

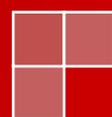
2020

02

 ANACAP

QUADERNI SULLA FISCALITA' LOCALE

Via Cicerone 28 - 00193 Roma - Tel. 06 36001374 - Fax 06 36112
Internet: www.anacap.it - E.Mail: segreteria.presidenza@anacap.it



B) GIURISPRUDENZA

- Organo competente all'adozione del provvedimento di esclusione. Consiglio di Stato. Sez. V, Sentenza n. 1104 del 12 febbraio 2020.....pag. 4
- Provvedimento di esclusioni per le false dichiarazioni provenienti da un terzo. TAR Campania, Sez. I, Sentenza n. 629 del 10 febbraio 2020.....pag. 9
- Sulla motivazione in tema di accesso agli atti di gara. TAR Liguria, Sez. I, Senteza n. 128 del 18 febbraio 2020.....pag. 17
- Sulla clausola di sbarramento. TAR Molise, Sez. I, Sentenza n. 56 del 21 febbraio 2020.....pag. 22
- Sul principio di rotazione negli appalti. TAR Sardegna, Sez. II, Sentenza n. 101 del 17 febbraio 2020.....pag. 26
- L'effetto limitato della misura interdittiva. TAR Calabria, Sez. Reggio Calabria, Sentenza n. 92 del 7 febbraio 2020.....pag. 33
- Sui limiti del sindacato giurisdizionale sulla verifica di congruità dell'offerta. TAR Lombardia, Sez. IV, Sentenza n. 319 del 18 febbraio 2020.....pag. 38
- TARI: Le delibere tariffarie devono essere motivate. TAR Piemonte, Sez. I, Sentenza n. 101 del 4 febbraio 2020.....pag. 46
- Asmel non è considerata una centrale di committenza. TAR Lombardia, Sez. II, Sentenza n. 240 del 3 febbraio 2020.....pag. 51
- Sul rimborso della regione in caso di servizio idrico non funzionante. Cassazione Civile, Sez. III, Sentenza n. 3314 dell'11 febbraio 2020.....pag. 67
- La mancata dichiarazione di conformità dell'atto rende il ricorso inammissibile. Cassazione Civile, Sez. VI, Ordinanza n. 2887 del 7 febbraio 2020.....pag. 82
- TARSU: Il Comune può applicare la stessa tariffa agli alberghi e ai B&b. Cassazione Civile, Sez. Tributaria, Ordinanza n. 5358 del 27 febbraio 2020.....pag. 85
- TOSAP: Il gestore privato è soggetto passivo se occupa l'area in concessione. Cassazione Civile, Sez. Tributaria, Ordinanza n. 2665 del 5 febbraio 2020.....pag. 89



- IMU: non c'è agevolazione per i coniugi che hanno due abitazioni separate in Comuni differenti. Cassazione Civile, Sez. VI, Ordinanze n. 4166 e 4170 del 19 febbraio 2020.....pag. 92

C) PRASSI

- MEF: Risoluzion n. 1/DF del 18 febbraio 2020.....pag. 98

TUTTI I DIRITTI RISERVATI

B) GIURISPRUDENZA**CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V, SENTENZA N. 1104 DEL 12 FEBBRAIO 2020.****ORGANO COMPETENTE ALL'ADOZIONE DEL PROVVEDIMENTO DI ESCLUSIONE.**

La vicenda in questione concerne il ricorso da parte di un'impresa che lamentava l'incompetenza della commissione giudicatrice all'adozione del provvedimento di esclusione che, diversamente, si riteneva competenza del R.u.p.

A seguito del rigetto da parte dei giudici di prime cure, il Consiglio di Stato ha ritenuto di accogliere il ricorso in commento.

In particolare, il Collegio, trattandosi di questioni già affrontate in precedenti pronunce, ha ribadito la competenza del R.u.p. all'adozione del provvedimento di esclusione in relazione al dettato normativo di cui all'articolo 77 del codice dei contratti il quale descrive le attività di competenza della commissione giudicatrice, tra le quali non rientra quella di adozione del provvedimento di esclusione.

Di seguito la sentenza in commento.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)
ha pronunciato la presente
SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 3611 del 2019, proposto da

G.C. società cooperativa, in proprio e quale mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese con il Consorzio Stabile Policost, in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Marco Annoni e Davide Mastrantoni, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Marco Annoni in Roma, via Udine, 6;

contro

Provincia di Caserta, non costituita in giudizio;

nei confronti

E. s.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avvocato Paolo Cantile, con domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di Giustizia;

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania (Sezione Prima) n. 00214/2019, resa tra le parti;

Svolgimento del processo

1. Con bando del 30 maggio 2017 la Provincia di Caserta - Settore viabilità indiceva una procedura di gara aperta per l'affidamento dei "Lavori di costruzione della Variante di Sessa Aurunca mediante collegamento tra la S.S. 6 Appia e la S.P. n. 320 Travata" con importo a base d'asta di Euro 805.850,23, di cui Euro 794.919,46 per lavori ed Euro 10.930,77 per oneri della sicurezza non soggetti a ribasso.

1.1. Il bando di gara individuava la documentazione da inserire all'interno delle quattro buste costituenti l'offerta; nella "Busta D", contenente l'offerta economica, era prescritto, a pena di esclusione, l'inserimento della seguente documentazione: "1. Dichiarazione...contenente a pena di esclusione, la misura della percentuale di ribasso offerto, espresso in cifre e in lettere sull'elenco prezzi posto a base di gara e soggetto a ribasso pari ad Euro 794.919,46 al netto degli oneri di sicurezza indiretti non soggetti a ribasso; 2. Dichiarazione...dalla quale risultino i costi sostenuti dalla ditta partecipante per i costi interni della sicurezza "c.d. Aziendali" riferiti allo specifico appalto. La percentuale di ribasso potrà riportare fino ad un massimo di tre decimali. In caso di contrasto tra l'indicazione in cifre e quella in lettere prevarrà quella indicata in lettere".

La stazione appaltante forniva ai concorrenti un modello (individuato come "Modello C") per la formulazione dell'offerta economica, da completare con l'indicazione: a) del ribasso percentuale offerto sull'importo a base di gara e b) dell'importo degli oneri di sicurezza aziendali.

Nello stesso Modello C il concorrente attestava di aver formulato l'offerta "tenuto conto di un costo del lavoro non inferiore al costo stabilito dal CCNL di categoria e dalle leggi previdenziali ed assistenziali così come determinato dalle apposite tabelle a cura della Direzione regionale del lavoro, per l'aggiudicazione dell'appalto a suo favore ed intendendo compreso e compensato nel prezzo offerto ogni altro onere previsto nel Capitolato".

1.2. Alla procedura di gara partecipava l'associazione temporanea di imprese costituita da Gielle Costruzioni soc. coop in qualità di mandataria e Consorzio stabile Policost in qualità di mandante che, all'esito dell'espletamento delle operazioni da parte della commissione giudicatrice, risultava prima graduata con il punteggio complessivo di 90,64; seconda era E. s.r.l. con il punteggio di 64,99 punti.

1.3. Con nota del 20 dicembre 2017 prot. n. (...) a firma del Presidente della commissione giudicatrice era disposta l'esclusione dell'a.t.i. Gielle Costruzioni dalla procedura di gara "in quanto nella offerta economica non sono stati indicati i costi della manodopera, così come previsto dal comma 10 dell'art. 95 del D.Lgs. n. 56 del 2017"; riformulata la graduatoria finale, al primo posto risultava E. s.r.l. che, in effetti, era destinataria della proposta di

aggiudicazione da parte della commissione, come da avviso pubblicato sul sito istituzionale della stazione appaltante il 22 dicembre 2017.

2. Il provvedimento di esclusione era impugnato al Tribunale amministrativo regionale per la Campania da Gielle Costruzioni soc. coop. in proprio e quale mandataria dell'associazione temporanea di imprese costituita con il Consorzio stabile Policost sulla base di cinque motivi.

La ricorrente sosteneva che il disciplinare di gara non imponeva, tanto meno a pena di esclusione, di specificare nell'offerta economica il costo della manodopera, che neppure il "Modello C" messo a disposizione degli operatori conteneva uno spazio a ciò dedicato, ed anzi negli spazi lasciati alla compilazione dei concorrenti era possibile inserire solamente il ribasso presentato e gli oneri di sicurezza aziendale; in ogni caso, la ricorrente, nel caso di specie l'indicazione del costo della manodopera era irrilevante poiché la sua offerta non era risultata anomala, avendo presentato un ribasso inferiore a quello della seconda graduata, e, comunque, si trattava di irregolarità meramente formale.

Da ultimo, la ricorrente censurava l'incompetenza della commissione all'adozione del provvedimento di esclusione, rimesso dal codice dei contratti pubblici alla competenza del r.u.p. - responsabile del procedimento.

2.1. Nel giudizio, nel quale si costituiva la sola controinteressata E. s.r.l., era concluso dalla sentenza sez. I, 15 gennaio 2019, n. 214, di reiezione del ricorso e condanna della ricorrente al pagamento delle spese di lite in favore della controinteressata.

3. Propone appello Gielle Costruzioni società cooperativa; si è costituita in giudizio E. s.r.l., la Provincia di Caserta, pur regolarmente convenuta, è rimasta intimata.

Le parti costituite hanno depositato memorie ex art. 73 cod. proc. amm., cui è seguita rituale replica di Gielle costruzioni.

All'udienza pubblica del 21 novembre 2019 la causa è stata assunta in decisione.

4. Con il primo motivo di appello Gielle costruzioni soc. coop. contesta la sentenza di primo grado "nella parte in cui ha rigettato il motivo con il quale si è dedotta l'incompetenza della Commissione e la violazione delle norme che attribuiscono al RUP il potere di adottare i provvedimenti di esclusione dalla procedura di gara"; sostiene l'appellante che la giurisprudenza amministrativa, in più occasioni, avrebbe ritenuto precluso alla commissione giudicatrice l'esclusione dei concorrenti, dovendo essa limitarsi a formulare una proposta di esclusione che il competente organo della stazione appaltante è chiamato, poi, ad approvare e recepire.

Tale orientamento, specifica l'appellante, avrebbe giustificazione nella posizione della commissione giudicatrice che è ufficio valutativo interno proponente i provvedimenti alla stazione appaltante e non, invece, organo deliberante.

5. Il motivo è fondato; la sentenza di primo grado va riformata.

5.1. Il motivo di appello pone la seguente questione: se il provvedimento di esclusione di un operatore economico da una procedura di gara possa essere adottato dalla commissione giudicatrice ovvero se esso rientri nella competenza della stazione appaltante e, per essa, del R.u.p..

La questione assume rilevanza nel presente giudizio poiché, come provato dai documenti versati in atti, e non contestato dalla controinteressata, il provvedimento di esclusione dell'A.t.i. Gielle costruzioni dalla procedura di gara in esame è stato adottato dal Presidente della Commissione esaminatrice (sia pure su carta intesta della Provincia di Caserta - ufficio Gare).

Il giudice di primo grado l'ha risolta assumendo che fino a quando l'operato della commissione giudicatrice non è approvato dai competenti organi dell'amministrazione appaltante, ovvero fino a quando non è adottato il provvedimento di aggiudicazione, la commissione ha il potere di riesaminare il procedimento di gara già stato espletato, riaprirlo ed emendarlo dagli errori che sono stati commessi o dalle illegittimità verificatesi anche in relazione all'ammissione o esclusione di un concorrente.

5.2. La questione non è nuova, poiché è stata già affrontata in diverse pronunce di questo Consiglio di Stato ove, come riportato dall'appellante, è stata ritenuta la competenza del R.u.p. all'adozione del provvedimento di esclusione dalla procedura di gara degli operatori economici (cfr. Cons. Stato, sez. V, 13 settembre 2018, n. 5371; III, 19 giugno 2017, n. 2983; V, 6 maggio 2015, n. 2274; V, 21 novembre 2014, n. 5760).

Non v'è ragione per disattendere tale orientamento che trova conforto nel dato normativo.

L'art. 77 D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 ("Commissione giudicatrice") prevede che: "Nelle procedure di aggiudicazione di contratti di appalti o di concessioni, limitatamente ai casi di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico ed economico è affidata ad una commissione giudicatrice, composta di esperti nello specifico settore cui afferisce l'oggetto del contratto".

La disposizione definisce, insieme, la funzione della commissione giudicatrice e i limiti della sua competenza; essa svolge un'attività di giudizio consistente nella valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico ed economico in qualità di organo straordinario e temporaneo della stazione appaltante con funzioni istruttorie.

E', dunque, preclusa alla commissione giudicatrice ogni altra attività che non sia di giudizio in senso stretto, compresa, in particolare, la verifica della regolarità delle offerte e della relativa documentazione; la quale, ove sia stata in concreto svolta (normalmente, su incarico dell'amministrazione, ma anche in mancanza di specifico incarico), deve essere poi verificata e fatta propria della stazione appaltante.

Con riferimento al provvedimento di esclusione dalla procedura, del quale si discute nel presente giudizio, quanto in precedenza sostenuto trova conferma, nell'art. 80 ("Motivi di esclusione") *d.lgs. n. 50* cit. che, in più occasioni (e, precisamente, ai commi 5, 6, 8, 10 - bis)

individua nella "stazione appaltante" il soggetto tenuto ad adottare il provvedimento di esclusione dell'operatore economico.

Nell'odierna vicenda non v'è prova che l'esclusione per irregolarità della documentazione sia stata verificata dalla stazione appaltante, tanto non è possibile evincere, infatti, dalla circostanza che il Presidente della commissione abbia utilizzato carta intestata della Provincia.

5.3. La sentenza di primo grado, pertanto, non può essere condivisa, poiché risolve la questione della competenza ad adottare il provvedimento di esclusione facendo applicazione di un criterio di carattere temporale, che, per come inteso, sembrerebbe fare della commissione giudicatrice l'unico organo della procedura di gara dalla sua nomina al momento dell'adozione del provvedimento di aggiudicazione e competente, per questo, ad adottare tutti gli atti della procedura.

Il criterio temporale non trova, tuttavia, riscontro nel dato normativo: l'*art. 31, comma 3, d.lgs. n. 50* cit. riconosce, infatti, la competenza generale del R.u.p. a svolgere tutti i compiti (id est, ad adottare tutti gli atti della procedura), "che non siano specificatamente attribuiti ad altri organi o soggetti", ulteriormente precisando, al comma 4, lett. c) che spetta al R.u.p. "cura(re) il corretto e razionale svolgimento delle procedure", così chiarendo che egli continua ad operare anche dopo la nomina della commissione giudicatrice.

6. L'appellante ha proposto un altro motivo di appello diretto a contestare la sentenza di primo grado nella parte in cui ha respinto le censure rivolte alla motivazione dell'esclusione, vale a dire la mancata indicazione nell'ambito della offerta economica dei costi per la manodopera; tuttavia, l'accoglimento del motivo di ricorso relativo all'incompetenza ha quale effetto l'assorbimento necessario degli altri motivi, giustificato dalla necessità di consentire all'organo competente di esercitare il suo potere senza limiti (cfr. Adunanza plenaria 27 aprile 2015, n. 5 "Pertanto, in tutte le situazioni di incompetenza, carenza di proposta o parere obbligatorio, si versa nella situazione in cui il potere amministrativo non è stato ancora esercitato, sicché il giudice non può fare altro che rilevare, se assodato, il relativo vizio e assorbire tutte le altre censure, non potendo dettare le regole dell'azione amministrativa nei confronti di un organo che non ha ancora esercitato il suo munus").

7. Le parti non hanno allegato l'avvenuta stipulazione del contratto di appalto ed, in effetti, nulla è depositato in atti; per questa ragione, all'annullamento dei provvedimenti impugnati non segue pronuncia sul contratto di appalto. Le ulteriori domande restano, dunque, assorbite.

8. Considerato che la vicenda sostanziale non è ancora conclusa, dovendo la stazione appaltante esercitare nuovamente il suo potere, è giustificata la compensazione delle spese di entrambi i gradi del giudizio tra tutte le parti in causa.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania n. 214/19, accoglie il ricorso di primo

grado di Gielle Costruzioni società cooperativa nei limiti di cui in motivazione ed annulla gli atti impugnati, ogni altra domanda assorbita.

Compensa le spese di entrambi i gradi del giudizio tra tutte le parti in causa.

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

TAR CAMPANIA, SEZ. I, SENTENZA N. 629 DEL 10 FEBBRAIO 2020.
PROVVEDIMENTO DI ESCLUSIONE PER LE FALSE DICHIARAZIONI
PROVENIENTI DA UN TERZO.

La questione sottoposta al vaglio del TAR Campania ha ad oggetto il ricorso di una seconda graduata che lamentava la mancata esclusione dell'aggiudicataria, la quale risultava colpevole di aver reso false dichiarazioni.

In particolare, l'aggiudicataria aveva dimostrato l'affidabilità della propria offerta tramite un preventivo trasmesso da una ditta fornitrice che, successivamente, ne disconosceva il contenuto.

Il Collegio ha affrontato il tema interrogandosi sull'ambito di applicazione dell'art. 80, co. 5, lett. f bis) del d.lgs. 50 del 2016 e soprattutto se la causa di esclusione possa riguardare anche le false dichiarazioni provenienti da un terzo e anche quando non sia provato che il partecipante alla gara sia consapevole della non veridicità della dichiarazione resa dal terzo. Ad avviso del TAR, il dato normativo dispone che ci sia esclusione a seguito della semplice presentazione di documentazione o dichiarazioni non veritiere, anche se provenienti da un terzo.

Dunque, il Collegio ha accolto il ricorso e annullato l'aggiudicazione.

Di seguito la sentenza in commento.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale (...) del 2019, integrato da motivi aggiunti, proposto da

G.M. S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Luca Rubinacci, con domicilio digitale eletto presso il suo studio in Napoli, via Santa Lucia n. 15;

contro

Comune di Acerra, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Antonio Sasso, con domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, via Toledo n. 156;

Provveditorato Interregionale Opere Pubbliche Campania Molise Puglia e Basilicata - Sede di Napoli, Ministero Infrastrutture e Trasporti, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Napoli, domiciliataria ex lege in Napoli, via Diaz. n. 11;

nei confronti

Consorzio N.C.P. Soc. Coop.va per Azioni, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Ernesto Stajano, Enrico Campagnano, Giuseppe Maranzano, Andrea Lardo, con domicilio e domicilio eletto presso lo studio Laura Sofia Allamprese in Napoli, Salita Moiariello 66;

G.T. di G.P., non costituito in giudizio;

per l'annullamento

per quanto riguarda il ricorso introduttivo

a) del decreto provveditoriale del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti - Provveditorato Interregionale per le Opere Pubbliche Campania - Molise - Puglia - Basilicata, del 1 agosto 2019, n. 390, recante aggiudicazione definitiva della procedura aperta per l'affidamento dei lavori di Realizzazione di un nuovo sistema di collettori fognari nel comune di Acerra sulla strada provinciale Caivano-Cancello - CIG: (...) al raggruppamento temporaneo di imprese composto da Consorzio N.C.P., G. s.r.l. e AR/S A. Società Cooperativa; b) della determina dirigenziale del Comune di Acerra II Direzione Gare e Contratti 5 agosto 2019, n. 1015, di presa d'atto del decreto sub a); c) dell'avviso di trasparenza, ex art. 76 e 20 del *D.Lgs. n. 50 del 2016*, del Provveditorato trasmesso con nota prot. (...); d) del D.P. 6 giugno 2019, n. 273, recante l'aggiudicazione ai sensi dell'*art. 32, comma 5, del D.Lgs. n. 50 del 2016*; e) di tutti i verbali di gara delle operazioni concorsuali e segnatamente: dei verbali nn. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 aventi ad oggetto i giudizi resi dalla commissione di gara, nella parte in cui quest'ultima ha espresso la propria valutazione tecnica e attribuito il punteggio alle offerte presentate in gara, nonché nella parte in cui la Commissione ha ritenuto congrua l'offerta dell'A.C.M., proponendo l'aggiudicazione in suo favore; f) di ogni atto presupposto, connesso o consequenziale a quelli impugnati.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati dalla G.M. s.p.a. il 15\11\2019:

della nota del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti - Provveditorato Interregionale per le Opere Pubbliche Campania - Molise - Puglia - Basilicata (in prosieguo solo "Provveditorato") prot. (...) del 30 luglio 2019 con cui la Commissione di gara e il RUP rilevano che "la documentazione giustificativa trasmessa dalla ATI Consorzio N. Coop. di P.L. S.C.P.A. (Capogruppo) - G. (mandante) e AR/S A. Soc. Coop. (mandante) in sede di verifica delle anomalie, non ha evidenziato segni di contraffazione", conosciuta solo all'esito del deposito in giudizio, in data 21 ottobre 2019, da parte del Comune di Acerra.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Acerra, del Provveditorato Interregionale Opere Pubbliche Campania Molise Puglia e Basilicata - Sede di Napoli, del Ministero Infrastrutture e Trasporti e del Consorzio N.C.P. Soc. Coop.va per azioni;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 dicembre 2019 il dott. Maurizio Santise e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Svolgimento del processo

1. Con ricorso tempestivamente notificato all'amministrazione resistente e all'Ati controinteressata, e regolarmente depositato nella Segreteria del T.a.r., la società ricorrente ha esposto quanto segue:

- il Provveditorato, ente delegato dal Comune di Acerra, giusta convenzione rep. n. (...) del 19 febbraio 2016, indiceva procedura aperta, con applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'*art. 95, commi 2 e 6, del D.Lgs. n. 50 del 2016*, per l'affidamento dei lavori di "Realizzazione di un nuovo sistema di collettori fognari nel comune di Acerra sulla strada provinciale Caivano-Cancello" - CIG: (...) - per un importo totale di Euro 4.549.091,93;

- la stazione appaltante, all'esito dell'attribuzione dei punteggi per l'offerta tecnica e per l'offerta economica, individuava quale migliore offerta quella dell'A.C.M., con un punteggio di 88,469 e un ribasso del 35,737%, mentre la ricorrente si collocava al secondo posto della graduatoria con un punteggio di 86,801 al netto del ribasso pari al 27,005%;

- l'offerta prima classificata risultava anomala e, all'esito del procedimento di verifica ex *art. 97 del D.Lgs. n. 50 del 2016*, la stazione appaltante, in base ai giustificativi forniti dal concorrente, la riteneva congrua, proponendo a suo favore l'aggiudicazione della gara nella seduta pubblica del 21 maggio 2019;

- a seguito di accesso agli atti, la società ricorrente contestava la veridicità del giustificativo reso dalla mandataria C.M. Soc. Coop. che sarebbe sostanzialmente non conforme al documento alla stessa fornito dalla ditta G.T. in sede di gara;

- ciò nonostante, il Provveditorato, con Provv. n. 390 del 1 agosto 2019, aggiudicava definitivamente la gara all'A.C.M.;

- successivamente, il Comune di Acerra, con determina dirigenziale n. 1015 del 5 agosto 2019, nel prendere atto provvedimento del Provveditorato, confermava l'aggiudicazione disposta da quest'ultimo.

Con ricorso tempestivamente notificato all'amministrazione resistente e al consorzio controinteressato, la società ricorrente ha impugnato il predetto provvedimento di aggiudicazione, contestandone la legittimità e chiedendone l'annullamento sulla base dei seguenti motivi:

Violazione dell'art. 80, co. 5, lett. f-bis del *D.Lgs. n. 50 del 2016*; violazione dell'art. 80 co. 6, del *D.Lgs. n. 50 del 2016*; violazione dell'art. 80 co. 12, del *D.Lgs. n. 50 del 2016*; difetto di istruttoria; carenza di motivazione, perplessità.

2. Il Comune di Acerra e il Provveditorato si sono costituiti regolarmente in giudizio, contestando l'avverso ricorso e chiedendone il rigetto. Nel costituirsi in giudizio hanno

depositato la nota prot. (...) del 30 luglio 2019 con cui la Commissione di gara e il RUP hanno rilevato che "la documentazione giustificativa trasmessa dalla A. Consorzio N. Coop. di P.L. S.C.P.A. (Capogruppo) - G. (mandante) e AR/S A. Soc. Coop. (mandante) in sede di verifica delle anomalie, non ha evidenziato segni di contraffazione".

Con ricorso per motivi aggiunti notificato alle amministrazioni interessate e all'A. controinteressata, la ricorrente ha impugnato anche il predetto provvedimento, contestandone la legittimità e chiedendone l'annullamento per le medesime ragioni già articolate in relazione al provvedimento di aggiudicazione.

3. La G.M. S.p.a., al fine di assicurare la completezza dell'istruttoria, ha presentato istanza affinché si ordinasse alla G.T. di G.P., con sede in S. A. (N.), via P., n. 24, di depositare l'originale del giustificativo trasmesso all'A.C.M. del 9 luglio 2019 in tempo utile per la trattazione della causa all'udienza pubblica del 18 dicembre 2019.

L'istanza è stata accolta con ordinanza presidenziale n. 1296/2019; in data 20/11/2019 la G.T. ha ottemperato al citato provvedimento.

Alla udienza pubblica del 18 dicembre 2019 la causa è stata trattenuta in decisione, con pubblicazione anticipata del dispositivo, come richiesto dal difensore del Comune.

Tanto premesso in punto di fatto, i ricorsi - introduttivo e per motivi aggiunti - sono fondati.

4. I ricorsi si incentrano sostanzialmente sulla violazione dell'art. 80, comma 5, lett. f-bis del *D.Lgs. n. 50 del 2016*, in quanto viene contestata la presentazione di una falsa dichiarazione e/o documentazione, connotata dall'elemento soggettivo della colpa grave, resa dalla concorrente ditta C.M. Soc. Coop., mandataria dell'A. aggiudicataria, per giustificare l'anomalia della propria offerta tecnica.

In particolare, è emerso che l'A. controinteressata ha presentato, in sede di giustificazione dell'anomalia dell'offerta, un preventivo su carta della ditta G.T. del 7 luglio 2008, preventivo sconosciuto dallo stesso legale rappresentante della ditta.

La società ricorrente ha infatti chiesto direttamente alla ditta fornitrice chiarimenti su tale preventivo; con nota del 27 giugno 2019, l'ing. P., rappresentante legale della ditta G.T., ha riscontrato la richiesta di chiarimenti avanzata dalla società ricorrente, rilevando "la sostanziale non conformità dell'offerta inviata dalla Gepi all'A.C.M. Soc. Coop. (mandataria) con la documentazione allegata alla vs. nota, dichiarata da codesta Impresa allegata alle "giustifiche" presentate alla Stazione Appaltante dall'A.C. Soc. Coop.".

Nella medesima nota la ditta fornitrice ha segnalato "la difformità dei prezzi unitari relativi ai pozzetti in PRFV e la mancata indicazione di specifiche clausole e condizioni di vendita riguardanti tra l'altro i tempi di durata e la validità dell'offerta e la corrispondenza dei prezzi offerti soltanto per predefinita lunghezza minima della fornitura della tubazione di diametro DN 1400 in PEAD"

Medesimi chiarimenti venivano presentati al Comune di Acerra (protocollo n. (...) del 14 novembre 2019) da parte dell'ing. G.P., il quale confermava che "come riportato nella nota del 27/6/2019, che riconosco essere di mio pugno nei contenuti e nella firma ... si segnala la difformità dei prezzi unitari relativi ai pozzetti in PFRV e la mancata indicazione di specifiche clausole e condizioni di vendita riguardanti tra l'altro la validità dell'offerta e la corrispondenza dei prezzi offerti soltanto per predefinita lunghezza minima della fornitura della tubazione di diametro DN 1400 in PEAD".

In esecuzione della citata ordinanza presidenziale 7 novembre 2019, n. 1269, infine, la G.T. ha evidenziato che in data 9 luglio 2019 (id est, da intendersi 2018 per un evidente errore materiale) non ha emesso e/o inviato alcun giustificativo prezzi all'A.C.M.. La documentazione richiesta è stata inviata il 19 aprile 2019 in risposta alla mail dell'A.C.M. del 15 aprile 2019 con cui è stata inviata la proposta del 4 agosto 2018.

La dichiarazione resa dall'ing. P. è in effetti riscontrata dal deposito in atti dello scambio di mail tra le parti; in particolare nella mail del 19 aprile l'ing. P. ha allegato il preventivo del 4 agosto 2018 e non vi è traccia del preventivo del 9 luglio 2018, posto dall'A. controinteressata a giustificazione dell'offerta.

E', dunque, emerso che l'A. aggiudicataria ha presentato a giustificazione dell'anomalia dell'offerta un preventivo della G.T. sconosciuto dallo stesso legale rappresentante e, stando alle dichiarazioni di quest'ultimo, mai inviato alla controinteressata.

Il Consorzio ha replicato, evidenziando che l'ing. P.:

- "ha consegnato, nel mese di agosto 2018, un preventivo al Consorzio C.M. con carta intestata "G.T.", quando la società era cancellata definitivamente dal registro delle imprese dal mese di aprile 2018;

- ha riavviato una trattativa commerciale, sempre in rappresentanza di G.T. nel corso del 2019, quando la società era cancellata dal registro delle imprese da oltre un anno;

- ha mantenuto una condotta reticente anche nei confronti di questo Tribunale, avendo fatto genericamente riferimento al fatto che la società era "ad oggi" cancellata, celando il fatto che la società G.T. risulta cancellata, non "ad oggi", ma da oltre 18 mesi!".

Sostiene, dunque, la controinteressata, che "è dunque doveroso domandarsi quale credibilità possa avere qualsiasi dichiarazione resa da un soggetto che ha fraudolentemente inviato offerte e controfferte quando era già cancellato dal registro delle imprese e che non abbia rappresentato tale gravissima circostanza neppure dinanzi a codesto Ecc.mo Collegio".

Ciò posto, rileva il Collegio che, anche dall'istruttoria espletata, è emerso sostanzialmente che l'aggiudicataria ha posto come giustificativo un documento che è stato sostanzialmente disconosciuto dall'interessato, il quale ha evidenziato che l'offerta presentata alla ricorrente risale alla data del 4 agosto 2018 e non al 9 luglio 2018. A riscontro di questa versione dei fatti vi è, come detto, lo scambio di mail avvenuta tra il Consorzio A. e l'ing P..

Può, dunque, sostenersi che pare verosimile che l'A. ricorrente abbia posto a base delle giustificazioni un documento in realtà non attendibile, in quanto il diretto interessato ne ha disconosciuto la paternità.

Il Consorzio sostiene che sia colpa dell'ing. P.; la società ricorrente imputa comunque il comportamento all'aggiudicataria, denunciando la falsa dichiarazione ai sensi dell'art. 80, co. 5, lett. f bis, del *D.Lgs. n. 50 del 2016*.

5. Per dirimere tale controversia è necessario circoscrivere il perimetro applicativo dell'art. 80, co. 5, lett. f bis) del *D.Lgs. n. 50 del 2016*, invocato dalla ricorrente.

La norma stabilisce che le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico che presenti nella procedura di gara in corso e negli affidamenti di subappalti documentazioni o dichiarazioni non veritiere.

Tale norma, dunque, prevede l'insacco della causa di esclusione in presenza di una presentazione di documentazione o di una dichiarazione non veritiera.

A questo punto si pone il problema di comprendere se la citata causa di esclusione possa scattare anche se la dichiarazione provenga da un terzo e anche qualora non sia provato che il partecipante alla gara sia consapevole della non veridicità della dichiarazione resa dal terzo.

Il dato testuale depone per una lettura rigorosa della causa di esclusione: l'esclusione deve essere disposta in base alla semplice presentazione della documentazione o di dichiarazioni "non veritiere", anche se proveniente da un terzo, come è reso manifesto dal riferimento,

contenuto sempre nella norma, al subappalto. In relazione a quest'ultimo contratto, infatti, l'impresa partecipante normalmente raccoglie documentazione (e/o dichiarazioni) direttamente dall'impresa subappaltatrice (si vedano, ad esempio i commi 7 e 8 dell'art. 105). Lo stesso comma 6, prevede che le stazioni appaltanti escludono in qualunque momento dalla procedura un operatore economico che si trovi, a causa di atti compiuti o omessi prima o nel corso della procedura, in una delle situazioni di cui al comma 5.

Anche il Consiglio di Stato ha precisato che "l'esclusione dell'operatore economico per aver presentato a corredo dell'offerta documentazione falsa è conseguenza prevista anche nell'attuale quadro normativo, giusto l'inserimento all'interno dell'*art. 80, comma 5, D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50* della lett.f-bis) ad opera del c.d. correttivo al codice. Non è fatta alcuna distinzione in merito alla provenienza della dichiarazione o della documentazione, se dallo stesso operatore ovvero da un terzo" (Cons. Stato, sez. V, n. 1820/2019).

6. Residua il dubbio della rilevanza della componente soggettiva nella applicazione della causa di esclusione.

Si tratta, quindi, di verificare se tale clausola di esclusione possa scattare in via oggettiva o richiede necessariamente la prova (anche) del dolo, o quanto meno della colpa, del partecipante alla gara.

La soluzione più rigorosa, che non richiede un collegamento soggettivo e, dunque, la volontà o la consapevolezza dell'impresa partecipante della non veridicità della documentazione o delle dichiarazioni, è quella da seguire in base ad un'indagine complessiva del comma 5 dell'art. 80, da cui emerge che il legislatore, quando ha voluto porre il dolo o la colpa del partecipante quale ulteriore presupposto per l'applicazione della causa di esclusione, lo ha fatto espressamente.

In questa direzione si collocano, ad esempio, le lett. c) (la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità), c bis) (l'operatore economico abbia tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate a fini di proprio vantaggio oppure abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione, ovvero abbia omesso le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione), c ter) (l'operatore economico abbia dimostrato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento ovvero la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili; su tali circostanze la stazione appaltante motiva anche con riferimento al tempo trascorso dalla violazione e alla gravità della stessa) e c-quater) (l'operatore economico abbia commesso grave inadempimento nei confronti di uno o più subappaltatori, riconosciuto o accertato con sentenza passata in giudicato), che evidentemente si caratterizzano per far scattare l'esclusione a causa di comportamenti della partecipante che denunciano sostanzialmente una inaffidabilità morale dello stesso che ha agito, sia in corso di gara che in gare precedenti, violando i canoni di correttezza e lealtà che comunque ormai permeano anche le gare pubbliche.

La lett. f bis) si caratterizza, invece, perché il legislatore delinea una causa di esclusione che scatta in base al presupposto oggettivo rappresentato dalla presentazione di documentazione o dichiarazione non veritiera, riferibile e prodotta anche da un terzo.

L'assenza di qualunque riferimento all'elemento soggettivo fa sì che la clausola di esclusione vada interpretata nel senso di non richiedere, ai fini della sua applicazione, un ulteriore requisito non richiesto dal legislatore.

La ratio della norma è evidentemente da intravedere nel principio secondo cui il partecipante all'impresa deve accertarsi e verificare la correttezza delle dichiarazioni e della documentazione che rende, ma anche che riceve da terzi, e quindi non direttamente ricadenti all'interno della propria sfera giuridica. Si tratta di un'applicazione del principio cuius commoda, eius et incommoda, secondo cui a colui che ha vantaggi, spettano anche i conseguenti svantaggi.

Il partecipante alla gara che vuole avvantaggiarsi della documentazione o della dichiarazione di terzi deve necessariamente controllarne la veridicità, subendone le conseguenze qualora emergesse la non veridicità delle stesse. Si tratta di una regola che trova chiara giustificazione nelle gare pubbliche, caratterizzate dalla necessaria speditezza della procedura che non può essere rallentata da estenuanti verifiche in capo alla stazione appaltante, dovendo comunque valorizzarsi un principio di tempestività e celerità di svolgimento e di conclusione delle gare pubbliche.

In situazione analoga, questa Sezione ha, peraltro, già evidenziato che la stazione appaltante dispone di una sfera di discrezionalità nel valutare quanto eventuali precedenti professionali negativi incidano sull'affidabilità di chi aspira a essere affidatario di un contratto e tale discrezionalità può essere correttamente esercitata solo disponendo di tutti gli elementi necessari a garantire una compiuta formazione della volontà. Deve, peraltro, essere rilevato che l'obbligo dichiarativo di tutte le vicende pregresse, concernenti fatti risolutivi, errori o negligenze, comunque rilevanti ai sensi dell'*art. 38, comma 1, lett. f), D.Lgs. n. 163 del 2006*, costituisce espressione dei generali principi di lealtà e affidabilità contrattuale, posti a presidio dell'elemento fiduciario nei rapporti contrattuali facenti capo alla p.a., con la conseguenza che incorre nell'esclusione dalla gara il concorrente che renda una dichiarazione non veritiera e comunque incompleta - e ciò a prescindere dalla connotazione soggettiva della scelta, e dunque dalla colposità o dolosità della condotta, che non rilevano ai fini dell'estromissione dalla procedura selettiva - in quanto una simile omissione non consente alla S.A. di svolgere le dovute verifiche circa il possesso dei requisiti di integrità e affidabilità professionale e quindi di effettuare i dovuti approfondimenti prima di decretare l'esclusione. Trattasi di coordinate ermeneutiche, di cui all'*art. 80 comma 5, lett. c) del nuovo Codice degli appalti*, benché tracciate in relazione all'*art. 38 comma 1, lett. f), del previgente Codice degli appalti* (cfr., T.A.R. Napoli, (Campania) sez. I, 02/11/2018, n.6423).

