



N. 00495/2015REG.PROV.COLL.
N. 07681/2014 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7681 del 2014, proposto dalla Pubblialifana S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Pietro Di Benedetto, con domicilio eletto presso il medesimo in Roma, Via Cicerone 28;

contro

Comune di Lauria, rappresentato e difeso dall'avv. Francesco Alberto Fiore, con domicilio eletto presso il Consiglio di Stato - Segreteria in Roma, p.za Capo di Ferro 13;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. BASILICATA, SEZIONE I, n. 167/2014, resa tra le parti, concernente decadenza da concessione del servizio di accertamento e riscossione dell'imposta comunale sulla pubblicità.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

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

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 dicembre 2014 il Cons. Nicola Gaviano e udito per la parte appellante l'avv. Pietro Di Benedetto;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La Pubblialifana s.r.l. con ricorso notificato in data 15 ottobre 2013 e ritualmente depositato adiva il T.A.R. per la Basilicata, per ottenere l'annullamento della determinazione del 27 settembre 2013 con la quale il segretario generale del Comune di Lauria l'aveva dichiarata decaduta dalla concessione per l'accertamento,

liquidazione e riscossione dell'imposta comunale sulla pubblicità, del diritto sulle pubbliche affissioni e del canone di occupazione di spazi e di aree pubbliche, dichiarando con l'occasione anche la nullità del contratto del 25 marzo 2013 concluso tra le parti per la disciplina dei rapporti conseguenti al subentro della ricorrente nella gestione del servizio.

Il provvedimento impugnato era stato motivato essenzialmente con la perdita da parte della Pubblialifana s.r.l. del requisito previsto dall'art. 3 bis del d.l. n. 40/2010, che richiede per l'espletamento del servizio di gestione e riscossione dei tributi per i comuni con popolazione residente superiore a 10.000 abitanti un capitale sociale interamente versato di euro 5.000.000,00.

Il Comune aveva evidenziato, infatti, che la società, dopo essere subentrata nel contratto di concessione stipulato in data 29 dicembre 2010 tra l'Amministrazione e la Duomo GPA s.r.l., originaria aggiudicataria della commessa, a seguito di cessione del relativo ramo d'azienda da parte della seconda, aveva ridotto il proprio capitale sociale da Euro 5.000.000,00 ad Euro 1.563.000,00.

L'Amministrazione aveva puntualizzato, inoltre, che tale deficienza del capitale sociale non avrebbe potuto essere superata attraverso l'avvalimento che la Pubblialifana s.r.l. aveva ottenuto dalla ICA s.r.l..

A fondamento del ricorso venivano dedotti vizi che il Giudice adito avrebbe così sunteggiato :

1) incompetenza del Comune, in quanto la decadenza avrebbe dovuto essere dichiarata, a norma degli artt. 13 e 15 del D.M. 11 settembre 2000, n. 289, dalla Commissione di cui all'art. 53, comma 2, del d.lgs n. 446 del 1997, istituita presso il Ministero dell'economia e delle finanze;

2) violazione e falsa applicazione degli artt. 49 e 116 del d.lgs. n. 163 del 2006 ed eccesso di potere sotto vari profili, perché la Pubblialifana per effetto dell'acquisizione del ramo d'azienda della Duomo GPA s.r.l. avrebbe acquistato anche il requisito finanziario in titolarità della cedente, ossia il possesso del capitale sociale nella misura abilitante alla gestione dei tributi nei Comuni con popolazione superiore ai diecimila abitanti; infine, dirimente sarebbe stata la circostanza che il requisito in contestazione sarebbe stato comunque acquisito dalla Pubblialifana in virtù del contratto di avvalimento da essa concluso con la ICA s.r.l..

Resisteva all'impugnativa il Comune di Lauria.

Con la sentenza n. 167/2014 in epigrafe, emessa dal T.A.R. adito in forma semplificata ai sensi dell'art. 60 del cod. proc. amm., il ricorso veniva respinto.

Seguiva l'appello avverso tale decisione dinanzi alla Sezione da parte della società soccombente, che riproponeva le proprie doglianze e sottoponeva a critica gli argomenti con i quali il Giudice di prime cure le aveva disattese.

