



DELIBERA N. 740

10 novembre 2021

Oggetto

Istanza di parere singola per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da [OMISSIS]S.r.l. – Concessione del servizio di accertamento IMU annualità 2017-2018 e relativa riscossione coattiva; Concessione del servizio di emissione ruolo ordinario TARI annualità 2021 e relativa riscossione ruolo ordinario e coattivo; Concessione del servizio di accertamento omesse denunce e maggiori superfici TARI annualità 2017-2018 e relativa riscossione coattiva; Concessione del servizio per l'accertamento e la riscossione delle sanzioni ex 602/73 e 507/1993 per mancato versamento TARI (parziale/totale) e per mancata denuncia TARI per gli anni per i quali non è intervenuta decadenza o prescrizione; Concessione del servizio di accertamento e riscossione omesso versamento (parziale/totale) TASI per gli anni per i quali non è intervenuta decadenza o prescrizione; Formazione ruolo acqua e canone depurazione e fognatura annualità 2021 (dal mese di agosto) e 2022, spedizione, riscossione ruolo ordinario e coattivo - Importo a base di gara: € 300.000,00 - S.A.: Comune di Dipignano

PREC 200/2021/S

Riferimenti normativi

Articolo 51 d.lgs. n. 50/2016

Articolo 83 d.lgs. n. 50/2016

Parole chiave

Servizi di accertamento e riscossione e servizi di supporto - divisione in lotti – requisiti speciali – perdita di bilancio – numero minimo di dipendenti

Massima

Servizi di accertamento e riscossione e servizi di supporto – gare distinte - divisione in lotti - lotto unico - motivazione

La stazione appaltante deve indicare nel bando la motivazione della mancata suddivisione in lotti della gara avente ad oggetto i servizi di accertamento e riscossione e i servizi di supporto ad essi propedeutici.

Requisiti speciali – perdita di bilancio – sospensione *ex lege* attività di riscossione – anno 2020 – richiesta non ragionevole né congrua – indebita restrizione concorrenza

Il settore dei servizi di riscossione non è rimasto insensibile alla situazione emergenziale venutasi a creare con la pandemia, stante la sospensione dei versamenti tributari disposta *ex lege*. L'inevitabile contrazione del fatturato ha a sua volta inciso sull'equilibrio di bilancio degli operatori incaricati dell'accertamento e della riscossione, per ragioni non imputabili alle imprese. Per tale motivo, le eventuali perdite accusate nel 2020



non sono significative, in quanto non idonee ad escludere con certezza che l'impresa sia economicamente solida, soprattutto se circoscritte all'anno in questione e se accompagnate da altri indici idonei a dimostrare l'affidabilità economica dell'impresa. Pertanto, nelle gare per l'affidamento dei servizi di accertamento e riscossione, la richiesta del requisito del pareggio di bilancio parametrata all'anno 2020 non è ragionevole né congrua e si traduce in una indebita, quanto inutile, restrizione della concorrenza.

Requisiti speciali – Numero minimo di dipendenti - Proporzionalità e dell'attinenza all'oggetto del contratto

La richiesta, come requisito speciale di partecipazione, di un numero minimo di dipendenti deve essere proporzionata ed attinente all'oggetto del contratto.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 10 novembre 2021

Vista l'istanza, acquisita al prot. n. 70791 del 29 settembre 2021, nella quale l'operatore economico [OMISSIS]S.r.l. ha censurato il bando del Comune di Dipignano sotto il duplice profilo della mancata suddivisione in lotti e della richiesta di requisiti di partecipazione eccessivamente restrittivi e che, nella specie, gli impediscono la partecipazione. Nello specifico, le doglianze dell'istante si appuntano su:

