

APPALTI - AVVALIMENTO - ARTICOLO 89 D.LGS. N. 50 DEL 2016 - CONDIZIONI LIMITATIVE ALL'USO DELL'AVVALIMENTO - ILLEGITTIME

La disciplina dell'istituto dell'avvalimento di cui all'art. 89 del d.lgs. n. 50/2016 non riconosce alcun potere alla stazione appaltante di introdurre condizioni limitative o, comunque, restrittive dell'avvalimento, nè di sanzionarne la mancanza con l'immediata esclusione del concorrente.

TAR Lombardia - Milano - sez. IV Sent. 1632/2020

Publicato il 01/09/2020

N. 01632/2020 REG.PROV.COLL.

N. 02614/2019 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 per la Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2614 del 2019, proposto da Fintel Engineering S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Gabriele Bicego, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Vergiate, in persona del Sindaco in carica *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Maurizio Zoppolato, con domicilio digitale come da PEC da

Registri di Giustizia e domicilio fisico presso lo studio dell'avv. Maurizio Piero Zoppolato in Milano, via Dante, 16;

per l'annullamento:

- del bando, del disciplinare di gara e del capitolato speciale d'appalto, in data 4.11.2019, aventi ad oggetto l'affidamento del servizio di gestione globale del ciclo delle sanzioni amministrative stradali e per violazione di leggi, regolamenti e ordinanze, ad esclusione della fase di riscossione coattiva mediante procedura aperta *ex* articolo 60 del d.lgs. n. 50/2016 e utilizzo della piattaforma SINTEL Triennio 2020/2022 - CIG: 80879378BF, nella parte in cui viene richiesto, tra i requisiti generali e professionali (artt. 80 e 83, comma 1, lettera a), del d.lgs. n. 50/2016) di cui all'art. 10.10.4, di essere conservatori accreditati AGID (per la parte di conservazione) alla data di pubblicazione del presente bando, e di cui all'art. 10.5, di essere intermediari degli enti creditori e partner tecnologici AGID attivi, alla data di pubblicazione del presente bando, su Pago-Pa, congiuntamente alla previsione del disciplinare - così come interpretata dalla nota di chiarimenti pubblicata dalla S.A. - per cui è escluso l'avvalimento per i requisiti elencati ai punti 10.4 e 10.5, trattandosi di prerogativa riservata solo per mancanza dei requisiti di carattere economico-finanziario e tecnico-professionale contemplati ai punti 6 e 7 del medesimo art. 10 del Disciplinare di gara;

- di ogni altro atto presupposto, antecedente, consequenziale e comunque connesso ai provvedimenti impugnati, ivi compresa, in particolare, la determina dirigenziale n. 6089/2019 di indizione della gara su portale Sintel, la nomina della commissione, il capitolato speciale di appalto e, "per quanto occorrer possa", la nota di chiarimenti della Stazione appaltante in ordine al divieto di ricorso all'avvalimento per i requisiti suindicati.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore il dott. Oscar Marongiu nell'udienza del giorno 6 maggio 2020, svoltasi senza discussione orale e mediante collegamento da remoto in audioconferenza, ai sensi dell'art. 84, commi 5 e 6, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18 (convertito in legge n. 27/2020), come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La società Fintel Engineering S.r.l., operante nel settore della gestione delle sanzioni amministrative stradali e per violazione di leggi, ha impugnato le disposizioni contenute nella *lex specialis* della gara, indetta dal Comune di Vergiate, per “*l'affidamento del servizio di gestione globale del ciclo delle sanzioni amministrative stradali e per violazione di leggi, regolamenti e ordinanze*”, che prevedono, tra i requisiti per essere ammessi alla procedura, “*di essere conservatori accreditati AGID (per la parte di conservazione) alla data di pubblicazione del presente bando*” (art. 10.4 del disciplinare) e “*di essere intermediari degli enti creditori e partner tecnologici AGID attivi, alla data di pubblicazione del presente bando, su PagoPa*” (art. 10.5 del disciplinare), unitamente alla previsione dell'art. 11 del Disciplinare, come interpretata alla luce del chiarimento reso dalla Stazione appaltante, con cui quest'ultima ha precisato che «è escluso l'avalimento per i requisiti indicati ai punti 10.4 e 10.5 trattandosi di prerogativa riservata solo per mancanza dei requisiti di carattere “economico finanziario” e “tecnico professionale” contemplati ai punti 6 e 7 del medesimo art. 10 del Disciplinare»; tali disposizioni, a dire della ricorrente, le impedirebbero – in quanto sprovvista dei suindicati requisiti - di partecipare alla procedura.

