dell'art. 36, c. 2, lett. a) del d.lgs. 50/2016 (legge 2120/2020 e d.l. 77/2021) e impegno di spesa. CIG: Z50354971F", nonché ogni altro atto presupposto, connesso e conseguente, ancorché non conosciuto, tra i quali, ove occorrer possa, in parte qua e per quanto di interesse, la Determinazione del Comune di Piedimonte Matese n. 97 del 23.02.2022, avente ad oggetto "Determina a contrarre ai sensi dell'art. 192 del d.lgs. 267/2000 per l'affidamento del servizio di supporto alla gestione dei tributi comunali tramite trattativa diretta su MEPA. CIG Z50354971F (art. 1 comma 2 lett a) della legge di conversione n. 120/2020, modificato dall'art. 51 comma 1 lett. a sub. 2.1, della legge di conversione n. 108/2021)", e la Delibera della Giunta comunale n. 25 del 17.12.2021, recante a oggetto "Individuazione di una struttura di supporto tenuto conto dell'urgenza di provvedere alla riscossione dei tributi entro l'importo massimo di affidamento dei servizi di € 139.000,000. Atto di indirizzo all'ufficio finanziario".

per quanto riguarda i motivi aggiunti:

per l'annullamento,

della Determinazione del Responsabile del Settore Finanziario Tributi Personale e Attività Produttive del Comune di Piedimonte Matese n. 470 del 27.07.2022, avente ad oggetto "Servizio di supporto alla gestione dei tributi comunali – CIG: Z50354971F. Impegno" (doc. 18), pubblicata sull'Albo Pretorio del Comune di Piedimonte Matese dal 27.07.2022 all'11.08.2022, nonché ogni altro atto presupposto, connesso e conseguente, ancorché non conosciuto;

nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto sottoscritto;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Piedimonte Matese;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 novembre 2022 la dott.ssa Paola Palmarini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con il ricorso in esame la ricorrente ha impugnato gli atti in epigrafe con i quali il Comune di Piedimonte Matese si è determinato ad affidare (direttamente) ai sensi dell'art. 36, comma 2, lettera a) del d.lg. n. 50/2016 "l'attività di supporto alla gestione dei tributi comunali" alla controinteressata Aerarium P.A. s.r.l. (d'ora in avanti Aerarium) senza procedere all'indizione di una gara.

Premette in fatto la ricorrente di operare da anni nel settore dei servizi integrati a favore delle Pubbliche Amministrazioni, in particolare, nella gestione delle entrate e che:

- in qualità di mandataria del RTI con la Novares S.p.A., risultava vincitrice della gara indetta dal Comune di Piedimonte Matese nell'ottobre 2018 per l'affidamento dei servizi di gestione, accertamento e riscossione coattiva dei tributi;

- conseguentemente, stipulava in data 19 novembre 2019 con l'ente comunale un contratto della durata di cinque anni;

- ciò, nondimeno, in data 28 gennaio 2022, il Comune risolveva il contratto per il preteso mancato raggiungimento degli obiettivi di riscossione (l'art. 11, comma 4 del contratto stabilisce al riguardo che *<<L'amministrazione ha facoltà di risolvere il contratto mediante semplice lettera raccomandata da parte del Responsabile del Servizio…nei seguenti casi: - se, decorsi 24 mesi di affidamento, non sia intervenuto un incremento della riscossione volontaria pari almeno al 25 %, dell'attuale standard assestato (50%)>>*);

- successivamente alla risoluzione del contratto (contestata dalla società in sede civile), il Comune avviava un procedimento per affidare in via diretta un'attività sostanzialmente comparabile a quella oggetto del vecchio contratto frazionandola tra due fornitori differenti, la società Aerarium (odierna controinteressata) e la Pubblialifana (controinteressata nel ricorso iscritto al n. di R.G. 1910/2022);

- ciò, in aperta contraddizione con quanto stabilito con la deliberazione della Giunta comunale n. 25 del 17 dicembre 2021, in cui era stato dato indirizzo all'Ufficio finanziario di affidare un incarico di *<<supporto all'ufficio tributi […] con una procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando, con un solo operatore economico, ai sensi della normativa vigente ed entro l'importo massimo previsto per l'affidamento dei servizi per euro 139mila>>*;

- in particolare, il Comune con le determinazioni n. 97 del 23 febbraio 2022 e n. 118 del 25 febbraio 2022 procedeva illegittimamente all'affidamento diretto dei servizi in questione alle predette società per la durata di 4 mesi con facoltà di estensione a 19 mesi.