Su questi presupposti, dunque, l'aggiudicazione emessa in favore dell'A. controinteressato è illegittima, in quanto emessa anche sul presupposto di dichiarazioni che non sono veritiere in quanto l'autore delle stesse le ha espressamente contestate.

La complessiva vicenda sopra descritta non consente, peraltro, di escludere un comportamento negligente in capo all'A. controinteressata che ha, comunque, presentato un giustificativo dei prezzi non corrispondente a quello effettivamente inviato dalla ditta interessata.

Ne consegue che i ricorsi - introduttivo e per motivi aggiunti - vanno accolti e i provvedimenti impugnati annullati.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidati come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sui ricorsi, come in epigrafe proposti, li accoglie e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati.

Condanna il Consorzio N.C.P. Soc. Coop.va per azioni al pagamento delle spese di lite in favore della ricorrente che liquida in complessivi Euro 3000,00 (Euro tremila/00), oltre accessori come per legge e oltre alla refusione del contributo unificato.

Compensa le spese di lite tra la ricorrente e il Comune di Acerra ed il Ministero Infrastrutture e Trasporti – Provveditorato Interregionale Opere Pubbliche Campania Molise Puglia e Basilicata – Sede di Napoli.

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

TAR LIGURIA, SEZ. I, SENTENZA N. 128 DEL 18 FEBBRAIO 2020.
SULLA MOTIVAZIONE IN TEMA DI ACCESSO AGLI ATTI DI GARA.

La questione in commento trae origine dal ricorso di una seconda classificata, in un procedimento di gara indetto per l'affidamento di servizi in concessione, che censura il comportamento della provincia di Savona per non avere consentito la completa ostensione degli atti relativi all'offerta della controinteressata e già richiesti con istanza.

Dunque, la ricorrente propone un'istanza di accesso in corso di causa per contestare il diniego parziale espresso dall'amministrazione in sede di accesso in ragione dell'esistenza di segreti tecnici e commerciali.

Il Collegio, a tal proposito, muovendo dal disposto dell'art. 53 del d.lgs. 50 del 2016 ritiene che il diniego possa essere giustificato da una precisa motivazione che giustifichi la presenza di eventuali segreti tecnici e commerciali.

Pertanto, il Collegio ordina all'amministrazione l'adozione di un provvedimento espresso recante un'approfondita motivazione delle ragioni che la stessa riterrà prevalenti ai fini dell'accoglimento o del diniego dell'istanza di accesso già formulata.

Di seguito la sentenza in commento.



REPUBBLICA ITALIANA
Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria
(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 569 del 2019, integrato da motivi aggiunti, proposto da

City Green Light S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Nicola Creuso e Nicola De Zan, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Provincia di Savona, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Gianluca Ercole, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia; Comune di Savona non costituito in giudizio;
nei confronti

Engie Servizi S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Daniela Anselmi, Luisa Torchia, Kostandin Peci, con domicilio eletto presso lo studio della prima in Genova, via Corsica, 19/10; Ottima S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Massimiliano Brugnoletti e Martina Alo', con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia; Citelums.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Giovanni Bruno, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Savoia 31;

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo,
per l'annullamento

- dell'avviso, a firma del Dirigente del Settore Dott.ssa Marina Ferrara, pubblicato in data 18.6.2019 sul sito internet della Stazione appaltante, avente ad oggetto "Appalto n. 1934 - Procedura aperta per la selezione di un operatore qualificato, ivi incluso le Energy Service Companies (ESCO), per l'affidamento in concessione - mediante Partenariato Pubblico Privato (art. 180 comma 1 del d.lgs 50/2016) - di servizi di prestazione energetica, riqualificazione, gestione e manutenzione dell'impianto di pubblica illuminazione, con la predisposizione dello stesso ai servizi smart city del Comune di Savona, da realizzarsi con finanziamento tramite terzi ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. m) ed art. 15 del d.lgs n. 115/2008, per l'attuazione del Programma di Investimento denominato "PROSPER - PROvince of Savona Pact for Energy and Renewables 2020", per quanto configurante aggiudicazione della gara medesima e/o approvazione della proposta di aggiudicazione in favore del RTI Engie;
- di ogni eventuale altro atto o provvedimento, non noto, di aggiudicazione della gara medesima;
- di tutti gli atti, verbali e provvedimenti della gara medesima, nei limiti dell'interesse della ricorrente, ivi in particolare compresi:

- il verbale della seduta pubblica di gara in data 23.5.2019;
- il “verbale della prima seduta riservata protocollo numero 21506 del 15 aprile 2019”, non noto, così richiamato nel predetto verbale della seconda seduta pubblica del 23.5.2019;
- per quanto di ragione, di ogni eventuale risposta, non nota, al “chiarimento richiesto dalla ditta Citelum S.A. Group EdF in relazione ai criteri adottati sul piano di gestione”, menzionato nei predetti verbali;
- di ogni altro atto o provvedimento, non noto, comunque presupposto, connesso o conseguente, per quanto lesivo della posizione della ricorrente.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da CITY GREEN LIGHT S.R.L. il 4/1/2020: per l’annullamento

- del Decreto dirigenziale della Provincia di Savona n. 4512 in data 22.11.2019, Settore Gestione viabilità, edilizia ed ambiente, Servizio autorizzazioni ambientali, classifica 010.004.005 e fascicolo 000003/2014, avente ad oggetto “Servizi di prestazione energetica, riqualificazione, gestione e manutenzione dell’impianto di pubblica illuminazione, con predisposizione a smart city, dell’impianto di illuminazione del Comune di Savona - Aggiudicazione e affidamento in concessione mediante partenariato pubblico privato”, comunicato in data 26.11.2019, recante l’aggiudicazione al RTI Engie Servizi s.p.a. dell’Appalto 1934 - “Procedura aperta per la selezione di un operatore qualificato per l'affidamento in concessione di servizi di prestazione energetica, riqualificazione energetica e gestione dell'impianto di pubblica illuminazione di proprietà del Comune di Savona (SV)”, CIG 7746961275; nonché della comunicazione medesima del 26.11.2019;
- dell’avviso dell’esito della gara medesima in data 5.12.2019 protocollo n. 2019/62298;
- di tutti gli atti, verbali e provvedimenti della gara medesima, nei limiti dell’interesse della ricorrente;
- del verbale di accesso agli atti in data 2.12.2019 e di ogni altro atto che abbia negato in tutto o in parte il diritto di accesso della ricorrente agli atti di gara;
- di ogni altro atto o provvedimento, non noto, comunque presupposto, connesso o conseguente, per quanto lesivo della posizione della ricorrente.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia di Savona, di Engie Servizi S.p.A., di Ottima S.r.l. e di Citelums.A.;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 12 febbraio 2020 il dott. Paolo Nasini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

rilevato che dalla lettura degli atti da ultimo depositati da parte ricorrente si evince come l’istanza di accesso originariamente formulata da quest’ultima sia stata evasa solo parzialmente dalla Provincia, non avendo la stessa ostenso l’intera documentazione di gara richiesta dalla ricorrente;

che secondo la Provincia la documentazione in questione sarebbe stata legittimamente non ostenso a seguito dell’opposizione formulata dalla controinteressata in quanto conterrebbe segreti tecnici e commerciali;

che, al riguardo, non risulta che la Provincia abbia adottato un provvedimento espresso indicando puntualmente le ragioni di mancata ostensione anche solo parziale dell'ulteriore documentazione in contestazione;

che come sottolineato da recente sentenza n. 64/2020 del Consiglio di Stato: «le norme che regolano l'accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici sono definite dall'art. 53 d.lgs. n. 50 del 2016, che richiama la disciplina generale di cui agli artt. 22 ss. l. 7 agosto 1990, n. 241, ma vi aggiunge speciali e specifiche disposizioni derogatorie in punto di differimento, di limitazione e di esclusione della pretesa ostensiva in considerazione delle peculiari esigenze di riservatezza che sogliono manifestarsi e assumere rilievo nel contesto delle procedure evidenziali; la norma recepisce le indicazioni dell'art. 21 della direttiva 2014/24/UE, dell'art. 39 della direttiva 2014/25/UE e dell'art. 28 della direttiva 2014/23/UE, a tenore dei quali – fatti salvi gli obblighi in materia di pubblicità sugli appalti aggiudicati e gli obblighi di informazione dei candidati e degli offerenti – le stazioni appaltanti: a) sono tenute, salvo diversa ed espressa previsione nazionale od eurounitaria, a non rivelare «informazioni comunicate dagli operatori economici e da essi considerate riservate, compresi anche, ma non esclusivamente, segreti tecnici o commerciali, nonché gli aspetti riservati delle offerte»; b) sono autorizzate a «imporre agli operatori economici condizioni intese a proteggere la natura confidenziale delle informazioni [rese] disponibili durante tutta la procedura». L'art. 53, comma 5, lett. a), d.lgs. n. 50 del 2016 sancisce: «sono esclusi il diritto di accesso e ogni forma di divulgazione in relazione [...] alle informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali». La voluntas legis è, dunque, di escludere dall'ostensibilità propria degli atti di gara quella parte dell'offerta o

delle giustificazioni della anomalia che riguardano le specifiche e riservate capacità tecnicoindustriali o in genere gestionali proprie dell'impresa in gara (il know how), vale a dire l'insieme del “saper fare” e delle competenze ed esperienze, originali e tendenzialmente riservate, maturate ed acquisite nell'esercizio professionale dell'attività industriale e commerciale e che concorre a definire e qualificare la specifica competitività dell'impresa nel mercato aperto alla concorrenza; ciò al fine di evitare un uso emulativo della partecipazione alla gare e dell'accesso allo scopo precipuo di giovare di specifiche conoscenze industriali o commerciali acquisite e detenute da altri; la scelta di prendere parte ad una procedura competitiva non implica un'impropria accettazione del rischio di divulgazione di segreti industriali o commerciali, i quali – almeno in principio – restano sottratti, a tutela del loro specifico valore concorrenziale, ad ogni forma di divulgazione. D'altronde, il limite alla ostensibilità è comunque subordinato all'espressa «manifestazione di interesse» da parte dell'impresa interessata, cui incombe l'onere dell'allegazione di «motivata e comprovata dichiarazione», mediante la quale dimostri l'effettiva sussistenza di un segreto industriale o commerciale meritevole di salvaguardia; in tal senso, la presentazione di una istanza di accesso impone alla stazione appaltante una motivata valutazione delle argomentazioni offerte, ai fini dell'apprezzamento dell'effettiva rilevanza per l'operatività del regime di segretezza; occorre una valutazione in concreto dei motivi addotti a difesa del segreto, per modo che possa non essere preclusivamente vulnerato «l'accesso al concorrente ai fini della

difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto» (cfr. art. 53, ult. cpv. cit.). Dall'altra parte occorre, al fine di esercitare il diritto di accesso riguardo a informazioni contenenti eventuali segreti tecnici o commerciali, dimostrare non già un generico interesse alla tutela dei propri interessi giuridicamente rilevanti, ma la concreta necessità (da riguardarsi, restrittivamente, in termini di stretta indispensabilità) di utilizzo della documentazione in uno specifico giudizio>>;

che, nel caso di specie, l'interesse concreto ed attuale, a tutela del diritto di difesa azionato da parte ricorrente nel presente giudizio, deve ritenersi sussistere, anche alla luce dei motivi dedotti ovvero eventualmente deducibili mediante ulteriori motivi aggiunti;

che, per contro, l'omessa adozione di un provvedimento di diniego parziale dell'accesso corredato da una puntuale e specifica motivazione al riguardo deve ritenersi illegittima;

che, in tal senso, e in coerenza con quanto rilevato dal Consiglio di Stato, l'Amministrazione è tenuta a valutare e a fornire precisa motivazione in ordine alla non ostensibilità, anche mediante solo parziale oscuramento dei documenti, in relazione a specifici segreti commerciali o industriali;

che il Collegio, non potendo esaminare direttamente i documenti in questione (diversamente divenendo essi automaticamente "ostesi"), non ha nemmeno il potere di valutare autonomamente la sussistenza e la rilevanza di tali segreti e quindi la sussistenza dei presupposti per la concreta operatività del divieto, il che rende ancora più stringente e di centrale importanza l'obbligo motivazionale a carico della Stazione appaltante, a tutela del principio di trasparenza, da un lato, e di riservatezza, dall'altro;

che, pertanto, ai sensi dell'art. 116 c.p.a. deve essere ordinato alla Provincia di Savona di procedere, entro 30 giorni, ad una adeguata valutazione in ordine alla ostensibilità o meno della documentazione da ultimo indicata da parte ricorrente e per la quale ancora sussiste contestazione, esplicitando compiutamente le ragioni di accoglimento o diniego della domanda di accesso, con particolare riguardo agli elementi che rendono o meno "comprovata" l'allegata, da parte della controinteressata, sussistenza di segreti commerciali e industriali, eventualmente contenuti nei documenti in contestazione;

che, in considerazione della natura autonoma dell'istanza di accesso agli atti e del carattere decisorio del provvedimento che conclude la relativa "fase" giurisdizionale, occorre disporre in ordine alle spese di lite, in relazione alle quali, attesa la peculiarità della fattispecie in oggetto, deve essere disposta la compensazione;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Prima), accoglie l'istanza di accesso in corso di causa, formulata da parte ricorrente, nei limiti e per le ragioni indicate in parte motiva e per l'effetto, dispone che la Provincia di Savona proceda, entro 30 giorni dalla comunicazione della presente ordinanza, ad un'adeguata valutazione in ordine alla domanda di accesso formulata da parte ricorrente esplicitando compiutamente le ragioni di accoglimento o diniego della stessa, con particolare riguardo agli elementi che rendono o meno "comprovata" l'allegata, da parte della controinteressata, sussistenza di segreti commerciali e industriali; contenuti nei documenti in contestazione; spese della fase compensate;

Così deciso in Genova nella camera di consiglio del giorno 12 febbraio 2020 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Caruso, Presidente

Richard Goso, Consigliere

Paolo Nasini, Referendario, Estensore

TAR MOLISE, SEZ. I, SENTENZA N. 56 DEL 21 FEBBRAIO 2020.
SULLA CLAUSOLA DI SBARRAMENTO.

La pronuncia in commento concerne la previsione di una c.d. soglia di sbarramento nel caso di una procedura aperta avente ad oggetto un appalto di lavori.

Precisamente, si ritiene legittima tale previsione poiché è finalizzata a garantire il miglior livello qualitativo delle offerte presentate, con la conseguenza di comportare l'esclusione di una proposta in ragione della sua non conformità a determinati standard minimi fissati in sede di *lex specialis*.

Di seguito la sentenza in commento.

R E P U B B L I C A I T A L I A N A
I N N O M E D E L P O P O L O I T A L I A N O
Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Molise
(Sezione Prima)
ha pronunciato la presente
SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 17 del 2019, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Amato Costruzioni S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Alfredo Contieri, Francesco Scittarelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia; contro Comune di Roccapivara, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Andrea Filippini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia; Comune di Montefalcone nel Sannio nella qualità di Comune Capofila della Centrale Unica di Committenza dei Comuni del Medio Trigno, non costituito in giudizio;

nei confronti

ATI Italgreen S.p.A., Delfino Sport S.r.l., ATI Limonta S.p.A., Co.Ge.T. S.r.l. non costituiti in giudizio;

per l'annullamento,

previa sospensione dell'efficacia Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

a) del provvedimento del Comune di Montefalcone del Sannio di cui alla nota prot. n. 6681 del 10.12.2018 di comunicazione della esclusione dalla procedura aperta avente ad oggetto "Lavori di rifacimento campo di calcio con manto in erba sintetica ed opere impiantistiche connesse in locali Cupello";

b) per quanto occorrere possa, della clausola del Disciplinare di Gara di cui all'art. 9 Criteri di aggiudicazione;

c) di tutti i verbali di gara, di estremi non conosciuti ed in particolare del verbale della commissione di gara contenente i punteggi assegnati all'offerta tecnica ai sensi dei sub criteri di cui alla tabella allegata all'art. 9 del D.G.;

d) di tutti i provvedimenti connessi, presupposti e conseguenti, anche non noti, in particolare del provvedimento della Comune di Montefalcone nel Sannio n. 6765 del 13 dicembre 2018 avente ad oggetto proposta di aggiudicazione dell'appalto all'ATI Italgreen Spa e Delfino Sport srl;

e) nonchè del contratto per l'affidamento dei lavori, ove medio tempore stipulato; per la declaratoria di inefficacia del contratto di appalto, se stipulato nelle more, e per l'adozione dei provvedimenti di cui agli artt. 121, 122 e 123 c.p.a. Nonchè per il risarcimento dei danni ingiusti patiti dalla ricorrente.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti -di tutti i provvedimenti richiamati nella relazione istruttoria predisposta dal Comune di Roccapivara su ordinanza n. 71 del 2 marzo 2019 del Tar Molise e in particolare: a) della determinazione del responsabile della Centrale Unica di Committenza dei Comuni del Medio Trigno del 3 aprile 2019;

b) del verbale della commissione di gara dell'11 aprile 2019;

c) della pec 2078/CUC, Prot. 2169 del Comune di Roccapivara indirizzata alla Ditta Amato Costruzioni s.r.l. del 13 aprile 2019 di esclusione dalla gara;

d) della Tabella B allegata alla determina del Responsabile della CUC n. 12 del 12 novembre 2018, unitamente alle valutazioni dei commissari espresse in attuazione dei sub criteri 11 e 12 della tabella B e i relativi punteggi assegnati dai commissari alla ricorrente ed alle imprese contro interessate;

e) di tutti i provvedimenti connessi, presupposti e conseguenti, anche non noti;

f) della nota del 10 maggio 2019 con la quale la Stazione appaltante consentiva la presa visione della documentazione di gara, con l'esclusione dell'offerta tecnica prodotta dalla Limonta s.p.a.

g) nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto di appalto, se stipulato nelle more e per l'adozione dei provvedimenti di cui agli artt. 121, 122 e 123 c.p.a.;

nonchè per il risarcimento dei danni ingiusti patiti dalla ricorrente.

FATTO e DIRITTO

Con provvedimento n. 6681, emesso dal Comune di Montefalcone del Sannio nella qualità di Comune Capofila della CUC dei Comuni del Medio Trigno, la ricorrente veniva esclusa dalla procedura aperta, avente ad oggetto “Lavori di rifacimento campo di calcio con manto in erba sintetica ed opere impiantistiche connesse in locali Cupello”, che vedeva quale ente attuatore il Comune di Roccapivara, per avere conseguito in sede di valutazione dell'offerta tecnica il punteggio di 44, inferiore al punteggio minimo di 45 previsto quale c.d soglia di sbarramento dal Disciplinare di gara. La ricorrente ha, pertanto, impugnato il provvedimento di esclusione deducendo l'irragionevolezza del punteggio attribuito alla propria offerta tecnica; ha evidenziato, inoltre, l'assoluta originalità e completezza di tale offerta, in grado di soddisfare pienamente le esigenze della stazione appaltante. Assumeva, inoltre, la ricorrente di aver

presentato, in data 7.12.2018, al Comune di Roccavivara istanza di accesso alla documentazione di gara cosicché, il giorno 22 gennaio 2019, il sig. Giuseppe Amato, nella qualità di legale rappresentante della ricorrente, prendeva visione presso la sede della CUC in Montefalcone nel Sannio degli atti relativi alla procedura e precisamente delle offerte tecniche presentate dalla Ditta Limonta e dalla Ditta Italgreen; la ricorrente, tuttavia, non poteva prendere visione dei verbali di assegnazione del punteggio relativo alle suddette offerta tecniche in quanto custoditi in armadi chiusi nella disponibilità del Responsabile del CUC, assente dal servizio per ragioni di salute. Chiedeva, quindi, a questo Tribunale di ordinare al Comune di Roccavivara di esibire la predetta documentazione stante la sua rilevanza nel presente giudizio. L'istanza istruttoria veniva accolta con ordinanza collegiale del 2.03.2019 cosicché il Comune resistente depositava la relazione istruttoria del 14 aprile 2019 ove venivano descritte le più rilevanti fasi procedimentali della procedura concorsuale in oggetto e da cui risultava che, stante l'asserita impossibilità materiale di reperire la documentazione di gara poiché il RUP era nel frattempo deceduto, era stato nominato un nuovo responsabile del CUC dei Comuni del Medio Trigno, che, con successiva determina, disponeva l'annullamento dei verbali di gara e delle relative valutazioni. Successivamente la stazione appaltante procedeva alla sostituzione del presidente della commissione con la nomina del Geom. Adducchio. Con verbale dell'11.4.2019 venivano assegnati alle imprese partecipanti i relativi punteggi e la ricorrente veniva nuovamente esclusa dalla gara per non aver raggiunto il punteggio minimo dell'offerta tecnica previsto dal disciplinare di gara. Ciò posto, la ricorrente inoltrava nuovamente istanza di accesso agli atti in data 29.4.2019, in particolare alle offerte tecniche della Italgreen e della Limonta: l'istanza veniva riscontrata in data 10.5.2019 ma veniva esclusa la visione ed estrazione di copia della offerta tecnica della Limonta S.p.a. La ricorrente proponeva, quindi, motivi aggiunti avverso la relazione istruttoria depositata dal Comune in data 14.04.2019, e gli atti in essa richiamati, insistendo per l'annullamento della propria esclusione della gara e per l'accoglimento della istanza di accesso alla documentazione concernente l'offerta tecnica presentata dalla Limonta S.p.a. Più nel dettaglio, con la prima censura contenuta nei motivi aggiunti la ricorrente ha contestato l'irragionevolezza ed assurdità del punteggio attribuito alla propria offerta tecnica con riferimento, innanzitutto, al punteggio pari a 0 relativo al punto 14 della tabella B allegata al disciplinare di gara, avente ad oggetto "realizzazione di almeno 4 campi omologati con presentazione di CRE negli ultimi due anni": ingiustificatamente, infatti, non sarebbe stato preso in considerazione il CRE dei lavori eseguiti presso il Comune di Casalattico, terminati il 9.01.2017. Con il secondo motivo parte ricorrente ha lamentato, poi, l'illegittimità della nota del 10.05.2019 con la quale il responsabile della CUC, riscontrando l'istanza di accesso del 29.04.2019, le consentiva di prendere visione della documentazione di gara ad eccezione della offerta tecnica presentata dalla Ditta Limonta spa. Con il terzo motivo ha, infine, contestato l'irragionevolezza del punteggio attribuito alla propria offerta tecnica e rilevato come l'introduzione della soglia di sbarramento, unitamente alla perfetta coincidenza della parte più alta della forbice del punteggio assegnabile alla offerta tecnica dei candidati con le caratteristiche dei prodotti delle imprese controinteressate, aveva di fatto determinato la sua esclusione, condizionando ab origine il giudizio della Commissione. Con dichiarazione resa in udienza, e rispettivamente nella camera di consiglio del 20 febbraio 2019 e 5 giugno 2019,

la società ricorrente rinunciava alla istanza cautelare; alla camera di consiglio del 24 luglio 2019 la causa passava in decisione con riferimento alla sola istanza di accesso formulata in sede di motivi aggiunti. Con sentenza non definitiva n. 332 del 10 ottobre 2019 il Tribunale accoglieva l'istanza di accesso e, per l'effetto, ordinava al Comune di Roccavivara di esibire integralmente alla ricorrente tutta la documentazione richiesta da ultimo con istanza del 29 aprile 2019. Si costituiva in giudizio il Comune di Roccavivara eccependo l'infondatezza del ricorso principale e l'inammissibilità dei motivi aggiunti per omessa notifica alla CUC. All'udienza pubblica del 15 gennaio 2020 la causa è stata trattenuta in decisione. Il ricorso è infondato. La ricorrente contesta il punteggio di 44/70, inferiore alla soglia di sbarramento prevista dalla lex specialis, attribuito dalla Commissione alla propria proposta progettuale, per poi dolersi dell'inserimento di siffatta soglia di sbarramento nel disciplinare di gara. Entrambe le censure, tuttavia, non meritano accoglimento. Ed invero, la ricorrente non fornisce elementi idonei a superare il giudizio tipicamente tecnico-discrezionale espresso dalla Commissione, limitandosi ad affermare di aver presentato un'offerta "in grado di soddisfare pienamente le esigenze della stazione appaltante in ordine alla qualità del progetto presentato". Altresì indimostrata rimane l'affermazione secondo cui la stazione appaltante avrebbe, per così dire, preconfezionato i criteri di valutazione delle offerte in base alle proposte tecniche delle controinteressate. Il Comune di Roccavivara ha, da ultimo, rilevato la correttezza dell'operato della Commissione che, nel rispetto di quanto previsto dalla tabella B allegata al disciplinare di gara, ha attribuito all'offerta tecnica della ricorrente il punteggio di 0 avendo essa realizzato un solo campo di calcio negli ultimi due anni. Non appare irragionevole, infine, la previsione, nella lex specialis, della c.d. soglia di sbarramento, atteso che è ben consentito alle Stazioni Appaltanti di prevedere, nella redazione del disciplinare di gara, un livello qualitativo minimo per il punteggio che le offerte tecniche devono ottenere in ordine a determinati criteri; la previsione di c.d. soglie di sbarramento, infatti, è finalizzata a garantire il miglior livello qualitativo delle offerte presentate, con la conseguenza di comportare l'esclusione di una proposta in ragione della sua non conformità a determinati standard minimi fissati in sede di lex specialis (T.a.r Lazio, sez. II ter, 22 luglio 2019, n. 9781). Come rilevato dalla stessa Amministrazione resistente, quindi, l'inserimento della soglia di sbarramento ha risposto, nel caso in esame, all'esigenza di privilegiare la qualità tecnica delle offerte rispetto al dato meramente economico. Nel caso di specie, poi, la soglia di sbarramento (art. 9 disciplinare di gara) doveva considerarsi non solo legittima ma anche non irragionevole in quanto non particolarmente elevata (45 punti su 70 costituenti l'intera offerta tecnica) anche in relazione alla complessità dell'oggetto della gara. Ciò detto, e passando all'esame dei motivi aggiunti e prescindendo dalla eccezione della loro inammissibilità per omessa notifica alla Centrale Unica di Committenza dei Comuni del Medio Trigno, se ne rileva l'infondatezza in quanto gli stessi, lungi dall'introdurre nuovi motivi di ricorso, si limitano a delineare una più approfondita disamina dei motivi di censura già sollevati con il ricorso principale cosicché vanno comunque disattesi per le ragioni già esposte in precedenza. Sulla fondatezza della istanza di accesso, infine, il Tribunale si è già espresso con sentenza non definitiva n. 332/19. In conclusione, per quanto sin qui dedotto, il ricorso va respinto unitamente alla domanda risarcitoria pure in esso formulata. Le spese di lite seguono la soccombenza nella misura indicata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Molise (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto ed integrato dai motivi aggiunti, lo respinge. Condanna la ricorrente alla refusione delle spese di lite in favore del Comune di Roccavivara nella misura di euro 2000,00 (duemila/00) oltre accessori di legge. Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

TAR SARDEGNA, SEZ. II, SENTENZA N. 101 DEL 17 FEBBRAIO 2020.
SUL PRINCIPIO DI ROTAZIONE NEGLI APPALTI.

La questione sottoposta all'attenzione del TAR Sardegna concerne il principio di rotazione applicabile agli appalti di forniture, lavori e servizi per affidamenti di importi pari o superiore a 40mila euro e fino all'intero sottosoglia e fino a importi inferiori al milione di euro per i lavori.

Dalla pronuncia in commento si evince che il principio della rotazione costituirebbe un vincolo praticamente insuperabile solamente in relazione agli appalti di lavori, forniture e servizi da aggiudicarsi nel sottosoglia e non anche per le concessioni di servizi.

Dunque, si evidenzia che l'obbligo della rotazione «è peculiare per le procedure di gara c.d. negoziate per l'affidamento di “lavori-servizi-forniture”, sotto soglia, alle quali solitamente, accedono un numero di partecipanti limitato ed inferiore rispetto alle gare “aperte”».

Di seguito la sentenza in commento.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna
(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale (...) del 2019, proposto da

D. S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Alessandro Mariani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

CITTA' METROPOLITANA DI CAGLIARI, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Simonetta Garbati, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

I.I. S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Andrea Netti, Cristina Brasca, con domicilio digitale come da PEC da Registri di

Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Giampaolo Secci in Cagliari, via della Pineta n. 53/B;

per l'annullamento

della procedura indetta dalla Città Metropolitana di Cagliari per l'affidamento della concessione di n. 3 macchine distributrici di alimenti e bevande presso la Biblioteca E. Lussu - Villa Clara;

-dei verbali delle sedute della Commissione Giudicatrice e relativi provvedimenti di seguito assunti (tra gli altri la Determinazione Servizi Bibliotecari n. 75 del 29.07.2019) e del conseguente provvedimento di aggiudicazione (nota prot. registro ufficiale (...)) con la quale è stata data comunicazione all'odierna ricorrente degli esiti dell'aggiudicazione, nonché di ogni altro atto, conseguente, presupposto (quale la lettera d'invito prot. (...)) od attuativo;

-per la declaratoria ai sensi degli artt. 121 e 122 c.p.a. dell'inefficacia del contratto di concessione eventualmente stipulato tra la resistente e la controinteressata;

-e per la condanna ai sensi degli artt. 30, 121, 122, 123 e 124 c.p.a., al RISARCIMENTO DEL DANNO ingiusto patito dalla ricorrente in conseguenza delle illegittimità della procedura e degli atti e dei provvedimenti impugnati, attraverso la reintegrazione in forma specifica ed il conseguente SUBENTRO NEL CONTRATTO e, in subordine, per equivalente, con riserva di determinare l'ammontare del danno nel corso del giudizio.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Città' Metropolitana di Cagliari e di I.I. S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 gennaio 2020 la dott.ssa Grazia Flaim e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Svolgimento del processo

La ricorrente D.A.B. s.r.l. ha partecipato unitamente alla società controinteressata I.V.S. s.p.a. alla gara informale indetta dalla Città Metropolitana di Cagliari per l'affidamento della CONCESSIONE di n. 3 macchine distributrici di alimenti e bevande presso la Biblioteca E. Lussu - Villa Clara.

Tre sono state le ditte invitate dall'Amministrazione con indicazione del "canone" di concessione, base di gara, con facoltà di "rialzo", di 15.000 Euro per l'intero triennio.

La gara è stata aggiudicata, con la Det. n. 75 del 29 luglio 2019, alla I. che ha offerto un "canone" di concessione di Euro 33.600.

Con ricorso depositato il 9.10.2019 la società D. ha chiesto l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione (oltre la declaratoria di inefficacia dell'eventuale contratto nelle more stipulato), nonché il risarcimento del danno (in forma specifica o, in subordine, per equivalente).

Sono state formulate le seguenti censure:

1)violazione di legge ed eccesso di potere - errata applicazione e/o violazione del principio di segretezza delle offerte, eccesso di potere discrezionale per errata applicazione delle prescrizioni di legge e di gara, carenza ed insufficienza di motivazione e di istruttoria;

2) violazione di legge ed eccesso di potere - violazione del c.d. principio di rotazione.

Si sono costituite in giudizio sia l'Amministrazione che l'aggiudicataria chiedendo il rigetto del ricorso.

Con ordinanza n. 270 del 25/10/2019 la domanda cautelare è stata respinta, con le seguenti motivazioni:

"considerato che la procedura per l'affidamento della concessione è avvenuta "in forma semplificata" (inferiore a 40.000 Euro), con attuazione di una gara "informale" ex art. 36 comma 2 lett. a) del Codice 50/2016 (che ammette l'affidamento diretto);

rilevato che l'utilizzo di modalità e forme telematiche per la presentazione delle offerte (via PEC, senza l'utilizzo di sistemi di "cifatura") risultano appropriate e congrue (base d'asta 15.000 Euro) , specie in considerazione del fatto che l'unica variabile era sostanzialmente il "prezzo" (unicamente offerta in aumento per la collocazione dei distributori -corrispettivo per l'utilizzo degli spazi pubblici-), senza alcuna valutazione comparativa fra offerte tecniche e offerte economiche (ma solo confronto fra preventivi);

constatato che la stessa ANAC, coinvolta per l'espressione di un parere precontenzioso (su istanza della stessa D.), si è espressa per la legittimità della procedura prevista ed attuata dall'Amministrazione (cfr. parere del 26.9.2019 doc. 14), evidenziando che non si è verificata la violazione del principio di segretezza;

rilevato che, in questo peculiare contesto, l'invio tramite PEC non determinava la violazione di un principio di segretezza giuridicamente valutabile;

considerato che il "reinvito" del precedente concessionario (divenuto nuovamente aggiudicatario della concessione a seguito della procedura qui impugnata) era giustificato dalle particolari situazioni di mercato, connotato, in questo settore, da limitatezza degli operatori commerciali; dimostrata dal fatto che, nel caso in esame, sono state presentate solo 2 offerte (della ricorrente e della controinteressata); con conseguente inapplicabilità di principi di rotazione".

Il contratto è stato quindi stipulato, il 25.10.2019, per l'importo contrattuale di Euro 33.600.

Con successive memorie le parti hanno insistito per l'accoglimento delle rispettive tesi difensive, depositando, anche, documentazione attinente la situazione di mercato degli operatori nello specifico settore di erogazione automatica di prodotti alimentari.

All'udienza del 15.1.2020 la causa è stata trattenuta in decisione.

Motivi della decisione

Il thema decidendum attiene a una gara indetta dal Comune di Cagliari-Città Metropolitana nelle forme di affidamento di una "concessione" di spazi (e non per l'affidamento di contratto di lavori-forniture-servizi) tramite l'espletamento di una "procedura negoziata" con importo base di "rialzo" del "canone" di 15.000 Euro per il triennio.

Assumono rilievo (specie per il secondo motivo prospettato, in materia di asserita applicabilità e violazione del principio di rotazione) gli artt. 30 e 36 commi 2 lett. a) del Codice 50/2016.

A)In riferimento alla prima censura si evidenzia, preliminarmente, che la procedura per l'affidamento della "concessione" è stata espletata "in forma semplificata", analogamente alle gare lavori-forniture-servizi , art. 36 comma 2 lett. a del Codice appalti 50/2016, per gli affidamenti e stipula di contratti che contemplano corrispettivi (a carico dell'Amministrazione) inferiori a 40.000 Euro.

Nella specie l'Amministrazione ha svolto una gara "informale" con invito di 3 operatori del settore (tra i quali anche il precedente aggiudicatario I.).

La norma consente, sotto soglia, l' "affidamento diretto", nella specie:

"a) per affidamenti (di lavori, servizi e forniture) di importo inferiore a 40.000 Euro, mediante affidamento diretto anche senza previa consultazione di due o più operatori economici o per i lavori in amministrazione diretta".

L'Amministrazione ha invitato "n. 3 ditte dell'ambito regionale sulla base del capitolato descrittivo e prestazionale allegato, e, data l'informalità della procedura (sotto soglia) con sistema di offerte segrete da inoltrare via PEC sulla piattaforma di protocollo elettronico Folium in dotazione all'ente".

L'unica variabile dell'offerta, nel caso di specie, era sostanzialmente il "prezzo" :

con la peculiarità che il corrispettivo (attivo per l'Amministrazione) era concepito sotto forma di "canone di concessione" (in aumento) per l'utilizzo dello spazio pubblico (ove poter collocare i distributori all'interno dell'area della Biblioteca).

Per la modalità di presentazione delle offerte è stato previsto l'utilizzo di modalità e forme telematiche, via PEC (senza l'utilizzo di sistemi di "cifatura"), all'indirizzo pubblicaistruzione@pec.cittametropolitanacagliari.it.

Il concorrente doveva formulare il (solo) corrispettivo per l'uso dello spazio necessario.