La domanda cautelare spiegata dall'appellante veniva accolta con ordinanza del 15 ottobre 2014.

Il Comune di Lauria si costituiva anche in questo grado di giudizio in resistenza all'impugnativa della società deducendone l'infondatezza (oltre che la novità, e perciò l'inammissibilità, del rilievo circa l'incompetenza del funzionario emanante l'atto).

Alla pubblica udienza dell'11 dicembre 2014 la causa è stata trattenuta in decisione.

L'appello è infondato.

1. Si conferma tale, innanzi tutto, il primo mezzo d'impugnativa, con il quale è stato dedotto il vizio di incompetenza del Comune di Lauria, adducendosi che la decadenza oggetto di controversia avrebbe dovuto essere dichiarata dalla Commissione di cui all'art. 53, comma 2, del d.lgs n. 446 del 1997 istituita presso il Ministero dell'economia e delle finanze.

1a. Non guasta ricordare introduttivamente, in proposito, che il Comune interessato, una volta acquisita contezza della perdita da parte dell'attuale appellante del requisito di cui si tratta, ne aveva resa edotta la Commissione anzidetta, la quale aveva però replicato che le proprie competenze "attengono esclusivamente alla verifica dei requisiti richiesti dal D.M. n. 289 del 2000 ... per l'iscrizione e per il mantenimento dell'iscrizione all'albo di cui all'art. 53 del decreto legislativo n. 446 del 1997 e non si estendono alla gestione dei rapporti contrattuale tra le parti."

La motivazione del provvedimento impugnato in prime cure richiama puntualmente l'avviso così espresso dalla Commissione.

1b. Tanto premesso, dalla ricognizione dei contenuti del D.M. n. 289/2000 cit. (recante il regolamento relativo all'albo dei soggetti abilitati ad effettuare attività di liquidazione e di accertamento dei tributi e quelle di riscossione dei tributi e di altre entrate delle province e dei comuni, da emanarsi ai sensi dell'art. 53, comma 1, del d.lgs. 15 dicembre 1997, n. 446) si ricava che tale fonte:

- all'art. 11 ("Cancellazione dall'albo") contempla tra le cause di cancellazione d'ufficio dall'albo, con la lett. f) del suo comma 2, quella del "venir meno dei requisiti finanziari", e precisa al comma 3 che "la cancellazione dall'albo comporta la decadenza da tutte le gestioni";

- con l'art. 13 ("Decadenza") conferma che il gestore dei servizi in questione "incorre nella decadenza dalla gestione", tra l'altro, anche nel caso della cancellazione dall'albo, aggiungendo che la decadenza può essere richiesta dall'ente locale interessato, oltre che disposta d'ufficio;

- con l'art. 15 ("Provvedimento di cancellazione sospensione e decadenza"), infine, stabilisce che "La cancellazione e la sospensione dall'albo e la decadenza dalle gestioni sono disposte con provvedimento della commissione".

1c. Orbene, la disciplina esposta è univoca nel riconoscere alla Commissione ministeriale il potere di disporre la cancellazione dall'albo di un operatore, e la sua conseguente decadenza dalla generalità delle gestioni.

La stessa disciplina non fornisce, però, elementi sufficienti a far ritenere che le competenze della Commissione siano tali da sostituirsi a -e perciò escludere- quella del singolo Ente locale interessato a disporre la decadenza da una specifica concessione da esso rilasciata, allorché sia insorta una delle cause suscettibili di legittimare una simile misura, con effetti limitati alla sorte del particolare rapporto individuale in corso.

Siffatta competenza per così dire residuale del singolo Ente, che trova fondamento nei principi generali dell'autotutela e del contrarius actus, deve quindi essere confermata (ferma la necessità che il suo esercizio avvenga, come nella specie, solo dopo un'interlocuzione dell'Ente con la Commissione stessa).

Da qui la legittimità dell'impugnato provvedimento decadenziale sotto il profilo della sua provenienza comunale.

