

Pubblicato il 19/07/2018

N. 04794/2018 REG.PROV.COLL.
N. 01228/2018 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 Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Ottava)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1228 del 2018, proposto da Pubblialifana s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Antonio Sasso, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, via Toledo n. 156;

contro

Comune di Piedimonte Matese, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Paolo Centore, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, via S. Lucia 15;

nei confronti

Aerarium s.r.l.;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia:

A. della determina n. 115 del 15.02.2018, a firma del Responsabile del

Settore Tributi del Comune di Piedimonte Matese, dott.ssa M. Leone, recante <conferimento incarico per il servizio di Supporto alla gestione del rapporto con utenza, servizio back-office e gestione contenzioso gratuito nelle attività di accertamento e riscossione ICI/IMU/TARSU /TARES/TARI attività di predisposizione, stampa, imbustamento e recapito con posta ordinaria degli avvisi di pagamento – CIG Z00225420I> in favore della società Aerarium s.r.l.;

B. per quanto possa occorrere, della delibera n. 11 del 18.01.2018 della Giunta Comunale di Piedimonte Matese, recante <affidamento dei servizi di supporto propedeutici per la gestione, accertamento e liquidazione delle entrate tributarie. Indirizzi gestionali>;

C. di ogni altro atto e provvedimento propedeutico, connesso e/o consequenziale a quello rubricati sub a) e b), tra cui la nota prot. n. 2508 del 21.02.2018 a firma della Responsabile del settore Tributi - SUAP, nonché per la declaratoria, ai sensi dell'art. 121, c. 1, lett. b), C.P.A., dell'inefficacia del contratto di appalto eventualmente stipulato dal Comune di Piedimonte Matese con la Aerarium s.r.l. per l'affidamento del servizio, di cui si dà conto nella Determina n. 115/18,

nonché per la declaratoria ai sensi dell'art. 122 C.P.A.

dell'inefficacia del medesimo contratto d'appalto tenuto conto dell'effettiva e concreta possibilità per la società ricorrente di subentrare nel servizio, con piena soddisfazione dell'Ente comunale,

nonché ai sensi degli artt. 121, c. 4, e 123 C.P.A.

per l'applicazione delle sanzioni alternative alla declaratoria di inefficacia del contratto d'appalto

nonché per la condanna del Comune di Piedimonte Matese al risarcimento del danno in forma specifica o, in alternativa, per equivalente monetario.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 giugno 2018 la dott.ssa Viviana Lenzi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1 - Con ricorso notificato il 20/3/18 e depositato il successivo 27/3, PubbliAlifana s.r.l. ha chiesto l'annullamento degli atti in epigrafe indicati, esponendo quanto segue:

- la società Aerarium svolge in affidamento diretto a far data dal novembre 2015 il servizio di supporto per l'Ufficio Tributi del Comune di Piedimonte Matese, percependo l'importo annuo di euro 39.000,00 più IVA;
- al primo affidamento è succeduto un secondo, venuto a scadenza nel dicembre 2017;
- con delibera n. 11/18, la G.M. ha disposto il conferimento ad un soggetto esterno delle attività ausiliarie rispetto all'accertamento e liquidazione dei tributi comunali, in affiancamento all'ufficio comunale a ciò preposto, all'uopo incaricando il responsabile del settore Tributi;
- con determina n. 115/2018, il predetto responsabile ha affidato il servizio alla società Aerarium;
- con nota del 21/2/18, il responsabile dell'ufficio Tributi ha riscontrato la proposta di collaborazione inoltrata dalla Pubblialifana relativamente al servizio de quo, rappresentando le criticità che un'eventuale modifica del gestore del servizio avrebbe cagionato in termini di efficienza, anche tenuto conto della presenza di improcrastinabili adempimenti.