Il ricorso è affidato ai seguenti motivi:

1) violazione degli artt. 30, comma 1, 80, e 83, commi 2, 3 e 8, del d.lgs. n. 50/2016; violazione del principio di pertinenza e di ragionevolezza e proporzionalità dei requisiti di partecipazione alle pubbliche gare e dei principi di libera concorrenza, non discriminazione e massima partecipazione; illogicità e inconferenza manifeste: violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione;

2) con riferimento al requisito di cui all'art. 10.5 del Disciplinare (“essere intermediari degli enti creditori e partner tecnologici AGID attivi su PagoPa”): ancora violazione delle norme di cui al precedente motivo e del principio di proporzionalità dei requisiti di partecipazione alle gare, nonché dei principi di libera concorrenza, non discriminazione e massima partecipazione;

3) violazione dell'art. 89 del d.lgs. n. 50/2016 ed eccesso di potere; incongruenza e illogicità manifeste; sviamento.

Si è costituito il Comune intimato, chiedendo la reiezione del ricorso.

Alla camera di consiglio del giorno 19 dicembre 2019 la Sezione, con ordinanza n. 1709/2019, ha respinto l'istanza cautelare.

Il Consiglio di Stato, con ordinanza n. 422/2020, ha accolto l'appello cautelare proposto dalla ricorrente, ammettendola con riserva alla procedura di gara.

In vista dell'udienza le parti hanno ribadito le proprie difese con memorie e repliche.

All'udienza del giorno 6 maggio 2020, svoltasi senza discussione orale e mediante collegamento da remoto in audioconferenza, ai sensi dell'art. 84, commi 5 e 6, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18 (convertito in legge n. 27/2020), la causa è passata in decisione.

2. Il ricorso è in parte fondato.

Al riguardo, il Collegio osserva quanto segue.

2.1. Con il primo motivo Fintel Engineering S.r.l. censura l'art. 10.4 del Disciplinare di gara, nella parte in cui impone agli operatori interessati alla procedura di essere accreditati AGID. Secondo la ricorrente si tratterebbe di requisito non attinente rispetto all'oggetto dell'appalto e comunque limitativo della partecipazione alla gara: la richiesta dell'accreditamento AGID sarebbe tutt'al più proporzionata per servizi di mera conservazione digitale di documenti, ma non per il più complesso servizio oggetto di appalto.

2.1.1. La censura non coglie nel segno.

La *lex specialis*, nel descrivere il servizio oggetto dell'appalto in questione, indica numerose attività che implicano la corretta conservazione di documenti informatici a norma del Codice dell'Amministrazione digitale (d.lgs. n. 82/2005).

In particolare:

- l'art. 1 del Capitolato richiede all'appaltatore la fornitura di un *hardware* in grado di interfacciarsi con il *software* già in uso al Comando di Polizia Locale, in modo tale da consentire il regolare flusso di informazioni relative alle infrazioni rilevate;
- l'art. 2 del Capitolato precisa che l'appaltatore dovrà “*supportare l'Ufficio di Polizia Locale nella gestione del procedimento sanzionatorio fino alla formazione del ruolo, dei verbali rilevati anche mediante i dispositivi digitali di controllo e di tutte le altre infrazioni accertate dagli Agenti della Polizia Locale e/o dagli Ausiliari della Sosta, anche a mezzo di strumentazione elettronica*”;
- l'appaltatore dovrà inoltre “*gestire le notifiche di verbali a mezzo PEC con relativa conservazione a norma di legge ... utilizzando gli strumenti di lavoro più evoluti sviluppati dalla tecnologia*”;
- inoltre, il Capitolato prevede che “*per tutti gli atti postalizzati, la data di notifica dovrà essere inserita nel programma di gestione delle sanzioni e successivamente gli avvisi di ricevimento dovranno essere archiviati secondo principi di rapida consultazione e reperimento*”;

- la ditta aggiudicataria dovrà anche provvedere all'«*inserimento dei preavvisi di accertamento e successiva stampa del verbale in caso di omesso pagamento nei termini, inserimento dei verbali redatti su strada, gestione degli Avvisi di Ricevimento Postale, ristampa dei verbali, e tutte le attività conseguenti a seguito di trasferimenti di residenza o cambi proprietà, locazione di veicoli, stampa lettere di richiesta di notifica ad altri comuni per i verbali di cui non è stata possibile la notifica a mezzo servizio postale e loro associazione al relativo verbale da notificare, inserimento dati patente del conducente trasgressore, registrazioni di pagamenti, archiviazione elettronica dell'intera attività conseguente l'accertamento di violazioni al C.d.S. oltre che alla catalogazione di tutte le cartoline di notifica*»;

- in generale, l'art. 2 del Capitolato conclude che tutte le attività dell'impresa aggiudicataria dovranno necessariamente «*interfacciarsi con il software attualmente in uso di proprietà dell'Amministrazione Comunale*».

