



DELIBERA N. 211

17 maggio 2023

Oggetto

Istanza congiunta di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata dalla società Andreani Tributi Srl e dal Comune di Piano di Sorrento – Procedura aperta per l'affidamento del servizio di gestione, accertamento e riscossione, anche coattiva, del canone patrimoniale di concessione autorizzazione o esposizione pubblicitaria (canone unico), del canone per l'occupazione nei mercati previsto dalla legge n. 160 del 27.12.2019 e della gestione imposta di soggiorno, per il periodo 2023-2026, nonché dell'accertamento dell'ICP-DPA-COSAP e del servizio delle pubbliche affissioni" – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – Importo a base di gara: euro 568.417,50 – S.A.: Comune di Piano di Sorrento.

UPREC-PRE 557/2023/S/PREC

Riferimenti normativi

Art. 83, commi 1, lett. c), 2 e 6 del d.lgs. n. 50/2016

Parole chiave

Gestione, accertamento e riscossione imposta di soggiorno – Requisiti di capacità tecnico-professionale – Servizi analoghi pregressi – Appalto e concessione.

Massima

Contratti pubblici – Concessioni – Servizi – Scelta del contraente – Requisiti di capacità tecnico-professionale – Servizi analoghi – Esecuzione in regime di concessione o appalto – Clausola *lex specialis* escludente – Illegittimità.

La valutazione della adeguatezza e proporzionalità del requisito tecnico-professionale richiesto non può essere effettuata in astratto, bensì sulla base delle peculiarità del servizio oggetto di affidamento e della sua più o meno spiccata complessità sia sotto il profilo organizzativo sia sotto quello esecutivo. In questa prospettiva la dimostrazione del possesso della capacità tecnico-professionale e quindi la prova



dell'affidabilità dell'operatore economico nell'esecuzione dell'appalto o della concessione si sostanzia nell'esperienza specifica dell'impresa nel relativo settore di attività indipendentemente dalle modalità di affidamento scelte dalle Amministrazioni committenti.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 17 maggio 2023

DELIBERA

VISTA l'istanza congiunta presentata dalla società Andreani Tributi Srl e dal Comune di Piano di Sorrento, acquisita al prot. gen. ANAC n. 0032457 del 27.4.2023, con la quale le parti istanti chiedono all'Autorità di esprimersi in merito alla possibilità di ammettere alla gara in oggetto la medesima società istante, che ha svolto i servizi richiesti di liquidazione, accertamento, e riscossione dell'imposta di soggiorno non in regime di concessione (come previsto dal punto 7.2.2. del disciplinare di gara), ma nella forma dell'appalto come supporto agli enti, fermo restando che i servizi relativi alle altre entrate oggetto di affidamento sono stati svolti in concessione;

CONSIDERATO, più specificamente, che le parti istanti chiariscono che «*A seguito di richiesta di chiarimento, di cui al verbale n. 1, l'Andreani Tributi ha fatto pervenire la nota prot. 867/2023 nella quale ha specificato che per giurisprudenza, in virtù del principio del favor participationis, non vanno assimilati i servizi identici a quelli analoghi, specificando che i "servizi" in argomento sono peraltro identici a quelli richiesti, ossia "liquidazione, accertamento e riscossione", così come le "entrate gestite" (tra cui l'imposta di soggiorno), mentre cambia solo la modalità di gestione e per una sola delle entrate oggetto di gara, che avviene in appalto anziché in concessione. Andreani Tributi ha anche elencato i servizi concreti di fatto resi con riferimento ai tre comuni dichiarati, precisando altresì che anche il capitolato di Piano di Sorrento elenca all'art.10.1 lett. a), tra i servizi da rendere per l'imposta di soggiorno, l'attività di "supporto" all'Ente nell'elaborazione e proiezione delle fasce e tariffe. Andreani Tributi ha anche richiamato la giurisprudenza che ritiene necessario "escludere soluzioni interpretative eccessivamente restrittive e con effetto anticoncorrenziale", concludendo per il possesso delle capacità tecnica richiesta per la gestione dell'imposta di soggiorno*»;

VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 28.4.2023;

VISTA la documentazione in atti e le memorie delle parti;

RILEVATO che il disciplinare di gara, al punto 7.2.2., richiede testualmente: *"Capacità tecnico-professionale (art. 83, comma 1, lett. c) del Codice), dimostrata nel modo seguente:*

a) avere svolto nel triennio antecedente la data di pubblicazione del Bando di gara o di avere in corso regolare attività di liquidazione, accertamento e riscossione, in qualità di concessionario, del Canone Unico, dell'Imposta di Soggiorno, dell'Imposta Comunale sulla Pubblicità e dei Diritti sulle Pubbliche Affissioni o del Cosap (canone di occupazione spazi e aree pubbliche) o della Tosap (tassa di occupazione spazi e aree pubbliche) in almeno 3 (tre) Comuni con popolazione pari o superiore a quello del Comune di Piano di Sorrento, che al 01.01.2022 era pari a 12.486 abitanti";



