

Parere n. 36 del 26 febbraio 2014

PREC 138/13/S

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dalla FUTURE SERVICE srl â“ “Procedura aperta per l’affidamento in concessione per la durata di cinque anni del servizio di gestione, accertamento e riscossione dell’ICP, TOSAP, DPA, riscossione coattiva ICI, IMU e TARSU e violazioni del codice della strada” â“ Data di pubblicazione del bando: 29.4.2013 â“ Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente piÃ¹ vantaggiosa â“ Valore complessivo dell’appalto: euro 268.671,65 â“ S.A.: Comune di San Pancrazio Salentino (Brindisi).

Albo per l’accertamento e riscossione delle entrate degli enti locali ex art. 53 D.Lgs. n. 446/1997 e R.T.I. - Requisiti di capacitÃ tecnica e professionale -

Il Consiglio

Vista la relazione dell’Ufficio del Precontenzioso

Ritenuto in fatto

E’ pervenuta l’istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale viene richiesta una pronuncia di questa AutoritÃ , in merito alla gara in oggetto, asseritamente compromessa da restrizioni alla partecipazione sproporzionate e limitative della concorrenza per un Comune di 10.200 abitanti ed in particolare:

- 1) Iscrizione all’Albo del ministero ex art. 53 D.Lgs. n. 446/1997 con capitale sociale pari ad almeno 10.000.000 di euro;
- 2) In caso di RTI ciascuno dei soggetti partecipanti al raggruppamento deve avere il medesimo capitale sociale;
- 3) Fatturato globale d’impresa per servizi analoghi a quello oggetto della gara nel triennio 2009/2011 pari ad euro 8 milioni;
- 4) Avere in organico almeno 3 dipendenti con l’abilitazione di ufficiali della riscossione.

Quanto, invece, alla capacitÃ tecnica, l’istante rappresenta che, a fronte dei superiori gravosi requisiti richiesti, il Comune si Ã limitato a richiedere l’indicazione di almeno un Comune con popolazione pari o superiore a quella della stazione appaltante, presso il quale il concorrente abbia in corso di svolgimento i servizi di accertamento e/o riscossione oggetto di affidamento.

Infine, l’istante dubita della legittimitÃ della disposizione (art. 7) del capitolato di gara, in base al quale “La ditta appaltatrice deve assumere il personale che ha lavorato con la precedente ditta, riconoscendo allo stesso i diritti e gli scatti che ha maturato e garantendogli le medesime condizioni contrattuali”.

All’istruttoria procedimentale, formalmente avviata da questa AutoritÃ , la S.A. ha ribadito la legittimitÃ del proprio operato e fatto presente di avere rettificato in 5.000.000,00 di euro il capitale sociale richiesto.

La S.A. deduce inoltre che il Comune ha piÃ¹ di 10.000 abitanti ed appartiene, quindi, ad un livello superiore a quello per il quale la FUTURE SERVICE s.r.l. Ã abilitata ad operare.

In riferimento, poi, all’art. 7 del capitolato, la S.A. deduce che la previsione relativa Ã espressamente prevista dalla legge e, nello specifico, dall’art. 63 del D.Lgs. n. 112/99, come successivamente integrato dall’art. 52, comma 61, della legge n. 448/2001 e s.m.i.

Quindi, il Comune di San Pancrazio Salentino asserisce che la FUTURE SERVICE non ha i requisiti minimi legali per partecipare alla gara in questione, non essendo iscritta all’Albo ministeriale nella categoria fino a 5 milioni di capitale sociale, prescrizione peraltro imposta dall’art. 3-bis della legge 73/2010 e che tale mancanza assorbe tutte le altre contestazioni formulate dall’istante.

Considerato in diritto

La questione controversa oggetto del presente esame concerne la legittimità della procedura indetta per l'affidamento in concessione, per la durata di cinque anni, del servizio di gestione, accertamento e riscossione dell'ICP, TOSAP, DPA, riscossione coattiva ICI, IMU e TARSU e violazioni del codice della strada indetta dal Comune di San Pancrazio Salentino, per le ragioni evidenziate in fatto.

Appurato che la stazione appaltante ha rettificato in 5.000.000,00 di euro il capitale sociale richiesto, dall'esame della documentazione in atti emerge che il primo motivo di censura è infondato.

Il combinato disposto degli artt. 52 e 53 del D.Lgs. n. 446/1997 prevede l'iscrizione all'albo nei confronti dei soggetti che eseguono attività di liquidazione, accertamento e riscossione dei tributi e di tutte le altre entrate.

