

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 103 del 2012, proposto da:
Gema s.p.a. in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avv.ti
Enrico Follieri e Maria Cristina Lenoci, con domicilio eletto presso l'avv. Enrico Follieri in
Roma, viale Mazzini n. 6;

contro

Comune di Foggia in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dagli avv.
Domenico Dragonetti e Luigi D' Ambrosio, con domicilio eletto presso l'avv. Alfredo
Placidi in Roma, via Cosseria n. 2;

nei confronti di

Aipa s.p.a. in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avv. Maurizio
Zoppolato, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via del Mascherino n. 72;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo della Puglia, sede di Bari, Sezione I, n.
01619/2011, resa tra le parti, concernente affidamento servizio accertamento,
liquidazione e riscossione tributi comunali – risarcimento danno

Visti il ricorso in appello ed i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Foggia e di Aipa s.p.a.;

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 29 maggio 2012 il Cons. Manfredo Atzeni e uditi per le parti gli avvocati Enrico Follieri, Maria Cristina Lenoci, Domenico Dragonetti, in proprio e su delega dell'avv. Luigi D'Ambrosio, ed Angelo Clarizia su delega dell'avv. Maurizio Zoppolato;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso al Tribunale amministrativo della Puglia, sede di Bari, rubricato al n. 790/2011, Gema s.p.a. impugnava la determinazione dirigenziale n. 291 in data 11 aprile 2011, notificata con nota 14 aprile 2011, con la quale il Comune di Foggia aveva disposto la sua esclusione dalla gara per l'affidamento del servizio di accertamento, liquidazione e riscossione di tributi ed entrate comunali, di cui al bando pubblicato in G.U.C.E. 26 novembre 2010 e in G.U.R.I. 3 dicembre 2010, nonché il provvedimento di aggiudicazione definitiva di cui alla determinazione dirigenziale n. 211 del 2011, notificata con nota del 4 aprile 2011 e tutti gli atti relativi alla gara, unitamente agli altri atti specificamente indicati in ricorso.

La ricorrente riferiva che il bando di gara fissava quale valore presuntivo del gettito, oggetto dell'affidamento, la somma di € 43.000.000,00 per una durata complessiva di 9 anni decorrenti dalla sottoscrizione della concessione con un aggio unico posto a base di gara pari all'11%.

L'art. 11 del disciplinare di gara richiedeva i seguenti requisiti economico-finanziari e tecnici:

G) aver realizzato negli ultimi tre esercizi (2007-2008-2009) un fatturato globale di impresa pari o superiore ad € 40.000.000,00 + IVA se dovuta;

H) aver realizzato negli ultimi tre esercizi (2007-2008-2009) un fatturato specifico globale nell'ambito di servizi analoghi a quelli oggetto di gara pari o superiore ad € 20.000.000,00 + IVA se dovuta;

I) avere in affidamento da almeno tre anni (2007-2008-2009), in via continuativa con regolarità e puntualità anche nei riversamenti all'Ente e senza essere incorsi in contestazioni per inadempienze, servizi di accertamento e riscossione di tributi ed entrate patrimoniali comunali, in almeno un Comune avente densità demografica compresa nella fascia da oltre 100.000 a 500.000 abitanti (classe II).

Con successivi chiarimenti la stazione appaltante precisava che il requisito relativo alla capacità economica e finanziaria previsto dall'art. 11, lett. G), del disciplinare di gara relativamente al fatturato globale d'impresa doveva essere inteso quale "volume d'affari (gestione degli introiti)".

Presentavano domanda di partecipazione tre ditte (GEMA s.p.a., SOGET s.p.a., AIPA s.p.a.).

La commissione di gara ammetteva alla selezione le offerte presentate dalle ditte GEMA e AIPA per poi escludere la GEMA a seguito di un riesame in autotutela, per supposta irregolarità delle certificazioni rilasciate dai Comuni di Foggia e di Sassari e dalla Provincia di Pistoia.

Nella seduta pubblica del 2 marzo 2011 il seggio di gara riammetteva alla procedura di gara la GEMA e, in data 14 marzo 2011, valutate le offerte tecniche, attribuiva ad AIPA punti 70 e a GEMA punti 52,3, che, sommati ai punti delle offerte economiche rispettivamente formulate, ponevano AIPA al primo posto della graduatoria e GEMA al secondo.