CONSIDERATO che la Stazione appaltante evidenzia che *«Dall'esame della documentazione presentata dall'operatore economico Andreani Tributi, società iscritta all'Albo dei concessionari della riscossione, con la busta "A" si evince che lo stesso - solo per quanto strettamente riferito all'imposta di soggiorno - ha svolto in 3 comuni i servizi richiesti in qualità di appaltatore anziché di concessionario, mentre i servizi relativi ai tributi minori sono stati svolti in concessione»*;

CONSIDERATO che l'art. 83, comma 6 del Codice prevede che *«Per gli appalti di servizi e forniture, per i criteri di selezione di cui al comma 1, lettera c)[ovvero quelli inerenti alle capacità tecniche e professionali – n.d.r.], le stazioni appaltanti possono richiedere requisiti per garantire che gli operatori economici possiedano le risorse umane e tecniche e l'esperienza necessarie per eseguire l'appalto con un adeguato standard di qualità»* e che l'orientamento giurisprudenziale in argomento, ormai da tempo consolidato, sostiene che *«l'interpretazione della lex specialis di gara debba essere condotta secondo criteri di ragionevolezza e di proporzionalità, in modo da escludere soluzioni interpretative eccessivamente restrittive e con un effetto sostanzialmente anticoncorrenziale e ciò in omaggio al pacifico insegnamento della giurisprudenza che impone, in caso di dubbi esegetici, la soluzione che consenta la massima partecipazione alla gara: in tale ottica, la giurisprudenza ha "distinto la nozione di "servizi identici" da quella di "servizi analoghi" (o simili), allo scopo di garantire l'osservanza del principio di massima partecipazione alle gare pubbliche, pur nel rispetto della necessità di scelta di operatori qualificati da parte delle amministrazioni". Invero, i concetti di "servizio analogo" e di "fornitura analoga" vanno intesi "non come identità, ma come mera similitudine tra le prestazioni richieste, tenendo conto che l'interesse pubblico sottostante non è certamente la creazione di una riserva a favore degli imprenditori già presenti sul mercato ma, al contrario, l'apertura del mercato attraverso l'ammissione alle gare di tutti i concorrenti per i quali si possa raggiungere un giudizio complessivo di affidabilità". All'opposto, la nozione di "servizi identici" individua una "categoria chiusa di prestazioni aventi medesima consistenza di tipo e funzione, sì da collidere con il precetto conformante le procedure di gara inteso a garantire la massima partecipazione delle imprese operanti nel medesimo segmento di mercato"»* (v., ex multis, TAR Venezia, 3.3.2022 n. 393 e l'ampia giurisprudenza ivi citata);

CONSIDERATO che in ragione del quesito posto dalle parti istanti appare opportuno ricordare, seppur molto sommariamente, che ciò che distingue il rapporto di concessione dall'appalto di servizi consiste, sotto il profilo giuridico, nell'assunzione da parte del concessionario del rischio di domanda e che mentre l'appalto ha struttura di rapporto bilaterale tra appaltante ed appaltatore ed il compenso di quest'ultimo grava interamente sull'appaltante, nella concessione, connotata da una struttura trilaterale, il concessionario ha rapporti negoziali diretti con l'utenza finale, dalla cui richiesta di servizi trae la propria remunerazione, oltre che con il concedente; sotto un profilo più squisitamente economico, si può dire che la figura della concessione, a differenza dell'appalto, è connotata dall'elemento del trasferimento all'impresa concessionaria del rischio operativo, inteso come rischio di esposizione alle fluttuazioni di mercato che possono derivare da un rischio sul lato della domanda o sul lato dell'offerta, ossia da fattori al di fuori dalla sfera di controllo delle parti;

RITENUTO, ciò premesso, che, ai fini della valutazione della capacità tecnico-professionale, con cui la Stazione appaltante, chiedendo la dimostrazione delle precedenti esperienze contrattuali, mira ad accertare l'idoneità tecnica ed organizzativa degli operatori economici ai fini dell'esecuzione dell'appalto, non assume rilievo, se non in specifiche e circoscritte ipotesi prevalentemente riconducibili all'esecuzione di opere pubbliche, che siffatte prestazioni pregresse, naturalmente analoghe a quelle richieste nella gara di interesse, siano state eseguite in regime di appalto o concessione, stante lo scarso rilievo attribuibile, sotto questo profilo, ai rispettivi elementi giuridico-economici distintivi;