L'Amministrazione non doveva, cioè, compiere alcuna "valutazione comparativa" delle proposte presentate, ma unicamente la verifica del miglior importo per l' "offerta del canone" (in aumento).

Sostanzialmente il criterio di aggiudicazione che era stato preventivamente individuato era costituito (solo) da quello della migliore offerta economica "al rialzo" sull'importo posto quale "canone base" di concessione.

In questo quadro di riferimento le modalità operative (offerte tramite PEC) previste per l'espletamento della gara "informale", con base d'asta 15.000 Euro, somma suscettibile di "solo aumento", risultano, a giudizio del Collegio, appropriate e congrue.

L' Amministrazione ha posto in evidenza in giudizio che "a garanzia di assoluta riservatezza va precisato che, secondo i parametri del sistema informatico in uso nell'Amministrazione resistente, sino al momento della protocollazione le PEC non sono in alcun modo visionabili. Ed, infatti, nel caso concreto esse non son state visionate da alcuno consentendo il doveroso rispetto della segretezza delle offerte."

Inoltre, la stessa ANAC, che è stata coinvolta proprio per l'espressione di un "parere precontenzioso" sul punto, in riferimento a questa gara (su istanza della stessa D.), ha affermato (cfr. parere del 26.9.2019, doc. 14) che la procedura prevista dall'Amministrazione è legittima, in quanto le modalità attuate non hanno determinato la violazione del "principio di segretezza".

Specificamente si ritiene che, nel caso di specie, dato il carattere informale della procedura, l'invio del preventivo tramite pec non appare porsi in violazione del principio di segretezza delle offerte economiche che, come noto, è posto a presidio dell'attuazione dei principi di trasparenza e par condicio dei concorrenti, a garanzia "del corretto, libero ed indipendente svolgimento del processo intellettuale - volitivo che si conclude con il giudizio sull'offerta tecnica ed in particolare con l'attribuzione dei punteggi ai singoli criteri attraverso cui quest'ultima viene valutata" (Cons. Stato n. 3287/2016).

E le Linee Guida n. 4 del 26.10.2016 recanti "Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici" (aggiornate con Delib. n. 636 del 10 luglio 2019) al 4 prevedono che "l'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importi inferiori a 40.000 Euro possa avvenire tramite l'affidamento diretto ed in tal caso si possa procedere tramite determina a contrarre o atto equivalente in modo semplificato, ai sensi dell'art. 32, comma 2, secondo periodo del Codice. Rappresentando, il confronto dei preventivi di spesa forniti da due o più operatori economici, una "best practice anche alla luce del principio di concorrenza".

Il carattere informale della procedura di affidamento diretto, posta in essere dalla Stazione Appaltante (e preceduta dalla richiesta di tre preventivi), non comportava valutazioni comparative fra offerte tecniche ma un semplice confronto fra le proposte economicamente migliorative attinenti l'importo per il "canone" d'uso, nell'ambito di un contratto "attivo", con previsione di somme "in entrata" per l'Amministrazione.

In questo peculiare contesto il previsto invio tramite PEC delle offerte risulta ammissibile e legittimo, non avendo tale formulazione inciso profili di tutela, giuridicamente rilevanti, in tema di mantenimento della segretezza delle offerte.

*

B) Con il secondo vizio parte ricorrente contesta il "reinvito" del precedente concessionario I., che è poi divenuto nuovamente aggiudicatario della "concessione" a seguito della procedura selettiva qui impugnata.

Parte ricorrente sostiene che la Società I. (nuova aggiudicataria) non avrebbe potuto essere invitata alla gara essendo stata, in precedenza, affidataria della medesima concessione.

Lamenta D. che non sarebbe stato rispettato dall'Amministrazione, in violazione dell'art. 36 Codice 50/2016, il "principio di rotazione", che dovrebbe garantire un sostanziale avvicendamento delle imprese invitate.

Il reinvito del medesimo operatore I. implicherebbe, secondo la tesi della ricorrente, la violazione della norma che lo contempla per le procedure negoziate sotto soglia comunitaria (art. 36 Codice 50/2016).

La censura non è condivisibile.

Innanzitutto va evidenziato che il "principio di rotazione" viene richiamato, specificamente, dal legislatore all' art. 36 comma 1 e comma 2, lettere b)-c)-c bis), del Codice 50/2016 non anche lett.a), nell'ambito di una disposizione dedicata agli affidamenti di (soli) "lavori - forniture - servizi".

Tale principio non viene, invece, richiamato dall'art. 30 dello stesso Codice, dedicato, tra gli altri, ai contratti di "concessione".

Infatti, l'art. 36 del Codice 50/2016, rubricato "Contratti sotto soglia", dispone:

*al comma primo "L'affidamento e l'esecuzione di LAVORI, SERVIZI E FORNITURE di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35 avvengono nel rispetto dei principi di cui agli articoli 30, comma 1, 34 e 42, nonché del rispetto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti e in modo da assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese. Le stazioni appaltanti possono, altresì, applicare le disposizioni di cui all'articolo 50";

*al secondo comma "Fermo restando quanto previsto dagli articoli 37 e 38 e salva la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie, le stazioni appaltanti procedono all'affidamento di LAVORI, SERVIZI E FORNITURE di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35, secondo le seguenti modalità:

a) per affidamenti di importo inferiore a 40.000 Euro, mediante AFFIDAMENTO DIRETTO ANCHE SENZA PREVIA CONSULTAZIONE DI DUE O PIÙ OPERATORI ECONOMICI o per i lavori in amministrazione diretta".

b) per affidamenti di importo pari o superiore a 40.000 Euro e inferiore a 150.000 Euro per i lavori, o alle soglie di cui all'articolo 35 per le forniture e i servizi, mediante affidamento diretto previa valutazione di tre preventivi, ove esistenti, per i lavori, e, per i servizi e le forniture, di almeno cinque operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti....;

c) per affidamenti di lavori di importo pari o superiore a 150.000 Euro e inferiore a 350.000 Euro, mediante la procedura negoziata di cui all'articolo 63 previa consultazione, ove esistenti, di almeno dieci operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici;

c-bis) per affidamenti di lavori di importo pari o superiore a 350.000 Euro e inferiore a 1.000.000 di Euro, mediante la procedura negoziata di cui all'articolo 63 previa consultazione, ove esistenti, di almeno quindici operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici;

d) per affidamenti di lavori di importo pari o superiore a 1.000.000 di Euro e fino alle soglie di cui all'articolo 35, mediante ricorso alle procedure di cui all'articolo 60, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 97, comma 8.

Ma la gara per la "concessione di spazi" , con previsione di un "corrispettivo-canone" (in favore dell'Amministrazione) non rientra nell'ambito delle richiamate norme che si riferiscono all'esecuzione di "lavori-forniture e servizi".

Assume rilievo, invece, in questa competizione informale, l'art. 30 del Codice 50/2016 "Principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e CONCESSIONI", che prevede, al 1 comma,:

" L'affidamento e l'esecuzione di appalti di opere, lavori, servizi, forniture e CONCESSIONI ai sensi del presente codice garantisce la qualità delle prestazioni e si svolge nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza. Nell'affidamento degli appalti e delle CONCESSIONI, le stazioni appaltanti rispettano, altresì, i principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché di pubblicità con le modalità indicate nel presente codice. Il principio di economicità può essere subordinato, nei limiti in cui è espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti nel bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e alla promozione dello sviluppo sostenibile, anche dal punto di vista energetico".

Da tale quadro normativo non può affermarsi, dunque, la sussistenza di un principio generale di rotazione per "tutti" i contratti (l'art. 36 lo riserva per i contratti aventi ad oggetto lavori-forniture-servizi) includendovi anche le (diverse) gare di affidamento di concessioni (nel caso in esame concessione di spazi), con corresponsione all'Amministrazione di un "canone" in entrata (inferiore alla soglia dei 40.000 Euro).

Il peculiare contratto (attivo) di concessione degli spazi necessari per la collocazione di distributori automatici non rientra nell'ambito d'azione diretto della disposizione dell'art. 36, in quanto la concessione è sottoposta all'applicazione dei soli generali principi di "libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché di pubblicità", con garanzia di "qualità delle prestazioni" nonché "nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza" (cfr. art. 30 comma 1).

Essenzialmente il principio di rotazione è peculiare per le procedure di gara cd. "negoziata" per l'affidamento di "lavori-servizi-forniture", sotto soglia, alle quali, solitamente, accedono un numero di partecipanti limitato ed inferiore rispetto alle gare "aperte".

In particolare il legislatore ha ritenuto di garantire un "avvicendamento" degli operatori economici aggiudicatari per evitare, preventivamente, l'aggiudicazione "reiterata" di contratti pubblici di lavori-servizi-forniture, in favore del medesimo operatore economico, nelle identificate soglie di contratti.

L'affidamento di lavori-servizi-forniture al medesimo operatore economico, in forza di ripetuti "inviti", è suscettibile di determinare la creazione di posizioni privilegiate, con il consolidamento di posizioni di rendita dell'operatore economico, che potrebbe vantare e conservare un rapporto "preferenziale" con la medesima stazione appaltante.

La normativa per i contratti di lavori-servizi-forniture sotto soglia (in particolare dai 40.000 Euro fino alla soglia massima, cfr. lett.b e seguenti dell'art. 36) vuole evitare che vi sia un persistente "reiterato aggiudicatario", operante in una quota di mercato ingiustamente favorita, con l'introduzione del principio di rotazione degli inviti.

Tale principio è applicabile negli appalti di lavori-servizi-forniture "sotto soglia" comunitaria, ove i potenziali partecipanti sono, per la maggior parte, piccole e medie imprese a carattere locale.

L'applicazione di questo principio tutela l'avvicendamento (in primo luogo negli inviti e, conseguentemente, nell'aggiudicazione) fra i diversi operatori economici aspiranti all'affidamento di contratti di lavori-servizi-forniture, nell'ambito di "procedure negoziate".

Ma va posto in evidenza il peculiare ambito oggettivo entro il quale il principio di rotazione è stato concepito come effettivamente "obbligatorio":

affidamento di contratti per "lavori-servizi-forniture" nella fascia 40.000 Euro-1.000.000 (cfr. lett. b-c-cbis dell'art. 36 del Codice 50/2016).

Ma per le concessioni la "selezione" della rosa di operatori da invitare non è subordinata al rispetto del principio di rotazione, previsione non richiamata dall'art. 30 (e neppure dalla lett. a dell'art. 36).

Nel caso in esame sono stati rispettati dalla stazione appaltante, nella gestione della gara, i principi previsti dall'art. 30 del Codice 50/2016.

Con l'espletamento di una selezione, tramite 3 inviti, riferita (solo) ad un importo-canone, inferiore a quello previsto dalla lett. a) dell'art. 36, norma che prevede (per contratti di lavori-servizi-forniture) l'"affidamento diretto anche senza previa consultazione di due o più operatori economici o per i lavori in amministrazione diretta".

Ed in riferimento a tali contratti (lavori-forniture-servizi) l'orientamento dell'ANAC, espresso in tema di "reinvito" al gestore uscente è quello di ammetterlo, a condizione che sia motivato dalla Stazione Appaltante "in considerazione della particolare struttura del mercato e della riscontrata assenza di alternative, tenuto altresì conto del grado di soddisfazione maturato a

conclusione del precedente rapporto contrattuale e della competitività del prezzo offerto rispetto alla media dei prezzi praticati nel settore di mercato di riferimento" (cfr. Linee guida n. 4 2016-2019 3.7)".

Ed il Dirigente dei servizi bibliotecari, con la Det. n. 89 del 25 settembre 2019, ha esplicitato che l'Amministrazione ha dato applicazione alle Linee guida ANAC n. 4 / 2017 invitando 3 ditte alla gara. Considerando che la lett. a) dell'art. 36 consente "affidamenti di lavori-forniture-servizi di importo inferiore a 40.000 Euro, mediante affidamento diretto anche senza previa consultazione di due o più operatori economici o per i lavori in amministrazione diretta".

Nel caso di specie l'invito è stato rivolto anche all'ultimo concessionario (I.I. Spa), in quanto tale società aveva garantito (sino al mese di giugno 2019) affidabilità e idoneità nell'esecuzione delle prestazioni tramite distributori automatici (servizio di erogazione di bevande e di snack), con soddisfazione del livello economico e qualitativo da parte di oltre 500 utenti giornalieri frequentatori della Biblioteca.

In tale specifico contesto fattuale-giuridico la pretesa "esclusione" dagli inviti della controinteressata nella gara di affidamento della concessione, in asserita applicazione del 'principio di rotazione', non trova adeguato supporto normativo.

In conclusione il ricorso va respinto.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e vengono quantificate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la ricorrente al pagamento, per onorari e spese di giudizio, di Euro 4.000 , oltre accessori di legge, in favore, per la metà, di ciascuna delle parti costituite (Città Metropolitana di Cagliari e controinteressata I.).

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

TAR CALABRIA, SEZ. REGGIO CALABRIA, SENTENZA N. 92 DEL 7 FEBBRAIO 2020.

L'EFFETTO LIMITATO DELLA MISURA INTERDITTIVA.

La questione trae origina dall'impugnazione di una Società che veniva esclusa da una procedura di gara per circostanze rientranti tra le condizioni di cui ai commi 2 e 3 dell'art. 80 del d.lgs. 50 del 2016.

In particolare, l'amministratore e socio unico della Società era riconducibile altra impresa colpita da un provvedimento interdittivo.

Il Collegio, ritenendo fondato il ricorso, ha affermato che la causa di esclusione di cui al comma 2 dell'art. 80 d.lgs 50 del 2016 presuppone che l'impresa concorrente o uno dei soggetti individuati nel successivo comma 3 siano diretti destinatari della misura interdittiva emessa dalla Prefettura competente.

Orbene, nel caso di specie tale condizione non si era realizzata in quanto l'amministratrice e socio unico della Società ricorrente non risultava essere destinataria di alcuna misura

interdittiva né rivestiva la qualifica di socia dell'impresa colpita dal provvedimento interdittivo.

Di seguito la sentenza in commento.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria
Sezione Staccata di Reggio Calabria
ha pronunciato la presente
SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 608 del 2019, proposto da
-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa
dall'avvocato Domenico Lupis, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

il Comune di Siderno, in persona del Sindaco pro tempore, non costituito in giudizio;
la Città Metropolitana di Reggio Calabria, in persona del legale rappresentante pro tempore,
rappresentata e difesa dall'avvocato Antonio Miceli, con domicilio digitale come da PEC da
Registri di Giustizia;

per l'annullamento

previa sospensione

del provvedimento di esclusione della ricorrente dalla procedura aperta indetta dalla Città
Metropolitana di Reggio Calabria, Stazione Unica Appaltante, per l'affidamento dei lavori di
demolizione e rifacimento della palestra della Scuola Media G. Pedullà del Comune di
Siderno;

del provvedimento a mezzo del quale sono state rese note le esclusioni e la griglia dei ribassi,
nella parte in cui dispone l'esclusione della Società odierna ricorrente;

del verbale di gara del 23.09.2019, il cui contenuto è sconosciuto, nella parte in cui è stata
disposta l'esclusione della Società ricorrente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Città Metropolitana di Reggio Calabria;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 febbraio 2020 la dott.ssa Agata Gabriella Caudullo
e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Svolgimento del processo - Motivi della decisione

1. Con ricorso ritualmente proposto la società ricorrente ha impugnato il provvedimento in epigrafe con cui la Stazione Unica Appaltante costituita presso la Città Metropolitana di Reggio Calabria, nella seduta pubblica del 23 settembre 2019, ha disposto la sua esclusione dalla gara indetta per l'affidamento dei lavori di "demolizione e rifacimento della Scuola Media G. Pedullà" di Siderno.

La Città Metropolitana - preso atto dell'annotazione nel casellario informatico dell'ANAC dell'esclusione della -OMISSIS- da altra gara "in quanto è stata accertata la sussistenza delle cause di esclusione di cui all'art. 80, comma 2 e 3, D.Lgs. n. 50 del 2016 e ss.mm. in capo al socio unico ed amministratore della società -OMISSIS-, posto che lo stesso era socio di maggioranza nella società -OMISSIS-, colpita dall'informativa interdittiva ex artt. 84 e 91 del D.Lgs. n. 159 del 2011 emessa dalla Prefettura di Reggio Calabria" - ha ritenuto nella specie "presenti le condizioni previste dal comma 2 dell'art. 80 del D.Lgs. n. 50 del 2016 e ss. in considerazione della sostanziale riconducibilità dell'amministratore e socio unico dell'attuale concorrente ad altra Impresa già colpita da provvedimento interdittivo".

1.1. Lamenta la società ricorrente la illegittimità del gravato provvedimento di esclusione sotto i profili della violazione di legge e dell'eccesso di potere.

Osserva in particolare che la signora -OMISSIS-, socio unico della -OMISSIS-, non è mai stata attinta da informazione interdittiva e che gli effetti della interdittiva emessa nei confronti della -OMISSIS- non possono essere estesi ad altro operatore economico se non previa adeguata istruttoria da parte dell'autorità prefettizia. Né l'ANAC né la Stazione appaltante possono sostituirsi al Prefetto con la conseguenza che, sulla base della mera iscrizione di una precedente esclusione da altra gara, la qui gravata esclusione non poteva essere disposta.

Con riferimento alla precedente esclusione osserva, altresì, di non averla impugnata solo per ragioni di convenienza economica.

2. Si è costituita la Città Metropolitana di Reggio Calabria eccependo, preliminarmente, l'inammissibilità del ricorso per omessa notifica alla -OMISSIS-, aggiudicataria dei lavori e per omessa impugnazione del provvedimento di aggiudicazione.

Nel merito, l'amministrazione provinciale ha chiesto il rigetto del ricorso rilevandone l'infondatezza atteso che la S.A. non ha reso un'informazione interdittiva, ma ha valutato le circostanze conosciute (annotazione Anac ed interdittiva della -OMISSIS-), ritenendo sussistenti le condizioni dell'art. 80 c. 2 e 3 del Codice, tenuto conto della sostanziale e non contestata riconducibilità delle due imprese suddette al medesimo socio.

3. Con ordinanza n. 253 dell'11 novembre 2019 il Collegio ha fissato per la discussione del ricorso nel merito l'udienza pubblica del 5 febbraio 2020, ai sensi dell'art. 120, comma 6, C.P.A..

4. All'udienza pubblica così fissata, in vista della quale le parti hanno depositato ulteriori scritti difensivi, la causa è stata trattenuta in decisione.

5. Deve essere, preliminarmente, disattesa l'eccezione di inammissibilità sollevata dall'amministrazione provinciale alla luce del consolidato indirizzo giurisprudenziale in base al quale "il ricorso avverso l'esclusione da una gara pubblica, proposto prima del provvedimento finale di aggiudicazione, non comporta in nessun caso, e cioè anche nell'ipotesi di un solo altro concorrente rimasto in gara, l'onere di notifica ad almeno uno dei controinteressati, sia perché in tale fase non sussiste un interesse protetto in capo agli altri concorrenti suscettibile di essere leso dall'eventuale accoglimento del ricorso, attesa la mera eventualità del conseguimento dell'aggiudicazione, sia perché comunque il loro interesse non emerge direttamente dal provvedimento impugnato" (cfr. tra le altre, T.A.R., Napoli, sez. II, 26/11/2018, n. 6784).

Nel caso in esame non risulta che la Stazione Appaltante abbia adottato alcun provvedimento di aggiudicazione risultando in atti solo una proposta di aggiudicazione, non autonomamente impugnabile, in favore di una società che, non essendo stata proclamata aggiudicataria, non assume la qualifica di controinteressata cui il ricorso avrebbe dovuto essere notificato a pena di inammissibilità.

6. Tanto premesso e passando al merito del ricorso, ritiene il Collegio che le doglianze di parte ricorrente non siano suscettibili di favorevole apprezzamento.

L'articolo 80 comma 2 del D.Lgs. n. 50 del 2016 prevede tra le cause di esclusione dalle procedure di gara "la sussistenza, con riferimento ai soggetti indicati al comma 3, di cause di decadenza, di sospensione o di divieto previste dall'*articolo 67 del D.Lgs. 6 settembre 2011, n. 159* o di un tentativo di infiltrazione mafiosa di cui all'*articolo 84, comma 4, del medesimo D.Lgs. n. 159 del 2011*".

Il richiamato comma 3, per quanto qui di interesse, stabilisce, altresì, che l'esclusione di cui al precedente comma 2 debba essere disposta se la misura interdittiva è stata emessa nei confronti "del titolare o del direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale; di un socio o del direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo; dei soci accomandatari o del direttore tecnico, se si tratta di società in accomandita semplice; dei membri del consiglio di amministrazione cui sia stata conferita la legale rappresentanza ivi compresi institori e procuratori generali, dei membri degli organi con poteri, di direzione o di vigilanza o dei soggetti muniti di poteri di rappresentanza, di direzione o di controllo, del direttore tecnico o del socio unico persona fisica, ovvero del socio di maggioranza in caso di società con un numero di soci pari o inferiore a quattro, se si tratta di altro tipo di società o consorzio".

La causa di esclusione di cui al comma 2 presuppone, pertanto, che l'impresa concorrente o uno dei soggetti di cui al successivo comma 3 siano destinatari di una misura interdittiva adottata dalla Prefettura territorialmente competente.

Nel caso in esame non è contestato che la -OMISSIS- non sia destinataria di alcuna misura interdittiva ed è parimenti non contestato che il suo legale rappresentante nonché socio unico è a sua volta legale rappresentante e socio di maggioranza di altra società, la -OMISSIS-, destinataria di un provvedimento interdittivo adottato dalla Prefettura di Reggio Calabria in data 6 dicembre 2016.

Affinché si integrino i presupposti di cui al combinato disposto dei commi 2 e 3 del richiamato *art. 80 del D.Lgs. n. 50 del 2016* tale circostanza non è, tuttavia, sufficiente.

Le disposizioni appena richiamate sono, invero, chiare nel prevedere che la causa escludente operi allorché i soggetti individuati dal comma 3 siano essi stessi direttamente destinatari di informativa interdittiva. Nel caso in esame, tuttavia, tale condizione non si è verificata in quanto la signora -OMISSIS-, amministratrice e socia unica della -OMISSIS-, non è destinataria di alcuna misura interdittiva. Né, peraltro, la -OMISSIS- è socia della -OMISSIS-

Non è condivisibile il rilievo secondo cui la riconducibilità delle due società allo stesso legale rappresentante renda doverosa da parte della stazione appaltante una valutazione negativa nei confronti della società che, pur non direttamente colpita dal provvedimento interdittivo, sia riferibile alle stesse persone fisiche.

Una simile lettura delle disposizioni assunte a fondamento della disposta esclusione della ricorrente dalla procedura di gara comporterebbe, invero, una inammissibile automatica estensione degli effetti della misura interdittiva adottata nei confronti di un operatore economico ai suoi soci ed amministratori ed alle diverse società di cui gli stessi risultassero essere, come nel caso di specie, amministratori e soci, in mancanza di un espresso provvedimento interdittivo adottato nei loro confronti dalla Prefettura territorialmente competente.

La valutazione circa la sussistenza in capo a tali diverse società del rischio di infiltrazione mafiosa rientra, invero, nella esclusiva competenza dell'autorità prefettizia cui la stazione appaltante non può evidentemente surrogarsi.

7. Non colgono nel segno neppure i rilievi sollevati dalla difesa della Città Metropolitana in merito al fatto che la -OMISSIS-, non avendo dichiarato l'esistenza dell'annotazione nel casellario informatico di una precedente esclusione, avrebbe dovuto comunque essere esclusa dalla procedura di gara ai sensi dell'art. 80 c. 5 lett. c-bis del D.Lgs. n. 50 del 2016 e del punto 15.5 c-bis) del bando di gara.

Trattandosi, invero, di una autonoma ed ulteriore giustificazione della decisione già assunta dall'amministrazione nel provvedimento impugnato, essa costituisce una inammissibile integrazione postuma della motivazione.

Sul punto, la giurisprudenza amministrativa è, infatti, pacifica nell'affermare che "È inammissibile l'integrazione postuma della motivazione di un atto amministrativo, realizzata nel corso del giudizio mediante gli scritti difensivi dell'Amministrazione resistente che specifichino elementi di fatto o presentino giustificazioni del provvedimento impugnato non evincibili nemmeno implicitamente dalla sua motivazione, ciò costituendo un'integrazione postuma effettuata in sede di giudizio, come tale non consentita in quanto non inserita nell'ambito di un procedimento amministrativo. La motivazione, infatti, deve precedere e non seguire il provvedimento amministrativo, a tutela del buon andamento della P.A. e dell'esigenza di delimitazione del controllo giudiziario" (Tar Lazio Roma, II quater, n. 8243/2017).

8. In ragione di quanto esposto il ricorso è, pertanto, fondato e deve essere accolto con il conseguente annullamento dei provvedimenti impugnati.

Le spese seguono la soccombenza e sono poste a carico dell'amministrazione resistente nella misura indicata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria, Sezione Staccata di Reggio Calabria, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati.

Condanna la Città Metropolitana di Reggio Calabria al pagamento, in favore della società ricorrente, delle spese di lite che liquida in Euro 2.000,00 oltre accessori se dovuti e refusione del contributo unificato ove versato.

Spese compensate nei confronti del Comune di Siderno.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'*articolo 52, commi 1 e 2, del D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196*, e dell'articolo 10 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare la società ricorrente ed ogni persona, fisica o giuridica, richiamata in motivazione.

TAR LOMBARDIA, SEZ. IV, SENTENZA N. 319 DEL 18 FEBBRAIO 2020.
SUI LIMITI DEL SINDACATO GIURISDIZIONALE SULLA VERIFICA DI
CONGRUITA' DELL'OFFERTA.

La questione sottoposta all'esame del TAR Lombardia ha ad oggetto il ricorso proposto dalla seconda classificata di una procedura di gara aperta per l'aggiudicazione dell'appalto triennale del servizio di raccolta, trasporto e smaltimento dei rifiuti urbani e assimilati, di pulizia delle strade comunali e gestione del centro di raccolta differenziata, che lamentava l'illegittimità dell'aggiudicazione per plurimi profili.

Precisamente, le censure concernevano la sostenibilità dell'offerta dell'aggiudicataria e le giustificazioni fornite dalla stessa in sede di verifica delle anomalie.

Il Collegio ha accolto il ricorso e ha annullato l'aggiudicazione. Inoltre, i giudici di prime cure hanno rilevato un ingiustificato aggiustamento delle diverse voci di costo richiamando l'orientamento secondo cui è ammissibile la modifica delle giustificazioni delle voci di costo esclusivamente nel rispetto delle giustificazioni già fornite.

Pertanto, il Collegio ha ritenuto di censurare le ingenti diminuzioni delle voci di costo che risultavano non motivate.

Di seguito la sentenza in commento.

REPUBBLICA ITALIANA
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 2053 del 2019, proposto da

A.A.A. S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Giorgio Lezzi e Federica Fischetti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso il loro studio, in Milano, corso di Porta Vittoria n. 9;

contro

Comune di Cantello, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv.ti Maria Cristina Colombo e Mattia Casati, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Provincia di Varese, in persona del Presidente pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Daniele Albertini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

E.S. S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv.ti Roberto Invernizzi e Nicola Seminara, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio del primo, in Milano, via Vincenzo Monti n. 41;

per l'annullamento, previa sospensione cautelare:

- della determina dirigenziale del Responsabile dell'Area Tecnico-Manutentiva del Comune di Cantello del 31.08.2019 n. 318, con la quale è stata disposta in favore della società E.S. S.r.l. l'aggiudicazione definitiva della procedura di gara per "Servizi di raccolta, trasporto e smaltimento di rifiuti solidi urbani, pulizia strade comunali e gestione del centro di raccolta differenziata (in conformità alle disposizioni del D.M. 13 febbraio 2014 C.A.M.) - CIG (...)" per un periodo di anni 3 a decorrere dal 1.11.2019 con possibilità di rinnovo per altri 2 anni e di ulteriore proroga tecnica di 1 anno per un importo contrattuale, al netto del ribasso offerto del 15,02%, di Eurouro 2.702.026,78= oltre oneri di sicurezza pari a Eurouro 6.529,16= per un totale di Eurouro 2.708.555,94 oltre a I.V.A.;
- della Comunicazione ID (...) sulla Procedura ID (...), trasmessa a mezzo pec in data 3/09/2019, con la quale è stata comunicata l'aggiudicazione dell'appalto assunta con determinazione dirigenziale n. 318 del 31/08/2019;
- del provvedimento - di estremi non noti - con il quale il RUP ha concluso positivamente il procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta di E.S. S.r.l.;
- della nota prot. (...) del 31/07/2019, con la quale il RUP ha comunicato alla S.U.A. Provincia di Varese l'esito positivo della verifica dell'anomalia dell'offerta della E.S. S.r.l., confermando la possibilità di procedere all'aggiudicazione del contratto di appalto;
- del verbale della riunione in data 11/07/2019 prot. n. (...), nel corso della quale si è svolto il contraddittorio tra il RUP e la E.S. S.r.l. nell'ambito del subprocedimento di verifica dell'anomalia, nonché delle note del RUP prot. n. (...) del 24.04.2019 e prot. n. (...) del 3/06/2019 di richiesta alla E.S. S.r.l. della documentazione giustificativa dell'offerta;
- di ogni altro atto presupposto, consequenziale e comunque connesso, ancorché non cognito; nonché

per il risarcimento in forma specifica del danno subito, con richiesta di subentro nel contratto nelle more eventualmente stipulato, previa declaratoria di inefficacia del medesimo, o - in subordine - per il risarcimento del danno per equivalente economico come determinato nel presente atto e/o ulteriormente quantificato in corso di causa o per la diversa somma ritenuta di giustizia, da liquidarsi anche in via equitativa.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Cantello, di E.S. S.r.l. e della Provincia di Varese;

Visti tutti gli atti e i documenti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 febbraio 2020 la dott.ssa Alessandra Tagliasacchi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Svolgimento del processo

1.1. La Provincia di Varese, quale Stazione Unica Appaltante, ha bandito, nell'interesse del Comune di Cantello la procedura aperta per l'aggiudicazione, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dell'appalto triennale del servizio di raccolta, trasporto e smaltimento dei rifiuti urbani e assimilati, di pulizia delle strade comunali e gestione del centro di raccolta differenziata.

1.2. All'esito della gara l'appalto è stato aggiudicato alla società E.S. S.r.l..

2. La società A.A.A. S.r.l., seconda classificata, ritenendo illegittima per plurimi profili l'aggiudicazione dell'appalto a favore della concorrente, la ha impugnata con il ricorso introduttivo del presente giudizio, chiedendone l'annullamento, previa sospensione cautelare dell'efficacia, oltre al risarcimento in forma specifica mediante declaratoria di inefficacia del contratto (ove medio tempore sottoscritto) e subentro nel servizio, ovvero, in subordine per equivalente monetario.

3.1. Si sono costituiti in giudizio sia il Comune di Cantello, sia la società E.S. S.r.l., entrambi dapprima con atto di mera forma e successivamente con memorie difensive, opponendosi tutti e due alle tesi avversarie e concludendo per la reiezione del ricorso.

3.2. Si è costituita in giudizio anche la Provincia di Varese, anch' essa con atto di stile, cui è seguita memoria conclusiva di replica ex articolo 73, comma 1, cod. proc. amm., in cui la stazione appaltante ha rappresentato di essersi limitata alla gestione telematica della gara (attività questa non oggetto di specifica censura da parte della ricorrente), mentre le funzioni di RUP sono state svolte da un funzionario del Comune di Cantello.

4. Il Tribunale, ritenuto, da un lato, che le questioni sottoposte al vaglio giurisdizionale, per la loro molteplicità e complessità non fossero suscettibili di un esame sommario, ma richiedessero gli approfondimenti propri della fase meritale, e, dall'altro lato, che fosse opportuno lasciare immutata la situazione di fatto fino alla decisione di merito, con ordinanza n. 1386/2019 ha sospeso interinalmente gli effetti della aggiudicazione.

5. Ricorrente, Comune e controinteressata hanno insistito sulle rispettive tesi con successivi scritti difensivi.

6. Alla pubblica udienza del 5 febbraio 2020 la causa è stata trattenuta in decisione.

Motivi della decisione

1. Viene in decisione la causa promossa dalla società A.A.A. S.r.l. (seconda classificata) avverso l'aggiudicazione a favore della società E.S. S.r.l. dell'appalto triennale del servizio di raccolta, trasporto e smaltimento dei rifiuti urbani e assimilati, di pulizia delle strade comunali e gestione del centro di raccolta differenziata per il Comune di Cantello.

2.1. Con il primo motivo di impugnazione parte ricorrente deduce i vizi di "Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 16, 17 e 21 del Disciplinare di gara e degli artt. 2 e 41 del CSA - Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 83, c. 9, e 97 D.Lgs. 12 aprile 2016, n. 50 - Violazione dei principi di par condicio tra i concorrenti, concorrenza, imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa - Violazione del principio di immodificabilità dell'offerta - Eccesso di potere per irragionevolezza e contraddittorietà, carenza di istruttoria e difetto di motivazione, errore sui presupposti di fatto e di diritto, ingiustizia manifesta, sviamento di potere".

Sostiene la società A.A.A. S.r.l. che la controinteressata avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per aver presentato un'offerta parziale e incompleta, non avendo tenuto conto nella propria offerta economica dei costi dell'attività di smaltimento, così come emergerebbe

dall'esame delle giustificazioni rese dall'aggiudicataria nel corso dell'articolato subprocedimento di verifica dell'anomalia.

2.2. Con il secondo motivo di impugnazione parte ricorrente deduce i vizi di "Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 21 e 22 del Disciplinare di gara- Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 59, c. 3, lett. c), 83, c. 9, e 97 D.Lgs. 12 aprile 2016, n. 50 - Violazione dei principi di par condicio tra i concorrenti, concorrenza, imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa -Eccesso di potere per irragionevolezza e contraddittorietà, carenza di istruttoria e difetto di motivazione, errore sui presupposti di fatto e di diritto, ingiustizia manifesta, sviamento di potere".

Sostiene la società A.A.A. S.r.l. che la controinteressata avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per aver svolto una inammissibile modifica dell'offerta attraverso lo stravolgimento delle giustificazioni dalla stessa fornite nel subprocedimento di verifica dell'anomalia. Evidenzia a tale fine la deducente che all'aggiudicataria è stato consentito presentare tre successive relazioni di giustificazioni, con rilevanti modifiche dell'entità di diverse voci di costo, modifiche niente affatto motivate.

2.3. Con il terzo motivo di impugnazione parte ricorrente deduce i vizi di "Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 21 e 22 del Disciplinare di gara- Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 59, c. 3, lett. c), 83, c. 9, e 97 D.Lgs. 12 aprile 2016, n. 50 - Violazione dei principi di immodificabilità dell'offerta, par condicio tra i concorrenti, trasparenza, imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa -Eccesso di potere per irragionevolezza e contraddittorietà, carenza di istruttoria e difetto di motivazione, errore sui presupposti di fatto e di diritto, ingiustizia manifesta, sviamento di potere".

Sostiene la società A.A.A. S.r.l. che la controinteressata avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per aver presentato un'offerta anomala o comunque per averla modificata nell'ambito del subprocedimento di verifica della congruità.

2.4. Con il quarto motivo di impugnazione parte ricorrente deduce i vizi di "Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 16, 17 e 21 del Disciplinare di gara e degli artt. 2, 4, 34, 41 e 41.N del CSA - Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 59, c. 3, lett. a) e 83, c. 9, D.Lgs. 12 aprile 2016, n. 50 - Violazione dei principi di par condicio tra i concorrenti, concorrenza, imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa - Eccesso di potere per illogicità manifesta, carenza di istruttoria e difetto di motivazione".

Sostiene la società A.A.A. S.r.l. che l'offerta della controinteressata dovesse essere esclusa dalla gara, perché non conforme alla lex specialis con specifico riferimento al servizio di campagna informativa, il cui valore -nel caso della società E.S. S.r.l. - non raggiungerebbe il 2% dell'intero valore promesso in gara, così come, invece, richiede espressamente l'articolo 41.N del Capitolato speciale d'appalto.

3. Prima di passare all'esame dei singoli motivi di impugnazione, il Collegio ritiene opportuno richiamare il consolidato orientamento giurisprudenziale per il quale il principio dispositivo, che pure consente al ricorrente di graduare l'ordine di priorità delle domande proposte al Giudice e all'interno di esse i motivi di impugnazione, non osta a che il Tribunale, in assenza di siffatta graduazione (come per l'appunto nel caso di specie), decida autonomamente l'ordine di trattazione delle singole questioni in ragione della loro natura e del rapporto logico-giuridico tra le medesime (cfr., ex plurimis, C.d.S., Sez. V, sentenza n. 1662/2014).