Nel caso in esame, dalla lettura del bando, emerge chiaramente che l'oggetto della concessione integra la fattispecie della gestione delle entrate patrimoniali e che la prestazione principale riguarda l'attività di accertamento e riscossione di tributi locali, per la quale è obbligatoria l'iscrizione nell'albo dei soggetti privati abilitati ad effettuare tali attività ai sensi dell'art. 53 del D.Lgs. 446/97.

L'iscrizione all'albo dei riscossori costituisce requisito di ammissione necessario in capo ai concorrenti per l'affidamento del servizio in oggetto, in quanto per le attività di liquidazione, accertamento e riscossione delle entrate si manifesta particolarmente l'esigenza di controllo, preventivo e contestuale, sull'attività espletata dai soggetti agenti, in relazione alla loro capacità tecnica, finanziaria e morale, indipendentemente dalla marginalità della riscossione dedotta in gara (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, n. 5271 del 3.10.2005).

Il penetrante controllo da parte dell'Amministrazione statale è giustificato dalla sussistenza di attività di particolare delicatezza e connessione con una delle fondamentali potestà pubbliche, ossia l'imposizione di prestazioni patrimoniali (così TAR Lazio – Latina, sez. I, n. 6 del 7.1.2008)

Pertanto, l'aggiudicatario che partecipa dell'attività di liquidazione e riscossione di entrate pubbliche non può prescindere dal necessario ed indefettibile requisito di iscrizione all'Albo. Tale requisito, essendo di carattere soggettivo, deve essere posseduto singolarmente da ciascuna associata (cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, n. 435 del 14.2.2005; TAR Campania, Napoli, sez. I, n. 364).

Ne consegue che ciascuno dei soggetti partecipanti al raggruppamento, oltre alla mandataria, deve avere l'iscrizione all'Albo. Detta iscrizione costituisce un requisito di ammissione necessario per l'affidamento del servizio in oggetto e se per la suddetta iscrizione sono richieste misure minime di capitale interamente versato, differenziate in base alla densità di popolazione dei comuni interessati, è chiaro che, in caso di RTI, ciascuno dei soggetti partecipanti al raggruppamento deve avere il requisito del capitale sociale previsto ai fini dell'iscrizione all'Albo. Ai sensi dell'art. 3-bis del D.L. 25 marzo 2010 n. 40, convertito, con modificazioni, in legge 22 maggio 2010, n. 73, per l'iscrizione all'Albo dei soggetti abilitati ad effettuare attività di accertamento dei tributi e quelle di riscossione dei tributi e di altre entrate delle province e dei comuni, di cui all'articolo 53, comma 1, del decreto legislativo 15 dicembre 1997, n. 446, è richiesta quale misura minima di capitale interamente versato l'importo di 1 milione di euro, nei comuni con popolazione fino a 10.000 abitanti, mentre l'importo di 5 milioni di euro costituisce la misura minima di capitale interamente versato per l'effettuazione delle attività di accertamento dei tributi e di quelle di riscossione dei tributi e altre entrate nei comuni con popolazione fino a 200.000 abitanti. Il Comune di San Pancrazio Salentino ha una popolazione superiore a 10.000 abitanti. Con riferimento alle censure mosse rispetto ai requisiti di capacità economico finanziaria e tecnico organizzativa vale preliminarmente rilevare che gli artt. 41 e 42 del Codice dei contratti pubblici lasciano ampia discrezionalità alle stazioni appaltanti circa la possibilità di prevedere requisiti di qualificazione più restrittivi di quelli minimi stabiliti dalla legge, purché tali prescrizioni

rispettino i principi di proporzionalità e ragionevolezza, in modo tale da non restringere oltre lo stretto indispensabile la platea dei potenziali concorrenti e da non precostituire situazioni di assoluto privilegio (cfr. A.V.C.P., parere 29 aprile 2010 n. 83; in giurisprudenza, tra molte, cfr. Cons. Stato, sez. V, 29 dicembre 2009 n. 8914; Id., sez. VI, 3 aprile 2007 n. 2304). Da ultimo, con l'art. 1, comma 2-bis, del d.l. n. 95 del 2012, è stata aggiunta al secondo comma dell'art. 41 del Codice la previsione esplicita secondo la quale sono illegittimi i criteri di qualificazione che fissano, senza congrua motivazione, limiti di accesso connessi al fatturato aziendale.