2. Parimenti infondato è l'assunto che la Pubblialfana attraverso l'acquisizione del ramo d'azienda della Duomo GPA s.r.l., originaria aggiudicataria del servizio, avrebbe acquistato anche il requisito finanziario, in titolarità della cedente, del possesso del capitale sociale nella misura occorrente ad abilitare alla gestione dei tributi nei Comuni con popolazione superiore ai diecimila abitanti.

Il presupposto di fondo da cui la ricorrente muove è esatto: la cessione di un'azienda, o di un suo ramo, comporta il subentro del cessionario anche nella generalità dei rapporti contrattuali attivi e passivi facenti capo al cedente, determinando, ai sensi dell'art. 2558 cod.civ., una successione nei contratti stipulati per l'esercizio dell'azienda stessa non aventi carattere personale.

Questo principio non giustifica in alcun modo, tuttavia, la tesi che la ricorrente, con l'acquisto del ramo di cui si è resa cessionaria, abbia conseguito anche il requisito finanziario che era nella titolarità della cedente, e che atteneva al capitale minimo prescritto per la gestione delle attività di cui è questione.

Tale requisito non costituiva certo un cespite aziendale, né un rapporto contrattuale inerente al complesso aziendale con valore strumentale all'esercizio dell'attività in rilievo.

Semmai, la sua titolarità forma oggetto di una condizione imposta dalla legge, a garanzia dell'interesse pubblico, a carico del soggetto che voglia intraprendere l'attività nel settore considerato, il quale esige un'adeguata consistenza economica dei propri operatori.

Il legislatore, invero, ha preteso (art. 53, comma 3, d.lgs. n. 446 del 1997) che in sede regolamentare venissero definite le condizioni e i requisiti per l'iscrizione all'albo, al fine di assicurare il possesso di adeguati requisiti tecnici e finanziari. E l'art. 6 D.M. n. 289/2000 ha prescritto, appunto, per la relativa iscrizione, dei requisiti finanziari costituiti da soglie minime di capitale interamente versato.

Da qui l'impossibilità logica di sostenere che il cessionario che non sia in regola con le relative prescrizioni possa essere esonerato dal rispettarle sol perché il suo cedente le soddisfaceva, circostanza che lascerebbe evidentemente insoddisfatte le ragioni di interesse pubblico che il legislatore ha inteso perseguire con la prescrizione dell'essenzialità del detto requisito.

Il provvedimento impugnato è legittimo anche nella parte in cui ha escluso che la Pubblialifana potesse ovviare alla carenza del requisito attraverso il contratto di avalimento da essa recentemente concluso con la ICA s.r.l..

3a. L'Amministrazione sin dall'avvio del procedimento decadenziale ha esattamente osservato che l'istituto dell'avvalimento trova applicazione limitatamente alla fase di partecipazione alla gara, rispetto alla quale è previsto dalla legge, mentre non può essere applicato per la sola fase di esecuzione dell'appalto.

3b. A convalida di questa posizione il primo Giudice, a sua volta, ha ineccepibilmente rilevato :

- che "le fonti comunitarie ed interne contemplano ... l'applicabilità dell'istituto nella fase di espletamento della procedura concorsuale, in modo da garantire la massima partecipazione possibile alle gare pubbliche e rimuovere ogni ostacolo per la prestazione dei servizi in ambito comunitario. E' dunque in sede di presentazione dell'offerta che il concorrente deve dichiarare di volersi avvalere dei requisiti economici, tecnici, finanziari di altra impresa ...";

- che "la possibilità di ricorrere all'avvalimento direttamente in sede di esecuzione del contratto, così come avvenuto nella fattispecie e senza che tale eventualità fosse stata dichiarata in sede di procedura concorsuale, oltre a non essere consentita dalla legge (sia la norma interna sia le norme comunitarie fanno riferimento alla gara e al "concorrente") è contraria alla "ratio" dell'istituto stesso, in quanto ciò determina la sottrazione dell'impresa ausiliaria alle verifiche prescritte in sede concorsuale";

- che "può allora affermarsi che, ... allorquando la concorrente, in fase di offerta non abbia dichiarato di voler far ricorso all'istituto dell'avvalimento, non può poi, in sede di esecuzione del contratto, sopperire alla sopravvenuta perdita di un requisito economico, tecnico o organizzativo stipulando apposito contratto con altra impresa per il "prestito" del requisito venuto meno."