Con determinazione dirigenziale n. 211/2011, infine, l'appalto veniva aggiudicato definitivamente alla AIPA e contestualmente, con determinazione dirigenziale n. 291/2011, veniva disposta l'esclusione della GEMA per carenza di dimostrazione dei requisiti economico-finanziari.

Secondo la ricorrente, tale determinazione espulsiva sarebbe illegittima poiché l'Amministrazione aveva chiarito che il requisito del fatturato globale di impresa pari ad € 40.000.000,00 nel triennio in considerazione doveva essere inteso come volume d'affari

(gestione degli introiti). Rispetto ai gettiti (introiti) gestiti, la GEMA avrebbe ampiamente dimostrato il possesso del requisito atteso che l'insieme delle entrate comunali di Foggia di cui cura l'esazione supera € 100.000.000,00 (la ricorrente è infatti concessionaria del Comune di Foggia per questo servizio da trent'anni).

In definitiva, poiché in caso di ambiguità, oscurità o non chiarezza delle clausole della lex specialis, le stesse devono essere interpretate nel modo meno restrittivo al fine di garantire la massima partecipazione, secondo la tesi attorea, l'esclusione risulterebbe, alla stregua di tali criteri, ingiustificata.

In ogni caso, anche laddove l'Amministrazione avesse voluto realmente pretendere, come requisito, un fatturato globale pari ad € 40.000.000,00, detta richiesta violerebbe il principio di proporzionalità e adeguatezza, in quanto tale fatturato globale nel triennio sarebbe pari a ben 8 volte quello posto a base di gara.

L'interessata inoltre rilevava che, per quanto concerne il requisito di cui alla lettera H) dell'art. 11 del disciplinare di gara, essa ha sviluppato ricavi nel triennio di importo superiore ai 20.000.000,00 di euro e pertanto detto motivo di esclusione è del tutto erroneo in punto di fatto.

Deduceva poi la Società alcuni motivi (riguardanti la fideiussione definitiva e la valutazione del merito tecnico) diretti a contestare la partecipazione della AIPA e l'aggiudicazione in suo favore.

Infine la GEMA, in via subordinata, introduceva censure per ottenere (strumentalmente) l'annullamento dell'intera procedura e la rinnovazione della gara.

In sintesi, il disciplinare di gara non conterrebbe un sistema di attribuzione dei punteggi articolato in una rete di sottocriteri sufficientemente dettagliata, circostanza che si correla ad una motivazione inadeguata e insufficiente dell'attribuzione dei punteggi; inoltre, la Commissione sarebbe composta in modo illegittimo poiché ne fa parte il dott. Taggio, Responsabile unico del procedimento e Dirigente del Settore fiscalità; in contrasto con l'art. 84 del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163 (costituente principio generale

applicabile anche in materia di concessione di servizi), codice cui l'Amministrazione si è comunque autovincolata.

Sarebbe stato altresì violato il principio di segretezza nella conservazione dei plichi in quanto nei verbali di gara non sono riportate le cautele adottate dalla commissione per la custodia della documentazione.

La ricorrente concludeva chiedendo il risarcimento del danno in forma specifica, mediante l'annullamento dell'affidamento alla AIPA e l'aggiudicazione in suo favore, previa declaratoria d'inefficacia ex tunc del contratto di appalto eventualmente stipulato nelle more. In via subordinata domandava il ristoro per equivalente.

Con motivi integrativi, depositati il 19 maggio 2011, la GEMA sviluppava le argomentazioni già presenti nell'atto introduttivo del giudizio, sollevando rilievi in ordine al duplice requisito del fatturato (totale e specifico) e alle risultanze istruttorie scaturenti dai dati forniti dall'Agenzia delle Entrate.

Con la sentenza in epigrafe, n. 1619 in data 26 ottobre 2011, il Tribunale amministrativo della Puglia, sede di Bari, Sezione I, respingeva il ricorso, escludendo l'illegittimità del provvedimento espulsivo e affermando di conseguenza che *la GEMA s.p.a. è priva di legittimazione a contestare la procedura selettiva (Consiglio di Stato, Ad. plen., 7 aprile 2011, n. 4), per cui le restanti censure, anche contenute nei motivi aggiunti, sono inammissibili.*

2. Avverso la predetta sentenza Gema s.p.a. propone il ricorso in appello in epigrafe, contestando gli argomenti che ne costituiscono il presupposto e chiedendo la sua riforma e l'accoglimento del ricorso di primo grado.

