



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1052 del 2009, proposto da:

Irtel S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Stefano Tarullo e Sandro Campilongo, con domicilio eletto presso l'Avv. Laura Bordonaro in Milano, Corso di Porta Vittoria, 28

contro

Comune di Venegono Inferiore, rappresentato e difeso dall'avv. Daniele Lucchetti, con domicilio eletto presso la Segreteria del Tribunale

nei confronti di

Agenzia Italiana per le Pubbliche Amministrazioni S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv.ti Maurizio Zoppolato e Marco Napoli, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Milano, Via Dante, 16

per l'annullamento

- del verbale di gara del 14.2.2009 nella parte in cui si subordina l'aggiudicazione alla verifica del requisito previsto dall'art. 32, comma 7 bis della Legge n. 2/2009;
 - della nota comunale 25.2.2009 prot. 001974, con cui si chiede alla IRTEL di "confermare o meno il possesso del requisito previsto dalla legge n.2/2009, art. 2 comma 7 bis";
 - della "Integrazione verbale di gara del 14.2.2009" datato 9.3.2009, con cui si esclude la IRTEL S.p.A. "in quanto priva del requisito di legge per la partecipazione alla gara" e si aggiudica la stessa alla Agenzia Italiana per Pubbliche Amministrazioni S.p.A.;
 - della determinazione dirigenziale n. 171 del 10.3.2009 a firma del Responsabile dell'Area Tributi e Commercio del Comune, con cui si dispone l'affidamento del servizio all'Agenzia Italiana per Pubbliche Amministrazioni S.p.A.;
- della nota comunale 12.3.2009 prot. 002533, con cui si comunica alla IRTEL l'avvenuta adozione della citata determinazione 171/09;
- di ogni altro atto presupposto, contestuale, successivo o comunque connesso, ancorché non cognito.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Venegono Inferiore e di Agenzia Italiana Per Pubbliche Amministrazioni S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 novembre 2012 il dott. Roberto Lombardi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso depositato in data 29 aprile Irtel S.r.l. impugnava, tra l'altro, il provvedimento con il quale il comune di Venegono Inferiore aveva disposto la sua esclusione dalla procedura aperta concorsuale, indetta con bando di gara del gennaio 2009, concernente l'affidamento in concessione del servizio di gestione, accertamento e riscossione dell'imposta comunale sulla pubblicità, del diritto sulle pubbliche affissioni, compresa la materiale affissione dei manifesti, e della tassa sull'occupazione di spazi ed aree pubbliche per il periodo quadriennale 23/2/2009 – 31/12/2012, con importo presunto del servizio per l'intero periodo pari ad euro 48.765,00, in base all'indicazione fornita dal precedente concessionario del servizio.

Fra i requisiti di partecipazione alla procedura venivano previsti, oltre a quelli di affidabilità e solvibilità dimostrati mediante la produzione di una referenza bancaria, l'abilitazione all'effettuazione dei servizi oggetto della procedura e, come previsto dall'art. 53 del d.lgs. n. 446/97, l'iscrizione all'Albo istituito presso il Ministero delle Finanze, purché in possesso dei requisiti finanziari, di onorabilità e tecnici previsti dal D.M. 289 dell'11 settembre 2000. Il mancato possesso dei requisiti prescritti avrebbe comportato l'esclusione dalla procedura.

Entro il termine previsto del 13 febbraio 2009 presentavano offerta cinque imprese, fra cui la ricorrente Irtel e la controinteressata AIPA, che risultavano, rispettivamente, al primo e al secondo posto della graduatoria provvisoria, previa verifica del possesso del requisito previsto dall'art. 32, comma 7 bis, della legge 28 gennaio 2009, n. 2 (che aveva portato a dieci milioni di euro la misura minima del capitale interamente versato per l'iscrizione all'albo dei soggetti abilitati a effettuare attività di accertamento e riscossione dei tributi e delle altre entrate degli enti locali).

In data 25 febbraio 2009 il comune richiedeva alla ricorrente di confermare il possesso del succitato requisito prima di procedere all'aggiudicazione definitiva e alla sottoscrizione del contratto, ma Irtel, che possedeva un capitale di euro 2.583.000,00, con nota del 9 marzo 2009 contestava l'applicazione di tale disposto normativo.

La commissione, dunque, in data 9 marzo 2009 decideva di escludere la ricorrente dalla gara per il mancato adeguamento al capitale previsto dalla succitata disposizione normativa, requisito legale di partecipazione alla procedura, aggiudicando il servizio ad AIPA.

Irtel, conseguentemente, impugnava gli atti in epigrafe specificati, contestando la "violazione delle direttive comunitarie in tema di appalti pubblici, in particolare della Direttiva 2004/18/CE del 31.3.04", la violazione dei principi di parità di trattamento e di concorrenza in virtù del più favorevole regime previsto per le società a prevalente partecipazione pubblica, nonché la violazione e falsa applicazione dei vincolanti principi del bando di gara.