A sostegno del gravame deduce varie censure di violazione di legge ed eccesso di potere.

Si è costituito per resistere il Comune intimato eccependo in rito l'inammissibilità del gravame per carenza di interesse.

Non si è costituita la controinteressata.

La domanda di tutela cautelare è stata respinta con l'ordinanza n. 874 del 28 aprile 2022.

Con ricorso per motivi aggiunti la ricorrente ha impugnato, deducendone l'illegittimità derivata, la determina con la quale il Comune ha esteso la durata dell'affidamento a 19 mesi.

Con varie memorie le parti hanno insistito nelle rispettive posizioni.

Alla pubblica udienza del 23 novembre 2022 la causa è stata trattenuta in decisione.

Il ricorso è i successivi motivi aggiunti sono fondati e, pertanto, devono essere accolti.

Oggetto della presente controversia è la determinazione del Comune di Piedimonte Matese di affidare il servizio di "*supporto alla gestione dei tributi locali*" in favore della Aerarium in via diretta ai sensi dell'art. 36, comma 2, lettera a) del d.lg. n. 50/2016 senza indire una procedura di gara.

Preliminarmente, in rito, va disattesa l'eccezione di inammissibilità del gravame sollevata dalla difesa comunale.

Il Comune sostiene, in particolare, che la ricorrente non avrebbe comunque potuto partecipare a una eventuale procedura selettiva indetta dall'amministrazione a causa degli inadempimenti contrattuali di cui si sarebbe resa responsabile in qualità di gestore uscente del servizio; da qui, la carenza di interesse a ottenere l'annullamento degli atti impugnati.

Di contro deve osservarsi, in accordo con la ricorrente, che le disposizioni citate dalla difesa comunale (art. 80, comma 5, lettere c) e c-ter) del d.lg. n. 50/2016) non comportano l'automatica esclusione dalla procedura di gara dell'operatore economico inadempiente in un precedente contratto di appalto; si tratta, infatti, di una facoltà, quella di escludere in queste ipotesi un partecipante alla gara, che l'amministrazione deve di volta in volta congruamente motivare (cfr. Consiglio di Stato, n. 4712/2022 *<<La stazione appaltante può disporre l'esclusione di un concorrente ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c-ter, d.lg.n. 50 del 2016 a condizione che dia conto di un pregresso episodio di inadempimento che abbia comportato le conseguenze indicate dalla disposizione normativa ovvero l'adozione di un provvedimento di risoluzione per inadempimento di un contratto d'appalto, anche da parte della medesima stazione appaltante, che essa reputi grave e sufficientemente ravvicinato nel tempo e dal quale tragga ragioni sintomatiche di inaffidabilità dell'impresa; in generale, l'obbligo di motivazione in capo alla stazione appaltante è formalmente rispettato se l'atto reca l'esternazione del percorso logico-giuridico seguito dall'amministrazione per giungere alla decisione adottata e il destinatario sia in grado di comprenderne le ragioni e, conseguentemente, di utilmente accedere alla tutela giurisdizionale; non è invece richiesto che la motivazione del provvedimento di esclusione sia articolata in punti separati, ciascuno dei quali dedicato ad uno specifico aspetto di rilievo della pregressa vicenda, e così alla sua « gravità », al « tempo trascorso dalla violazione » e, infine all' « inaffidabilità » dell'operatore, purchè emerga che ciascuno di tali profili siano stati considerati dalla stazione appaltante, e men che meno che la stazione appaltante affronti e respinga punto per punto le argomentazioni esposte dal privato a giustificazione della sua condotta (ovvero, in sostanza, replichi a ciò che egli abbia addotto per dirsi incolpevole), a condizione che si comprenda dal tenore del provvedimento che l'amministrazione abbia reputato direttamente riferibile a sua colpa (del concorrente) la risoluzione disposta>>*).

In altri termini non può dirsi con certezza che la società sarebbe esclusa dalla stazione appaltante in caso di indizione di una nuova gara.

La ricorrente in quanto operatore del settore ha, pertanto, una posizione qualificata e differenziata che la legittima a proporre ricorso avverso la decisione del Comune di sottrarre l'affidamento del servizio e a una procedura competitiva.

Ciò chiarito, la ricorrente contesta al Comune di aver affidato la medesima attività da lei prima svolta a seguito dell'espletamento di una gara a due operatori economici individuati senza alcun confronto concorrenziale dopo aver artificiosamente frazionato il servizio e sottostimato l'importo contrattuale.