Nel caso di specie, la stazione appaltante, che ha fissato un importo a base di gara pari ad euro 268.671,65, per la dimostrazione della capacità economico finanziaria ha richiesto ai concorrenti di dimostrare un fatturato globale di impresa, realizzato nel triennio 2009/2011 per servizi analoghi a quello oggetto di gara, non inferiore ad euro 8.000.000,00. Pertanto, è di tutta evidenza la violazione, nel caso in esame, dei suddetti principi di proporzionalità e ragionevolezza se si considera che l'Autorità ha ripetutamente ribadito che non è conforme alla normativa di settore la prescrizione del bando che richieda il possesso di un fatturato minimo globale, negli ultimi tre anni, pari al triplo dell'importo posto a base d'asta, in quanto appare lesiva dei principi posti a tutela della libera concorrenza e del mercato (cfr. parere AVCP n. 95 del 13 maggio 2010). E ancora, la richiesta di fatturato relativa al triennio pregresso è da ritenersi incongrua o non proporzionata e lesiva dei principi di concorrenzialità, qualora superi il doppio dell'importo a base di gara (cfr. Delibera n. 40 del 19 dicembre 2013).

Di conseguenza, tenuto conto che anche la scelta del concessionario deve avvenire nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici, è illegittimo il bando di gara nella parte in cui richiede un fatturato globale d'impresa per servizi analoghi a quello oggetto della gara nel triennio 2009/2011 non inferiore ad euro 8.000.000,00.

Relativamente, invece, al numero, all'abilitazione dei dipendenti e agli omologhi precedenti professionali richiesti, non sembrano violati i principi di proporzionalità e ragionevolezza in quanto, tra l'altro, riscossione e obbligo di versamento costituiscono fasi del procedimento di gestione dell'entrata dell'ente locale, tipizzanti il munus pubblico affidato in concessione, in rapporto al quale massimamente si manifesta l'apprezzamento discrezionale dell'ente concedente nella valutazione della capacità tecnica e morale dei soggetti terzi di cui l'ente locale intende avvalersi (Consiglio Stato, sez. V, 3 ottobre 2005, n. 5271).

Quanto, infine, all'art. 7 del capitolato di gara (in base al quale "La ditta appaltatrice deve assumere il personale che ha lavorato con la precedente ditta, riconoscendo allo stesso i diritti e gli scatti che ha maturato e garantendogli le medesime condizioni contrattuali") si rileva che la clausola in contestazione risulta circoscritta nei limiti di una particolare condizione di esecuzione della prestazione, senza che ne conseguano indebite interferenze in sede di requisiti di partecipazione. In termini più generali, l'art. 69 del Codice dei contratti pubblici è in recepimento dell'art. 26 della Direttiva 2004/18/CE e dell'art. 38 della Direttiva 2004/17/CE e prevede che "1. Le stazioni appaltanti possono esigere condizioni particolari per l'esecuzione del contratto, purché siano compatibili con il diritto comunitario e, tra l'altro, con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, e purché siano precisate nel bando di gara o nell'invito in caso di procedure senza bando o nel capitolato d'oneri. 2. Dette condizioni possono attenersi, in particolare, a esigenze sociali o ambientali".

Sul punto, il 33 considerando della Direttiva 2004/18/CE precisa che la compatibilità delle suddette previsioni con il diritto comunitario si ravvisa "a condizione che [tali clausole] non siano, direttamente o indirettamente, discriminatorie e siano indicate nel bando di gara o nel capitolato d'oneri" e, con specifico riguardo alle esigenze sociali contemplabili, afferma che "tali condizioni possono essere finalizzate alla formazione professionale nel cantiere, alla promozione dell'occupazione delle persone con particolari difficoltà di inserimento, alla lotta contro la disoccupazione o alla tutela dell'ambiente. A titolo di esempio, si possono citare, tra gli altri, gli obblighi applicabili all'esecuzione dell'appalto di assumere disoccupati di lunga durata o di introdurre azioni di formazione per i disoccupati o i giovani, di rispettare in sostanza le

disposizioni delle convenzioni fondamentali dell'Organizzazione internazionale del lavoro (OIL) nell'ipotesi in cui non siano state attuate nella legislazione nazionale, di assumere un numero di persone disabili superiore a quello stabilito dalla legislazione nazionale". Le norme comunitarie e la disciplina di recepimento prevedono, dunque, espressamente che deve trattarsi di condizioni di esecuzione, con ciò² chiarendo implicitamente che le stesse non possono costituire barriere all'ingresso, nella forma della richiesta di elementi di ammissibilità dell'offerta. Esse pongono delle ipotesi esemplificative dalle quali si ricava che tali condizioni possono attenersi ad esigenze sociali o ambientali, ma anche ad altre esigenze perseguite dall'amministrazione, purché³ non in contrasto con i predetti principi comunitari (cfr Parere sulla normativa 26 febbraio 2009, n. 4; Parere sulla normativa 7 maggio 2009, n. 15).