Per quanto riguarda il ricorso oggetto del presente giudizio, ragioni di ordine logico impongono di muovere dalla disamina del primo e del quarto motivo di impugnazione, che

vertono sulla asserita incompletezza o comunque non conformità alla disciplina di gara dell'offerta della società E.S. S.r.l., per poi, eventualmente, passare al secondo e al terzo motivo di impugnazione, che, attenendo alla successiva fase di verifica della congruità dell'offerta, presuppongono che l'offerta sia completa e sia conforme alla *lex specialis*.

4.1. Ebbene, il primo motivo di ricorso è infondato.

4.2. L'articolo 17 del Disciplinare di gara prevede che l'offerta economica contenga i seguenti elementi: "a) ribasso % offerto sull'Elenco prezzi predisposto dalla Stazione appaltante al netto di Iva e/o di altre imposte e contributi di legge, nonché degli oneri di sicurezza dovuti a rischi da interferenze. Verranno prese in considerazione fino a due cifre decimali. b) la PROPRIA stima dei costi aziendali relativi alla salute e alla sicurezza sui luoghi di lavoro di cui all'art. 95, comma 10 del Codice. Detti costi relativi alla sicurezza connessi con l'attività d'impresa dovranno risultare congrui rispetto all'entità e le caratteristiche delle prestazioni oggetto dell'appalto. c) la PROPRIA stima dei costi della manodopera, ai sensi dell'art. 95, comma 10 del Codice" (v. doc. 3 fascicolo del Comune). A tal fine è stato predisposto un modello che contiene, quali campi da compilare da parte del concorrente, quello del ribasso in percentuale sull'Elenco prezzo messo a gara, quello dei costi per la sicurezza aziendale, quello dei costi del personale, e quello dei costi per interferenze (v. doc. 12 fascicolo della ricorrente).

A sua volta l'Elenco prezzi contempla, tra le diverse prestazioni che devono essere rese dall'appaltatore, anche lo smaltimento, segnatamente dei Rifiuti urbani indifferenziati - frazione secca, dei Rifiuti ingombranti, dei Residui dalla pulizia delle strade, dei Rifiuti biodegradabili da cucine e mense - frazione umida, dei Rifiuti biodegradabili, dei Rifiuti in legno, dei Rifiuti inerti, dei Residui dalla pulizia delle caditoie (v. doc. 5 fascicolo del Comune).

4.3. Ora, risulta per tabulas (v. doc. 7 fascicolo del Comune) che la controinteressata nella formulazione della propria offerta si sia attenuta al modello predisposto dalla Stazione appaltante e abbia offerto il ribasso del 15,02% sull'Elenco prezzi posto a gara, e dunque anche sullo smaltimento. Il che conferma la tesi del Comune e di E.S. S.r.l. in ordine alla completezza dell'offerta dell'aggiudicataria.

Né a conclusioni diverse può giungersi per il fatto che i costi dello smaltimento non fossero stati esplicitati nelle prime giustificazioni rese dalla controinteressata nell'ambito del subprocedimento di verifica di congruità dell'offerta. Invero, la mancanza di giustificazioni dei costi di smaltimento incide sulla sostenibilità dell'offerta ma non sulla completezza della stessa. La società E.S. S.r.l. ha indubbiamente assunto l'obbligo negoziale di eseguire lo smaltimento, sicché sotto questo profilo la sua offerta è completa.

5. Parimenti infondato è il quarto motivo di impugnazione.

Va, infatti, considerato che il Capitolato Speciale d'Appalto (segnatamente, l'articolo 41.N) indica tra gli obblighi dell'impresa appaltatrice quello di "rendicontare annualmente le spese sostenute per le attività di comunicazione svolte in ottemperanza al presente articolo", con la specificazione che "in ragione dell'importanza che riveste tale attività, tali spese non potranno comunque essere inferiori al 2% (due percento) dell'importo complessivo offerto in gara".

Emerge, dunque, con chiarezza che l'attività di rendicontazione attiene alla fase esecutiva del contratto e che è in quella fase che avverrà la verifica del rispetto del suddetto limite inferiore di valore. Ne consegue che l'eventuale mancato rispetto della surriportata prescrizione non determina una non conformità dell'offerta alla legge di gara, bensì un inadempimento

dell'appaltatore, sanzionato, oltre che con i rimedi legali, anche con quello previsto dall'articolo 23, comma I, lettera bb, del medesimo CSA.

6.1.1. Residuano i motivi di impugnazione secondo e terzo, concernenti la sostenibilità dell'offerta dell'aggiudicataria e le giustificazioni dalla stessa fornite in sede di verifica dell'anomalia. I due motivi, per la loro stretta connessione, possono essere trattati congiuntamente.

6.1.2. Preliminarmente, il Collegio reputa opportuno precisare che è irrilevante la circostanza - a più riprese valorizzata dalla difesa di E.S. S.r.l. - che le offerte economiche della prima e della seconda classificata differiscano tra loro di poche migliaia di Euro.

Si tratta di una circostanza irrilevante per un duplice ordine di ragioni. Innanzitutto, va tenuto conto che oggetto di questo giudizio è l'aggiudicazione dell'appalto alla società E.S. S.r.l. e non la congruità dell'offerta della società A.A.A. S.r.l.. In secondo luogo, va considerato che è metodologicamente scorretto, ai fini della verifica di congruità, raffrontare tra loro le offerte in gara, perché differenti ne sono i contenuti e diversa può essere la capacità dell'impresa, in ragione sia della propria organizzazione aziendale, sia di rapporti contrattuali con fornitori, di rendere la prestazione a costi più contenuti (cfr., C.d.S., Sez. V, sentenza n. 2540/2018).

6.2. Fatta questa premessa, va osservato che dalla documentazione in atti risulta che la società E.S. S.r.l. ha presentato una prima relazione giustificativa dell'offerta in data 14.05.2019 (v. doc. 11 fascicolo del Comune), nella quale la tabella riepilogativa di sintesi del conto economico annuo contemplava le seguenti voci:

- costo del personale;
- costo esercizio mezzi;
- ammortamento attrezzature / mezzi;
- costi di esercizio ripetibili;
- campagna informativa;
- locazione immobili / ammortamenti;
- utenze;
- CCR spese funz. / manutenzione;
- varie / sorveglianza / software / pesa;
- costo annuo del servizio;
- spese generali / utile aziendale / oneri di sicurezza.

La relazione precisava anche che l'utile di impresa era pari al 10% del valore complessivo dell'appalto.

Risulta, altresì che, a fronte della richiesta del RUP di giustificare (tra gli altri) i costi dello smaltimento, la società E.S. S.r.l. ha presentato una seconda relazione giustificativa dell'offerta in data 14.06.2019 (v. docc. 12 e 13 fascicolo del Comune), nella quale ha precisato che i costi dello smaltimento, pur se non esplicitati, erano stati conteggiati, che essi ammontano a complessivi Euro 162.000,00, e che per una parte (esattamente Euro 72.650,00) sarebbero stati coperti dal ricavo della vendita dei rifiuti recuperabili.

Risulta, infine, che, all'esito dell'incontro tra stazione appaltante e società E.S. S.r.l. dell' 11 luglio 2019, nel corso del quale l'aggiudicataria è stata invitata a chiarire quali fossero i reali margini di ricavo attesi, è stata prodotta da parte della controinteressata, una terza relazione giustificativa con una nuova tabella riepilogativa di sintesi del conto economico annuo (v. docc. 14 e 15 fascicolo del Comune).

La nuova tabella riepilogativa ha visto l'introduzione di una nuova voce di costo (denominata "conferimenti"), la modifica della denominazione di una delle voci di costo (da "ammortamento attrezzature-mezzi" ad "ammortamento attrezzature"), e la diminuzione delle poste di 8 voci di costo sulle 11 originarie.

6.3. Ora, il Collegio conosce e condivide la giurisprudenza sui limiti del sindacato giudiziale sulla verifica di congruità dell'offerta (necessariamente limitato alle ipotesi di manifesta illogicità ed erroneità fattuale, giammai sostitutivo: cfr., ex plurimis, C.d.S. Sez. III, sentenza n. 2593/2019), e sulla natura globale e sintetica di tale giudizio, il quale non può concentrarsi in modo autonomo e parcellizzato su singole voci che compongono l'offerta medesima (cfr., C.d.S., Sez. V, sentenza n. 4050/2016), e in ordine alla sufficienza di un utile anche minimo per reputare l'offerta non anomala (cfr., C.d.S., Sez. III, sentenza n. 4025/2019).

Del pari, noto e condiviso è l'orientamento che "la modifica delle giustificazioni delle singole voci di costo, rispetto alle giustificazioni già fornite, come pure l'aggiustamento delle singole voci di costo, per sopravvenienze di fatto o normative ovvero al fine di porre rimedio a originari e comprovati errori di calcolo, sempre che resti ferma l'entità dell'offerta economica in ossequio alla regola della immodificabilità dell'offerta" (così, ex plurimis, C.d.S., Sez. V, sentenza n. 4400/2019; nello stesso senso, tra le tante, T.A.R. Toscana, Sez. III, sentenza n. 1485/2018).

D'altro canto, tuttavia, come anche questo Tribunale amministrativo ha avuto modo di spiegare (si vedano della Sezione I la sentenza n. 1140/2018, e della Sezione IV la sentenza n. 1774/2017), in sede di verifica dell'anomalia la modifica - in aumento o in diminuzione - delle singole voci di costo non può risolversi in una operazione di "finanza creativa" pur di mantenere inalterato l'importo finale (nello stesso senso si vedano, tra le tante, T.A.R. Piemonte, Sez. I, sentenza n. 390/2019; T.A.R. Lazio - Roma, Sez. II bis, sentenza n. 9927/2016).

6.4.1. Orbene, la documentazione in atti, di cui si è dato conto al punto 6.2. rende palese che nel caso di specie si è operato un ingiustificato aggiustamento delle diverse voci di costo, al solo fine di far quadrare i conti.

6.4.2. Innanzitutto, la prima relazione giustificativa non contempla quale voce di costo quella relativa all'attività di smaltimento dei rifiuti, che costituisce servizio standard dell'appalto. La società E.S. S.r.l., in sede procedimentale ha dichiarato che quel costo era comunque ricompreso nel quadro economico generale, senza tuttavia specificare all'interno di quale voce fosse stato conteggiato.

In corso di giudizio la difesa della controinteressata ha affermato che quel costo era stato inserito nella voce "ammortamento attrezzature - mezzi" (v. memoria di E.S. S.r.l. del 22.10.2019 pp. 14 e ss.). Sennonché si tratta di una tesi smentita dal dato documentale, posto che - per stessa ammissione dell'aggiudicataria - i costi dello smaltimento ammontano a Eurouro 162.000 all'anno e alla voce "ammortamento attrezzature - mezzi" era stata indicata la somma di Eurouro 125.389,29. E anche a voler considerare i ricavi dalla vendita di alcune categorie di rifiuti (quantificati in complessivi Eurouro 72.650,00 all'anno), la voce "ammortamento attrezzature - mezzi" resta comunque incapiente, posto che - sempre per stessa ammissione dell'aggiudicataria - dei 125.389,29 Eurouro ben 75.389,29 Eurouro annui sono per il costo dei materiali e delle attrezzature.

6.4.3. In secondo luogo, contrariamente a quanto continua a sostenere la controinteressata, la legge di gara impedisce all'appaltatore di lucrare dalla vendita di qualunque tipo di rifiuti

raccolti. Infatti, ai sensi dell'articolo 6 del Capitolato Speciale d'Appalto "Tutti i rifiuti raccolti nell'ambito dello svolgimento dei servizi oggetto del presente capitolato sono di esclusiva proprietà del Comune di Cantello", e non solo quelli (carte e cartone, plastica, vetro, lattine e materiale ferroso) il cui smaltimento, a norma dell'articolo 15 del CSA, costituisce ricavo per il Comune.

Nessun tipo di rifiuto può essere venduto dall'appaltatore nel proprio interesse.

Il che, per quanto visto al punto che precede, rende a maggior ragione ingiustificata l'attività di smaltimento dei rifiuti.

6.4.4. Infine, vi sono le modifiche dell'entità delle singole voci di costo.

E, diversamente da quanto sostiene la difesa della controinteressata, non si è trattato di piccoli aggiustamenti, bensì della diminuzione, tra la prima e la terza relazione giustificativa, di otto voci di costo su undici: diminuzione nell'ordine del 20, 30, 40 per cento e anche più fin quasi all'80% nel caso dell'ammortamento per attrezzature.

Ma quel che più rileva è che nessuna di queste modifiche è stata giustificata: per nessuna la società E.S. S.r.l. ha indicato le sopravvenienze giuridico-fattuali che hanno determinato la correzione della stima originaria.

Sicché, in assenza di una dimostrazione di sovrastima nella prima relazione giustificativa, deve necessariamente concludersi per una sottostima dei costi nella terza ed ultima relazione giustificativa, ovvero sia quella prodotta dopo che la stazione appaltante ha contestato all'aggiudicataria dapprima la mancata esplicitazione dei costi di smaltimento e poi l'impossibilità di tener conto dei ricavi dalla vendita dei rifiuti riciclabili.

6.4.5. L'unica voce di costo su cui, peraltro solo in sede processuale, la controinteressata spende parole è l'ammortamento dei mezzi impiegati nello svolgimento del servizio (nove e tutti di nuova immatricolazione): voce, per vero, sparita (per lo meno nominativamente) nell'ultima relazione. La terza relazione contempla, infatti, solamente la voce ammortamento delle attrezzature per un totale di Eurouro 26.062,00 a fronte di una stima iniziale di Eurouro 125.389,29 per attrezzature e mezzi e di Eurouro 75.389,29 per le sole attrezzature.

Ora, E.S. S.r.l. sostiene di poter abbattere l'ammortamento utilizzando quegli stessi mezzi per altri appalti nei Comuni limitrofi. Senonché, tale elemento non è stato portato all'esame della stazione appaltante, sicché non può ora costituire oggetto di esame da parte di questo Giudice, che non può esercitare poteri amministrativi, così come espressamente statuisce l'articolo 34, comma 2, cod. proc. amm. (cfr., C.d.S., Sez. V, sentenza n. 171/2019). In ogni caso, quand'anche così fosse, manca l'indicazione e la dimostrazione della quota parte da imputare al singolo contratto e nello specifico a quello per cui è causa.

6.5. Da ultimo va considerata la drastica riduzione dell'utile che la controinteressata si aspetta di ottenere dall'esecuzione del contratto, passato dal 10% del valore dell'appalto (v. doc. 11 fascicolo del Comune cit.), a Eurouro 19.599,47 (v. doc. 15 fascicolo del Comune cit.).

Orbene, a fronte di un utile così risicato, non in grado, come tale, di assorbire scostamenti, se non minimi, dei costi ipotizzati, e a fronte di una pluralità di costi sottostimati, il giudizio di congruità espresso dalla stazione appaltante risulta nella sua globalità macroscopicamente inattendibile.

7.1. In conclusione, il secondo e il terzo motivo di impugnazione sono fondati e per questo il ricorso viene accolto. Per l'effetto, è annullata l'aggiudicazione dell'appalto a favore della società E.S. S.r.l..

7.2. Non si fa, invece, luogo alla declaratoria di inefficacia del contratto, non risultando agli atti che vi sia stata la stipula, peraltro, inibita dall'incidente cautelare ai sensi dell'articolo 32, comma 11, D.Lgs. n. 50 del 2016.

Nemmeno si fa luogo all'aggiudicazione diretta dell'appalto alla società A.A.A. S.r.l., spettando alla stazione appaltante riattivare la procedura e adottare le determinazioni conseguenti all'avvenuto annullamento.

7.3. Le spese di giudizio sono compensate tra la società A.A.A. S.r.l. e la Provincia di Varese, i cui atti all'interno della procedura di gara non sono stati oggetto di specifica censura da parte della ricorrente.

Di contro, in applicazione del principio della soccombenza, il Comune di Cantello e la società E.S. S.r.l. sono condannati, in solido tra loro, a rifondere alla società A.A.A. S.r.l. le spese di giudizio, nella misura liquidata in dispositivo.

Al verificarsi dei presupposti di legge, il Comune di Cantello provvederà altresì a rimborsare alla società A.A.A. S.r.l. il contributo unificato effettivamente versato.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei termini di cui in motivazione e per l'effetto annulla gli atti impugnati.

Compensa le spese di giudizio tra la società A.A.A. S.r.l. e la Provincia di Varese.

Condanna il Comune di Cantello e la società E.S. S.r.l., in solido tra loro, a rifondere alla società A.A.A. S.r.l. le spese di giudizio, che liquida in complessivi Euro 4.000,00, oltre ad accessori di legge.

Al verificarsi dei presupposti di cui all'articolo 13, comma 6 bis.1, D.P.R. n. 115 del 2002, il Comune di Cantello provvederà altresì a rimborsare alla società A.A.A. S.r.l. il contributo unificato effettivamente versato.

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

TAR PIEMONTE, SEZ. I, SENTENZA N. 101 DEL 4 FEBBRAIO 2020.

TARI: LE DELIBERE TARIFFARIE DEVONO ESSERE MOTIVATE.

I provvedimenti che istituiscono e disciplinano la tariffa per la gestione dei rifiuti, pur avendo natura di atti generali, nella parte in cui costituiscono applicazione concreta anche delle disposizioni contenute nel d.P.R. 27 aprile 1999, n. 158, hanno un contenuto composito, in parte regolamentare ed in parte provvedimento (con particolare riferimento a quella parte in cui stabiliscono il costo del servizio e la determinazione della tariffa, le modalità di applicazione della tariffa, le agevolazioni e le riduzioni tariffarie, le modalità di riscossione della tariffa, i coefficienti per l'attribuzione della parte fissa e della parte variabile della tariffa), che non può intuitivamente sfuggire a qualsiasi forma di controllo e non può pertanto essere sottratto all'obbligo della motivazione, se non al costo di rinnegare i principi fondamentali di legalità, imparzialità e buon andamento i quali, ai sensi dell'articolo 97 della Costituzione, devono caratterizzare l'azione amministrativa (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 23

agosto 2019, n. 5792; id., 19 febbraio 2019, n. 1162; id., 2 febbraio 2012 n. 539; id., 1 agosto 2015, n. 3781).

Di seguito la sentenza in commento.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte
(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 530 del 2017, integrato da motivi aggiunti, proposto da

R. s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Giorgio Roderi, Simona Grillo, Erica Santantonio, Luigi Castello, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Luigi Castello in Torino, piazza Carlo Emanuele II, 13;

contro

Comune di Nizza Monferrato, non costituito in giudizio;

per l'annullamento

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

della Deliberazione del Consiglio Comunale 30 marzo 2017 n. 4, avente ad oggetto '

"Approvazione Piano Economico Finanziario e Tariffe TARI Anno 2017", affissa all'Albo pretorio il 7 aprile 2017;

e di ogni altro atto presupposto, preordinato e connesso, ancorché non noto;

per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da R. s.r.l. il 29/06/2019:

della Deliberazione del Consiglio Comunale 25 marzo 2019 n. 2, avente ad oggetto "Approvazione Piano Economico Finanziario e tariffe TARI anno 2019", pubblicata sull'albo pretorio dal 28 marzo 2019 al 12 aprile 2019;

e di ogni altro atto presupposto, preordinato e connesso, ancorché non noto;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 gennaio 2020 la dott.ssa Laura Patelli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Svolgimento del processo

1. Con il ricorso introduttivo, R. s.r.l., premesso di essere soggetto passivo del prelievo tributario in quanto titolare di ipermercati sul territorio e quindi utente del servizio pubblico di gestione dei rifiuti solidi urbani del Comune di Nizza Monferrato, ha impugnato la deliberazione del Consiglio Comunale 30 marzo 2017 n. 4, avente ad oggetto "Approvazione Piano Economico Finanziario e Tariffe TARI Anno 2017", deducendone l'illegittimità, poiché il Comune avrebbe maggiorato del 67,41% la TARI dovuta dagli ipermercati rispetto al 2016,

senza che questo trovi riscontro e sia giustificato da un corrispettivo aumento dei costi di servizio.

Tale elemento emergerebbe dal raffronto tra la delibera impugnata (doc. 1 della ricorrente), il cui allegato piano finanziario per il 2017 ha previsto una spesa complessiva di Euro 1.670.000,00, e quella di determinazione delle tariffe TARI per il 2016 (doc. 3 della ricorrente), il cui piano finanziario ha previsto una spesa complessiva di Euro 1.680.000,00.

2. Successivamente, con i motivi aggiunti depositati il 29 giugno 2019, la società ha impugnato anche la deliberazione del Consiglio Comunale 25 marzo 2019 n. 2, avente ad oggetto "Approvazione Piano Economico Finanziario e tariffe TARI anno 2019", deducendone l'illegittimità poiché avrebbe modificato la tariffa per gli ipermercati in maniera irragionevole, aumentando il coefficiente relativo alla parte fissa della Tariffa TARI e diminuendo quello relativo alla parte variabile: tale nuova diversa ripartizione delle componenti tariffarie sarebbe irragionevole poiché penalizzerebbe quanti, come la società ricorrente, producono rifiuti speciali e provvedono in proprio al relativo smaltimento e che, ai sensi dell'art. 1, comma 649, della L. n. 147 del 2013, hanno diritto ad accedere a riduzioni della quota variabile del tributo proporzionali alle quantità di rifiuti speciali assimilati che il produttore dimostra di aver avviato al riciclo, direttamente o tramite soggetti autorizzati.

3. Il Comune non si è costituito in giudizio.

4. All'udienza pubblica del 29 gennaio 2020 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

Motivi della decisione

1. Preliminarmente, in ordine all'ammissibilità e ricevibilità del ricorso introduttivo, deve essere evidenziato che il contraddittorio è stato correttamente instaurato, nonostante il Comune non si sia costituito. Sia il ricorso introduttivo, sia i motivi aggiunti - come emerge dalle cartoline di ricevimento depositate dal ricorrente - sono stati correttamente notificati al Comune di Nizza Monferrato a mezzo del servizio postale, non avendo il Comune medesimo adempiuto all'obbligo di comunicazione dell'indirizzo pec per la tenuta nei Registri istituiti presso il Ministero della Giustizia, come previsto dall'art. 16, comma 12 del D.L. n. 179 del 2012.

2. Nel merito, il ricorso introduttivo è articolato in vari motivi, con i quali si deducono:

(i) eccesso di potere per vizio del presupposto, poiché, a fronte della complessiva diminuzione del costo del servizio, l'amministrazione avrebbe deliberato irragionevolmente un aumento delle tariffe;

(ii) violazione del principio comunitario "Pay as you throw" di cui all'art. 15, lett. a) della Direttiva CE/2006/12, poiché, nella scelta di aumentare le tariffe solo per alcune categorie di utenza, l'amministrazione non avrebbe ricercato un'equa proporzione tra l'effettiva capacità di produzione dei rifiuti della singola utenza e il costo ad essa addebitato e poiché la scelta sarebbe in ogni caso immotivata;

(iii) difetto di motivazione;

(iv) difetto di adeguata istruttoria, nel senso che dalla delibera impugnata non sarebbe possibile individuare gli elementi (fattuali o giuridici) in base ai quali l'Amministrazione comunale sia pervenuta alla determinazione delle tariffe TARI;

(v) illogicità e ingiustizia manifesta per aver introdotto un regime privilegiato per alcune categorie di utenze non domestiche, ciò esulando dai poteri regolamentari in capo al Consiglio Comunale in fase di determinazione delle tariffe;

(vi) disparità di trattamento rispetto alla categoria di utenze domestiche, per le quali la tariffa sarebbe stata ridotta in assenza di criteri razionali.

3. I motivi predetti sono fondati nella parte in cui sono volti a censurare il difetto di istruttoria e di adeguata motivazione della delibera impugnata, in assenza delle quali non è possibile sindacare - nei limiti dell'eventuale manifesta irragionevolezza - le scelte compiute dall'amministrazione; in ragione di ciò, gli stessi possono essere analizzati congiuntamente.

3.1. Si deve premettere, in termini generali, che la L. n. 147 del 2013 (cd. Legge di stabilità per l'anno il 2014), istitutiva della TARI, al fine di determinare le tariffe, consente ai Comuni di determinare i coefficienti secondo le regole prefissate dal D.P.R. n. 27 aprile 1999, n. 158 (art. 1, c. 651) ovvero, alternativamente, di stabilire (in maniera autonoma) le tariffe per ogni categoria o sottocategoria omogenea, moltiplicando il costo del servizio per unità di superficie imponibile accertata, previsto per l'anno successivo, per uno o più coefficienti di produttività quantitativa e qualitativa di rifiuti determinati dallo stesso Comune.

Nel caso in esame, come risulta dall'art. 1 del Regolamento per l'applicazione del tributo comunale sui rifiuti (cfr. doc. 2 del ricorrente), il Comune di Nizza Monferrato ha determinato le tariffe in applicazione di quanto previsto dall'art. 1, c. 651, della citata L. n. 147 del 2013, ovvero sia sulla base delle disposizioni contenute nel D.P.R. n. 158 del 1999.

Quest'ultimo disciplina il "metodo normalizzato per la definizione delle componenti di costo da coprirsi con le entrate tariffarie e per la determinazione della tariffa di riferimento relativa alla gestione dei rifiuti urbani", ai sensi del quale la tariffa di riferimento è composta da una parte fissa, determinata in relazione alle componenti essenziali del costo del servizio - riferite agli investimenti per le opere e dai relativi ammortamenti - e da una parte variabile - rapportata alle quantità di rifiuti conferiti, al servizio fornito e all'entità dei costi di gestione - ed è articolata nelle fasce di utenza "domestica" e "non domestica".

Per le "utenze non domestiche", rilevanti nel caso di specie, l'importo dovuto a titolo di parte fissa, viene determinato, applicando un "coefficiente Kc" di "potenziale produzione" prestabilito tra un minimo ed un massimo, in relazione alle diverse tipologie di attività e alle aree geografiche suddivise tra nord, centro e sud (all. 1, punto 4.3 D.P.R. n. 158 del 1999).

L'importo dovuto a titolo di parte variabile è parimenti calcolato attraverso l'applicazione del coefficiente "Kd" di "produzione kg/q anno", anch'esso prestabilito tra un minimo ed un massimo, in relazione alle diverse tipologie di attività e alle aree geografiche (all. 1, punto 4.4.).

3.2. Va evidenziato che, nel caso di specie, a fronte della diminuzione del costo complessivo del servizio (da Euro 1.680.000,00 a Euro 1,670.000,00), il Comune ha aumentato, senza fornire motivazione né dare conto dell'eventuale istruttoria effettuata, la tariffa per la categoria delle utenze non domestiche degli ipermercati in misura più che sensibile (addirittura superiore al 50%).

Come dedotto dal ricorrente, la delibera impugnata non rende intelleggibili le ragioni per le quali si sia deciso un aumento dei costi del servizio per una determinata categoria di utenze.

In sostanza, non è possibile comprendere - in quanto non esplicitata - la motivazione alla base delle scelte compiute dall'amministrazione; non è noto, nemmeno, se sia stata compiuta adeguata istruttoria, diretta a verificare - per le diverse categorie di utenza - la relativa idoneità dei locali e delle aree tassati a produrre rifiuti o, comunque, per determinare i criteri sulla base dei quali disporre un aumento o una diminuzione dei coefficienti tariffari solo per talune categorie di utenze non domestiche: non è indicato, nel provvedimento impugnato, alcun dato

consuntivo o previsionale relativo ai costi del servizio, né è citato alcuno studio tecnico o alcuna indagine economica eventualmente compiuta.

3.3. In definitiva, il ricorso deve essere deciso alla luce del condivisibile principio, già affermato dalla giurisprudenza amministrativa, secondo cui "i provvedimenti che istituiscono e disciplinano la tariffa per la gestione dei rifiuti, pur avendo natura di atti generali, nella parte in cui costituiscono applicazione concreta anche delle disposizioni contenute nel D.P.R. 27 aprile 1999, n. 158, hanno un contenuto composito, in parte regolamentare ed in parte provvedimentale (con particolare riferimento a quella parte in cui stabiliscono il costo del servizio e la determinazione della tariffa, le modalità di applicazione della tariffa, le agevolazioni e le riduzioni tariffarie, le modalità di riscossione della tariffa, i coefficienti per l'attribuzione della parte fissa e della parte variabile della tariffa), che non può intuitivamente sfuggire a qualsiasi forma di controllo e non può pertanto essere sottratto all'obbligo della motivazione, se non al costo di rinnegare i principi fondamentali di legalità, imparzialità e buon andamento i quali, ai sensi dell'articolo 97 della Costituzione, devono caratterizzare l'azione amministrativa" (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 23 agosto 2019, n. 5792; id., 19 febbraio 2019, n. 1162; id., 2 febbraio 2012 n. 539; id., 1 agosto 2015, n. 3781).

3.4. Alla luce di quanto sopra, il ricorso introduttivo deve essere accolto limitatamente alle censure relative al difetto di motivazione e di istruttoria.

Non sono invece accoglibili le censure volte a contestare il merito delle scelte dell'amministrazione, poiché la carenza di motivazione della delibera impugnata non consente in concreto il sindacato di eventuale irragionevolezza della decisione, la quale, in astratto, resta ipoteticamente riconducibile all'alveo di esercizio discrezionale del potere.

4. Passando ora all'esame dei motivi aggiunti avverso la delibera di determinazione dei criteri della TARI per l'anno 2019, anch'essi sono fondati, limitatamente ai dedotti vizi di difetto di istruttoria e di motivazione.

Contesta la ricorrente l'irragionevole modifica della tariffa per gli ipermercati, poiché attraverso l'aumento del coefficiente relativo alla parte fissa della tariffa e la diminuzione di quello della parte variabile, sarebbero stati penalizzati quanti, come la società ricorrente, producono rifiuti speciali e provvedono in proprio al relativo smaltimento, con ciò vedendo così diminuita anche la riduzione a cui hanno diritto - sulla quota variabile di tariffa - per il riciclo dei rifiuti speciali ai sensi dell'art. 1, comma 649, della L. n. 147 del 2013.

Analogamente a quanto osservato per il ricorso introduttivo, in assenza di motivazione della decisione, non è immediatamente apprezzabile - in termini assoluti - un'irragionevolezza della decisione compiuta, bensì è fondata, per le ragioni già sopra richiamate, la censura con cui si deducono difetto di istruttoria e di motivazione.

Manca infatti nella delibera impugnata qualsiasi giustificazione relativa alla modifica delle tariffe per le utenze non domestiche in questione, a fronte di un'oggettiva penalizzazione degli ipermercati con riferimento all'incentivo previsto (riduzione della quota tariffaria nella componente variabile) per il caso di smaltimento in proprio dei rifiuti speciali.

Proprio al fine di verificare il proporzionato, ragionevole e adeguato uso della discrezionalità tecnica di cui gode il Comune nella determinazione delle tariffe, così come nell'introdurre riduzioni ed esenzioni e nel modificare le stesse (anche indirettamente, come nel caso di specie), è necessario che la decisione dell'amministrazione sia assistita da un minimo supporto motivazione tale da rendere intellegibili le scelte compiute e la ragionevolezza della graduazione operata.

5. Da quanto sopra, consegue l'annullamento delle delibere impugnate, fatta salva la facoltà dell'amministrazione di adottare una nuova disciplina, nel rispetto dell'onere motivazionale e di istruttoria di cui alla presente sentenza.

6. Le spese del presente giudizio devono essere compensate integralmente tra le parti, in ragione della complessità tecnica delle questioni dedotte.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li accoglie, nei limiti di cui in motivazione e, per l'effetto:

- annulla la delibera del Consiglio Comunale di Nizza Monferrato 30 marzo 2017 n. 4;
- annulla la delibera del Consiglio Comunale di Nizza Monferrato 25 marzo 2019 n. 2;
- compensa tra le parti le spese di giudizio.

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

TAR LOMARDIA, SEZ. II, SENTENZA N. 240 DEL 3 FEBBRAIO 2020.
ASMEL NON E' CONSIDERATA CENTRALE DI COMMITTENZA.

Nel solco dell'azione promossa da ANACAP diretta ad escludere la qualità di centrale di committenza di ASMEL, anche il TAR Milano, con la pronuncia in commento, ha accolto il ricorso proposto dall'Anac con il quale si richiedeva il ritiro di un bando di gara pubblicato dall'Asmel ritenendolo illegittimo.

Asmel è un consorzio che racchiude migliaia di Comuni ma, nonostante la sua natura, non è corretto considerarlo una centrale di committenza ed è dello stesso parere il Collegio di Milano.

In particolare, si ritiene che Asmel non appartenga alla categoria degli organismi di diritto pubblico non possedendo cumulativamente tutti i requisiti elencati tassativamente all'articolo 3, comma 1, lettera d), del D.lgs. 50 del 2016.

Di seguito la sentenza in commento.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2031 del 2019, proposto da

A.N.A.C. - Autorita' Nazionale Anticorruzione, in persona del Presidente pro tempore, rappresentata e difesa per legge dall'Avvocatura dello Stato, domiciliata ex lege presso gli uffici dell'Avvocatura distrettuale dello Stato di Milano, ubicati in Milano, via Freguglia, 1;

contro

- A. - Associazione per la Sussidiarietà e la Modernizzazione degli Enti locali, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuliano Berruti e Marco A. Monaco, con domicilio eletto presso l'avvocato Marco A. Monaco, con studio ubicato in Milano, via Agnello, n. 12;
 - A.C. s.c. a r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;
 - Comune di Olgiate Olona, in persona del Sindaco pro tempore, non costituito in giudizio;
- per l'annullamento
- del bando di gara pubblicato sulla Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana n. 9 del 7 agosto 2019 e sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea n. S-151 del 7 agosto 2019 avente ad oggetto "Procedura Aperta per l'affidamento di una o più Convenzioni Quadro, della durata di 18 mesi, e ulteriori successivi 18 mesi in opzione, ai sensi dell'articolo 60 del D.Lgs. n. 50 del 2016, interamente telematica ai sensi dell'articolo 58 del D.Lgs. n. 50 del 2016 con aggiudicazione secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'articolo 95, comma 2, del D.Lgs. n. 50 del 2016 per la fornitura di apparecchi per illuminazione pubblica equipaggiati con sorgente a led, sistemi di sostegno degli apparecchi a led, dispositivi per il telecontrollo/telegestione e accessori smart city per gli Enti associati A.. CIG: (...)"
 - di "tutti gli altri documenti di gara e, in particolare, del disciplinare di gara, del capitolato tecnico, dello schema di convenzione quadro e di ogni altro atto presupposto, connesso, collegato, conseguente e/o attuativo".

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di A. - Associazione per la Sussidiarietà e la Modernizzazione degli Enti locali;

Visti i decreti monocratici n. 1277/2019 e n. 1370/2019;

Vista l'ordinanza collegiale n. 2182/2019 della Sezione;

Vista l'ordinanza cautelare n. 1446/2019 della Sezione;

Visti tutti gli atti di causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 10 gennaio 2020 il dott. Lorenzo Cordi' e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Svolgimento del processo - Motivi della decisione

1. L'Autorità nazionale anticorruzione (nel prosieguo indicata anche come "l'Autorità" o come "A.N.A.C." o, in ultimo, come "la ricorrente") propone ricorso ex articolo 211, comma 1-bis e comma 1-ter, del D. Lgs. 18 aprile 2016 n. 50, chiedendo l'annullamento: a) del bando di gara pubblicato sulla Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana n. 9 del 7 agosto 2019 e sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea n. S-151 del 7 agosto 2019 avente ad oggetto "Procedura Aperta per l'affidamento di una o più Convenzioni Quadro, della durata di 18 mesi, e ulteriori successivi 18 mesi in opzione, ai sensi dell'articolo 60 del D.Lgs. n. 50 del 2016, interamente telematica ai sensi dell'articolo 58 del D.Lgs. n. 50 del 2016 con aggiudicazione secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'articolo 95, comma 2, del D.Lgs. n. 50 del 2016 per la fornitura di apparecchi per illuminazione pubblica equipaggiati con sorgente a led, sistemi di sostegno degli apparecchi

a led, dispositivi per il telecontrollo/telegestione e accessori smart city per gli Enti associati A.. CIG: (...); b) di "tutti gli altri documenti di gara e, in particolare, del disciplinare di gara, del capitolato tecnico, dello schema di convenzione quadro e di ogni altro atto presupposto, connesso, collegato, conseguente e/o attuativo".