- i. la mancata suddivisione della gara in due distinti lotti aventi per oggetto, rispettivamente, le attività di supporto alla riscossione, di cui al punto 3.2 del bando-disciplinare ("*Formazione ruolo acqua e canone depurazione e fognatura annualità 2021 (dal mese di agosto) e 2022, spedizione, riscossione ruolo ordinario e coattivo*") e l'attività di riscossione vera e propria di cui al punto 3.1, in violazione degli artt. 30, commi 1 e 7, e 51 del Codice dei contratti;
- ii. la richiesta, tra i requisiti attestanti la capacità economica e finanziaria, di "*non avere avuto perdite di bilancio nell'ultimo triennio (2018/2020)*". L'istante evidenzia che la sospensione dell'attività dell'Agente della Riscossione per il 2020, disposta a fronte dell'emergenza COVID-19, ha potuto essere ammortizzata più efficacemente dagli operatori economici di maggiori dimensioni e che la giustificazione addotta dalla stazione appaltante a sostegno della legittimità del requisito, ovvero che gli agenti della riscossione sono soggetti al principio contabile/fiscale della competenza e non di cassa, non farebbe altro che confermare l'impossibilità di imputare all'anno 2020 alcuna fatturazione a partire dal marzo 2020, a causa del blocco normativo all'attività di riscossione imposto dal governo a partire, appunto, da marzo 2020 e fino al 31 agosto 2021. La drastica riduzione del fatturato 2020, dovuta a decisioni politiche, ha comportato per l'istante l'impossibilità di coprire i costi sostenuti per la mera sopravvivenza dell'azienda determinando perdite di bilancio; per tale motivo, il requisito avrebbe dovuto essere parametrato al triennio 2017/2019, con esclusione del 2020;
- iii. la richiesta, tra i requisiti attestanti la capacità tecnica e professionale, di "*avere alle proprie dipendenze, alla data di pubblicazione del bando, un numero di dipendenti non inferiore a 20 (venti) unità, di cui almeno 3 con la qualifica di ufficiali della riscossione*". L'operatore economico sostiene che il requisito sia sproporzionato rispetto all'oggetto del bando e alle dimensioni del Comune (circa quattromilatrecento abitanti) e che rappresenti un'indebita ingerenza nelle scelte organizzative dell'impresa. Inoltre, non sarebbe convincente la replica della stazione appaltante secondo la quale il requisito sarebbe chiamato a dimostrare la capacità lavorativa dei concorrenti "ritenuto che operino contestualmente per più enti";

Visto l'avvio dell'istruttoria comunicato in data 4 ottobre 2021 con nota prot. n. 71805;



Visto quanto controdedotto dalla stazione appaltante, con nota acquisita al prot. n. 72989 del 7 ottobre 2021. Il Comune di Dipignano ha preliminarmente eccepito l'inammissibilità dell'istanza in quanto diretta a far valere l'illegittimità di un atto autonomamente impugnabile (il bando di gara) rispetto al quale sarebbero decorsi i termini di impugnazione in sede giurisdizionale, evidenziando che, comunque, il parere sarebbe *inutiliter datum* in quanto, non avendo l'istante dichiarato di volere attenersi al futuro parere, la stazione appaltante non potrebbe a sua volta aderire all'istanza. Nel merito, il Comune ha rappresentato di essere stato costretto ad affidare all'esterno tutti i servizi oggetto della gara giusto sollecito della Corte dei Conti e del Revisore Unico e di avere potuto avviare la gara solo dopo essere tornato in possesso delle reti e del ruolo del servizio idrico. I requisiti ritenuti eccessivamente restrittivi sono stati richiesti al fine di potere affidare l'appalto ad un operatore che potesse a garantire la notifica delle pretese tributarie e patrimoniali entro il 31 dicembre 2021, pena la prescrizione;

Vista la documentazione acquisita agli atti;