Con riferimento specifico alla questione di illegittimità comunitaria dell'art. 32, comma 7 bis, della legge n. 2/2009, per violazione delle norme comunitarie relative alla tutela della concorrenza ed al divieto di abuso di posizione dominante (artt. 3, 10, 81, 82, 86, 90 Trattato CE), oltre che per violazione delle norme comunitarie in tema di libera prestazione di servizi e libertà di stabilimento (artt.43, 49), detta disciplina si sarebbe posta in contrasto con il diritto comunitario, poiché avrebbe introdotto un requisito sproporzionato rispetto al fine che la norma stessa intendeva perseguire.

La norma interna indicata, poi abrogata dal d.l. n. 40/2010, aveva infatti previsto un cospicuo innalzamento della misura minima di capitale richiesto alle società per l'iscrizione nell'apposito albo dei soggetti abilitati ad effettuare

attività di accertamento e riscossione dei tributi e delle altre entrate degli enti locali, sancendo, contestualmente, la nullità degli affidamenti disposti in favore di soggetti che non possedessero tale requisito finanziario.

Costituitesi l'amministrazione intimata e la società controinteressata, che resistevano al ricorso, con decreto presidenziale veniva accolta l'istanza cautelare presentata dalla ricorrente, e poi disposto, in sede collegiale, un rinvio al merito.

Successivamente, alla pubblica udienza del 20 ottobre 2009, la causa veniva trattenuta in decisione.

Con sentenza non definitiva, questo Tribunale respingeva in parte il ricorso, con specifico riferimento alla questione del vincolo introdotto della *lex specialis* anche per le ipotesi nelle quali la stessa confligga con prescrizioni normative inderogabili; peraltro, riteneva non manifestamente infondata la questione di legittimità comunitaria, relativamente alle "doglianze oggetto del primo motivo di ricorso, nella parte riferita alla pretesa violazione dei principi di ragionevolezza e proporzionalità" riconducibili all'individuazione del requisito di partecipazione concemente l'entità del capitale sociale; disponeva dunque, l'immediata trasmissione degli atti alla Corte di Giustizia delle Comunità europee e, per l'effetto, sospendeva il giudizio in corso.

In data 17 maggio 2012 veniva comunicata e depositata in atti la decisione della Corte di Giustizia, e alla pubblica udienza del 21 novembre 2012 la causa veniva trattenuta definitivamente in decisione.

DIRITTO

Con riferimento al motivo inerente alla violazione del bando di gara da parte della stazione appaltante, poiché questa avrebbe disposto l'esclusione delle ricorrenti sulla base di una norma nazionale non richiamata dalla *lex specialis*, la Sezione si è già pronunciata negativamente, come detto, con la sentenza non definitiva n. 185/10.

Quanto invece alla questione del presunto contrasto tra l'art. 32, comma 7bis del d.l. n. 185/2008 e la normativa sopranazionale, la Corte di Giustizia, con sentenza emessa in data 10 maggio 2012, ha statuito che "gli articoli 43 CE e 49 CE devono essere interpretati nel senso che ostano ad una disposizione (...) la quale preveda: - l'obbligo, per gli operatori economici, salvo le società a prevalente partecipazione pubblica, di adeguare, se del caso, a 10 milioni di euro l'importo minimo di capitale sociale interamente versato al fin di essere abilitati ad effettuare attività di liquidazione, accertamento e riscossione dei tributi e di altre entrate delle province e dei comuni; - la nullità dell'affidamento di siffatti servizi ad operatori che non soddisfino tale requisito di capitale sociale minimo e il divieto di acquisizione dei nuovi affidamenti o di partecipazione a gare indette per l'affidamento di tali servizi fino all'assolvimento del suddetto obbligo di adeguamento del capitale sociale".

Conseguentemente, la stazione appaltante ha applicato, ai fini dell'esclusione della società ricorrente, una norma in contrasto con i principi comunitari in tema di libertà di stabilimento e di libertà di prestazione di servizi; l'illegittimità di tale norma, oggi abrogata, ha reso a sua volta illegittima la disposta esclusione.

Le parti costituite in giudizio non hanno svolto alcuna ulteriore difesa in ordine alle loro richieste conclusive, per cui l'accoglimento del ricorso ha come unica conseguenza l'annullamento degli atti impugnati; non risulta, infatti, essere mai stato stipulato il contratto tra amministrazione e controinteressata.

Sussistono gravi ragioni, con riferimento alla complessità della questione giuridica affrontata e al rigetto parziale del ricorso, per compensare integralmente tra le parti le spese del giudizio.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione I)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, accoglie il ricorso e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 21 novembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Mariuzzo, Presidente

Alberto Di Mario, Primo Referendario

Roberto Lombardi, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/12/2012

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)