3c. Le argomentazioni proposte con il presente appello non sono idonee a far dubitare della correttezza delle enunciazioni appena esposte.

Alla base, non si rinvencono disposizioni né comunitarie né nazionali che consentano ad un appaltatore o concessionario che abbia perduto un requisito di ovviare a ciò attraverso l'istituto dell'avvalimento, quando l'applicazione di quest'ultimo non fosse stata anticipata nell'ambito della gara pubblica tenutasi a monte mediante l'adempimento delle condizioni all'uopo richieste dalla legge.

Non vale richiamarsi, in contrario, al diffuso riconoscimento giurisprudenziale della generale portata applicativa dell'istituto, poiché la relativa affermazione ha sempre riguardato proprio la partecipazione alle gare pubbliche.

Se è vero, inoltre, che l'avvalimento può diventare "strumento di garanzia per la corretta esecuzione del contratto, invadendo, quindi, anche tale fase", una possibilità del genere può però essere ammessa solo, appunto, quando in occasione della gara celebrata per l'affidamento della relativa commessa il ricorso all'avvalimento per l'esecuzione dell'appalto fosse stato rappresentato all'Amministrazione con le modalità previste dalla legge.

Né è ammissibile desumere la possibilità di un'utilizzazione dell'istituto limitata all'ambito della mera esecuzione di un affidamento dall'assenza di un espresso divieto legislativo di una simile eventualità. In difetto di previsioni normative in proposito, infatti, la regola generale applicabile non può che essere, al contrario, quella che i requisiti prescritti dalla legge per l'espletamento di un'attività debbano essere posseduti in proprio dai soggetti che tale attività devono svolgere.

4. La ricorrente, dopo aver rivendicato il proprio originario possesso, al momento del subingresso alla Duomo GPA s.r.l., di un capitale versato rispettoso della soglia legale, adduce poi che "la vicenda ... andava contestualizzata nell'ambito della disciplina delle modificazioni soggettive dell'esecutore di contratti pubblici prevista dall'art. 116 del d.lgs. n. 163/2006 ... " (pag. 17 dell'appello).

L'articolo così genericamente invocato non contiene, tuttavia, alcuna previsione che possa giovare alla posizione dell'attuale appellante. Proprio in applicazione dell'art. 116 cit. il Comune, con determinazione del 24 dicembre 2012, aveva preso atto dell'intervenuta cessione del ramo d'azienda e autorizzato il subentro della Pubblialfana nella gestione del servizio. Pochi giorni dopo, però, tale società ha ridotto il proprio capitale sociale al di sotto della soglia prescritta.

5. Configura, infine, un motivo d'appello nuovo, e come tale inammissibile ai sensi dell'art. 104 C.P.A., giusta eccezione comunale, la deduzione di parte appellante circa l'incompetenza del funzionario che ha emanato il provvedimento decadenziale.

Ma la stessa ragione di inammissibilità vale anche per gli ulteriori rilievi di parte secondo i quali :

- la ricorrente, pur avendo ridotto il capitale sociale, aveva offerto garanzie patrimoniali attraverso una polizza fideiussoria e una polizza assicurativa, le quali avrebbero dovuto essere reputate sufficienti (pagg. 7-8 dell'appello);

- il capitale della stessa società, benché ridotto, avrebbe dovuto essere ritenuto comunque adeguato, in quanto la soglia richiamata dall'Amministrazione sarebbe stata necessaria solo ai fini dell'iscrizione all'albo di settore, e non anche per la prosecuzione degli affidamenti già detenuti dal singolo operatore (pagg. 14-15 dell'appello).

6. Per le ragioni esposte l'appello deve dunque essere respinto.

Le spese processuali sono liquidate secondo la soccombenza dal seguente dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello in epigrafe, lo respinge.

Condanna la società appellante al rimborso al Comune di Lauria delle spese processuali del presente grado, che liquida nella misura complessiva di euro quattromila, oltre gli accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella Camera di consiglio del giorno 11 dicembre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Pajno, Presidente

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere, Estensore

Carlo Schilardi, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 03/02/2015

IL SEGRETARIO

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