2. In punto di fatto, l'Autorità nazionale anticorruzione deduce di riscontrare gravi violazioni alle previsioni del Codice dei contratti pubblici in relazione alla procedura indicata sub 1. Le segnala ad A. s.c. a r.l. con parere motivato del 23 agosto 2019 (documento n. 7 delle produzioni di A.N.A.C.), con il quale assegna, inoltre, il termine di cinque giorni dalla ricezione per conformarvisi (nota di trasmissione del 23 agosto 2019 prot. n. (...); documento n. 8 delle produzioni di A.N.A.C.). L'invito di A.N.A.C. rimane senza riscontro e, per questo, l'Autorità adisce l'intestato Tribunale per sentire annullare gli atti indicati in epigrafe.

3. L'Autorità articola quattro motivi di ricorso.

3.1. Con il primo motivo (rubricato: "Difetto di qualificazione della stazione appaltante - Violazione degli artt. 3 e 97 Cost., violazione e falsa applicazione degli artt. 3, 5, 17, 37,38,39, 42 e 213 comma 16 del D.Lgs. n. 50 del 2016, incompetenza, arbitrarietà, violazione della L. n. 136 del 2010, del D.P.C.M. 30 giugno 2011 e 11 novembre 2014, violazione del D.L. n. 66 del 2014, convertito in L. n. 89 del 2014, violazione della riserva della titolarità e dell'esercizio del potere amministrativo in capo alle pp.aa. ed ai soggetti ad esse equiparati dall'ordinamento giuridico"), l'Autorità censura i provvedimenti impugnati evidenziando come: a) non sia chiaro "nel bando di gara quali siano i ruoli, le funzioni e i compiti attribuiti ad A. Associazione e ad A.C. e tale circostanza costituisce essa stessa una grave violazione delle norme del codice dei contratti pubblici, e in particolare dell'art. 71 del D.Lgs. n. 50 del 2016, che, attraverso il richiamato all'allegato XIV, lett. c, impone che nei bandi di gara siano indicati chiaramente il nome e il tipo di amministrazione aggiudicatrice e se questa è una centrale di committenza" (foglio 6 del ricorso introduttivo); b) sia A. Associazione che A.C. non posseggano i requisiti per bandire una gara per la stipula di convenzioni quadro per l'acquisizione di forniture a favore di pubbliche amministrazioni.

3.2. Con il secondo motivo (rubricato: "Violazione dell'art. 41, comma 2-bis, del D.Lgs. n. 50 del 2016 e dell'art. 23 della Costituzione. Violazione e falsa applicazione dell'art. 59, comma 3, d. lgs. n. 50/2016"), l'Autorità lamenta la contrarietà alle previsioni di cui all'articolo 23 della Costituzione e all'articolo 41, comma 2-bis, del D.Lgs. n. 50 del 2016 del punto 3.2.5 del disciplinare di gara che impone di corredare l'offerta di un atto unilaterale d'obbligo con il quale i concorrenti si impegnano "a versare ad A. - Associazione per la Sussidiarietà e la Modernizzazione degli Enti Locali, prima della stipula della convenzione quadro, il corrispettivo di Euro 80.000,00 (ottantamila/00) oltre IVA, indipendentemente dal plafond assegnato". Obbligazione che costituisce elemento essenziale dell'offerta.

3.3. Con il terzo motivo di ricorso (rubricato: "Violazione dei principi di concorrenza, della par condicio dei potenziali partecipanti alla gara, di ragionevolezza e di tutti i principi richiamati dall'art. 1 del D.Lgs. n. 50 del 2016. Violazione e falsa applicazione dell'art.83, comma 1, lett. b) e c), 4 e 5, del D.Lgs. n. 50 del 2016. Violazione dell'art.1, comma 1, lett. r) e z) della L. n. 11 del 2016 e dell'art.58 della Direttiva 2014/24/UE. Illogicità ed incongruità manifeste"), A.N.A.C. deduce la mancanza di chiarezza delle clausole di cui ai punti 3.2.2 e 3.2.3 del bando che attribuirebbero alla stazione appaltante un'eccessiva discrezionalità nella selezione dell'aggiudicatario.

3.4. Con il quarto motivo (rubricato: "Violazione dei principi di concorrenza, del favor participationis, della par condicio dei potenziali partecipanti alla gara, di ragionevolezza e di tutti i principi richiamati dall'art. 1 del D.Lgs. n. 50 del 2016; violazione e falsa applicazione dell'art. 79, comma 1, del D.Lgs. n. 50 del 2016; illogicità e incongruità manifeste sotto altro diverso profilo"), A.N.A.C. lamenta l'eccessiva ristrettezza del termine di presentazione delle offerte che impedirebbe agli operatori la formulazione di un'offerta adeguata e consapevole anche tenuto conto dell'elevato valore della gara.

4. A.N.A.C. chiede la concessione di misure cautelari monocratiche al fine di evitare il "consolidamento di posizioni pregiudizievoli - e potenzialmente irreversibili - per le pubbliche amministrazioni e per l'intero sistema degli appalti pubblici". Istanza respinta con D.P. n. 1277 del 2019 nel quale si evidenzia che, "alla luce della prossima celebrazione dell'udienza camerale nella quale la Sezione si pronuncerà sull'istanza cautelare ordinaria, le circostanze addotte inducono ad escludere che nel breve periodo di tempo residuo possano prodursi effetti irreversibilmente pregiudizievoli per l'interesse azionato".

5. In data 7 ottobre 2019 si costituisce in giudizio A. - Associazione per la Sussidiarietà e la Modernizzazione degli Enti Locali chiedendo di dichiarare il ricorso inammissibile o, comunque, infondato. In data 11 ottobre 2019 la parte resistente deposita articolata memoria difensiva con la quale eccepisce, in primo luogo, l'inammissibilità del ricorso per difetto dei presupposti di cui all'articolo 211 del D.Lgs. n. 50 del 2016, come interpretato dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato. A. associazione deduce, inoltre, la carenza di *fumus boni iuris* e l'insussistenza dei presupposti per la concessione della misura cautelare richiesta dall'Autorità.

6. All'esito dell'udienza in camera di consiglio del 15 ottobre 2019 la Sezione adotta l'ordinanza collegiale n. 2182/2019 con la quale dispone incumbenti istruttori. In particolare, la Sezione evidenzia come l'Associazione A. eccepisca l'inammissibilità del ricorso per mancanza di una condizione dell'azione costituita dall'omessa produzione in giudizio della delibera motivata del Consiglio dell'Autorità che decide l'esercizio del potere di ricorso ex articolo 211, commi 1-bis e 1-ter, del D.Lgs. n. 50 del 2016. La Sezione, preso atto del deposito, in data 14 ottobre 2019, di un estratto del verbale n. 23 del 4 settembre 2019 e di un estratto del verbale n. 24 del 18 settembre 2019, dichiara la produzione documentale (ritenuta tardiva dall'Associazione resistente) ammissibile trattandosi di documenti: a) versati in giudizio a seguito dell'eccezione formulata dalla parte resistente e, come tali, conseguenza dello svolgimento dialettico del processo; b) afferenti, in ogni caso, alla capacità processuale della parte e, come tali, non soggetti a preclusioni processuali. La Sezione dispone, inoltre, il deposito "di copia integrale delle delibere autorizzative del potere (salvo l'oscuramento con appositi omissis delle sole parti che risultino coperte per legge da segreto)", ritenendo l'acquisizione di tali documenti necessaria al fine di verificare la sussistenza dei presupposti per la legittimazione straordinaria ed eccezionale assegnata ad A.N.A.C., stante le argomentazioni espone dal Consiglio di Stato (Commissione speciale del 4 aprile 2018) nel parere n. 1119/2018 del 26 aprile 2018.

7. In adempimento dell'incombente istruttorio disposto dalla Sezione, l'Autorità deposita in giudizio: a) copia del verbale n. 23 del 4 settembre 2019, corredato della relazione dell'Ufficio piano di vigilanza e vigilanze speciali, del parere del Presidente A.N.A.C. e di una relazione integrativa dell'Ufficio piano di vigilanza e vigilanze speciali; b) copia del verbale n. 24 del 18 settembre 2019, corredato di un "appunto per il Consiglio" e della bozza del ricorso giurisdizionale.

7.1. Con ordinanza n. 1446/2019 la Sezione accoglie la domanda cautelare formulata da A.N.A.C. evidenziando, in primo luogo, come la documentazione prodotta in giudizio provi la sussistenza della capacità processuale della ricorrente all'esercizio di un atto espressivo della legittimazione straordinaria ed eccezionale conferita e supportato (anche per relationem agli ulteriori documenti acclusi ai verbali) da un idoneo impianto motivazionale, come richiesto dal parere della Commissione speciale del Consiglio di Stato richiamato al punto 6 della presente sentenza.

7.2. La Sezione ritiene, inoltre, sussistente il fumus boni iuris in relazione al primo motivo di ricorso evidenziando che: a) "la gara in esame non è riconducibile al disposto normativo di cui all'articolo 3, comma 1, lettera cccc), n. 1, del D.Lgs. n. 50 del 2016 che indica tra gli strumenti d'acquisto le Convenzioni quadro di cui all'articolo 26 della L. 23 dicembre 1999, n. 488, stipulate, ai sensi della normativa vigente, da CONSIP S.p.A. e dai soggetti aggregatori, non essendo né A. Associazione né A.C. iscritte nell'elenco istituito ai sensi dell'articolo 9 del D.L. 24 aprile 2014, n. 66, convertito in L. 23 giugno 2014, n. 89"; b) l'Associazione A. non è riconducibile al novero delle amministrazioni aggiudicatrici che la previsione di cui all'articolo 3, comma 1, lettera a), del D.Lgs. n. 50 del 2016 indica nelle amministrazioni dello Stato, negli enti pubblici territoriali, negli altri enti pubblici non economici, negli organismi di diritto pubblico, nelle associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da detti soggetti, e, di conseguenza, deve ritenersi precluso lo svolgimento del ruolo di centrale di committenza come definita dalla previsione di cui all'articolo 3, comma 1, lettera i) del D.Lgs. n. 50 del 2016; c) pur volendo ipotizzare la conferibilità di tale funzione, non sarebbe asseribile in concreto la possibilità di svolgimento del ruolo di centrale di committenza stante il mancato rispetto della procedura ad evidenza pubblica necessaria in tale ipotesi.

7.3. La Sezione ritiene, inoltre, provvisto di adeguato fumus boni iuris il secondo motivo di ricorso richiamando recente giurisprudenza sulla questione (T.A.R. per la Puglia - sede di Lecce, sez. III, ordinanza 29 maggio 2019, n. 328; T.A.R. per la Puglia - sede di Lecce, sez. III, 31 ottobre 2019, n. 1664, relativa alla medesima controversia).

7.4. In ultimo, la Sezione ritiene sussistente il pregiudizio grave ed irreparabile che A.N.A.C. individua nel rischio di "consolidamento di posizioni pregiudizievoli - e potenzialmente irreversibili - per le pubbliche amministrazioni e per l'intero sistema degli appalti pubblici".

8. In vista dell'udienza pubblica del 10 gennaio 2020 le parti depositano documenti e memorie difensive. All'udienza pubblica del 10 gennaio 2020 la causa è trattenuta in decisione dopo la discussione dei difensori delle parti.

9. Preliminarmente il Collegio ritiene necessario ribadire la completezza della documentazione prodotta da A.N.A.C. in adempimento dell'incombente istruttorio assegnato all'Autorità con ordinanza n. 2182/2019 della Sezione e la conseguente ricorrenza dei presupposti previsti per l'esercizio del potere di impugnazione ex articolo 211, comma 1-bis e 1-ter, del D.Lgs. n. 50 del 2016.

9.1. Sul punto si evidenzia come le previsioni normative contenute nell'alveo del disposto legale appena citato conferiscano ad A.N.A.C. una legittimazione straordinaria ed eccezionale in ragione della funzione (vigilanza e controllo sugli appalti pubblici) che le è assegnata dalla Legge (Consiglio di Stato, Commissione speciale del 4 aprile 2018, parere n. 1119/2018 del 26 aprile 2018). La previsione di cui all'articolo 211, comma 1-quater, del D.Lgs. n. 50 del 2016 onera la stessa A.N.A.C. di individuare con proprio regolamento "i casi o le tipologie di

provvedimenti in relazione ai quali esercita i poteri di cui ai commi 1-bis e 1-ter". Il Consiglio di Stato ritiene che "ogni qualvolta l'Autorità, nel rispetto delle previsioni di legge e di regolamento, eserciterà in concreto quei poteri di azione eccezionalmente attribuiti dovrà concretamente motivare la relativa decisione" (Consiglio di Stato, Commissione speciale del 4 aprile 2018, parere n. 1119/2018 del 26 aprile 2018). Pertanto, dall'impianto argomentativo del parere del Consiglio di Stato emerge come la motivazione espressa dal Consiglio dell'A.N.A.C. costituisca un requisito necessario dell'autorizzazione all'esercizio del potere. Nella prospettiva del Consiglio di Stato, la delibera autorizzativa risulta necessaria al fine di comprendere compiutamente la ragioni a sostegno dell'atto espressivo della legittimazione straordinaria ed eccezionale conferita all'Autorità. Simile delibera assume, quindi, precipua rilevanza processuale e, per tale ragioni, non è assimilabile alla deliberazione dell'organo statale competente a promuovere la lite che attiene, invece, al rapporto interno tra l'Amministrazione e l'Avvocatura dello Stato (cfr., ex multis, Cassazione civile, sez. III, 26 luglio 1997, n. 7011, Cassazione civile, Sezioni unite, 28 ottobre 1995, n. 11296).

9.2. Nel caso di specie, l'Autorità provvede a depositare in giudizio: a) copia del verbale n. 23 del 4 settembre 2019, corredato della relazione dell'Ufficio piano di vigilanza e vigilanze speciali, del parere del Presidente A.N.A.C. e di una relazione integrativa dell'Ufficio piano di vigilanza e vigilanze speciali; b) copia del verbale n. 24 del 18 settembre 2019, corredato di un "appunto per il Consiglio" e della bozza del ricorso giurisdizionale. Tale documentazione prova la sussistenza della capacità processuale di A.N.A.C. all'esercizio di un atto espressivo della legittimazione straordinaria ed eccezionale conferita all'Autorità e supportato (anche per relationem agli ulteriori documenti acclusi ai verbali) da un idoneo impianto motivazionale, come richiesto dal parere della Commissione speciale del Consiglio di Stato. Infatti, dalla documentazione in esame si evincono le ragioni fattuali a sostegno dell'intervento di A.N.A.C. e sono, altresì, indicati i presupposti giuridici su cui si fonda l'azione che verranno esaminati analiticamente nell'ambito della trattazione dei singoli motivi di ricorso.

10. Entrando in medias res, occorre procedere ad esaminare il primo motivo di ricorso con il quale l'Autorità deduce, in sostanza, la non legittimazione di A. Associazione e di A.C. ad esplicitare il ruolo di centrale di committenza.

11. Il motivo è ammissibile e fondato.

11.1. In primo luogo, il Collegio non condivide l'eccezione di inammissibilità formulata dalla difesa di A. Associazione e ribadita nel corso della discussione finale. Come spiegato nell'ordinanza cautelare n. 1446/2019, la censura di A.N.A.C. va ricondotta nell'alveo di cui all'articolo 211, comma 1-bis, D.Lgs. n. 50 del 2016 e di cui all'articolo 3, comma 2, lettera e) del Regolamento A.N.A.C. (allegato 1 di parte ricorrente). Tale disposizione consente all'Autorità di esercitare il potere di impugnazione conferito dalla previsione primaria nel caso di contratti di rilevante impatto, intesi, ex aliis, come quelli aventi ad oggetto lavori di importo pari o superiore a 15 milioni di Euro ovvero servizi e/o forniture di importo pari o superiore a 25 milioni di Euro. La procedura di gara all'attenzione del Collegio è volta all'affidamento di una o più convenzioni quadro, della durata di 18 mesi, e ulteriori successivi 18 mesi in opzione, per la fornitura di apparecchi per illuminazione pubblica equipaggiati con sorgente a led, sistemi di sostegno degli apparecchi a led, dispositivi per il telecontrollo/telegestione e accessori "smart city" per gli Enti locali associati ad A.. Il valore dell'appalto è pari ad Euro 831.320.954,55, oltre I.V.A. Di conseguenza, pare evidente la rilevanza della gara e la

conseguente legittimazione dell'Autorità ad investire il Giudice amministrativo della verifica di legittimità dell'operato di A. associazione e di A.C..

12. Nel merito, le doglianze di A.N.A.C. sono fondate e non superate dalla documentazione prodotta in giudizio e dalle argomentazioni svolte da A. Associazione negli scritti difensivi finali.

13. In primo luogo, si O. come la gara in esame non risulti, in parte qua, conforme alla previsione di cui all'articolo 3, comma 1, lettera cccc), n. 1, del D.Lgs. n. 50 del 2016 che indica tra gli strumenti d'acquisto le Convenzioni quadro di cui all'articolo 26 della Legge 23 dicembre 1999, n. 488, stipulate, ai sensi della normativa vigente, da Consip s.p.a. e dai soggetti aggregatori, non essendo né A. Associazione né A.C. iscritte nell'elenco istituito ai sensi dell'articolo 9 del D.L. 24 aprile 2014, n. 66, convertito in L. 23 giugno 2014, n. 89. Lo conferma la stessa memoria difensiva dell'11 ottobre 2019 di A. Associazione che, al foglio 17 della suddetta memoria, spiega il rimando al nomen iuris "convenzione quadro" come non diretto a richiamare "il portato normativo che si riferisce alle prerogative di Consip S.p.A. ed ai soggetti aggregatori", ritenendosi, comunque, legittimata all'indizione della gara in quanto amministrazione aggiudicatrice. Un rilievo che, invero, non coglie nel segno dovendosi verificare, alla luce degli elementi della gara, se A. Associazione ed A.C. siano legittimate ad agire quali centrali di committenza per simili procedure di affidamento. Quesito che riceve risposta negativa ove si consideri che la procedura ha ad oggetto, come correttamente dedotto dall'Autorità, proprio l'affidamento di convenzioni quadro con le quali le imprese prescelte si impegnano ad accettare ordinativi di fornitura alle condizioni previste. Affidamento che presenta, quindi, le caratteristiche strutturali e tipologiche delle convenzioni di cui all'articolo 26, comma 1, della L. 23 dicembre 1999, n. 488. Anche nel caso di specie, si è dinanzi, infatti, ad un pactum de modo contrahendi, ossia ad un contratto "normativo" dal quale non scaturiscono effetti reali o obbligatori, ma la cui efficacia consiste nel "vincolare" la successiva manifestazione di volontà contrattuale delle stesse parti (cfr., per simile configurazione dell'accordo quadro, Corte dei Conti per la Campania, Sez. Contr., deliberazione 6 giugno 2018, n. 77; v., inoltre, il parere di A.N.A.C. n. 213/2013; cfr., nella giurisprudenza della Sezione, T.A.R. per la Lombardia - sede di Milano, Sez. II, 24 gennaio 2020, n. 174). Non sussiste, quindi, la legittimazione di A. Associazione o A.C. all'espletamento delle funzioni di centrale di committenza per l'affidamento di convenzioni quadro.

14. Pur volendo aderire alla prospettiva di parte resistente (che, come spiegato, svuota di sostanziale contenuto il richiamo al nomen iuris "convenzione quadro"), non risultano, in ogni caso, condivisibili le argomentazioni A. Associazione al fine di sostenere la propria natura di organismo di diritto pubblico e, quindi, la riconducibilità al novero delle Amministrazioni aggiudicatrici che la previsione di cui all'articolo 3, comma 1, lettera a), del D.Lgs. n. 50 del 2016 indica nelle Amministrazioni dello Stato, negli enti pubblici territoriali, negli altri enti pubblici non economici, negli organismi di diritto pubblico, nelle associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da detti soggetti.

14.1. O. il Collegio come A. Associazione costituisca un'associazione non riconosciuta costituita ai sensi dell'articolo 36 c.c. con scrittura privata autenticata del 2 maggio 2010 dal Consorzio A., da A.C. a r.l., da A.C. Soc. C. a r.l. e dall'Associazione nazionale dei piccoli Comuni d'Italia. Di tale associazione fanno parte, oltre all'Associazione nazionale dei piccoli Comuni e ai Comuni che vengono ammessi ai sensi dell'articolo 3, comma 1, dello Statuto (allegato 10 delle produzioni di A.N.A.C.), una serie di soggetti formalmente privati tra cui,

originariamente, il Consorzio A. a cui partecipano, per una quota pari al 30 per cento, due società private (la S.S. s.r.l. e A. s.r.l.).

14.2. La presenza di soggetti privati è messa in rilievo dall'ordinanza cautelare n. 1446/2019 che nota come la resistente non offra "alcuna ulteriore evidenza per provare l'assunto della partecipazione pubblica totalitaria degli ulteriori soggetti formalmente privati che compongono l'associazione sia come soci fondatori che come soci ordinari (atteso che, nell'elenco allegato alla produzione documentale di parte resistente, compaiono cinque società a responsabilità limitata e quattro società per azioni)".

14.3. In ragione di tale rilievo A. associazione deduce nella fase di merito ulteriori circostanze, depositando, altresì, documenti che offrirebbero la prova della presenza pubblica totalitaria. Il riferimento è, in primo luogo, alla partecipazione del Consorzio A.. Difatti, A. Associazione deposita: a) il recesso del Consorzio A. dall'associazione A., con relativa certificazione di conformità all'originale sottoscritta in forma notarile (documento n. 12 di parte resistente); b) la delibera dell'associazione A. che prende atto ed accoglie il suddetto recesso (documento n. 13 di parte resistente); c) l'elenco degli associati ad A., estratto dal libro associati, unitamente alle quote sottoscritte e versate da ogni ente, con relativa autentica notarile da cui si evincerebbe il sopravvenuto venir meno del Consorzio A. dalla compagine associativa (documento n. 14 di parte resistente). In secondo luogo, A.C. produce in giudizio l'elencazione degli associati non rientranti tra gli enti locali (documento 15 di parte resistente), nonché l'insieme di visure camerali e degli statuti dei soggetti formalmente privati (documenti nn. 22 e 23 di parte resistente) che comproverebbero la partecipazione pubblica totalitaria.

14.4. Dalla documentazione depositata in giudizio A. Associazione ritiene provati i presupposti per potersi configurare come organismo di diritto pubblico e, quindi, come Amministrazione aggiudicatrice. O.A. Associazione: a) di essere partecipata da soggetti esclusivamente pubblici (fogli (...) e (...) della memoria conclusiva); b) di avere, in ogni caso, soggettività giuridica pur essendo un'associazione non riconosciuta, dovendosi intendere il requisito secondo le indicazioni del diritto dell'Unione europea (fogli (...)-(...)); c) di possedere il requisito dell'influenza pubblica dominante da desumere in ragione della ricorrenza del finanziamento pubblico maggioritario ("con particolare riguardo al fatto che il Fondo patrimoniale dell'associazione è costituito esclusivamente dalle quote associative da parte degli enti all'atto dell'ammissione e dalle quote associative annuali a carico dei soci per il raggiungimento dell'economicità di gestione e che nessun privato concorre al finanziamento della stessa"; foglio (...) della memoria difensiva finale) e dall'attribuzione alla "mano pubblica" dell'individuazione della totalità dei componenti del Consiglio nazionale, "organo a cui compete l'amministrazione ordinaria e straordinaria dell'Associazione, nominato dall'Assemblea degli associati" (foglio (...) della memoria difensiva finale); d) di possedere il requisito c.d. teleologico stante l'attività esercitata. In quanto organismo di diritto pubblico A. Associazione si ritiene legittimata a svolgere il ruolo di centrale di committenza per l'insieme degli enti locali associati.

15. Ritiene il Collegio che le deduzioni di A. impongano un preliminare constatazione sull'attuale struttura dell'associazione. Non si tratta, infatti, di una semplice unione o associazione di enti locali ma di una struttura "ibrida" che contiene in sé una serie di enti locali, un'associazione di Comuni e, in ultimo, una serie di soggetti formalmente privati ma con partecipazione pubblica totalitaria. Ed è proprio in considerazione di questa peculiare struttura che A. ritiene di poter agire quale centrale di committenza, non in quanto soggetto associativo di enti locali ma in quanto ex se un organismo pubblico che, in tale prospettiva,

potrebbe assolvere le funzioni delle centrali di committenza. Non si tratta, inoltre, di un soggetto che intende qualificarsi come organismo di diritto pubblico per sottoporre le proprie attività alle regole pubblicistiche ma per rivendicare il ruolo di player nel mercato degli affidamenti pubblici da svolgere per conto di altre amministrazioni.

16. Tale situazione impone un'analitica disamina della nozione di organismo di diritto pubblico. Figura che costituisce la principale espressione dell'approccio sostanziale e funzionale di matrice europea ove la soggettività pubblica risulta predicabile se e nella misura in cui sia svolta un'attività tipicamente amministrativa. E' da tale intuizione eidetica che germina, del resto, l'idea di una pubblica Amministrazione "a geometrie variabili" ove la forma giuridica diviene un dato irrilevante potendosi ipotizzare l'attribuzione di soggettività e poteri pubblicistici in relazione alle attività espletate. Tale impostazione trova fondamento nel diritto dell'Unione europea e, in particolare, nel c.d. principio dell'effetto utile (articolo 4, 3, del Trattato sull'Unione europea), in forza del quale la qualificazione non assume rilievo ex se ma è strumentale al fine della sottoposizione dell'ente ad una specifica disciplina, allo scopo di perseguire un determinato risultato e di rispondere alle specifiche esigenze tutelate dalla disciplina stessa. Precipitato di quanto espresso è il principio della neutralità delle forme (cfr. articolo 106 T.F.U.E.) che sancisce la tendenziale irrilevanza ai fini classificatori della forma assunta, dovendosi aver riguardo ad indici di pubblicità dai quali sia possibile desumere la sostanziale natura pubblicistica dell'ente. Fenomeno, invero, non inedito nell'ordinamento italiano ove, nel tempo, si intersecano percorsi volti a ricondurre nell'alveo dei pubblici poteri soggetti formalmente privati (cfr., ad esempio, Consiglio di Stato, Sez. IV, 19 gennaio 1938, n. 33, e Cassazione civile, Sezioni unite, 7 marzo 1940, n. 18) ma che, certamente, acquisisce nuovo vigore nel policromo mosaico giuridico che si compone con il diritto dell'Unione europea.

16.1. In particolare, la figura dell'organismo di diritto pubblico sorge come strumento di estensione delle regole sovranazionali dettate in materia di appalti e mira a superare i limiti applicativi altrimenti derivanti da un approccio meramente formale stante anche la pluralità di soggetti di varia natura operanti negli ordinamenti dei singoli Stati membri. Percorso non immediato né agevole, segnato dai numerosi interventi normativi che investono la materia, riferibili solo in modo cursorio nell'ambito della presente trattazione. Incentrando la disamina sulle principali tappe di simile evoluzione si nota come la prima Direttiva (71/305/CEE), pur individuando la necessità di eliminare le specifiche restrizioni presenti negli ordinamenti nazionali e di armonizzare le varie normative interne, contiene un elenco tassativo di persone giuridiche pubbliche destinatarie, come tali, delle regole sull'evidenza pubblica. Soluzione che non consente, tuttavia, l'applicazione di tali regole a soggetti formalmente privati anche se segnati da evidenti connotazioni pubblicistiche. Si perviene, quindi, ad un nuovo approccio nelle direttive di seconda e terza generazione e nelle discipline dettate in relazione ai settori originariamente esclusi dalle politiche di coordinamento (Cfr.: la Direttiva C.E.E. 22 marzo 1988, n. 88/255 che modifica la Direttiva 77/62 sugli appalti pubblici di forniture; la Direttiva C.E.E. 18 luglio 1989, n. 89/440, che modifica la Direttiva n. 71/305 sugli appalti pubblici di lavori; cfr., inoltre: l'articolo 1, lettera b), della Direttiva C.E.E. 14 giugno 1993, n. 93/37 sulle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori; l'articolo 1, lettera b), della Direttiva C.E.E. 18 giugno 1992, n. 92/50 sulle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi; l'articolo 1, lettera b), della Direttiva C.E.E. 14 giugno 1993, n. 93/36, sulle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture; cfr., ancora, il Libro verde sugli appalti pubblici nell'Unione europea, adottato dalla Commissione il 27 novembre

1996. Vedi, inoltre: Direttiva C.E.E. 17 settembre 1990, n. 90/531, sostituita dalla Direttiva C.E.E. 14 giugno 1993, n. 93/38, sulle procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti fornitori di servizi di trasporto o operanti nel settore delle telecomunicazioni, acqua, energia, trasporti, telecomunicazioni; Direttiva C.E.E. 21 dicembre 1989, n. 89/665; Direttiva C.E.E. 25 febbraio 1992, n. 92/13, sulle procedure di ricorso). Mutuando spunti provenienti anche dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia (C.G.U.E., 20 settembre 1988, in C-31/87; C.G.U.E., 24 novembre 1982, in C-249/81; C.G.U.E., 6 ottobre 1981, in C-246/80), il legislatore europeo introduce la nozione di organismo di diritto pubblico che viene confermata anche nelle successive direttive in tema di appalti (V.: articolo 1 della Direttiva C.E.E. 18 luglio 1989, n. 89/440; articolo 1 della Direttiva C.E.E. 14 giugno 1993, n. 93/36; articolo 1 della Direttiva C.E.E. 14 giugno 1993, n. 93/37; articolo 1 della Direttiva C.E.E. 18 giugno 1992, n. 92/50; articolo 2 della Direttiva C.E. 3 marzo 2004, n. 2004/17).

16.2. I tratti essenziali della figura sono da ultimo confermati nelle direttive del 2014 e mutate dall'ordinamento interno. E' il caso della previsione di cui all'articolo 3, comma 1, lettera d), del D.Lgs. n. 50 del 2016 che definisce l'organismo di diritto pubblico come "qualsiasi organismo, anche in forma societaria, il cui elenco non tassativo è contenuto nell'allegato IV: 1) istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale; 2) dotato di personalità giuridica; 3) la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico".

16.3. Come chiarito da costante giurisprudenza sia interna che eurounitaria, "i suddetti requisiti devono intendersi come cumulativi e di conseguenza la mancanza anche di uno solo di essi porta ad escludere lo status di organismo di diritto pubblico e alla disapplicazione della normativa comunitaria sugli appalti pubblici" (Cassazione, sezioni unite, 28 marzo 2019, n. 8673; Consiglio di Stato, Sez. V, 30 gennaio 2013, n. 570; Consiglio di Stato, sez. VI, 27 dicembre 2011, n. 6835; Consiglio di Stato, sez. V, 12 dicembre 2018, n. 7031; nella giurisprudenza della C.G.U.E. si veda, ex multis, la nota sentenza del 15 gennaio 1998, in C-44/96, relativa al caso "Mannesman"). Inoltre, "l'interpretazione di tali requisiti deve essere svolta adottando un approccio di tipo funzionale che consenta di perseguire gli obiettivi di non discriminazione e tutela della concorrenza che la disciplina degli appalti pubblici si pone di perseguire" (Corte di Giustizia 10 novembre 1998, in C-360/96; Id., 15 gennaio 1998, in C-44/96, Id., 5 ottobre 2017, in C-567/15).

16.4. La ricostruzione sin qui compiuta consegna un primo dato che appare di peculiare rilievo nella vicenda di A. Associazione. La figura dell'organismo di diritto pubblico e, in generale, l'approccio funzionalistico e teleologico del diritto dell'Unione mira ad evitare di sottrarre spazi di applicazione alla normativa che potrebbero comportare la sostanziale vanificazione degli obiettivi di non discriminazione e tutela della concorrenza su cui si basa il sistema delle procedure ad evidenza pubblica, e non mira, invece, ad effettuare il mero conferimento di funzioni e prerogative tipiche della pubblica amministrazione. In altri termini, l'invocazione della figura serve ad imputare allo specifico soggetto così qualificato il complesso delle regole pubblicistiche per l'attività propria che lo stesso svolge ma non anche ad edificare in capo allo stesso poteri amministrativi da esercitare per conto di altri soggetti pubblici (in difetto, come

nel caso di specie, degli altri strumenti di conferimento di simili poteri). Infatti, nel caso di specie, A. associazione non invoca la figura ritenendo che a sé si applichi la regolazione pubblicistica, giacché si tratta di regole che trovano piuttosto applicazione per gli associati di A. e, in particolare, per i soggetti pubblici che potranno avvalersi della fornitura assicurata dalla gara. Soggetti per i quali già opera il diritto dell'Unione europea che non conquista, quindi, nuovi spazi applicativi in ragione di quel principio dell'effetto utile nell'applicazione del diritto dell'Unione invocato in apertura delle presenti notazioni ma diviene, sostanzialmente, il viatico per l'attribuzione ad un soggetto formalmente privato di una funzione pubblica esercitata in modo surrogatorio rispetto a quanto i singoli enti associati potrebbero già fare. Si assiste, in tal modo, ad una forma di autopoiesi della funzione amministrativa (per mutuare una formula di attenta dottrina) finalizzata non al raggiungimento degli scopi propri del diritto dell'Unione (che troverebbero realizzazione ove si trattasse di procedure di gara volte al soddisfacimento di esigenze proprie di A.) ma all'attribuzione di prerogative pubbliche. Situazione che mette in discussione il principio che autorevole dottrina configura come condizionante ontologicamente l'esistenza stessa del diritto amministrativo. Il riferimento è a quel principio di legalità che governa non soltanto l'azione amministrativa ma prima ancora l'individuazione delle strutture cui tale potere risulta conferito

16.5. Le considerazioni espone smentiscono, inoltre, le considerazioni che A. Associazione formula in relazione al requisito della personalità giuridica che sarebbe rinvenibile anche in capo ad un'associazione non riconosciuta. A. cita, a sostegno della tesi, una nota del Presidente A.N.A.C. ove si afferma testualmente: "l'interpretazione in senso ampio della nozione comunitaria di personalità giuridica, tale da comprendere ogni forma di soggettività giuridica disciplinata negli ordinamenti europei, risulta quella davvero comunitariamente orientata, in quanto più conforme ai principi comunitari di non discriminazione, di neutralità delle forme e dell'effetto utile. Al contrario, un'interpretazione restrittiva del requisito comporterebbe un'indebita restrizione dell'ambito di applicazione soggettiva della normativa comunitaria, in contrasto con i chiari obiettivi perseguiti dal legislatore comunitario". Ma, invero, proprio una simile prospettiva smentisce la tesi di A.. Difatti, non si tratta di ipotizzare in astratto la delineabilità della figura in relazione ad un'associazione non riconosciuta quanto di verificare se tale qualificazione sia davvero strumentale alla realizzazione dei principi di non discriminazione e del c.d. effetto utile. Situazione che, nel caso di specie, non si realizza in quanto la dedotta estensione del concetto di personalità giuridica è, come detto, strumentale al conferimento di funzioni pubblicistiche e non ad estendere l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione. Inoltre, deve considerarsi che, come evidenziato dalla dottrina, la ratio del riferimento alla personalità giuridica riposa nella necessità di ricomprendere, nell'ambito delle amministrazioni aggiudicatrici, entità che, attraverso l'autonoma personalità, risultano formalmente separate, giuridicamente distinte dalle amministrazioni tradizionali, quindi, meno agevolmente riconducibili ad esse, sia pur intese in un'accezione estensiva. In sostanza, il presupposto della personalità giuridica mira ad evitare possibili ostacoli applicativi del diritto dell'Unione maggiormente rinvenibili in relazione a soggetti formalmente distinti perché muniti della personalità giuridica. La previsione va, quindi, intesa come volta a consentire l'operatività di simile diritto pur se i soggetti (formalmente privati ma sostanzialmente pubblici) abbiano una loro personalità giuridica. Il punto centrale è, quindi, ancora una volta il dato sostanziale relativo alla necessità di consentire spazi di penetrazione

al diritto dell'Unione altrimenti preclusi. Un'esigenza che, nel caso di specie, non sussiste per le ragioni già ampiamente spiegate.