Con un unico articolato motivo di ricorso, PubbliAlifana lamenta:

- 1) violazione degli art. 35 e 36 del d. lvo n. 50/16: la decisione di affidare un ulteriore incarico alla società Aerarium, secondo le convergenti indicazioni del legislatore e dell'Anac (cfr. linee guida n. 4) doveva essere motivata, a differenza di quanto avvenuto nel caso di specie, in modo particolarmente

efficace dando conto delle specifiche ragioni, ove sussistenti, legittimanti la deroga al principio di rotazione;

2) violazione degli art. 35 e 36 del d. lvo n. 50/16: ove il Comune avesse doverosamente tenuto in considerazione l'importo del pregresso affidamento, avrebbe dovuto operare la scelta del nuovo contraente secondo il paradigma dell'art. 36 co. 2 lett. B d. l.vo n. 50/16, in combinato disposto con l'art. 35 co. 12 lett b.;

3) erroneità dei presupposti posti a fondamento della determina impugnata: le attività comprese nel servizio de quo sono meramente operative e, per giunta, espletate con un software la cui licenza è nella piena titolarità del Comune e, comunque, acquistabile da qualsiasi operatore, di talché non si ravvisa l'infungibilità dell'attività di supporto svolta dalla Aerarium;

4) la normativa di riferimento non prevede l'urgenza quale presupposto legittimante il rinnovo dell'affidamento, pertanto non giova al Comune rimarcare l'imminente scadenza del termine per l'approvazione dei bilanci di previsione (che imporrebbero di adempiere celermente alla gestione dei tributi);

5) violazione dell'art. 30 d. lgs. n. 50/16, per avere il Comune illegittimamente pretermesso la proposta formulata dalla ricorrente, nonostante il prospettato risparmio di spesa.

1.1 - Sulla scorta di tali motivi, PubbliAlifana ha, quindi, chiesto annullarsi gli atti di cui si è innanzi detto, dichiararsi l'inefficacia del contratto eventualmente stipulato tra il Comune di Piedimonte Matese e la Aerarium o, in alternativa, applicarsi le sanzioni di cui all'art. 123 d. lgs. cit.

2 - Il Comune di Piedimonte Matese ha resistito al ricorso, eccependo preliminarmente l'inammissibilità dello stesso stante l'omessa tempestiva impugnazione della d.G.M. n. 11/18 che concreta l'atto amministrativo attraverso il quale l'ente ha operato la scelta di procedere all'affidamento diretto del servizio.

Ha dedotto, altresì, il mancato superamento della prova di resistenza, stante le documentate irregolarità fiscali (omesso pagamento ICI e IMU per un importo complessivo di euro 25.839,64) che determinano l'esclusione della ricorrente dagli affidamenti ai sensi dell'art. 80 co. 4 d. l.vo n. 50/16.

3 - Alla pubblica udienza del 13/6/18 la causa è stata trattenuta in decisione.

4 - L'eccezione di tardività sollevata dal Comune resistente è infondata.

Tale eccezione, infatti, si basa sulla d.G.C. n. 11/2018 (peraltro gravata solo tutoristicamente dalla ricorrente), da cui – a detta del Comune – deriverebbe la scelta dell'Amministrazione di procedere all'individuazione del soggetto cui affidare il sopra descritto servizio, mediante affidamento diretto e non mediante diversa procedura.

L'assunto del Comune non trova riscontro in atti: ed invero, la piana lettura della delibera giuntale rivela che con essa si è incaricato il responsabile del settore Tributi “di procedere alla individuazione di un soggetto esterno idoneo a cui affidare il suddetto servizio di supporto”, senza specificare in alcun modo la procedura da seguire che – per contro – risulta oggetto di una scelta compiuta “a valle” dal responsabile del Settore Tributi a mezzo della determina n. 115 cit. ed ivi motivata.

4.1 - Il ricorso è, invece, certamente tempestivo rispetto alla determina n. 115/18, pubblicata il 20/2/18 sull'albo pretorio, risultando spedito per la notifica in data 19/3/18.