Segnatamente, lamenta la violazione dell'art. 35, comma 6 del d.lg. n. 50/2016 (il quale stabilisce che *<<La scelta del metodo per il calcolo del valore stimato di un appalto o concessione non puo' essere fatta con l'intenzione di escluderlo dall'ambito di applicazione delle disposizioni del presente codice relative alle soglie europee. Un appalto non può essere frazionato allo scopo di evitare l'applicazione delle norme del presente codice tranne nel caso in cui ragioni oggettive lo giustifichino>>*) e il superamento del limite di 139.000 euro previsto dall'art. 1, comma 2, lettera a) del d.l. n. 76/2020 per procedere all'affidamento diretto del servizio.

Entrambi i profili sono sussistenti.

Come recentemente statuito dal Consiglio di Stato (n. 5321/2021) *<<l'amministrazione aggiudicatrice che intenda ricorrere all'affidamento diretto è tenuta ad un onere motivazionale rafforzato, che consenta un penetrante controllo della scelta effettuata anzitutto sul piano dell'efficienza amministrativa e del razionale impiego delle risorse pubbliche>>*.

Nella fattispecie, il servizio precedentemente svolto dalla ricorrente in modo unitario (gestione dell'accertamento e riscossione coattiva dei tributi del Comune) è stato suddiviso in due e assegnato a due diversi operatori economici mediante affidamento diretto per 4 mesi estensibili a 19 (estensione poi effettivamente avvenuta con il provvedimento gravato con motivi aggiunti).

In disparte la rilevata anomalia di consentire un'estensione temporale che rappresenta più del quadruplo della durata originaria dell'affidamento la illogicità del frazionamento del servizio emerge dalla disamina dei due capitolati speciali di appalto.

Il primo dei due servizi, affidato alla Aerarium, riguarda "*l'attività di supporto alla gestione dei tributi*". Il capitolato stabilisce che lo scopo del contratto è quello di garantire "*la riscossione dei tributi e delle entrate patrimoniali*" del Comune.

Al riguardo vengono elencate una serie di attività che la Aerarium deve effettuare tra le quali figura espressamente "*la predisposizione di qualsivoglia atto (ivi compreso, a mero titolo esemplificativo: avvisi ordinari, avvisi di accertamento, solleciti, messe in mora) che risulta necessario elaborare e notificare ai contribuenti per richiedere il pagamento di tributi, entrate patrimoniali, ivi compreso sanzioni, oneri e multe*".

Il secondo dei due servizi affidato alla Publialifana ha ad oggetto "*l'attività di supporto alla riscossione coattiva*". Il capitolato speciale stabilisce che l'attività richiesta consiste nella "*riscossione coattiva dei tributi e delle altre entrate patrimoniali (ivi compreso quelle relative a sanzioni, multe e oneri) sulla base degli elenchi e della documentazione che sarà fornita dall'ufficio tributi. L'attività dovrà ricomprendere ogni e qualsivoglia predisposizione di atti, attività materiale e operativa, servizio commesso o complementare, ivi compreso il supporto legale e l'incarico ai professionisti nel caso di instaurazione di un contenzioso con il contribuente*".

Il solo raffronto delle attività di supporto alla gestione dei tributi richieste alle due società affidatarie del servizio evidenzia sovrapposizioni che non giustificano in alcun modo la scelta di avvalersi di due soggetti diversi se non quello, lamentato dalla ricorrente, di evitare l'indizione di una procedura di gara. Non vi è dubbio, infatti, che entrambe le affidatarie si occupano della medesima attività di supportare l'ufficio comunale in tutto ciò che è funzionale alla riscossione delle entrate.

L'Aerarium, infatti, da contratto ha l'obiettivo di "*garantire la riscossione dei tributi*" (cfr. capitolato speciale) la Publialifana si occupa della "*riscossione coattiva dei tributi e delle altre entrate patrimoniali*" (cfr. capitolato speciale).

La circostanza dedotta dalla difesa comunale che la precedente affidataria del servizio svolgeva un'attività ben più complessa (gestione, accertamento e riscossione coattiva dei tributi dell'amministrazione) rispetto a quella successivamente affidata dal Comune non rileva. In particolare, nella prospettazione della difesa comunale nessuna disposizione di legge impone di accentrare su di un unico soggetto le attività di accertamento e riscossione (e, dunque, anche quelle di mero supporto a dette attività).