RITENUTO che la valutazione della adeguatezza e proporzionalità del requisito tecnico-professionale richiesto non può essere effettuata in astratto, bensì sulla base delle peculiarità del servizio oggetto di affidamento e della sua più o meno spiccata complessità sia sotto il profilo organizzativo sia sotto quello esecutivo, tenendo conto che l'interesse pubblico sottostante non è certamente la creazione di una riserva a favore degli imprenditori già presenti sul mercato ma, al contrario, l'apertura del mercato attraverso l'ammissione alle gare di tutti i concorrenti per i quali si possa raggiungere un giudizio complessivo di affidabilità e soddisfacente qualità delle prestazioni;

RITENUTO, in altri termini, che ciò che denota l'esperienza specifica dell'impresa nel relativo settore di attività e che può assicurare l'Amministrazione committente in ordine alla sua affidabilità complessiva nel caso in cui l'appalto o la concessione le venga affidato è l'aver già (correttamente) eseguito prestazioni analoghe a quelle richieste e non la cornice contrattuale entro cui sono state eseguite, cosicché, per tornare al caso di specie, l'aver svolto in precedenza il servizio di riscossione dell'imposta di soggiorno in regime di appalto e non di concessione (come invece previsto dalla *lex specialis*) non costituisce una prova di minore affidabilità o capacità nell'eseguire a regola d'arte il servizio richiesto;

RITENUTO che, alla luce della maggiore complessità gestionale del contratto concessorio rispetto a quello di appalto, l'aver eseguito il servizio in questione in regime di concessione potrebbe, a tutto concedere, dimostrare una maggiore capacità tecnico-organizzativa dell'operatore economico, nel caso di specie tale circostanza non assume alcun rilievo dal momento che risulta agli atti che la società Andreani Tributi ha comunque eseguito in regime di concessione tutti gli altri, peraltro più complessi, servizi di riscossione oggetto della gara *de qua*, così dimostrando di avere una struttura organizzativa aziendale e una esperienza pregressa tale da far ragionevolmente presumere di poter gestire anche la riscossione dell'imposta di soggiorno nelle medesime modalità richieste dalla Stazione appaltante;

CONSIDERATO, in via generale, che la Stazione appaltante, nel definire i requisiti tecnici e professionali dei concorrenti, vanta un margine di discrezionalità tale da consentirgli di definire criteri ulteriori e più stringenti rispetto a quelli normativamente previsti, con il rispetto del limite della proporzionalità e della ragionevolezza, oltre che della pertinenza e congruità dei requisiti prescelti in relazione alle caratteristiche dello specifico oggetto di gara;

RITENUTO, tuttavia, nel caso in discussione, che non risponda ad un criterio di ragionevolezza, proporzionalità e congruità la pretesa che gli operatori economici debbano aver svolto tutti i servizi di riscossione oggetto di affidamento "in qualità di concessionari" al fine di soddisfare il requisito speciale di capacità tecnico-professionale di cui al punto 7.2.2 del Disciplinare di gara, ma che al contrario tale clausola costituisca, per le motivazioni più sopra esposte, una violazione del principio del *favor participationis* e che dunque concreti una illegittima restrizione della concorrenza, salvo una sua interpretazione orientata alla massima partecipazione che sia idonea a comprendere tutte le tipologie di contratto pubblico tra un'amministrazione aggiudicatrice e un operatore di mercato;

RITENUTO, in definitiva, e a prescindere dalla specifica problematica inerente alla società istante, che il requisito in parola sia in ogni caso incongruo e sproporzionato nella parte in cui si richiede ai concorrenti che tutte le pregresse attività di liquidazione, accertamento e riscossione delle imposte e delle tasse oggetto di affidamento siano state svolte in qualità di concessionario, in quanto così facendo si finisce, stravolgendo la *ratio* delle norme in materia, per attribuire valore unicamente ad un elemento formale (l'aver svolto i servizi in qualità di concessionario) a scapito dei dati sostanziali, ovvero quelli che consentono alla Stazione appaltante di valutare in concreto la capacità tecnico-professionale degli operatori economici ai fini dell'esatta esecuzione del contratto;



Il Consiglio

ritiene, sulla base di tutte le motivazioni che precedono e limitatamente alle questioni esaminate, che

- il requisito di capacità tecnico-professionale di cui al punto 7.2.2 del Disciplinare di gara sia incongruo e sproporzionato salvo una sua interpretazione in conformità alle indicazioni fornite nella parte motiva del presente parere e in particolare a quello del *favor participationis*, unitamente a quello di conservazione degli atti di gara;
- conseguentemente, la società Andreani Tributi Srl non possa essere esclusa in base alla sola considerazione che il servizio di liquidazione, accertamento e riscossione dell'imposta di soggiorno sia stato svolto nella forma dell'appalto come supporto agli Enti e non in regime di concessione.

Il Presidente
Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 24 maggio 2023
Il Segretario Laura Mascali

Originale firmato digitalmente