16.6. Ulteriori conferme a quanto sin qui esposto si rinvencono procedendo nella disamina degli ulteriori requisiti dell'organismo di diritto pubblico. Disamina che, in base alle premesse teoriche tracciate, deve svolgersi con specifico riferimento alla situazione concreta e alle finalità per le quali si ipotizza simile qualificazione. Come già spiegato, la nozione "funzionale e cangiante" (Consiglio di Stato, Sez. VI, 26 maggio 2015 n. 2660) di pubblica Amministrazione si traduce nella constatazione secondo cui uno stesso soggetto può avere la natura di ente pubblico (o, in generale, di soggetto pubblico) a certi fini e rispetto a certi istituti, e può, invece, averne un'altra ad altri fini, conservando rispetto ad altri istituti regimi normativi di natura privatistica. La componente teleologica risulta, quindi, fondamentale per verificare se la qualificazione sia davvero strumentale all'applicazione del diritto dell'Unione o, al contrario, sia il grimaldello per conferire funzioni pubbliche riservate in ambiti in cui una simile esigenza non si riscontri.

16.7. Come anticipato in precedenza, A. Associazione ritiene di possedere il requisito dell'influenza pubblica dominante da desumere in ragione della ricorrenza del finanziamento pubblico maggioritario ("con particolare riguardo al fatto che il Fondo patrimoniale dell'associazione è costituito esclusivamente dalle quote associative da parte degli enti all'atto dell'ammissione e dalle quote associative annuali a carico dei soci per il raggiungimento dell'economicità di gestione e che nessun privato concorre al finanziamento della stessa"; foglio 7 della memoria difensiva finale) e dall'attribuzione alla "mano pubblica" dell'individuazione della totalità dei componenti del Consiglio nazionale, "organo a cui compete l'amministrazione ordinaria e straordinaria dell'Associazione, nominato dall'Assemblea degli associati".

16.8. O. il Collegio come l'influenza pubblica dominante costituisce, in sostanza, il legame che unisce l'organismo di diritto pubblico a un'altra amministrazione aggiudicatrice, sia essa lo Stato, un'amministrazione territoriale o un altro organismo di diritto pubblico. Tale elemento risulta rinvenibile, alternativamente, laddove l'attività del soggetto sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure nel caso in cui la gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi o, da ultimo, nel caso in cui l'organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà sia designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico.

16.9. In relazione al tema del finanziamento deve osservarsi come le deduzioni di A. Associazione non paiano conformi alla ratio intrinseca del requisito in esame. La previsione normativa (espressione di una complessa elaborazione in ambito eurounitario) mira a ricomprendere situazioni nelle quali si riscontri un legame di subordinazione o dipendenza finanziaria del soggetto all'entità pubblica, relativa all'attività complessivamente svolta e ad un periodo temporale significativo. Nel caso in esame si tratta, invece, di un'associazione che racchiude una pluralità di soggetti tenuti al versamento di quote associative. Vi è, quindi, una polverizzazione del contributo finanziario che rende non predicabile un sostanziale ed effettivo controllo da parte di alcuno dei soggetti coinvolti nell'associazione. In secondo luogo, deve considerarsi come una parte certamente non irrilevante del finanziamento dell'attività specifica in esame derivi dalle somme versate dall'aggiudicatario sul quale si appunta il secondo motivo di ricorso dell'Autorità, ritenuto sorretto da adeguato fumus boni

iuris dall'ordinanza cautelare n. 1446/2019 e fondato dalla presente sentenza (cfr., infra, punti 20 e ss.).

16.10. Omologhe considerazioni valgono per il requisito dell'influenza dominante attuata mediante la designazione dei componenti dell'organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza da parte dello Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico. In ordine a tale requisito O. il Collegio come la disposizione normativa in esame non effettui alcuna precisazione sullo strumento mediante il quale si esercita simile influenza puntando l'attenzione dell'interprete sul dato effettuale e, quindi, sull'idoneità di simili situazioni a ingenerare una reale e concreta influenza dell'Amministrazione sull'organismo. Ma, invero, proprio incentrando la disamina sugli aspetti sostanziali e non meramente formali si O. come la pluralità di soggetti che compongono l'associazione si traduce nella non predicabilità di una reale e concreta influenza da parte di alcuno di questi. L'elenco dei soggetti facenti parte dell'associazione si compone, infatti, di ben ventisei pagine e comprende una pluralità di enti tra cui anche un'associazione di comuni e soggetti formalmente privati. In simile contesto non pare seriamente asseribile la sussistenza di un controllo reale ed effettivo come imposto dal diritto dell'Unione. Né viene neppure dedotta la sussistenza di un controllo sulla gestione che, come evidenziato dalla dottrina, costituisce un elemento residuale volto ad indicare un intervento ab externo da parte delle amministrazioni tradizionali o di altri organismi di diritto pubblico sull'attività dell'ente. Figura che ricomprende tutte le possibili situazioni nelle quali l'attività dell'organismo sia eterodeterminata da parte dell'Amministrazione. E' il caso in cui l'ente operi secondo regole ed obiettivi eteronomamente imposti o sussistano poteri pubblici di approvazione dello statuto, di determinazione o codeterminazione dei prezzi di vendita dei prodotti, o, ancora, sussistano controlli di tipo amministrativo, di verifica della gestione economica dell'ente e dei relativi investimenti, accompagnati, inoltre, da poteri ispettivi e/o di scioglimento degli organi e di nomina di liquidatori in caso di gravi irregolarità, colpa grave nella gestione, carenza degli organi di vertice o dell'attività svolta, ecc. Situazioni che, come detto, non sono neppure dedotte e che, in ogni caso, non risultano dalla documentazione versata in atti.

16.11. In ultimo, esaminando il requisito teleologico utilizzando "un approccio funzionale che tenga conto delle concrete modalità di azione" (Cassazione civile, Sezioni unite, 28 marzo 2019, n. 8673; C.G.U.E., 5 ottobre 2017, in C-567/15), deve escludersi che l'Associazione intenda operare per conto degli associati senza alcuna finalità di lucro. Il servizio che l'Associazione svolge è, infatti, specificamente remunerato dagli aggiudicatari come evidenziato dall'ordinanza cautelare n. 1446/2019 e dalle considerazioni esposte al punto 20 della presente sentenza.

16.12. In ragione di quanto esposto deve escludersi che l'Associazione operi nel caso di specie come organismo di diritto pubblico e, quindi, che A. Associazione sia munita di legittimazione a svolgere le funzioni di centrale di committenza.

17. Inoltre, le conclusioni sopra esposte non sono revocate in dubbio dal confronto con il diritto dell'Unione europea e con l'impianto argomentativo dell'ordinanza n. 68/2019 del Consiglio di Stato che, al contrario, offrono conferme alla tesi della ricorrente A.N.A.C..

18. Come spiegato dall'ordinanza cautelare n. 1446/2019, la possibilità di svolgimento diretto di un servizio di committenza da parte di un soggetto privato deve escludersi anche aderendo alla prospettiva elaborata dalla parte resistente ai fogli 13 e ss. della propria memoria difensiva dell'11 ottobre 2019 non risultando decisiva, sul punto, la previsione di cui all'articolo 37,

comma 4, della Direttiva 2004/24/UE secondo cui: "Le amministrazioni aggiudicatrici, senza applicare le procedure di cui alla presente direttiva, possono aggiudicare a una centrale di committenza un appalto pubblico di servizi per la fornitura di attività di centralizzazione delle committenze".

18.1. Tale disposizione risulta, infatti, calibrata sull'affidamento ad una centrale di committenza "pubblicistica" e non anche ad un soggetto privato. Lo conferma la disamina del considerandum n. 70 della Direttiva 2004/24/UE (che assume valenza interpretativa secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea e secondo la previsione di cui all'articolo 31, 1 della Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati) che testualmente afferma: "Le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero avere la facoltà di aggiudicare a una centrale di committenza un appalto pubblico di servizi per la fornitura di attività di centralizzazione delle committenze senza applicare le procedure di cui alla presente direttiva. Dovrebbe anche essere ammesso che tali appalti pubblici di servizi includano la fornitura di attività di committenza ausiliarie. Gli appalti pubblici di servizi per la fornitura di attività di committenza ausiliarie dovrebbero, qualora non siano eseguiti da una centrale di committenza in collegamento con la fornitura di attività di centralizzazione delle committenze all'amministrazione aggiudicatrice interessata, essere aggiudicati conformemente alla presente direttiva. È anche opportuno ricordare che la presente direttiva non dovrebbe applicarsi nei casi in cui le attività di centralizzazione delle committenze o le attività di committenza ausiliarie non sono effettuate attraverso un contratto a titolo oneroso che costituisce appalto ai sensi della presente direttiva". Il considerandum in esame, nell'escludere l'applicazione della Direttiva nei casi di aggiudicazione del servizio ad una centrale di committenza, evidenzia, tuttavia, come il ricorso al mercato (e, quindi, l'applicazione delle regole di evidenza pubblica) dovrebbe ammettersi nei casi di fornitura di attività di committenza ausiliaria. Regola che, invero, pare dover valere, a fortiori, laddove l'oggetto della prestazione sia l'attività di centralizzazione della committenza risultando, altrimenti, irragionevole una regola che impone l'operatività delle norme a tutela della concorrenza in un ambito di minor rilievo escludendola, al contempo, in quello di maggior rilevanza anche economica. Inoltre, seppur con una formula involuta, il considerandum esclude l'applicazione delle regole di evidenza pubblica nei casi in cui le attività di centralizzazione delle committenze o le attività di committenza ausiliarie non siano effettuate attraverso "un contratto a titolo oneroso che costituisce appalto ai sensi della presente direttiva". Ne consegue che, ove l'attività sia conferita mediante un contratto a titolo oneroso, dovrà trovare applicazione la normativa in tema di evidenza pubblica.

18.2. Da una lettura complessiva del considerandum può, quindi, inferirsi che il ricorso ad un soggetto privato che svolga l'attività di centralizzazione della committenza o le attività di committenza ausiliaria possa avvenire, secondo il diritto dell'Unione, esclusivamente ricorrendo alle regole di evidenza pubblica per la scelta del soggetto privato chiamato a svolgere tale servizio e non mediante un affidamento diretto che risulterebbe consentito solo laddove il soggetto chiamato a svolgere simile servizio sia sostanzialmente pubblico. Diversamente opinando si realizzerebbe un'evidente violazione dei principi "di non discriminazione e tutela della concorrenza che la disciplina degli appalti pubblici si pone di perseverare" (cfr. Cassazione, sezioni unite, 28 marzo 2019, n. 8673 sul tema dell'organismo di diritto pubblico). Si consentirebbe, infatti, ad un soggetto privato ed anche privo dei requisiti pubblicistici richiesti dall'ordinamento di svolgere direttamente un servizio remunerato senza la preventiva applicazione delle regole in tema di evidenza pubblica.

18.3. Del resto, l'ordinanza n. 68/2019 della Quinta Sezione del Consiglio di Stato, nel rimettere una serie di quesiti interpretativi alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea (in una vertenza relativa, tra l'altro, alla stessa A.), muove dalla constatazione che una centrale di committenza sia "per il diritto Euro-unitario un'impresa che offre il servizio dell'acquisto di beni e servizi a favore delle amministrazioni aggiudicatrici" (punto 10.3). Simile servizio potrebbe, allora, risultare espletabile in forza di un "mandato di committenza" (punto 10.1) che, tuttavia, impone, in ossequio ai già richiamati principi del diritto dell'Unione europea, la preventiva applicazione delle regole di evidenza pubblica per la scelta del "mandatario".

18.4. Lo conferma la stessa sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità europea del 20 ottobre 2005, in causa C-264/03, richiamata dall'ordinanza di rimessione del Consiglio di Stato (punto 10.1), che ritiene i mandati di committenza derivati rientranti nell'alveo della direttiva 92/50, operante *ratione temporis*, e, per questo, dichiara incompatibile la legislazione francese esaminata nella parte in cui impone una restrizione all'accesso di simile servizio ai prestatori non contemplati da tale regolazione. A fortiori, simile principio consente, quindi, di escludere la possibilità di un conferimento diretto di tale funzione ad un soggetto privato in difetto di un'apposita procedura di affidamento che la parità di trattamento tra gli operatori non può che imporre.

19. In definitiva, il primo motivo di ricorso deve ritenersi fondato.

20. Parimenti fondato è il secondo motivo di ricorso che va ricondotto alla previsione di cui all'articolo 211, comma 1-ter, del D.Lgs. n. 50 del 2016 e all'articolo 6, comma 2, lettera h) del Regolamento A.N.A.C. ("bando o altro atto indittivo di procedure ad evidenza pubblica che contenga clausole o misure ingiustificatamente restrittive della partecipazione e, più in generale, della concorrenza").

20.1. O. il Collegio come A.N.A.C. lamenta la contrarietà alle previsioni di cui all'articolo 23 della Costituzione e all'articolo 41, comma 2-bis, del D.Lgs. n. 50 del 2016 del punto 3.2.5 del disciplinare di gara che impone di corredare l'offerta di un atto unilaterale d'obbligo con il quale i concorrenti si obbligano "a versare ad A. - Associazione per la Sussidiarietà e la Modernizzazione degli Enti Locali, prima della stipula della convenzione quadro, il corrispettivo di Euro 80.000,00 (ottantamila/00) oltre IVA, indipendentemente dal plafond assegnato". Obbligazione che costituisce elemento essenziale dell'offerta.

20.2. Simile corrispettivo "sembra concretare - in assenza di espressa copertura legislativa specifica - una violazione di legge (art. 41, comma 2 bis del D.Lgs. n. 50 del 2016 e art. 23 della Costituzione)" (T.A.R. per la Puglia - sede di Lecce, sez. III, ord. 29 maggio 2019, n. 328; T.A.R. per la Puglia - sede di Lecce, sez. III, 31 ottobre 2019, n. 1664 relativa alla medesima controversia) e non risulta giustificabile evocando, al pari di quanto effettuato dalla resistente, la previsione di cui all'articolo 16-bis del R.D. 18 novembre 1923, n. 2440, (secondo cui "le spese di copia, stampa, carta bollata e tutte le altre inerenti ai contratti sono a carico dei contraenti con l'amministrazione dello Stato") sia per la consistenza dell'importo che non è neppure rapportato alle spese sia perché l'applicazione di tale normativa non necessiterebbe di un atto unilaterale d'obbligo che, evidentemente, mira al fine ulteriore e diverso della remunerazione per l'attività svolta nell'interesse dei Comuni aderenti.

21. I primi due motivi di ricorso devono essere, pertanto, accolti alla luce delle argomentazioni sin qui svolte che affrontano tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'articolo 112 c.p.c., in aderenza al principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e pronunciato (cfr., *ex plurimis*, Cassazione civile, sez. II, 22 marzo 1995 n. 3260; Cassazione civile, sez.

V, 16 maggio 2012 n. 7663 e per il Consiglio di Stato, Sez. VI, 18 luglio 2016 n. 3176). L'accoglimento dei primi due motivi consente di assorbire le ulteriori due censure articolate dall'Autorità atteso che i vizi riscontrati si configurano come le "più radicali illegittimità" dei provvedimenti impugnati comportando l'annullamento degli atti e l'integrale soddisfazione della pretesa di A.N.A.C. (Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 27 aprile 2015, n. 5).

22. Le spese di lite tra le parti costituite possono essere compensate ai sensi degli articolo 26 del codice del processo amministrativo e 92 del codice di procedura civile, come risultante dalla sentenza della Corte Costituzionale, 19 aprile 2018, n. 77 che dichiara l'illegittimità costituzionale di quest'ultima disposizione nella parte in cui non prevede che il giudice possa compensare le spese tra le parti, parzialmente o per intero, anche qualora sussistano altre analoghe gravi ed eccezionali ragioni, da individuarsi nella complessità delle questioni esaminate e nella loro pur parziale novità.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto,

- a) accoglie il ricorso nei sensi e nei limiti di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati;
- b) compensa le spese di giudizio tra le parti costituite.

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

**CASSAZIONE CIVILE, SEZ. III, SENTENZA N. 3314 DELL'11 FEBBRAIO 2020.
SUL RIMBORSO DELLA REGIONE IN CASO DI SERVIZIO IDRICO NON
FUNZIONANTE.**

La questione sottoposta al vaglio della Corte di Cassazione concerne la richiesta di rimborso da parte di un utente del servizio idrico che aveva versato un corrispettivo per la depurazione delle acque, a causa di un malfunzionamento dell'impianto di depurazione.

La controversia vedeva coinvolti sia l'azienda che svolgeva il servizio sia il Comune e la Regione.

I giudici di merito hanno condannato, inizialmente, l'azienda speciale e successivamente la Regione al rimborso del corrispettivo versato e causato da impianti obsoleti e malfunzionanti. La questione arriva avanti al Supremo Collegio che ritiene responsabile per il rimborso la Regione in qualità di proprietaria dell'impianto nonché incaricata di svolgere il servizio di depurazione.

Di seguito la sentenza in commento.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONE TERZA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. AMENDOLA Adelaide - Presidente -

Dott. CIGNA Mario - Consigliere -

Dott. GIANNITI Pasquale - Consigliere -

Dott. GUIZZI Stefano Giaime - rel. Consigliere -

Dott. GORGONI Marilena - Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso 4374-2019 proposto da:

REGIONE CAMPANIA, in persona del legale rappresentante Presidente p.t. della Giunta Regionale D.L.V., elettivamente domiciliata in ROMA, VIA POLI 29, presso lo studio dell'avvocato REGIONE CAMPANIA UFFICIO RAPPRESENTANZA, rappresentata e difesa dall'avvocato ANNA CARBONE;

- ricorrente - contro

ABC ACQUA BENE COMUNE NAPOLI AZIENDA SPECIALE, in persona del Direttore e Legale Rappresentante p.t. P.A., elettivamente domiciliata in ROMA, VIA CALABRIA, N. 56, presso lo studio dell'avvocato ERNESTO CESARO, che la rappresenta e difende; R.S., elettivamente domiciliata in ROMA, VIA CAVOUR, N. 71, presso lo studio dell'avvocato LILIANA BELLECCA, che la rappresenta e difende;

- controricorrenti -

e contro

COMUNE NAPOLI;

- intimato -

avverso la sentenza n. 6006/2018 del TRIBUNALE di NAPOLI, depositata il 18/06/2018;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 16/10/2019 dal Consigliere Dott. STEFANO GIAIME GUIZZI;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. SGROI Carmelo, che ha concluso per il rigetto del 1 motivo, accoglimento per quanto di ragione del 2 motivo, assorbiti i restanti; cassazione senza rinvio ex art. 382 c.p.c.;

udito l'Avvocato ANNA CARBONE;

udito l'Avvocato MASSIMO CESARO per delega;

udito l'Avvocato LILIANA BELLECCA.

Svolgimento del processo

1. La Regione Campania ricorre, sulla base di cinque motivi, per la cassazione della sentenza n. 6006/18, del 18 giugno 2018, del Tribunale di Napoli, che - riformando "in parte qua" la sentenza n. 3376/14, del Giudice di Pace di Napoli, in parziale accoglimento del gravame principale esperito dall'Azienda Speciale A.B.C.-Acqua Bene Comune Napoli (d'ora in poi, "ABC"), rigettato, invece, quello incidentale dell'odierna ricorrente - ha, per un verso, confermato la condanna di ABC a restituire a R.S. le somme dalla stessa versate a titolo di corrispettivo per la deputazione acque, in relazione alla fornitura del servizio idrico, condannando, nel contempo, la Regione Campania a tenere indenne ABC da quanto dovuto alla predetta R..

2. Riferisce, in punto di fatto, la ricorrente che la R. ebbe a convenire in giudizio ABC, unitamente al Comune di Napoli, sul presupposto che la Corte costituzionale, con sentenza n. 335 del 10 ottobre 2008, aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale della L. 5 gennaio 1994, n. 36, art. 14, comma 1, nonché del D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152, art. 155, comma 1, nella parte in cui prevedevano che tale quota della tariffa del servizio idrico fosse dovuta anche nel caso in cui "manchino impianti di depurazione o questi siano temporaneamente inattivi"; declaratoria di illegittimità costituzionale motivata sul rilievo che, nell'ipotesi suddetta, l'obbligo di pagamento risultava non correlato ad alcuna controprestazione.

Su tali basi, nonché deducendo che l'impianto di depurazione sito a (OMISSIS) era "obsoleto e notoriamente non funzionante", secondo quanto risultante dalla documentazione prodotta in giudizio, l'attrice domandava la ripetizione dell'indebitato, come detto, nei confronti di ABC e del Comune di Napoli.

Costituitisi in giudizio, entrambi i convenuti si opponevano - sulla base di varie difese ed eccezioni - all'accoglimento della domanda attorea, ABC essendo anche autorizzata a chiamare in causa la Regione Campania, la quale, a propria volta, chiedeva (senza, però, che l'adito Giudice di pace provvedesse in tal senso) l'integrazione del contraddittorio nei confronti della società Hydrogest Campania S.p.a., ovvero l'affidataria del servizio di depurazione.

Ciò detto, la ricorrente riferisce che l'adito giudicante accoglieva la domanda della R., condannando ABC e la Regione Campania (nei cui confronti la domanda era stata estesa da parte attrice), ma non anche il Comune di Napoli, alla restituzione delle somme suddette. Tale decisione, di seguito, veniva parzialmente riformata dal Tribunale di Napoli che, in funzione di giudice d'appello, accoglieva il gravame principale di ABC (rigettando quello incidentale della Regione Campania), riconoscendo il suo diritto ad essere tenuta indenne, dall'odierna ricorrente, da quanto dovuto alla R..

3. Avverso la sentenza del Tribunale partenopeo ricorre per cassazione la Regione Campania, sulla base - come detto - di cinque motivi.

3.1. Il primo motivo ipotizza - ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 1), - illegittimità della sentenza per motivi attinenti alla giurisdizione, per violazione e falsa applicazione dei principi espressi dalle sentenze della Corte costituzionale n. 39 del 2010 e n. 335 del 2008, nonché in relazione alla L. 5 gennaio 1994, n. 36 (sia nel testo originario che in quello modificato dalla L. 31 luglio 2002, n. 179, art. 28) e del D.Lgs. n. 3 aprile 2006, n. 152.

Si censura la sentenza impugnata laddove ha rigettato l'eccezione di difetto di giurisdizione, assumendo la ricorrente che, nel caso che qui occupa, sussisterebbe, invece, difetto assoluto della stessa, per carenza di situazione giuridica azionabile, e/o difetto di giurisdizione del giudice ordinario in favore di quello tributario.

La censura viene svolta sul presupposto che gli interventi della Corte costituzionale abbiano sancito il principio della ripetizione della quota - della complessiva tariffa dovuta per il servizio idrico - riferita, specificamente, al servizio di depurazione, solo nel caso in cui manchino gli impianti o questi siano temporaneamente inattivi, ovvero nel caso in cui la

fognatura sia sprovvista di impianti centralizzati di depurazione o questi siano temporaneamente inattivi. Viceversa, nel presente caso, si è dedotta una supposta "inefficienza" e/o "insufficienza" dell'impianto di depurazione, sicchè un'eventuale contestazione tariffaria avrebbe dovuto essere proposta non sotto il profilo del cd. "an debeat", bensì del solo "quantum", in ragione della proporzionalità fra qualità del servizio reso e entità della prestazione; questione, pertanto, da devolvere alla conoscenza specializzata del giudice tributario.

D'altra parte, sempre sulla scorta della giurisprudenza costituzionale sopra richiamata, deve ritenersi che, in assenza totale del servizio idrico, risulta interdetto all'utente qualsiasi tipo di azione ordinaria, dal momento che, come chiarito proprio dalla sentenza n. 335 del 2008 della Corte costituzionale, l'utente può agire contro l'inerzia dell'amministrazione nella realizzazione di depuratori, non già in forza del rapporto contrattuale, ma solo esercitando il generale poteri di denuncia attribuitogli dall'ordinamento "uti civis".

3.2. Il secondo motivo ipotizza - ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, nn. 3) e 5), - omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti, in particolare "riguardo la rilevanza probatoria degli elementi relativi all'allaccio dell'utenza al sistema di depurazione rispetto al cattivo funzionamento dello stesso", nonchè violazione e falsa applicazione del D.Lgs. n. 152 del 2006, art. 155 e del D.L. 30 dicembre 2008, n. 208, art. 8-sexies convertito in L. 27 febbraio 2009, n. 13, nonchè del D.M. 30 settembre 2009, art. 2 del Ministero dell'Ambiente.

Si torna a sottolineare come la sentenza impugnata abbia accolto la domanda attorea di ripetizione dell'indebito sul presupposto della accertata inefficienza dell'impianto di depurazione di (OMISSIS), laddove il D.Lgs. n. 152 del 2006, art. 155 così come risultante all'esito della sentenza della Corte costituzionale n. 335 del 2008, esclude la debenza della quota tariffaria riferita al servizio di depurazione quando manchino i relativi impianti o essi siano temporaneamente inattivi.

Di conseguenza, la sentenza impugnata, oltre a violare la norma suddetta, avrebbe omesso di valutare fatto decisivo per giudizio rappresentato, per l'appunto, della distinzione fra inadeguato svolgimento della funzione (vale a dire l'ipotesi, al più, sussistente nel caso in esame) e inesistenza del servizio, da ritenersi integrata solo quando il sistema depurazione manchi del tutto o nessuna utenza sia allacciata ad esso.

D'altra parte, poichè la sentenza impugnata ha fondato la conclusione relativa alla inefficienza del servizio di depurazione sulla base di quella che definisce "idonea documentazione" presente agli atti del giudizio, la ricorrente rileva come tale documentazione attesti, al limite, solo la necessità di adeguamento dell'impianto di (OMISSIS) alla normativa vigente, e quindi l'impossibilità di ricondurlo a quelli "temporaneamente inattivi" ai quali fa riferimento il D.M. 30 settembre 2009, art. 2 del Ministero dell'Ambiente.

3.3. Il terzo motivo ipotizza - ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, nn. 3) e 5), - violazione e falsa applicazione dell'art. 2033 c.c. e delle norme di diritto relative alla legittimazione passiva di essa Regione Campania, nonchè omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti.

Si censura la sentenza impugnata laddove ha affermato la legittimazione passiva della odierna ricorrente sul presupposto che essa "è titolare degli impianti di depurazione e del sistema di collettamento, dal che deriva la sua responsabilità per l'espletamento del servizio, ancorchè svolto da società privata in regime di concessione".

In particolare, si lamenta che il giudice di appello, pur inquadrando l'oggetto della domanda nella fattispecie dell'indebito oggettivo, sarebbe pervenuta ad una decisione contraria alle norme che lo regolano. Innanzitutto, perchè essa Regione versa nell'impossibilità di restituire ciò che non gli è mai stato corrisposto, avendo il giudice omesso di esaminare, pure a fronte delle contestazioni ed eccezioni da essa ricorrente avanzate, gli elementi probatori che attesterebbero la mancata ricezione della quota tariffaria asseritamente erogata da ABC. Del resto, la documentazione da quest'ultima versata in atti, ovvero un asserito atto di ricognizione di debito, dimostrerebbe esattamente il contrario di quanto sostenuto da ABC, ovvero l'esistenza di una sua morosità nel riversamento, alla Regione, di quanto riscosso.

D'altra parte, la violazione dell'art. 2033 c.c. sarebbe viepiù evidente ove si consideri il carattere personale della azione di ripetizione, esperibile solo nei confronti del destinatario del pagamento che abbia ricevuto la somma (o la cosa) che si assume non dovuta. Difatti, come costantemente suole dirsi, l'azione restitutoria è circoscritta ai rapporti fra "solvens" e "accipiens", non potendo porsi come legittimato passivo chi abbia tratto vantaggio dalla destinazione che il cd. "accipiens" abbia eventualmente dato alla somma ricevuta.

Il tutto, infine, non senza notare come l'azione di ripetizione dell'indebito, quale azione di nullità per difetto di causa, deve essere esclusa nella presente ipotesi, giacchè le somme versate, per le ragioni già in precedenza illustrate, non possono ritenersi indebite, visto che l'esistenza del depuratore non è mai stata messa in discussione, ma solo il suo efficiente funzionamento.

3.4. Il quarto motivo ipotizza - ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, nn. 3) e 5), ovvero, subordinatamente, n. 4), violazione e falsa applicazione degli artt. 2033 e 2697 c.c., nonché degli artt. 112, 115 e 116 c.p.c., per illogica e illegittima inversione dell'onere probatorio e per l'errato utilizzo di presunzioni quali mezzi di prova, nonché per omesso esame di fatti e documenti, da essa ricorrente forniti, sul regolare funzionamento dell'impianto di depurazione.

Si censura la sentenza impugnata per aver posto a carico della Regione (e di ABC) l'onere di dimostrare l'avvenuto espletamento del servizio di depurazione. Per contro, l'azione di ripetizione dell'indebito presuppone la prova non solo dell'avvenuto pagamento, ma pure della inesistenza (o del venir meno) della "causa debendi", ponendosi entrambi alla stregua di fatti costitutivi della pretesa restitutoria.

Gli attori, dunque, avrebbero dovuto provare la mancanza o il cattivo funzionamento del depuratore di (OMISSIS), non potendo neppure fare riferimento al "fatto notorio", dovendo esso intendersi in senso rigoroso, come fatto acquisito alla conoscenza della collettività, con tale grado di certezza da apparire indubitabile ed incontestabile.

Nè, d'altra parte, a dimostrare l'inesistenza o il malfunzionamento del depuratore potrebbero ritenersi utili i documenti acquisiti agli atti del giudizio ed in particolare la sentenza penale n. 4351, del 19 marzo 2009, pronunciata dal Tribunale di Napoli, sezione di Pozzuoli, nonché la perizia espletata nell'ambito del giudizio in cui tale decisione venne pronunciata, documenti che effettivamente attestano l'inefficacia dell'impianto, ma con riferimento ad un periodo anteriore ai fatti di causa, mancando, pertanto prova che il funzionamento del depuratore sia stato interrotto o sospeso, vale a dire che esso sia stato "temporaneamente inattivo", con riferimento all'intero periodo in contestazione.

3.5. Infine, il quinto motivo ipotizza - ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, nn. 3) e 5), - violazione e falsa applicazione dell'art. 2946 c.c. e art. 2948 c.c., comma 1, n. 4), in merito alla prescrizione del diritto ad ottenere la restituzione delle somme versate.

Secondo la ricorrente, poichè si controverte non in ordine alla ripetizione di un indebito, ma dell'inadempimento di prestazione del contratto di somministrazione, il termine di prescrizione non può essere quello decennale, bensì quello previsto per i crediti relativi a prestazioni periodiche dall'art. 2948 c.c., comma 1, n. 4).

4. Ha proposto controricorso ABC, per resistere unicamente al terzo motivo di ricorso, aderendo, per il resto, all'impugnazione della Regione, insistendo, pertanto, per il rigetto della domanda di restituzione proposta dalla R..

Assume, infatti, ABC di non essere legittimata passivamente in relazione all'azione esperita dalla R., essendosi solo limitata a riscuotere le somme per conto dell'ente erogatore, il Comune di Napoli (e la Regione Campania, quanto alla quota per la depurazione delle acque, che è il tema che qui interessa), sicchè mai potrebbe essere ritenuta responsabile delle disfunzioni dell'impianto di depurazione. Delle stesse, peraltro, dovrebbe rispondere solo la società Hydrogest, gestore dell'impianto, sicchè ABC - nella denegata ipotesi in cui la sentenza dovesse essere cassata in relazione al terzo motivo di ricorso - evidenzia come il giudice del rinvio dovrebbe senz'altro accogliere la domanda di manleva da essa proposta, e mai abbandonata, nei confronti di detta società.

Sotto altro profilo, poi, il proprio difetto di legittimazione passiva discenderebbe dall'applicazione il principio - affermato da questa Corte - secondo cui, "in caso di ripetizione di indebito oggettivo proposto nei confronti del concessionario del servizio di riscossione, legittimato passivo è, in qualità di effettivo "accipiens", l'ente impositore del credito e non il precedente alla riscossione", giacchè quest'ultimo ha agito "quale concessionario per la riscossione sulla base di ruoli formati dall'ente impositore che rimane titolare del credito ed al quale le somme rimosse vanno versate dallo stesso concessionario" (è. citata CaSS. Sez.:3, seni. 19 luglio 2007, n. 13357).

In ogni caso, e su un piano preliminare, la controricorrente rileva il difetto dei presupposti perchè la R. possa far valere la propria pretesa restitutoria.

Invero, in relazione a simili pretese occorrerebbe distinguere l'ipotesi della inesistenza dell'impianto di depurazione da quella della temporanea interruzione del servizio, giacchè solo nel primo caso è prospettabile un indebito oggettivo, visto che nel secondo sarebbe, al

più, ipotizzabile una responsabilità di natura contrattuale per inadempimento delle prestazioni afferenti la gestione dell'impianto stesso. In altri termini, sebbene l'attrice abbia fatto riferimento all'art. 2033 c.c., avrebbe, nella sostanza, azionato una responsabilità civile per inadempimento, visto che la ripetizione di indebito è prospettabile solo quando il vincolo contrattuale non sia mai sorto, o sia venuto meno (anche per effetto di caducazione), e non quando, come nella specie, si verta in tema di inesatto adempimento di una prestazione ricompresa nel contratto di somministrazione. Di conseguenza, l'accoglimento della domanda avrebbe richiesto, in uno con la prova del contratto di utenza, l'accertamento dell'inadempimento colpevole del debitore, prova, nella specie, mancante, a dispetto della diversa - errata - valutazione operata dal Tribunale di Napoli, che ha impropriamente richiamato il principio della vicinanza della prova e ha ommesso di considerare che, dalla documentazione acquisita al giudizio, emergeva, invece, il regolare funzionamento del depuratore di (OMISSIS).

Il tutto, poi, senza tacere del fatto che il D.L. n. 208 del 2008, art. 8-sexies del convertito in L. n. 13 del 2009, ha stabilito che gli oneri relativi alle attività di progettazione e di realizzazione e completamento degli impianti di depurazione, nonché quelli relativi ai connessi investimenti, come espressamente individuati e programmati dai piani d'ambito, costituiscono una componente vincolata delle tariffe del servizio idrico, che concorre alla fissazione del corrispettivo dovuto dall'utente. Su tali basi, pertanto, il Ministero delle Finanze ha chiarito che la tariffa per il servizio di fognatura e depurazione è dovuta da tutti coloro che risultano allacciati alla pubblica fognatura, indipendentemente dall'effettivo utilizzo. Ciò detto, in attesa del compimento di tutte quelle attività, demandate al gestore e all'Autorità d'ambito, credito restitutorio avanzato dalla R. risulta privo delle caratteristiche della certezza, liquidità ed esigibilità, donde la non fondatezza della sua pretesa.

5. Ha proposto controricorso anche la R., per resistere all'avversaria impugnazione.

In relazione al supposto difetto di giurisdizione (questione oggetto del primo motivo di ricorso), la controricorrente evidenzia come essa si infranga sulla constatazione che, nel presente caso, è stato ritenuto provata l'inattività dell'impianto, e dunque una delle condizioni individuate dalla giurisprudenza costituzionale per azionare la pretesa alla restituzione.

Inoltre, nessuna inversione dell'onere della prova - come, invece, lamenta il secondo motivo di ricorso - sarebbe stata operata dalla sentenza impugnata, poichè il Tribunale partenopeo ha fatto applicazione del principio della "vicinanza della prova", enunciato proprio da questa Corte.

Del terzo motivo si deduce, innanzitutto, la inammissibilità quanto al rilievo circa il mancato riversamento, alla Regione, delle somme riscosse da ABC, essendo la controricorrente estranea a loro rapporto e, dunque, impossibilitata a conoscere la circostanza. Per il resto, si evidenzia come la responsabilità di ABC sia stata affermata, correttamente, sulla base del principio secondo cui l'azione ex art. 2033 c.c. va esperita nei confronti del c.d. "accipiens", mentre il diritto della stessa ad essere manlevata dalla Regione è stato - del pari correttamente - riconosciuto in base alla sua qualità di proprietaria dell'impianto.

Non fondato si presenterebbe, inoltre, il quarto motivo, non solo per le stesse ragioni già evidenziate con riferimento al secondo motivo, ma anche perchè l'inattività del depuratore di (OMISSIS) risulta incontrovertibilmente provata grazie alla documentazione amministrativa, tecnica e penale acquisita agli atti del giudizio.

Nessun dubbio, infine, sussisterebbe in relazione alla disciplina della prescrizione applicabile al diritto azionato, questione oggetto del quinto motivo di ricorso, visto che la domanda attorea concerneva la ripetizione di un indebito, richiamandosi, sul punto, quanto affermato da questa Corte con riferimento all'iniziativa giudiziale tesa a ripristinare l'equilibrio tra le posizioni di due contraenti, in caso di mancato rispetto del vincolo sinallagmatico tra prestazioni, e ciò anche con specifico riferimento ad un contratto di somministrazione.