È evidente, quindi, che il servizio oggetto di affidamento contempla anche l'attività di conservazione documentale e proprio in funzione di questa è richiesto ai concorrenti di essere conservatori AGID “per la parte di conservazione”.

La previsione contestata, per tali ragioni, non può ritenersi irragionevole, né si pone in contrasto con le norme evocate da parte ricorrente.

La censura, pertanto, va respinta.

2.2. Con il secondo motivo la ricorrente contesta il requisito dell'abilitazione al pagamento tramite il sistema PagoPA, stabilito dall'art. 10.5 del disciplinare di gara. In primo luogo, a dire della ricorrente, non si spiegherebbe la necessità dell'abilitazione PagoPA in quanto l'appalto di cui è causa non contemplerebbe alcuna attività di riscossione da parte dell'impresa aggiudicataria e, inoltre, i pagamenti delle sanzioni dovrebbero avvenire direttamente a favore del Comune. In secondo luogo, la disposizione di legge che impone alle pubbliche amministrazioni di dotarsi di sistemi di pagamento tramite PagoPA avrebbe dovuto entrare in vigore solo il 31 dicembre 2019 (art. 8, comma 4, del d.l. n.

135/2018), ossia esattamente il giorno prima di quello previsto per l'avvio del servizio (1° gennaio 2020: cfr. art. 7 del disciplinare).

2.2.1. La censura non persuade.

Al riguardo, è sufficiente osservare che:

- l'unica attività esclusa espressamente dall'affidamento per cui si controverte è la riscossione coattiva, cui si perviene nei soli casi in cui tutti i solleciti di pagamento trasmessi dall'impresa affidataria del servizio rimangano inevasi e l'Amministrazione, quindi, sia costretta a ricorrere all'esecuzione forzata;
- in caso di riscossione cd. volontaria delle sanzioni, invece, la società affidataria avrà un ruolo attivo, dovendo, tra l'altro, operare come intermediario/partner tecnologico del Comune nell'ambito del sistema PagoPA, provvedendo a tutte le attività connesse all'incasso delle sanzioni;
- invero, all'appaltatore sono espressamente affidate *“le attinenti attività di gestione del servizio PagoPA”* e *“per tale scopo”* (ossia per la gestione dei pagamenti attraverso la piattaforma PagoPA) *“i concorrenti dovranno essere intermediari degli Enti creditori e Partner tecnologici AGID attivi su PagoPA”* (cfr. art. 1 del Capitolato e art. 10 del Disciplinare);
- peraltro, se è pur vero che l'appaltatore non incasserà gli importi delle sanzioni pecuniarie versate tramite il sistema in questione, dato che le somme che *“transitano”* sulla piattaforma sono *“veicolate”* direttamente al Comune, tuttavia l'appaltatore dovrà gestire tutte le attività connesse, a partire dal servizio di interconnessione alla piattaforma per le operazioni del caso (tramite collegamento al sistema, verifica dei pagamenti e delle relative causali, rilascio della ricevuta, registrazione del pagamento a sistema, ecc.);
- del resto, il compito di registrare i pagamenti delle sanzioni e archiviare i documenti a comprova degli stessi, affidato all'appaltatore (cfr. art. 2 del Capitolato), presuppone, nel caso di pagamenti con il sistema PagoPa, la possibilità

di monitorare i pagamenti, identificare i soggetti che li hanno disposti e verificare le causali, così da poter inserire i relativi dati nel sistema (cfr. ancora l'art. 2 del Capitolato);

- sotto diverso profilo, l'introduzione da parte delle amministrazioni della modalità di pagamento elettronico tramite il sistema PagoPA è stata resa obbligatoria dall'art. 65, comma 2, del d.lgs. 217/2017 (come modificato dapprima dall'art. 8, comma 4, del d.l. n. 135/2018, convertito con legge n. 12/2019, poi dall'art. 1, comma 8, del d.l. n. 162/2019, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 8/2020, e, da ultimo, dall'art. 24, comma 2, lett. a, del d.l. n. 76/2020) a partire dal 28 febbraio 2021, ma non può ritenersi illegittima o abnorme l'anticipazione di un sistema di pagamento che diverrà comunque obbligatorio nel corso dell'appalto, avente durata triennale (cfr. al riguardo T.A.R. Lombardia-Milano, Sez. IV, n. 995/2019).

La censura, pertanto, va respinta.