Tornando al caso di specie, si osserva che la clausola in contestazione risolvendosi, come già evidenziato, in una particolare condizione di esecuzione della prestazione, appare compatibile con il diritto comunitario. Inoltre, detta clausola trova la sua giustificazione nell'esigenza di mantenere l'occupazione dei dipendenti assunti dal precedente concessionario. In tal senso si richiama una recente pronuncia di questa Autorità⁴ che, con il Parere sulla normativa del 13/03/2013 ha testualmente affermato che *"La clausola che per fini sociali, quali il mantenimento dei livelli occupazionale, richiama quale condizione particolare di esecuzione dell'appalto l'obbligo di utilizzare in via prioritaria i lavoratori del precedente appalto, a condizione che il numero e la qualifica degli stessi siano armonizzabili con l'organizzazione di impresa della ditta aggiudicataria e con le esigenze tecnico - organizzative previste per l'esecuzione del servizio, può² ritenersi conforme ai principi del Trattato CE. Essa infatti, ove chiaramente prevista nel bando ed in tutti gli altri atti di gara come condizione per l'esecuzione e non come condizione per la partecipazione, non rappresentando un rigido vincolo operativo, non appare discriminatoria, né³ limitativa della libera concorrenza e risulta compatibile con il diritto comunitario ai sensi dell'art. 69, comma 3, del D.Lgs. n. 163/2006".* A livello europeo, pertanto, si registra un orientamento favorevole all'introduzione nei bandi di gara di clausole sociali idonee a realizzare obiettivi entrati a far parte ormai delle politiche comunitarie. Con specifico riferimento, peraltro, all'ambito di applicazione del Codice dei contratti pubblici l'art. 2 comma 2 ammette espressamente la possibilità⁵ di derogare al principio di economicità per la salvaguardia dei c.d. interessi primari, tra i quali figurano anche le esigenze sociali. Nel caso di specie, pur trattandosi di concessione di servizi, come tale sottratta all'applicazione integrale della disciplina prevista per i contratti pubblici ex art. 30 del d.lgs. n. 163/2006, trovano applicazione i principi del Trattato richiamati al comma 3 della medesima disposizione, tra i quali quelli di non discriminazione e parità⁶ di trattamento, con la conseguenza che essi non possono non costituire parametri vincolanti per valutare la legittimità della clausola occupazionale che ci occupa. Inoltre, il valore della clausola sociale di cui si controverte (clausola di garanzia occupazionale) va valutato con riferimento al contesto economico e sociale nel quale il contratto deve trovare esecuzione, avendo cura di cogliere gli aspetti emergenziali che devono prevalere in un dato momento storico. Ne deriva che la grave crisi economica degli ultimi anni, fronteggiata dal governo italiano con onerose misure di *spending review*, costituisce di certo un valido parametro di valutazione da tenere in considerazione nell'esame del caso di specie. Pertanto, sebbene la clausola *de qua* non trovi immediato fondamento in alcuna disposizione normativa o di contrattazione collettiva (cfr AVCP Pareri n. 44/2010 e 63/2013), essa costituisce comunque espressione di un'esigenza sociale meritevole di tutela e deve considerarsi legittima, anche alla luce degli orientamenti di matrice europea sopra richiamati. Pertanto, allo stato degli atti, deve ritenersi che la clausola in esame sia legittima nei limiti di cui in motivazione, essendo pienamente conforme ai principi di matrice comunitaria e alle ragioni di opportunità⁷ sopra richiamate. In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione,

- che il bando di gara sia illegittimo nella parte in cui richiede un fatturato globale d'impresa, riferito al triennio 2009/2011, non inferiore all'importo di euro 8.000.000,00 per servizi analoghi a quello oggetto di gara;
- che l'operato della stazione appaltante, relativamente alle ulteriori censure, sia conforme alla normativa di settore.

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 20 marzo 2014

Il Segretario Maria Esposito