6. Il Comune di Napoli è rimasto solo intimato.

7. Tutte le parti hanno presentato memoria ex art. 378 c.p.c., insistendo nelle rispettive argomentazioni.

Motivi della decisione

8. Il ricorso va rigettato.

8.1. Il primo motivo non è fondato.

8.1.1. Nessun dubbio sussiste, infatti, in ordine alla giurisdizione del giudice ordinario (e non di quello tributario) in relazione a controversie del tipo di quella oggetto del presente giudizio.

Da tempo, infatti, le Sezioni Unite di questa Corte hanno affermato che "le controversie relative alla debenza, a partire dal 3 ottobre 2000, del canone per lo scarico e la depurazione delle acque reflue spettano alla giurisdizione del giudice ordinario, anche se promosse successivamente al 3 dicembre 2005, data di entrata in vigore del D.L. 30 settembre 2005, n. 203, art. 3-bis, comma 1, lett. b), convertito, con modificazioni, dalla L. 2 dicembre 2005, n. 248, art. 1, comma 1, che ha modificato del D.Lgs. n. 31 dicembre 1992, n. 546, l'art. 2, comma 2, secondo periodo, avendo la Corte costituzionale, con sentenza n. 39 del 2010, dichiarato l'illegittimità costituzionale della predetta disposizione, nella parte in cui attribuiva tali controversie alla giurisdizione del giudice tributario, sia in relazione alla disciplina del canone prevista dalla L. 5 gennaio 1994, n. 36, artt. 13 e 14 sia riguardo all'analoga disciplina dettata dal D.Lgs. n. 3 aprile 2006, n. 152, artt. 154 e 155 per le controversie relative alla debenza del canone a partire dal 29 aprile 2006" (così già Cass. Sez. Un., ord. 21 giugno 2010, n. 14902, Rv. 613982-01), e ciò "costituendo i canoni di cui alla L. n. 36 del 1994, art. 14 (abrogato dal D.Lgs. n. 152 del 2006) non un'imposta, ma il corrispettivo di una prestazione commerciale complessa" (Cass. Sez. Un., ord. 7 luglio 2017, n. 16832, Rv. 644916-01). Si è, inoltre, anche precisato che "ai fini del riparto di giurisdizione in materia di servizi pubblici - siano essi dati o meno in concessione - occorre distinguere tra la sfera attinente all'organizzazione del servizio e quella attinente, invece, ai rapporti di utenza", in relazione alla seconda delle quali la giurisdizione spetta al giudice ordinario (così, in motivazione, Cass. Sez. Un., sent. 19 dicembre 2018, n. 32780, Rv. 652097-01).

8.1.2. Quanto, poi, all'ipotizzato difetto assoluto di giurisdizione, per carenza di situazione soggettiva azionabile, deve rilevarsi come gli utenti del servizio idrico non abbiano dedotto - come assume, invece, la ricorrente - la "insufficienza" dell'impianto di depurazione, bensì la sua "assoluta insufficienza", ovvero una situazione che è stata ritenuta sovrapponibile a quella della "temporanea inattività", cui attribuisce rilievo la norma di legge oggetto della declaratoria di illegittimità costituzionale, avanzando, su tale presupposto, la propria pretesa restitutoria.

Tanto basta, dunque, per poter affermare l'esistenza del potere di "ius dicere", diversamente da quanto assunto dalla ricorrente, e ciò alla stregua del principio secondo cui la "giurisdizione si determina in base alla domanda", sicchè a tal fine "rileva non già la prospettazione delle parti, bensì i "petitum" sostanziale, il quale va identificato non solo e non tanto in funzione della concreta pronuncia che si chiede al giudice, ma anche e soprattutto in funzione della "causa petendi", ossia della intrinseca natura della posizione dedotta in giudizio ed individuata dal giudice con riguardo ai fatti allegati ed al rapporto giuridico del quale detti fatti costituiscono manifestazione" (Cass. Sez. Un., ord. 31 luglio 2018, n. 20350, Rv. 650270-01).

8.2. Quanto al secondo motivo, lo stesso risulta in parte non fondato e in parte inammissibile.

8.2.1. Non fondata, per le ragioni già illustrate nello scrutinare il primo motivo di ricorso, è la censura tesa a stigmatizzare il fatto che, nel caso di specie, sarebbe stata dedotta un'evenienza - la "insufficienza" dell'impianto di depurazione - non idonea a legittimare la pretesa restitutoria.

8.2.1.1. Come già rilevato, parte attrice ha dedotto (e il Tribunale ha riscontrato), non la mera "insufficienza", bensì la "assoluta inefficienza" dell'impianto di depurazione, ovvero una situazione che è stata ritenuta, dal giudice di merito, sovrapponibile a quella della "temporanea inattività", cui attribuisce rilevi la, norma di legge oggetto della declaratoria di illegittimità costituzionale.

Orbene, fermo quanto si dirà in relazione all'impossibilità di sindacare l'apprezzamento delle risultanze istruttorie, in forza del quale il Tribunale partenopeo ha ritenuto provata tale "assoluta inefficienza", deve osservarsi come, in punto di diritto, la conclusione da esso raggiunta appaia corretta, ciò che esclude la ricorrenza del vizio di cui all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3).

Invero, all'esito dell'intervento "caducatorio" della Corte costituzionale, ciò che ha reso indebita la richiesta di pagamento della tariffa per depurazione acque, nell'ambito del contratto di utenza relativo alla fruizione del servizio idrico, è, indifferentemente, la "mancanza" degli impianti di depurazione, ovvero la loro "temporanea inattività". Un'evenienza, quest'ultima, che nella sua ampia accezione include, evidentemente, non il solo "fermo" volontariamente disposto (qualunque ne sia la ragione), ma, appunto, l'assoluta inefficienza dell'impianto, e quindi la sua inidoneità al funzionamento.

Diversamente opinando, infatti, si perverrebbe ad una conclusione in contrasto con la "ratio" stessa della pronuncia del giudice delle leggi, come già individuata da questa Corte, che è

quella di rimarcare il carattere indebito del pagamento "in caso di mancata fruizione, da parte dell'utente, del servizio di depurazione, per fatto a lui non imputabile", qualunque esso sia, essendo, in tal caso "irragionevole, per mancanza della controprestazione, l'imposizione dell'obbligo del pagamento della quota riferita a detto servizio" (così, in motivazione, Cass. Sez. 5, sent. 18 aprile 2018, n. 9500, Rv. 647829-01).

8.2.1.2. Nè, d'altra parte, il vizio di violazione di legge può ritenersi sussistente con riferimento al D.L. n. 208 del 2008, art. 8-sexies convertito in L. n. 13 del 2009.

Sul punto, occorre muovere dalla constatazione che il suddetto art. 8-sexies (introdotto proprio per disciplinare le conseguenze della sentenza n. 335 del 2008 della Corte costituzionale) reca due diverse disposizioni: al comma 1, stabilisce che, nei casi in cui manchino gli impianti di depurazione o questi siano temporaneamente inattivi, siano comunque dovuti dall'utente gli oneri relativi alle attività di progettazione e di realizzazione o completamento degli impianti "de quibus", nonché quelli relativi ai connessi investimenti, e ciò a partire dall'avvio delle procedure di affidamento delle prestazioni di progettazione o di completamento delle suddette opere; al comma 2, prevede che i gestori del servizio idrico integrato provvedano, a decorrere dal 1 ottobre 2009, ed entro il termine massimo di cinque anni, alla restituzione - anche rateale - della quota di tariffa non dovuta riferita all'esercizio del servizio di depurazione, fatta salva la deduzione degli oneri derivati dalle attività di progettazione, di realizzazione o di completamento già avviate.

Orbene, delle due disposizioni va data un'interpretazione coordinata, e soprattutto conforme a Costituzione, che porta ad escludere - per le ragioni di cui si dirà appena di seguito - che il decorso del quinquennio, a far data dal 1 ottobre 2009, si ponga come condizione di procedibilità della domanda restitutoria, secondo un'opzione ermeneutica fatta propria da una parte della giurisprudenza di merito (e condivisa dal sostituto Procuratore Generale, nelle conclusioni rassegnate in udienza in relazione al presente ricorso), ma, per vero, mai esaminata "ex professo" da questa Corte, pur pronunciata su censure che concernevano la questione dell'applicazione intertemporale delle predette disposizioni, ma non anche la loro esatta interpretazione (si vedano, sul punto, Cass. Sez. 3, sent. 4 aprile 2019, n. 9323, Rv. 653274-01; Cass. Sez. 3, sent. 31 marzo 2017, n. 8334, Rv. 643835-01; Cass. Sez. 3, sent. 6 ottobre 2015, n. 19887).

In particolare, assume il Procuratore Generale - eccependo un profilo di improcedibilità della domanda attorea che questa Corte, astrattamente, sarebbe tenuta a rilevare d'ufficio - che l'iniziativa giudiziaria intrapresa dalla R. sarebbe improcedibile, visto che la pretesa restitutoria risulta azionata prima della scadenza del quinquennio, decorrente dal 1 ottobre 2009, entro il quale - a norma del D.L. n. 208 del 2008, suddetto art. 8-sexies, comma 2 convertito in L. n. 13 del 2009 - i gestori del servizio idrico risultano tenuti a provvedervi, anche in forma rateizzata, (eventualmente deducendo gli oneri derivati dalle attività, già avviate, di progettazione, di realizzazione o di completamento delle opere necessarie alla attivazione del servizio di depurazione).

Il rilievo, tuttavia, non è fondato.

Infatti, nel procedere all'ermeneusi di tale norma si deve muovere dalla premessa che, ponendosi l'improcedibilità della domanda "quale conseguenza sanzionatoria di un comportamento procedurale omissivo, derivante dal mancato compimento di un atto espressamente configurato come necessario nella sequenza procedimentale", la stessa "dev'essere espressamente prevista" (così, in motivazione, Cass. Sez. 2, sent. 8 settembre 2017, n. 20975, Rv. 645551-01). Se è vero, infatti, che "l'art. 24 Cost., laddove tutela il diritto di azione, non comporta l'assoluta immediatezza del suo esperimento, ben potendo la legge imporre oneri finalizzati a salvaguardare "interessi generali", con le dilazioni conseguenti" (così Corte Cost. n. 276 del 2000), resta, nondimeno, inteso che il rispetto del diritto costituzionale di azione non solo esige che la cd. "giurisdizione condizionata" sia oggetto di un'espressa previsione di legge, ma anche "che le condizioni di procedibilità stabilite dalla legge non possono esser aggravate da una interpretazione che conduca ad estenderne la portata" (così, in motivazione, Cass. Sez. Lav., sent. 21 gennaio 2004, n. 967, Rv. 569540-01).

Tanto premesso, deve, dunque, escludersi la possibilità di interpretare come introduzione di una condizione di procedibilità della domanda restitutoria la previsione (di cui al D.L. n. 208 del 2008, art. 8-sexies, comma 2 convertito in L. n. 13 del 2009) secondo cui i "gestori del servizio idrico integrato provvedono anche in forma rateizzata, entro il termine massimo di cinque anni, a decorrere dal 1 ottobre 2009, alla restituzione della quota di tariffa non dovuta riferita all'esercizio del servizio di depurazione". La norma va piuttosto interpretata nel senso che i gestori possono dilazionare fino a cinque anni la restituzione, non solo erogando l'importo in forma rateale, ma eventualmente - come è tipico dei contratti di fornitura - "sub specie" di parziale compensazione con l'importo, comunque, dovuto per il complessivo servizio assicurato.

Per contro, ove tale riconosciuta possibilità di dilazione di pagamento tragga origine dalla necessità di dedurre, dal "quantum" del credito restitutorio spettante all'utente, gli oneri - a suo carico derivanti dalle attività, peraltro già avviate, di progettazione, di realizzazione o di completamento dell'impianto (secondo la previsione di cui al precedente comma 1 medesimo art. 8-sexies), si è al cospetto di un'evenienza che, rendendo illiquido tale credito, si pone alla stregua di un fatto impeditivo del diritto azionato dall'utente, fatto, ovviamente, la cui prova è a carico del convenuto, secondo la regola di cui all'art. 2697 c.c., comma 2.

Nella specie, dunque, affinché la Regione Campania - e con essa, eventualmente, anche l'odierna ricorrente incidentale ABC potessero giovare dell'operatività della disposizione summenzionata (applicabile, come già chiarito da questa Corte, anche con effetto "ex tunc"), avrebbero dovuto fornire la prova della ricorrenza dei suoi presupposti.

8.2.2. Ciò detto, inammissibile è, invece, il secondo motivo di ricorso laddove censura la sentenza impugnata perchè avrebbe omissis di valutare "il fatto" decisivo per il giudizio rappresentato, per l'appunto, della distinzione fra inadeguato svolgimento della funzione e inesistenza del servizio. A prescindere, infatti, dal rilievo che la questione è stata esaminata, dirimente - su un piano preliminare - è la constatazione che il vizio ex art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5) è ipotizzabile quando l'omissione investa un "fatto vero e proprio" (non una "questione" o un "punto" della sentenza, come nell'ipotesi che occupa) e, quindi, "un fatto

principale, ex art. 2697 c.c. (cioè un fatto costitutivo, modificativo, impeditivo o estintivo) od anche un fatto secondario (cioè un fatto dedotto in funzione di prova di un fatto principale), purchè controverso e decisivo" (così, in motivazione, Cass. Sez. 5, sent. 8 settembre 2016, n. 17761, Rv. 641174-01; nello stesso senso Cass. Sez. 6-5, ord. 4 ottobre 2017, n. 23238, Rv. 646308-01), vale a dire "un preciso accadimento, ovvero una precisa circostanza da intendersi in senso storico-naturalistico" (Cass. Sez. 5, sent. 8 ottobre 2014, n. 21152, Rv. 632989-01; Cass. Sez. Un., sent. 23 marzo 2015, n. 5745, non massimata), "un dato materiale, un episodio fenomenico rilevante, e le relative ricadute di esso in termini di diritto" (cfr. Cass. Sez. 1, ord. 5 marzo 2014, n. 5133, Rv. 62964701).

Infine, nuovamente inammissibile è il presente motivo, laddove risulta teso pure a stigmatizzare l'apprezzamento del materiale istruttorio, essenzialmente di natura documentale, in base al quale il Tribunale di Napoli ha ravvisato, appunto, la assoluta inefficienza del depuratore di (OMISSIS).

Opera, infatti, sul punto il principio secondo cui l'eventuale "cattivo esercizio del potere di apprezzamento delle prove non legali da parte del giudice di merito non dà luogo ad alcun vizio denunciabile con il ricorso per cassazione, non essendo inquadrabile nel paradigma dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5), (che attribuisce rilievo all'omesso esame di un fatto storico, principale o secondario, la cui esistenza risulti dal testo della sentenza o dagli atti processuali, abbia costituito oggetto di discussione tra le parti e presenti carattere decisivo per il giudizio), nè in quello del precedente n. 4, disposizione che - per il tramite dell'art. 132 c.p.c., n. 4, - dà rilievo unicamente all'anomalia motivazionale che si tramuta in violazione di legge costituzionalmente rilevante" (Cass. Sez. 3, sent. 10 giugno 2016, n. 11892, Rv. 640194-01; in senso conforme, tra le altre, in motivazione, Cass. Sez. 3, sent. 12 ottobre 2017, n. 23940; Cass. Sez. 3, sent. 12 aprile 2017, n. 9356, Rv. 644001-01; Cass. Sez. 3, ord. 30 ottobre 2018, n. 27458).

8.3. Il terzo motivo di ricorso - che censura la decisione del giudice di appello di accogliere la domanda con cui ABC chiedeva Gli essere tenuta indenne dalla pretesa restitutoria azionata dalla R. - non è fondato, anche se la motivazione della sentenza impugnata va corretta, ai sensi dell'art. 384 c.p.c., u.c..

8.3.1. Sul punto, per vero, occorre muovere dalla constatazione che "la quota di tariffa riferita al servizio di depurazione, in quanto componente della complessiva tariffa del servizio idrico integrato, ne ripete necessariamente la natura di corrispettivo contrattuale, il cui ammontare è inserito automaticamente nel contratto", di talchè, ove il servizio di depurazione non sia stato fornito, ma quella quota di tariffa sia stata versata, è nei confronti della controparte del contratto di utenza che la pretesa restitutoria va azionata, in quanto è alla "effettiva fruizione del servizio di depurazione" che, "per la rilevata natura sinallagmatica del rapporto", risulta "condizionato l'accoglimento della pretesa di pagamento" (cfr. Cass. Sez. 3, sent. 4 giugno 2013, n. 14042, Rv. 626790-01).

Da ciò deriva che la titolarità di ABC - dal lato passivo - del rapporto controverso, in relazione alla pretesa restitutoria avanzata dalla R., trova il suo fondamento nella posizione di parte negoziale del contratto di utenza, ciò che, peraltro, fino al riconoscimento della non debenza della quota della tariffa relativa alla depurazione acque (per effetto dell'intervento caducatorio

del Giudice delle leggi), aveva legittimato la predetta azienda del Comune di Napoli a pretendere la riscossione dell'intero corrispettivo per il servizio complessivamente erogato.

Tale rilievo, tuttavia, non giova alla ricorrente Regione Campania, visto che l'impugnata sentenza del Tribunale di Napoli individua nella stessa la "proprietaria dell'impianto", nonchè il soggetto deputato "a svolgere il servizio di depurazione" (sebbene la sua gestione, in concreto, fosse stata affidata alla società Hydrogest). Di conseguenza, la concorrente responsabilità della Regione si giustifica, ai sensi dell'art. 2043 c.c., nella forma - non sconosciuta al nostro ordinamento, nè alla giurisprudenza di questa Corte - della "cooperazione del terzo nell'inadempimento" realizzato da ABC (per un'applicazione recente, sebbene con riferimento a tutt'altra fattispecie, cfr. Cass. Sez. 2, sent. 7 ottobre 2016, n. 20251, Rv. 641719-01).

Di qui, pertanto, il rigetto del terzo motivo di ricorso, attesa anche l'impossibilità di sindacare in questa sede - trattandosi di profilo di merito, il cui esame è precluso a questa Corte - la circostanza fattuale relativa all'impossibilità per la Regione, come essa assume, di "restituire quanto non ricevuto".

8.4. Il quarto motivo di ricorso è inammissibile.

8.4.1. Al riguardo, va premesso che la sola censura astrattamente rilevante - per le ragioni di seguito meglio illustrate - è quella relativa alla violazione dell'art. 2697 c.c., ovvero all'inversione dell'onere della prova, sebbene la censura risulti, comunque, inammissibile.

Sul punto, deve muoversi dalla constatazione che, configurandosi "la tariffa del servizio idrico integrato, in tutte e sue componenti, come il corrispettivo di una prestazione commerciale complessa, è il soggetto esercente detto servizio, il quale pretenda il pagamento anche degli oneri relativi al servizio di depurazione delle acque reflue domestiche, ad essere tenuto a dimostrare l'esistenza di un impianto di depurazione funzionante nel periodo oggetto della fatturazione, in relazione al quale esso pretenda la riscossione" (Cass. Sez. 3, sent. n. 14042 del 2013, cit.).

Tuttavia, tale rilievo, se appare idoneo a regolare la distribuzione dell'onere della prova con riferimento alla pretesa azionata dalla R. nei confronti della "parte" - inadempiente - del contratto di utenza (nella specie ABC), non risulta, invece, adeguata al medesimo scopo, in relazione all'iniziativa assunta nei confronti della Regione, una volta che se ne affermi la responsabilità ex art. 2043 c.c. pure nella forma della "cooperazione nell'inadempimento".

Infatti, ipotizzando la responsabilità della Regione in termini aquiliani (in quanto titolare dell'impianto), l'onere di dimostrare il fatto costitutivo della pretesa - il non funzionamento dello stesso grava su chi azioni la pretesa, e ciò anche nell'ipotesi in cui tale responsabilità ex art. 2043 c.c. venga "declinata" in chiave di cooperazione nell'inadempimento.

Nondimeno, poichè il Tribunale di Napoli, a prescindere dall'individuazione del soggetto onerato dal provarlo, ha ritenuto, comunque, dimostrato il non funzionamento - nel senso sopra chiarito di "assoluta inefficienza" dello stesso - dell'impianto di depurazione (come conferma, del resto, il fatto che il presente motivo censura anche la valutazione della

documentazione in atti, dalla quale è stata tratta siffatta conclusione), la questione della violazione dell'art. 2697 c.c. resta, per così dire, su un piano astratto, donde la sua inammissibilità.

8.4.1.2. Il medesimo esito si impone con riferimento alle restanti censure formulate con il presente motivo.

La sentenza impugnata non reca alcun riferimento all'istituto del "fatto notorio", donde l'applicazione, nel presente giudizio, del principio secondo cui la "proposizione, con il ricorso per cassazione, di censure prive di specifiche attinenze al "decisum" della sentenza impugnata è assimilabile alla mancata enunciazione dei motivi richiesti dall'art. 366 c.p.c., n. 4), con conseguente inammissibilità del ricorso", sul punto, "rilevabile anche d'ufficio" (Cass. Sez. 6-1., ord. 7 settembre 2017, n. 20910, Rv. 645744-01).

Quanto, poi, al lamentato erroneo apprezzamento della documentazione in atti, va qui dato ulteriore seguito al principio già richiamato (cfr. p. 8.2.2.) e secondo cui l'eventuale cattivo esercizio del potere di apprezzamento delle prove non legali da parte del giudice di merito non dà luogo ad alcun vizio denunciabile con il ricorso per cassazione.

8.5. Infine, il sesto motivo di ricorso principale non è fondato.

8.5.1. Esso, come visto, attiene al termine di prescrizione (o meglio, alla disciplina della prescrizione) applicabile al caso di specie.

Orbene, se - come si è detto - la pretesa restitutoria azionata trova titolo nella mancata esecuzione di una prestazione nascente dal contratto di utenza, con tale rilievo non è in contrasto l'applicazione de termine prescrizione (decennale) previsto per la ripetizione dell'indebito, in luogo di quello - più breve - fissato per i crediti relativi a prestazioni periodiche dall'art. 2948 c.c., comma 1, n. 4).

Si consideri, infatti, che questa Corte ha più volte affermato che "l'indebito oggettivo si verifica o perchè manca la causa originaria giustificativa del pagamento ("conditio indebiti sine causa") o perchè la causa del rapporto originariamente esistente è poi venuta meno in virtù di eventi successivi che hanno messo nel nulla o reso inefficace il rapporto medesimo ("conditio ob causam finitam")", e ciò secondo una "distinzione che risale al diritto romano", e che "è ripresa dalla dottrina italiana, sulla base del nuovo testo dell'art. 2033 c.c. nel quale è stato trasfuso l'art. 1327 codice abrogato (1865) che stabiliva il principio della inefficacia degli atti privi di una "causa solvendi"" (così, in motivazione, Cass. Sez. 3, sent. 1 luglio 2005, n. 14084, Rv. 582690-01; in senso analogo già Cass. Sez. 3, sent. 20 dicembre 1974, n. 4378, Rv. 373059-01 e Cass. Sez. 3, sent. 22 settembre 1979, n. 4889, Rv. 401528-01).

Nondimeno, se l'ipotesi della "conditio ob causam finitam" è ravvisabile, di regola, quando il credito risulti "venuto meno successivamente a seguito di annullamento, rescissione o inefficacia connessa ad una condizione risolutiva avveratasi" (Cass. Sez. 3, sent. 28 maggio 2013, n. 13207, Rv. 626695), a tali evenienze va equiparata quella verificatasi nel caso che occupa, ovvero la declaratoria di illegittimità costituzionale della norma disciplinante la quota di tariffa, del corrispettivo previsto per il servizio idrico, destinata a remunerare il servizio di

depurazione, giacchè è essa ad aver reso "indebito", addirittura con effetto "ex tunc", tale pagamento.

Il tutto, peraltro, senza tacere del fatto che la prescrizione breve di cui all'art. 2948 c.c., comma 1, n. 4), si applica solo alle azioni volte ad ottenere il pagamento, in esecuzione di contratti di durata, di somme che presentino il carattere della periodicità, e non - come nella specie - di un importo dovuta a titolo di restituzione in Unica soluzione. La previsione suddetta, infatti, "riguarda prestazioni che maturano con il decorso del tempo e che, pertanto, divengono esigibili solo alle scadenze convenute, giacchè costituiscono il corrispettivo della controprestazione resa per i periodi ai quali i singoli pagamenti si riferiscono", con la conseguenza che "detta prescrizione si giustifica, quindi, sia in ragione della continuità del rapporto che richiede e consente un accertamento in tempi relativamente brevi dell'avvenuta esecuzione delle singole prestazioni, sia perchè l'eventuale prescrizione di una singola prestazione non pregiudica il diritto all'adempimento delle rimanenti, per le quali la prescrizione non sia compiuta" (Cass. Sez. 3, sent. 30 gennaio 2008, n. 2086, Rv. 601285-01).

Nè, d'altra parte, l'esito del rigetto del motivo è contraddetto dalla ricostruzione della responsabilità della Regione in termini di cooperazione nell'inadempimento, e dunque fondata sull'art. 2043 c.c. Sul punto vale il rilievo che la ricorrente avrebbe dovuto lamentare, in questa sede, la violazione dell'art. 2947 c.c., comma 1, nonchè, soprattutto, dedurre, nel giudizio di merito (accertamento precluso in questa sede), quale sia stato il momento in cui la prescrizione ha incominciato a decorrere con la prima manifestazione del danno, essendo quello ipotizzabile nel presente caso un illecito istantaneo con effetti permanenti, come tale "caratterizzato da un'azione che si esaurisce in un lasso di tempo definito, lasciando permanere i suoi effetti". Di conseguenza, "la prescrizione incomincia a decorrere con la prima manifestazione del danno, mentre, nel caso di illecito permanente, protraendosi la verifica dell'evento in ogni momento della durata del danno e della condotta che lo produce, la prescrizione ricomincia a decorrere ogni giorno successivo a quello in cui il danno si è manifestato per la prima volta, fino alla cessazione della predetta condotta dannosa, sicchè il diritto al risarcimento sorge in modo continuo via via che il danno si produce, ed in modo continuo si prescrive se non esercitato entro cinque anni dal momento in cui si verifica" (così Cass. Sez. Un., sent. 24 novembre 2011, n. 23763, Rv. 619392-01; in senso conforme Cass. Sez. 3, sent. 28 maggio 2013, n. 13201, Rv. 62669601; Cass. Sez. Lav., sent. 16 aprile 2018, n. 9318, P.v. 64872.5-01).

8.6. In conclusione, il ricorso va rigettato.

9. Quanto alle spese del presente giudizio, le stesse seguono la soccombenza - da ipotizzarsi sia verso la R. che ABC (in particolare, in relazione a quest'ultima, in ragione del rigetto del terzo motivo di ricorso) - e vanno liquidate come da dispositivo.

10. A carico della ricorrente, stante il rigetto dell'impugnazione, sussiste l'obbligo di versare un ulteriore importo a titolo di contributo unificato, ai sensi del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, art. 13, comma 1 quater

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso è, per l'effetto, condanna la Regione Campania a rifondere le spese del presente giudizio all'Azienda Speciale A.B.C.-Acqua Bene Comune Napoli e a R.S., liquidandole, per ciascuna di esse, in complessivi Euro 2.500,00, oltre Euro 200,00 per esborsi, più spese forfetarie nella misura del 15% ed accessori di legge.

Ai sensi del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, art. 13, comma 1 quater, nel testo introdotto dalla L. 24 dicembre 2012, n. 228, art. 1, comma 17, la Corte dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte della ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato, pari a quello dovuto per il ricorso, a norma dello stesso art. 13, comma 1 bis.

Così deciso in Roma, all'esito di pubblica udienza della Sezione Terza Civile della Corte di Cassazione, il 16 ottobre 2019.

CASSAZIONE CIVILE, SEZ. VI, ORDINANZA N. 2887 DEL 7 FEBBRAIO 2020.
LA MANCATA DICHIARAZIONE DI CONFORMITA' DELL'ATTO RENDE IL RICORSO INAMMISSIBILE.

La Corte di Cassazione ha dichiarato l'inammissibilità del ricorso se privo della regolare attestazione di conformità.

In particolare, il Supremo Collegio è stato chiamato a valutare l'ammissibilità o meno di un ricorso notificato tramite consegna o spedizione a mezzo del servizio postale qualora il ricorrente, all'atto di costituzione in giudizio, ometta di attestare la conformità dell'atto depositato nella segreteria della commissione tributaria adita a quello consegnato o spedito alla controparte e quest'ultima non si costituisca.

Dunque, i giudici di legittimità ne hanno dichiarato l'inammissibilità specificando che, in mancanza dell'attestazione di conformità, ciò che rileva è esclusivamente la difformità tra l'atto spedito o consegnato e quello depositato.

Di seguito l'ordinanza in commento.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE SESTA CIVILE
SOTTOSEZIONE T

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. GRECO Antonio - Presidente -

Dott. LUCIOTTI Lucio - Consigliere -

Dott. CASTORINA Rosaria Maria - Consigliere -

Dott. DELL'ORFANO Antonella - rel. Consigliere -

Dott. GORI Pierpaolo - Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

ORDINANZA

sul ricorso 443-2018 proposto da:

TRASPORTI AMBROSIO SAS DI A.I., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA DEL SERAFICO 106, presso lo studio dell'Avvocato GIUSEPPE TORRE, rappresentata e difesa dall'avvocato UMBERTO RUBERA;

- ricorrente -

contro

AGENZIA DELLE ENTRATE (OMISSIS), in persona del Direttore pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA DEI PORTOGHESI 12, presso l'AVVOCATURA GENERALE DELLO STATO, che la rappresenta e difende ope legis;

- controricorrente -

contro

RISCOSSIONE SICILIA SPA;

- intimata -

avverso la sentenza n. 1757/4/2017 della COMMISSIONE TRIBUTARIA REGIONALE della SICILIA, depositata il 15/05/2017;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio non partecipata del 09/10/2019 dal Consigliere Relatore Dott.ssa ANTONELLA DELL'ORFANO.

Svolgimento del processo

CHE:

la società Trasporti Ambrosio s.a.s. propone ricorso, affidato a tre motivi, per la cassazione della sentenza indicata in epigrafe, con cui la Commissione Tributaria Regionale della Sicilia aveva accolto l'appello proposto dall'Agenzia delle Entrate avverso la sentenza n. 325/2013 della Commissione Tributaria Provinciale di Siracusa in rigetto del ricorso proposto avverso iscrizione a ruolo e cartella di pagamento per il pagamento di imposta ILOR e accessori di legge per l'annualità 1991;

l'Agenzia delle Entrate si è costituita con controricorso, deducendo l'inammissibilità ed infondatezza del ricorso; il Concessionario è rimasto intimato.

Motivi della decisione

CHE:

1.1. la ricorrente, con il primo motivo di ricorso, denuncia la violazione del D.Lgs. n. 546 del 1992, artt. 22 e 53, censurando la sentenza impugnata perchè il Giudice a quo avrebbe dovuto dichiarare l'inammissibilità dell'appello dell'Ufficio: quest'ultimo, infatti, pur avendo notificato l'atto mediante spedizione a mezzo del servizio postale, non avrebbe provveduto ad attestare la conformità dell'atto depositato a quello spedito, avendo prodotto a tale scopo un atto recante unicamente un timbro, privo di sottoscrizione, nè tale conformità sarebbe stata verificata dal Giudice, in quanto la contribuente appellata non si era costituita in giudizio;

1.2. in primo luogo si rileva che, trattandosi di un error in procedendo, la Corte può esaminare il fascicolo d'ufficio e che in quest'ultimo è presente l'originale del ricorso in appello notificato, prodotto in giudizio, dal quale emerge effettivamente la mancanza della

sottoscrizione sull'attestazione di conformità apposta sullo stesso, considerato che tale attestazione deve avere la forma e il contenuto di una dichiarazione, sottoscritta dal difensore, con la quale il medesimo attesta la conformità tra l'atto prodotto e quello spedito per la notifica, sicchè va escluso che possa avere efficacia equipollente un semplice timbro, sia pure con data, ma senza firma (cfr., nel processo tributario, per fattispecie assimilabile relativamente alla mancanza, sulla copia del ricorso in appello notificato all'Ufficio del Ministero delle Finanze ed all'Ente Locale, di ricevuta per sottoscrizione dell'impiegato addetto, sostituita da dicitura a timbro, Cass. nn. 22576/2004, 8982/2002);

1.3. la censura è quindi fondata avuto riguardo alla questione se il ricorso, di primo grado o in appello, notificato mediante consegna o spedizione a mezzo del servizio postale, sia o meno inammissibile qualora il ricorrente, all'atto della costituzione in giudizio, ometta di attestare la conformità dell'atto depositato nella segreteria della commissione tributaria adita a quello consegnato o spedito alla controparte e quest'ultima non si costituisca;

1.4. il D.Lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, art. 22 ("Costituzione in giudizio del ricorrente") (richiamato, per il giudizio di appello, dall'art. 53), dispone, al comma 3, che "in caso di consegna o spedizione a mezzo di servizio postale la conformità dell'atto depositato a quello consegnato o spedito è attestata conforme dallo stesso ricorrente. Se l'atto depositato nella segreteria della commissione non è conforme a quello consegnato o spedito 2 alla parte nei cui confronti il ricorso è proposto, il ricorso è inammissibile e si applica il comma precedente", secondo il quale "l'inammissibilità del ricorso è rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio, anche se la parte resistente si costituisce a norma dell'articolo seguente";

1.5. in primo luogo, occorre ribadire che il citato art. 22, comma 3, va interpretato nel senso che costituisce causa di inammissibilità del ricorso o dell'appello non la mancanza di attestazione, da parte del ricorrente, della conformità tra il documento depositato ed il documento notificato, ma solo la loro effettiva difformità, accertata d'ufficio dal Giudice in caso di tale mancanza (cfr., Cass. nn. 11760/2014, 6780/2009, 4615/2008, 21676/2006, 17180/2004);

1.6. ciò posto, in ordine al problema di come incida sul detto principio la mancata costituzione in giudizio del resistente in primo grado o dell'appellato, con conseguente impossibilità del Giudice di effettuare il diretto raffronto, in concreto, tra l'atto depositato e quello notificato, il Collegio aderisce, come si è detto, all'orientamento prevalente, favorevole alla tesi dell'inammissibilità del ricorso, costituito da Cass. nn. 11637/2017, 6677/2017, 1174/2010, 4615/2008 (contra, Cass. n. 6780/2009);

1.7. tale indirizzo si basa sull'essenziale e condivisibile rilievo secondo cui la soluzione contraria priverebbe di qualsiasi reale funzione la prescritta formalità di attestazione posta a carico del ricorrente, della cui omissione, non potendo essere "sanata" dalla verifica officiosa degli atti da parte del giudice, non può che subirne le conseguenze il soggetto onerato;

1.8. ogni altra censura, relativa alla dedotta nullità della sentenza impugnata per mancata integrazione del contraddittorio nei confronti del Concessionario della Riscossione e vizio di motivazione della sentenza impugnata, resta assorbita;

2. pertanto, va accolto il primo motivo, assorbiti i restanti, e la sentenza deve essere cassata senza rinvio, ai sensi dell'art. 382 c.p.c., u.c., poichè il processo non poteva essere proseguito per l'inammissibilità dell'appello;

3. in ragione dei posteriore consolidarsi della giurisprudenza in materia, è opportuno disporre la compensazione delle spese del giudizio di appello e del giudizio di cassazione.

P.Q.M.

La Corte accoglie il primo motivo di ricorso, assorbiti gli altri; cassa la sentenza impugnata senza rinvio; compensa le spese del giudizio di appello e di quello di cassazione.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio della Corte di Cassazione, Sesta Sezione, il 9 ottobre 2019.

Depositato in Cancelleria il 7 febbraio 2020

CASSAZIONE CIVILE, SEZ. TRIBUTARIA, ORDINANZA N. 5358 DEL 27 FEBBRAIO 2020.

TARSU: IL COMUNE PUO' APPLICARE LA STESSA TARIFFA AGLI ALBERGHI E AI B&B.

Con l'ordinanza in commento, la Corte di Cassazione ha disposto che il Comune può applicare la medesima tariffa TARSU agli alberghi e ai Bed and breakfast rilevando a tal fine l'attività economica concretamente svolta e non anche la destinazione d'uso dell'immobile. Pertanto, si ritiene legittima la discrezionalità del Comune nell'equiparare le strutture adibite ad alberghi e quelle adibite a b&b.