La difesa comunale non coglie nel segno in quanto nella fattispecie ciò che desta perplessità non è la distinzione tra attività di supporto all'accertamento e attività di supporto alla riscossione (astrattamente forse sostenibile anche in una piccola realtà locale) ma la sovrapposizione nella gestione della fase della riscossione.

Come visto, infatti, entrambe le società sono chiamate a compiere le attività propedeutiche alla riscossione delle entrate comunali e hanno il medesimo obiettivo.

Resta solo da verificare se la somma dei corrispettivi garantiti alle due società si colloca al di sotto della soglia di 139mila euro che consente l'affidamento diretto.

Nel calcolo va ovviamente tenuto presente il fatto che in entrambi i casi il servizio è stato prorogato dagli iniziali 4 mesi a 19 e la circostanza che la Publialifana oltre a percepire il compenso fisso ha anche diritto all'aggio del 5,56% sull'importo incassato dall'ente.

La remunerazione mensile della Aerarium è pari a 5.800 euro, ossia 110.200 euro (oltre IVA) rapportata a 19 mesi; la remunerazione mensile della Publialifana è pari a 4.500 euro, ossia 85.500 euro (oltre IVA) alla quale va aggiunto il 5,56% dell'importo incassato dall'ente. Il corrispettivo sommato dei due servizi senza considerare l'aggio già supera la soglia dei 139.000 euro (110.200 + 58.500 = 168.700); peraltro, come dedotto dalla ricorrente il solo servizio di supporto alla riscossione coattiva sembra superare da solo la soglia dei 139mila euro.

Secondo il capitolato speciale l'importo da riscuotere non deve essere inferiore ai 526.315,79; calcolando su tale importo l'aggio si arriva a 29.263,15 euro che rapportati ai 19 mesi diventa un importo di circa 139mila euro cui va sommato il compenso fisso per un totale di 224.500 euro (oltre IVA).

Sul punto la difesa comunale sostiene che le somme riscuotibili sarebbero esattamente la metà di quelle "stimate" dalla ricorrente "mentre la somma derivante dall'aggio, per sua natura aleatoria perché rimessa alla propensione al pagamento spontaneo dei tributi o alla concreta possibilità del recupero coattivo, deve essere calcolata sullo standard assestato della riscossione volontaria, risultante dalla contabilità comunale, pari al 50%". Tale affermazione oltre a non essere supportata da alcuna documentazione (ad es. il bilancio consuntivo dell'ente) contraddice gli importi indicati dalla stessa amministrazione nelle condizioni generali del contratto (dove è indicata la finalità "di riscuotere coattivamente tributi e entrate patrimoniali per un importo non inferiore a 526.315,79 euro (2.500.000 di euro su eventuali 19 mesi)…" e individuato il pagamento dell'aggio: "….5,56% dell'importo incassato dall'ente.."). In altri termini, quella indicata dalla ricorrente non è una "stima" delle somme da incassare (e sulle quali calcolare l'aggio) ma quanto testualmente prevede il capitolato speciale.

Da tutto quanto precede il ricorso e i successivi motivi aggiunti devono essere accolti con conseguente annullamento degli atti impugnati.

Sussistono i presupposti di cui all'art. 121 c.p.a. per la declaratoria di inefficacia del contratto medio tempore stipulato. Si tratta, infatti, di un'ipotesi di grave violazione ex art. 121, comma 1, lettera b) c.p.a. e, non ricorrendo le esigenze imperative di cui al comma 2 del medesimo articolo, il contratto va dichiarato inefficace a far data dalla pubblicazione della presente sentenza.

Le spese del giudizio, come liquidate in dispositivo, seguono la soccombenza nei confronti del Comune resistente mentre non sono ripetibili nei riguardi della controinteressata.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Ottava), definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, così provvede:

a) accoglie il ricorso e i successivi motivi aggiunti e, per l'effetto annulla gli atti impugnati, nei sensi di cui in motivazione;

b) dichiara l'inefficacia del contratto medio tempore stipulato;

c) condanna il Comune di Piedimonte Matese al pagamento in favore della parte ricorrente delle spese del presente giudizio, che liquida in complessivi € 3.000,00 (tremila/00), oltre agli accessori di legge e alla rifusione del contributo unificato (nella misura effettivamente versata); spese non ripetibili nei riguardi della controinteressata.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 23 novembre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Tomassetti, Presidente

Luca Cestaro, Consigliere

Paola Palmarini, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE	**IL PRESIDENTE**
Paola Palmarini	**Alessandro Tomassetti**