2.3. Con il terzo motivo la ricorrente contesta l'impedimento alla partecipazione alla gara che a suo dire discende dal divieto di avvalimento per i due requisiti fatti oggetto delle precedenti censure.

2.3.1. La censura è fondata.

Il disciplinare, all'art. 11, prevede la facoltà di ricorso all'avvalimento con esclusivo riferimento *“ai requisiti di carattere economico-finanziario e tecnico-professionale”*.

In seguito ad una richiesta di chiarimenti avanzata da Fintel Engineering S.r.l. la stazione appaltante rispondeva che *“è escluso l'avvalimento per i requisiti elencati ai punti 10.4 e 10.5 trattandosi di prerogativa riservata solo per mancanza dei requisiti di carattere “economico finanziario” e “tecnico professionale” contemplati ai punti 6 e 7 del medesimo art. 10 del Disciplinare di gara”*.

La posizione del Comune, in sostanza, muove dal presupposto secondo cui i requisiti in contestazione non sarebbero inquadrabili come requisiti di carattere

“economico finanziario” e “tecnico professionale”, ma costituirebbero requisiti soggettivi di idoneità professionale del candidato, insuscettibili come tali di essere oggetto di avvalimento; in quest’ottica, secondo la difesa comunale, il divieto di avvalimento sarebbe conforme al dettato dell’art. 83, comma 1, lett. a), del d.lgs. n. 50/2016.

Orbene, la tesi comunale non è condivisibile, atteso che:

- i requisiti di idoneità professionale sono tipizzati e specificamente indicati dall’art. 83, comma 3, del d.lgs. n. 50/2016, in base al quale *“ai fini della sussistenza dei requisiti di cui al comma 1, lettera a), i concorrenti alle gare, se cittadini italiani o di altro Stato membro residenti in Italia, devono essere iscritti nel registro della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura o nel registro delle commissioni provinciali per l’artigianato, o presso i competenti ordini professionali”*;
- come efficacemente evidenziato dalla ricorrente, per quanto riguarda lo svolgimento dell’attività di conservazione digitale, non è richiesta l’iscrizione in alcun albo, né alcuna particolare autorizzazione, in quanto l’accreditamento presso AgID costituisce solo una attestazione di “maggiore qualificazione nello svolgimento dell’attività”, che non integra né l’iscrizione in un apposito albo professionale, né un’autorizzazione necessaria per lo svolgimento della stessa;
- neppure per la prestazione del servizio PAgOPA è richiesta l’iscrizione in alcun albo particolare, ed invero tale servizio può essere svolto previa comunicazione all’Agid e dotazione di una piattaforma elettronica per consentire il pagamento in via telematica;
- non si ravvisano ragioni, quindi, per cui i requisiti in parola non possano essere soddisfatti mediante ricorso all’avvalimento con operatore abilitato;
- come affermato dalla Corte di Giustizia dell’Unione europea l’avvalimento è stato introdotto nell’ordinamento nazionale in attuazione di puntuali prescrizioni dell’ordinamento UE, al fine di consentire l’apertura degli appalti pubblici alla

concorrenza nella misura più ampia possibile (cfr. Corte di Giustizia, sentenza 7 aprile 2016 in causa C-324/14 – Partner Apelski Dariusz);

- peraltro, come anche chiarito dalla giurisprudenza interna, la disciplina dell'istituto dell'avvalimento di cui all'art. 89 del d.lgs. n. 50/2016 non riconosce alcun potere alla stazione appaltante di introdurre condizioni limitative o, comunque, restrittive dell'avvalimento, tantomeno di sanzionarne la mancanza con l'immediata esclusione del concorrente (T.A.R. Campania-Napoli, Sez. I, n. 6691/2018).

Per quanto sopra esposto, la censura deve essere accolta e va conseguentemente annullata la previsione dell'art. 11 del Disciplinare di gara, come interpretata alla luce del chiarimento reso dalla stazione appaltante secondo cui «è escluso l'avvalimento per i requisiti indicati ai punti 10.4 e 10.5».

2.4. In definitiva, il ricorso deve essere accolto in parte, nei sensi e nei termini sopra indicati.

Le spese del giudizio possono essere compensate tra le parti, tenuto conto del complesso della vicenda e della peculiarità delle questioni trattate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie in parte e per l'effetto annulla la disposizione di cui all'art. 11 del Disciplinare di gara, nei sensi e nei termini indicati in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 6 maggio 2020, tenutasi in audioconferenza, con l'intervento dei magistrati:

Rosalia Maria Rita Messina, Presidente

Alberto Di Mario, Consigliere

Oscar Marongiu, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Oscar Marongiu

IL PRESIDENTE
Rosalia Maria Rita Messina

IL SEGRETARIO