Di seguito l'ordinanza in commento.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE TRIBUTARIA
ORDINANZA

sul ricorso 5251-2018 proposto da:

COMUNE DI PALERMO, domiciliato in ROMA P.ZZA CAVOUR presso la cancelleria della CORTE DI CASSAZIONE, rappresentato e difeso dall'Avvocato SAETTA ROBERTO;

contro

F.A., elettivamente domiciliato in ROMA, VIALE SANTA TERESA 23, presso lo studio dell'avvocato GRIMALDI PAOLO, rappresentato e difeso dall'avvocato GRECO FRANCESCO;

avverso la sentenza n. 2487/201 della COMM. TRIB. REG. di PALERMO, depositata il 04/07/2017;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 22/11/2019 dal Consigliere Dott. NAPOLITANO ANGELO.

Svolgimento del processo

F.A., con atto del 18/11/2013, proponeva ricorso dinanzi alla CTP di Palermo per l'annullamento dell'avviso di accertamento del Comune di Palermo n. (OMISSIS) del 2013, avente ad oggetto la TARSU dell'anno 2010.

Il contribuente svolgeva attività ricettiva, di "Bed and Breakfast" (B&B), nell'appartamento di (OMISSIS), dove risiedeva, e lamentava, fra le altre doglianze, la "erronea ascrizione alla categoria di destinazione d'uso di albergo" dell'unità immobiliare da lui posseduta, ai fini dell'assoggettamento alla TARSU. La CTP accoglieva il ricorso sulla base di tale motivo, assorbiti gli altri.

La CTR della Sicilia respingeva l'appello del Comune, sostenendo che, "sebbene rientri nella nozione di comune esperienza, salva prova contraria del contribuente, che l'attività di B&B dia comunque luogo ad un'attività di ricezione-ospitalità e somministrazione di alimenti e bevande, con produzione di rifiuti certamente differenti e superiori ad un'utenza residenziale, tuttavia ciò potrebbe legittimare il Comune ad istituire, pur nell'ambito della destinazione civile abitazione, una tariffa differenziata per l'uso che si fa di un immobile, ma non ad applicare la tariffa per gli alberghi normalmente caratterizzati da diversa ricettività e dunque da maggiore capacità di produrre rifiuti". Con la conseguenza che, siccome nel caso di specie non sarebbe stato dedotto e provato che l'utilizzazione dell'immobile del contribuente si discostava da quella tipica del B&B, sarebbe illegittima l'applicazione della tariffa "alberghi" sulla base di una assimilazione che, in fatto, non esprime uguale capacità di produrre rifiuti.

Contro la sentenza n. 2487/8/17 della CTR della Sicilia, depositata in data 4/7/2017, il Comune di Palermo ha proposto ricorso per cassazione sulla base di due motivi. Resiste il contribuente con controricorso.

Il Comune di Palermo ha depositato una memoria difensiva ai sensi *dell'art. 380-bis c.p.c.*. All'udienza del 22 novembre 2019 la causa è stata trattenuta in decisione.

Motivi della decisione

I. Con un primo motivo di ricorso, rubricato "Violazione e falsa applicazione del *D.Lgs. n. 507 del 1993, art. 62, comma 4*, e del Regolamento comunale TARSU, art. 4, comma 2", il Comune ricorrente ha dedotto che, in tema di TARSU, il *D.Lgs. n. 507 del 1993, art. 62, comma 4*, dispone che "nelle unità immobiliari adibite a civile abitazione, in cui sia svolta un'attività economica o professionale, può essere stabilito dal regolamento che la tassa è dovuta in base alla tariffa prevista per la specifica attività ed è commisurata alla superficie a tal fine utilizzata".

Si tratterebbe di una norma attributiva del potere, in capo all'ente impositore, di determinare la tariffa della TARSU relativa all'immobile non in base alla sua destinazione d'uso (che nel

caso di specie sarebbe quella di civile abitazione), bensì in base all'attività economica o professionale concretamente esercitata al suo interno.

Orbene, il Comune ricorrente ha dedotto che l'art. 4 del suo regolamento TARSU costituisce l'esplicazione del potere conferitogli in via generale del *D.Lgs. n. 507 del 1993, art. 62, comma 4*, sicchè la tariffa TARSU per gli immobili adibiti allo svolgimento di una attività economica e professionale è determinata in base a tale attività ed è commisurata alla superficie a tal fine utilizzata.

Sostiene il Comune che i giudici di appello hanno erroneamente applicato alla fattispecie di causa, ai fini della qualificazione dell'attività di B&B, una legge di un'altra Regione (la legge della Regione Campania n. 5 del 2001), e sulla base di essa hanno stabilito che non fosse consentita l'equiparazione, ai fini TARSU, tra l'attività di B&B e l'attività alberghiera, visto che i B&B svolgono attività ricettiva in maniera occasionale e priva di carattere imprenditoriale, a differenza delle imprese alberghiere che svolgono l'attività professionalmente.

Di converso, se la L.R. Sicilia n. 32 del 2000, art. 88, comma 4, dispone che "l'esercizio dell'attività di B&B non costituisce cambio di destinazione d'uso dell'immobile e comporta, per i proprietari delle unità abitative, l'obbligo di adibire ad abitazione personale l'immobile medesimo", d'altro canto la L.R. Sicilia n. 2 del 2002, art. 41, comma 1, ha stabilito che "il B&B è inserito tra le attività di cui alla L.R. n. 27 del 1996, art. 3", equiparandolo, dunque, agli alberghi.

2. Con un secondo motivo di ricorso, rubricato "Violazione e falsa applicazione del *D.Lgs. n. 507 del 1993, artt. 62, 68, 69 e 70*, e del Regolamento comunale TARSU", il Comune ricorrente si duole che i giudici di appello non avrebbero considerato che la TARSU prescinde dalla destinazione urbanistica dell'immobile e dalla sua classificazione catastale, dovendosi considerare, invece, l'attitudine alla produzione di rifiuti dell'attività ricettivo-alberghiera alla quale è destinata parte dell'immobile.

Nel caso di specie, secondo l'esito degli accertamenti svolti dal Nucleo di Polizia Municipale e dall'Ufficio Tecnico del Comune di Palermo, della complessiva superficie utile di 159 mq, il contribuente aveva destinato 127 mq all'attività di B&B, a fronte di 32 mq riservati ad abitazione.

Il Comune ricorrente, nel giustificare l'assimilazione della tariffa TARSU prevista per le porzioni di immobili destinate a B&B a quella applicata per gli alberghi, ha richiamato un arresto di questa Corte secondo il quale il Comune può istituire, ai sensi del *D.Lgs. n. 22 del 1997, art. 49*, tariffe differenziate per fasce di utenza che distinguano l'uso domestico e quello non domestico, previo accertamento dell'uso effettivo dei relativi immobili, essendo irrilevante la destinazione catastale.

Del resto, argomenta ancora l'ente locale, il *D.Lgs. n. 507 del 1993, art. 68* stabilisce che, per l'applicazione della tassa, i comuni sono tenuti ad adottare un apposito regolamento che deve contenere "la classificazione delle categorie ed eventuali sottocategorie di locali ed aree con omogenea potenzialità di rifiuti e tassabili con la medesima misura tariffaria", precisando

altresì (comma 2, lett. C) che ai fini dell'articolazione delle categorie e sottocategorie si tiene conto "in via di massima" di varie tipologie di destinazione degli immobili, tra le quali non vi sarebbe distinzione tra tipologie di attività ricettive, accomunate nella onnicomprensiva dizione di "esercizi alberghieri".

3. Occorre preliminarmente rigettare le eccezioni di inammissibilità del ricorso del Comune spiegate dal contribuente controricorrente.

Il Comune ha denunciato la sentenza impugnata per violazione e falsa applicazione di norme di diritto, individuando precisamente i relativi parametri normativi.

Il controllo che il Comune devolve a questa Corte, pertanto, è un controllo di mera legalità: il ricorrente non chiede il riesame nel merito di questioni decise dai giudici di appello.

Il ricorso, d'altronde, è rispettoso dei canoni dell'autosufficienza.

4. Nel merito, i due motivi in cui si articola il ricorso, che possono essere esaminati congiuntamente in quanto connessi, sono fondati.

L'applicazione di una determinata tariffa ai fini TARSU, infatti, è indipendente dalla destinazione d'uso dell'immobile, in quanto lo stesso legislatore, con il *D.Lgs. n. 507 del 1993, art. 62, comma 4*, ha conferito agli enti locali il potere di applicare la tariffa in base all'attività economica concretamente svolta all'interno dell'immobile.

Orbene, di tale potere si è avvalso il Comune di Palermo, che ha previsto nel suo regolamento TARSU (art. 4, comma 2) che "la tassa è dovuta in base alla tariffa prevista per la specifica attività ed è commisurata alla superficie a tal fine utilizzata".

Il problema, allora, è quello di definire l'attività di Bed & Breakfast, sicchè l'indagine non può che muoversi entro confini schiettamente normativi.

A tal proposito, si deve rilevare che, nell'ambito delle fonti normative statali, non si rinviene una qualificazione dell'attività economica di Bed & Breakfast.

In particolare, il *D.Lgs. n. 79 del 2011, art. 9*, che includeva tra le "strutture ricettive alberghiere e paralberghiere" i Bed & Breakfast gestiti in forma imprenditoriale, e l'art. 12 dello stesso decreto che, invece, ricomprendeva tra le strutture extralberghiere i Bed & Breakfast a conduzione familiare, gestiti in forma non imprenditoriale, sono stati dichiarati incostituzionali (Corte Cost., sent. n. 80 del 2012) per violazione della competenza residuale delle Regioni in materia di turismo, escluso dall'elenco delle materie di legislazione concorrente di cui *all'art. 117 Cost.*, comma 3.

Ne consegue che non esiste un'unica qualificazione, valida su tutto il territorio nazionale, dell'attività di Bed & Breakfast, la cui regolamentazione spetta, pertanto, per i profili non civilistici, alle singole Regioni.

4.1 Orbene, come evidenziato dal Comune ricorrente, la L.R. Sicilia n. 2 del 2002, art. 41, comma 1, dispone che "il bed and breakfast è inserito tra le attività di cui alla L.R. 6 aprile 1996, n. 27, art. 3 ", cioè tra le strutture ricettive di carattere alberghiero, senza, dunque, che rilevino le caratteristiche dell'organizzazione dell'attività, se gestita o meno in forma imprenditoriale.

L'equiparazione normativa, ai fini della regolamentazione dei servizi per il turismo nell'ambito del territorio regionale, dei B&B agli alberghi, non impone ai Comuni di quella Regione di assimilarli anche quanto al trattamento tariffario ai fini TARSU. Tuttavia, non può di certo ritenersi viziato da illegittimità, e dunque non può essere disapplicato ai sensi del *D.Lgs. n. 546 del 1992, art. 7, comma 5*, il regolamento comunale che, con riferimento alla determinazione della tariffa da applicare ai fini TARSU, equipara la porzione di immobile destinata all'esercizio del B&B ad un albergo: si tratta, in vero, di una scelta discrezionale del Comune, effettuata nei limiti della potestà impositiva ad esso attribuita dall'ordinamento, non vietata da alcuna norma statale, ed anzi in linea con la disciplina regionale dei servizi per il turismo, che, come visto, inserisce espressamente i B&B tra le strutture ricettive di carattere alberghiero.

5. Pertanto, il ricorso deve essere accolto, la sentenza impugnata cassata e, non essendo necessari ulteriori accertamenti di merito, deve essere rigettato il ricorso proposto in prime cure dal contribuente.

6. La novità delle questioni affrontate consiglia l'integrale compensazione tra le parti delle spese dell'intero giudizio.

P.Q.M.

Accoglie il ricorso e cassa la sentenza impugnata.

Rigetta il ricorso proposto in prime cure dal contribuente.

Compensa integralmente tra le parti le spese dell'intero giudizio.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio, il 22 novembre 2019.

Depositato in Cancelleria il 27 febbraio 2020

CASSAZIONE CIVILE, SEZ. TRIBUTARIA, ORDINANZA 2665 DEL 5 FEBBRAIO 2020.

TOSAP: IL GESTORE PRIVATO E' SOGGETTO PASSIVO SE OCCUPA L'AREA IN CONCESSIONE.

La questione in oggetto trae origine in seguito all'emissione di un avviso di accertamento con cui il Comune chiedeva il pagamento della Tosap per le aree occupate dai parcheggi comunali a pagamento affidate in gestione a un operatore privato. Quest'ultimo riteneva che non ci

fosse il presupposto impositivo in quanto non aveva ricevuto in concessione gli spazi, ma la mera gestione del servizio di parcheggio.

A tal proposito, i giudici di legittimità hanno affermato che il presupposto impositivo si realizza se un'area del demanio comunale, adibita a parcheggi di autoveicoli, è affidata in concessione a un operatore privato che la occupa, sottraendola all'uso pubblico.

Diversamente, se viene attribuito in concessione il mero servizio di gestione del parcheggio si ravvisa un'occupazione temporanea a opera del singolo che risulta essere esente dal pagamento della Tosap.

Pertanto, si ritiene che il concessionario privato che stipula un contratto con il quale acquisisce l'uso di un'area, che per sua natura è pubblica, ne assimila i doveri e la tassazione.

Di seguito l'ordinanza in commento.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE SECONDA CIVILE
ha pronunciato la seguente:
ORDINANZA

sul ricorso 29302-2017 proposto da:

F.T., rappresentato e difeso dall'avvocato ANGELO PICA;

- ricorrente -

contro

MINISTERO ECONOMIA FINANZE;

- intimato -

avverso il decreto della CORTE D'APPELLO di ROMA, depositatè il 03/05/2017;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 22/05/2019 dal Consigliere CHIARA BESSO MARCHEIS.

Svolgimento del processo

CHE:

Con ricorso depositato in data 21 febbraio 2012 F.T. proponeva ricorso alla Corte d'appello di Roma per ottenere la condanna del Ministero dell'Economia e delle Finanze al pagamento dell'equa riparazione ex L. n. 89 del 2001 del danno non patrimoniale subito per l'irragionevole durata del giudizio amministrativo, istaurato innanzi al Tribunale amministrativo regionale della Campania, R.G. 8043/2002.

Con decreto del 3 maggio 2017, la Corte d'appello di Roma rigettava il ricorso in quanto improponibile, non avendo il ricorrente depositato istanza di prelievo.

Contro il decreto ricorre in cassazione F.T..

L'intimato Ministero dell'Economia e delle Finanze non ha proposto difese.

Motivi della decisione

CHE:

1. Il ricorso è articolato in due motivi:

a) Con il primo motivo il ricorrente lamenta violazione o falsa applicazione degli artt. 17, 81 e 82 c.p.a., L. n. 1034 del 1971, art. 23 nonchè dell'allegato 3 c.p.a. e della L. n. 89 del 2001: nell'ambito del giudizio presupposto era stata depositata nel 2002 istanza di fissazione dell'udienza e, a distanza di sette anni, stante l'inerzia del giudice, era stata depositata un'ulteriore istanza di fissazione dell'udienza, seconda istanza che andava qualificata come istanza di prelievo, in quanto aveva lo scopo di segnalare l'urgenza della trattazione e, dunque, della sua decisione; in ogni caso la decisione della Corte d'appello viola le recenti statuizioni della Corte Europea dei diritti dell'uomo, per le quali non si evince, dal contenuto delle disposizioni legislative o dalla prassi giurisprudenziale, che l'istanza di prelievo possa efficacemente accelerare la decisione del giudice adito, così che la negazione del diritto all'equa riparazione solo per aver ommesso di presentare l'istanza di prelievo contrasta con il principio di effettività della tutela giurisdizionale.

b) Con il secondo motivo il ricorrente denuncia violazione o falsa applicazione del D.L. n. 112 del 2008, art. 54, comma 2 come modificato dal D.Lgs. n. 104 del 2010, nonchè della L. n. 89 del 2001, in quanto l'art. 54 non poteva essere applicato ai giudizi amministrativi pendenti alla data di entrata in vigore del D.L. n. 112 del 2008, in base al principio *tempus regit actum*.

Il ricorrente solleva anche eccezione di incostituzionalità del menzionato art. 54, in riferimento all'art. 117 Cost., comma 1, e ai parametri interposti degli artt. 6, par. 1, 13 e 46, par. 1 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo.

Il ricorso è fondato.

Deve, infatti, prendersi atto che nelle more del presente giudizio è intervenuta la sentenza della Corte costituzionale n. 34 del 6 marzo 2019, che ha dichiarato incostituzionale il D.L. n. 112 del 2008, art. 54, comma 2. Il giudice delle leggi, nel richiamare la costante giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo, secondo cui i rimedi preventivi, volti ad evitare che la durata del procedimento diventi irragionevole, sono ammissibili ove siano "effettivi", ossia nella misura in cui velocizzano la decisione del giudice (cfr., in particolare, Corte Europea dei diritti dell'uomo, 29 marzo 2006, Scordino contro Italia), ha ricordato come già con la sentenza 2 giugno 2009, Daddi contro Italia, la Corte Europea aveva preannunciato che una prassi interpretativa ed applicativa del menzionato art. 54, che avesse avuto come effetto quello di rendere inammissibile il ricorso per il solo fatto della mancata presentazione di un'istanza di prelievo, avrebbe privato sistematicamente alcune categorie di ricorrenti della possibilità di ottenere una riparazione adeguata e sufficiente. Il giudice delle leggi, ancora, ha altresì rammentato che di recente, con la sentenza 22 febbraio 2016, Olivieri e altri contro Italia, la Corte Europea ha affrontato il problema dell'effettività del rimedio nazionale ex lege n. 89 del 2001, soggetto alla condizione di proponibilità dell'art. 54 e, esaminando diacronicamente tale disposizione, fino al testo scaturito dalle modifiche apportate dal D.Lgs. n. 104 del 2010, ha conclusivamente ritenuto che la procedura nazionale per lamentare la durata eccessiva di un giudizio dinanzi al giudice amministrativo, risultante dal combinato disposto della "legge Pinto" con la disposizione stessa, non può essere considerata un rimedio

effettivo ai sensi dell'art. 13 della convenzione Europea, soprattutto perchè il sistema giuridico nazionale non prevede alcuna condizione volta a garantire l'esame dell'istanza di prelievo.

La Corte costituzionale ha quindi ritenuto che la norma in esame si pone in contrasto con la "costante giurisprudenza della Corte EDU", atteso che l'istanza di prelievo, cui fa riferimento il D.L. n. 112 del 2008, art. 54, comma 2, (prima della rimodulazione, come rimedio preventivo, operata dalla L. n. 208 del 2015), non costituisce un adempimento necessario, ma una mera facoltà del ricorrente (ex art. 71, comma 2, del codice del processo amministrativo, la parte "può" segnalare al giudice l'urgenza del ricorso), con effetto puramente dichiarativo di un interesse già incardinato nel processo e di mera "prenotazione della decisione" (che può comunque intervenire oltre il termine di ragionevole durata del correlativo grado di giudizio), risolvendosi in un adempimento formale, rispetto alla cui violazione la, non ragionevole e non proporzionata, sanzione di improponibilità della domanda di indennizzo risulta non in sintonia nè con l'obiettivo del contenimento della durata del processo nè con quello indennitario per il caso di sua eccessiva durata;

2. La sopravvenuta declaratoria di incostituzionalità della norma che subordina la proponibilità della domanda di equo indennizzo alla necessaria presentazione dell'istanza di prelievo, in quanto viola l'art. 117 Cost., comma 1 in relazione agli artt. 6 e 13 CEDU, impone la cassazione del decreto impugnato, con rinvio per nuovo esame alla Corte d'appello di Roma, in diversa composizione.

Il giudice del rinvio dovrà in ogni caso considerare, come ribadito dalla Consulta nella menzionata sentenza, che la mancata presentazione dell'istanza di prelievo può costituire elemento indiziante di una sopravvenuta carenza, o di non serietà, dell'interesse della parte alla decisione del ricorso, potendo quindi assumere rilievo ai fini della quantificazione dell'indennizzo ex lege n. 89 del 2001, ma non potendo viceversa condizionare la stessa proponibilità della correlativa domanda.

Al giudice del rinvio è demandata altresì la regolamentazione delle spese del giudizio di cassazione.

P.Q.M.

La Corte accoglie il ricorso; cassa il decreto impugnato e rinvia la causa, anche per le spese del giudizio di legittimità, alla Corte d'appello di Roma, in diversa composizione.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della Seconda Sezione Civile della Corte suprema di cassazione, il 22 maggio 2019.

CASSAZIONE CIVILE, SEZ. VI, ORDINANZE N. 4166 e 4170 DEL 19 FEBBRAIO 2020.

IMU: NON C'E' AGEVOLAZIONE PER I CONIUGI CHE HANNO DUE ABITAZIONI SEPARATE E IN COMUNI DIFFERENTI.

Le pronunce in commento hanno escluso l'agevolazione IMU per l'abitazione principale nel caso in cui i due coniugi abbiano l'abitazione in due immobili differenti situati in comuni diversi.

La decisione rispecchia il dato normativo che disciplina l'IMU secondo cui, ai fini della soggettività passiva all'imposta, rileva la coabitazione dell'intero nucleo familiare del possessore dell'immobile e viene evidenziata la necessità che sia il possessore sia il suo nucleo familiare non solo vi dimorino ma vi risiedano anche anagraficamente.

Di seguito le ordinanze in commento.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE SESTA CIVILE
SOTTOSEZIONE T
ha pronunciato la seguente:
ORDINANZA

sul ricorso 19749-2018 proposto da:

B.G., elettivamente domiciliata in ROMA, PIAZZA CAVOUR, presso la CORTE DI CASSAZIONE, rappresentata e difesa dall'avvocato GIORGIO PAGLIANI;

- ricorrente -

contro

COMUNE DI MANERBA DEL GARDA, in persona del Sindaco pro tempore, elettivamente domiciliato in ROMA, VIA APPIA NUOVA 96, presso lo studio dell'avvocato PAOLO ROLFO, che lo rappresenta e difende unitamente agli avvocati MATTEO PANNI, GIORGIO MOROTTI;

- controricorrente -

avverso la sentenza n. 1287/23/2018 della COMMISSIONE TRIBUTARIA REGIONALE della LOMBARDI SEZIONE DISTACCATA di BRESCIA, depositata il 26/03/2018;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio non partecipata del 26/11/2019 dal Consigliere Relatore Dott. ROSARIA MARIA CASTORINA.

Svolgimento del processo - Motivi della decisione

La Corte:

costituito il contraddittorio camerale ai sensi dell'art. 380 bis c.p.c., come integralmente sostituito dal *D.L. n. 168 del 2016, art. 1 - bis*, comma 1, lett. e), convertito, con modificazioni, dalla *L. n. 197 del 2016*, osserva quanto segue:

Con sentenza n. 1287/23/2018, depositata il 26.3.2018 non notificata, la CTR della Lombardia accoglieva l'appello del Comune di Manerba del Garda su controversia avente ad oggetto avvisi di accertamento per Imu e Tasi per gli anni di imposta 2012, 2013 e 2014 sul presupposto che l'immobile posseduto da B.G. non potesse ritenersi abitazione principale ai fini dell'esenzione.

Avverso la sentenza della CTR la contribuente ha proposto ricorso per Cassazione svolgendo un unico motivo.

Il Comune di Manerba del Garda si è costituito con controricorso.

Con il motivo la ricorrente deduce la violazione del D.L. n. 201 del 2011, art. 13, comma 2, in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 3, per non essere stata riconosciuta l'esenzione sulla casa principale per l'immobile di propria residenza.

La censura non è fondata.

E' incontestato che il coniuge della ricorrente risieda in un altro comune.

Osserva la Corte che il tenore letterale della norma in esame è chiaro, diversificandosi in modo evidente dalla previsione in tema di ICI in tema di agevolazione relativa al possesso di abitazione principale, oggetto di diversi interventi normativi. Il citato D.L. n. 201 del 2011, art. 13, comma 2, per quanto qui rileva, statuisce che "L'imposta municipale propria non si applica al possesso dell'abitazione principale e delle pertinenze della stessa, ad eccezione di quelle classificate nelle categorie catastali A/1, A/8 e A/9 (...). Per abitazione principale si intende l'immobile, iscritto o iscrivibile nel catasto edilizio urbano come unica unità immobiliare, nel quale il possessore ed il suo nucleo familiare dimorano abitualmente e risiedono anagraficamente".

Ciò comporta, la necessità che in riferimento alla stessa unità immobiliare tanto il possessore quanto il suo nucleo familiare non solo vi dimorino stabilmente, ma vi risiedano anche anagraficamente.

Ciò, d'altronde, è conforme all'orientamento costante espresso da questa Corte, in ordine alla natura di stretta interpretazione delle norme agevolative (tra le molte, in tema di ICI, più di recente, cfr. Cass. sez. 5, 11 ottobre 2017, n. 23833; Cass. sez. 6-5, ord. 3 febbraio 2017, n. 3011), condiviso anche dalla Corte costituzionale (cfr. Corte Cost. 20 novembre 2017, n. 242). D'altronde, come indiretta conferma di quanto sopra osservato, rileva anche la modifica introdotta, nel contesto del citato D.L. n. 201 del 2011, art. 13, con l'aggiunta, ad opera della L. n. 208 del 2015, art. 1, comma 10, della previsione, al comma 3, del comma 3a), secondo cui, solo con decorrenza dal 1 gennaio 2016, la base imponibile dell'imposta municipale propria è ridotta del 50% "per le unità immobiliari, fatta eccezione per quelle classificate nelle categorie catastali A/1, A/8 e A/9, concesse in comodato dal soggetto passivo ai parenti in linea retta entro il primo grado che le utilizzano come abitazione principale, a condizione che il contratto sia registrato e che il comodante possieda un solo immobile in Italia e risieda anagraficamente nonchè dimori stabilmente nello stesso comune in cui è situato l'immobile concesso in comodato (...)" (Cass. 20368/2018; Cass. 5314/2019).

Nel caso di specie è accertato che solo la ricorrente aveva la propria residenza anagrafica nel Comune di Manerba del Garda mentre il proprio coniuge, non legalmente separato, ha residenza e dimora abituale in altro Comune.

Il ricorso va conseguentemente rigettato.

Le spese seguono la soccombenza Ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 quater, da atto della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento da parte del ricorrente dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello previsto per il ricorso a norma del citato art. 13, comma 1-bis, se dovuto.

Rigetta il ricorso e condanna la ricorrente al pagamento delle spese processuali che liquida in Euro 510,00 oltre accessori di legge e rimborso forfettario spese generali.

Ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 quater, da atto della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento da parte del ricorrente dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello previsto per il ricorso a norma del citato art. 13, comma 1-bis, se dovuto.

ORDINANZA N. 4170 DEL 19 FEBBRAIO 2020.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE SESTA CIVILE
SOTTOSEZIONE T

ha pronunciato la seguente:

ORDINANZA

sul ricorso 25488-2018 proposto da:

S.L., elettivamente domiciliata in ROMA, PIAZZA CAVOUR, presso la CORTE DI CASSAZIONE, rappresentata e difesa dall'avvocato GIORGIO PAGLIANI;

- ricorrente -

contro

COMUNE DI MANERBA DEL GARDA, in persona del Sindaco pro tempore, elettivamente domiciliato in ROMA, VIA APPIA NUOVA 96, presso lo studio dell'avvocato PAOLO ROLFO, che lo rappresenta e difende unitamente agli avvocati GIORGIO MOROTTI, MATTEO PANNI;

- controricorrente -

avverso la sentenza n. 2573/23/2018 della COMMISSIONE TRIBUTARIA REGIONALE della LOMBARDIA SEZIONE DISTACCATA di BRESCIA, depositata il 05/06/2018;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio non partecipata del 26/11/2019 dal Consigliere Relatore Dott. CASTORINA ROSARIA MARIA.

Svolgimento del processo - Motivi della decisione

La Corte, costituito il contraddittorio camerale ai sensi dell'art. 380 bis c.p.c., come integralmente sostituito dal D.L. n. 168 del 2016, art. 1-bis, comma 1, lett. e), convertito, con modificazioni, dalla L. n. 197 del 2016, osserva quanto segue:

Con sentenza n. 2573/23/2018, depositata il 5.6.2018 non notificata, la CTR della Lombardia accoglieva l'appello del Comune di Manerba del Garda su controversia avente ad oggetto avvisi di accertamento per Imu e Tasi per gli anni di imposta 2012, 2013 e 2014 sul

presupposto che l'immobile posseduto da S.L. non potesse ritenersi abitazione principale ai fini dell'esenzione.

Avverso la sentenza della CTR la contribuente ha proposto ricorso per Cassazione svolgendo un unico motivo.

Il Comune di Manerba del Garda si è costituito con controricorso.

Con il motivo la ricorrente deduce la violazione del D.L. 201 del 2011, art. 13, comma 2 in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 3 per non essere stata riconosciuta l'esenzione sulla casa principale disgiuntamente ai coniugi.

Il motivo non è fondato.

E' incontestato che il coniuge della ricorrente risieda in un altro comune e goda della esenzione prevista per la casa principale.

Il citato D.L. n. 201 del 2011, art. 13, comma 2, per quanto qui rileva, statuisce che "L'imposta municipale propria non si applica al possesso dell'abitazione principale e delle pertinenze della stessa, ad eccezione di quelle classificate nelle categorie catastali A/1, A/8 e A/9 (... J. Per abitazione principale si intende l'immobile, iscritto o iscrivibile nel catasto edilizio urbano come unica unità immobiliare, nel quale il possessore ed il suo nucleo familiare dimorano abitualmente e risiedono anagraficamente". Ciò comporta la necessità che in riferimento alla stessa unità immobiliare tanto il possessore quanto il suo nucleo familiare dimorino ivi stabilmente e vi risiedano anagraficamente.

Ai sensi del D.Lgs. n. 504 del 1992, art. 8, comma 2, così come modificato della L. n. 296 del 2006, art. 1, comma 173, lett. b), con decorrenza dal 1 gennaio 2007 perchè possa farsi luogo alla detrazione d'imposta occorre che l'unità immobiliare sia adibita ad abitazione principale del soggetto passivo "intendendosi per tale salvo prova contraria, quella di residenza anagrafica". Si precisa nell'ultimo periodo del citato D.Lgs. n. 504 del 1992, art. 8 che "per abitazione principale si intende quella nella quale il contribuente (...) e i suoi familiari dimorano abitualmente".

L'interpretazione che di tale norma ne ha dato Cass. sez. 5, 15 giugno 2010, n. 14389 è la seguente " in tema di ICI, ai fini della spettanza della detrazione e dell'applicazione dell'aliquota ridotta prevista per le abitazioni principali dal D.Lgs. n. 504 del 1992, art. 8, un'unità immobiliare può essere riconosciuta abitazione principale solo se costituisca la dimora abituale non solo del ricorrente, ma anche dei suoi familiari, non potendo sorgere il diritto alla detrazione nell'ipotesi in cui tale requisito sia riscontrabile solo nel ricorrente ed invece difetti nei familiari". Non vi sono motivi per discostarsi da tale orientamento cui è stata data continuità con due recenti pronunce (cfr. Cass.nr 15444/2017 e nr 13062/2017). Nel caso di specie è accertato che solo la ricorrente aveva la propria residenza anagrafica nel Comune di Manerba del Garda mentre il proprio coniuge, non legalmente separato, non solo aveva residenza e dimora abituale in altro Comune ma aveva usufruito in tale Comune dell'agevolazione in materia di ICI. Il ricorso va conseguentemente rigettato.

Le spese seguono la soccombenza.

Ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 quater, da atto della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento da parte del ricorrente dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello previsto per il ricorso a norma del citato art. 13, comma 1-bis, se dovuto.

P.Q.M.

Rigetta il ricorso e condanna la ricorrente al pagamento delle spese processuali che liquida in Euro800,00 oltre rimborso forfettario spese generali e accessori di legge.

Ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 quater, da atto della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento da parte del ricorrente dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello previsto per il ricorso a norma del citato art. 13, comma 1-bis, se dovuto.

C) PRASSI

Il MEF risponde. IMU: per l'anno 2020 la modalità di redazione della delibera di determinazione delle aliquote resta invariata.

Ministero dell'Economia e delle Finanze

OGGETTO: Imposta municipale propria (IMU). Art. 1, commi 756, 757 e 767, della legge 27 dicembre 2019, n. 160 (legge di bilancio 2020). Chiarimenti in merito al prospetto delle aliquote.

Pervengono numerosi quesiti con i quali si chiedono chiarimenti in ordine alle modalità di redazione della delibera di determinazione delle aliquote dell'imposta municipale propria (IMU) per l'anno 2020 e, in particolare, alla vigenza già per tale anno dell'obbligo di elaborare il prospetto delle aliquote di cui all'art. 1, comma 757, della legge 27 dicembre 2019, n. 160 (legge di bilancio 2020).

La disposizione in commento prevede, in particolare, che *“In ogni caso, anche se non si intenda diversificare le aliquote rispetto a quelle indicate ai commi da 748 a 755, la delibera di approvazione delle aliquote deve essere redatta accedendo all'applicazione disponibile nel Portale del federalismo fiscale che consente, previa selezione delle fattispecie di interesse del comune tra quelle individuate con il decreto di cui al comma 756, di elaborare il prospetto delle aliquote che forma parte integrante della delibera stessa. La delibera approvata senza il prospetto non è idonea a produrre gli effetti di cui ai commi da 761 a 771. Con lo stesso decreto di cui al comma 756 sono stabilite le modalità di elaborazione e di successiva trasmissione al Dipartimento delle finanze del Ministero dell'economia e delle finanze del prospetto delle aliquote”*.

Al fine di comprendere la portata di tale norma, occorre considerare che il precedente comma 756 del medesimo art. 1 della legge n. 160 del 2019 introduce, a decorrere dall'anno 2021, una limitazione alla potestà del comune di diversificare le aliquote dell'IMU, stabilendo che detta potestà può esercitarsi esclusivamente con riferimento ad alcune fattispecie predeterminate, per la cui individuazione lo stesso comma 756 rinvia ad un decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, da adottare entro centottanta giorni

dalla data di entrata in vigore della legge in questione.

Dal combinato disposto dei commi 756 e 757 appena richiamati, emerge, dunque, che il prospetto delle aliquote dovrà necessariamente tener conto delle fattispecie per le quali è consentita la diversificazione, così come individuate dal predetto decreto. E, invero, tale decreto è richiamato dal medesimo comma 757 quale atto necessario per consentire ai comuni, in fase di redazione del prospetto, di selezionare le fattispecie di interesse, nonché quale provvedimento cui è demandata la definizione delle modalità di elaborazione e successiva trasmissione del prospetto stesso al Dipartimento delle finanze.

Conseguentemente, atteso che la limitazione della potestà di diversificazione delle aliquote alle sole fattispecie che saranno individuate dal decreto in questione decorre, per espressa previsione dell'art. 1, comma 756, della legge n. 160 del 2019, dall'anno 2021, solo da tale anno – e in ogni caso solo in seguito all'adozione del decreto – vigerà l'obbligo di redigere la delibera di approvazione delle aliquote dell'IMU previa elaborazione, tramite un'apposita applicazione del Portale del federalismo fiscale, del prospetto che ne formerà parte integrante.

È evidente, pertanto, che la disposizione che sancisce l'inidoneità della delibera priva del prospetto a produrre effetti non si può che riferire al momento in cui il modello di prospetto verrà reso disponibile in esito all'approvazione del decreto di cui al comma 756.

Nella medesima ottica deve essere letto, a ben guardare, il comma 767 dell'art. 1 della legge n. 160 del 2019, il quale – nel disciplinare la trasmissione, mediante il Portale del federalismo fiscale, dei regolamenti e delle delibere di approvazione delle aliquote dell'IMU e la conseguente pubblicazione sul sito internet www.finanze.gov.it – richiede, con riferimento alle aliquote, l'inserimento nello stesso Portale del prospetto di cui al comma 757.

Un'interpretazione sistematica di tale disposizione, effettuata alla luce dei sopra illustrati commi 756 e 757, conduce a ritenere che, per l'anno 2020, e comunque sino all'adozione del decreto di cui al comma 756, la trasmissione ad opera dei comuni della delibera di approvazione delle aliquote dell'IMU deve avvenire mediante semplice inserimento del testo della stessa, come stabilito, in via generale, dall'art. 13, comma 15, del D. L. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214.



Si coglie l'occasione per evidenziare, al riguardo, che, ai sensi del richiamato comma 767, la delibera in questione acquista efficacia per l'anno di riferimento solo ove pubblicata entro il 28 ottobre del medesimo anno e che, a tal fine, detta trasmissione deve avvenire entro il termine perentorio del 14 ottobre.

Il Direttore Generale delle
Finanze Fabrizia
Lapcorella [*Firmato
digitalmente*]