Considerato che l'istanza non incorre nella causa di inammissibilità di cui all'art. 7, comma 1, lett. c), Regolamento di precontenzioso, perché nel giorno della sua presentazione (29 settembre) – momento rispetto al quale va verificata la scadenza del termine di impugnazione del provvedimento contestato – il termine per impugnare il bando (pubblicato in data 24 agosto 2021) non era ancora decorso. Quanto all'efficacia del parere, la mancata dichiarazione dell'istante di volersi attenere a quanto stabilito in esso, secondo quanto previsto dall'art. 4, comma 3, Regolamento precontenzioso, priva le altre parti della possibilità di aderirvi. Questo esclude che il parere possa avere efficacia vincolante ma non mina in alcun modo l'autorevolezza del parere di precontenzioso che, benché non vincolante, costituisce una qualificata manifestazione di giudizio, espressa dall'Autorità di settore, esercitante una funzione di *moral suasion* nei confronti dei soggetti coinvolti nella controversia. La stazione appaltante è tenuta a valutarlo ai fini dell'eventuale esercizio del potere di autotutela e a comunicare all'Autorità le determinazioni adottate al riguardo entro 60 giorni dalla sua ricezione (art. 13, comma 2, Reg.). Nel caso di omissione o non veridicità delle comunicazioni, l'Autorità irroga le sanzioni di cui all'art. 213, comma 13, d.lgs. n. 50/2016 (art. 13, comma 3, Reg.);

Considerato, con riferimento alla prima doglianza, che essa fa leva sulla previsione, da parte dell'art. 1, comma 805, della finanziaria per l'anno 2000, dell'iscrizione obbligatoria in una sezione separata dell'"Albo dei gestori delle attività di liquidazione e di accertamento dei tributi e quelle di riscossione dei tributi e delle entrate delle province e dei comuni", di cui all'art. 53, comma 3, del d. lgs. n. 446/1997, per i soggetti che svolgono esclusivamente le funzioni e le attività di supporto propedeutiche all'accertamento e alla riscossione delle entrate degli enti locali e delle società partecipate. A fronte di tale netta distinzione tra le due tipologie di attività – accertamento e riscossione da un lato e attività di supporto e propedeutiche dall'altro – a cui corrisponde l'esistenza di due mercati potenzialmente diversi, popolati da operatori economici dotati di strutture organizzative e mezzi economico-finanziari non sempre coincidenti – stante la rilevante differenza di capitale minimo previsto per l'iscrizione all'Albo – l'Autorità ha ritenuto che sia opportuno, ai fini di un ampliamento della concorrenza e in ragione del favor verso le PMI, che l'affidamento dei due servizi avvenga disgiuntamente attraverso gare distinte o mediante la suddivisione in lotti (delibere n. 514/2020 e n. 500/2021);

Visto l'art. 51, comma 1, d.lgs. n. 50/2016 che stabilisce che «*Nel rispetto della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici, (...), al fine di favorire l'accesso delle microimprese, piccole e medie imprese, le stazioni appaltanti suddividono gli appalti in lotti funzionali (...) ovvero in lotti prestazionali (...) in conformità alle categorie o specializzazioni nel settore dei lavori, servizi e forniture. Le stazioni appaltanti motivano la mancata suddivisione dell'appalto in lotti nel bando di gara o nella lettera di invito e nella relazione unica di cui agli articoli 99 e 139(...)*»;



Considerato che, nel caso in esame, non sembra trovare conferma, in fatto, quanto affermato dall'istante circa la natura del servizio di cui al punto 3.2 (ovvero che sia un servizio propedeutico e di supporto), poiché, alla luce della macro descrizione riportata nel Disciplinare, esso consiste, oltre che nella formazione del ruolo acqua e canone depurazione e fognatura annualità 2021 (dal mese di agosto) e 2022, nella *"spedizione, riscossione ruolo ordinario e coattivo"*. Pertanto, i due gruppi di servizi oggetto della gara, così come individuati ai punti 3.1 e 3.2 del bando-disciplinare, benché indicati, rispettivamente, come servizi "in concessione" e servizi "non in concessione", parrebbero entrambi riconducibili (almeno *in parte qua*) tra i servizi di accertamento e riscossione, e dunque esercitabili da soggetti iscritti nella medesima sezione dell'Albo all'art. 53, comma 3, del d. lgs. n. 446/1997. Ciò che invece può essere rilevato, alla luce dell'analitica descrizione dei servizi di cui al punto 3.1 contenuta nel Capitolato tecnico, è che una parte di questi ultimi parrebbe qualificabile come servizi propedeutici e di supporto. Si fa riferimento all'insieme delle attività finalizzate all'aggiornamento, manutenzione e bonifica delle banche dati, mirate ad acquisire tutte le informazioni ed i dati necessari alla effettuazione di una efficiente e corretta attività di accertamento (alcune delle quali sono anche espressamente definite come "attività di supporto agli uffici dell'Ente"), che sembrano differenziarsi, in quanto ad esse propedeutiche, dalle attività di accertamento e riscossione in senso proprio;