Si sono costituiti in giudizio il Comune di Foggia ed Aipa s.p.a. chiedendo il rigetto dell'appello.

Le parti hanno scambiato memorie.

La causa è stata assunta in decisione alla pubblica udienza del 29 maggio 2012.

3. L'appello è infondato e deve essere respinto, non essendo condivisibili le censure proposte avverso la sentenza di primo grado.

Come riferito nella pregressa esposizione in fatto di cui al punto 1, l'odierna appellante è stata esclusa dalla gara di cui si tratta per la mancanza del requisito di partecipazione di cui all'art. 11, lett. G), del disciplinare di gara consistente nella realizzazione, negli ultimi tre esercizi (2007-2008-2009) di un fatturato globale di impresa pari o superiore ad € 40.000.000,00 + IVA se dovuta.

Le parti discutono in primo luogo sul criterio di calcolo del suddetto fatturato, che per l'appellante riguarda la movimentazione globale delle somme gestite, mentre per le parti resistenti possono essere considerati i soli aggi percepiti.

Con riferimento al caso di specie deve essere osservato come il termine fatturato potrebbe essere improprio in quanto le operazioni relative alla riscossione dei tributi comprese quelle relative ai versamenti di imposte effettuati per conto dei contribuenti, a norma di specifiche disposizioni di legge, da aziende e istituti di credito sono esenti da IVA ai sensi dell'art. 10, primo comma n. 5, del d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633, per cui sarebbe più opportuno il termine, equivalente, di volume di affari, ma la precisazione è irrilevante sul piano sostanziale.

Il Collegio condivide l'opinione delle parti resistenti, già fatta propria dal primo giudice.

Invero, nel fatturato, o volume di affari, di qualsiasi impresa rientrano esclusivamente le somme incassate come compenso della propria attività.

Nel caso di specie l'attività dell'appellante e dell'appellata è costituita dalla gestione di risorse finanziarie per conto terzi, ma le somme gestite non entrano nel loro patrimonio e non costituiscono, quindi, fatturato o volume di affari.

In altri termini, a voler seguire il ragionamento dell'appellante nel fatturato di un'impresa di trasporti rientrerebbero non solo i compensi per l'attività, appunto, di trasporto, ma anche il valore delle merci trasportate.

Così, nel caso che ora occupa, le somme incassate e versate al creditore costituiscono l'oggetto dell'attività, in base alla quale viene determinato il compenso, in questo caso l'aggio, unica voce che rientra nel fatturato o volume di affari.

La tesi deve quindi essere respinta.

L'appellante in subordine sostiene che a voler seguire tale linea di ragionamento il requisito sarebbe irragionevolmente restrittivo della concorrenza in quanto eccessivamente elevato.

Neanche questa argomentazione può essere condivisa.

Osserva il Collegio che la ragionevolezza delle misure di limitazione della partecipazione ai pubblici appalti deve essere valutata in relazione alle concrete caratteristiche del contratto da aggiudicare, e deve rispondere ad una necessità obiettiva.

Nella presente controversia il Comune appellato ha enunciato la ragione della misura, costituita dal fatto che il gestore del servizio è tenuto ad anticipare annualmente trentotto milioni di euro sulla base del gettito atteso dalle entrate della cui riscossione si discute.

Osserva il Collegio che tale essendo la misura dell'obbligazione accollata al gestore del servizio –dovendo anche essere precisato come il dato non sia contestato – ragionevolmente il Comune ha limitato la partecipazione a soggetti in grado di assolverla con regolarità.

Alla luce di tale considerazione l'impostazione del Comune sfugge alla censura di irragionevolezza avanzata dall'appellante, per cui l'argomentazione deve essere disattesa.

4. In conclusione, l'appello deve essere respinto, restando assorbite le ulteriori questioni.

Le spese del presente grado del giudizio devono essere integralmente compensate, avuto riguardo alla complessità delle questioni proposte .

P.Q.M.

il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello n. 103/12, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa integralmente spese ed onorari del presente grado del giudizio.

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