5 – Neppure coglie nel segno l'eccezione di inammissibilità basata sulla irregolare posizione fiscale della ricorrente. Tenuto conto, infatti, che questa prospetta come legittimo un confronto concorrenziale tra una pluralità di operatori, non è astrattamente possibile escludere che all'atto dell'effettivo svolgimento della selezione la ricorrente sarebbe stata in regola rispetto alla posizione fiscale (circostanza, peraltro, riscontrabile all'attualità, secondo quanto risulta dalla ricevuta di versamento e dai provvedimenti di

rateizzazione versati in atti in data 22/5/2018).

6 – Passando alle questioni di merito, opina il Collegio che il gravame si palesa fondato nella parte in cui lamenta la violazione del principio di rotazione. Giova evidenziare che tale questione si rivela assorbente rispetto a quella relativa alla corretta individuazione del valore dell'affidamento. Ed invero, anche a voler aderire alle contestazioni della ricorrente in ordine al reale importo dell'affidamento (che, a suo dire – sommando i due affidamenti succedutisi nel tempo – è pari ad euro 77.400,00 con conseguente sfioramento del tetto di € 40.000 imposto per gli affidamenti diretti senza consultazione di altri operatori economici dall'art. 36 comma 2, lettera a, del d.lgs. n. 50/2016), questo rimarrebbe comunque un contratto sotto soglia disciplinato dall'art. 36, collocabile nella fascia inferiore alle soglie indicate dall'art. 35 del medesimo codice dei lavori pubblici (in termini, TAR Lazio, Roma, sez. III quater, sent. 31/1/18 n. 1115) e, pertanto, assoggettato al principio di rotazione (degli affidamenti o degli inviti).

6.1 - Orbene, ai sensi dell'art. 36 cit. *“L'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35 avvengono nel rispetto dei principi di cui agli articoli 30, comma 1, 34 e 42, nonché del rispetto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti e in modo da assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese. Le stazioni appaltanti possono, altresì, applicare le disposizioni di cui all'articolo 50”*.

6.1.1 - In tema, in modo chiaro, nelle linee guida ANAC n. 4 (delibera 26 ottobre 2016, n. 1097 – applicabili *ratione temporis*), si legge che “il rispetto del principio di rotazione espressamente sancito dall'art. 36, comma 1, d.lgs. n. 50/2016 fa sì che l'affidamento al contraente uscente abbia carattere eccezionale e richiede un onere motivazionale più stringente”. La stazione appaltante, o il RUP, quindi, nel momento in cui propone al responsabile del servizio l'affidamento, è tenuta a indicare la motivazione di tale scelta

“in considerazione o della riscontrata effettiva assenza di alternative ovvero del grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale (esecuzione a regola d'arte, nel rispetto dei tempi e dei costi pattuiti) e in ragione della competitività del prezzo offerto rispetto alla media dei prezzi praticati nel settore di mercato di riferimento, anche tenendo conto della qualità della prestazione”. In modo altrettanto perentorio, nel parere del Consiglio di Stato n. 1329 del 13 settembre 2016 espresso sullo schema di linee guida relative all'affidamento sotto soglia, è scritto che “ben diverso è il caso dell'affidamento all'operatore economico uscente dove, ad avviso del Collegio, appare non sufficiente imporre un onere motivazionale più stringente, quando, invece, dovrebbe darsi conto del carattere del tutto eccezionale sia della reiterazione dell'invito alla procedura sia del riaffido dell'appalto allo stesso operatore economico, ad esempio a fronte di riscontrata effettiva assenza di alternative, non potendosi dimenticare il rispetto, tra gli altri, del principio di rotazione sancito specificamente dalla legge (art. 36, comma 1). Assai spesso, del resto, è proprio negli affidamenti all'operatore uscente che il fenomeno corruttivo si annida nella sua dimensione meno facilmente accertabile” – così, da ultimo, TAR Calabria sez. I, sent. 14/5/18 n. 1007.