Ritenuto come tali evidenze inducano a ritenere che sarebbe stato opportuno disgiungere l'affidamento delle due tipologie di servizi, come sopra individuati, tramite la suddivisione della gara in due lotti, al fine di garantire un ampliamento della concorrenza e della tutela del principio di favorire l'accesso delle PMI al mercato degli appalti pubblici locali;

Rilevato che non può tuttavia sottacersi che tale indirizzo interpretativo potrebbe trovare una ragionevole opposizione nella difficoltà di sindacare le scelte discrezionali dell'Amministrazione in tema di valutazione del miglior equilibrio tra le esigenze di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa e tutela della concorrenza proprio laddove una integrazione delle due attività svolte da uno stesso affidatario possa garantire i medesimi, se non maggiori, risparmi amministrativi conseguibili attraverso una più vasta partecipazione di operatori economici alla gara o una gestione dell'attività in maniera più funzionale alle esigenze dell'amministrazione;

Rilevato che, nel caso di specie, la stazione appaltante non ha tuttavia dato conto di avere svolto una simile valutazione, non avendo indicato nel bando, in violazione dell'art. 51, comma 1, le motivazioni della mancata suddivisione della gara in lotti;

Ritenuto, conseguentemente, che l'operato del Comune di Dipignano sia censurabile almeno sotto questo profilo, per non avere puntualmente espresso nel bando-disciplinare i motivi per cui ha derogato al principio di carattere generale della preferenza per la suddivisione in lotti;

Considerato, con riferimento alla seconda e terza doglianza, in via generale, che le stazioni appaltanti godono di un ampio potere discrezionale nella fissazione dei requisiti speciali di partecipazione. Secondo un principio ampiamente consolidato, i bandi di gara possono prevedere requisiti di partecipazione più stringenti e rigorosi di quelli minimi indicati dalla legge, al fine di consentire la partecipazione alla gara di soggetti particolarmente qualificati, tutte le volte in cui tale scelta è preordinata ad assicurare l'idoneità dei concorrenti allo svolgimento del peculiare servizio oggetto di gara e non è eccessivamente, quanto irragionevolmente, limitativa della concorrenza (*ex multis*, Cons. Stato, V, n. 9/2017 e Cons. Stato, III, n. 284/2020). L'ampiezza della discrezionalità della stazione appaltante nella definizione dei requisiti di partecipazione incontra il limite della logicità e della ragionevolezza nonché della pertinenza e congruità dei requisiti rispetto all'oggetto del contratto e allo scopo perseguito. (art. 83, comma 2, d.lgs. n. 50/2016: «/ requisiti e le capacità di cui al comma 1 sono attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto, tenendo presente l'interesse pubblico ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti, nel rispetto dei principi di trasparenza e rotazione»);



Considerato, con riferimento al requisito dell'assenza di perdite di bilancio nell'ultimo triennio (2018/2020), che l'Autorità, tramite un Comunicato del Presidente del 13 aprile 2021, ha inteso sensibilizzare le Amministrazioni nei confronti del significativo calo di fatturato che ha interessato alcuni settori produttivi a causa dell'emergenza sanitaria ancora in corso, invitandole a valutare attentamente la necessità di richiedere la dimostrazione di un fatturato minimo annuo per un triennio che ricomprenda gli anni 2020 e 2021;

Ritenuto che la stessa attenzione vada posta, per gli stessi motivi, nei confronti della determinazione del requisito del pareggio di bilancio;