6.1.2 - Il principio di rotazione è che per espressa previsione normativa deve orientare le stazioni appaltanti nella fase di consultazione degli operatori economici da consultare e da invitare a presentare le offerte è trova fondamento nella esigenza di evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente (la cui posizione di vantaggio deriva soprattutto dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento), soprattutto nei mercati in cui il numero di agenti economici attivi non è elevato. Pertanto, al fine di ostacolare le pratiche di affidamenti senza gara ripetuti nel tempo che ostacolano l'ingresso delle piccole e medie imprese, e di favorire la distribuzione temporale delle opportunità di aggiudicazione

tra tutti gli operatori potenzialmente idonei, il principio di rotazione comporta in linea generale che l'invito all'affidatario uscente riveste carattere eccezionale e deve essere adeguatamente motivato, avuto riguardo al numero ridotto di operatori presenti sul mercato, al grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale ovvero all'oggetto e alle caratteristiche del mercato di riferimento (in tal senso, cfr. la delibera 26 ottobre 2016, n. 1097 dell'Autorità nazionale anticorruzione, linee guida n. 4)" – Consiglio di Stato, sez. VI, sent. 31/8/17 n. 4125.

6.2 - Alla luce delle predette coordinate normative ed ermeneutiche, del tutto insufficienti a giustificare un ulteriore affidamento diretto si rivelano i riferimenti contenuti nella determina impugnata ai "disagi" che la scelta di un diverso gestore determinerebbe, tenuto conto della conseguente necessità di implementazione dei dati su un software diverso da quello in uso alla Aerarium e della nuova formazione del personale. In relazione a tali profili va, infatti, osservato che il Comune di Piedimonte non ha controdedotto a quanto argomentato dalla ricorrente in ordine alla possibile fruizione anche da parte da sua della licenza d'uso del software suite Plus ++, che peraltro risulta già in uso al Comune da "diversi anni", né in merito alla natura meramente "operativa" delle attività gestionali che il Comune continua a svolgere a mezzo di proprio personale.

D'altro canto, non pertinenti (non essendo l'urgenza un presupposto normativamente stabilito per gli affidamenti diretti) sono i richiami all'urgenza di provvedere – entro il 31/3/2018 - agli adempimenti propedeutici all'approvazione del bilancio di previsione 2018-2020, ciò che comunque non legittimerebbe un ulteriore affidamento annuale con scadenza 31/12/2018.

7 - Inammissibile, infine, è l'impugnazione della nota prot. n. 2508 recante giustificazione circa il mancato "assenso" del Comune alla proposta di

collaborazione presentata dalla PubblAlifana, trattandosi – evidentemente – di un atto intervenuto in una fase meramente interlocutoria non prevista dal paradigma legale di riferimento e privo di concreta portata lesiva.

8 - Pertanto, in base a quanto sin qui evidenziato e assorbiti gli ulteriori motivi di gravame non scrutinati, va accolta la domanda di annullamento della determinazione n. 115/18 con conseguente dichiarazione di inefficacia ab origine del contratto eventualmente stipulato tra il Comune di Piedimonte Matese e la Aerarium s.r.l.

8.1 - Non risulta, invece, accoglibile la richiesta di subentro, stante la discrezionalità che residua in capo al Comune in merito all'eventuale ri-affidamento del servizio in seguito al disposto annullamento.

9 - Le spese seguono la soccombenza e si liquidano in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Ottava), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi di cui in motivazione.

Condanna il Comune di Piedimonte Matese alla refusione delle spese di lite in favore della società ricorrente che liquida in euro 3.000,00 oltre accessori come per legge e C.U.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 13 giugno 2018 con l'intervento dei magistrati:

Italo Caso, Presidente

Michelangelo Maria Liguori, Consigliere

Viviana Lenzi, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Viviana Lenzi

IL PRESIDENTE
Italo Caso

IL SEGRETARIO