Considerato che il settore dei servizi di riscossione non è rimasto insensibile alla situazione emergenziale venutasi a creare con la pandemia, stante la sospensione dei versamenti tributari disposta *ex lege* per contrastare gli effetti negativi sul piano finanziario, economico e sociale che l'emergenza ha determinato in capo a famiglie, lavoratori e imprese. L'inevitabile contrazione del fatturato, dovuta alla situazione contingente, ha a sua volta inciso sull'equilibrio di bilancio degli operatori incaricati dell'accertamento e della riscossione, per ragioni non imputabili alle imprese. Per tale motivo, le eventuali perdite accusate nel 2020 non sarebbero significative, in quanto non idonee ad escludere con certezza che un'impresa sia economicamente solida, soprattutto se circoscritte all'anno in questione e se accompagnate da altri indici idonei a dimostrare l'affidabilità economica dell'impresa;

Ritenuto che, alla luce di quanto sopra, la richiesta del requisito del pareggio del bilancio parametrata all'anno 2020 non sia ragionevole né congrua e si sostanzia in una indebita, quanto inutile, restrizione della concorrenza;

Considerato, con riferimento al requisito del numero di dipendenti non inferiore a venti alla data di pubblicazione del bando, che l'Allegato XVII, parte II, del Codice annovera, tra i mezzi di prova delle capacità tecniche degli operatori economici, la dichiarazione indicante l'organico medio annuo dell'imprenditore o del prestatore di servizi e il numero dei dirigenti durante gli ultimi tre anni. La richiesta di un numero minimo di dipendenti va valutata, ai sensi dell'art. 83, comma 2, sotto il profilo della proporzionalità e dell'attinenza all'oggetto del contratto, tenendo presente l'interesse pubblico ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti. La giurisprudenza ha recentemente giudicato non rispettosa del principio di proporzionalità, oltre che lesiva dei principi di concorrenza e di massima partecipazione alle gare, la richiesta di un organico minimo di quindici unità, tenuto conto del tipo di servizio da svolgere (nel caso, gestione dell'imposta sulla pubblicità e dei diritti sulle pubbliche affissioni), ritenuto standardizzato e ripetitivo, e delle limitate dimensioni del Comune interessato (poco più di cinquemila abitanti). Nella stessa sede è stato anche puntualizzato come la soglia di quindici dipendenti non identifichi certo microimprese o piccole imprese, visto che l'art. 35 della legge 300/1970 (Statuto dei lavoratori), fissa proprio in quindici dipendenti il limite occupazionale per l'applicazione di una serie di disposizioni della legge medesima alle imprese industriali e commerciali (TAR Lombardia, Milano, n. 1895/2020). Le stesse argomentazioni a sostegno della incongruità e irragionevolezza della richiesta possono essere replicate nel caso in esame, tenuto conto che il contratto riguarda la gestione di imposte (IMU, TARI, TASI, acqua) che non dovrebbero implicare particolari condizioni di difficoltà tecnica nell'esecuzione del servizio, in un Comune con poco più di quattromila abitanti. La conferma della sproporzione del requisito richiesto rispetto all'oggetto del contratto è fornita dalla stessa stazione appaltante laddove, in sede di risposta alle richieste di chiarimenti nel corso della gara, ha affermato che *"il requisito non è richiesto per svolgere la relativa attività esclusivamente per la scrivente stazione appaltante, ma è richiesto quale dimostrazione della capacità lavorativa dei concorrenti ritenuto operino contestualmente per diversi enti"*.

Il Consiglio

ritiene, nei limiti delle motivazioni che precedono,



- non conforme alla normativa di settore la mancata indicazione nel bando-disciplinare dei motivi della mancata suddivisione in lotti;
- non conforme alla normativa di settore la richiesta del requisito dell'assenza di perdite di bilancio anche per l'anno 2020;
- non conforme alla normativa di settore la richiesta del requisito della presenza in organico, al momento della pubblicazione del bando, di un numero di dipendenti non inferiore a 20 (venti) unità.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 18 novembre 2018

Per Il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente