


2020

04

 ANACAP

QUADERNI SULLA FISCALITA' LOCALE



A) LEGGI E DISEGNI DI LEGGE

- Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, recante misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19. Proroga dei termini per l'adozione di decreti legislativi.....pag. 3

B) GIURISPRUDENZA

- Illegittimità delle delibere delle tariffe TARI in ritardo rispetto al termine previsto per l'approvazione del bilancio comunale. Consiglio di Stato, Sez. V, Sentenza n. 2189 dell'1 aprile 2020.....pag. 8

- Legittima l'aggiudicazione se l'offerta corrisponde funzionalmente alle specifiche tecniche di gara. Consiglio di Stato, Sez. V, Sentenza n. 2093 del 25 marzo 2020.....pag. 12

- Sulla sostituzione dell'impresa ausiliaria. Consiglio di Stato, Sez. V, Sentenza n. 2551 del 22 aprile 2020.....pag. 22

- Accesso civico generalizzato su gare e contratti. Consiglio di Stato, Ad. Plenaria, Sentenza n. 10 del 2 aprile 2020.....pag. 28

- Errore scusabile in caso di mancata notifica all'indirizzo PEC della P.A. indicato sul ReGIndE. Consiglio di Stato, Sez. VI, Sentenza n. 2256 del 6 aprile 2020.....pag. 64

- La mancata impugnazione dell'aggiudicazione definitiva disposta a seguito della sentenza appellata non comporta l'improcedibilità dell'appello. Consiglio di Stato, Sez. V, Sentenza n. 2357 del 10 aprile 2020.....pag. 68

- Concessioni di servizi tra principio di tutela della concorrenza e rischio di impresa. TAR Toscana, Sez. III, Sentenza n. 371 del 28 marzo 2020.....pag. 79

C) PRASSI

- MEF: Risoluzione n. 3/DF del 17 aprile 2020. Atti di accertamento esecutivo di cui all'art. 1, comma 792 della Legge 27 dicembre 2019, n. 160. Modalità di rateazione delle somme dovute. Quesito.....pag. 88

- L'IMU sulle aree edificabili profili processuali e sostanziali. Avv. Giuseppe Dicuonzo.....pag. 90

D) ATTIVITA' ANACAP

- ANACAP: Segnalazione ANAC.....pag. 95

A) LEGGI E DISEGNI DI LEGGE

Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, recante misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19. Proroga dei termini per l'adozione di decreti legislativi.

Art. 61 (Sospensione dei versamenti delle ritenute, dei contributi previdenziali e assistenziali e dei premi per l'assicurazione obbligatoria)

1. Per i soggetti di cui al comma 2, che hanno il domicilio fiscale, la sede legale o la sede operativa nel territorio dello Stato, sono sospesi:

- a) i termini relativi ai versamenti delle ritenute alla fonte, di cui agli articoli 23 e 24 del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600, che i predetti soggetti operano in qualità di sostituti d'imposta, dal 2 marzo 2020 al 30 aprile 2020;
- b) i termini relativi agli adempimenti e ai versamenti dei contributi previdenziali e assistenziali e dei premi per l'assicurazione obbligatoria, dal 2 marzo 2020 al 30 aprile 2020;
- c) i termini dei versamenti relativi all'imposta sul valore aggiunto in scadenza nel mese di marzo 2020.

2. Le disposizioni di cui al comma 1 si applicano ai seguenti soggetti:

- a) imprese turistico-ricettive, agenzie di viaggio e turismo e tour operator;
- b) federazioni sportive nazionali, enti di promozione sportiva, associazioni e società sportive professionistiche e dilettantistiche, nonché soggetti che gestiscono stadi, impianti sportivi, palestre, club e strutture per danza, fitness e culturismo, centri sportivi, piscine e centri natatori;
- c) soggetti che gestiscono teatri, sale da concerto, sale cinematografiche, ivi compresi i servizi di biglietteria e le attività di supporto alle rappresentazioni artistiche, nonché discoteche, sale da ballo, nightclub, sale da gioco e biliardi;
- d) soggetti che organizzano corsi, fiere ed eventi, ivi compresi quelli di carattere artistico, culturale, ludico, sportivo e religioso;
- e) soggetti che gestiscono attività di ristorazione, gelaterie, pasticcerie, bar e pub;
- f) soggetti che gestiscono musei, biblioteche, archivi, luoghi e monumenti storici, nonché orti botanici, giardini zoologici e riserve naturali;
- g) soggetti che gestiscono asili nido e servizi di assistenza diurna per minori disabili, servizi educativi e scuole per l'infanzia, servizi didattici di primo e secondo grado, corsi di formazione professionale, scuole di vela, di navigazione, di volo, che rilasciano brevetti o patenti commerciali, scuole di guida professionale per autisti;

- h) soggetti che gestiscono asili nido e servizi di assistenza diurna per minori disabili, servizi educativi e scuole per l'infanzia, servizi didattici di primo e secondo grado, corsi di formazione professionale, scuole di vela, di navigazione e di volo, che rilasciano brevetti o patenti commerciali, scuole di guida professionale per autisti;
- i) aziende termali di cui alla legge 24 ottobre 2000, n. 323, e centri per il benessere fisico;
- l) soggetti che gestiscono parchi divertimento o parchi tematici;
- m) soggetti che gestiscono stazioni di autobus, ferroviarie, metropolitane, marittime o aeroportuali;
- n) soggetti che gestiscono servizi di trasporto merci e trasporto passeggeri terrestre, aereo, marittimo, fluviale, lacuale e lagunare, ivi compresa la gestione di funicolari, funivie, cabinovie, seggiovie e skilift;
- o) soggetti che gestiscono servizi di noleggio di mezzi di trasporto terrestre, marittimo, fluviale, lacuale e lagunare;
- p) soggetti che gestiscono servizi di noleggio di attrezzature sportive e ricreative ovvero di strutture e attrezzature per manifestazioni e spettacoli;
- q) soggetti che svolgono attività di guida e assistenza turistica;
- r) alle organizzazioni non lucrative di utilità sociale di cui all'articolo 10, del decreto legislativo 4 dicembre 1997, n. 460 iscritte negli appositi registri, alle organizzazioni di volontariato iscritte nei registri regionali e delle province autonome di cui alla legge 11 agosto 1991, n. 266, e alle associazioni di promozione sociale iscritte nei registri nazionale, regionali e delle province autonome di Trento e Bolzano di cui all'articolo 7 della legge 7 dicembre 2000, n. 383, che esercitano, in via esclusiva o principale, una o più attività di interesse generale previste dall'articolo 5, comma 1 del decreto legislativo 3 luglio 2017, n.117.
- s) esercenti di librerie che non risultano ricomprese in gruppi editoriali dagli stessi direttamente gestite;
- t) organizzazioni non lucrative di utilità sociale di cui all'articolo 10 del decreto legislativo 4 dicembre 1997, n. 460, iscritte negli appositi registri, organizzazioni di volontariato iscritte nei registri regionali e delle province autonome di cui alla legge 11 agosto 1991, n. 266, e associazioni di promozione sociale iscritte nei registri nazionale, regionali e delle province autonome di Trento e di Bolzano di cui all'articolo 7 della legge 7 dicembre 2000, n. 383, che esercitano, in via esclusiva o principale, una o più attività di interesse generale previste dall'articolo 5, comma 1, del codice di cui al decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117.

3. Per le imprese turistico-ricettive, le agenzie di viaggio e turismo e i tour operator che hanno il domicilio fiscale, la sede legale o la sede operativa nei comuni individuati nell'allegato 1 al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 1° marzo 2020, restano ferme le disposizioni di cui all'articolo 1, comma 3, del decreto del Ministro dell'economia e delle finanze 24 febbraio 2020, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 48 del 26 febbraio 2020.

4. Salvo quanto disposto al comma 5, i versamenti sospesi ai sensi del comma 1 sono effettuati, senza applicazione di sanzioni e interessi, in un'unica soluzione entro il 31 maggio 2020 o mediante rateizzazione fino a un massimo di cinque rate mensili di pari importo a decorrere dal mese di maggio 2020. Nei medesimi termini sono effettuati, anche mediante il sostituto d'imposta, i versamenti delle ritenute non operate ai sensi dell'articolo 1, comma 3, del decreto del Ministro dell'economia e delle finanze 24 febbraio 2020.

5. Le federazioni sportive nazionali, gli enti di promozione sportiva, le associazioni e le società sportive professionistiche e dilettantistiche, di cui al comma 2, lettera b), applicano la sospensione di cui al comma 1 fino al 31 maggio 2020. I versamenti sospesi ai sensi del periodo precedente sono effettuati, senza applicazione di sanzioni e interessi, in un'unica soluzione entro il 30 giugno 2020 o mediante rateizzazione fino a un massimo di cinque rate mensili di pari importo a decorrere dal mese di giugno 2020. Non si fa luogo al rimborso di quanto già versato.

Art. 67 (Sospensione dei termini relativi all'attività degli uffici degli enti impositori)

1. Sono sospesi dall'8 marzo al 31 maggio 2020 i termini relativi alle attività di liquidazione, di controllo, di accertamento, di riscossione e di contenzioso, da parte degli uffici degli enti impositori. Sono, altresì, sospesi, dall'8 marzo al 31 maggio 2020, i termini per fornire risposta alle istanze di interpello, ivi comprese quelle da rendere a seguito della presentazione della documentazione integrativa, di cui all'articolo 11 della legge 27 luglio 2000, n. 212, all'articolo 6 del decreto legislativo 5 agosto 2015, n. 128, e all'articolo 2 del decreto legislativo 14 settembre 2015, n. 147. Per il medesimo periodo, è, altresì, sospeso il termine previsto dall'articolo 3 del decreto legislativo 24 settembre 2015, n. 156, per la regolarizzazione delle istanze di interpello di cui al periodo precedente. Sono inoltre sospesi i termini di cui all'articolo 7, comma 2, del decreto legislativo 5 agosto 2015, n. 128, i termini di cui all'articolo 1-bis del decreto-legge 24 aprile 2017, n. 50, convertito, con modificazioni, dalla legge 21 giugno 2017, n. 96, e di cui agli articoli 31-ter e 31-quater del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600, nonché i termini relativi alle procedure di cui all'articolo 1, commi da 37 a 43, della legge 23 dicembre 2014, n. 190.

2. In relazione alle istanze di interpello di cui al comma precedente, presentate nel periodo di sospensione, i termini per la risposta previsti dalle relative disposizioni, nonché il termine previsto per la loro regolarizzazione, come stabilito dall'articolo 3 del decreto legislativo 24 settembre 2015, n. 156, iniziano a decorrere dal primo giorno del mese successivo al termine del periodo di sospensione. Durante il periodo di sospensione, la presentazione delle predette istanze di interpello e di consulenza giuridica è consentita esclusivamente per via telematica, attraverso l'impiego della posta elettronica certificata di cui al decreto del Presidente della Repubblica 11 febbraio 2005, n. 68, ovvero, per i soggetti non residenti che non si avvalgono di un domiciliatario nel territorio dello Stato, mediante l'invio alla casella di posta elettronica ordinaria div.contr.interpello@agenziaentrate.it.

3. Sono, altresì, sospese, dall'8 marzo al 31 maggio 2020, le attività, non aventi carattere di indifferibilità ed urgenza, consistenti nelle risposte alle istanze, formulate ai sensi degli

articoli 492-bis del codice di procedura civile e 155-quater, 155-quinquies e 155-sexies delle disposizioni per l'attuazione del codice di procedura civile e disposizioni transitorie, di cui al regio decreto 18 dicembre 1941, n. 1368, di accesso alla banca dati dell'Anagrafe Tributaria, compreso l'Archivio dei rapporti finanziari, autorizzate dai Presidenti, oppure dai giudici delegati, nonché nelle risposte alle istanze formulate ai sensi dell'articolo 22 della legge 7 agosto 1990, n. 241, e dell'articolo 5 del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33.

4. Con riferimento ai termini di prescrizione e decadenza relativi all'attività degli uffici degli enti impositori si applica, anche in deroga alle disposizioni dell'articolo 3, comma 3, della legge 27 luglio 2000, n. 212, l'articolo 12, commi 1 e 3, del decreto legislativo 24 settembre 2015, n. 159.

Art. 103 (Sospensione dei termini nei procedimenti amministrativi ed effetti degli atti amministrativi in scadenza)

1. Ai fini del computo dei termini ordinatori o perentori, propedeutici, endoprocedimentali, finali ed esecutivi, relativi allo svolgimento di procedimenti amministrativi su istanza di parte o d'ufficio, pendenti alla data del 23 febbraio 2020 o iniziati successivamente a tale data, non si tiene conto del periodo compreso tra la medesima data e quella del 15 aprile 2020. Le pubbliche amministrazioni adottano ogni misura organizzativa idonea ad assicurare comunque la ragionevole durata e la celere conclusione dei procedimenti, con priorità per quelli da considerare urgenti, anche sulla base di motivate istanze degli interessati. Sono prorogati o differiti, per il tempo corrispondente, i termini di formazione della volontà conclusiva dell'amministrazione nelle forme del silenzio significativo previste dall'ordinamento.

Art. 108, comma 1 bis (Misure urgenti per lo svolgimento del servizio postale)

1-bis. Per lo svolgimento dei servizi di notificazione a mezzo posta, di cui alla legge 20 novembre 1982, n. 890, e all'articolo 201 del codice della strada, di cui al decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285, gli operatori postali procedono alla consegna delle suddette notificazioni con la procedura ordinaria di firma di cui all'articolo 7 della legge 20 novembre 1982, n. 890, oppure con il deposito in cassetta postale dell'avviso di arrivo della raccomandata o altro atto che necessita di firma per la consegna. Il ritiro avviene secondo le indicazioni previste nell'avviso di ricevimento.

La compiuta giacenza presso gli uffici postali inizia a decorrere dal 30 aprile 2020. I termini sostanziali di decadenza e prescrizione di cui alle raccomandate con ricevuta di ritorno inviate nel periodo in esame sono sospesi sino alla cessazione dello stato di emergenza.

Art. 125, comma 2 bis (Proroga dei termini nel settore assicurativo e per opere di efficientamento energetico e sviluppo territoriale sostenibile dei piccoli comuni)

2-bis. Su richiesta dell'assicurato possono essere sospesi, per il periodo richiesto dall'assicurato stesso e sino al 31 luglio 2020, i contratti di assicurazione obbligatoria per la responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli a motore e dei natanti. La sospensione opera dal giorno in cui l'impresa di assicurazione ha ricevuto la richiesta di



sospensione da parte dell'assicurato e sino al 31 luglio 2020. Conseguentemente le società assicuratrici non possono applicare penali o oneri di qualsiasi tipo in danno dell'assicurato richiedente la sospensione e la durata dei contratti è prorogata di un numero di giorni pari a quelli di sospensione senza oneri per l'assicurato. La sospensione del contratto conseguita in applicazione del presente comma è aggiuntiva e non sostitutiva di analoghe facoltà contrattualmente previste in favore dell'assicurato, che restano pertanto esercitabili. Durante il periodo di sospensione previsto dal presente comma, il veicolo per cui l'assicurato ha chiesto la sospensione non può in alcun caso circolare né stazionare su strada pubblica o su area equiparata a strada pubblica in quanto temporaneamente privo dell'assicurazione obbligatoria, ai sensi dell'articolo 2054 del codice civile, contro i rischi della responsabilità civile derivante dalla circolazione.

B) GIURISPRUDENZA**CONSIGLI DI STATO, SEZ. V, SENTENZA N. 2189 DEL 1 APRILE 2020.**
ILLEGITTIMITA' DELLE DELIBERE DELLE TARIFFE TARI IN RITARDO RISPETTO
AL TERMINE PREVISTO PER L'APPROVAZIONE DEL BILANCIO COMUNALE.

La questione sottoposta all'esame del Consiglio di Stato concerne la tardività delle delibere TARI, già oggetto di numerose pronunce giurisprudenziali quasi tutte sfavorevoli ai Comuni. Precisamente, nella sentenza in commento il Consiglio di Stato ha ribadito che il termine per l'adozione delle delibere tariffarie e regolamentari è da ritenersi perentorio e, di conseguenza, qualsiasi ritardo le rende invalide.

Nel caso di specie, un Comune ha approvato il piano finanziario e tariffe TARI in ritardo rispetto al termine perentorio del 31 marzo, procedendo poi all'annullamento in autotutela della delibera adottata per poi approvarne una nuova a fine luglio dello stesso anno.

Nonostante alcuni consiglieri comunali abbiano segnalato la difformità della delibera al MEF, secondo il Dipartimento delle Finanze la stessa è conforme alla normativa in quanto il Comune ha proceduto ad un aumento delle tariffe TARI per salvaguardare il bilancio.

I giudici di prime cure hanno annullato la delibera di luglio affermando che il Comune non può aggirare il termine del 31 marzo.

Tale decisione è stata confermata dal Consiglio di Stato, il quale ha sancito l'illegittimità delle delibere delle tariffe TARI approvate in ritardo rispetto al termine previsto per l'approvazione del bilancio comunale, anche se adottate entro luglio in sede di ripristino degli equilibri di bilancio.

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 Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)
ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 4275 del 2019,
proposto da

Comune di Pisticci, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Patrizia Celestina Caruso e Giuseppe Durante, con domicilio digitale come da registri di Giustizia;

contro

Domenico Giovanni Mastronardi, Rocco Salvatore Caramuscio e Pasquale Domenico Grieco, tutti rappresentati e difesi dall'avvocato Angela Galetta, con domicilio digitale come da registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Carlo Izzo in Roma, alla via Alberto Caroncini, n. 4;

per la riforma della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata, sez. I, n. 788/2018, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati; Visti gli atti di costituzione in giudizio di Domenico Giovanni Mastronardi, Rocco Salvatore Caramuscio e Pasquale Domenico Grieco; Visti tutti gli atti della causa; Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 febbraio 2020 il Cons. Giovanni Grasso e uditi per le parti gli avvocati Durante e Izzo, per delega di Galetta; Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- Con delibera n. 6 del 21 aprile 2017 il Consiglio comunale di Pisticci approvava il Piano finanziario e delle tariffe della TARI (tassa rifiuti) per l'anno 2017, in particolare prevedendo per quest'ultima un gettito pari, per l'anno 2017, ad € 2.206.700,00. Con nota del 27 aprile 2017 il Ministro dell'Economia e delle Finanze: a) rappresentava l'illegittimità della deliberazione, per violazione dell'art. 1, comma 169, legge n. 296/2006, in quanto posta in essere oltre il termine decadenziale del 31 marzo 2017; b) sollecitava, per l'effetto, l'Amministrazione comunale al ritiro del provvedimento in via di autotutela. Con delibera n. 27 del 12 luglio 2017, in ottemperanza all'invito ministeriale, il Comune di Pisticci disponeva l'annullamento in autotutela della deliberazione n. 6 del 21.4.2017, con conseguente automatica prorogatio, ai sensi dell'art. 1, comma 169 ultimo periodo, l. n. 296/2006, delle Tariffe TARI approvate per l'anno 2016, per un complessivo ed inferiore gettito di € 1.694.398,63.

Peraltro, con la medesima deliberazione l'Amministrazione disponeva il rinvio ad "apposito futuro provvedimento consiliare" preordinato alla "adozione delle misure necessarie a ripristinare il pareggio di bilancio contestualmente all'accertamento del permanere o meno degli equilibri generali del bilancio medesimo, previa valutazione dell'opportunità di procedere all'aumento delle tariffe TARI, ai sensi e per gli effetti della disposizione di cui all'art. 193 comma 3, ultimo periodo d. lgs. 267/2000 e ss. mm. ii.", ovvero alla alternativa ricerca "nel bilancio comunale [de]i mezzi per sopperire allo squilibrio derivante dalla necessaria adozione della deliberazione [in autotutela]". Con successiva delibera n. 31 del 27 luglio 2017 il Consiglio comunale – richiamando i poteri di modifica dei tributi in sede di ripristino degli equilibri generali di bilancio, di cui all'art. 193, comma 3 del T.U.E.L. – approvava il piano finanziario 2017 e le conseguenti tariffe TARI, così come già proposte ed approvate con la delibera n. 6/2017. Nella stessa seduta, ai sensi degli artt. 175, comma 8, e 193 T.U.E.L., il Consiglio approvava la deliberazione n. 32 (avente ad oggetto "Assestamento generale di bilancio e salvaguardia degli equilibri per l'esercizio 2017"), con la quale, tenendo conto degli esiti sul bilancio della precedente coeva deliberazione n. 31, attestava il permanere degli equilibri di bilancio.

2.- Con rituale ricorso dinanzi al TAR per la Basilicata, Domenico Giovanni Mastronardi, Rocco Salvatore Caramuscio e Pasquale Domenico Grieco – tutti nella allegata qualità di cittadini del Comune di Pisticci ed ivi residenti, proprietari di immobili situati sul territorio comunale e, comunque, utilizzatori a vario titolo di immobili parimenti situati sul territorio

comunale – impugnavano la ridetta delibera n. 31/2017, lamentandone con plurimo motivo di doglianza l’illegittimità per violazione degli artt. 293 (recte: 193) d.

lgs. 267/2000; 1, comma 683, l. n. 147/2013; 1, comma 169, l. n. 296/2006; 1, commi 651, 654 e 655 l. n. 147/2013; 8, comma 3, lett. d), d.P.R. n. 158/1999; 3 l. n. 241/1990, in una ad eccesso di potere sotto plurimo profilo.

3.- Nella resistenza del Comune intimato con la sentenza in epigrafe il TAR accoglieva il ricorso sul complessivo ed argomentato assunto: a) che la possibilità di adottare delibere in aumento della tariffa TARI, per il ripristino degli equilibri di bilancio ex art. 193, comma 3 T.U.E.L. postulasse il previo accertamento dello squilibrio di bilancio, mercé l’adozione di (apposita e formale) delibera di c.d. accertamento negativo; b) che in assenza di quest’ultima, la mera “riapprovazione” del piano risultasse concretamente elusiva del termine perentorio per l’approvazione delle variazioni di bilancio; c) che, del resto, la fruizione della deroga temporale concessa della norma in questione avrebbe postulato l’attuazione delle puntuali misure ivi contemplate, in caso di accertato squilibrio; d) che neppure fosse stata idoneamente motivata l’opzione per il (tardivo) aumento tariffario, quale alternativa alle distinte ed ulteriori misure intese al ripristino degli equilibri finanziari.

4.- Con atto di appello, notificato nei tempi e nelle forme di rito, il Comune di Pisticci impugnava la ridetta statuizione, di cui lamentava la complessiva erroneità ed ingiustizia, invocandone l’integrale riforma. Si sono costituiti in giudizio, per resistere al gravame, gli originari ricorrenti. Nel rituale contraddittorio delle parti, alla pubblica udienza del 13 febbraio 2020, sulle reiterate conclusioni dei difensori la causa è stata riservata per la decisione.

DIRITTO

1.- L’appello non è fondato e va respinto.

2.- Importa premettere, per un compiuto inquadramento della fattispecie in esame, che l’art. 1, comma 169, della legge n. 296 del 2006 prevede: a) che gli enti locali “deliberano le tariffe e le aliquote relative ai tributi di loro competenza entro la data fissata da norme statali per la deliberazione del bilancio di previsione”; b) che dette deliberazioni “anche se approvate successivamente all’inizio dell’esercizio purché entro il termine innanzi indicato, hanno effetto dal 1° gennaio dell’anno di riferimento”; c) che, in caso di mancata approvazione entro il suddetto termine, “le tariffe e le aliquote si intendono prorogate di anno in anno”. È pacifico che il termine per la determinazione delle aliquote e delle tariffe dei tributi locali, coincidente con la data fissata per l’approvazione del bilancio di previsione, abbia natura perentoria, come è dato desumere dalle conseguenze sanzionatorie derivanti dalla sua inosservanza, normativamente ancorate alla proroga ex lege delle aliquote e delle tariffe vigenti per gli esercizi precedenti ed alla inefficacia, per l’anno in corso, di eventuali deliberazioni tardivamente adottate (Cons. Stato, sez. VI, 7 ottobre 2016, n. 4434; Id., sez. V, 19 marzo 2015, n. 1495; Id., sez. V, 28 agosto 2014, n. 4409; Id., sez. V, 17 luglio 2014, n. 3817; peraltro, nel senso, che non incide sui termini della presente controversia, che la violazione del termine non determinerebbe di per sé ed automaticamente l’illegittimità degli atti comunali, ma inciderebbe solo sul regime di efficacia temporale, nel senso che il rispetto del termine sarebbe solo condizione per applicare le nuove tariffe o le nuove aliquote

retroattivamente, a partire cioè dal 1° gennaio dell'esercizio di riferimento, Cons. Stato. sez. V, 7 gennaio 2018, n. 267).

La regola trova, nondimeno, una espressa deroga nell'art. 193 del T.U.E.L., che ha introdotto (con le modifiche adottate, per i bilanci successivi all'esercizio 2015, dall'art. 1 d. lgs. 10 agosto 2014, n. 126) la possibilità di modificarle in concomitanza con la manovra che l'ente locale deve effettuare in caso di accertamento negativo circa il permanere degli equilibri di bilancio. In particolare, la norma in questione prevede, al comma 2, che, con periodicità stabilita dal regolamento di contabilità dell'ente locale, e comunque almeno una volta entro il 31 luglio di ciascun anno, l'organo consiliare provveda, con delibera, "a dare atto del permanere degli equilibri generali di bilancio", con la possibilità, "in caso di accertamento negativo", di adottare contestualmente "le misure necessarie a ripristinare il pareggio qualora i dati della gestione finanziaria facciano prevedere un disavanzo, di gestione o di amministrazione, per squilibrio della gestione di competenza, di cassa ovvero della gestione dei residui". Il successivo comma 3 dispone, quindi, che "per il ripristino degli equilibri di bilancio e in deroga all'articolo 1, comma 169, della legge 27 dicembre 2006, n. 296, l'ente può modificare le tariffe e le aliquote relative ai tributi di propria competenza entro la data di cui al comma 2" (id est, entro il 31 luglio di ciascun anno). È evidente, nel riassunto quadro normativo di riferimento, che la variazione delle aliquote e delle tariffe dei tributi locali, effettuata ai sensi dell'art. 193, comma 3, ultimo periodo, del T.U.E.L., si colloca nella fase di gestione del bilancio e presuppone, quindi, l'avvenuta adozione della deliberazione consiliare approvativa del bilancio di previsione per l'anno di riferimento. Non può quindi essere ricondotta all'esercizio della facoltà di modifica in questione la diversa ipotesi in cui le deliberazioni di variazione tariffaria siano adottate oltre il termine di cui alla l. n. 296/2996, ma quali ordinari atti propedeutici all'approvazione del bilancio di previsione e non già in sede di salvaguardia degli equilibri (cfr. Corte conti, sez. reg. contr. Regione siciliana, parere n. 178 del 2017). In tali casi, che si configurano come violazioni di legge, non può ovviamente assumere alcuna rilevanza la circostanza che la deliberazione tariffaria – allegata al bilancio di previsione ai sensi dell'art. 172, comma 1, lett. c), del T.U.E.L. – operi un richiamo alla facoltà di cui all'art. 193, comma 3, ultimo periodo, dello stesso testo unico al solo fine di giustificare l'approvazione tardiva. Ne discende che soltanto l'adozione di un previo formale provvedimento di "accertamento negativo" del permanere degli equilibri generali di bilancio, ai sensi dell'art. 193, comma 2, legittima ed autorizza l'adozione delle misure contemplate dall'art. 193, n. 3, tra cui, appunto, la tardiva modificazione delle tariffe e delle aliquote relative ai tributi di competenza comunale. 3.- Ciò posto, nel caso di specie, per contro, è mancato proprio il richiamato provvedimento di accertamento negativo, avendo l'Ente comunale resistente dapprima riapprovato il "piano finanziario della componente TARI anno 2017, unitamente alle tariffe componente TARI anno 2017" (già oggetto di annullamento in autotutela con deliberazione consiliare n. 27 del 12 luglio 2017), e successivamente accertato il permanere degli equilibri di bilancio con la deliberazione consiliare n. 32 del 2017. L'Amministrazione comunale ha, per tal via, inteso avvalersi, come condivisibilmente ritenuto dal primo giudice, di una disposizione di carattere eccezionale (e, quindi, di stretta e rigorosa interpretazione), quale è quella concernente le misure da adottare in caso di accertati disequilibri di bilancio, senza che ve ne fossero i presupposti: con il che la mera

“riapprovazione” della delibera già ritirata in autotutela ha finito per risolversi in una obiettiva elusione del termine perentorio per la deliberazione le tariffe e le aliquote relative ai tributi di competenza, costituito dall’approvazione del bilancio di previsione. Di fatto l’Ente comunale ha, in sostanza, inteso fruire della deroga temporale di cui all’art. 193, n. 3, senza nel contempo dare attuazione alle puntuali misure contemplate in caso di accertamento negativo dall’art. 193, n. 2, del testo unico. 4.- Alla luce delle considerazioni che precedono, l’appello deve essere respinto. Sussistono, peraltro, giustificati motivi, in considerazione della peculiarità della materia del contendere, per disporre l’integrale compensazione di spese e competenze di lite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull’appello, come in epigrafe proposto, lo respinge. Spese compensate. Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall’autorità amministrativa.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V, SENTENZA N. 2093 DEL 25 MARZO 2020.

LEGITTIMA L’AGGIUDICAZIONE SE L’OFFERTA CORRISPONDE FUNZIONALMENTE ALLE SPECIFICHE TECNICHE DI GARA.

La vicenda in commento trae origine dall’appello promosso da un operatore economico per la riforma della sentenza di primo grado con cui il giudice riteneva ammissibile l’offerta dell’aggiudicatario nonostante non rispondesse a quanto richiesto dalla stazione appaltante.

A tal proposito, è opportuno precisare che le caratteristiche tecniche previste nel capitolato hanno lo scopo di definire il contenuto della prestazione sulla quale perfezionare l’accordo contrattuale e una proposta difforme non comporta l’esclusione del concorrente se quest’ultimo dimostra che la soluzione si presenta equipollente.

Il principio di equivalenza, che presiede l’intera disciplina dell’evidenza pubblica, risponde alla necessità di contemperare l’interesse alla massima partecipazione al confronto concorrenziale con quello della par condicio dei concorrenti; ciò impone di dare flessibilità al parametro valutativo, facendo valere il riscontro funzionale del prodotto offerto. Il Consiglio di Stato ha rigettato il ricorso affermando che il giudizio di equivalenza sulle specifiche tecniche dell’offerta prodotta in gara con quella richiesta dalla stazione appaltante non deve tradursi in un riscontro formalistico ai parametri definiti nella lex specialis, ma in una valutazione di conformità sostanziale; è sufficiente, in pratica, la corrispondenza di tipo funzionale degli elementi che connotano l’offerta presentata alle caratteristiche tecniche predefinite dall’ente.

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 iscritto in appello al numero di registro generale 4547 del 2019, proposto da

(omissis) s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Simone Cadeddu, Arturo Leone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia.

contro

(omissis) S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Roberta De Pretis, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Trento, via S. Trinita' 14. nei confronti Consip S.p.A., non costituita in giudizio; (omissis) S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Caputi Iambrenghi, Stefano Cassamagnaghi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Francesco Caputi Iambrenghi in Roma, via Vincenzo Picardi, 4/B per la riforma della sentenza del T.R.G.A. – Trento, n. 00048/2019, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati; Visti gli atti di costituzione in giudizio di (omissis) S.p.A. e di (omissis) S.p.A.; Visti tutti gli atti della causa; Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 febbraio 2020 il Cons. Giuseppina Luciana Barreca e uditi per le parti gli avvocati Marini Balestra, su delega dell'avv. Cadeddu, Pafundi, su delega dell'avv. De Pretis, e Cassamagnaghi.; Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con la sentenza indicata in epigrafe il Tribunale regionale di giustizia amministrativa di Trento ha respinto il ricorso proposto da (omissis) s.p.a., seconda classificata, contro (omissis) s.p.a. e nei confronti della (omissis) s.p.a. per l'annullamento dell'aggiudicazione in favore di quest'ultima della procedura, indetta da Trentino Network s.r.l. con delega della qualità di stazione appaltante a Trentina Spa (oggi (omissis) S.p.A.), per l'affidamento, mediante sistema dinamico di acquisizione, del "servizio di supporto e manutenzione su apparati di rete Cisco di Trentino Network s.r.l.", per il triennio 2019-2020-2021, nonché degli atti di gara indicati in ricorso, e per la condanna di (omissis) al risarcimento in forma specifica, mediante aggiudicazione del contratto alla ricorrente o al risarcimento per equivalente, nonché per la dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente medio tempore stipulato.

1.1. La sentenza –richiamate le disposizioni del capitolato speciale rilevanti ai fini della decisione ed il contenuto dei chiarimenti resi dalla committente- ha ritenuto infondati entrambi i motivi di ricorso ed ha condannato la ricorrente al pagamento delle spese di lite.

2. (omissis) s.p.a. ha avanzato appello con due motivi.

2.1. (omissis) S.p.A. e (omissis) S.p.a. si sono costituite per resistere al gravame.

2.2. Alla pubblica udienza del 6 febbraio 2020 la causa è stata posta in decisione, previo deposito di memorie e repliche delle parti. 3. Va premesso, in punto di fatto, che: - i contenuti del servizio da acquisire sono illustrati nel capitolato speciale d'appalto, il quale precisa, nelle premesse, che Trentino Network Srl gestisce una rete geografica in fibra ottica, una rete wireless e di data center realizzati con apparati prodotti da Cisco, il cui contratto di manutenzione ha scadenza il 31 dicembre 2018. Si richiede, in particolare il "supporto e manutenzione per apparati di rete Cisco installati ed in esercizio nei nodi della propria rete estesa sul territorio della Provincia di Trento, nel Veneto, oltre a quelli funzionali a garantire la connettività con altri operatori nazionali ..." (punto 1.1. Premessa); - il punto 2 del capitolato speciale, recante "Oggetto del servizio", prevede che "il servizio di supporto richiesto è il servizio di Manutenzione Hardware e Software di base dell'infrastruttura Hardware Cisco esistente Trentino Network, Smart Net, del produttore Cisco, su apparati di rete di proprietà della committente. In particolare si richiede la fornitura di contratti di estensione del servizio di manutenzione, supporto ed assistenza per apparati della Rete di Backbone di Trentino Network, oltre ad altri apparati di rete, tra cui Wireless Controller e altri apparati. Il dettaglio delle componenti oggetto del Servizio di Manutenzione Hardware e Software di base è descritto nel seguito e riportato nell'elenco allegato "Elenco prodotti" ". I successivi punti 2.1 e 2.2 del capitolato speciale, recanti, rispettivamente "Servizio di manutenzione hardware" e "Servizio di supporto di tipo Technical Assistance Center (TAC)", descrivono nello specifico i servizi di manutenzione e di supporto richiesti; al capitolato speciale è allegato l'Elenco prodotti; - in seguito all'avvio della gara, alla committente è stato posto il quesito relativo alla possibilità di offrire, in alternativa al servizio in modalità Smart Net, "un servizio di tipologia "co-brand fee based", che prevede il supporto di 1° e 2° livello fornito dall'impresa [offerente, ndr] - autorizzata da Cisco -, ed il supporto di 3° livello (TAC) e la fornitura degli eventuali aggiornamenti microcode/firmware, direttamente dal produttore Cisco" (quesito n. 3); con nota di chiarimenti del 29 ottobre 2018, la committente ha affermato, ai sensi dell'articolo 68 del Codice dei contratti pubblici, l'ammissibilità di soluzioni alternative, fermo restando che l'equivalenza sarebbe stata valutata in sede di esame delle offerte; - è stato altresì richiesto se le modalità di prestazione del supporto specialistico descritte alle pp. 5 e 7 del capitolato speciale ("accesso diretto") costituissero un requisito inderogabile della fornitura, osservando che "il Servizio Smart net risulta l'unica forma contrattuale riconosciuta da Cisco per tale modalità operativa" (quesito n. 12). La risposta al quesito, resa con nota di chiarimenti del 2 novembre 2018, è stata nel senso della salvaguardia del principio di equivalenza di cui all'articolo 68 del Codice dei contratti pubblici, con la conseguenza che "l'eventuale proposta alternativa deve preservare in via sostanziale la possibilità di interazione diretta tra Committente e produttore Cisco, senza oneri aggiuntivi per la committente" (p. 2); - all'esito delle operazioni di gara, cui hanno preso parte tre offerenti, si sono classificate ai primi due posti, rispettivamente, (omissis) e (omissis); - con note del 3 dicembre 2018, prot. n. 7764/CP e prot. n. 7765/CP, (omissis) Spa ha comunicato alle prime due classificate che l'offerta di (omissis) era risultata la migliore in graduatoria, subordinatamente alla positiva verifica di alcuni elementi, per i quali sono stati contestualmente chiesti chiarimenti. Con nota del 7 dicembre 2018, (omissis) ha fornito le

informazioni richieste, positivamente valutate dalla committente, come da verbale di verifica del 17 dicembre 2018.

3.1. Dati i fatti esposti, cui ha fatto seguito il giudizio di primo grado, introdotto da (omissis) e concluso con la detta sentenza del Tribunale regionale di giustizia amministrativa di Trento, avverso quest'ultima sono proposti i motivi di gravame di cui appresso. 4. Col primo motivo (Error in iudicando della sentenza nella parte in cui ha ritenuto non necessaria la prova dell'equivalenza dell'offerta. Violazione degli artt. 41 e 97 Cost. Violazione della par condicio tra i concorrenti e del principio di trasparenza. Violazione e falsa applicazione degli artt. 68 e 86 del codice appalti e della lex specialis di gara. Violazione dell'art. 83, comma 9, del codice appalti. Travisamento dei fatti e dei documenti depositati in giudizio ed illogicità manifesta), l'appellante sostiene che la sentenza avrebbe violato le disposizioni in materia di offerte equivalenti, poiché ha ritenuto ammissibile l'offerta di (omissis), avente ad oggetto un servizio oggettivamente non corrispondente a quello richiesto dalla stazione appaltante, nonostante (omissis) non avesse fornito la prova della dichiarata equivalenza.

4.1. Vengono sostanzialmente riproposte le argomentazioni del primo motivo di ricorso, sul quale la sentenza ha: - premesso che l'appalto ha ad oggetto un servizio e non la fornitura di un bene, mentre la ricorrente erroneamente presupponeva che il servizio richiesto da (omissis) s.p.a. coincidesse con il prodotto Smart Net; - escluso tale coincidenza, osservando "da un lato che la gara non è stata limitata ai rivenditori del servizio (o prodotto) Smart Net di Cisco e, dall'altro, che una tale lettura, ancorata a taluni passaggi testuali del capitolato speciale che si riferiscono al servizio Smart Net (punto 2 "Oggetto del servizio"), risulta smentita dal complesso delle disposizioni della lex specialis che evidenziano le esigenze della stazione appaltante (punto 1.1. Premessa) e descrivono nel dettaglio le componenti del servizio richiesto (punto 2.1 "Servizio di manutenzione hardware" e punto 2.2 "Servizio di supporto di tipo Technical Assistance Center (TAC)"); - ritenuto quindi che il servizio richiesto fosse individuato nella manutenzione e nel supporto hardware e software di base e fosse caratterizzato "dalle prestazioni aventi i contenuti specificati nei punti 2.1. e 2.2, che rappresentano il requisito minimo inderogabile che l'offerta deve garantire, indipendentemente da altri eventuali aspetti attinenti alla modalità mediante la quale il servizio stesso viene reso, aspetti non essenziali alla luce di quanto nell'insieme richiesto dalla lex specialis"; - ritenuto che i chiarimenti resi dalla stazione appaltante avessero confermato tale lettura della legge di gara, con la conseguenza che sia il riferimento al servizio Smart Net fatto dalla legge di gara che l'elenco prodotti e il fac simile dell'offerta economica (riportanti i codici identificativi di prodotti Smart Net) andavano "intesi quale esemplificazione delle prestazioni di mera manutenzione richieste, e non assumono la rilevanza esclusiva pretesa dalla ricorrente"; - concluso che in definitiva la prova dell'equivalenza del servizio alternativo offerto non risulta(va) neppure indispensabile, a maggior ragione considerando che (omissis) s.p.a. partecipando alla gara indetta secondo il prezzo più basso aveva dichiarato "di aver preso visione del Capitolato Tecnico e che i beni e/o servizi che verranno offerti dal Concorrente rispettano tutti i requisiti minimi in esso indicati"; - aggiunto che, in ogni caso, anche la richiesta da parte della stazione appaltante "di opportune evidenze tecniche tali da permettere al committente di valutare l'equivalenza dei servizi richiesti" non costituiva un improprio utilizzo del soccorso istruttorio, in quanto la verifica eseguita da (omissis) s.p.a. si

collocava tra i mezzi appropriati per dimostrare l'equivalenza previsti dal comma 7 dell'art. 68 del d.lgs. n. 50/2016 (dato il richiamo all'art. 86 che rimanda all'allegato VIII, parte II del medesimo codice) e detta verifica, atteso il criterio di aggiudicazione al massimo ribasso della gara in esame, era stata legittimamente disposta dopo la formazione della graduatoria; una volta accertata l'equivalenza da parte della stazione appaltante, la dimostrazione da parte del concorrente era destinata a perdere rilevanza, essendo superata dal giudizio dell'amministrazione, che appariva non irragionevole né illogico.

4.2. La critica mossa dall'appellante prende ancora una volta le mosse dall'assunto che le specifiche tecniche richiedessero espressamente ed inderogabilmente l'offerta di servizi di manutenzione di apparati informatici end to end, rivolti al cliente finale utilizzatore delle apparecchiature e identificati da codice del produttore Cisco (Smart Net). Dato ciò, ed essendo incontestato che invece (omissis) ha offerto componenti di un servizio contraddistinto da codici alfanumerici diversi, non destinato alla clientela finale ma a fornitori di servizi di manutenzione (Partner Support Service), ha dedotto che: - l'offerta sarebbe stata difforme rispetto alle prescrizioni del capitolato; - il giudice di primo grado non ha colto che l'aggiudicazione non solo sarebbe viziata a valle per l'erronea valutazione di conformità effettuata da (omissis), ma sarebbe viziata a monte per il fatto che la stazione appaltante avrebbe dovuto escludere (omissis) per non aver ottemperato al proprio onere probatorio concernente la dimostrazione della dichiarata equivalenza; - la decisione sarebbe contraria alla giurisprudenza che richiede all'operatore economico di fornire la prova dell'equivalenza già al momento della presentazione dell'offerta, a pena di esclusione (come da pronunce riportate in ricorso); - la decisione sarebbe inoltre contraria alla normativa euro-unitaria, in particolare all'art. 42, paragrafi 5 e 6, della direttiva 2014/24/UE, nonché all'interpretazione che ne ha costantemente dato la Corte di Giustizia dell'Unione europea (come da pronunce pure riportate in ricorso); - nel caso di specie, non solo sarebbe stato richiesto come requisito inderogabile la fornitura di servizi Smart Net, ma la stessa stazione appaltante, rispondendo alla richiesta di chiarimenti circa la possibilità di fornire un servizio diverso, aveva dichiarato di volersi uniformare al disposto dell'art. 68, comma 7, del Codice degli appalti; malgrado la presentazione di un offerta economica avente ad oggetto un servizio diverso e nonostante l'indimostrata equivalenza, avrebbe poi attivato una sorta di soccorso istruttorio extra ordinem, consentendo ad (omissis) di disvelare ex post il contenuto della propria offerta, sulla quale fino a quel momento "c'era assoluta incertezza"; - la sentenza sarebbe inoltre contraria alla giurisprudenza che richiede l'osservanza dei requisiti tecnici minimi previsti dal capitolato come condizione di partecipazione alla gara; - se (omissis) avesse ritenuto quei requisiti (in particolare la richiesta fornitura del servizio Smart Net e non di altro) contrari alla concorrenza avrebbe dovuto impugnare la legge di gara.

5. Col secondo motivo (Error in iudicando della sentenza nella parte in cui ha ritenuto l'offerta equivalente. Violazione e falsa applicazione dell'art. 68 del Codice appalti. Violazione e falsa applicazione dell'art. 94 del Codice appalti. Travisamento dei fatti, irragionevolezza e illogicità manifesta), l'appellante censura la sentenza per non avere ravvisato la dedotta erroneità della valutazione della stazione appaltante in ordine alla conformità sostanziale di quanto offerto con quanto richiesto nelle specifiche tecniche.

5.1. Nel pronunciarsi su tale questione, oggetto del secondo motivo di ricorso, la sentenza ha:

- ribadito l'assenza di macroscopica irragionevolezza o illogicità nel giudizio di equivalenza espresso dalla stazione appaltante;
- ribadito che "il servizio richiesto dalla stazione appaltante non si identifica con Smart Net, attenendo invece alla manutenzione e al supporto hardware e software di base, secondo i contenuti specificati nei punti 2.1. e 2.2 del capitolato speciale";
- ritenuto che "dalla guida illustrativa dei servizi Partner Support, emerge, in particolare, dal documento "Verifiche sull'offerta" inviato da (omissis) s.p.a. alla stazione appaltante, che gli specifici aspetti essenziali contenuti nei punti 2.1. e 2.2 sono assicurati, e che, anzi, l'offerta comporta un miglioramento (cfr. pag. 5 punto 3.1.5. del documento "Verifiche sull'offerta") rispetto a quanto richiesto dal capitolato speciale di gara";
- concluso che la verifica di cui al verbale del 17 dicembre 2018 di (omissis) s.p.a. ha del tutto ragionevolmente attestato l'effettiva rispondenza dei servizi offerti con quanto richiesto;
- aggiunto che il riferimento fatto da (omissis), nel documento intitolato "Verifiche sull'offerta", al servizio commercialmente denominato Managed Maintenance Support non potesse essere considerata un'integrazione postuma dell'offerta, atteso che (omissis) aveva dichiarato che i beni e/o servizi offerti rispettavano tutti i requisiti minimi indicati nel capitolato tecnico.

5.2. L'appellante sostiene che il primo giudice, travisando i fatti, avrebbe fondato la propria statuizione sull'equivalenza dell'offerta su considerazioni che sarebbero smentite dalla documentazione prodotta in giudizio; segnatamente:

- la lettura degli atti di gara dimostrerebbe che, all'opposto di quanto ritenuto in sentenza, il servizio richiesto dalla stazione appaltante si identificherebbe con Smart Net, come sarebbe confermato dal testo del capitolato e dal modello dell'offerta economica messo a disposizione dalla stazione appaltante;
- la valutazione tecnico-discrezionale effettuata dalla stazione appaltante non sarebbe ragionevole, considerata la diversità del servizio richiesto Smart Net dal servizio offerto Partner Support;

- tale differenza sarebbe attestata in modo inequivoco dalla stessa Cisco, che commercializza entrambi i servizi, che presentano differenti caratteristiche secondo quanto esemplificato in ricorso (pag. 26-28);
- non sarebbe condivisibile l'affermazione della sentenza, sopra riportata, concernente il riferimento al servizio denominato Managed Maintenance Support, perché si consentirebbe a qualsiasi operatore economico di dichiarare la conformità della propria offerta ai requisiti minimi indicati in capitolato, salvo poi ad rimodularla ed integrarla con servizi aggiuntivi dopo l'aggiudicazione, senza che tale intervento sia qualificabile come regolarizzazione postuma; il che sarebbe contrario all'art. 67, comma 8, del Codice dei contratti pubblici;
- le specifiche tecniche previste nel Capitolato valgono a qualificare i beni oggetto di fornitura e concorrono a definire il contenuto della prestazione su cui si deve perfezionare l'accordo, sicché in presenza di apprezzabili difformità -che nel caso di specie sarebbero oggettive- deve essere l'operatore economico a dimostrare l'equivalenza, come da giurisprudenza richiamata, mentre (omissis) non avrebbe giustificato le difformità (nei termini richiesti dall'art. 68, commi 7 e 8, del d.lgs. n. 50 del 2016); né l'equivalenza sarebbe stata adeguatamente valutata dalla stazione appaltante, senza che rilevi che il criterio di aggiudicazione fosse quello del prezzo più basso (poiché anche in tal caso la stazione appaltante deve effettuare la verifica di conformità del prodotto alle specifiche tecniche predeterminate dalla legge di gara).

6. I motivi di gravame, che per ragioni di connessione vanno esaminati congiuntamente, non sono fondati.

Dato per scontato che il servizio di manutenzione Smart Net di Cisco abbia quale caratteristica essenziale quella di essere erogato dal produttore (Cisco) direttamente all'utente finale (end to end), senza alcuna forma di intermediazione, e che, invece, il servizio di manutenzione offerto da (omissis) con modalità Partner Support Service (PSS) comporta l'erogazione delle prestazioni di manutenzione e supporto per il tramite di società partner di Cisco (quale appunto è (omissis)), le questioni oggetto di controversia attengono fondamentalmente: - all'essenzialità o meno delle modalità di erogazione del servizio di manutenzione e supporto sugli apparati di rete Cisco come delineato dalla legge di gara (presupposto di entrambi i motivi di appello); - alla rispondenza dell'offerta di (omissis) alle prescrizioni dell'art. 68 del d.lgs. n. 50 del 2016 (primo motivo di appello); - alla valutazione di conformità del servizio offerto rispetto alle disposizioni contenute nel capitolato speciale, espressa nel verbale della stazione appaltante del 17 dicembre 2018, ed all'assunto dell'appellante che si sarebbe illegittimamente consentito all'aggiudicataria di integrare ex post il contenuto dell'offerta (secondo motivo di appello). Tutte tali questioni sono state affrontate e correttamente risolte dalla sentenza di primo grado, alla cui motivazione -sopra riportata- è sufficiente aggiungere quanto segue.

6.1. La finalità e il contenuto delle prestazioni oggetto del servizio da affidare sono descritti nella premessa e nelle su riportate disposizioni del capitolato speciale di appalto e –malgrado l'ambiguità dell'inciso in grassetto “Smart Net” del punto 2, primo inciso- è immediatamente chiarito nella stessa disposizione, secondo periodo, che la richiesta attiene alla “fornitura in estensione del servizio di manutenzione, supporto ed assistenza per apparati [...]”, come specificati ai successivi punti 2.1. e 2.2. , sicché sono questi ultimi ad individuare le caratteristiche essenziali del servizio. La portata esemplificativa del riferimento al servizio Smart Net contenuto nel capitolato speciale è comunque desumibile dai chiarimenti forniti dalla committente nei termini sopra riferiti.

6.1.1. Contrariamente a quanto assume l'appellante, la circostanza che la stazione appaltante non sia entrata nel merito delle soluzioni alternative prospettate nelle due richieste di chiarimenti non sta a significare che considerasse essenziale l'erogazione diretta delle prestazioni dal produttore Cisco all'utente finale, ma soltanto che non volesse interferire nell'attività di formulazione delle offerte da parte dei concorrenti, pur chiarendo con la risposta al quesito n. 12, che “l'eventuale proposta alternativa deve preservare in via sostanziale la possibilità di interazione diretta tra Committente e produttore Cisco, senza oneri aggiuntivi per la Committente”. Nella procedura de qua i chiarimenti hanno perfettamente assolto la funzione loro propria di rendere più chiari il significato e la ratio del capitolato speciale (cfr. da ultimo Cons. Stato, III, 23 maggio 2019, n.3376).

6.1.2. Coerente, perciò, con la legge di gara e con i chiarimenti forniti dalla stazione appaltante è la conclusione raggiunta dal primo giudice circa la non essenzialità delle modalità di erogazione del servizio di tipo Smart Net, purché fossero assicurate le prestazioni elencate e dettagliatamente descritte nel capitolato speciale e purché fosse preservata “in via sostanziale” la possibilità di interagire direttamente con Cisco, senza oneri aggiuntivi.

6.2. Sostiene l'appellante che (omissis) avrebbe dovuto, nell'offerta, dimostrare l'equivalenza dichiarata, vale a dire, ai sensi dell'art. 68, comma 7, avrebbe dovuto dimostrare "con qualsiasi mezzo appropriato, compresi i mezzi di prova di cui all'art. 86, che le soluzioni proposte ottemperano in maniera equivalente ai requisiti definiti dalle specifiche tecniche"; non avendo fornito tale dimostrazione, a detta di (omissis), la società contro-interessata avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara.

6.2.1. Ribadito quanto affermato nella sentenza di primo grado e quanto sopra esposto in punto di non essenzialità delle modalità di prestazione del servizio -ciò che dovrebbe escludere la possibilità di ascrivere le stesse alle specifiche tecniche indicate al punto 1, lett. b), dell'allegato XIII, come richiamato dall'art. 68 del d.lgs. n. 50 del 2016- l'assunto dell'appellante va disatteso anche ove dovesse ritenersi che la committente avesse inteso preferire l'erogazione diretta del servizio dal produttore (che non avrebbe potuto essere altri che Cisco) all'utente finale. Nemmeno in tale eventualità si sarebbe potuto escludere che il servizio di manutenzione e supporto fosse fornito con modalità equivalenti a quelle del servizio Smart Net, a meno di optare per un affidamento diretto a Cisco o di restringere la platea dei potenziali concorrenti soltanto ai rivenditori autorizzati alla commercializzazione del servizio Smart Net di Cisco: ciò, sarebbe stato contrario al principio del favor participationis nonché al principio di equivalenza, inteso come immanente all'intera disciplina dell'evidenza pubblica, secondo costante e condivisibile affermazione giurisprudenziale (cfr., tra le altre, anche per i richiami giurisprudenziali, Cons. Stato, III, 20 novembre 2018, n. 6561), laddove l'equivalenza va interpretata secondo quanto appreso si dirà- come conformità sostanziale con le specifiche tecniche, nella misura in cui vengano nella sostanza soddisfatte.

6.2.2. Intesa così la legge di gara come richiedente specifiche tecniche connotate da equivalenza rispetto al servizio Smart Net, l'offerta economica di (omissis) risulta comunque immune dal vizio prospettato da (omissis). La tipologia del servizio da affidare, genericamente definito di manutenzione e supporto hardware e software di base degli apparati Cisco, si specifica infatti in componenti di servizio che -trattandosi di appalto da aggiudicare secondo il criterio del prezzo più basso, quindi senza valutazione di offerta tecnica- avrebbero dovuto essere indicate nel modello di offerta economica messo a disposizione dalla stazione appaltante e predisposto in correlazione con l'«elenco prodotti» allegato al capitolato speciale. Quest'ultimo riporta nella prima colonna i codici dei singoli prodotti, nella seconda il livello di servizio, nella terza il codice di supporto (oltre che, nelle altre colonne, le date di attivazione e conclusione del servizio e la quantità): i codici dei prodotti sono necessariamente codici Cisco (in quanto la committente Trentino Network s.r.l. gestisce una rete in fibra ottica, una rete wireless e di data center realizzate con apparati prodotti da Cisco); i codici dei servizi di supporto sono poi quelli del servizio Smart Net del produttore Cisco. Giova precisare che questi ultimi non sono inderogabilmente contemplati nel capitolato speciale (ma solo nell'elenco allegato) e che, pertanto, sono da reputarsi meri termini di confronto esemplificativi delle prestazioni di manutenzione e supporto richieste.

Orbene, l'offerta economica di (omissis) presenta due colonne (nell'ordine, la quarta e la nona) aggiuntive (oltre le due aventi ad oggetto il corrispettivo offerto, decima e undicesima, qui non rilevanti): - la quarta è intitolata "servizio equivalente offerto ai sensi dell'articolo 68

Codice appalti” e contiene l’indicazione dei servizi offerti come equivalenti con i codici alfanumerici corrispondenti ai codici supporto della terza colonna (predisposta dalla stazione appaltante come sopra) salvo che per la componente alfabetica indicata come PSUP (in luogo di SNTP); questa, all’evidenza, serve ad indicare la diversa modalità di erogazione del servizio (cioè Partner Support Service in luogo di Smart Net); - l’altra colonna aggiuntiva (intitolata “quantità riscontrate presso il produttore Cisco”) indica le quantità (pressoché corrispondenti e per alcuni prodotti maggiori di quelle del fac-simile); - sono poi compilate le colonne indicanti il livello di servizio e la durata (oltre al prezzo) di ciascuna prestazione. Risultando così composto il modello dell’offerta economica di (omissis) –con la contestuale dichiarazione, come si dirà, di aver preso visione del capitolato speciale di offrire beni e/o servizi che ne rispettavano i requisiti minimi- risulta confermato, per un verso, che l’offerta di (omissis) proponeva i medesimi servizi richiesti dalla committenza, da prestarsi con modalità dichiarata equivalente ai sensi dell’art. 68 del d.lgs. n. 50 del 2016; per altro verso, che quanto a siffatte modalità organizzative di erogazione del servizio, erano forniti i codici di riferimento secondo la nomenclatura dello stesso produttore Cisco, del quale (omissis) è partner.

Si tratta di nomenclatura accessibile a chiunque, resa pubblica cioè dal produttore, per come fatto palese dai riferimenti contenuti negli atti di (omissis). Dato ciò, le caratteristiche tecniche dei servizi equivalenti erano desumibili appunto dai codici utilizzati, sicché la dimostrazione dell’equivalenza dichiarata è in re ipsa: per la tipologia dei servizi e delle loro componenti, il modello di offerta economica, come integrato da (omissis), consente di individuare le modalità di erogazione del servizio alternative a quelle indicate dalla stazione appaltante; non è dato comprendere –né è chiarito dall’appellante- quale altra dimostrazione (omissis) avrebbe dovuto fornire, considerato che i codici indicati consentivano alla stazione appaltante di valutare l’equivalenza dei servizi di supporto offerti. 6.2.3. Rendendo la dichiarazione di equivalenza (anche se non più richiesta dal testo attuale dell’art. 68 del Codice dei contratti pubblici) ed indicando i codici supporto adeguati alla modalità PSS l’offerente si è avvalso di “mezzi appropriati” a dimostrare l’equivalenza, così come richiesto dall’art. 68, comma 7, del d.lgs. n. 50 del 2016, considerato che –come già affermato dalla giurisprudenza sia pure con riguardo alla “espresa dichiarazione di equivalenza” richiesta dal d.lgs. n. 163 del 2006 (cfr. Cons. Stato, III, 5 febbraio 2018 n.747)- una volta richiamata l’attenzione della stazione appaltante sulla necessità di compiere le verifiche di cui all’art. 68, ciò che rileva è che queste siano rese possibili dalle modalità di presentazione dell’offerta. 6.2.4. Giova precisare che la soluzione appena raggiunta è del tutto coerente sia con la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell’Unione Europea (in particolare CGUE, IV, 12 luglio 2018, in causa C-14/17) che con il precedente di questa Sezione V, 18 febbraio 2019, n. 1100 (che ne ha fatto applicazione), richiamati dall’appellante negli scritti conclusivi: diversa è la fattispecie considerata da tale ultima decisione, in quanto -trattandosi di un appalto di fornitura, ed in ragione della tipologia dei prodotti da fornire- soltanto la produzione in sede di offerta delle schede tecniche dei prodotti avrebbe consentito alla stazione appaltante lo svolgimento di un giudizio di idoneità tecnica dell’offerta e di equivalenza dei requisiti del prodotto offerto alle specifiche tecniche sin dal momento dell’offerta; ciò che, come detto, non è nel caso di specie. 6.2.5. Non senza aggiungere che –come affermato in giurisprudenza- “Il precetto di

equivalenza delle specifiche tecniche è un presidio del canone comunitario dell'effettiva concorrenza (come tale vincolante per l'Amministrazione e per il giudice) ed impone che i concorrenti possano sempre dimostrare che la loro proposta ottemperi in maniera equivalente allo standard prestazionale richiesto”, con la conseguenza che “se è vero che il concorrente che voglia avvalersi del principio di equivalenza, ha l'onere di dimostrare, appunto, l'equivalenza tra i prodotti, non potendo pretendere che di tale accertamento si faccia carico la Commissione di gara. Ma, una volta che l'Amministrazione abbia proceduto in tal senso, la scelta tecnico discrezionale può essere inficiata soltanto qualora se ne dimostri l'erroneità” (Cons. Stato, Sez. III 13 dicembre 2018 n. 7039). 6.3. Né si può argomentare che ciò sia accaduto nel caso di specie o sostenere l'illegittima integrazione-modificazione postuma dell'offerta da parte di (omissis) solo perché la stazione appaltante ha ritenuto di verificarne alcuni elementi dopo l'aggiudicazione, chiedendo ed ottenendo informazioni sulle modalità con le quali in concreto il servizio sarebbe stato fornito.

6.3.1. In proposito, è bene sottolineare ancora una volta che il criterio di aggiudicazione era quello del prezzo più basso, sicché, mancando un progetto tecnico di esecuzione dei servizi da affidare, è condivisibile il passaggio motivazionale della sentenza di primo grado che valorizza la dichiarazione di (omissis) s.p.a. di “aver preso visione del Capitolato Tecnico e che i beni e/o servizi che verranno offerti dal Concorrente rispettano tutti i requisiti minimi in esso indicati”, al fine di escludere che il riferimento al servizio commercialmente denominato Managed Maintenance Support (MMS) contenuto nel documento “verifiche sull'offerta” (fornito per rispondere alla richiesta di informazioni) costituisca un'integrazione postuma dell'offerta. Dal momento che i servizi offerti consistevano nelle prestazioni espressamente indicate e descritte nel capitolato speciale per il supporto e la manutenzione di apparati della rete Cisco e dal momento che la modalità di erogazione del servizio, indicata nell'offerta di (omissis) come PSS, prevedeva che il soggetto erogante non fosse direttamente Cisco, ma che vi fosse, appunto, l'intermediazione di (omissis), in qualità di partner Cisco, i chiarimenti sono serviti esclusivamente ad informare la committenza di come tale intermediazione avrebbe operato in modo da “preservare in via sostanziale la possibilità di interazione diretta tra Committente e produttore Cisco, senza oneri aggiuntivi per la Committente” (come da chiarimenti n. 12).

In sintesi, l'intermediazione di (omissis) presupponeva l'erogazione del servizio con risorse proprie e con propri mezzi, secondo la modalità Partner Support (già indicata nell'offerta economica), di modo il riferimento al servizio commercialmente denominato MMS è servito a spiegare come sarebbe stato fornito il supporto di primo e di secondo livello da parte della stessa (omissis), mentre il terzo livello sarebbe stato fornito direttamente da Cisco, sia pure con l'intermediazione di (omissis), ma in modo tale da rispondere alle esigenze della stazione appaltante quali precisate con i detti chiarimenti. L'offerta è rimasta identica sia quanto alle prestazioni offerte (in specie in punto di rispetto dei requisiti minimi indicati nel capitolato speciale) che quanto alle modalità di erogazione del servizio, salvo che queste sono state descritte in concreto, senza che siano stati offerti servizi aggiuntivi, come infondatamente denunciato dall'appellante. 6.3.2. All'esito della verifica, con valutazione di natura tecnicodiscrezionale riservata all'amministrazione, quest'ultima ha concluso per la rispondenza dell'offerta di (omissis) alle esigenze della committenza, atteso che “il servizio

risulta erogabile conformemente alle disposizioni contenute negli atti di gara” (come da conclusione del verbale del 17 dicembre 2018).

6.3.3. I rilievi di cui al secondo motivo di appello sono perciò, in primo luogo, inammissibili alla stregua dell’insegnamento giurisprudenziale per il quale “la possibilità di ammettere a seguito di valutazione della stazione appaltante prodotti aventi specifiche tecniche equivalenti a quelle richieste risponde al principio del favor participationis e costituisce altresì espressione del legittimo esercizio della discrezionalità tecnica da parte dell’Amministrazione” (cfr. Cons Stato, III, 2 settembre 2013, n. 4364 e 13 settembre 2013, n. 4541, richiamate da Cons. Stato, III, 30 marzo 2018, n. 2013 e da Cons. Stato, III, 4 luglio 2019, n. 6212), sì da rendere detta valutazione insindacabile, se non in caso di manifesta irragionevolezza.

In secondo luogo infondati, per quanto già argomentato nella sentenza di primo grado, vieppiù condivisibile alla stregua della giurisprudenza che afferma la sufficienza della conformità di tipo funzionale degli elementi che connotano l’offerta tecnica alle specifiche tecniche, senza che quindi si faccia luogo ad un criterio di inderogabile corrispondenza a dette specifiche (Cons. Stato, IV, 26 agosto 2016, n. 3701; cfr. nello stesso senso anche Cons. Stato, III, 11 settembre 2017, n. 4282 ed altre). 7. In conclusione, l’appello va respinto.

7.1. La peculiarità della vicenda contenziosa, connotata dalla controvertibilità di alcune previsioni della legge di gara, induce a ritenere di giustizia la compensazione delle spese del grado di appello.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull’appello, come in epigrafe proposto, lo respinge. Spese compensate. Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall’autorità amministrativa.

**CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V, SENTENZA N. 2551 DEL 22 APRILE 2020.
SULLA SOSTITUZIONE DELL’IMPRESA AUSILIARIA.**

La questione posta all’attenzione del Consiglio di Stato concerne la corretta individuazione del termine entro il quale l’operatore economico concorrente è tenuto alla sostituzione dell’ausiliaria in applicazione dell’art. 89, comma 3, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

In particolare, il Collegio è chiamato a valutare se possa essere ritenuto ragionevole, in carenza di espressa previsione normativa, l’assegnazione a tal fine del termine di 15 giorni (termine congruo per l’utilizzo dell’istituto dell’avvalimento) ovvero se debba farsi applicazione del termine di 45 giorni previsto dall’art. 63, comma 1, del D. Lgs. n. 50 del 2016 (per la ricezione delle domande di partecipazione alla procedura).

Il Consiglio di Stato osserva che la sostituzione dell’ausiliaria durante la gara è istituito derogatorio al principio dell’immodificabilità soggettiva del concorrente nel corso della

procedura ma risponde all'esigenza di evitare l'esclusione dell'operatore per ragioni a lui non direttamente riconducibili e così stimolare il ricorso all'avvalimento.

Anche il soccorso istruttorio è istituito finalizzato ad evitare l'esclusione del concorrente per mere carenze o irregolarità documentali della domanda, ivi comprese quelle eventualmente riscontrate nelle dichiarazioni (con esclusione di carenze riguardanti l'offerta), essendosi in tal modo voluto dare rilievo all'effettiva sussistenza dei requisiti di partecipazione in capo ai concorrenti e legittimare conseguentemente l'esclusione unicamente per difetti sostanziali e non per vizi formali.

Il Collegio, facendo applicazione dei suesposti principi, ritiene che sia proprio l'identità di *ratio* che consente di reputare corretta l'applicazione al caso di sostituzione dell'ausiliaria il termine non minore di dieci giorni (previsto per l'avvalimento) e congruo dunque il termine di 15 giorni assegnato nel caso di specie dalla stazione appaltante, essendo del tutto irrilevanti le questioni circa le presunte maggiori difficoltà che ricorrerebbero proprio nell'ipotesi di sostituzione dell'ausiliaria rispetto a quella di soccorso istruttorio documentale.

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 5655 del 2019, proposto da Ecojunk s.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Fabrizio Lofoco e Alessandra Muciaccia, con domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di Giustizia;

contro

Comune di San Giorgio a Cremano, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dagli avvocati Adele Carlino e Lucia Cicatiello, con domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di Giustizia; Comune di Portici, non costituito in giudizio; nei confronti Buttol s.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avvocato Gherardo Marone, con domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di Giustizia; per la riforma della sentenza breve del Tribunale amministrativo regionale per la Campania, Sezione Terza, n. 02827/2019, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati; Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di San Giorgio a Cremano e di Buttol s.r.l., che ha spiegato anche appello incidentale; Visti tutti gli atti della causa; Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 febbraio 2020 il Cons. Federico Di Matteo e uditi per le parti gli avvocati Michele Perrone, in dichiarata delega di Fabrizio Lofoco, Lucia Cicatiello per sè e in dichiarata delega di Carlino, e Gherardo Marone; Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con bando pubblicato in Gazzetta ufficiale dell'Unione europea il 21 giugno 2018 la C.U.C. – centrale di committenza per i Comuni di Portici – Ercolano – San Giorgio a Cremano e San Sebastiano al Vesuvio - indicava una procedura di gara per l'affidamento, con il criterio dell'offerta economica più vantaggiosa, del servizio di igiene integrata dei rifiuti solidi urbani per un periodo di cinque anni nel territorio di San Giorgio a Cremano. L'importo a base di gara era di € 27.579.945,00 inclusi € 86.273,00 per oneri per la sicurezza. 1.1. Alla procedura di gara partecipava Ecojunk s.r.l. che si avvaleva della Ecologia Falzarano s.r.l. per il possesso di taluni requisiti di capacità tecnico – professionale e economico – finanziari richiesti dal disciplinare di gara. Con provvedimento 17 dicembre 2018 la stazione appaltante ne disponeva tuttavia l'esclusione dalla gara per aver riscontrato diversi gravi illeciti professionali in capo all'ausiliaria Ecologia Falzarano.

1.2. Il Tribunale amministrativo regionale per la Campania con la sentenza 8 febbraio 2019, n. 713, annullava il provvedimento di esclusione di Ecojunk s.r.l. per violazione dell'art. 89, comma 3, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50: la stazione appaltante, riscontrata l'esistenza di una causa esclusione in capo all'ausiliaria, non avrebbe potuto disporre automaticamente l'esclusione dalla gara, ma avrebbe dovuto consentire all'operatore economico concorrente di sostituirla. 2. Con nota 12 febbraio 2019, prot. 10098, la C.U.C. disponeva la riammissione in gara della Ecojunk s.r.l., dandole termine di 15 giorni (dalla ricezione della comunicazione) per provvedere alla sostituzione dell'impresa ausiliaria e trasmettere tutta la relativa documentazione. Con nota del 27 febbraio 2019 la società chiedeva "congrua" proroga del termine al fine della sostituzione dell'ausiliaria, reiterando la richiesta il 7 marzo 2019.

2.1. Con verbale 14 marzo 2019, n. 5, la commissione giudicatrice, preso atto che nel termine assegnato, la Ecojunk non aveva trasmesso la documentazione richiesta, poiché il plico relativo alla sostituzione dell'ausiliaria era pervenuto solo il 13 marzo 2019, disponeva la sua esclusione dalla procedura di gara.

2.2. Con ricorso al Tribunale amministrativo regionale per la Campania Ecojunk s.r.l. impugnava il nuovo provvedimento di esclusione sulla base di un unico articolato motivo con il quale lamentava l'arbitrarietà, l'illogicità e la contrarietà al principio di favor participationis e di libera concorrenza del termine tassativo di 15 giorni assegnatole per individuare una nuova ausiliaria affidabile e sottoscrivere il relativo contratto di avvalimento. Aggiungeva di aver peraltro effettivamente comunicato la sostituzione dell'ausiliaria il 13 marzo 2019, vale a dire il giorno prima della seduta della commissione per il prosieguo della procedura di gara, onde l'asserito ritardo non avrebbe comportato alcun ostacolo alla celere definizione della procedura, che si era regolarmente svolta.

In via subordinata prospettava il dubbio di legittimità costituzionale dell'art. 89, comma 3, d.lgs. n. 50 del 2016 che, nell'ammettere la sostituzione dell'ausiliaria, non ne aveva disciplinato termini e modalità.

2.3. Con la sentenza segnata in epigrafe, nella resistenza del Comune di San Giorgio a Cremano e della controinteressata aggiudicataria Buttol s.r.l. (che con ricorso incidentale aveva sollevato ulteriori censure di legittimità per la mancata esclusione dalla gara della ricorrente), l'adito tribunale respingeva il ricorso principale e dichiarava improcedibile quello incidentale, condannando la ricorrente al pagamento delle spese. 3. Propone appello Ecojunk

s.r.l.; si è costituito in giudizio il Comune di San Giorgio a Cremano e Buttol s.r.l. che ha proposto anche appello incidentale; Ecojunk s.r.l. ha presentato memoria ex art. 73, comma 3, Cod. proc. amm.. All'udienza pubblica del 13 febbraio 2020, la causa è stata trattenuta in decisione. 4. Con il primo motivo di gravame l'appellante lamenta "Erroneità della sentenza in relazione al primo motivo di ricorso, riferito alla violazione e falsa applicazione degli artt. 80, comma 5, e 89, comma 3, del d.lgs. 50/2016, alla violazione e falsa applicazione del bando di gara; del denunciato eccesso di potere per violazione di norme e principi in materia di giusto procedimento, difetto di istruttoria e del principio del favor participationis": a suo avviso il giudice di primo grado avrebbe erroneamente ritenuto congruo il termine di quindici giorni assegnato dalla stazione appaltante per la sostituzione dell'ausiliaria, sebbene lo stesso, a causa degli adempimenti necessari – rintracciare un'impresa con requisiti tecnici e professionali adatti, definire le reciproche aspettative, redigere un contratto di avvalimento, ottemperare alle dovute formalità, anche notarili – fosse del tutto insufficiente. Né il termine assegnato avrebbe potuto ritenersi congruo per il solo fatto di corrispondere a quello previsto dall'art. 60, comma 3, del D. Lgs. n. 50 del 2016, termine minimo per la ricezione delle offerte dalla data di pubblicazione del bando per il caso di ragioni di urgenza che impediscano il rispetto dell'ordinario termine minimo di trentacinque giorni di cui al primo comma, giacché mancava nel caso di specie qualsiasi giustificazione della "urgenza" e ciò senza contare che una situazione di "urgenza" era da escludersi in radice per il caso di sostituzione dell'ausiliaria. Secondo l'appellante, sarebbe stato più corretto pertanto far riferimento al termine minimo previsto dal codice per la ricezione delle offerte, cioè di trentacinque giorni, anche in considerazione del fatto che gli adempimenti richiesti all'operatore economico per la sostituzione dell'ausiliaria non sarebbero stati particolarmente diversi da quelli necessari alla presentazione dell'offerta. L'appellante si duole ancora che il giudice di primo grado non avrebbe riscontrato l'evidente sviamento dell'azione amministrativa, consistito nella fissazione, in maniera arbitraria e strumentale solo alla sua espulsione dalla procedura, di un termine a pena di esclusione, come dimostrato dalla scelta di non aver dato riscontro alle richieste di proroga tempestivamente formulate e di non aver tenuto conto della documentazione trasmessa il giorno antecedente a quello fissato per la seduta pubblica della commissione. In via subordinata è stato reiterato il dubbio di legittimità costituzione dell'art. 89, comma 3, d.lgs. n. 50 del 2016, che non avrebbe disciplinato i termini e le modalità dell'eventuale sostituzione dell'ausiliaria per contrasto con la "libera manifestazione ed esplicazione delle capacità imprenditoriali delle imprese partecipanti alla gara (segnatamente del principio del favor participationis e del libero mercato)", chiedendosi la rimessione degli atti alla Corte costituzionale. 4.2. Con il secondo motivo di gravame è stata dedotta "Violazione del giudicato di cui alla sentenza 713 dell'8/2/2019 – Violazione del principio di proporzionalità – violazione art. 89, terzo comma, d.lgs. 50/2016. Eccesso di potere per erroneità dei presupposti, illogicità, ingiustizia manifesta – violazione del giusto procedimento e dei principi di concorrenza – violazione art. 84 del d.lgs. 50/2016 – soccorso istruttorio".

Secondo l'appellante la stazione appaltante non avrebbe rispettato il giudicato formatosi sulla precedente sentenza n. 713 del 2019, ricadendo nell'illegittima automatica esclusione senza aver prima esaminato e vagliato la sua offerta, come invece avrebbe dovuto fare nel rispetto

dell'interesse pubblico alla concorrenza, specialmente per l'avvenuta partecipazione alla procedura di gara di due sole imprese.

5. Deve essere preliminarmente respinta l'eccezione di inammissibilità/improcedibilità dell'appello per carenza di interesse sollevata da Buttol s.r.l. sul presupposto che la nuova ausiliaria indicata dalla Eocjunk, GPN s.r.l., sarebbe destinataria di un provvedimento di risoluzione di precedenti contratti d'appalto e pertanto carente del requisito di affidabilità professionale, con la conseguenza che l'appellante sarebbe irrimediabilmente destinata ad essere esclusa dalla gara anche nel caso di accoglimento dell'appello e di ammissibilità della sostituzione. Non è infatti ammesso che il giudice amministrativo possa pronunciarsi con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati (art. 34, comma 2, cod. proc. amm.), quale è quello prospettato dall'appellata incidentale che riguarda una questione - l'esistenza di una causa di esclusione ex art. 80, comma 1, lett. c) d.lgs. n. 50 del 2016 in capo alla nuova ausiliaria - sulla quale la stazione appaltante non ha adottato ancora alcuna determinazione.

6. Passando all'esame dei motivi dell'appello, gli stessi, che, in quanto intimamente connessi possono essere esaminati congiuntamente, sono infondati.

6.1. La questione controversa riguarda la corretta individuazione del termine entro il quale l'operatore economico concorrente è tenuto alla sostituzione dell'ausiliaria in applicazione dell'art. 89, comma 3, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e se, nello specifico, possa essere ritenuto ragionevole, in carenza di espressa previsione normativa, l'assegnazione a tal fine di 15 giorni ovvero se debba farsi applicazione del termine di 45 giorni previsto dall'art. 63, comma 1, del D. Lgs. n. 50 del 2016 (per la ricezione delle domande di partecipazione alla procedura). Il giudice di primo grado ha ritenuto congruo il termine di 15 giorni a tal fine assegnato dalla stazione appaltante, assimilandolo a quello previsto dall'art. 60, comma 3, del D. Lgs. n. 50 del 2016 per la presentazione della domanda di partecipazione in caso di situazione di urgenza, situazione cui dovrebbe equipararsi una procedura di gara in corso di svolgimento; ha così mostrato di non condividere la tesi della controinteressata (riproposta con l'appello incidentale) secondo il termine da assegnare per la sostituzione dell'ausiliaria dovrebbe essere di dieci giorni, come quello previsto per il soccorso istruttorio (in quanto l'integrazione o la regolarizzazione delle dichiarazioni rese dal partecipante alla procedura di gara sarebbero situazioni ontologicamente diverse dalla sostituzione dell'ausiliaria). 6.2. Al riguardo la Sezione osserva quanto segue. 6.2.1. Com'è noto, il ricorso all'avvalimento consente a qualunque operatore economico di soddisfare il possesso di taluni requisiti di partecipazione, economico, finanziari, tecnico e professionali, previsti dalla lex specialis, utilizzando risorse umane e strumentali che altre imprese si impegnano a mettere a sua disposizione (art. 89, comma 1, d.lgs. 50 del 2016). L'art. 89, comma 3, dispone: "La stazione appaltante verifica, conformemente agli articoli 85, 86 e 88, se i soggetti della cui capacità l'operatore economico intende avvalersi, soddisfano i pertinenti criteri di selezione o se sussistono motivi di esclusione ai sensi dell'articolo 80. Essa impone all'operatore economico di sostituire i soggetti che non soddisfano un pertinente criterio di selezione o per i quali sussistono motivi obbligatori di esclusione". E' la stessa norma che prevede la sostituzione dell'ausiliaria anche nell'ambito di rapporto tra imprese scaturito dalla stipulazione di un contratto di avvalimento ed anche nella fase precedente l'esecuzione del contratto (Cons. Stato, sez. V, 3 gennaio 2019, n. 69; V, 26 aprile 2018, n. 2527; V, 21 febbraio 2018, n. 1101; sulla peculiarità

dell'avvalimento, "istituto del tutto innovativo", Cons. Stato, III, 25 novembre 2015, n. 5359, e Corte di Giustizia dell'Unione Europea in C-223/16 del 14 settembre 2017). La sostituzione dell'ausiliaria durante la gara è istituito derogatorio al principio dell'immodificabilità soggettiva del concorrente nel corso della procedura (nonché di coloro di cui intende avvalersi, e, per questa via, della stessa offerta); ma risponde all'esigenza di evitare l'esclusione dell'operatore per ragioni a lui non direttamente riconducibili e così, seppur di riflesso, stimolare il ricorso all'avvalimento. Il concorrente può far conto sul fatto che, nel caso in cui l'ausiliaria non presenti i requisiti richiesti, potrà procedere alla sua sostituzione e non sarà, per ciò solo, escluso. 6.2.2. Anche il soccorso istruttorio è istituito finalizzato ad evitare l'esclusione del concorrente per mere carenze o irregolarità documentali della domanda, ivi comprese quelle eventualmente riscontrate nelle dichiarazioni (con esclusione di carenze riguardanti l'offerta), essendosi in tal modo voluto dare rilievo all'effettiva sussistenza dei requisiti di partecipazione in capo ai concorrenti e legittimare conseguentemente l'esclusione unicamente per difetti sostanziali e non per vizi formali. 6.2.3. Per le integrazioni richieste dalla stazione appaltante in sede di soccorso istruttorio è stabilito un termine non superiore a 10 giorni (art. 83, comma 9). Nessun termine è invece previsto per il caso che sia necessaria la sostituzione dell'ausiliaria, ma si tratta di una carenza che può essere colmata in via interpretativa, proprio facendo riferimento alla previsione alla disciplina del soccorso istruttorio ed estendendo a quella il termine previsto per quest'ultimo. Così come, infatti, per il soccorso istruttorio, anche nel caso di sostituzione dell'ausiliaria, la stazione appaltante, accertata un'irregolarità nei requisiti di partecipazione del concorrente, è tenuta ad attivarsi per consentirne la rimozione ed evitare l'immediata esclusione del concorrente dalla procedura.

La differenza consiste nel fatto che, nel caso di soccorso istruttorio, la situazione d'irregolarità riguarda lo stesso operatore concorrente, nell'altra, invece, riguarda l'impresa ausiliaria; ciò non toglie, però, che, sul piano della ricostruzione sistematica, si resti nell'ambito (della verifica) del possesso dei requisiti di partecipazione, giacché, come accennato, il ricorso all'avvalimento ha proprio lo scopo di consentire al concorrente di acquisire i (mancanti) requisiti di partecipazione richiesti dal bando. Sebbene nei due casi le attività a carico del concorrente possono apparire differenti, poiché nel soccorso istruttorio deve produrre un'integrazione documentale della domanda, mentre nel caso di sostituzione dell'ausiliaria, deve procedere ad individuare una nuova ausiliaria, stipulare un nuovo contratto di avvalimento e produrre la nuova documentazione alla stazione appaltante, in uno all'ulteriore documentazione prevista dall'art. 89 del codice, nondimeno può ragionevolmente sostenersi che le due fattispecie siano sorrette dalla eadem ratio, di consentire (e salvaguardare) da un lato il favor participationis (strumento indispensabile per l'individuazione del migliore contraente) e dall'altro la spedita prosecuzione della procedura di gara. L'identità di ratio consente di ritenere corretta l'applicazione al caso di sostituzione dell'ausiliaria un termine non minore di dieci giorni e congruo dunque il termine di 15 giorni assegnato nel caso di specie dalla stazione appaltante, essendo del tutto irrilevanti le questioni circa le presunte maggiori difficoltà (peraltro di mero fatto) che ricorrerebbero proprio nell'ipotesi di sostituzione dell'ausiliaria rispetto a quella di soccorso istruttorio documentale; ciò senza contare che nel caso di specie l'appellante non ha neppure provato la sussistenza di gravi ed

obiettive situazioni che le avrebbero impedito di rispettare il termine concessore dalla stazione appaltante.

6.2.4. Le considerazioni svolte escludono la rilevanza (e la stessa fondatezza) della questione di legittimità costituzionale prospettata dall'appellante e conducono alla conferma della sentenza impugnata sia pur con la diversa motivazione individuata, non potendosi condividere l'assimilabilità del termine per la sostituzione dell'ausiliaria (che attiene ad una situazione relativa ad una gara che è già in corso di svolgimento) a quello ridotto per la presentazione di domanda di partecipazione alla gara (in realtà solo bandita). 6.2.5. Per completezza è da aggiungere che, sulla scorta di quanto già osservato, è infondato anche il secondo motivo di gravame, giacché l'amministrazione, per il rispetto del principio della par condicio, non avrebbe potuto esaminare la documentazione prodotta dall'appellante oltre il termine assegnato; né può ritenersi viziata la decisione della stazione appaltante di non concedere un'ulteriore proroga del termine assegnato, sia perché si trattava di una richiesta priva della necessaria adeguata giustificata, sia perché pervenuta il giorno stesso della scadenza del termine (laddove ragionevolmente le ragioni che avrebbero giustificato un'eventuale richiesta di proroga erano già precedentemente conosciute).

7. L'appello va pertanto respinto e a tanto consegue la declaratoria di improcedibilità dell'appello incidentale di Buttol. Le spese di lite seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge; dichiara improcedibile l'appello incidentale. Condanna Ecojunk s.r.l. al pagamento delle spese del presente grado del giudizio, che liquida in € 5.000,00, oltre IVA ed accessori di legge, in favore di ognuna delle parti costituite, Buttol s.r.l. e Comune di San Giorgio a Cremano. Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

CONSIGLIO DI STATO, ADUNANZA PLENARIA, SENTENZA N. 10 DEL 2 APRILE 2020.

ACCESSO CIVICO GENERALIZZATO SU GARE E CONTRATTI.

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 10 del 2020 supera il contrasto giurisprudenziale, pronunciandosi per l'applicabilità dell'accesso civico generalizzato agli atti delle procedure di appalto, anche con riferimento alla fase esecutiva del contratto.

Il legislatore ha previsto tre ipotesi di eccezioni assolute all'accesso civico generalizzato: i documenti coperti da segreto di Stato; gli altri casi di divieti previsti dalla legge, compresi quelli in cui l'accesso è subordinato al rispetto di specifiche condizioni, modalità e limiti; le ipotesi contemplate dall'art. 24, comma 1, della l. n. 241 del 1990.

A tale proposito, la Plenaria chiarisce che *“la disposizione non può invero essere intesa nel senso di esentare dall'accesso generalizzato interi ambiti di materie per il sol fatto che esse prevedano casi di accesso limitato e condizionato”* compresi quelli regolati dalla l. n. 241 del 1990, perché, se così fosse, il principio di specialità condurrebbe sempre all'esclusione di

quella materia dall'accesso, con la conseguenza, irragionevole, che la disciplina speciale o, addirittura, anche quella generale dell'accesso documentale, in quanto e per quanto richiamata *per relationem* dalla singola disciplina speciale, assorbirebbe l'accesso.

Pertanto il rapporto tra le due discipline generali dell'accesso documentale e dell'accesso civico generalizzato e, a sua volta, il rapporto tra queste due discipline generali e quelle settoriali non può essere letto unicamente e astrattamente, secondo un criterio di specialità e, dunque, di esclusione reciproca, ma secondo un canone ermeneutico di inclusione, in quanto la logica di fondo sottesa alla reazione tra le discipline è quella dell'integrazione dei diversi regimi in vista della tutela preferenziale dell'interesse conoscitivo.

Con specifico riferimento alla materia dei contratti pubblici, le esigenze di accesso civico generalizzato assumono, secondo la Plenaria in commento, una particolare e più pregnante connotazione perché costituiscono la *“fisiologica conseguenza dell'evidenza pubblica, in quanto che ciò che è pubblicamente evidente, per definizione, deve anche essere pubblicamente conoscibile”*.

In conclusione, secondo la Plenaria argomenti di carattere letterale, teleologico e sistematico depongono nel senso di una accessibilità totale degli atti di gara, seppur sempre nel rispetto degli interessi-limite, pubblici e privati, e delle conseguenti eccezioni relative di cui all'art. 5-bis, commi 1 e 2, del d. lgs. n. 33 del 2013.

Di seguito la sentenza in commento.

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

sul ricorso numero di registro generale 16 di A.P. del 2019, proposto da D. s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocato Pietro Adami, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, corso d'Italia, n. 97;

contro

Azienda U.T., in persona del Direttore Generale pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocato Giovanni Pasquale Mosca e dall'Avvocato Maria Foglia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e con domicilio eletto presso lo studio Giovanni Pasquale Mosca in Roma, corso d'Italia, n. 102;

nei confronti

C.N. Società Cooperativa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocato Gennaro Rocco Notarnicola, dall'Avvocato Aristide Police e dall'Avvocato Fabio Cintioli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e con domicilio eletto presso lo studio dello stesso Avvocato Aristide Police in Roma, via di Villa Sacchetti, n. 11;

e con l'intervento di ad opponendum:

Comune di Chiaramonte Gulfi, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocato Agatino Cariola, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e con domicilio eletto presso la Segreteria della III Sezione del Consiglio di Stato, piazza Capo di Ferro, n. 13;

per la riforma

della sentenza n. 577 del 17 aprile 2019 del Tribunale amministrativo regionale per la Toscana, sez. III, resa tra le parti, concernente l'accesso agli atti dell'esecuzione del contratto di appalto.

Svolgimento del processo - Motivi della decisione

1. L'odierna appellante, D. s.r.l., ha proposto ricorso avanti al Tribunale amministrativo regionale per la Toscana avverso la nota dall'Azienda U.T. del 2 gennaio 2019 (di qui in avanti, per brevità, l'Azienda), che reca il diniego dell'istanza di accesso agli atti, presentata il 6 dicembre 2018, avente ad oggetto i documenti relativi all'esecuzione del "Servizio Integrato Energia per le Pubbliche Amministrazioni", svolto dal r.t.i. composto dal C.N. Società Cooperativa (di seguito, per brevità, CNS) e dalle società Prima Vera - Exitone - Termotecnica Sebina - SOF.

1.1. A supporto di tale richiesta, l'appellante ha esposto di essere titolare di uno specifico interesse, qualificato e differenziato, avendo partecipato alla gara per l'affidamento del servizio in oggetto, nella qualità di mandante del r.t.i. costituito con altre società, classificatosi al secondo posto della graduatoria, relativa al lotto n. 5, concernente la Regione Toscana.

1.2. La dichiarata finalità dell'accesso era quella di verificare se l'esecuzione del contratto si stesse svolgendo nel rispetto del capitolato tecnico e dell'offerta migliorativa presentata dall'aggiudicataria, poiché l'accertamento di eventuali inadempienze dell'appaltatore avrebbe determinato l'obbligo della pubblica amministrazione di procedere alla risoluzione del contratto e al conseguente affidamento del servizio alla stessa appellante, secondo le regole dello scorrimento della graduatoria di cui all'*art. 140 del D.Lgs. n. 163 del 2006*, applicabile *ratione temporis* alla vicenda in esame.

1.3. L'istanza non si è richiamata espressamente ed esclusivamente alla disciplina dell'accesso documentale, prevista dalla *L. n. 241 del 1990*, o a quello dell'accesso civico generalizzato, introdotto dal *D.Lgs. n. 97 del 2016*.

1.4. L'atto di diniego di accesso, opposto dalla pubblica amministrazione, è incentrato sulla motivazione per la quale "la documentazione richiesta concerne una serie di dati inerenti ad aspetti relativi all'esecuzione del rapporto contrattuale scaturito dalla gara in oggetto, e perciò ricompresi nel concetto più generali di atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici", con la conseguente applicazione dei limiti, stabiliti dalla *L. n. 241 del 1990*, tra i quali connessi alla necessaria titolarità, in capo al richiedente l'accesso, di un interesse qualificato.

1.5. Secondo l'Azienda, D. s.r.l. non avrebbe dimostrato la concreta esistenza di una posizione qualificata, idonea a giustificare l'istanza di accesso.

1.6. In ogni caso, a parere dell'Azienda, l'istanza di accesso non può essere accolta nemmeno in base alla disciplina dell'accesso civico generalizzato, poiché tale normativa non trova applicazione nel settore dei contratti pubblici.

2. L'odierna appellante, come si è premesso (1), ha impugnato ai sensi dell'art. 116 c.p.a. avanti al Tribunale amministrativo regionale per la Toscana il diniego di accesso, articolando due motivi, e ne ha chiesto l'annullamento.

2.1. D. s.r.l. ha dedotto in prime cure, con un primo motivo, l'illegittimità del diniego perché, a suo dire, essa aveva un interesse qualificato e concreto, ai sensi degli *artt. 22 e ss. della L. n. 241 del 1990*, a conoscere eventuali inadempienze verificatesi nell'esecuzione dell'appalto.

2.2. Con un secondo motivo, poi, la ricorrente ha lamentato comunque l'erroneità del diniego opposto dall'Azienda anche con riferimento all'*art. 5 del D.Lgs. n. 33 del 2013* perché, secondo la sua tesi, con il nuovo accesso civico generalizzato avrebbe comunque diritto, uti civis, ad accedere ai documenti e ai dati detenuti dalle pubbliche amministrazioni.

2.3. Nel primo grado del giudizio si sono costituite l'Azienda resistente, che ha eccepito il proprio difetto di legittimazione passiva, essendo essa priva della qualità di stazione appaltante, e comunque nel merito l'infondatezza della domanda di accesso proposta nonché S.N.C., controinteressata, che ha evidenziato come il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sede di Roma, con la sentenza n. 425 del 14 gennaio 2019, avesse già respinto il ricorso avverso il diniego opposto da C. s.p.a. per l'accesso agli atti relativi alla fase di realizzazione della gara, ed ha comunque anch'essa concluso per l'infondatezza del ricorso.

2.4. Il Tribunale amministrativo regionale per la Toscana, con la sentenza n. 577 del 17 aprile 2019, ha respinto il ricorso.

2.5. Secondo il primo giudice, infatti, l'istanza di D. s.r.l., per il modo in cui è formulata, si tradurrebbe in una indagine esplorativa tesa alla ricerca di una qualche condotta inadempiente dell'attuale aggiudicataria, di per sé inammissibile, non risultando da alcuna fonte di provenienza delle amministrazioni interessate né avendo la ricorrente altrimenti fornito alcun elemento o indicato concrete circostanze in tal senso.

2.6. Quanto alla controversa applicabilità dell'accesso civico generalizzato anche alla materia dei contratti pubblici, poi, il primo giudice, nel dare atto di un contrasto giurisprudenziale sul punto, ha ritenuto che debba trovarsi il necessario punto di equilibrio risultante dall'applicazione dell'*art. 53 del D.Lgs. n. 50 del 2016*, che rinvia alla disciplina di cui agli *artt. 22 e ss. della L. n. 241 del 1990* e dell'*art. 5-bis, comma 3, del D.Lgs. n. 33 del 2013*.

2.7. Ne deriverebbe, a suo giudizio, una "disciplina complessa", risultante dall'applicazione dei diversi istituti dell'accesso ordinario e di quello civico, che hanno un diverso ambito di operatività e un diverso grado di profondità.

2.8. In particolare, per quanto riguarda gli atti e i documenti della fase pubblicistica del procedimento, oltre all'accesso ordinario è consentito anche l'accesso civico generalizzato, allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche nonché per promuovere la partecipazione al dibattito pubblico, mentre, per quanto attiene agli atti e ai documenti della fase esecutiva del rapporto contrattuale, l'accesso ordinario è consentito, ai sensi degli *artt. 22 e ss. della L. n. 241 del 1990*, nel rispetto delle condizioni e dei limiti individuati dalla giurisprudenza, che nel caso di specie non sarebbero stati rispettati.

3. Avverso tale sentenza ha proposto D. s.r.l. che, nell'articolare due distinti motivi di censura rispettivamente incentrati sulla violazione, da parte del primo giudice, delle disposizioni della *L. n. 241 del 1990* e di quelle dettate dal *D.Lgs. n. 33 del 2013*, ha ribadito le tesi esposte nel ricorso di prime cure e ha affermato la propria legittimazione a chiedere sia l'accesso documentale che quello civico generalizzato, e ha chiesto così la riforma della sentenza, con il conseguente accoglimento del ricorso originario e l'ostensione dei documenti richiesti.

3.1. Si sono costituite l'Azienda appellata, che ha riproposto l'eccezione di difetto di legittimazione passiva e nel merito ha contestato la legittimazione di D. s.r.l. a richiedere sia l'accesso procedimentale che quello generalizzato, e il C.N., che ha anche contestato la fondatezza del ricorso.

3.2. Con l'ordinanza n. 8501 del 16 dicembre 2019 la III Sezione di questo Consiglio di Stato, nel ravvisare un contrasto giurisprudenziale in ordine alle questioni oggetto del giudizio, ha rimesso a questa Adunanza plenaria tre quesiti:

a) se sia configurabile, o meno, in capo all'operatore economico, utilmente collocato nella graduatoria dei concorrenti, determinata all'esito della procedura di evidenza pubblica per la scelta del contraente, la titolarità di un interesse giuridicamente protetto, ai sensi dell'*art. 22 della L. n. 241 del 1990*, ad avere accesso agli atti della fase esecutiva delle prestazioni, in vista della eventuale sollecitazione del potere dell'amministrazione di provocare la risoluzione per inadempimento dell'appaltatore e il conseguente interpello per il nuovo affidamento del contratto, secondo la regole dello scorrimento della graduatoria;

b) se la disciplina dell'accesso civico generalizzato, di cui al *D.Lgs. n. 33 del 2013*, come modificato dal *D.Lgs. n. 97 del 2016*, sia applicabile, in tutto o in parte, in relazione ai documenti relativi alle attività delle amministrazioni disciplinate dal codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, inerenti al procedimento di evidenza pubblica e alla successiva fase esecutiva, ferme restando le limitazioni ed esclusioni oggettive previste dallo stesso codice;

c) se, in presenza di una istanza di accesso ai documenti espressamente motivata con esclusivo riferimento alla disciplina generale di cui alla *L. n. 241 del 1990*, o ai suoi elementi sostanziali, la pubblica amministrazione, una volta accertata la carenza del necessario presupposto legittimante della titolarità di un interesse differenziato in capo al richiedente, ai sensi dell'*art. 22 della L. n. 241 del 1990*, sia comunque tenuta ad accogliere la richiesta, qualora sussistano le condizioni dell'accesso civico generalizzato, di cui al *D.Lgs. n. 33 del 2013*; e se di conseguenza il giudice, in sede di esame del ricorso avverso il diniego di una istanza di accesso motivata con riferimento alla disciplina ordinaria, di cui alla *L. n. 241 del 1990* o ai suoi presupposti sostanziali, abbia il potere-dovere di accertare la sussistenza del diritto del richiedente, secondo i più ampi parametri di legittimazione attiva stabiliti dalla disciplina dell'accesso civico generalizzato.

3.3. Quanto al primo quesito, anzitutto, l'ordinanza di rimessione, nel valorizzare l'orientamento più recente della Corte di Giustizia UE, che ha ripetutamente sottolineato la rilevanza dell'interesse strumentale dell'operatore economico che aspiri all'affidamento di un operatore pubblico, prospetta il dubbio che detto operatore, secondo classificato, non potrebbe essere assimilato al *quisque de populo*, ai fini dell'attivazione dell'istanza ostensiva, perché la sua posizione funge da presupposto attributivo di un "fascio" di situazioni giuridiche, di

carattere oppositivo o sollecitatorio, finalizzate alla salvaguardia di un interesse tutt'altro che emulativo, in quanto radicato sulla valida, anche se non pienamente soddisfattiva, partecipazione alla gara.

3.4. Quanto secondo quesito, la Sezione rimettente, nell'espone le ragioni del contrasto tra l'orientamento, fatto proprio dalla stessa Sezione, incline a riconoscere l'applicazione dell'accesso civico generalizzato ai contratti pubblici e quello, seguito invece dalla V Sezione (v., in particolare, le sentenze n. 5502 e n. 5503 del 2 agosto 2019), contrario a tale applicazione, suggerisce una soluzione che operi una *reductio ad unitatem* delle due discipline, quella dell'accesso documentale e quella dell'accesso civico generalizzato, negando comunque che l'*art. 53 del D.Lgs. n. 50 del 2016* abbia inteso dettare una disciplina esaustiva ed esclusiva dell'accesso in questa materia, con la conseguente impossibilità di consentire l'accesso civico generalizzato agli atti di gara per via della preclusione assoluta di cui all'*art. 5-bis, comma 3, del D.Lgs. n. 33 del 2013*, e proponendo una lettura fondata sul rapporto di coordinamento-integrazione tra le suddette discipline.

3.5. Quanto al terzo quesito, infine, la Sezione rimettente, pur avendo premesso, correttamente, che l'istanza di accesso, proposta da D. s.r.l., non è stata univocamente formulata ai sensi degli *artt. 22 e ss. della L. n. 241 del 1990* e che la connoterebbe il solo fine ostensivo perseguito, ha domandato a questa Adunanza plenaria di chiarire se sia consentito al giudice di verificare la sussistenza dei presupposti legittimanti l'accesso civico qualora il richiedente abbia speso una sua eventuale qualità differenziata e questa, tuttavia, non attinga i requisiti di legittimazione delineati dalla *L. n. 241 del 1990*, con particolare riguardo all'ipotesi in cui la pubblica amministrazione, nella motivazione dell'atto negativo, si sia espressa in senso sfavorevole per il cittadino, anche in ordine al primo profilo.

3.6. Le parti, in vista dell'udienza pubblica del 19 febbraio 2020 fissata avanti a questa Adunanza, hanno depositato le loro memorie ai sensi dell'*art. 73 c.p.a.*

3.7. Il 18 febbraio 2020 è intervenuto ad opponendum nella presente fase del giudizio anche il Comune di Chiaramonte Gulfi (RG).

3.8. Nella pubblica udienza del 19 febbraio 2020 il Collegio, sentiti i difensori delle parti, che hanno esposto le loro tesi, ha trattenuto la causa in decisione.

4. In via preliminare deve essere esaminata l'ammissibilità dell'intervento ad opponendum spiegato nella fase del giudizio avanti a questa Adunanza plenaria da parte del Comune di Chiaramonte Gulfi (RG).

4.1.1. Questo deduce di essere parte in un giudizio, pendente al Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, nel quale si controverte dell'accesso documentale richiesto dall'Impresa E.B.S. s.r.l. agli atti relativi all'esecuzione dell'appalto del servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti urbani e speciali e dei servizi di igiene urbana nell'ambito di detto Comune, appalto aggiudicato a M.G. s.r.l.

4.1.2. Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, nella camera di consiglio del 16 gennaio 2020, ha rinviato la trattazione della vicenda alla camera di consiglio dell'8 aprile 2020, in attesa della decisione di questa Adunanza plenaria sulla medesima questione di diritto.

4.1.3. Sulla base di questo presupposto il Comune interveniente assume di essere titolare di un interesse a partecipare alla sede giurisdizionale in cui si definisce la regola di diritto da applicare successivamente alla risoluzione della controversia di cui è parte.

4.1.4. Ad avviso del Comune, la funzione nomofilattica esercitata da questa Adunanza giustificerebbe l'intervento, nel giudizio che si celebra davanti ad essa, di tutti i soggetti interessati dalla risoluzione di analoghe controversie sulla medesima questione di diritto, non dissimilmente dall'intervento, ora ammesso dalle Norme integrative per i giudizi avanti alla Corte costituzionale adottate l'8 gennaio 2020, da parte di soggetti "titolari di un interesse qualificato, inerente in modo diretto e immediato al rapporto dedotto in giudizio" (art. 4, comma 7) o, addirittura, da parte di "formazioni sociali senza scopo di lucro" e di "soggetti istituzionali, portatori di interessi collettivi o diffusi attinenti alla questione di costituzionalità" (art. 4-ter).

4.2. L'intervento volontario ad opponendum del Comune di Chiaramonte Gulfi, proposto ai sensi dell'art. 28, comma 2, c.p.a., è inammissibile.

4.2.1. Trovano infatti applicazione anche al caso di specie i principi affermati dalla costante giurisprudenza di questo Consiglio e, in particolare, da questa stessa Adunanza plenaria nella sentenza n. 23 del 4 novembre 2016.

4.2.2. La domanda di intervento non è ascrivibile a nessuna delle figure tipicamente riconducibili all'istituto dell'intervento nel processo amministrativo, per come da ultimo disciplinato dall'articolo 28 c.p.a. nonché - per il grado di appello - dall'art. 97 c.p.a.

4.2.3. In particolare, come ha affermato questa Adunanza plenaria nella pronuncia n. 23 del 2016 sopra richiamata, non è sufficiente a consentire l'intervento la sola circostanza che l'interventore sia parte di un giudizio in cui venga in rilievo una quaestio iuris analoga a quella oggetto del giudizio nel quale intende intervenire.

4.2.4. Osta al riconoscimento di una situazione che lo legittimi a intervenire l'obiettivo diversità di petitum e di causa petendi che distingue i due processi, sì da non potersi configurare in capo al richiedente uno specifico interesse all'intervento nel giudizio ad quem.

4.2.5. Al contrario, laddove si ammettesse la possibilità di spiegare l'intervento volontario a fronte della sola analogia fra le quaestiones iuris controverse nei due giudizi, si finirebbe per introdurre nel processo amministrativo una nozione di interesse del tutto peculiare e svincolata dalla tipica valenza endoprocedurale connessa a tale nozione e potenzialmente foriera di iniziative anche emulative, scisse dall'oggetto specifico del giudizio cui l'intervento si riferisce.

4.3. Non a caso, in base a un orientamento del tutto consolidato, nel processo amministrativo l'intervento ad adiuvandum o ad opponendum può essere proposto solo da un soggetto titolare di una posizione giuridica collegata o dipendente da quella del ricorrente in via principale (v. ex plurimis, sul punto, Cons. St., sez. IV, 29 febbraio 2016, n. 853; Cons. St., sez. V, 2 agosto 2011, n. 4557).

4.4. Si tratta, come è del tutto evidente, di un presupposto che non ricorre nel caso in esame, pacifica essendo in tale ipotesi l'assoluta estraneità fra la posizione del Comune interventore e quella dell'odierna appellante, D. s.r.l.

4.5. Ed è appena il caso di ricordare, come ha già chiarito questa Adunanza nella sentenza n. 23 del 4 novembre 2016, che risulterebbe peraltro sistematicamente incongruo ammettere

l'intervento volontario in ipotesi, come quella qui esaminata, che si risolvessero nel demandare ad un giudice diverso da quello naturale (*art. 25, comma primo, Cost.*) il compito di verificare in concreto l'effettività dell'interesse all'intervento (e, con essa, la concreta rilevanza della questione ai fini della definizione del giudizio a quo), in assenza di un adeguato quadro conoscitivo di carattere processuale, ove si pensi, solo a mo' di esempio, alla necessaria verifica che il giudice ad quem sarebbe chiamato a svolgere, ai fini del richiamato giudizio di rilevanza, circa l'effettiva sussistenza in capo all'interveniente dei presupposti e delle condizioni per la proposizione del giudizio a quo.

4.6. Non giova al Comune interventore richiamare le recenti Norme integrative per i giudizi avanti alla Corte costituzionale, adottate dalla stessa Corte l'8 gennaio 2020, poiché esse ammettono l'intervento di soggetti titolari di un interesse qualificato, che sia appunto inerente in modo diretto e immediato al concreto rapporto dedotto in giudizio e non semplicemente alle stesse o simili, astratte, questioni di diritto, o al più a tutti quei soggetti privati, senza scopo di lucro, portatori di interessi collettivi e diffusi, attinenti alla questione di costituzionalità, che rivestano il ruolo di c.d. *amicus curiae*.

4.7. In nessuna di tali figure rientra, anche a volere ammettere per ipotesi la totale assimilazione delle regole vigenti per il giudizio incidentale di costituzionalità a quelle previste per il processo amministrativo, quella dell'odierno Comune interventore.

4.8. Ne discende l'inammissibilità dell'intervento ad *opponendum* spiegato dal Comune di Chiamonte Gulfi.

5. Venendo all'esame delle questioni poste dall'ordinanza di rimessione, questa Adunanza plenaria ritiene che, per un più chiaro e corretto esame di queste secondo un rigoroso ordine di consecuzione logico-giuridica, sia imprescindibile anzitutto, sul piano processuale, inquadrare i fatti rilevanti ai fini del presente giudizio e quindi, anzitutto, individuarne l'esatto oggetto, delimitato dall'originaria istanza di accesso, presentata il 6 novembre 2018 da D. s.r.l., e dal provvedimento di diniego, adottato il 2 gennaio 2019 dall'Azienda.

6. D. s.r.l., nel premettere che il suo intento è di "mera collaborazione con le Amministrazioni", si è rivolta all'Azienda con la propria istanza di accesso perché ha inteso verificare se l'esecuzione del servizio integrato di energia per le pubbliche amministrazioni, per il lotto 5, si svolga nel pieno rispetto di quanto richiesto dal capitolato tecnico, e in particolare di quelle concernenti lo standard qualitativo delle prestazioni, nonché di quanto offerto in sede di gara dall'a.t.i. guidata da C.N., risultata aggiudicataria del lotto n. 5, e attuale gestrice del servizio.

6.1 "Eventuali inadempienze - si legge nell'istanza, a p. 2 - rispetto ai suddetti obblighi comporterebbero con ogni probabilità la risoluzione del contratto per inadempimento, ed il conseguente affidamento del servizio alla scrivente società, nella sua qualità di mandante dell'ATI seconda in graduatoria", sicché ne conseguirebbe "l'interesse della D. S.r.l. a sapere se in concreto il servizio viene attualmente svolto nel rispetto della disciplina di gara e dell'offerta ritenuta migliore" e a tal fine "si rende indispensabile concedere l'accesso alla relativa documentazione ... che attesa (documentalmente) la corretta esecuzione delle prestazioni".

6.2. L'istanza elenca poi, punto per punto, i singoli documenti richiesti per ogni previsione e/o prestazione del capitolato tecnico e si conclude con la richiesta, riassuntiva di accesso alla documentazione relativa al contratto, attestante l'esecuzione delle prestazioni promesse.

6.3. L'Azienda, con la nota prot. n. (...) del 2 gennaio 2019, anche in seguito all'opposizione manifestata da C.N.S, ha ritenuto di non poter accogliere l'istanza formulata in quanto:

a) D. s.r.l. non avrebbe alcun interesse diretto, specifico, concreto, ai sensi dell'*art. 22, comma 2, della L. n. 241 del 1990*, che giustifichi l'accesso documentale, che non è funzionale ad un controllo generalizzato sull'operato della pubblica amministrazione;

b) parimenti, anche ove D. s.r.l. avesse inteso esercitare con la sua istanza un accesso civico generalizzato, la materia dei contratti pubblici sarebbe sottratta all'applicabilità di tale forma di accesso per l'eccezione assoluta prevista dall'*art. 5-bis, comma 3, del D.Lgs. n. 33 del 2013*, il quale esclude tale forma di accesso laddove l'accesso sia subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni, modalità e limiti, nel caso di specie stabilite dall'*art. 13 dell'abrogato D.Lgs. n. 163 del 2006* e, ora, dall'*art. 53 del vigente D.Lgs. n. 50 del 2016*.

6.4. Questi sono, in essenziale sintesi, i fatti salienti, che delimitano il thema decidendum del presente giudizio, promosso ai sensi dell'*art. 116 c.p.a.* da D. s.r.l. per ottenere l'accesso alla documentazione richiesta.

6.5. Il provvedimento impugnato, a fronte di una istanza, come subito si vedrà, duplice o, per meglio dire, ancipite, oppone un diniego motivato con riferimento sia all'accesso documentale che a quello civico generalizzato.

7. La corretta delimitazione della questione controversa consente all'Adunanza di muovere all'esame delle questioni poste dall'ordinanza di rimessione, non senza però la preventiva disposizione delle stesse secondo il loro corretto ordine logico-giuridico.

7.1. La terza questione, posta dall'ordinanza, è logicamente antecedente alle altre, in quanto, se, per ipotesi, l'istanza sia stata richiesta e respinta solo per una specifica tipologia di accesso (procedimentale o civico generalizzato), il tema controverso dovrebbe essere limitato all'esistenza dei presupposti del solo accesso richiesto, giacché, come si vedrà, sarebbe precluso al giudice riconoscere o negare in sede giurisdizionale i presupposti dell'altro, se questi non siano stati nemmeno rappresentati in sede procedimentale ab initio dall'istante.

7.2. L'ordine delle questioni deve essere affrontato nel modo seguente:

a) se, in presenza di una istanza di accesso ai documenti espressamente motivata con esclusivo riferimento alla disciplina generale della *L. n. 241 del 1990*, o ai suoi elementi sostanziali, la pubblica amministrazione, una volta accertata la carenza del necessario presupposto legittimante della titolarità di un interesse differenziato in capo al richiedente, ai sensi dell'*art. 22 della L. n. 241 del 1990*, sia comunque tenuta ad accogliere la richiesta, qualora sussistano le condizioni dell'accesso civico generalizzato, previste dal *D.Lgs. n. 33 del 2013*, e se di conseguenza il giudice, in sede di esame del ricorso avverso il diniego di una istanza di accesso motivata con riferimento alla disciplina ordinaria, di cui alla *L. n. 241 del 1990* o ai suoi presupposti sostanziali, abbia il potere-dovere di accertare la sussistenza del diritto del richiedente, secondo i più ampi parametri di legittimazione attiva stabiliti dalla disciplina dell'accesso civico generalizzato.

b) se sia configurabile, o meno, in capo all'operatore economico, utilmente collocato nella graduatoria dei concorrenti, determinata all'esito della procedura di evidenza pubblica per la scelta del contraente, la titolarità di un interesse giuridicamente protetto, ai sensi dell'*art. 22 della L. n. 241 del 1990*, ad avere accesso agli atti della fase esecutiva delle prestazioni, in vista della eventuale sollecitazione del potere dell'amministrazione di provocare la risoluzione per inadempimento dell'appaltatore e il conseguente interpello per il nuovo affidamento del contratto, secondo la regole dello scorrimento della graduatoria;

c) se la disciplina dell'accesso civico generalizzato, di cui al *D.Lgs. n. 33 del 2013*, come modificato dal *D.Lgs. n. 97 del 2016*, sia applicabile, in tutto o in parte, in relazione ai documenti relativi alle attività delle amministrazioni disciplinate dal codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, inerenti al procedimento di evidenza pubblica e alla successiva fase esecutiva, ferme restando le limitazioni ed esclusioni oggettive previste dallo stesso codice.

8. Così impostato l'ordo quaestionum, secondo la loro necessaria consecuzione logica, occorre anzitutto esaminare il terzo quesito, posto dall'ordinanza, divenuto primo.

8.1. L'istanza di accesso documentale ben può concorrere con quella di accesso civico generalizzato e la pretesa ostensiva può essere contestualmente formulata dal privato con riferimento tanto all'una che all'altra forma di accesso.

8.2. L'*art. 5, comma 11, del D.Lgs. n. 33 del 2013* ammette chiaramente il concorso tra le diverse forme di accesso, allorché specifica che restano ferme, accanto all'accesso civico c.d. semplice (comma 1) e quello c.d. generalizzato (comma 2), anche "le diverse forme di accesso degli interessati previste dal capo V della *L. 7 agosto 1990, n. 241*".

8.3. La giurisprudenza di questo Consiglio è consolidata e uniforme nell'ammettere il concorso degli accessi, al di là della specifica questione qui controversa circa la loro coesistenza in rapporto alla specifica materia dei contratti pubblici: "nulla infatti, nell'ordinamento, preclude il cumulo anche contestuale di differenti istanze di accesso" (v., sul punto, Cons. St., sez. V, 2 agosto 2019, n. 5503).

8.4. Il solo riferimento dell'istanza ai soli presupposti dell'accesso documentale non preclude alla pubblica amministrazione di esaminare l'istanza anche sotto il profilo dell'accesso civico generalizzato, laddove l'istanza contenga sostanzialmente tutti gli elementi utili a vagliarne l'accoglimento sotto il profilo "civico", salvo che il privato abbia inteso espressamente far valere e limitare il proprio interesse ostensivo solo all'uno o all'altro aspetto.

8.5. Se è vero che l'accesso documentale e quello civico generalizzato differiscono per finalità, requisiti e aspetti procedurali, infatti, la pubblica amministrazione, nel rispetto del contraddittorio con eventuali controinteressati, deve esaminare l'istanza nel suo complesso, nel suo "anelito ostensivo", evitando inutili formalismi e appesantimenti procedurali tali da condurre ad una defatigante duplicazione del suo esame.

8.6. Con riferimento al dato procedimentale, infatti, in materia di accesso opera il principio di stretta necessità, che si traduce nel principio del minor aggravio possibile nell'esercizio del diritto, con il divieto di vincolare l'accesso a rigide regole formali che ne ostacolino la soddisfazione.

8.7. La coesistenza dei due regimi e la possibilità di proporre entrambe le istanze, anche uno actu, è certo uno degli aspetti più critici dell'attuale disciplina perché, come ha bene messo in

rilievo l'ANAC nelle Linee guida di cui alla Delib. n. 1309 del 28 dicembre 2016 (2.3, p. 7) - di qui in avanti, per brevità, Linee guida - l'accesso agli atti di cui alla *L. n. 241 del 1990* continua certamente a sussistere, ma parallelamente all'accesso civico (generalizzato e non), operando sulla base di norme e presupposti diversi, e la proposizione contestuale di entrambi gli accessi, può comportare un "evidente aggravio per l'amministrazione (del quale l'interprete non può che limitarsi a prendere atto), dal momento che dovrà applicare e valutare regole e limiti differenti" (Cons. St., sez. V, 2 agosto 2019, n. 5503).

9. Tenere ben distinte le due fattispecie è essenziale per calibrare i diversi interessi in gioco allorché si renda necessario un bilanciamento caso per caso tra tali interessi e tuttavia, come si è detto, le due fattispecie di accesso ben possono concorrere, senza reciproca esclusione, e completarsi, secondo quanto si chiarirà.

9.1. Il bilanciamento è, infatti, ben diverso nel caso dell'accesso previsto dalla *L. n. 241 del 1990*, dove la tutela può consentire un accesso più in profondità a dati pertinenti, e nel caso dell'accesso generalizzato, dove le esigenze di controllo diffuso del cittadino devono consentire un accesso meno in profondità (se del caso, in relazione all'operatività dei limiti), ma più esteso, avendo presente che l'accesso in questo caso comporta, di fatto, una larga conoscibilità (e diffusione) di dati, documenti e informazioni.

9.2. L'ANAC ha osservato che i dinieghi di accesso agli atti e documenti di cui alla *L. n. 241 del 1990*, se motivati con esigenze di "riservatezza" pubblica o privata, devono essere considerati attentamente anche ai fini dell'accesso generalizzato, ove l'istanza relativa a quest'ultimo sia identica e presentata nel medesimo contesto temporale a quella dell'accesso di cui alla *L. n. 241 del 1990*, indipendentemente dal soggetto che l'ha proposta.

9.3. Con ciò essa ha inteso "dire, cioè, che laddove l'amministrazione, con riferimento agli stessi dati, documenti e informazioni, abbia negato il diritto di accesso ex *L. n. 241 del 1990*, motivando nel merito, cioè con la necessità di tutelare un interesse pubblico o privato prevalente, e quindi nonostante l'esistenza di una posizione soggettiva legittimante ai sensi della 241/1990, per ragioni di coerenza sistematica e a garanzia di posizioni individuali specificamente riconosciute dall'ordinamento, si deve ritenere che le stesse esigenze di tutela dell'interesse pubblico o privato sussistano anche in presenza di una richiesta di accesso generalizzato, anche presentata da altri soggetti".

9.4. Se questo è vero, non può nemmeno escludersi tuttavia, per converso, che un'istanza di accesso documentale, non accoglibile per l'assenza di un interesse attuale e concreto, possa essere invece accolta sub specie di accesso civico generalizzato, come è nel caso presente, fermi restando i limiti di cui ai cennati commi 1 e 2 dell'*art. 5-bis D.Lgs. n. 33 del 2013*, limiti che, come ha ricordato anche l'ordinanza di rimessione, sono certamente più ampi e oggetto di una valutazione a più alto tasso di discrezionalità (v., su questo punto, anche Cons. St., sez. V, 20 marzo 2019, n. 1817).

9.5. Correttamente l'Azienda appellata, come del resto rileva l'ordinanza di rimessione, ha qualificato ed esaminato l'istanza di D. s.r.l. anche sotto il profilo dell'aspetto civico generalizzato, per quanto sia poi giunta ad escludere l'applicazione della relativa disciplina al caso di specie sulla base di argomenti non condivisibili.

9.6. A fronte di una istanza, come quella dell'odierna appellante, che non fa riferimento in modo specifico e circostanziato alla disciplina dell'accesso procedimentale o a quella

dell'accesso civico generalizzato e non ha inteso ricondurre o limitare l'interesse ostensivo all'una o all'altra disciplina, ma si muove sull'incerto crinale tra l'uno e l'altro, la pubblica amministrazione ha il dovere di rispondere, in modo motivato, sulla sussistenza o meno dei presupposti per riconoscere i presupposti dell'una e dell'altra forma di accesso, laddove essi siano stati comunque, e sostanzialmente, rappresentati nell'istanza.

9.7. A tale conclusione non osta il fatto che l'istanza di accesso civico generalizzato non debba rappresentare l'esistenza di un interesse qualificato, a differenza di quella relativa all'accesso documentale, e che non debba essere nemmeno motivata, perché l'interesse e i motivi rappresentati, indistintamente ed eventualmente, al fine di sostenere l'esistenza di un interesse *uti singulus*, ai fini dell'*art. 22 della L. n. 241 del 1990*, ben possono essere considerati dalla pubblica amministrazione per valutare l'esistenza dei presupposti atti a riconoscere l'accesso generalizzato *uti civis*, quantomeno per il limitato profilo, di cui oltre si tratterà, del c.d. *public interest test*.

9.8. In questo senso si è espresso anche il Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione nella Circolare n. 2 del 6 giugno 2017 sull'Attuazione delle norme sull'accesso civico generalizzato (c.d. FOIA) - di qui in avanti, per brevità, Circolare FOIA n. 2/2017 - laddove, nel valorizzare il criterio della tutela preferenziale dell'interesse conoscitivo, ha chiarito al 2.2 che "dato che l'istituto dell'accesso generalizzato assicura una più ampia tutela all'interesse conoscitivo, qualora non sia specificato un diverso titolo giuridico della domanda (ad es. procedimentale, ambientale, ecc.), la stessa dovrà essere trattata dall'amministrazione come richiesta di accesso generalizzato".

10. Solo ove l'istante abbia inteso, espressamente e inequivocabilmente, limitare l'interesse ostensivo ad uno specifico profilo, quello documentale o quello civico, la pubblica amministrazione dovrà limitarsi ad esaminare quello specifico profilo, senza essere tenuta a pronunciarsi sui presupposti dell'altra forma di accesso, non richiesta dall'interessato.

10.1. Ma non è questo il caso in esame ove, a fronte di una istanza formulata in modo indistinto, duplice o, se si preferisce, "ancipite" nella quale D. s.r.l. sembra rappresentare ora un proprio interesse specifico, quale seconda classificata, e ora un più generale interesse collaborativo con la pubblica amministrazione nell'interesse pubblico, l'Azienda ha vagliato l'esistenza dei presupposti per consentire sia l'una che l'altra forma di accesso. Né si pongono problemi di garanzia del contraddittorio, in quanto l'Azienda ha interpellato la controinteressata C.N., che ha manifestato la sua opposizione all'istanza.

10.2. Il quesito posto dall'ordinanza di rimessione, dunque, non attiene propriamente al caso di specie, come del resto riconosce la stessa ordinanza, perché l'istanza di D. s.r.l. si presenta indistinta, ancipite, e una corretta applicazione del principio di tutela preferenziale dell'interesse conoscitivo nella sua più ampia estensione, oltre che di non aggravamento procedimentale, ha indotto l'Azienda ad esaminare l'istanza sotto il duplice profilo e a dare una risposta "onnicomprensiva" per quanto, lo si è detto, non soddisfattiva sul piano sostanziale per D. s.r.l.

10.3. La reiezione dell'istanza sotto il duplice profilo dell'accesso documentale e di quello civico generalizzato individua correttamente il *thema decidendum* del presente giudizio, proposto ai sensi dell'*art. 116 c.p.a.*, sicché non si pone alcun problema di conversione o di pronuncia *ultra petita* da parte del giudice nella presente controversia.

11. Il quesito posto dall'ordinanza pone tuttavia una questione di interesse generale, al di là della specifica vicenda, che questa Adunanza plenaria ritiene di esaminare, anche ai sensi dell'art. 99, comma 5, c.p.a.

11.1. Al riguardo, deve ritenersi che, in presenza di una istanza di accesso ai documenti espressamente motivata con esclusivo riferimento alla disciplina generale della *L. n. 241 del 1990*, o ai suoi elementi sostanziali, la pubblica amministrazione, una volta accertata la carenza del necessario presupposto legittimante della titolarità di un interesse differenziato in capo al richiedente, ai sensi dell'*art. 22, comma 1, lett. b), della L. n. 241 del 1990*, non può esaminare la richiesta di accesso civico generalizzato, a meno che non sia accertato che l'interessato abbia inteso richiedere, al di là del mero riferimento alla *L. n. 241 del 1990*, anche l'accesso civico generalizzato e non abbia inteso limitare il proprio interesse ostensivo al solo accesso documentale, *uti singulus*.

11.2. Diversamente, infatti, la pubblica amministrazione si pronuncerebbe, con una sorta di diniego difensivo "in prevenzione", su una istanza, quella di accesso civico generalizzato, mai proposta, nemmeno in forma, per così dire, implicita e/o congiunta o, comunque, ancipite dall'interessato, che si è limitato a richiedere l'accesso ai sensi della *L. n. 241 del 1990*.

11.3. Ne discende che al giudice amministrativo, in sede di esame del ricorso avverso il diniego di una istanza di accesso motivata con riferimento alla disciplina ordinaria, di cui alla *L. n. 241 del 1990* o ai suoi presupposti sostanziali, è precluso di accertare la sussistenza del diritto del richiedente secondo i più ampi parametri di legittimazione attiva stabiliti dalla disciplina dell'accesso civico generalizzato, stante l'impossibilità di convertire, in sede di ricorso giurisdizionale, il titolo dell'accesso eventualmente rappresentato all'amministrazione sotto l'uno o l'altro profilo.

11.4. Deve trovare in questo senso conferma l'orientamento, già espresso da questo Consiglio di Stato, secondo cui è preclusa la possibilità di immutare, anche in corso di causa, il titolo della formalizzata *actio ad exhibendum*, pena la violazione del divieto di *mutatio libelli* e di introduzione di *ius novorum* (cfr. Cons. St., sez. IV, 28 marzo 2017, n. 1406; Cons. St., sez. V, 20 marzo 2019, n. 1817; Cons. St., sez. V, 2 agosto 2019, n. 5503).

11.5. In altri termini, eletta una via in sede procedimentale, alla parte è preclusa la conversione dell'istanza da un modello all'altro, che non può essere né imposta alla pubblica amministrazione né ammessa - ancorché su impulso del privato - in sede di riesame o di ricorso giurisdizionale, ferma restando però, come si è già rilevato, la possibilità di strutturare in termini alternativi, cumulativi o condizionati la pretesa ostensiva in sede procedimentale.

11.6. Nemmeno ad opera o a favore del privato può realizzarsi, insomma, quell'inversione tra procedimento e processo che si verifica quando nel processo vengono introdotte pretese o ragioni mai prima esposte, come era doveroso, in sede procedimentale.

11.7. Se è vero che il rapporto tra le diverse forme di accesso, generali e anche speciali, deve essere letto secondo un criterio di integrazione e non secondo una logica di irriducibile separazione, per la miglior soddisfazione dell'interesse conoscitivo, è d'altro lato innegabile che questo interesse conoscitivo nella sua integralità e multiformità deve essere stato fatto valere e rappresentato, anzitutto, in sede procedimentale dal diretto interessato e valutato dalla pubblica amministrazione nell'esercizio del suo potere, non potendo il giudice pronunciarsi

su un potere non ancora esercitato, stante il divieto dell'art. 34, comma 2, c.p.a., per non essere stato nemmeno sollecitato dall'istante.

11.8. È vero che il giudizio in materia di accesso, pur seguendo lo schema impugnatorio, non ha sostanzialmente natura impugnatoria, ma è rivolto all'accertamento della sussistenza o meno del diritto dell'istante all'accesso medesimo e, in tal senso, è dunque un "giudizio sul rapporto", come del resto si evince dall'*art. 116, comma 4, del D.Lgs. n. 104 del 2010*, secondo cui il giudice, sussistendone i presupposti, "ordina l'esibizione dei documenti richiesti" (v., per la giurisprudenza consolidata di questo Consiglio sul punto anche ante codicem, Cons. Stato, sez. VI, 9 maggio 2002, n. 2542 e, più di recente, Cons. St., sez. V, 19 giugno 2018, n. 3956).

11.9. Ma il c.d. giudizio sul rapporto, pur in sede di giurisdizione esclusiva, non può essere la ragione né la sede per esaminare la prima volta avanti al giudice questo rapporto perché è il procedimento la sede prima, elettiva, immancabile, nella quale la composizione degli interessi, secondo la tecnica del bilanciamento, deve essere compiuta da parte del soggetto pubblico competente, senza alcuna inversione tra procedimento e processo.

12. Il secondo quesito posto a questa Adunanza plenaria consiste nel chiarire se sia configurabile, o meno, in capo all'operatore economico, utilmente collocato nella graduatoria dei concorrenti, determinata all'esito della procedura di evidenza pubblica per la scelta del contraente, la titolarità di un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata, ai sensi dell'*art. 22, comma 1, lett. b), della L. n. 241 del 1990*, ad avere accesso agli atti della fase esecutiva delle prestazioni, in vista della eventuale sollecitazione del potere dell'amministrazione di provocare la risoluzione per inadempimento dell'appaltatore e il conseguente interpello per il nuovo affidamento del contratto, secondo la regole dello scorrimento della graduatoria.

12.1. Diversamente da quanto ha ritenuto il Tribunale amministrativo regionale per la Toscana nella sentenza qui impugnata, e nel condividere, invece, le osservazioni espresse dall'ordinanza di rimessione, questa Adunanza plenaria ritiene che gli operatori economici, che abbiano preso parte alla gara, sono legittimati ad accedere agli atti della fase esecutiva, con le limitazioni di cui all'*art. 53 del D.Lgs. n. 50 del 2016*, purché abbiano un interesse attuale, concreto e diretto a conoscere tali atti.

12.2. La giurisprudenza di questo Consiglio di Stato è univoca nell'ammettere l'accesso documentale, ricorrendone le condizioni previste dagli artt. 22 e ss. dell'*art. 241 del 1990*, anche agli atti della fase esecutiva (v., ex plurimis, Cons. St., sez. V, 25 febbraio 2009, n. 1115) laddove funzionale, ad esempio, a dimostrare, attraverso la prova dell'inadempimento delle prestazioni contrattuali, l'originaria inadeguatezza dell'offerta vincitrice della gara, contestata dall'istante nel giudizio promosso contro gli atti di aggiudicazione del servizio.

12.3. L'accesso documentale agli atti della fase esecutiva è ammesso espressamente dallo stesso *art. 53, comma 1, del D.Lgs. n. 50 del 2016*, laddove esso rimette alla disciplina degli artt. 22 e ss. della *l. n. 241 del 1990*, "il diritto di accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici", ma anche e più in generale dalla *L. n. 241 del 1990*, richiamata dall'*art. 53* testé citato.

12.4. Questa, dopo la riforma della *L. n. 15 del 2015* che ha recepito l'orientamento consolidato di questa stessa Adunanza plenaria (v., sul punto, la fondamentale pronuncia di

questo Cons. St., Ad. plen., 22 aprile 1999, n. 5, secondo cui "l'amministrazione non può ... negare l'accesso agli atti riguardanti la sua attività di diritto privato solo in ragione della loro natura privatistica", ma in tal senso v. già Cons. St., sez. IV, 4 febbraio 1997, n. 42), ha espressamente riconosciuto l'accesso ad atti "concernenti attività di pubblico interesse, indipendentemente dalla natura pubblicistica o privatistica della loro disciplina sostanziale" (*art. 22, comma 1, lett. e) della L. n. 241 del 1990*).

12.5. Non rileva, pertanto, che la fase esecutiva del rapporto negoziale sia tendenzialmente disciplinata da disposizioni privatistiche, poiché anche e, si direbbe, soprattutto questa fase rimane ispirata e finalizzata alla cura in concreto di un pubblico interesse, lo stesso che è alla base dell'indizione della gara e/o dell'affidamento della commessa, che anzi trova la sua compiuta realizzazione proprio nella fase di realizzazione dell'opera o del servizio; e lo stesso accesso documentale, attese le sue rilevanti finalità di pubblico interesse, costituisce, come prevede l'*art. 22, comma 2, della L. n. 241 del 1990*, siccome sostituito dall'*art. 10 della l. n. 69 del 2009*, "principio generale dell'attività amministrativa al fine di favorire la partecipazione e di assicurarne l'imparzialità e la trasparenza": dell'attività amministrativa, quindi, considerata nel suo complesso.

12.6. Esiste, in altri termini, una rilevanza pubblicistica (anche) della fase di esecuzione del contratto, dovuta alla compresenza di fondamentali interessi pubblici, che comporta una disciplina autonoma e parallela rispetto alle disposizioni del codice civile - applicabili "per quanto non espressamente previsto dal presente codice e negli atti attuativi": art. 30, comma 8, del d. lgs. n. 50 del 2016) - e questa disciplina si traduce sia nella previsione di disposizioni speciali nel codice dei contratti pubblici (artt. 100-113-bis del *D.Lgs. n. 50 del 2016*), sia in penetranti controlli da parte delle autorità preposte a prevenire e a sanzionare l'inefficienza, la corruzione o l'infiltrazione mafiosa manifestatasi nello svolgimento del rapporto negoziale.

12.7. Sotto tale ultimo profilo, basti menzionare, tra gli altri, le funzioni di vigilanza attribuite all'ANAC dall'*art. 213, comma 3, lett. b) e c)*, del *D.Lgs. n. 50 del 2016* in materia di esecuzione dei contratti pubblici, o i controlli antimafia da parte del prefetto, con gli effetti interdittivi di cui all'*art. 88, comma 4-bis, del D.Lgs. n. 159 del 2011*.

12.8. Sotto il profilo degli interessi pubblici sottesi alla fase dell'esecuzione del rapporto, vanno richiamati il principio di trasparenza e quello di concorrenza.

12.9. La trasparenza, nella forma della pubblicazione degli atti (c.d. disclosive proattiva), è espressamente disciplinata dall'*art. 29 del D.Lgs. n. 50 del 2016*; alla disciplina dell'accesso agli atti è dedicato l'*art. 53* dello stesso codice dei contratti pubblici, che tuttavia rinvia, in generale, alla disciplina della *L. n. 241 del 1990*, salvi gli specifici limiti all'accesso e alla divulgazione previsti dal comma 2 al comma 6 dello stesso art. 53.

13. Ma a esigenze di trasparenza, che sorregge il correlativo diritto alla conoscenza degli atti anche nella fase di esecuzione del contratto, conducono anche il principio di concorrenza e il tradizionale principio dell'evidenza pubblica che mira alla scelta del miglior concorrente, principio che non può non ricomprendere la realizzazione corretta dell'opera affidata in esecuzione all'esito della gara.

13.1. È vero che il codice dei contratti pubblici, pur nell'esigenza che l'esecuzione dell'appalto garantisca la qualità delle prestazioni, menziona i principî di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza solo in riferimento alla fase pubblicistica dell'affidamento di

appalti e di concessioni, ma non vi è dubbio che la fase dell'esecuzione, se si eccettuano le varianti in corso d'opera ammesse dalla legge e le specifiche circostanze sopravvenute tali da incidere sullo svolgimento del rapporto contrattuale, deve rispecchiare e rispettare l'esito della gara condotto secondo le regole della trasparenza, della non discriminazione e della concorrenza.

13.2. L'attuazione in concreto dell'offerta risultata migliore, all'esito della gara, e l'adempimento delle connesse prestazioni dell'appaltatore o del concessionario devono dunque essere lo specchio fedele di quanto risultato all'esito di un corretto confronto in sede di gara, perché altrimenti sarebbe facile aggirare in sede di esecuzione proprio le regole del buon andamento, della trasparenza e, non da ultimo, della concorrenza, formalmente seguite nella fase pubblicitica anteriore e prodromica all'aggiudicazione.

13.3. Il delineato quadro normativo e di principi rende ben evidente l'esistenza di situazioni giuridicamente tutelate in capo agli altri operatori economici, che abbiano partecipato alla gara e, in certe ipotesi, che non abbiano partecipato alla gara, interessati a conoscere illegittimità o inadempimenti manifestatisi dalla fase di approvazione del contratto sino alla sua completa esecuzione, non solo per far valere vizi originari dell'offerta nel giudizio promosso contro l'aggiudicazione (Cons. St., sez. V, 25 febbraio 2009, n. 1115), ma anche con riferimento alla sua esecuzione, per potere, una volta risolto il rapporto con l'aggiudicatario, subentrare nel contratto od ottenere la riedizione della gara con chance di aggiudicarsela.

13.4. La persistenza di un rilevante interesse pubblico nella fase esecutiva del contratto, idoneo a sorreggere situazioni sostanziali e strumentali di altri soggetti privati, in primis il diritto a una corretta informazione sulle vicende contrattuali, è dimostrato, sul piano positivo, da una serie di disposizioni che si vengono a richiamare.

13.5. Vanno anzitutto ricordate, a monte del costituendo rapporto, le regole del codice dei contratti pubblici che prevedono in generale i controlli di legittimità sull'aggiudicatario previsti dalle disposizioni proprie delle stazioni appaltanti, il cui esito positivo costituisce condizione sospensiva del contratto insieme con l'approvazione del contratto stesso (artt. 32, comma 12, e 33, comma 2, del *D.Lgs. n. 50 del 2016*).

13.6. Nel corso del rapporto, poi, rilevano le molteplici, complesse, ipotesi di recesso facoltativo da parte della stazione appaltante, che configurano, in realtà, altrettante ipotesi di autotutela pubblicitica, frutto di valutazione discrezionale e riconducibili al generale paradigma dell'*art. 21-nonies della L. n. 241 del 1990* (v., sul punto, Cons. St., comm. spec., 28 novembre 2016, n. 2777, 5.6.-5.6.1.).

13.7. Ci si riferisce in particolare, tra le ipotesi che consentono il recesso facoltativo - contemplate, rispettivamente per i contratti e le concessioni, dall'*art. 108, comma 1*, e dall'*art. 176, commi 1 e 2*, del codice - alle eventuali modifiche sostanziali del contratto, che avrebbero richiesto una nuova procedura di appalto ai sensi dell'*art. 106 (art. 108, comma 1, lett. a), del D.Lgs. n. 50 del 2016*); al manifestarsi di una delle cause di esclusione dalla gara, previste dall'*art. 80 del D.Lgs. n. 50 del 2016*, al momento dell'aggiudicazione; alla violazione di gravi obblighi derivanti dai trattati, come riconosciuta dalla Corte di giustizia dell'Unione europea in un procedimento di infrazione ai sensi dell'*art. 258 TFUE*.

13.8. Vi sono poi specifiche ipotesi di risoluzione di natura privatistica ammesse dal codice dei contratti pubblici, oltre a quelle previste in via generale dal codice civile, per gravi inadempimenti da parte dell'appaltatore, tali da compromettere la buona riuscita delle prestazioni, accertate dal direttore dei lavori o dal responsabile dell'esecuzione del contratto, se nominato (*art. 108, comma 3, del D.Lgs. n. 50 del 2016*) o comunque, anche al di fuori delle ipotesi di grave inadempimento, ipotesi di ritardi per negligenza dell'appaltatore rispetto alle previsioni del contratto (*art. 108, comma 4, del D.Lgs. n. 50 del 2016*).

13.9. E deve qui ricordarsi, peraltro, che i gravi e persistenti inadempimenti dell'operatore economico nell'esecuzione di precedenti contratti di appalto o di concessione, che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento o la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili, costituiscono, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c-ter, del *D.Lgs. n. 50 del 2016*, causa di esclusione dalla gara e tali circostanze assumono particolare rilievo ai fini della partecipazione alla gara.

13.10. Ancora, più radicalmente, peraltro, la rilevanza della vicenda contrattuale anche nella fase di esecuzione è confermata dalle ipotesi di recesso obbligatorio dal rapporto contrattuale, previste dall'*art. 110, comma 2, del D.Lgs. n. 50 del 2016*, che in realtà configurano forme di autotutela pubblicistica c.d. doverosa (con la conseguente, pacifica, giurisdizione del giudice amministrativo: Cons. St., sez. IV, 29 aprile 2014, n. 2212), per l'intervenuta decadenza dell'attestazione di qualificazione per aver prodotto falsa documentazione o dichiarazioni mendaci o per il sopraggiungere di un provvedimento definitivo, che dispone l'applicazione di una delle misure di prevenzione previste dal *D.Lgs. n. 159 del 2011*, con effetto interdittivo antimafia; o per l'intervenuta sentenza di condanna passata in giudicato per uno dei reati di cui all'art. 80 (*art. 108, comma 2, del D.Lgs. n. 50 del 2016*); o, ancora, per il recesso di cui all'art. 88, comma 4-ter, del *D.Lgs. n. 159 del 2011*, in seguito a comunicazione o informazione antimafia adottata dal Prefetto (*art. 110, comma 1, del D.Lgs. n. 50 del 2016*).

13.11. In tutte queste ipotesi l'art. 110, comma 1, del vigente *D.Lgs. n. 50 del 2016* prevede che la stazione appaltante, se intende mantenere l'affidamento alle medesime condizioni già proposte dall'originario aggiudicatario in sede di offerta, proceda allo scorrimento della graduatoria, esercitando quella che pur sempre, nonostante il contrario avviso di autorevole dottrina, è rimasta anche nel nuovo codice dei contratti pubblici una facoltà discrezionale della pubblica amministrazione, come è reso manifesto dalla lettera dell'art. 108, comma 8, del medesimo *D.Lgs. n. 50 del 2016*, laddove menziona "la facoltà prevista dall'art. 110, comma 1".

14. La circostanza che tuttavia la stazione appaltante, al ricorrere delle ipotesi di risoluzione di cui all'*art. 108, comma 1, del D.Lgs. n. 50 del 2016*, abbia la mera facoltà di procedere allo scorrimento della graduatoria, con il subentro del secondo classificato o dei successivi secondo l'ordine della stessa, o di indire una nuova gara per il soddisfacimento delle proprie esigenze, laddove permangano immutate - e salva, ovviamente, l'eccezionale facoltà di revocare l'intera procedura gara stessa, se queste esigenze siano addirittura venute meno, e di non bandirne più nessuna - non rende tuttavia evanescente l'interesse dell'operatore economico, che abbia partecipato alla gara, quantomeno meno a conoscere illegittimità, afferenti alla pregressa fase pubblicistica ma emersi solo in sede di esecuzione (ipotesi di c.d. recesso pubblicistico o, più precisamente, forme di annullamento in autotutela, discrezionale

o doverosa, secondo le ipotesi sopra ricordate in via esemplificativa), o comunque inadempimenti manifestatisi in fase di esecuzione (ipotesi di c.d. recesso privatistico).

14.1. L'esecuzione del pubblico contratto o della pubblica concessione, se riguardata infatti anche dal necessario versante del diritto amministrativo e delle norme del codice dei contratti pubblici, che pure la regolano in ossequio ai dettami del diritto dell'Unione, non è una "terra di nessuno", un rapporto rigorosamente privatistico tra la pubblica amministrazione e il contraente escludente qualsivoglia altro rapporto o interesse, ma è invece soggetta, oltre al controllo dei soggetti pubblici, anche alla verifica e alla connessa conoscibilità da parte di eventuali soggetti controinteressati al subentro o, se del caso, alla riedizione della gara.

14.2. L'interesse legittimo degli operatori economici nel settore dei rapporti contrattuali e concessori pubblici ha assunto ormai una configurazione di ordine anche solo strumentale, certo inedita nella sua estensione, ma di sicuro impatto sistematico.

14.3. Ciò si desume non solo dalla giurisprudenza della Corte di giustizia UE - che, come è noto, propugna una (sin troppo ampia) concezione dell'interesse strumentale in materia di gara (sentenza della X sezione, 5 settembre 2019, in C-333/18) - ma dalla stessa giurisprudenza di questa Adunanza plenaria (sentenza n. 6 dell'11 maggio 2018) la quale ha ben chiarito che il legislatore può conferire rilievo a determinati interessi strumentali, che assurgono al rango di situazioni giuridiche soggettive giuridicamente tutelate in via autonoma rispetto al bene della vita finale, ancorché ad esso legati.

14.4. Anche la Corte costituzionale, nella recente sentenza n. 271 del 13 dicembre 2019 - respingendo le questioni di costituzionalità sollevate da diversi Tribunali amministrativi regionali sul comma 2-bis dell'art. 120 c.p.a., ora abrogato in seguito all'intervento del *D.L. n. 32 del 2019*, conv. in *l. n. 55 del 2019* - ha chiarito che "se è vero che gli *artt. 24, 103 e 113 Cost.*, in linea con le acquisizioni della giurisprudenza del Consiglio di Stato, hanno posto al centro della giurisdizione amministrativa l'interesse sostanziale al bene della vita, deve anche riconoscersi che attribuire rilevanza, in casi particolari, ad interessi strumentali può comportare un ampliamento della tutela attraverso una sua anticipazione e non è distonico rispetto ai ricordati precetti costituzionali, sempre che sussista un solido collegamento con l'interesse finale e non si tratti di un espediente per garantire la legalità in sé dell'azione amministrativa, anche al costo di alterare l'equilibrio del rapporto tra le parti proprio dei processi a carattere dispositivo".

14.5. La latitudine di questo interesse legittimo "strumentale" non solo all'aggiudicazione della commessa, quale bene della vita finale, ma anche, per l'eventuale riedizione della gara, quale bene della vita intermedio, secondo quel "polimorfismo" del bene della vita alla quale tende per graduali passaggi l'interesse legittimo, schiude la strada ad una visione della materia, che fuoriesce dall'angusto confine di una radicale visione soggettivistica del rapporto tra il solo, singolo, concorrente e la pubblica amministrazione e che vede la confluenza e la tutela di molteplici interessi anche in ordine alla sorte e alla prosecuzione del contratto, fermo pur sempre il carattere soggettivo della giurisdizione amministrativa in questa materia.

14.6. Applicando le medesime coordinate anche alla fase privatistica del contratto pubblico, il riconoscimento di un interesse strumentale giuridicamente tutelato quantomeno ai soggetti che abbiano partecipato alla gara, e non ne siano stati definitivamente esclusi per l'esistenza di preclusioni che impedirebbero loro di partecipare a qualsiasi gara (si pensi ad una impresa

colpita da informazione antimafia), a conoscere gli atti della fase esecutiva non configura quindi una "iperestensione" del loro interesse, con conseguente allargamento "a valle" della giurisdizione amministrativa, tutte le volte in cui, a fronte di vicende di natura pubblicistica o privatistica già verificatesi incidenti sulla prosecuzione del rapporto, sia configurabile, se non il necessario, obbligatorio, scorrimento della graduatoria (c.d. bene finale), quantomeno la realistica possibilità di riedizione della gara (c.d. bene intermedio) per conseguire l'aggiudicazione della stessa (c.d. bene finale), in un "solido collegamento" con il bene finale.

14.7. L'interesse concorrenziale alla corretta esecuzione del contratto riacquista concretezza ed attualità, in altri termini, in tutte le ipotesi in cui la fase dell'esecuzione non rispecchi più quella dell'aggiudicazione, conseguita all'esito di un trasparente, imparziale, corretto gioco concorrenziale, o per il manifestarsi di vizi che già in origine rendevano illegittima l'aggiudicazione o per la sopravvenienza di illegittimità che precludano la prosecuzione del rapporto (c.d. risoluzione pubblicistica, facoltativa o doverosa) o per inadempimenti che ne determinino l'inefficacia sopravvenuta (c.d. risoluzione privatistica), sì che emerga una distorsione di tutte quelle regole concorrenziali che avevano condotto all'aggiudicazione della gara in favore del miglior concorrente per la miglior soddisfazione dell'interesse pubblico.

15. Tanto chiarito sulla sussistenza di un interesse, e sulla conseguente legittimazione che deriva dalla titolarità dello stesso, alla conoscenza dello svolgimento del rapporto contrattuale, occorre però, ai fini dell'accesso, che l'interesse dell'istante, pur in astratto legittimato, possa considerarsi concreto, attuale, diretto, e, in particolare, che preesista all'istanza di accesso e non ne sia, invece, conseguenza; in altri termini, che l'esistenza di detto interesse - per il verificarsi, ad esempio, di una delle situazioni che legittimerebbe o addirittura imporrebbe la risoluzione del rapporto con l'appaltatore, ai sensi dell'*art. 108, commi 1 e 2, del D.Lgs. n. 50 del 2016*, e potrebbero indurre l'amministrazione a scorrere la graduatoria - sia anteriore all'istanza di accesso documentale che, quindi, non deve essere impiegata e piegata a "costruire" ad hoc, con una finalità esplorativa, le premesse affinché sorga ex post.

15.1. Diversamente, infatti, l'accesso documentale assolverebbe ad una finalità, espressamente vietata dalla legge, perché preordinata ad un non consentito controllo generalizzato sull'attività, pubblicistica o privatistica, delle pubbliche amministrazioni (*art. 24, comma 4, della L. n. 241 del 1990*).

15.2. Invero, la situazione dell'operatore economico che abbia partecipato alla gara, collocandosi in graduatoria, non gli conferisce infatti, nemmeno ai fini dell'accesso, una sorta di superlegittimazione di stampo popolare a conoscere gli atti della fase esecutiva, laddove egli non possa vantare un interesse corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al cui accesso aspira (*art. 22, comma 1, lett. b, della L. n. 241 del 1990*).

15.3. Se l'accesso documentale soddisfa, come questo Consiglio ha rilevato nel parere n. 515 del 24 febbraio 2016 della Sezione consultiva per gli atti normativi (v., in particolare, 11.2), un bisogno di conoscenza (c.d. need to know) strumentale alla difesa di una situazione giuridica, che peraltro non necessariamente deve sfociare in un esito contenzioso (essendo la situazione legittimante all'accesso autonoma e distinta da quella legittimante all'impugnativa giudiziale e dall'esito stesso di questa impugnativa: v. Cons. St., sez. V, 27 giugno 2018, n.

3956, già citata), questa situazione giuridica deve necessariamente precedere e, per di più, motivare l'accesso stesso.

15.4. Né giova opporre che l'accesso documentale è proprio finalizzato a fornire la prova di questo riattualizzato interesse, come sembra postulare l'ordinanza di rimessione nel suggerire un'assimilazione tra la posizione di D. s.r.l. e quella del concorrente che aspiri a conoscere i documenti dell'offerta dell'aggiudicataria, perché altro è il bisogno di conoscere per tutelare una interesse collegato ad una situazione competitiva già esistente o chiaramente delineatasi, laddove il principio di concorrenza già opera in fase di gara e al fine eventuale di impugnare il provvedimento di aggiudicazione, e altro, evidentemente, il desiderio di conoscere per sapere se questa situazione possa crearsi per l'occasione, del tutto eventuale, di un inadempimento contrattuale.

15.5. E proprio nella distanza che intercorre tra bisogno di conoscenza e desiderio di conoscenza sta del resto il tratto distintivo che, al di là di ulteriori aspetti, connota l'accesso documentale rispetto a quello civico generalizzato, nel quale la conoscenza si atteggia quale diritto fondamentale (c.d. right to know), in sé, che è premessa autonoma e fondamentale per l'esercizio di qualsivoglia altro diritto.

16. Alla luce delle premesse sin qui svolte, nel caso di specie deve però negarsi che sussista un interesse anche solo strumentale, nel senso sopra descritto, alla conoscenza di tali atti in capo a D. s.r.l., che nemmeno ha adombrato nella propria istanza, come pure ha rammentato l'ordinanza di rimessione, l'esistenza di un qualsivoglia inadempimento, essendosi limitata ad allegare, nella stessa istanza, che "eventuali inadempienze rispetto ai suddetti obblighi comporterebbero con ogni probabilità la risoluzione del contratto per inadempimento, ed il conseguente affidamento del servizio alla scrivente società, nella sua qualità di mandante dell'ATI seconda in graduatoria".

16.1. Una volta chiarito che la posizione sostanziale è la causa e il presupposto dell'accesso documentale e non la sua conseguenza e che la sua esistenza non può quindi essere costruita sulle risultanze, eventuali, dell'accesso documentale, va rilevato, per contro, che, nel caso di specie, l'istanza di accesso è tesa all'acquisizione di documenti che non impediscono od ostacolano il soddisfacimento di una situazione sostanziale, già delineatasi chiaramente, ed è volta a invocare circostanze, da verificare tramite l'accesso, che in un modo del tutto eventuale, ipotetico, dubitativo potrebbero condurre al subentro nel contratto, nemmeno delineando una seria prospettiva di risoluzione del rapporto, sempre necessaria per radicare un interesse concreto e attuale (Cons. St., sez. V, 11 giugno 2012, n. 3398).

16.2. Si rivela, così, nella fattispecie in esame, un'istanza di accesso con finalità meramente esplorativa, finalizzata ad acclarare se un inadempimento vi sia, che presupporrebbe, in capo agli altri operatori economici, un inammissibile ruolo di vigilanza sulla regolare esecuzione delle prestazioni contrattuali e sull'adempimento delle proprie obbligazioni da parte dell'aggiudicatario.

16.3. Si avrebbe così una sorta di interesse oggettivo, seppure ai fini dell'accesso, che non può essere accolta pur tenendo conto, come si è detto, della lettura che di questo interesse offrono, in quel dialogo incessante che costituisce l'osmosi tra il diritto interno e quello europeo, le Corti nazionali e quelle sovranazionali.

16.4. La configurazione di un interesse strumentale così amplificato e dilatato anche in fase esecutiva conferirebbe alle imprese del settore, partecipanti alla gara, una superlegittimazione che, come meglio si chiarirà, le direttive del 2014 in materia di appalti non consentono loro, pur riconoscendo, invece, la facoltà di segnalare eventuali irregolarità, anche nella fase esecutiva, ad un'apposita autorità nazionale (nel caso di specie, come meglio si chiarirà più avanti, l'ANAC).

16.5. Per contro, questa Adunanza plenaria, proprio con riguardo all'accesso documentale, ha precisato che essere titolare di una situazione giuridicamente tutelata non è una condizione sufficiente perché l'interesse rivendicato possa considerarsi "diretto, concreto e attuale", poiché è anche necessario che la documentazione cui si chiede di accedere sia collegata a quella posizione sostanziale, impedendone o ostacolandone il soddisfacimento (Cons. St., Ad. plen., 24 aprile 2012, n. 7).

17. Escluso che, almeno nel caso di specie, sia applicabile l'accesso documentale di cui alla *L. n. 241 del 1990*, occorre esaminare ora conseguentemente l'ultimo quesito, posto dall'ordinanza di rimessione, e cioè se la disciplina dell'accesso civico generalizzato, di cui al *D.Lgs. n. 33 del 2013*, come modificato dal *D.Lgs. n. 97 del 2016*, sia applicabile, in tutto o in parte, in relazione ai documenti relativi alle attività delle amministrazioni disciplinate dal codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, inerenti al procedimento di evidenza pubblica e alla successiva fase esecutiva, ferme restando le limitazioni ed esclusioni oggettive previste dallo stesso *D.Lgs. n. 33 del 2013*.

18.1. *L'art. 5-bis, comma 3, del D.Lgs. n. 33 del 2013*, introdotto dall'*art. 6 del D.Lgs. n. 97 del 2016*, prevede testualmente che il diritto di accesso civico generalizzato, di cui all'*art. 5, comma 2, del medesimo d. lgs. n. 33 del 2013*, "è escluso nei casi di segreto di Stato e negli altri casi di divieti di accesso o divulgazione previsti dalla legge, ivi compresi i casi in cui l'accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti, inclusi quelli di cui all'*articolo 24, comma 1, della L. n. 241 del 1990*".

18.2. *L'art. 53, comma 1, del D.Lgs. n. 50 del 2016* prevede, a sua volta, che "il diritto di accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, ivi comprese le candidature e le offerte, è disciplinato dagli *articoli 22 e seguenti della L. 7 agosto 1990, n. 241*".

18.3. Come ben ha rammentato l'ordinanza di rimessione, che ha offerto un esaustivo quadro del dibattito giurisprudenziale, sulla possibilità di ammettere l'accesso civico generalizzato la giurisprudenza stessa di questo Consiglio di Stato, non meno di quella di primo grado, si è attestata su due posizioni, contrastanti, che fanno capo, rispettivamente, alla sentenza della sez. III, 5 giugno 2019, n. 3780 e alle sentenze gemelle della sez. V, 2 agosto 2019, n. 5502 e n. 5503.

19. Giova ripercorre in sintesi le posizioni e gli argomenti del contrasto.

20. Secondo l'orientamento espresso dalla sentenza n. 3780 del 5 giugno 2019 (condiviso, anche nella giurisprudenza di primo grado, da numerose pronunce), il richiamo dell'*art. 53 del D.Lgs. n. 50 del 2016*, nella parte in cui rinvia agli *artt. 22 e ss. della L. n. 241 del 1990*, non può condurre alla generale esclusione dell'accesso civico generalizzato in relazione ai contratti pubblici perché il richiamo a specifiche condizioni, modalità e limiti si riferisce a determinati casi in cui, per una materia altrimenti ricompresa per intero nella possibilità di

accesso, norme speciali o l'*art. 24, comma 1, della L. n. 241 del 1990* possono prevedere specifiche restrizioni.

20.1. Ciò non implicherebbe, però, che intere materie siano sottratte all'accesso civico generalizzato, se è vero che l'ambito delle materie sottratte deve essere definito senza possibilità di estensione o analogia interpretativa, dovendosi distinguere, nell'ambito delle eccezioni assolute previste dall'*art. 5-bis, comma 3, del D.Lgs. n. 50 del 2016*, tra materie sottratte interamente e singoli casi sottratte nell'ambito di materie altrimenti aperte all'accesso generalizzato. Mentre il riferimento alla disciplina degli *artt. 22 e ss. della L. n. 241 del 1990* costituirebbe il mero frutto di un mancato coordinamento del legislatore tra le due normative.

20.2. La III sezione di questo Consiglio di Stato ha perciò rifiutato una interpretazione, definita "statica" e non costituzionalmente orientata, che condurrebbe a precludere l'accesso civico generalizzato ogniquale volta una norma di legge richiami la disciplina dell'*art. 22 della L. n. 241 del 1990*; e sostiene che, al contrario, occorre privilegiare una interpretazione conforme ai canoni dell'*art. 97 Cost.* e valorizzare l'impatto "orizzontale" dell'accesso civico generalizzato, non limitabile da norme preesistenti e non coordinate con il nuovo istituto, ma soltanto dalle prescrizioni speciali, da interpretare restrittivamente, rinvenibili all'interno della disciplina di riferimento.

20.3. Sul piano ordinamentale, richiamando le osservazioni svolte nel parere n. 515 del 24 febbraio 2016 di questo Consiglio, la III sezione ha sottolineato il fondamentale valore della trasparenza, perseguito dal riconoscimento dell'accesso civico generalizzato anche in questa materia, come strumento fondamentale di prevenzione e contrasto alla corruzione, anche secondo la chiara posizione assunta dalla Commissione europea, la quale ha sottolineato la necessità che l'ordinamento italiano promuova la trasparenza dei processi decisionali in ogni ambito e, particolarmente, nel settore delle pubbliche gare, prima e dopo l'aggiudicazione.

21. Un diverso orientamento, come si è accennato, ha seguito invece la V sezione di questo Consiglio di Stato, insieme con numerose altre pronunce dei giudici di primo grado.

21.1. Anzitutto, sul piano della interpretazione letterale, questo secondo orientamento ritiene che l'eccezione assoluta, contemplata nell'*art. 5-bis, comma 3, del D.Lgs. n. 33 del 2016*, ben possa essere riferita a tutte le ipotesi in cui vi sia una disciplina vigente che regoli specificamente il diritto di accesso, in riferimento a determinati ambiti o materie o situazioni, e che l'eccezione non riguardi quindi soltanto le ipotesi in cui la disciplina vigente abbia quale suo unico contenuto un divieto assoluto o relativo di pubblicazione o di divulgazione "se non altro perché tale ipotesi è separatamente contemplata nella medesima disposizione" (Cons. St., sez. V, 2 agosto 2019, n. 5503).

21.2. Si tratterebbe, insomma, di effettuare un coordinamento volta per volta, verificando se la disciplina settoriale, da prendere prioritariamente in considerazione in ossequio al principio di specialità, consenta la reciproca integrazione ovvero assuma portata derogatoria.

21.3. Nella materia dei contratti pubblici, tuttavia, la prevalenza della disciplina speciale sarebbe data dalla sua autosufficienza, anche nel soddisfare le esigenze di trasparenza nel necessario bilanciamento con altri contrapposti interessi, di ordine pubblico e privato, dacché "questa disciplina attua specifiche direttive europee di settore che, tra l'altro, si preoccupano già di assicurare la trasparenza e la pubblicità negli affidamenti pubblici, nel rispetto di altri principi di rilevanza eurounitaria, in primo luogo il principio di concorrenza, oltre che di

economicità, efficacia ed imparzialità", sicché, in tale contesto, la qualificazione del soggetto richiedente l'accesso, al fine di vagliare la meritevolezza della pretesa di accesso individuale, sarebbe ampiamente giustificata.

21.4. Per di più, avuto riguardo allo specifico contesto ordinamentale, il perseguimento delle finalità di trasparenza, proprie dell'accesso civico generalizzato, sarebbe garantito, da un lato, dal ruolo di vigilanza e controllo sui contratti pubblici svolto dall'ANAC e, dall'altro, dall'accesso civico c.d. semplice, previsto dagli *artt. 3 e 5, comma 1, del D.Lgs. n. 33 del 2013*, dato che molto ampia sarebbe la portata dell'obbligo previsto dalla normativa vigente, in capo alle pubbliche amministrazioni, di pubblicare documenti, informazioni o dati riguardanti proprio i contratti pubblici.

21.5. La soluzione seguita dalla V sezione, quanto ai valori e agli interessi in conflitto, conduce alla conseguenza di escludere qualsivoglia rilevanza diretta al limite relativo, di cui all'*art. 5-bis, comma 2, lett. c), del D.Lgs. n. 33 del 2013* ("gli interessi economici e commerciali di una persona fisica o giuridica, ivi compresa la proprietà intellettuale, il diritto d'autore e i segreti commerciali" e sottolinea al riguardo che, diversamente ritenendo:

a) l'amministrazione che detiene i documenti per i quali è chiesto l'accesso dovrebbe tenere conto, caso per caso, delle ragioni di opposizione degli operatori economici coinvolti, con prevedibile soccombenza, nella maggioranza dei casi, dello stesso principio di trasparenza, che si intende in astratto tutelare, poiché maggiori sono i limiti che si oppongono all'accesso civico generalizzato;

b) notevole sarebbe l'incremento dei costi di gestione del procedimento di accesso da parte delle singole pubbliche amministrazioni coinvolte, del quale si è fatto carico l'interprete, ma che, in una prospettiva di diffusa applicazione dell'accesso civico generalizzato a tutti gli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, necessiterebbe di una apposita disposizione di legge;

c) l'ammissione dell'accesso generalizzato finirebbe per privare di senso il richiamo dell'*art. 53, comma 1, del D.Lgs. n. 50 del 2016* all'*art. 22 della L. n. 241 del 1990* e, comunque, farebbe sì che esso si presti alla soddisfazione di interessi economici e commerciali del singolo operatore, nell'intento di superare i limiti interni dei rimedi specificamente posti dall'ordinamento a tutela di tali interessi ove compromessi dalla conduzione delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici.

21.6. L'orientamento appena esaminato perviene così alla conclusione che la legge propenda per l'esclusione assoluta della disciplina dell'accesso civico generalizzato in riferimento agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici.

21.7. Tale esclusione conseguirebbe "non ad incompatibilità morfologica o funzionale, ma al delineato rapporto positivo tra norme, che non è compito dell'interprete variamente atteggiare, richiedendosi allo scopo, per l'incidenza in uno specifico ambito di normazione speciale, un intervento esplicito del legislatore".

22. Questa Adunanza plenaria ritiene che l'accesso civico generalizzato debba trovare applicazione, per le ragioni che si esporranno, anche alla materia dei contratti pubblici.

22.1. Come è stato esattamente osservato, l'accesso civico generalizzato introdotto nel corpus normativo del *D.Lgs. n. 33 del 2013* dal *D.Lgs. n. 97 del 2016*, in attuazione della delega contenuta nell'*art. 7 della L. n. 124 del 2015*, come diritto di "chiunque", non sottoposto ad

alcun limite quanto alla legittimazione soggettiva del richiedente e senza alcun onere di motivazione circa l'interesse alla conoscenza, viene riconosciuto e tutelato "allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico" (*art. 5, comma 2, del D.Lgs. n. 33 del 2013*).

22.2. L'esplicita precisazione del legislatore evidenzia proprio la volontà di superare quello che era e resta il limite connaturato all'accesso documentale che, come si è detto, non può essere preordinato ad un controllo generalizzato sull'attività delle pubbliche amministrazioni (*art. 24, comma 3, della L. n. 241 del 1990*).

22.3. Nell'accesso documentale ordinario, "classico", si è dunque al cospetto di un accesso strumentale alla protezione di un interesse individuale, nel quale è l'interesse pubblico alla trasparenza ad essere, come taluno ha osservato, "occasionalmente protetto" per il c.d. need to know, per il bisogno di conoscere, in capo al richiedente, strumentale ad una situazione giuridica pregressa. Per converso, nell'accesso civico generalizzato si ha un accesso dichiaratamente finalizzato a garantire il controllo democratico sull'attività amministrativa, nel quale il c.d. right to know, l'interesse individuale alla conoscenza, è protetto in sé, se e in quanto non vi siano contrarie ragioni di interesse pubblico o privato, ragioni espresse dalle cc.dd. eccezioni relative di cui all'*art. 5-bis, commi 1 e 2, del D.Lgs. n. 33 del 2013*.

22.4. Nel sopra citato parere n. 515 del 24 febbraio 2016 questo Consiglio di Stato, fornendo indicazioni sulle modifiche normative da introdurre nel *D.Lgs. n. 33 del 2013*, ha evidenziato nel 11.2 che "il passaggio dal bisogno di conoscere al diritto di conoscere (from need to right to know, nella definizione inglese F.O.I.A.) rappresenta per l'ordinamento nazionale una sorta di rivoluzione copernicana, potendosi davvero evocare la nota immagine ... della Pubblica Amministrazione trasparente come una "casa di vetro"".

22.5. Anche nel nostro ordinamento l'evoluzione della visibilità del potere, con la conseguente accessibilità generalizzata dei suoi atti sul modello del FOIA, è la storia del lento cammino verso la democrazia e, con il progressivo superamento degli arcaici imperi di tacitiana memoria, garantisce la necessaria democraticità del processo continuo di informazione e formazione dell'opinione pubblica (Corte cost., 7 maggio 2002, n. 155).

22.6. Il principio di trasparenza, che si esprime anche nella conoscibilità dei documenti amministrativi, rappresenta il fondamento della democrazia amministrativa in uno Stato di diritto, se è vero che la democrazia, secondo una celebre formula ricordata dallo stesso parere n. 515 del 24 febbraio 2016, è il governo del potere pubblico in pubblico, ma costituisce anche un caposaldo del principio di buon funzionamento della pubblica amministrazione, quale "casa di vetro" improntata ad imparzialità, intesa non quale mera conoscibilità, garantita dalla pubblicità, ma anche come intelligibilità dei processi decisionali e assenza di corruzione.

22.7. La stessa Corte costituzionale, ancor di recente (sent. n. 20 del 21 febbraio 2019), ha rimarcato che il diritto dei cittadini ad accedere ai dati in possesso della pubblica amministrazione, sul modello del c.d. FOIA (Freedom of information act), risponde a principi di pubblicità e trasparenza, riferiti non solo, quale principio democratico (*art. 1 Cost.*), a tutti gli aspetti rilevanti dalla vita pubblica e istituzionale, ma anche, ai sensi dell'*art. 97 Cost.*, al buon funzionamento della pubblica amministrazione (v. anche sentt. n. 69 e n. 177 del 2018 nonché sent. n. 212 del 2017).

22.8. La stessa impostazione si rinviene ormai anche nel consolidato orientamento di questo Consiglio di Stato non solo in sede consultiva, come nel più volte citato parere n. 515 del 2016, ma anche in sede giurisdizionale, laddove numerose pronunce rimarcano che il nuovo accesso civico risponde pienamente ai principi del nostro ordinamento nazionale di trasparenza e imparzialità dell'azione amministrativa e di partecipazione diffusa dei cittadini alla gestione della "cosa pubblica", ai sensi degli *artt. 1 e 2 Cost.*, nonché, ovviamente, *dell'art. 97 Cost.*, secondo il principio di sussidiarietà orizzontale di cui *all'art. 118 Cost.* (Cons. St., sez. III, 6 marzo 2019, n. 1546)).

23. Il FOIA si fonda sul riconoscimento del c.d. "diritto di conoscere" (right to know) alla stregua di un diritto fondamentale, al pari di molti altri ordinamenti europei ed extraeuropei, come del resto si evince espressamente anche dall'*art. 1, comma 3, del D.Lgs. n. 33 del 2013*, secondo cui le disposizioni dello stesso decreto, tra le quali anzitutto quelle dettate per l'accesso civico, costituiscono livello essenziale delle prestazioni erogate dalle amministrazioni pubbliche ai fini di trasparenza, prevenzione, contrasto della corruzione e della cattiva amministrazione, a norma dell'*art. 117, secondo comma, lett. m), Cost.*

23.1. Non solo, peraltro, l'accesso civico generalizzato, nel quale la trasparenza si declina come "accessibilità totale" (Corte cost., 21 febbraio 2019, n. 20), è un diritto fondamentale, in sé, ma contribuisce, nell'ottica del legislatore (v., infatti, *art. 1, comma 2, del D.Lgs. n. 33 del 2013*), al miglior soddisfacimento degli altri diritti fondamentali che l'ordinamento giuridico riconosce alla persona.

23.2. Bene si è osservato che il diritto di accesso civico è condizione, in questo senso, per l'esercizio di ogni altro diritto fondamentale nel nostro ordinamento perché solo conoscere consente di determinarsi, in una visione nuova del rapporto tra potere e cittadino che, improntata ad un aperto e, perciò stesso, dialettico confronto tra l'interesse pubblico e quello privato, fuoriesce dalla logica binaria e conflittuale autorità/libertà.

23.3. Come questo Consiglio di Stato ha già rilevato nel più volte citato parere n. 515 del 24 febbraio 2016, la trasparenza si pone non solo come forma di prevenzione dei fenomeni corruttivi, ma come strumento ordinario e primario di riavvicinamento del cittadino alla pubblica amministrazione, "destinata sempre più ad assumere i contorni di una "casa di vetro", nell'ambito di una visione più ampia dei diritti fondamentali sanciti *dall'art. 2 della Costituzione*, che non può prescindere dalla partecipazione ai pubblici poteri".

23.4. La luce della trasparenza feconda il seme della conoscenza tra i cittadini e concorre, da un lato, al buon funzionamento della pubblica amministrazione ma, dall'altro, anche al soddisfacimento dei diritti fondamentali della persona, se è vero che organizzazione amministrativa e diritti fondamentali sono strettamente interrelati, come questo Consiglio di Stato ha già affermato (v., *ex plurimis*, Cons. St., Ad. plen., 12 aprile 2016, n. 7 nonché Cons. St., sez. III, 2 settembre 2014, n. 4460), sulla scorta dell'insegnamento secondo cui "non c'è organizzazione che, direttamente o almeno indirettamente, non sia finalizzata a diritti, così come non c'è diritto a prestazione che non condizioni l'organizzazione" (Corte cost., 27 novembre 1998, n. 383).

23.5. La natura fondamentale del diritto di accesso civico generalizzato, oltre che essere evincibile dagli *artt. 1, 2, 97 e 117 Cost* e riconosciuta dall'*art. 42* della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea per gli atti delle istituzioni europee, deve però collocarsi

anche in una prospettiva convenzionale europea, laddove essa rinviene un sicuro fondamento nell'art. 10 CEDU, come hanno rilevato le citate Linee guida dell'ANAC, nel 2.1, e le Circolari FOIA n. 2/2017 (2.1) e n. 1/2019 (3).

23.6. L'art. 10 CEDU sancisce, al comma 1, che ogni persona ha diritto alla libertà di espressione e che tale diritto include "la libertà di ricevere ... informazioni ... senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche", mentre il successivo comma 2 stabilisce che l'esercizio delle libertà garantite "può essere sottoposto alle formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni che sono previste dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica" alla tutela di una serie di interessi, pubblici e privati, pressoché corrispondenti alle eccezioni relative previste dall'*art. 5-bis, commi 1 e 2, del D.Lgs. n. 33 del 2013*.

23.7. La riconducibilità dell'accesso ai documenti pubblici alla tutela della libertà d'espressione garantita dall'art. 10 CEDU, inteso non più come una libertà negativa, ma anche come libertà positiva, ha trovato nella sentenza della Corte EDU, Grande Camera, 8 novembre 2016, Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary, in ric. n. 18030/11, uno storico ancorché travagliato riconoscimento, allorché la Corte di Strasburgo ha ritenuto che la disponibilità del patrimonio informativo delle pubbliche amministrazioni sia indispensabile per assicurare un esercizio effettivo del diritto individuale di esprimersi e per alimentare il dibattito pubblico su materie di interesse generale.

23.8. La disciplina delle eccezioni assolute al diritto di accesso generalizzato è coperta, dunque, da una riserva di legge, desumibile in modo chiaro dall'art. 10 CEDU, quale norma interposta ai sensi dell'*art. 117 Cost.*, e la loro interpretazione non può che essere stretta, tassativizzante.

24. Ricostruita così la natura del c.d. accesso civico generalizzato, quale "terza generazione" del diritto all'accesso, dopo quello documentale di cui alla *L. n. 241 del 1990* e quello civico c.d. semplice di cui all'originaria formulazione del *D.Lgs. n. 33 del 2013*, occorre interrogarsi sulle c.d. eccezioni assolute, previste dal già richiamato *art. 5-bis, comma 3, del D.Lgs. n. 50 del 2016*, con particolare riferimento alla materia qui controversa.

24.1. Nella disciplina delle c.d. eccezioni relative ed assolute, infatti, il nostro ordinamento ha seguito una soluzione simile a quella adottata dall'ordinamento anglosassone, che distingue tra absolute exemptions e qualified exemptions.

24.2. Questa disposizione detta, a ben vedere, tre ipotesi di eccezioni assolute: i documenti coperti da segreto di Stato; gli altri casi di divieti previsti dalla legge, compresi quelli in cui l'accesso è subordinato al rispetto di specifiche condizioni, modalità e limiti; le ipotesi contemplate dall'*art. 24, comma 1, della L. n. 241 del 1990*.

24.3. Le eccezioni assolute sono state previste dal legislatore per garantire un livello di protezione massima a determinati interessi, ritenuti di particolare rilevanza per l'ordinamento giuridico, come è in modo emblematico per il segreto di Stato, sicché il legislatore ha operato già a monte una valutazione assiologica e li ha ritenuti superiori rispetto alla conoscibilità diffusa di dati e documenti amministrativi.

24.4. In questo caso la pubblica amministrazione esercita un potere vincolato, che deve essere necessariamente preceduto da un'attenta e motivata valutazione in ordine alla ricorrenza,

rispetto alla singola istanza, di una eccezione assoluta e alla sussunzione del caso nell'ambito dell'eccezione assoluta, che è di stretta interpretazione.

24.5. L'interpretazione letterale propugnata dalla V sezione, pur mossa dal comprensibile intento di ritagliare un raggio applicativo autonomo a ciascuna delle tre ipotesi previste dal comma 3, perviene però a spezzare l'indubbio nesso sistematico, già evidente nella formulazione del comma ("ivi compresi.... inclusi") che esiste tra le singole ipotesi.

24.6. Questa Adunanza plenaria, pur consapevole della infelice formulazione della disposizione, ne ritiene preferibile una lettura unitaria - a partire dall'endiadi "segreti e altri divieti di divulgazione" - evitando di scomporla e di trarne con ciò stesso dei nuovi, autonomi l'uno dagli altri, limiti, perché una lettura sistematica, costituzionalmente e convenzionalmente orientata, impone un necessario approccio restrittivo (ai limiti) secondo una interpretazione tassativizzante.

24.7. La disposizione non può invero essere intesa nel senso di esentare dall'accesso generalizzato interi ambiti di materie per il sol fatto che esse prevedano casi di accesso limitato e condizionato, compresi quelli regolati dalla *L. n. 241 del 1990*, perché, se così fosse, il principio di specialità condurrebbe sempre all'esclusione di quella materia dall'accesso, con la conseguenza, irragionevole, che la disciplina speciale o, addirittura, anche quella generale dell'accesso documentale, in quanto e per quanto richiamata per *relationem* dalla singola disciplina speciale, assorbirebbe e "fagociterebbe" l'accesso civico generalizzato.

24.8. Verrebbe meno così, radicalmente, il concorso tra le due forme di accesso - documentale e generalizzato - che, per quanto problematico, è fatto salvo dall'*art. 5, comma 11, del D.Lgs. n. 33 del 2013*, che mantiene ferme "le diverse forme di accesso degli interessati previste dal Capo V della *L. 7 agosto 1990, n. 241*".

24.9. L'*art. 5-bis, comma 3, del D.Lgs. n. 33 del 2013* ha insomma inteso rammentare che vi sono appunto casi di eccezioni assolute, come quello del segreto di Stato, o altri, previsti dalle varie leggi settoriali come, ad esempio, il segreto statistico, regolamentato dall'*art. 9 del D.Lgs. n. 322 del 1989*; il segreto militare disciplinato dal R.D. 11 luglio 1941, n. 161; le classifiche di segretezza di atti e documenti di cui all'*art. 42 della L. n. 124 del 2007*; il segreto bancario previsto dall'*art. 7 del D.Lgs. n. 385 del 1993*; le disposizioni sui contratti secretati previste dall'*art. 162 dello stesso D.Lgs. n. 50 del 2016*; il segreto scientifico e il segreto industriale di cui all'*art. 623 del c.p.* (per una più ampia e pressoché esaustiva indicazione dei divieti di accesso e divulgazione v le Linee guida ANAC, 6.2.).

25. Per tali casi, anche quando dette leggi richiamino i limiti generali dell'*art. 24, comma 1, della L. n. 241 del 1990*, il rispetto delle specifiche restrizioni fissate dalla legge all'accesso, per la ratio ad esse sottesa, preclude la conoscibilità generalizzata (ma giammai - va ribadito - per interi ambiti di materie), in quanto l'accessibilità totale di dati e documenti è radicalmente incompatibile o con la tipologia di documento (ad esempio perché coperto da segreto di Stato) o con la particolare sensibilità dell'interesse protetto.

25.1. Ma in linea generale il rapporto tra le due discipline generali dell'accesso documentale e dell'accesso civico generalizzato e, a sua volta, il rapporto tra queste due discipline generali e quelle settoriali - si pensi, tra le più importanti, all'accesso civico di cui all'*art. 10 del D.Lgs. n. 267 del 2000* e a quello ambientale di cui all'*art. 3 del d. lgs. n. 195 del 2005* - non può essere letto unicamente e astrattamente, secondo un criterio di specialità e, dunque, di

esclusione reciproca, ma secondo un canone ermeneutico di completamento/inclusione, in quanto la logica di fondo sottesa alla reazione tra le discipline non è quella della separazione, ma quella dell'integrazione dei diversi regimi, pur nelle loro differenze, in vista della tutela preferenziale dell'interesse conoscitivo che rifugge in sé da una segregazione assoluta "per materia" delle singole discipline.

25.2. Occorre, cioè, indagare circa la portata e il senso di tali limiti per verificare, caso per caso (la disposizione, appunto parla di "casi") e non per interi ambiti di materia, se il filtro posto dal legislatore a determinati casi di accesso sia radicalmente incompatibile con l'accesso civico generalizzato quale esercizio di una libertà fondamentale da parte dei consociati. Anche le eccezioni assolute insomma, come osservato pure in dottrina, non sono preclusioni assolute perché l'interprete dovrà valutare, appunto, la volontà del legislatore di fissare in determinati casi limiti più stringenti all'accesso civico generalizzato.

25.3. La stessa V sezione ha evidenziato la necessità, in linea di principio, che nei rapporti tra discipline generali e discipline settoriali sull'accesso queste ultime non abbiano sempre e comunque portata derogatoria, "quanto piuttosto che ... occorra, volta a volta, verificare la compatibilità dell'accesso generalizzato con le "condizioni, modalità e limiti" fissati dalla disciplina speciale" (Cons. St., sez. V, 2 agosto 2019, n. 5503).

25.4. Un diverso ragionamento interpretativo, che identificasse interi ambiti di materia esclusi dall'applicazione dell'accesso civico generalizzato, avallerebbe il rischio, ben avvertito in dottrina, che i casi del comma 3 dell'*art. 5-bis del D.Lgs. n. 33 del 2013*, letti in modo frazionato e non sistematico, si trasformino in un "buco nero" della trasparenza - frutto anche di un sistema di limiti che si apre ad altri che rinviano ad ulteriori con un potenziale circolo vizioso e un regressus ad infinitum - ove è risucchiato l'accesso generalizzato, con un ritorno all'opacità dell'azione amministrativa per effetto di una interpretazione che trasforma l'eccezione in regola e conduce fatalmente alla creazione in via pretoria di quelli che, con felice espressione, sono stati definiti "segreti di fatto" accanto ai "segreti di diritto", espressamente contemplati dalla legge.

25.5. Tale interpretazione, peraltro, introdurrebbe un limite - quello di materia - non previsto espressamente dal legislatore e configurerebbe una eccezione assoluta che, per la riserva di legge in materia ai sensi dell'*art. 10 CEDU*, non può essere rimessa alla discrezionalità della pubblica amministrazione o all'opera dell'esegeta.

26. Né una base normativa a tale eccezione assoluta si può rinvenire, a giudizio di questa Adunanza, nell'*art. 53 del D.Lgs. n. 50 del 2016*, disposizione speciale dettata dal codice dei contratti.

27. L'*art. 53, comma 2, del D.Lgs. n. 50 del 2016* prevede infatti che - fatta salva la disciplina dettata dal codice dei contratti pubblici per gli appalti secretati o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza (ipotesi straordinarie sicuramente rientranti tra le eccezioni di cui all'*art. 5-bis, comma 3, del D.Lgs. n. 33 del 2013* per il divieto assoluto di divulgazione e accesso) - il diritto di accesso sia semplicemente differito, in relazione al nominativo dei soggetti che nelle procedure aperte hanno presentato offerte o, nelle procedure ristrette e negoziate e nelle gare informali, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito e che hanno manifestato il loro interesse e in relazione alle offerte stesse,

fino alla scadenza del termine per la presentazione delle medesime offerte; in relazione alle offerte e al procedimento di verifica dell'anomalia, fino all'aggiudicazione.

27.1. Questi atti, fino alla scadenza di termini indicati, "non possono essere comunicati a terzi o resi in qualsiasi altro modo noti" (*art. 53, comma 2, del D.Lgs. n. 50 del 2016*) e la trasgressione di tale divieto è presidiata dalla sanzione penale di cui *all'art. 326 c.p.*.

27.2. È questa una esclusione assoluta del diritto di accesso, per quanto temporalmente limitata, incompatibile con il diritto di accesso civico generalizzato, ai sensi dell'*art. 5-bis, comma 2, del D.Lgs. n. 33 del 2013*, perché finalizzata a preservare la regolare competizione tra i concorrenti e il buon andamento della procedura di gara da indebite influenze, intromissioni, e turbamenti, e quindi dalla conoscenza di tali atti, prima della gara, da parte di chiunque, *uti singulus ed uti civis*.

27.3. Viene qui in rilievo una disciplina speciale, il cui nucleo centrale è costituito dalla conoscibilità progressiva della documentazione di gara, regolata da precise scansioni temporali volte a contemperare le ragioni dell'accesso con l'esigenza di assicurare il regolare svolgimento delle procedure selettive.

27.4. L'*art. 53, comma 5, del D.Lgs. n. 50 del 2016* prevede, parimenti, una esclusione assoluta del diritto di accesso in relazione:

- a) alle informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici e commerciali;
- b) ai pareri legali acquisiti dai soggetti tenuti all'applicazione del codice dei contratti pubblici per la soluzione delle liti, potenziali o in atto, relative ai contratti pubblici;
- c) alle relazioni riservate del direttore dei lavori, del direttore dell'esecuzione e dell'organo di collaudo sulle domande e sulle riserve del soggetto esecutore del contratto;
- d) alle soluzioni tecniche e ai programmi per elaboratore utilizzati dalla stazione appaltante o dal gestore del sistema informatico per le aste elettroniche, ove coperti da diritti di privativa intellettuale.

27.5. L'unica deroga a queste eccezioni assolute è prevista, nel comma 6 dell'*art. 53 del D.Lgs. n. 50 del 2016*, per l'accesso documentale c.d. difensivo del concorrente in ordine alle informazioni contenute nell'offerta o nelle giustificazioni di altro concorrente per la tutela in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto, in linea, del resto, con quanto prevede in generale l'*art. 23, comma 6, della L. n. 241 del 1990* per la prevalenza dell'accesso documentale c.d. difensivo.

27.6. L'eccezione di cui alla lett. a) è posta a tutela della riservatezza aziendale, al fine di evitare che gli operatori economici in diretta concorrenza si servano dell'accesso per acquisire informazioni riservate sul know-how del concorrente, costituenti segreti tecnici e commerciali, e ottenere così un indebito vantaggio e ha una natura assoluta perché, nel bilanciamento tra gli opposti interessi, il legislatore ha privilegiato quello, prevalente, della riservatezza, a tutela di un leale gioco concorrenziale, delle caratteristiche essenziali dell'offerta quali beni essenziali per lo sviluppo e per la stessa competizione qualitativa, che sono prodotto patrimoniale della capacità ideativa o acquisitiva della singola impresa (Cons. St., sez. V, 7 gennaio 2020, n. 64), salva la necessità, per un altro concorrente, di difendersi

in giudizio, unica eccezione all'eccezione ammessa (*art. 53, comma 6, del D.Lgs. n. 50 del 2016*).

27.7. Analoga ratio di tutela della privativa intellettuale giustifica anche la previsione della lett. d), per le soluzioni tecniche e i programmi per elaboratore utilizzati dalla stazione appaltante o dal gestore del sistema informatico per le aste elettroniche, ove coperti da diritti di privativa intellettuale.

27.8. Le eccezioni di cui alla lett. b) e alla lett. c) dell'*art. 53* mirano ad impedire la divulgazione di atti che, quando riferibili ad un contenzioso attuale o potenziale con l'appaltatore, sono investiti da specifiche esigenze di riservatezza volte a tutelare le ragioni di ordine patrimoniale della stazione appaltante, la quale deve negare l'accesso per tutelare se stessa di fronte al privato che intenda accedere "ad atti interni che riguardino la sfera delle libere valutazioni dell'amministrazione in ordine alla convenienza delle scelte da adottare" (*Ad. plen., 13 settembre 2007, n. 11*).

28. La portata limitata anche temporalmente e motivata di questi casi, peraltro di stretta interpretazione, non può comportare ex se l'esclusione dell'intera materia dall'applicazione dell'accesso civico generalizzato, che riacquista la sua naturale vis expansiva una volta venute meno le ragioni che giustificano siffatti limiti, condizioni o modalità di accesso.

28.1. Se dunque i limiti previsti per l'accesso ai documenti amministrativi di cui agli *artt. 22 e seguenti della L. n. 241 del 1990* e quelli dettati dalle singole discipline settoriali non possono essere superati ricorrendo strumentalmente all'istituto dell'accesso civico generalizzato, deve ritenersi che, una volta venute meno le ragioni di questi limiti, tra cui quelli appena accennati dell'*art. 53* del codice dei contratti pubblici, sul piano sia temporale sia contenutistico, l'accesso civico generalizzato opera di diritto, senza che sia necessaria nel nostro ordinamento una specifica disposizione di legge che ne autorizzi l'operatività anche in specifiche materie, come quella dei contratti pubblici, con la conseguenza che l'accesso civico generalizzato, ferme le eccezioni relative di cui all'*art. 5-bis, commi 1 e 2, del D.Lgs. n. 33 del 2013*, è ammissibile in ordine agli atti della fase esecutiva.

29. Le conclusioni sin qui raggiunte si rinvengono sostanzialmente anche nella delibera ANAC n. 317 del 29 marzo 2017 nella quale l'Autorità ha chiarito che, se è esatto che tra i limiti all'accesso civico generalizzato di cui agli *artt. 5 e 5-bis del D.Lgs. n. 33 del 2013* ci sono le pertinenti disposizioni del codice dei contratti pubblici, deve per converso ritenersi che, una volta venute meno le condizioni che sorreggevano quei limiti, e quindi successivamente all'aggiudicazione della gara, il diritto di accesso debba essere consentito a chiunque, ancorché nel rispetto dei limiti previsti dall'*art. 5-bis, commi 1 e 2, del D.Lgs. n. 33 del 2013*.

30. Con specifico riferimento alla materia dei contratti pubblici, le esigenze di accesso civico generalizzato, assumono, a ben vedere, una particolare e più pregnante connotazione, perché costituiscono la "fisiologica conseguenza" dell'evidenza pubblica, in quanto che ciò che è pubblicamente evidente, per definizione, deve anche essere pubblicamente conoscibile, salvi, ovviamente, i limiti di legge e solo di legge, per le ragioni già esposte.

30.1. È vero che la *L. n. 190 del 2012* ha previsto, nel comma 32, numerosi obblighi di pubblicazione degli atti di gara e l'*art. 37 del D.Lgs. n. 33 del 2013*, in attuazione di tale delega, stabilisce un generale regime di pubblicità per tali atti. E l'*art. 29 del D.Lgs. n. 50 del*

2016, come si è già accennato, ha disciplinato in modo analitico la pubblicazione di tali atti. Ma la sussistenza di obblighi di pubblicazione di numerosi atti in materia di gara non può condurre all'esclusione dell'accesso civico generalizzato sul rilievo che gli obblighi "proattivi" di pubblicazione soddisferebbero già, in questa materia, il bisogno o, comunque, il desiderio di conoscenza che contraddistingue il principio di trasparenza.

30.2. Una siffatta lettura, ancora una volta, sconta una logica di separatezza anzi che di integrazione tra le diverse tipologie di accesso che il legislatore ha inteso lasciar coesistere nel nostro ordinamento. Per contro, è proprio questa logica ermeneutica di integrazione che induce a ritenere che la obbligatoria pubblicità di determinati atti (c.d. disclosure proattiva) è solo un aspetto, pur fondamentale, della trasparenza, che tuttavia si manifesta e si completa nell'accessibilità degli atti (c.d. disclosure reattiva) nei termini previsti per l'accesso civico generalizzato.

30.3. Del resto la configurazione di una trasparenza che risponda a "un controllo diffuso" della collettività sull'azione amministrativa è particolarmente avvertita nella materia dei contratti pubblici e delle concessioni e, in particolare, nell'esecuzione di tali rapporti, dove spesso si annidano fenomeni di cattiva amministrazione, corruzione e infiltrazione mafiosa, con esiti di inefficienza e aree di malgoverno per le opere costruite o i servizi forniti dalla pubblica amministrazione e gravi carenze organizzative tali da pregiudicare persino il godimento di diritti fondamentali da parte dei cittadini nella loro pretesa ai cc.dd. diritti sociali.

30.4. Non è più possibile affermare, in un quadro evolutivo così complesso che impone una visione d'insieme anche alla luce delle coordinate costituzionali, eurounitarie e convenzionali, che l'accesso agli atti di gara costituisca un microcosmo normativo compiuto (v., in questo senso, Cons. St., sez. V, 9 dicembre 2008, n. 6121) e chiuso.

30.5. La lettura unitaria, armonizzante, integratrice tra le singole discipline, divenuta predominante nella giurisprudenza di questo Consiglio già nel rapporto tra l'accesso agli atti di gara e l'accesso documentale della *L. n. 241 del 1990* in termini di complementarietà (v., in particolare, Cons. St., sez. VI, 30 luglio 2010, n. 5062), deve essere estesa a tutte le tipologie di accesso, ivi incluso quello civico, semplice e generalizzato, come suggerisce condivisibilmente l'ordinanza di rimessione, senza peraltro dover fare riferimento alla pur raffinata tecnica del rinvio "mobile" dell'*art. 53 alla L. n. 241 del 1990*, per le ragioni tutte esplicitate, alle disposizioni della *L. n. 241 del 1990* siccome integrate/combinare con il complesso normativo del *D.Lgs. n. 33 del 2013*.

31. L'esigenza di una conoscenza diffusa dei cittadini nell'esecuzione dei contratti pubblici è con forza avvertita nella normativa europea, come ha ben messo in rilievo questo Consiglio di Stato nella sopra richiamata sentenza n. 3780 del 2019.

31.1. Il considerando 126 della *Direttiva n. 2014/24/UE* ricorda, a tacer d'altro, che la tracciabilità e la trasparenza del processo decisionale nelle procedure di appalto "è essenziale per garantire procedure leali nonché combattere efficacemente la corruzione e le frodi", sicché le pubbliche amministrazioni dovrebbero conservare le copie dei contratti conclusi di valore elevato per garantire alle parti interessate l'accesso a tali documenti, conformemente alle norme applicabili in materia di accesso alla documentazione.

31.2. Ancor più chiaramente e nettamente, poi, il considerando n. 122 della stessa Direttiva osserva che "i cittadini, i soggetti interessati, organizzati o meno, e altre persone od organismi che non hanno accesso alle procedure di ricorso di cui alla Direttiva 98/665/CE hanno comunque un interesse legittimo in qualità di contribuenti a un corretto svolgimento delle procedure di appalto" e "dovrebbero avere la possibilità, con modalità diverse dal sistema di ricorso di cui alla Direttiva 89/665/CE e senza che ciò comporti necessariamente una loro azione dinanzi a corti e tribunali, di segnalare le eventuali violazioni della presente Direttiva all'autorità o alla struttura competente".

31.3. Le sentenze n. 5502 e n. 5503 del 2 agosto 2019 della V sezione hanno ben richiamato l'essenziale ruolo di vigilanza svolto dall'ANAC in questo settore, ma non va trascurato il ruolo che un controllo generalizzato sull'aggiudicazione e sull'esecuzione del contratto svolge proprio l'accesso civico generalizzato, come ridisegnato dal D.Lgs. n. 96 del 2017, con la conseguente possibilità di effettuare segnalazioni documentate da parte di terzi, una volta ottenuta la relativa documentazione con l'accesso, anche all'ANAC, che può esercitare il suo potere di raccomandazione ai sensi dell'*art. 213 del D.Lgs. n. 50 del 2016* anche nella fase esecutiva.

31.4. Il vigente Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici, adottato dall'ANAC e pubblicato sulla G.U. del 16 ottobre 2018, prevede, all'*art. 12, comma 1, lett. b)*, che il procedimento di vigilanza possa concludersi, infatti, con "l'accertamento di atti illegittimi o irregolari della procedura di gara o dell'esecuzione del contratto, eventualmente accompagnato da raccomandazioni, rivolte alle stazioni appaltanti interessate, a rimuovere le illegittimità o irregolarità riscontrate, ovvero ad adottare atti volti a prevenire, per il futuro, il ripetersi di tali illegittimità e irregolarità". E particolare attenzione a sua volta l'*art. 24* del Regolamento, dedica, sempre in relazione alla fase esecutiva, alle varianti in corso d'opera.

31.5. Risulta così confermato che, nel nostro ordinamento, l'esecuzione del contratto non è una terra di nessuno, lasciata all'arbitrio dei contraenti e all'indifferenza dei terzi, ma sottoposta all'attività di vigilanza da parte dell'ANAC, trattandosi di una fase rilevante per l'ordinamento giuridico, come dimostrano le funzioni pubbliche di vigilanza e controllo previste, nella cui cornice trova spazio, in funzione si direbbe complementare e strumentale, anche l'accesso generalizzato dei cittadini.

31.6. Questo, invero, non solo non è escluso dall'attività di vigilanza dell'ANAC, ma anzi può ben porsi rispetto alla stessa in funzione, come si è appena ricordato, strumentale; può consentire, infatti, che, tramite l'accesso civico generalizzato, siano valutate "le segnalazioni di violazione della normativa in materia di contratti pubblici presentate da terzi, compatibilmente con le esigenze organizzative e di funzionamento degli uffici, tenendo conto in via prioritaria della gravità della violazione e della rilevanza degli interessi coinvolti dall'appalto" (*art. 4, comma 4, del Regolamento*) e che l'apposito modulo della segnalazione, predisposto dall'ANAC, sia "corredato della eventuale documentazione" (*art. 5, comma 2, del Regolamento*) acquisita in occasione dell'accesso generalizzato, essendo altrimenti di fatto impossibile per il cittadino "contribuente" segnalare eventuali violazioni all'Autorità di settore, come invece auspica il considerando n. 122, in maniera consapevole e documentata.

32. Nel parere n. 2777 del 28 dicembre 2016 la Commissione speciale di questo Consiglio di Stato ha più volte evidenziato questo ruolo di controllo diffuso che ciascun cittadino può esercitare nella materia dei contratti pubblici accanto e, si direbbe, in ausilio al ruolo istituzionale di vigilanza rivestito dall'ANAC, proprio valorizzando le chiare indicazioni provenienti dal considerando n. 122 della *Direttiva 2014/24/UE*.

32.1. In detto parere, questo Consiglio ha osservato che la possibilità di consentire la segnalazione a qualsivoglia cittadino che ne abbia interesse risponde al principio di vigilanza sulla legittimità degli atti di gara, "quale interesse a carattere generale ed azionabile anche dal cittadino contribuente", e ha rammentato che la via d'elezione per far valere l'interesse alla trasparenza non è la segnalazione, che richiede almeno un *fumus* di illegittimità di uno o più atti, bensì l'accesso civico di cui al *D.Lgs. n. 33 del 2013*, come modificato dal *D.Lgs. n. 97 del 2016*.

32.2. L'accesso generalizzato, quale via elettiva della trasparenza, soddisfa dunque ampiamente questo diffuso desiderio conoscitivo finalizzato alla garanzia della legalità nei contratti pubblici, che è per così dire la rinnovata e moderna cifra dell'evidenza pubblica non solo nella tradizionale fase dell'aggiudicazione ma anche nell'esecuzione, dovendo questa, come detto, rispettarne specularmente condizioni, contenuti e limiti.

32.3. Le ragioni sin qui esposte spiegano perché l'accesso civico generalizzato non solo sia consentito, in questa materia, ma sia doveroso perché connaturato, per così dire, all'essenza stessa dell'attività contrattuale pubblica e perché esso operi, in funzione della c.d. trasparenza reattiva, soprattutto in relazione a quegli atti, rispetto ai quali non vigono i pur numerosi obblighi di pubblicazione (c.d. trasparenza proattiva) previsti.

33. Argomenti di carattere letterale, teleologico e sistematico come quelli esposti depongono, dunque, nel senso di una accessibilità totale degli atti di gara, seppur sempre nel rispetto degli interessi-limite, pubblici e privati, e delle conseguenti eccezioni relative di cui all'*art. 5-bis, commi 1 e 2, del D.Lgs. n. 33 del 2013*.

34. Occorre tenere conto, tuttavia, delle ulteriori importanti questioni poste dalla V sezione nelle citate sentenze n. 5502 e n. 5503 del 2019 e sopra ricordate ed esposte nel 21.4.

35. Quanto alla prima questione, di cui alla lett. a) del 21.5., concernente il delicato bilanciamento tra il valore, fondamentale, dell'accesso e quello, altrettanto fondamentale, della riservatezza, la circostanza che l'accesso possa prevedibilmente soccombere di fronte alle ragioni normativamente connesse alla riservatezza dei dati dei concorrenti non può condurre a un'aprioristica esclusione dell'accesso.

35.1. Tutte le eccezioni relative all'accesso civico generalizzato implicano e richiedono un bilanciamento da parte della pubblica amministrazione, in concreto, tra l'interesse pubblico alla conoscibilità e il danno all'interesse-limite, pubblico o privato, alla segretezza e/o alla riservatezza, secondo i criteri utilizzati anche in altri ordinamenti, quali il cd. test del danno (*harm test*), utilizzato per esempio in Germania, o il c.d. *public interest test* o *public interest override*, tipico dell'ordinamento statunitense o di quello dell'Unione europea (*art. 4, 2, del reg. (CE) n. 1049/2001*: v., per un'applicazione giurisprudenziale, Trib. UE, sez. I, 7 febbraio 2018, in T-851/16), in base al quale occorre valutare se sussista un interesse pubblico al rilascio delle informazioni richieste rispetto al pregiudizio per l'interesse-limite contrapposto.

35.2. È vero, infatti, che escludere dall'accesso anche generalizzato la documentazione suscettibile di rivelare gli aspetti tecnologici, produttivi, commerciali e organizzativi, costituenti i punti di forza o di debolezza delle offerte nel confronto competitivo, costituisce un obiettivo delle norme in materia di appalti pubblici dell'Unione, e che per conseguire tale obiettivo è necessario che le autorità aggiudicatrici non divulgino informazioni il cui contenuto potrebbe essere utilizzato per falsare la concorrenza, (Trib. I grado UE, sez. II, 29 gennaio 2013, in T-339/10 e in T-532/10 nonché Corte Giust UE, sez. III, 14 febbraio 2008, in C-450/06).

35.3. E tuttavia questo obiettivo può e deve essere conseguito appunto, in una equilibrata applicazione del limite previsto dall'*art. 5-bis, comma 2, lett. c), del D.Lgs. n. 33 del 2013*, secondo un canone di proporzionalità, proprio del test del danno (c.d. harm test), che preservi il know-how industriale e commerciale dell'aggiudicatario o di altro operatore economico partecipante senza sacrificare del tutto l'esigenza di una anche parziale conoscibilità di elementi fattuali, estranei a tale know-how o comunque ad essi non necessariamente legati, e ciò nell'interesse pubblico a conoscere, per esempio, come certe opere pubbliche di rilevanza strategica siano realizzate o certi livelli essenziali di assistenza vengano erogati da pubblici concessionari.

35.4. Va ribadito - concludendo sul punto - che ciò che distingue le eccezioni relative dalle eccezioni assolute è proprio il fatto che non sussista a monte, nella scala valoriale del legislatore, una priorità ontologica o una prevalenza assiologica di alcuni interessi rispetto ad altri, sicché è rimesso all'amministrazione effettuare un adeguato e proporzionato bilanciamento degli interessi coinvolti..

36. Quanto alla seconda questione, di cui alla lett. b) del punto 21.4, sopra ricordata, non persuade nemmeno l'argomento secondo cui notevole sarebbe l'aumento dei costi di gestione del procedimento di accesso, da parte delle singole pubbliche amministrazioni, aumento che, in una prospettiva di diffusa applicazione dell'accesso civico generalizzato anche ai contratti pubblici, necessiterebbe di apposita disposizione di legge.

36.1. Se il nostro ordinamento ha ormai accolto il c.d. modello FOIA non è l'accesso pubblico generalizzato degli atti a dover essere, ogni volta, ammesso dalla legge, ma sono semmai le sue eccezioni a dovere rinvenire un preciso, tassativo, fondamento nella legge.

36.2. Non deve nemmeno essere drammatizzato l'abuso dell'istituto, che possa condurre a una sorta di eccesso di accesso.

36.3. Innanzi tutto, va rilevato che l'esperienza applicativa del FOIA nei primi tre anni dalla sua introduzione, come emerge dai dati pubblicati dal Dipartimento della funzione pubblica, rivela un uso "normale" delle istanze di accesso civico; infatti, le istanze pervenute ai ministeri sono aumentate da 1146 nel 2017 a 1818 nel 2018, con una media, nel secondo anno, di 11 richieste mensili per ministero, assolutamente in linea con la media europea e con un tasso di risposte evase da parte dei ministeri nel termine di legge (trenta giorni), in aumento, dal 74% nel 2017 all'83% nel 2018.

36.4. In secondo luogo, è ovvio che l'accesso, finalizzato a garantire, con il diritto all'informazione, il buon andamento dell'amministrazione (*art. 97 Cost.*), non può finire per intralciare proprio il funzionamento della stessa, sicché il suo esercizio deve rispettare il

canone della buona fede e il divieto di abuso del diritto, in nome, anzitutto, di un fondamentale principio solidaristico (*art. 2 Cost.*).

36.5. Il diritto di accesso civico generalizzato, se ha un'impronta essenzialmente personalistica, quale esercizio di un diritto fondamentale, conserva una connotazione solidaristica, nel senso che l'apertura della pubblica amministrazione alla conoscenza collettiva è funzionale alla disponibilità di dati di affidabile provenienza pubblica per informare correttamente i cittadini ed evitare il propagarsi di pseudoconoscenze e pseudocoscienze a livello diffuso, in modo - come è stato efficacemente detto - da "contribuire a salvare la democrazia dai suoi demoni, fungendo da antidoto alla tendenza ... a manipolare i dati di realtà".

36.6. Sarà così possibile e doveroso evitare e respingere: richieste manifestamente onerose o sproporzionate e, cioè, tali da comportare un carico irragionevole di lavoro idoneo a interferire con il buon andamento della pubblica amministrazione; richieste massive uniche (v., sul punto, Circolare FOIA n. 2/2017, 7, lett. d; Cons. St., sez. VI, 13 agosto 2019, n. 5702), contenenti un numero cospicuo di dati o di documenti, o richieste massive plurime, che pervengono in un arco temporale limitato e da parte dello stesso richiedente o da parte di più richiedenti ma comunque riconducibili ad uno stesso centro di interessi; richieste vessatorie o pretestuose, dettate dal solo intento emulativo, da valutarsi ovviamente in base a parametri oggettivi.

37. Quanto alla terza questione, di cui alla lett. c), nemmeno convince l'argomento secondo cui l'ammissibilità dell'accesso civico generalizzato, in questa materia, verrebbe utilizzato per la soddisfazione di interessi economici e commerciali del singolo operatore, nell'intento di superare i limiti interni dei rimedi specificamente posti dall'ordinamento a tutela di tali interessi, ove compromessi dalla conduzione delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici.

37.1. La circostanza che l'interessato non abbia un interesse diretto, attuale e concreto ai sensi dell'*art. 22 della L. n. 241 del 1990*, non per questo rende inammissibile l'istanza di accesso civico generalizzato, nata anche per superare le restrizioni imposte dalla legittimazione all'accesso documentale.

37.2. Non si deve confondere da questo punto di vista la ratio dell'istituto con l'interesse del richiedente, che non necessariamente deve essere altruistico o sociale né deve sottostare ad un giudizio di meritevolezza, per quanto, come detto, certamente non deve essere pretestuoso o contrario a buona fede.

37.3. Ciò che va tutelato è l'interesse alla conoscenza del dato e questa conoscenza non può essere negata, anche ai sensi del considerando n. 122 della richiamata direttiva, anche e anzitutto all'operatore economico del settore, come è D. s.r.l..

38. L'Adunanza plenaria, conclusivamente, enuncia, sulle questioni poste, i seguenti principi di diritto, anche ai sensi dell'*art. 99, comma 5, c.p.a.*:

a) la pubblica amministrazione ha il potere-dovere di esaminare l'istanza di accesso agli atti e ai documenti pubblici, formulata in modo generico o cumulativo dal richiedente senza riferimento ad una specifica disciplina, anche alla stregua della disciplina dell'accesso civico generalizzato, a meno che l'interessato non abbia inteso fare esclusivo, inequivocabile, riferimento alla disciplina dell'accesso documentale, nel qual caso essa dovrà esaminare

l'istanza solo con specifico riferimento ai profili della *L. n. 241 del 1990*, senza che il giudice amministrativo, adito ai sensi dell'art. 116 c.p.a., possa mutare il titolo dell'accesso, definito dall'originaria istanza e dal conseguente diniego adottato dalla pubblica amministrazione all'esito del procedimento;

b) è ravvisabile un interesse concreto e attuale, ai sensi dell'*art. 22 della L. n. 241 del 1990*, e una conseguente legittimazione, ad avere accesso agli atti della fase esecutiva di un contratto pubblico da parte di un concorrente alla gara, in relazione a vicende che potrebbero condurre alla risoluzione per inadempimento dell'aggiudicatario e quindi allo scorrimento della graduatoria o alla riedizione della gara, purché tale istanza non si traduca in una generica volontà da parte del terzo istante di verificare il corretto svolgimento del rapporto contrattuale;

c) la disciplina dell'accesso civico generalizzato, fermi i divieti temporanei e/o assoluti di cui all'*art. 53 del D.Lgs. n. 50 del 2016*, è applicabile anche agli atti delle procedure di gara e, in particolare, all'esecuzione dei contratti pubblici, non ostandovi in senso assoluto l'eccezione del comma 3 dell'*art. 5-bis del D.Lgs. n. 33 del 2013* in combinato disposto con l'art. 53 e con le previsioni della *L. n. 241 del 1990*, che non esenta in toto la materia dall'accesso civico generalizzato, ma resta ferma la verifica della compatibilità dell'accesso con le eccezioni relative di cui all'art. 5-bis, comma 1 e 2, a tutela degli interessi-limite, pubblici e privati, previsti da tale disposizione, nel bilanciamento tra il valore della trasparenza e quello della riservatezza.

39. Riassuntivamente e conclusivamente, l'appello della società è in parte infondato, per quanto attiene alla richiesta di accesso ai sensi della *L. n. 241 del 1990*, sia pure per una motivazione diversa da quella contenuta nella sentenza impugnata.

40. L'ammissibilità dell'istanza di accesso civico, viceversa, dovrà essere esaminata dalla Sezione rimettente, cui l'affare va restituito per ogni definitiva statuizione, che si uniformerà ai principi di diritto su enunciati.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria), non definitivamente pronunciando sull'appello, proposto da D. s.r.l.:

a) dichiara inammissibile l'intervento del Comune di Chiaramonte Gulfi;

b) rigetta in parte l'appello e conferma, con diversa motivazione, la sentenza n. 577 del 17 aprile 2019 del Tribunale amministrativo per la Toscana nella parte concernente l'accesso ai sensi della *L. n. 241 del 1990*;

c) restituisce, per la restante parte, gli atti alla Sezione per la definizione della controversia secondo i principi di diritto enunciati al 38 della parte motiva nonché per la statuizione sulle spese.

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

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI, SENTENZA N. 2256 DEL 6 APRILE 2020.

ERRORE SCUSABILE IN CASO DI MANCATA NOTIFICA ALL'INDIRIZZO PEC DELLA P.A. INDICATO SUL ReGIndE.

A seguito della sua esclusione da una procedura di gara un'impresa proponeva ricorso dinanzi al giudice amministrativo. Tuttavia, l'impugnativa era dichiarata inammissibile dal giudice di prime cure poiché l'atto introduttivo del giudizio era stato notificato alla stazione appaltante – non costituita in giudizio – esclusivamente all'indirizzo PEC tratto dall'elenco INI-PEC e non anche all'indirizzo inserito nell'elenco formato dal Ministero della giustizia ReGIndE.

In proposito, il TAR precisava che ai fini della validità per la notifica in via telematica di un atto processuale nei confronti di una pubblica Amministrazione deve utilizzarsi, a pena di inammissibilità, l'indirizzo PEC inserito nell'elenco del Ministero della Giustizia ai sensi dell'art. 16, comma 12, d.l. n. 179/2012.

Avverso tale pronuncia la ricorrente proponeva appello deducendo l'erronea declaratoria della nullità del ricorso introduttivo e la conseguente erroneità della pronuncia di inammissibilità nonché, in subordine, la mancata rimessione in termini per errore scusabile.

Il Consiglio di Stato ha confermato l'impostazione ermeneutica della sentenza di primo grado nella parte in cui ha dichiarato la nullità della notificazione del ricorso introduttivo di primo grado, effettuata non all'indirizzo PEC inserito nell'elenco ReGIndE, ma esclusivamente all'indirizzo dell'elenco pubblico INI.

In conclusione, il Consiglio di Stato ha annullato la sentenza impugnata, rimettendo la causa al primo giudice ex art. 105, comma 1, c.p.a., in ragione della mancata rituale instaurazione del contraddittorio nel giudizio di primo grado.

Di seguito la sentenza in commento.

R E P U B B L I C A I T A L I A N A
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)
ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8520 del 2019, proposto dalla Società Cooperativa Sociale Armonia, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Pietro Adami, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, Corso d'Italia, n. 97;

contro

Azienda Servizi Sociali di Bolzano - ASSB, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Gherardo Bertoldi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Franca Faiola in Roma, via Ciro Menotti, n. 4; nei confronti Seriana 2000 Società Cooperativa Sociale, in

persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Massimiliano Brugnoletti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Antonio Bertoloni, n. 26/B;

per la riforma

della sentenza del Tribunale regionale di giustizia amministrativa, Sezione autonoma di Bolzano, n. 246/2019, resa tra le parti e concernente la gara per l'affidamento quadriennale del servizio riabilitativo presso le strutture residenziali e diurne dell'Ufficio persone con disabilità e le Comunità comprensoriali Salto-Sciliar e Oltradige-Bassa Atesina (lotto 4 CIG 75853962CD): esclusione dell'impresa Armonia Soc. coop. a r.l., in esito alla verifica di anomalia dell'offerta, e conseguente aggiudicazione dell'appalto alla società cooperativa Seriana 2000;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati; Visti gli atti di costituzione in giudizio delle parti appellate; Visti tutti gli atti della causa; Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 20 febbraio 2020, il consigliere Bernhard Lageder e uditi, per le parti, gli avvocati Pietro Adami, Santi Dario Tomaselli in sostituzione dell'avvocato Brugnoletti, e Gherardo Bertoldi; Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con la sentenza in epigrafe, il Tribunale regionale di giustizia amministrativa - Sezione autonoma di Bolzano dichiarava inammissibile il ricorso n. 169 del 2019, proposto dalla Società Cooperativa Sociale Armonia avverso la sua esclusione, in esito alla verifica di anomalia dell'offerta, dalla gara per l'affidamento quadriennale del servizio riabilitativo presso le strutture residenziali e diurne dell'Ufficio persone con disabilità e delle Comunità comprensoriali Salto-Sciliar e Oltradige-Bassa Atesina (lotto 4 CIG 75853962CD), indetta dall'Azienda Servizi Sociali di Bolzano (ASSB) con la determinazione dirigenziale n. 249 del 24 agosto 2018, nonché avverso l'aggiudicazione dell'appalto alla società cooperativa Seriana 2000. Il T.r.g.a. fondava la pronuncia di inammissibilità sui seguenti rilievi: - il ricorso introduttivo del giudizio di primo grado era stato notificato alla stazione appaltante ASSB, non costituita in giudizio, esclusivamente all'indirizzo PEC tratto dall'elenco INI-PEC (assb@legalmail.it), anziché all'indirizzo inserito nell'elenco formato dal Ministero della giustizia REginDE (assbavvocatura-bsbanwaltschaft@pec.it); - secondo il prevalente orientamento giurisprudenziale amministrativo e la giurisprudenza della Corte di cassazione, ai fini della validità della notifica per via telematica di un atto processuale ad una pubblica amministrazione nel processo amministrativo, deve utilizzarsi in via esclusiva, a pena di inammissibilità, l'indirizzo PEC inserito nell'elenco tenuto dal Ministero della giustizia, di cui all'art. 16, comma 12, d.l. n. 179/2012; - pertanto, «la notifica deve essere ritenuta nulla ai sensi dell'art. 141 cod. proc. civ. che impone di effettuare le notifiche all'indirizzo del destinatario (ora, per interpretazione evolutiva, indirizzo telematico)» e, «[p]osto che l'ASSB

- Azienda Servizi Sociali di Bolzano non si è costituita in giudizio, non è nemmeno possibile sanare la rilevata nullità ai sensi dell'art. 156, comma 3, c.p.c.» (v. così, testualmente, l'impugnata sentenza). 2. Avverso tale sentenza interponeva appello l'originaria ricorrente Società Cooperativa Sociale Armonia (al contempo, affidataria uscente in regime di proroga e quindi attuale esecutrice del servizio), deducendo l'erronea declaratoria della nullità della notificazione del ricorso introduttivo di primo grado e la conseguente erroneità della pronuncia di inammissibilità, sotto vari profili, nonché, in subordine, l'erronea mancata rimessione in termini per errore scusabile. L'appellante chiedeva pertanto la riforma dell'impugnata sentenza, previa sospensione della sua provvisoria esecutorietà.

3. Si costituivano in giudizio, con atti separati, sia l'ASSB sia l'originaria controinteressata Seriana 2000, contestando la fondatezza dell'appello e chiedendone la reiezione.

4. Accolta con ordinanza n.5751/2019 la domanda di sospensiva, la causa all'udienza pubblica del 20 febbraio 2020 è stata trattenuta in decisione. 5. L'appello è fondato, ai sensi e nei limiti di cui appresso. 5.1. In linea di fatto, deve ritenersi incontestato, rispettivamente documentalmente comprovato, che: - la stazione appaltante, Azienda Servizi Sociali di Bolzano – un ente pubblico non economico istituito in forza dell'art. 12-bis l. prov. 30 aprile 1991, n. 13 (Riordino dei servizi sociali in Provincia di Bolzano), che, quale ente strumentale del Comune di Bolzano, gestisce la pressoché totalità dei servizi socioassistenziali della città –, sin dal 2018 è censita con l'indirizzo (assbavvocatura-bsbanwaltschaft@pec.it) nel Registro Generale degli Indirizzi Elettronici (ReGIndE), gestito dal Ministero della giustizia e contenente i dati identificativi e l'indirizzo di posta elettronica certificata (PEC) dei soggetti abilitati esterni, ai sensi dell'art. 16, comma 12, d.l. n. 179/2012 convertito, con modificazioni, dalla legge n. 221/2012 (che testualmente recita: «12. Al fine di favorire le comunicazioni e notificazioni per via telematica alle pubbliche amministrazioni, le amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, comunicano al Ministero della giustizia, con le regole tecniche adottate ai sensi dell'articolo 4, comma 1, del decreto-legge 29 dicembre 2009, n. 193, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 febbraio 2010, n. 24, entro il 30 novembre 2014 l'indirizzo di posta elettronica certificata conforme a quanto previsto dal decreto del Presidente della Repubblica 11 febbraio 2005, n. 68, e successive modificazioni, a cui ricevere le comunicazioni e notificazioni. L'elenco formato dal Ministero della giustizia è consultabile esclusivamente dagli uffici giudiziari, dagli uffici notificazioni, esecuzioni e protesti, e dagli avvocati.»); - il ricorso introduttivo di primo grado è stato notificato alla Azienda Servizi Sociali esclusivamente all'indirizzo PEC tratto dall'elenco INI-PEC (assb@legalmail.it), e non già presso l'indirizzo tratto dal ReGIndE; - l'ente resistente non si è costituito in giudizio in primo grado.

05.2. In linea di diritto, si osserva che deve bensì ritenersi corretta la ricostruzione della disciplina della notificazione via PEC degli atti processuali alle pubbliche amministrazioni, quale contenuta nell'impugnata sentenza, con conseguente infondatezza dei correlativi profili di censura, ma che merita accoglimento la censura subordinata dell'erroneo mancato riconoscimento di un'ipotesi di errore scusabile. 5.2.1. Quanto al primo profilo, alla luce di una lettura sistemica delle disposizioni normative, di fonte primaria e secondaria, che disciplinano le notifiche a mezzo PEC in ambito PAT, si rileva che: - la PEC da utilizzare per

la rituale notificazione del ricorso alle pubbliche amministrazioni è quella tratta dall'elenco tenuto dal Ministero della giustizia, di cui all'art. 16, comma 12, d.-l. n. 179/2012 convertito, dalla legge n. 221/2012; - in particolare, l'art. 14, comma 2, d.P.C.M. 16 febbraio 2016, n. 40 (Regolamento recante le regole tecnico-operative per l'attuazione del PAT), Oprevede che le notificazioni alle pubbliche amministrazioni non costituite in giudizio siano eseguite agli indirizzi PEC di cui al citato art. 16, comma 12, d.-l. n. 179/2012 (fermo quanto previsto dal r.d. n. 1611/1933 sulla rappresentanza e difesa in giudizio dello Stato, che qui tuttavia non viene in rilievo); - ai sensi del citato art. 16, comma 12, d.-l. n. 179/2012, le pubbliche amministrazioni hanno l'onere di comunicare al Ministero della giustizia l'indirizzo PEC valido ai fini della notificazione telematica nei loro confronti, da inserire nell'elenco ReGIndE; - l'art. 16-ter d.-l- n. 179/2012 e ss.mm.ii., nell'indicare i pubblici elenchi di indirizzi PEC utilizzabili per comunicazioni e notificazioni, non menziona più, dopo la novella del 2014, i registri INI ed IPA di cui all'art. 16, comma 8, d.-l. n. 185/2008 tra i pubblici elenchi, dai quali estrarre gli indirizzi PEC ai fini della notificazione degli atti giudiziari, che invece era richiamato nella versione originaria della norma. Ebbene, in applicazione di tale assetto normativo, a conferma in parte qua dell'impugnata sentenza, deve affermarsi la nullità della notificazione del ricorso introduttivo di primo grado, effettuata non all'indirizzo PEC inserito nell'elenco ReGIndE, ma all'indirizzo dell'elenco pubblico INI.

5.2.2. Quanto al secondo profilo di censura, occorre rilevare che l'esegesi della suddetta disciplina abbia avuto approdi non sempre univoci in giurisprudenza, rinvenendosi anche orientamenti (quali quelli richiamati dalla difesa dell'odierna appellante) inclini a riconoscere validità della notifica a mezzo PEC del ricorso effettuata all'amministrazione all'indirizzo tratto dagli elenchi INI ed IPA, sicché non può che accordarsi il beneficio della rimessione in termini ex art. 37 cod. proc. amm.; ciò, tanto più nella fattispecie sub iudice, connotata dalle circostanze che i) nella lex specialis per 0le comunicazioni di gara era indicato l'indirizzo INI-PEC assb@legalmail.it, ii) tale indirizzo era stato utilizzato dall'ASSB anche per la richiesta di giustificazioni dell'anomalia ed era indicato in calce a tutte le comunicazioni, iii) né nel provvedimento di esclusione n. 321 del 20 agosto 2019 né in quello di aggiudicazione n. 331 del 28 agosto 2019 risulta specificato l'indirizzo PEC per la notificazione dell'eventuale ricorso giurisdizionale, nel contesto dell'avvertimento ex art. 3, comma 4, l. n. 241/1990 in calce a detti atti di gara, impugnati in primo grado. Ne consegue che, in presenza del complesso degli elementi sopra considerati e in mancanza della costituzione in giudizio dell'amministrazione resistente, alla parte ricorrente avrebbe dovuto essere assegnato termine per la rinnovazione della notificazione del ricorso introduttivo ai sensi dell'art. 44, comma 4, cod. proc. amm., attesa la non univoca imputabilità della nullità della notificazione ad una condotta negligente della stessa ricorrente (v. in tal senso, in fattispecie analoga, Cons. Stato, Sez. III, 22 ottobre 2019, n. 7170).

5.3. Per le considerazioni svolte sopra sub 5.2.2., in accoglimento dell'appello s'impone l'annullamento dell'impugnata sentenza con rimessione della causa al primo giudice ai sensi dell'art. 105, comma 1, cod. proc. amm., versandosi in fattispecie di mancata rituale instaurazione del contraddittorio nel giudizio di primo grado nei confronti dell'ASSB, ivi non costituita a cagione della nullità della notificazione del ricorso introduttivo.

6. Tenuto conto di ogni circostanza connotante la presente controversia, si ravvisano i presupposti di legge per dichiarare le spese del doppio grado di giudizio interamente compensate tra tutte le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello come in epigrafe proposto (ricorso n. 5520 del 2019), lo accoglie nei sensi di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla l'impugnata sentenza con rinvio al primo giudice ai sensi dell'art. 105, comma 1, cod. proc. amm.; dichiara le spese del doppio grado di giudizio interamente compensate tra tutte le parti. Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V, SENTENZA N. 2357 DEL 10 APRILE 2020.

LA MANCATA IMPUGNAZIONE DELL'AGGIUDICAZIONE DEFINITIVA DISPOSTA A SEGUITO DELLA SENTENZA APPELLATA NON COMPORTA L'IMPROCEDIBILITA' DELL'APPELLO.

La vicenda sottoposta al vaglio del Consiglio di Stato trae origine da un giudizio promosso dalla seconda classificata per l'annullamento dell'aggiudicazione definitiva di una gara pubblica.

Il TAR accoglieva la domanda della ricorrente e ordinava alla stazione appaltante di provvedere nuovamente alla valutazione delle offerte secondo i principi enunciati nella decisione.

Impugnata la sentenza da parte dell'aggiudicataria, l'amministrazione aggiudicava l'appalto a favore di altra impresa e parte appellante non impugnava tale ultima aggiudicazione.

Dunque, l'appellata-ricorrente in primo grado eccepiva l'improcedibilità dell'appello per sopravvenuta carenza di interesse per intervenuta acquiescenza non avendo l'appellante impugnato la nuova aggiudicazione.

Ad avviso del Consiglio di Stato va respinta l'eccezione di improcedibilità dell'appello sollevata da parte appellata in quanto si fonda sull'erroneo assunto che l'omessa impugnazione dell'aggiudicazione disposta in ottemperanza alla sentenza di primo grado abbia determinato il definitivo consolidamento dei suoi effetti con la conseguenza che l'appellante, avendovi prestato acquiescenza, non potrebbe trarre alcuna concreta utilità dall'eventuale accoglimento dell'appello.

Al contrario, viene rilevato che la nuova aggiudicazione è comunque suscettibile di essere rimossa per effetto dell'eventuale riforma della sentenza appellata.

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 4245 del 2019, proposto da M. Cooperativa Sociale Onlus, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Michele Perrone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Barnaba Tortolini, 30;

contro

A. Società Cooperativa Sociale Onlus, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Angelo De Vincenti, Corrado Morrone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Angelo De Vincenti in Roma, via Crescenzo, 76;

nei confronti

Roma Capitale, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Enrico Maggiore, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via del Tempio di Giove, 21;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione Seconda, 4 aprile 2019, n. 4430, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di A. Società Cooperativa Sociale Onlus e di Roma Capitale;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 dicembre 2019 il consigliere Angela Rotondano e uditi per le parti gli avvocati Michele Perrone, Corrado Morrone e, in sostituzione dell'avv. Maggiore, Sergio Siracusa;

Svolgimento del processo

1. Con determina dirigenziale n. 458 del 16 marzo 2018, Roma Capitale bandiva la gara per l'affidamento del "Servizio per l'autonomia e l'integrazione scolastica degli alunni con disabilità nelle scuole dell'infanzia comunali e statali primarie e secondarie di primo grado del Municipio Roma XII per l'anno scolastico 2018-2019", da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

1.1. All'esito delle operazioni di valutazione delle offerte presentate ed attribuzione dei relativi punteggi, risultava prima classificata (con il punteggio totale di 84,171, di cui 54,71 punti erano assegnati all'offerta tecnica e 30 a quella economica) e aggiudicataria la società M. Cooperativa Sociale Onlus (di seguito "M").

2. Con ricorso al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, A. Società Cooperativa Sociale Onlus (di seguito "A."), operante nella gestione dei servizi di assistenza educativi e culturali presso le scuole primarie e secondarie di primo grado di Roma Capitale, la quale aveva partecipato alla gara in raggruppamento con Azzurra 84 società cooperativa sociale

Onlus, classificandosi seconda in graduatoria (con complessivi 83,205 punti, risultanti dalla somma di 60,375 punti per l'offerta tecnica e di 22,47 per il punteggio economico), impugnava la Determinazione Dirigenziale n. 1803 del 19 dicembre 2019, comunicatale con nota del 9 gennaio 2019 ex art.76 del *D.Lgs. n. 50 del 2016*, con cui era stata disposta l'aggiudicazione definitiva a favore della M..

2.1. La ricorrente A. deduceva l'illegittimità del provvedimento di aggiudicazione e degli atti di gara impugnati, lamentando con un unico articolato motivo: "Violazione e falsa applicazione del Bando di gara, del Disciplinare di gara e del criterio di aggiudicazione 2 Personale coinvolto nel servizio, sub criterio 2 a Professionalità degli operatori AEC/OEPA, valutazione di tipo quantitativo e dell'identica corrispondente disposizione contenuta nel Capitolato Speciale descrittivo e prestazionale. Eccesso di potere per errore nei presupposti di fatto e di diritto e conseguente travisamento, difetto di istruttoria e di motivazione, illogicità, contraddittorietà. Ingiustizia grave e manifesta."

2.2. In sintesi, la ricorrente si doleva dell'erronea attribuzione dei punteggi per il criterio di valutazione delle offerte di cui al punto 2 del disciplinare relativo al "personale coinvolto nel servizio", in particolare quanto al "subcriterio 2 a): professionalità degli operatori AEC/OEPA", avente ad oggetto l'esperienza e "la formazione specifica e attinente al settore dell'assistenza per l'autonomia e l'integrazione scolastica" dei 58 operatori AEC/OEPA da mettere a disposizione per l'erogazione del servizio a garanzia della qualità dello stesso.

2.3. A tal fine e per quanto qui rileva, giova evidenziare che il Disciplinare di gara prevedeva testualmente: "DESCRIZIONE: sarà oggetto di valutazione l'esperienza formativa del seguente numero delle figure professionali richieste nel Capitolato Speciale Prestazionale Descrittivo (pari a n. 58 operatori AEC/OEPA) con una formazione specifica e attinente al settore dell'assistenza per l'autonomia e l'integrazione scolastica, che l'organismo mette a disposizione per l'erogazione del servizio a garanzia della qualità dello stesso.

PARAMETRI DI VALUTAZIONE: la valutazione di tipo quantitativo verrà effettuata in base agli attestati di partecipazione specifica nell'ambito del servizio di cui trattasi (per una durata di minimo 50 ore), conseguiti dal personale nei 5 anni antecedenti la scadenza di pubblicazione del relativo Bando di Gara (scadenza il 01/06/2018 quindi non antecedenti al 01/06/2013). Ogni attestato per essere computato dovrà prevedere un minimo di 50 ore ed essere rilasciato da un ente di formazione. Si specifica che dovranno essere trasmessi e inseriti nell'offerta tecnica dai concorrenti gli attestati di partecipazione del personale coinvolto nel servizio di cui trattasi in copia conforme all'originale sottoscritta digitalmente ai sensi dell'*art. 22 del D.Lgs. n. 82 del 2005* e ss.mm.ii. dal legale rappresentante. Negli attestati deve necessariamente essere specificata la durata del corso espressa in ore. In caso di assenza della specifica l'attestato non verrà considerato ai fini del computo del punteggio. Gli attestati di partecipazione relativi allo stesso periodo saranno comunque oggetto di valutazione ai fini dell'attribuzione del punteggio."

2.4. La ricorrente A. lamentava, dunque, la violazione del criterio quantitativo sulla esperienza formativa delle figure professionali richieste per l'erogazione del servizio, assumendo che dei 66 attestati di partecipazione a corsi di formazione specifica della durata minima di cinquanta ore, conseguiti dal personale indicato per l'espletamento del servizio nei cinque anni antecedenti la pubblicazione del bando di gara e validamente presentati ai fini

dell'attribuzione del punteggio per il requisito in questione, la Stazione appaltante, erroneamente, non ne aveva invece valutati otto, conteggiandone solo 58, poiché aveva ritenuto contro le previsioni del Disciplinare di gara che tale limite numerico si riferisse agli attestati di professionalità.

2.5. Tale erroneo computo degli attestati valutabili aveva condotto, sempre secondo la ricorrente, a risultati illogici e contraddittori: come risultava, infatti, dal verbale di gara n. 8 dell'8 ottobre 2019, dai successivi verbali e dalla tabella riepilogativa dei punteggi assegnati alle concorrenti, la controinteressata M. (la quale aveva prodotto in gara solo 58 attestati valutabili) e la ricorrente A. (che ne aveva invece presentati 66, tutti rispondenti ai requisiti prescritti dalla *lex specialis*) avevano conseguito, in ordine al sub criterio 2 a), lo stesso punteggio massimo (pari a 20 punti), a seguito dell'applicazione della formula matematica riportata a pagina 34 del Disciplinare di gara.

2.6. Pertanto, la ricorrente sosteneva che, con la corretta valutazione degli attestati validi in base al criterio 2 a) del disciplinare e prodotti da A. in maggior numero rispetto alle altre concorrenti (compresa l'aggiudicataria), M. avrebbe dovuto conseguire, in virtù del metodo aggregativo compensatore stabilito dal disciplinare e dell'applicazione della formula matematica ivi riportata, un punteggio di 17,58 (con una differenza in meno di punti 2,42) rispetto ai 20 punti attribuiti per tale sub-criterio: A. avrebbe dovuto, dunque, classificarsi al primo posto in graduatoria, conseguendo l'aggiudicazione della gara.

2.7. La ricorrente proponeva altresì domanda ex art. 116 cod. proc. amm., censurando "Violazione dei principi e norme in materia di accesso. Violazione dell'*art. 53 del D.Lgs. n. 50 del 2016*. Eccesso di potere per errore sui presupposti e conseguente travisamento, difetto di istruttoria e di motivazione, illogicità, contraddittorietà, ingiustizia grave e manifesta", a ragione della condotta ostruzionistica dell'Amministrazione che non le aveva fornito, né entro dieci giorni né successivamente (nonostante i solleciti), la documentazione relativa alla offerta tecnica dell'impresa controinteressata.

2.8. Si costituivano in giudizio per resistere al ricorso Roma Capitale (la quale controdeduceva puntualmente alle argomentazioni della ricorrente, difendendo la legittimità del proprio operato) e la controinteressata M.: quest'ultima spiegava altresì ricorso incidentale avverso gli atti e i provvedimenti impugnati con il gravame principale, ivi comprese le disposizioni di cui alla lettera 2 a) del Disciplinare e del Capitolato speciale di gara relative al sub criterio sulla professionalità degli operatori, limitatamente alla parte in cui la Commissione aveva attribuito il relativo punteggio all'offerta tecnica della società ricorrente, lamentando violazione e falsa applicazione del disciplinare di gara e del parametro di valutazione 2 a), violazione dell'autovincolo, nonché eccesso di potere per carenza di istruttoria.

2.9. In particolare, nel ricorso incidentale proposto l'aggiudicataria M. assumeva che, diversamente da quanto asserito, non corrispondeva al vero che A. avesse presentato un numero di attestati valutabili superiori a quelli prodotti dalla stessa M.: ed infatti, dall'elenco degli attestati prodotti sarebbe emerso che un gran numero di essi, e soprattutto quelli rilasciati dall'ente di formazione Lazioform, sarebbero generici in quanto carenti dell'indicazione del modulo formativo seguito dagli operatori, limitandosi ad attestare la partecipazione ad un "percorso formativo per assistente educativo culturale" oppure ad un "percorso formativo

integrativo per assistente educativo culturale", senza la necessaria specifica indicazione dei contenuti didattici del corso e dell'oggetto della formazione.

3. Con la sentenza indicata in epigrafe il Tribunale amministrativo ha esaminato in via prioritaria l'appello incidentale di M. e lo ha respinto, ritenendolo infondato; ha invece accolto il ricorso principale di A. e annullato il provvedimento di aggiudicazione definitiva ed affidamento del servizio alla M..

3.1. In particolare, la sentenza di primo grado, per un verso, ha affermato che tutti gli attestati prodotti da A. e dei quali quest'ultima chiedeva la valutazione risultavano conformi alle indicazioni del disciplinare di gara e attinenti a corsi volti ad integrare ed accrescere l'esperienza e la formazione specifica degli operatori professionali messi a disposizione per il servizio da affidarsi; per altro verso, ha ritenuto fondate e meritevoli di accoglimento le doglianze della ricorrente principale circa l'errore nell'interpretazione della *lex specialis* in cui era incorsa la Commissione di gara nel ritenere che il criterio, indicante il numero di 58, si riferisse alle attestazioni di professionalità relative agli operatori, e non già, secondo la corretta interpretazione delle controverse previsioni del disciplinare (in base al loro tenore letterale e anche al criterio logico-sistematico), esclusivamente agli operatori da indicare per il servizio.

3.2. Di conseguenza, il Tribunale amministrativo, annullando la gravata aggiudicazione della gara in accoglimento del ricorso principale, ha ordinato alla Stazione appaltante di "provvedere nuovamente alla valutazione delle offerte secondo i principi enunciati della presente decisione"; ed ha perciò respinto sia la domanda di risarcimento in forma specifica (non potendo procedere al richiesto accertamento del diritto al subentro della ricorrente in luogo della controinteressata), sia quella per equivalente monetario (in considerazione della possibilità per la ricorrente di ottenere l'auspicata aggiudicazione, integralmente soddisfattiva del pregiudizio lamentato, anche alla luce della durata dell'appalto).

4. Avverso la sentenza ha proposto appello l'aggiudicataria M. deducendo l'erroneità e l'ingiustizia delle statuizioni che hanno ritenuto non meritevoli di favorevole considerazione le censure articolate con il ricorso incidentale ed hanno accolto, per converso, il ricorso della seconda graduata.

4.1. M. ha dunque insistito per la riforma della sentenza impugnata con un unico articolato motivo con cui ha lamentato "Error in iudicando. Contraddittorietà con precedente giudicato. Violazione e falsa applicazione del Disciplinare di gara, parametro di valutazione 2A. Violazione dell'autovincolo. Eccesso di potere per carenza di istruttoria".

4.2. Si è costituita in giudizio Roma Capitale, chiedendo il rigetto dell'appello perché inammissibile e infondato.

4.3. Si è costituita in giudizio per resistere all'appello anche la ricorrente principale in primo grado A., la quale ha argomentato l'infondatezza delle opposte tesi prospettate dalla M., domandando il rigetto del gravame e la conferma della sentenza di prime cure.

4.4. Nella memoria difensiva depositata in vista della camera di consiglio per la trattazione della domanda cautelare di sospensione dell'esecutività della sentenza, l'appellata A. ha preliminarmente rappresentato che la Commissione giudicatrice, nel corso della seduta del 18 giugno 2019, ha dato lettura dei punteggi tecnici riattribuiti secondo l'effetto conformativo discendente dalla decisione di primo grado e che, all'esito, era classificato al primo posto della

nuova graduatoria (con il punteggio totale di 81,046) il costituendo R.T.I. "L.M. Società Cooperativa Sociale con O.U. Società Cooperativa Sociale Onlus", mentre A. risultava sempre seconda graduata (con complessivi punti 76,905) e M. (avendo ottenuto un punteggio totale di 73,751) retrocedeva invece alla terza posizione.

4.5. Con ordinanza n. 3331/2019 del 28 giugno 2019, la Sezione respingeva la domanda cautelare che, ad una sommaria delibazione, appariva "sprovvista del pregiudizio grave e irreparabile".

4.6. Con istanza depositata agli atti del giudizio il 3 settembre 2019, l'appellante M. formulava una nuova domanda di misure cautelari collegiali ex art. 55 cod. proc. amm.; e in data 6 settembre 2019 formulava altresì istanza di misure cautelari monocratiche ex art. 56 cod. proc. amm. che veniva respinta con decreto 4423/2019 (sul rilievo per cui le ragioni di pregiudizio lamentate dall'appellante e i motivi di illegittimità prospettati, conseguenti al sopravvenuto provvedimento di aggiudicazione definitiva e concernenti l'asserita impossibilità di aggiudicare il servizio per il diverso anno scolastico 2019-2020, prescindevano dall'efficacia esecutiva della sentenza appellata e andavano al più rivolte, in via autonoma, contro il provvedimento sopravvenuto, nel contraddittorio con la nuova aggiudicataria).

4.7. Con ordinanza n. 5112/2019 il Collegio dava atto della rinuncia dell'appellante alla domanda cautelare.

4.8. Nelle memorie difensive e di replica in vista dell'udienza di discussione del merito, Roma Capitale e la società A. eccepivano in limine l'improcedibilità del ricorso in appello per sopravvenuta carenza di interesse per intervenuta acquiescenza, evidenziando che la cooperativa appellante M. non aveva impugnato la nuova aggiudicazione (sopravvenuta nelle more del presente giudizio e disposta con Det. n. 1070 del 24 luglio 2019, comunicata all'appellante il successivo 13 agosto) al R.T.I. L.M..

4.9. All'udienza pubblica del 19 dicembre 2019, la causa è stata trattenuta in decisione.

Motivi della decisione

5. Giunge in decisione l'appello della cooperativa sociale M. contro la sentenza del Tribunale amministrativo in epigrafe che, respingendo il ricorso incidentale dell'odierna appellante e accogliendo il ricorso principale della seconda classificata A., ha annullato l'aggiudicazione definitiva alla M. della gara indetta da Roma Capitale per l'affidamento del servizio per l'autonomia e l'integrazione scolastica degli alunni con disabilità nelle scuole dell'infanzia comunali e statali primarie e secondarie di primo grado.

6. Va in limine respinta l'eccezione di improcedibilità dell'appello sollevata da entrambe le parti appellate sul rilievo dell'omessa impugnazione da parte dell'odierna appellante dell'aggiudicazione definitiva in favore del costituendo R.T.I. L.M..

6.1. L'eccezione è infondata e va disattesa in quanto si fonda sull'erroneo assunto che l'omessa impugnazione dell'aggiudicazione disposta in ottemperanza alla sentenza appellata, all'esito della riattribuzione dei punteggi tecnici alle offerte delle concorrenti e preceduta, in tesi, da un riesame ex novo della situazione che aveva condotto all'adozione della precedente aggiudicazione alla M. e da una nuova istruttoria, abbia determinato il definitivo consolidamento dei suoi effetti, con la conseguenza che l'appellante, avendovi prestato

acquiescenza, non potrebbe trarre alcuna concreta utilità sostanziale dall'eventuale accoglimento dell'appello.

6.2. Invero, le appellate, da un lato, richiamano giurisprudenza inerente alla ipotesi, tutt'affatto differente da quella oggetto di causa, in cui sia stata gravata l'esclusione e non sia stata invece impugnata la successiva aggiudicazione disposta, laddove, per principio acquisito, in tale fattispecie l'impugnazione va invece estesa anche a quest'ultimo provvedimento, che rende definitiva la lesione dell'interesse azionato dal soggetto escluso, in quanto l'annullamento dell'esclusione, per la sua efficacia viziante e non caducante, lascia sopravvivere l'aggiudicazione non impugnata e non attribuisce al ricorrente alcun effetto utile (cfr. in tal senso Cons. di Stato, V, 28 luglio 2015, n. 3708; 25 febbraio 2016, n. 754; V, 28 marzo 2018, n. 1935; 16 luglio 2018, n. 4304; 23 dicembre 2016, n. 5445; 3 aprile 2018, n. 2039; 1 febbraio 2019, n. 815); per altro verso, le stesse appellate si limitano ad asserire, in modo apodittico e senza fornire al riguardo alcun concreto ed effettivo elemento probatorio, che il nuovo provvedimento di aggiudicazione ad altra concorrente, anche se indotto dalla sentenza, costituirebbe atto finale implicante nuove ed ulteriori valutazioni di interesse, adottato all'esito dell'approvazione di una rinnovata graduatoria e non in mera esecuzione della sentenza (cfr. Cons. di Stato, V, 5 dicembre 2014, n. 6014)

6.3. Al contrario di quanto asserito dalle appellate, il nuovo provvedimento di aggiudicazione è di esecuzione della sentenza impugnata (come si ricava inequivocabilmente dall'avviso di seduta pubblica del 12 giugno 2019 e dal verbale di gara del 18 giugno 2019 di riattribuzione dei punteggi tecnici, formulazione della graduatoria provvisoria e proposta di aggiudicazione), avendo esso un contenuto vincolato e consequenziale rispetto all'annullamento disposto dalla sentenza esecutiva di primo grado: la decisione impugnata ha, infatti, statuito di provvedere nuovamente alla valutazione delle offerte secondo i principi ivi enunciati (in particolare quello secondo il quale, ai fini del punteggio tecnico, si sarebbe dovuto considerare un numero maggiore di attestati); e la Stazione appaltante si è conformata alle statuizioni di prime cure, riattribuendo i punteggi sulla base dell'interpretazione della *lex specialis* di gara (ritenuta corretta dai primi giudici e ancora qui contestata dall'odierna appellante) sui profili controversi, inerenti come detto alla valutazione e al numero degli attestati di formazione prodotti, fermo restando i punteggi economici già attribuiti alle offerte.

6.4. La nuova aggiudicazione è dunque destinata a cadere e ad essere rimossa per effetto dell'eventuale riforma della sentenza appellata.

6.5. Consolidata giurisprudenza afferma, infatti, che non può essere dichiarato inammissibile o improcedibile un appello per non essere stata impugnata la nuova aggiudicazione definitiva pronunciata in esecuzione della sentenza di primo grado (cfr. in termini Cons. Stato, Ad. Plen. 12 maggio 2017, n. 2; Cons. di Stato, V, 10 giugno 2019, n. 3881; Sez. V, 25 febbraio 2019, n. 1246; V, 18 giugno 2018, n. 3734; Sez. VI, 17 marzo 2017, n. 1218; Sez. V, 5 giugno 2017, n. 2675; V, 11 ottobre 2016, n. 4182; Sez. III, 14 gennaio 2015, n. 57). Tale soluzione consegue all'applicazione del principio dell'effetto espansivo esterno della riforma della sentenza appellata posto in tema di impugnazioni *dall'art. 336, comma 2, cod. proc. civ.* (a norma del quale "la riforma e la cassazione estende i suoi effetti ai provvedimenti e agli atti dipendenti dalla sentenza riformata o cassata"), che è un principio generale del processo e, come tale, è applicabile al processo amministrativo in virtù del rinvio esterno di cui all'art. 39

cod. proc. amm.: pertanto, esso implica, nel caso di accoglimento dell'appello, l'automatica caducazione dell'aggiudicazione medio tempore disposta in esecuzione della sentenza esecutiva del Tribunale amministrativo regionale.

6.6. Analogamente, non può inferirsi dalla sopravvenuta aggiudicazione ad altra concorrente il difetto di interesse ad agire della ricorrente in primo grado A. e la conseguente erroneità della sentenza che, senza alcuna verifica sul superamento della prova di resistenza, ha esaminato nel merito il ricorso principale della seconda classificata, anziché dichiararlo inammissibile, come sostiene l'appellante M..

6.7. Nell'impugnare l'aggiudicazione e gli atti di gara, la ricorrente A. aveva infatti evidenziato il proprio interesse a ricorrere stante lo scarto finale di soli 0,996 punti rispetto all'aggiudicataria M.; ed inoltre, nel caso di specie, al disposto annullamento giurisdizionale non poteva conseguire, come bene rilevato nella sentenza appellata, l'automatico subentro della seconda classificata, ma solo il mero riesercizio del potere secondo l'effetto conformativo discendente dalla sentenza. All'esito delle nuove valutazioni da parte della Commissione secondo i principi statuiti dalla sentenza appellata (che ha ritenuto meritevoli di accoglimento le doglianze della ricorrente seconda graduata e non suscettibili di favorevole considerazioni le censure della ricorrente incidentale), la gara è stata poi aggiudicata ad altra concorrente: tale nuova aggiudicazione non è però idonea ad incidere e a superare l'interesse ad agire e l'ammissibilità del ricorso di primo grado proposto da A. la quale, anche nella graduatoria rinnovata, ha visto peraltro confermata la sua posizione di seconda classificata (conservando così pienamente l'interesse a contestare eventualmente anche tale nuovo esito), oltre ad avere comunque avuto conferma e ragione del fatto che l'offerta della M. non meritasse di precederla né di conseguire, quindi, l'aggiudicazione e l'affidamento del contratto.

7. Può dunque procedersi all'esame nel merito dell'appello.

7.1. Con l'articolato motivo di gravame proposto l'appellante M. critica, anzitutto, i capi della sentenza che hanno respinto il primo motivo del ricorso incidentale con il quale si contestava la fondatezza delle censure dedotte dalla ricorrente A., tornando a sostenere che quest'ultima, diversamente da quanto asserito, non aveva affatto presentato un numero di attestati valutabili superiori rispetto a quelli prodotti dalla M..

7.2. Secondo l'appellante la sentenza impugnata avrebbe omesso di spiegare per quali ragioni gli attestati sarebbero espressione di una formazione specifica, laddove l'esame dell'elenco degli attestati prodotti dalla società A. evidenzerebbe che essi sono in gran numero (in particolare quelli rilasciati dall'ente di formazione Lazioform) generici, in quanto carenti dell'indicazione del modulo formativo seguito dagli operatori: essi si limitano ad attestare l'avvenuta partecipazione ad un "percorso formativo per assistente educativo culturale", o ad un "percorso formativo integrativo per assistente culturale", senza però indicare gli specifici contenuti didattici del corso e l'oggetto della formazione. In mancanza di tale indicazione del percorso didattico non era, di conseguenza, possibile valutare la pertinenza della formazione rispetto all'oggetto del servizio e, tanto meno, ritenere che la formazione attestata rivestisse il carattere della "specificità", come richiesto dal disciplinare ai fini del conseguimento del punteggio premiale. Al più tali attestati potevano riferirsi alla formazione di base per gli assistenti educativo culturali e non ai corsi di formazione specifica nell'ambito AEC (come

già ritenuto dallo stesso Tribunale amministrativo con sentenza 16 gennaio 2019, n. 587, con statuizioni contrastanti con quelle della decisione appellata). In definitiva, la concorrente A. avrebbe presentato solo 19 attestati valutabili e, a seguito della decurtazione del relativo punteggio, non meriterebbe la seconda posizione (con conseguente perdita di interesse al ricorso).

7.3. Inoltre, l'appellante è tornata a sostenere che molti attestati presentati dagli operatori indicati da A., in mancanza della specificazione dei contenuti didattici, dovevano ritenersi meri duplicati, in quanto rilasciati dal medesimo ente e afferenti alla stessa tematica, ovvero la formazione di base per assistente educativo culturale ed alcuni (quelli relativi al percorso formativo integrativo per assistente educativo culturale) non recavano neppure una sottoscrizione leggibile: la sentenza appellata non ha neppure esaminato quest'ultimo profilo di censura e, con motivazione erronea e superficiale, ha disatteso le altre doglianze volte ad evidenziare che la ricorrente aveva ottenuto un punteggio finanche eccessivo rispetto a quello che meritava.

7.4. Infine, l'appellante si duole che il primo giudice abbia accolto la censura articolata con il ricorso introduttivo anziché dichiararla inammissibile (come ha fatto, invece, per i profili afferenti agli attestati prodotti dalla A.) perché volta a sindacare il merito della valutazione compiuta dalla Commissione in ordine al numero degli attestati presentati.

8. L'appello è infondato.

8.1. Le argomentazioni prospettate dall'appellante non sono, infatti, suscettibili di positivo apprezzamento, non meritando la sentenza impugnata le critiche che le sono rivolte.

8.2. Ed invero, la sentenza appellata si è correttamente conformata al consolidato orientamento giurisprudenziale in materia di sindacato di legittimità del giudice sulla discrezionalità tecnica esercitata dalla commissione di gara nella valutazione delle offerte, bene evidenziando come nel caso di specie non si ravvisassero indici sintomatici di un non corretto esercizio del potere discrezionale sotto i profili dell'illogicità, dell'irragionevolezza, del difetto di motivazione e dell'erroneità dei presupposti di fatto.

8.3. Tanto premesso in linea generale e senza limitarsi a mere ed apodittiche affermazioni di principio sull'insindacabilità del giudizio di discrezionalità tecnica formulato dalla Commissione, la sentenza ha poi compiutamente esternato le ragioni per cui le doglianze della ricorrente incidentale M. non potessero trovare accoglimento, rilevando puntualmente che anzitutto la *lex specialis* di gara richiedeva che negli attestati di partecipazione ai corsi di formazione del personale indicato per l'erogazione del servizio andasse specificata la durata del corso espressa in ore, ma non anche l'indicazione del modulo formativo (tantomeno a pena di non valutabilità ai fini dell'attribuzione del punteggio).

8.3.1. Inoltre, la sentenza appellata ha correttamente concluso che gli attestati dei quali la ricorrente chiedeva la valutazione erano conformi alle indicazioni del disciplinare di gara, in quanto riferiti agli operatori AEC/OEPA messi a disposizione, resi a seguito di un corso di durata superiore a quella minima di 50 ore (in particolare, di n. 124 ore quello denominato "percorso formativo per assistente educativo culturale" e di n. 80 ore quello intitolato "percorso formativo per assistente educativo culturale"), conseguiti dal personale nei cinque antecedenti la pubblicazione del bando e rilasciati da un ente di formazione autorizzato (dovendo perciò ritenersi implicitamente disattesa anche la censura inerente all'assenza di

sottoscrizione leggibile recata su taluni attestati di qualificazione presentati dalla concorrente A., perché irrilevante ed inidonea ad ingenerare dubbi sulla loro provenienza dall'organismo attestatore).

8.4. Il raffronto tra i corsi svolti dagli operatori della M. e quelli frequentati dagli operatori A., alla luce della documentazione depositata agli atti del giudizio di primo grado, smentisce poi le censure di genericità infondatamente rivolte dall'appellante contro questi ultimi, avendo essi una durata in ore maggiore rispetto ai primi ed afferendo sia a "percorsi formativi" sia a "percorsi formativi integrativi" per assistente educativo culturale. Gli attestati prodotti, che riportavano sul retro la specificazione del modulo didattico, si riferivano dunque a corsi di formazione specifica, valutabili e meritevoli del punteggio premiale, in quanto non riguardavano il conseguimento della qualifica di base, ma l'accrescimento delle competenze e dell'esperienza formativa degli operatori.

8.5. Le argomentazioni prospettate dall'appellante non sovvertono le ragionevoli e convincenti conclusioni cui è pervenuto il primo giudice: né possono trarsi elementi di smentita o di intrinseca contraddittorietà rispetto a tali conclusioni dalle statuizioni di altra sentenza dello stesso Tribunale amministrativo che fa riferimento ad altra procedura di gara e a corsi di formazione e ad attestati di qualificazione professionale diversi per denominazione, durata e contenuti rispetto a quelli oggetto di giudizio, in assenza di prova da parte dell'appellante in ordine alla effettiva identità dei corsi in questione.

8.6. Analogamente non trova poi riscontro negli atti di causa l'affermazione dell'appellante secondo cui gli attestati prodotti sarebbero meri duplicati, sovrapponibili e non suscettibili di una doppia valutazione ai fini del riconoscimento del punteggio. L'appellante fonda, invero, tale prospettazione sulla mera denominazione del corso, sul rilascio dell'attestato dal medesimo ente di formazione ed infine sull'asserito difetto della specificazione dei contenuti didattici: senonché il primo elemento indicato è infondato in fatto (A. ha infatti presentato: a) n. 30 attestati per un corso intitolato "percorso formativo per assistente educativo culturale" della durata di complessive 124 ore; b) 18 attestati per un corso "percorso formativo per assistente educativo culturale"; n. 18 attestati per un corso "inclusione scolastica: la cura dell'autonomia personale- percorso di aggiornamento per il personale addetto all'assistenza educativa culturale"); il secondo elemento è meramente esteriore e nulla prova in ordine all'assoluta identità e sovrapponibilità del corso frequentato (ben potendo un ente di formazione organizzare molteplici corsi, tra loro differenti); la pretesa carenza di specificazione dei contenuti didattici è poi asserzione che, per quanto finora detto, non trova riscontro ed è anzi smentita dagli atti di causa.

8.6.1. Vero è, al contrario, che i corsi in questione sono diversi l'uno dall'altro per denominazione, durata con riguardo alle ore, periodo di frequenza e, soprattutto, hanno distinti contenuti formativi (come si evince dall'analisi degli attestati di partecipazione e dalla descrizione dei contenuti ivi riportata, con indicazione delle ore per i singoli argomenti trattati in ciascun corso) ed ognuno un proprio modulo didattico che ne caratterizza l'oggetto. Pertanto, anche tali capi della sentenza che hanno respinto le corrispondenti censure articolate con il ricorso incidentale vanno confermate.

8.7. Vanno infine respinte anche le doglianze con cui l'appellante contesta le statuizioni della sentenza che hanno ritenuto fondata ed accolto la censura articolata con il ricorso introduttivo

anziché dichiararla inammissibile perché attinente al merito tecnico delle valutazioni discrezionali della Commissione di gara.

8.7.1. Nessun profilo di erroneità o di intrinseca contraddittorietà con le precedenti statuizioni è dato, infatti, ravvisare nella sentenza appellata che ha evidenziato l'errore logico e la confusione in cui è incorsa la Commissione esaminatrice nell'interpretazione delle previsioni della *lex specialis*, contro il loro significato letterale ed il criterio logico-sistematico: non sussiste dunque il denunciato vizio di eccesso di giurisdizione lamentato dall'appellante poiché non sono stati in alcun modo travalicati dalla sentenza appellata i limiti del sindacato di legittimità del giudice amministrativo sulle valutazioni tecnico-discrezionali della Commissione.

8.8. Va, infine, evidenziato che l'appellante non argomenta l'infondatezza delle doglianze articolate con il ricorso introduttivo di A. e accolti dalla sentenza di primo grado, limitandosi a contestarla in modo generico, senza formulare specifiche censure a riguardo.

8.9. Per mera completezza, il Collegio osserva, dunque, che bene i primi giudici hanno ritenuto fondate ed accolto le censure formulate dalla ricorrente principale.

8.9.1. Risulta con evidenza, dal tenore testuale delle previsioni del Disciplinare attinenti al sub-criterio di cui al punto 2 a) "professionalità degli operatori AEC/OEPA" riportate per esteso nella parte in fatto, che il numero di 58 si riferisce esclusivamente agli operatori addetti al servizio, la cui esperienza formativa doveva essere oggetto di valutazione da parte della Commissione, e non già agli attestati di partecipazione, da valutare ai fini del criterio quantitativo sull'esperienza e sulla formazione specifica dei predetti operatori. In assenza infatti di previsioni nella *lex specialis* di gara che indicassero un limite al numero degli attestati valutabili, non aveva base il metodo di valutazione, seguito originariamente dalla Commissione, secondo cui il numero massimo degli attestati valutabili era pari a 58, ma doveva invece ritenersi che ogni operatore (dei 58 chiamati ad effettuare il servizio) potesse essere in possesso di più di un attestato comprovante la propria esperienza formativa.

8.9.2. Così operando, la Commissione aveva infatti disapplicato il criterio quantitativo previsto dal disciplinare di gara, dando invece peso solo al punteggio qualitativo, nonostante la *lex specialis* prevedesse espressamente che l'offerta del servizio dovesse essere valutata in relazione ad entrambi i profili, quantitativo (purché gli attestati prodotti fossero di formazione specifica e rispondenti ai requisiti imposti dalla legge di gara e dalla normativa vigente) e tecnico-qualitativo.

8.9.3. Pertanto, bene la sentenza appellata ha ritenuto che la Commissione di gara non doveva limitarsi, nella valutazione degli attestati prodotti dalle concorrenti e nell'assegnazione del relativo punteggio, a considerarne solo 58, poiché tale numero riguardava solo gli operatori destinati a disimpegnare il servizio in caso di aggiudicazione, ma non le attestazioni di professionalità agli stessi relative; e a ragione, sulla base di tali corrette statuizioni, ha ordinato alla Stazione appaltante di provvedere nuovamente alla valutazione delle offerte secondo i principi enunciati nella decisione.

9. In conclusione, l'appello va respinto.

10. Sussistono giusti motivi, per la complessità e novità delle questioni trattate, per compensare integralmente tra le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

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

Dispone compensarsi tra le parti le spese di giudizio.

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

TAR TOSCANA, SEZ. III, SENTENZA N. 371 DEL 28 MARZO 2020.

CONCESSIONI DI SERVIZI TRA PRINCIPIO DI TUTELA DELLA CONCORRENZA E RISCHIO DI IMPRESA.

Durante lo svolgimento di una procedura di ammissione al sistema dinamico di acquisizione di una amministrazione, alcuni operatori economici impugnavano la *lex specialis* di gara dolendosi, in particolare, del fatto che la capacità di organizzare la gestione dei servizi doveva essere dimostrata con contratti di rete territoriali conclusi con i soli soggetti radicati sul territorio, in quanto ciò avrebbe violato il principio generale della tutela della concorrenza favorendo i soli soggetti già operanti in tale area geografica; in secondo luogo, si lamentava l'illegittimità della previsione con cui l'amministrazione si attribuiva il diritto di aumentare il canone o ridurre le rette sociali nel caso in cui la redditività della concessione vada oltre le previsioni del bilancio di progetto.

Ad avviso del TAR la norma di gara secondo cui ogni candidato deve dimostrare, in sede di prequalifica, la capacità di gestire i servizi mediante contratti di rete territoriali stipulati esclusivamente "con soggetti già radicati sul territorio", o meglio, già presenti nel luogo dell'esecuzione dei servizi oggetto dell'appalto specifico, introduce "*un limite inderogabile che estromette dalla procedura selettiva i soggetti interessati ad operare in loco ma che non sono già radicati sul territorio di riferimento e che costringe l'offerente a non avere altra scelta che avvalersi degli operatori di rete locali, già attivi in loco.*"

Di conseguenza, tale norma è illegittima in quanto viola i principi fondamentali di tutela della libera concorrenza, di non discriminazione e di *par condicio* tra i candidati (di cui all'art. 30 del d. lgs. 50/2016), applicandosi, questi ultimi, a qualsivoglia procedura di scelta del contraente (appalti e concessioni di beni e servizi, sopra e sotto soglia.)

Di seguito la sentenza in commento.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana
(Sezione Terza)
ha pronunciato la presente
SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1414 del 2019, proposto da C.L.S. Coop. Soc., ed altri, rappresentate e difese dall'avvocato Luciano Gallo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Gianmarco Cristiano in Firenze, via Ippolito Nievo n. 1;

contro

Estar - Ente di Supporto Tecnico-Amministrativo Regionale, rappresentato e difeso dall'avvocato Gaetano Viciconte, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Firenze, viale Mazzini n. 60;

Regione Toscana, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

a) dell'avviso di indizione gara n. 466438-2019 (GU/S S1929), pubblicato on-line sul Supplemento GUUE in data 04/10/2019, con cui è stata indetta da ESTAR la procedura avente ad oggetto l'ammissione di operatori economici al sistema dinamico di acquisizione della pubblica amministrazione, ai sensi dell'*art. 55 del D.Lgs. n. 50 del 2016*, per la prestazione di servizi sociosanitari, socioassistenziali e servizi integrati alla persona;

b) del disciplinare di gara recante le norme tecniche di funzionamento del sistema dinamico di acquisizione, la descrizione delle fasi della procedura e le modalità di svolgimento degli appalti specifici;

c) del capitolato speciale recante la disciplina di dettaglio delle procedure specifiche di affidamento;

d) per quanto occorrer possa, della documentazione annessa costituente parte integrante della procedura, ivi incluse le linee guida alla descrizione del servizio, il modello di contratto di rete, i capitolati tecnici, lo schema di bilancio di progetto;

e) di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Estar - Ente di Supporto Tecnico-Amministrativo Regionale;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 febbraio 2020 il dott. Gianluca Bellucci e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Svolgimento del processo

Estar, in data 4.10.2019, ha indetto la procedura di ammissione al sistema dinamico di acquisizione, ai sensi dell'*art. 55 del D.Lgs. n. 50 del 2016*, per la prestazione di servizi sociosanitari, assistenziali e integrati alla persona.

A seguito della pubblicazione dell'atto istitutivo del sistema dinamico di acquisizione i ricorrenti hanno presentato domanda di partecipazione, così da essere abilitati alla fase riguardante gli appalti specifici, in via di indizione a partire dal 9.11.2019.

Avverso l'avviso di indizione del sistema dinamico di acquisizione, il relativo disciplinare di gara, il capitolato speciale contenente le regole di dettaglio delle procedure specifiche di affidamento e, per quanto potesse occorrere, le linee guida, il modello di contratto di rete e i capitolati tecnici, le cooperative ricorrenti sono insorte deducendo:

-Violazione degli *artt. 29, 30, 35, 45, 55 e 105 del D.Lgs. n. 50 del 2016*; illegittima imposizione del divieto di subappalto (art. 6 del capitolato e punto 9 del disciplinare); illegittima imposizione della supply chain e della stipula del contratto di rete territoriale (punto 8 del disciplinare); illegittima imposizione dell'obbligo di rendicontazione e del metodo di individuazione di durata della concessione (art. 3 del capitolato); illegittima imposizione del criterio del prezzo fisso (art. 8 del capitolato); illegittima determinazione del criterio di corresponsione della retta IVA inclusa (paragrafo 3, pagina 1, delle linee guida); eccesso di potere per sviamento, irragionevolezza, illogicità manifesta, contraddittorietà:

a) Il sistema dinamico di acquisizione si attaglia ai servizi standardizzati, mentre nel caso in esame rilevano anche servizi alla persona non acquisibili mediante sistema dinamico di acquisizione, come i servizi assistenziali di riabilitazione, l'assistenza di base (ad esempio quella psicomotoria), l'assistenza infermieristica, l'animazione socio educativa, la cura della persona e l'igiene personale.

b) Illegittimità del divieto di subappalto: lo Stato italiano è stato sottoposto a procedura di infrazione da parte della Commissione europea in ragione delle molteplici violazioni delle direttive comunitarie sul subappalto; la motivazione di eliminare il ricorso al subappalto, espressa nell'art. 6 del capitolato speciale, non trova conforto in argomentazioni congrue e sufficienti,

c) L'obbligo di descrizione della supply chain e della stipula di contratti di rete con operatori radicati sul territorio è limitativo della libertà imprenditoriale nonché del principio di concorrenza e di non discriminazione.

Le ricorrenti contestano il precetto di gara secondo cui ogni candidato deve dimostrare, in fase di prequalifica, la capacità di organizzare la gestione dei servizi afferenti alla struttura con contratti di rete territoriali con soggetti radicati sul territorio, e deve descrivere la catena dell'offerta che intende implementare per l'erogazione del servizio, indicando per ogni attività la tipologia dei soggetti coinvolti operanti sul territorio (senza nominarli), dei quali il candidato deve verificare i requisiti professionali e le abilitazioni necessarie a svolgere la prestazione loro richiesta. Secondo le ricorrenti è inammissibile la restrizione territoriale ad un ambito individuato dalla stazione appaltante (cioè il fatto che i contratti di rete vadano stipulati con soggetti radicati sul territorio), restrizione che collide con la proiezione sovranazionale propria del sistema dinamico di acquisizione, estromette dal mercato del sistema dinamico di acquisizione un'ampia fetta di operatori, in violazione dell'*art. 45 del D.Lgs. n. 50 del 2016*, esclude soggetti la cui attività non sia radicata nel tessuto sociale lavorativo toscano, in violazione dell'art. 35 (rectius: 30), comma 2, del *D.Lgs. n. 50 del 2016*, che vieta alle stazioni appaltanti di favorire o svantaggiare taluni operatori economici; l'imposizione di uno specifico schema contrattuale colliderebbe col principio di autonomia imprenditoriale.

Estar replica appellandosi alla direttiva 23/2014/UE del 26.2.2014, considerando n. 53 sulla normativa alleggerita ("È opportuno escludere dalla piena applicazione della presente direttiva soltanto quei servizi che abbiano una dimensione transfrontaliera limitata, come per esempio taluni servizi sociali, sanitari o educativi. Tali servizi sono forniti in un contesto particolare che varia sensibilmente da uno Stato membro all'altro a causa delle differenti tradizioni culturali. Per le concessioni relative a questi servizi si dovrebbe perciò istituire un

regime specifico che tenga conto del fatto che sono di recente regolazione. L'obbligo di pubblicare un avviso di preinformazione e un avviso di aggiudicazione della concessione per le concessioni di valore pari o superiore alla soglia stabilita nella presente direttiva è un metodo adeguato per informare i potenziali offerenti in merito alle opportunità commerciali nonché informare tutte le parti interessate in merito al numero e al tipo di contratti aggiudicati. Inoltre, gli Stati membri dovrebbero varare le misure del caso per l'aggiudicazione dei contratti di concessione per tali servizi, così da garantire il rispetto dei principi di trasparenza e di parità di trattamento degli operatori economici, consentendo allo stesso tempo alle amministrazioni aggiudicatrici e agli enti aggiudicatori di tener conto delle specificità dei servizi in questione. Gli Stati membri dovrebbero far sì che alle amministrazioni aggiudicatrici e agli enti aggiudicatori sia consentito di tener conto della necessità di garantire innovazione e, in conformità dell'articolo 14 TFUE e del protocollo n. 26, un alto livello di qualità, sicurezza e accessibilità economica, parità di trattamento e promozione dell'accesso universale e dei diritti degli utenti"), e n. 56 sulla territorialità ("I servizi dovrebbero essere considerati come prestati nel luogo in cui sono eseguite le prestazioni che li caratterizzano. Se i servizi sono prestati a distanza, ad esempio quelli forniti dai call centre, dovrebbero essere considerati come prestati nel luogo in cui sono effettuati, a prescindere dai luoghi e dagli Stati membri a cui sono destinati).

d) Quanto all'obbligo di rendicontazione e alle sue finalità, le ricorrenti contestano le norme di gara che subordinano la durata del contratto riguardante le strutture residenziali alla rendicontazione economica dell'operatore e all'equilibrio del piano finanziario e penalizzano l'eventuale gestione virtuosa della struttura in concessione: l'art. 3 del capitolato stabilisce da un lato che per i contratti relativi alle strutture residenziali affidati in concessione la durata è ultraquinquennale e il periodo di durata sarà determinato in base all'equilibrio stimato del piano economico finanziario, dall'altro che la redditività della concessione che vada oltre le previsioni del bilancio di progetto faccia sì che i soggetti pubblici possano prevedere un aumento del canone o una riduzione delle rette sociali (talchè la stazione appaltante può discrezionalmente imporre maggiori oneri), mentre invece nessuna norma del codice dei contratti, riferita all'affidamento di appalti o di concessioni, impone l'obbligo di rendicontazione. Anche l'estensione contrattuale, ai sensi del citato art. 3, deve avvenire previa rendicontazione, secondo le regole degli artt. 7 e 10 del capitolato.

e) Per quanto riguarda l'imposizione del prezzo fisso quale limite alla compartecipazione pubblica nella spesa: il costo fisso previsto ai fini della remunerazione dell'operatore è inadeguato rispetto alla natura delle prestazioni, tenuto conto dell'obbligo di rendicontazione delle spese a giustificazione dell'importo corrisposto e della clausola secondo cui, nel caso i costi rendicontati risultassero inferiori al canone, il risparmio prodotto, previo accordo tra d.e.c. e project manager, potrà essere reinvestito per migliorare o arricchire il progetto.

L'affidatario si troverebbe pertanto tra due fuochi: I) se le spese eccedessero il canone fisso, ciò andrebbe a discapito dell'operatore, se invece egli riuscisse ad ottenere un utile, IIa) in caso di concessione l'utile sarebbe assorbito dall'aumento del canone concessorio o dalla diminuzione della retta sociale corrisposta all'operatore (art. 3, pagina 4 del capitolato), IIb) mentre invece negli altri casi l'utile potrebbe essere reinvestito nell'implementazione del progetto previo accordo tra d.e.c. e project manager (art. 8, pagina 7 del capitolato)

f) Le linee guida (documento n. 4) prevedono, al terzo paragrafo, che le rette corrisposte agli operatori per la gestione in global service/concessione delle strutture residenziali saranno calcolate, in sede di appalto specifico, IVA inclusa, ma ai sensi dell'*art. 35, comma 4, del D.Lgs. n. 50 del 2016* il calcolo del valore stimato dell'appalto pubblico si basa sull'importo pagabile al netto dell'IVA, così da salvaguardare la par condicio evitando di avvantaggiare gli operatori usufruenti di maggiori agevolazioni o esenzioni fiscali. Secondo le ricorrenti una clausola che, in sede di appalto specifico, prevede la corresponsione della retta al lordo dell'IVA (e, di riflesso, l'offerta su di essa calibrata dall'operatore), ingenera loro uno svantaggio competitivo, in quanto esse si vedranno penalizzate da soggetti che godono di particolari esenzioni.

Si è costituito in giudizio Estar.

All'udienza del 19 febbraio 2020 la causa è stata posta in decisione.

Motivi della decisione

Preliminarmente il Collegio osserva che il ricorso è ammissibile.

Invero, l'ambito di immediata impugnabilità di un bando di gara non è circoscritto alle sole sue clausole immediatamente escludenti, ma ricomprende anche evenienze particolari, tra le quali il caso della *lex specialis* che non consenta la formulazione di una seria e ponderata offerta oppure di disposizioni di gara abnormi o illogiche che rendano impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla procedura selettiva (Cons. Stato, III, 23.1.2015, n. 293; idem, V, 18.6.2015, n. 3104; idem, 30.4.2018, n. 2602; TAR Campania, Napoli, III, 4.10.2019, n. 4753).

Orbene, le norme di gara oggetto del ricorso in esame rientrano nella suddetta casistica, in quanto l'incertezza sugli utili ritraibili dalla concessione o dagli appalti specifici (in relazione ai contestati artt. 3 e 8 del capitolato speciale) e la restrizione ai soggetti radicati sul territorio dei contratti di rete (introdotta dal paragrafo 8 del disciplinare di gara) precludono ai candidati la possibilità di un compiuto calcolo di convenienza economica a partecipare alla gara e di formulare adeguate offerte in chiave competitiva.

Sempre in via preliminare si rileva che la difesa delle ricorrenti, con memoria depositata in giudizio l'8.2.2020 (pagina 18), ha chiesto al Collegio di valutare se alcune delle espressioni utilizzate dalla difesa di Estar siano sconvenienti e perciò da oscurare.

La prospettazione delle deducenti è infondata.

Le predette espressioni si traducono in un giudizio della difesa di Estar sulla finalità perseguita dalle ricorrenti, desunta dai motivi di gravame. Esse, per quanto possano essere non condivise, non contengono parole o toni sconvenienti o offensivi, ma rilevano quale esercizio del diritto di difesa e di critica.

Ciò premesso, entrando nel merito della trattazione del gravame si osserva quanto appresso.

Con la prima censura le ricorrenti sostengono che il sistema dinamico di acquisizione può riguardare soltanto i servizi standardizzati, e non anche i servizi di assistenza alla persona cui fanno riferimento gli atti impugnati.

La doglianza non ha pregio.

La praticabilità, nel caso di specie, del sistema dinamico di acquisizione trova fondamento nell'art. 142, comma 5 sexies, del *D.Lgs. n. 50 del 2016*, il quale, nel prevedere per i servizi sanitari, sociali e connessi le procedure di aggiudicazione disciplinate dagli articoli da 54 a 58 e da 60 a 65, ammette per essi anche il sistema dinamico di acquisizione di cui all'art. 55. Con la seconda censura le ricorrenti deducono l'illegittimità del divieto di subappalto espresso nell'art. 6 del capitolato speciale.

Il rilievo è infondato.

L'art. 142 del *D.Lgs. n. 50 del 2016*, nel richiamare le disposizioni del codice dei contratti pubblici la cui applicazione si estende agli appalti dei servizi sociali e sanitari, non opera alcun richiamo alla disciplina del subappalto (cioè all'art. 105).

Pertanto, per tale tipologia di appalti e in considerazione della loro specificità, in forza del citato art. 142 rientra nella piena facoltà della stazione appaltante la scelta di escludere la possibilità del ricorso al subappalto.

Ciò è coerente con la *direttiva 2014/23/UE*, il cui art. 19, nel disciplinare con disposizione di rinvio la concessione di servizi sociali e sanitari, non richiama l'art. 42, contenente la disciplina del subappalto, ed è anche coerente con la *direttiva 2014/24/UE*, il cui art. 74, nel disciplinare con disposizione di rinvio gli appalti pubblici di servizi sociali e sanitari, non richiama l'art. 71, riguardante il subappalto.

Peraltro, nella fattispecie in esame l'Amministrazione ha dato contezza delle motivazioni che presiedevano alla scelta di escludere il ricorso al subappalto (si veda l'art. 6 del capitolato).

Con la terza censura le esponenti contestano la norma di gara secondo cui ogni candidato deve dimostrare, in sede di prequalifica, la capacità di gestire i servizi mediante contratti di rete territoriali con soggetti radicati sul territorio.

Il rilievo è fondato.

Il disciplinare relativo al sistema dinamico di acquisizione in argomento (paragrafo 8, pagina 10) stabilisce, in relazione agli appalti specifici aventi a oggetto la stipula di contratti di concessione di servizio e immobile, che "il candidato deve dimostrare, in fase di prequalifica, la capacità di organizzare la gestione dei servizi afferenti alla struttura (servizi alla persona, servizi di logistica e servizi all'immobile) con contratti di rete territoriale, appunto con soggetti radicati sul territorio, anche a garanzia della capacità di gestione del rischio imprenditoriale associato alla concessione", e che il concorrente indichi la tipologia di soggetti coinvolti senza nominarli, a garanzia del fatto che gli stessi possono essere individuati da più di un concorrente, il quale al momento della presentazione dell'offerta dovrà presentare i preaccordi con i soggetti individuati (pagina 11 del disciplinare).

In tal modo il disciplinare di gara introduce una restrizione territoriale (laddove sancisce la regola della stipula dei contratti di rete esclusivamente con soggetti "radicati sul territorio", ovvero già presenti nel luogo dell'esecuzione dei servizi oggetto dell'appalto specifico), ovvero un limite inderogabile che estromette dalla procedura selettiva i soggetti interessati ad operare in loco ma che non sono già radicati sul territorio di riferimento e che costringe l'offerente a non avere altra scelta che avvalersi degli operatori di rete locali, già attivi in loco. Orbene, rilevano nel caso di specie i principi fondamentali, sanciti espressamente dall'*art. 30, comma 1, del D.Lgs. n. 50 del 2016* (posti a tutela della libera concorrenza), di non discriminazione e par condicio, dispiegati anche nell'invocato *art. 30, comma 2, del D.Lgs. n.*

50 del 2016 e vevoli per qualsivoglia procedura di scelta del contraente, per gli appalti e per le concessioni di beni e servizi, sopra e sotto soglia (si vedano anche l'art. 36, comma 1, e l'art. 164, comma 2, del D.Lgs. n. 50 del 2016; TAR Veneto, I, 21.3.2018, n. 320; TAR Puglia, Lecce, I, 5.7.2018, n. 1104; TAR Molise, 28.1.2019, n. 38; si veda anche Cons. Stato, III, 3.12.2015, n. 5494).

Con la quarta doglianza le deducenti contestano l'art. 3 del capitolato, laddove la norma fa dipendere la durata della concessione dall'equilibrio stimato del piano economico finanziario, e laddove demanda ai soggetti pubblici la possibilità di stabilire, qualora la redditività della concessione superi le previsioni del bilancio di progetto, un aumento del canone o una riduzione delle rette sociali; le interessate contestano il fatto che anche l'estensione contrattuale sia condizionata alla rendicontazione e aggiungono che nessuna norma del codice dei contratti pone l'obbligo della rendicontazione.

La censura è in parte fondata.

Il Collegio osserva che l'art. 3 del capitolato speciale stabilisce che la durata della concessione è fissata nella lettera invito in base all'equilibrio del piano economico finanziario; pertanto ciascun concorrente è in grado di sapere, sin dalla fase di presentazione dell'offerta relativa all'affidamento in concessione, quale sia di preciso la durata ultraquinquennale dell'affidamento sulla base delle indicazioni contenute nella lettera invito e del piano economico finanziario, dal quale risulta il tempo presumibile di recupero degli investimenti e il previsto ritorno sul capitale investito, validi parametri di riferimento per la determinazione della durata della concessione ai sensi dell'art. 18 della direttiva 2014/23/UE.

Pertanto è infondata la censura in esame nella parte riguardante la disciplina della durata ultraquinquennale della concessione.

Parimenti infondata è la doglianza riferita all'obbligo di rendicontazione.

La rendicontazione assolve allo scopo di rendere possibile il controllo del concedente sulla gestione e sul rispetto delle previsioni del piano economico finanziario, controllo che è in linea con la natura della concessione, la quale può essere considerata una forma di regolazione del rapporto tra pubblica amministrazione e privati.

A diversa considerazione si presta il rilievo (ad avviso del Collegio fondato) avente a oggetto la facoltà dei soggetti pubblici di prevedere l'aumento del canone o la riduzione delle rette sociali ad esito della misurazione della redditività della concessione.

Trattasi di scelta rimessa alla piena discrezionalità della parte pubblica dall'art. 3 del capitolato speciale, anche se il monitoraggio sull'attività svolta avviene sulla base del controllo del project manager (nominato dall'affidatario) e degli indicatori di risultato individuati dal direttore dell'esecuzione del contratto, secondo quanto stabilito dall'art. 10 del capitolato speciale, mentre la presupposta rendicontazione (da cui risulta la redditività della concessione) viene redatta dal project manager ai sensi dell'art. 8 del capitolato speciale.

L'art. 3 del capitolato speciale demanda alla decisione unilaterale e libera del soggetto pubblico l'incremento del canone o la riduzione delle rette sociali, qualora si verifichi il presupposto della redditività della concessione che vada oltre le previsioni del bilancio di progetto; al verificarsi di quest'ultima condizione, la scelta dei soggetti pubblici di incrementare il canone o di ridurre le rette sociali (ovvero di incrementare una voce di costo o di ridurre un'entrata del concessionario) è configurata nel capitolato come libera,

imprevedibile e disancorata dal contraddittorio con il concessionario interessato. Infatti il citato art. 3 non prevede una scelta concordata tra il soggetto pubblico e il concessionario, o tra il direttore dell'esecuzione contrattuale (nominato dall'A.) e il project manager (nominato dall'affidatario), al contrario di quanto invece prevede il successivo art. 8 in ordine al reinvestimento dell'eventuale risparmio prodotto.

In tal modo l'eventuale redditività inferiore alle previsioni di bilancio è un rischio di cui si deve far carico il concessionario, mentre l'opposta eventualità della maggiore redditività è escluso che possa con certezza avvantaggiare il concessionario, stante l'imperscrutabile possibilità che il soggetto pubblico la faccia assorbire da una diminuzione di entrata o da un aumento di costo a carico del concessionario. Viene introdotto dalla *lex specialis* un indeterminato fattore (demandato all'imprevedibile decisione del soggetto pubblico) di maggiore onerosità contrattuale o comunque di riduzione dei vantaggi economici conseguenti ad una gestione più redditizia del previsto della concessione, il quale fa sì che non sia controbilanciato il rischio dell'operatore di avere una redditività inferiore al previsto, ovvero il rischio d'impresa del concessionario di avere, in fase di esecuzione del servizio, maggiori costi del previsto, e quindi rende problematico il calcolo di convenienza che presiede all'opzione del privato di partecipare alla procedura selettiva.

Con la quinta censura le ricorrenti lamentano che la previsione di un tetto massimo di remunerazione (ragguagliato alla retta giornaliera per ospite e ancorato al canone mensile) è avulsa da eventuali maggiori costi che l'operatore debba sostenere; aggiungono che a fronte dell'adozione del criterio del prezzo fisso, l'obbligo di rendicontazione è illogico. Secondo le ricorrenti, da un lato le spese eccedenti il limite del canone determinato in misura fissa andrebbero a discapito dell'aggiudicatario, dall'altro, ove quest'ultimo si rivelasse invece particolarmente virtuoso, la stazione appaltante provvederebbe all'aumento del canone o alla diminuzione delle rette sociali, oppure (art. 8 del capitolato) vi sarebbe la possibilità di reinvestire il surplus nell'implementazione del progetto.

La censura, nella parte riferita alla possibilità del soggetto pubblico di imporre un incremento del canone o una diminuzione delle rette, è fondata per le ragioni espresse nella trattazione del precedente rilievo.

Per il resto i rilievi sono infondati, alla stregua delle seguenti considerazioni.

La *lex specialis* di gara contempla il criterio del prezzo fisso, corrispondente all'importo delle rette, escluso da qualsiasi possibilità di ribasso: l'esclusione del ribasso e l'aggiudicazione basata sui soli elementi qualitativi è in linea con il combinato disposto dell'art. 142, comma 5 septies, e dell'art. 95, comma 7, del D.Lgs. n. 50 del 2016, secondo cui il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa può contemplare un prezzo o costo fisso sulla base del quale i concorrenti competono solo in base a criteri qualitativi.

L'art. 8 (pagina 7) del capitolato, laddove stabilisce che "nel caso in cui nella rendicontazione si verificassero costi da corrispondere inferiori rispetto al canone, il risparmio prodotto, previo accordo tra d.e.c. e project manager, potrà essere reinvestito per migliorare o arricchire il progetto", contempla una evenienza in cui, a differenza del caso della maggiore redditività prevista dall'art. 3 del capitolato, la stazione appaltante non gode di una unilaterale potestà di modificare il rapporto di convenienza economica dell'esecuzione del contratto, in quanto il medesimo art. 8 prevede, in caso di costi inferiori rispetto al canone, un accordo tra direttore

dell'esecuzione del contratto e project manager (il quale, come visto, è nominato dal privato affidatario) ai fini del reinvestimento, talché l'operatore è in grado di interloquire nella scelta e di escludere, attraverso il project manager di sua nomina, la soluzione del reinvestimento propugnata, ai sensi dell'art. 8 del capitolato, dal direttore dell'esecuzione contrattuale nominato dall'A..

Pertanto nel suddetto caso non è ipotizzabile una modifica delle condizioni contrattuali subita dall'aggiudicatario, il quale è parte attiva nella scelta attraverso il project manager.

Le ricorrenti infine contestano la previsione della corresponsione delle rette IVA inclusa, deducendo che la previsione al lordo dell'IVA collide con l'*art. 35, comma 4, del D.Lgs. n. 50 del 2016* e ingenera un loro svantaggio competitivo, a fronte di altri soggetti beneficianti di particolari esenzioni.

Il motivo non è condivisibile.

L'IVA è un costo del gestore che sarà scorporato al momento del pagamento di ciascuna fattura e riguarda il servizio ceduto, trattandosi di imposta sul consumo, e non il soggetto fiscale.

In conclusione, in relazione al giudizio di fondatezza su alcune delle censure dedotte, il ricorso va accolto.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate come indicato nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo accoglie nei sensi di cui in motivazione.

Condanna Estar a corrispondere alle ricorrenti la somma complessiva di Euro 4.000 (quattromila) oltre accessori di legge, a titolo di spese di lite.

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

C) PRASSI**MEF: RISOLUZIONE N. 3/DF DEL 17 APRILE 2020.**

ATTI DI ACCERTAMENTO ESECUTIVO DI CUI ALL'ART. 1, COMMA 792 DELLA LEGGE 27 DICEMBRE 2019, N. 160. MODALITA' DI RATEAZIONE DELLE SOMME DOVUTE. QUESITO.

RISOLUZIONE N. 3/DF

Ministero dell'Economia e delle Finanze

DIPARTIMENTO DELLE FINANZE**DIREZIONE LEGISLAZIONE TRIBUTARIA E FEDERALISMO FISCALE**

Roma, 17 aprile 2020 Prot. n. 8954

OGGETTO: Atti di accertamento esecutivo di cui all'art. 1, comma 792 della legge 27 dicembre 2019, n. 160. Modalità di rateazione delle somme dovute. Quesito.

Con la nota in riferimento si chiedono chiarimenti in merito alla regolamentazione da parte dei comuni delle modalità di rateazione, disciplinate dai commi da 796 a 801 dell'art. 1 della legge 27 dicembre 2019, n. 160, delle somme dovute a seguito della notifica di atti di accertamento esecutivo di cui al comma 792 del medesimo art. 1.

Va preliminarmente affermato, al riguardo, che lo stesso art. 1 della legge n. 160 del 2019, ai commi da 796 a 801, disciplina le modalità con cui gli enti locali e i soggetti ai quali è affidata la gestione della riscossione delle proprie entrate a norma dell'art. 52, comma 5, lett. b) del D. Lgs. 15 dicembre 1997, n. 446, devono concedere la rateazione in discorso. Tali modalità, però, possono essere derogate dai comuni in base all'ampia autonomia regolamentare riconosciuta agli enti stessi per quanto riguarda la gestione delle proprie entrate tributarie, fermi restando i limiti prescritti dall'art. 52, del D. Lgs. n. 446 del 1997, vale a dire l'individuazione e definizione delle fattispecie imponibili, dei soggetti passivi e dell'aliquota massima dei singoli tributi.

Pertanto, poiché la riscossione e conseguentemente anche la rateazione delle entrate non rientrano fra le materie sottratte all'autonomia dei comuni dal citato art. 52 del D. Lgs. n. 446 del 1997, è l'ente locale stesso che, nel proprio regolamento, può disciplinare le modalità di riscossione, ivi comprese quelle di rateazione delle somme dovute a seguito di notificazione di atti impositivi. Ciò in quanto il Legislatore ha tenuto in primo piano non solo le esigenze di semplificazione, chiarezza e trasparenza dei procedimenti amministrativi, ma anche la necessità di evitare l'aggravio dei procedimenti nei confronti del contribuente.

Detti principi sono stati, infatti, recepiti sia dallo stesso art. 52, del D. Lgs. n. 446 del 1997, che salvaguarda espressamente le esigenze di semplificazione, sia dall'articolo 6, comma 3, della legge 27 luglio 2000, n. 212, recante le disposizioni sullo Statuto dei diritti del contribuente, che impone alle amministrazioni di assumere idonee iniziative affinché il contribuente possa adempiere le obbligazioni tributarie con il minor numero di adempimenti

e nelle forme meno costose e più agevoli. Tale assunto è confermato anche dall'orientamento della giurisprudenza amministrativa che ha affermato che il principio della potestà regolamentare degli enti locali di cui all'art. 52 del D. Lgs. n. 446 del 1997 è di ordine generale e che in materia di accertamento e riscossione dei tributi trova un limite solo nelle materie costituzionalmente coperte da riserva di legge. Si veda a questo proposito l'ordinanza del Consiglio di Stato n. 4989 del 28 agosto 2001, citata peraltro nella risoluzione n. 8/DPF del 30 luglio 2002, ove si statuisce espressamente che *“il principio della potestà regolamentare dei comuni e delle province è di ordine generale. In materia di accertamento e riscossione dei tributi, (art. 52 del D.Lgs. n. 446/1997), trova un limite solo nelle materie costituzionalmente coperte da riserva di legge (sanzioni, procedure contenziose, casi di prelievo obbligatorio non attribuito alla fiscalità locale)”*.

Del resto, il comma 796 dell'art. 1 della legge n. 160 del 2019 stabilisce alcune modalità di rateazione per le somme dovute a seguito della notifica di atti di accertamento esecutivo da applicarsi *“in assenza di una apposita disciplina regolamentare”*. Il successivo comma 797 dispone che *“l'ente, con deliberazione adottata a norma dell'articolo 52 del decreto legislativo n. 446 del 1997, può ulteriormente regolamentare condizioni e modalità di rateizzazione delle somme dovute, ferma restando una durata massima non inferiore a trentasei rate mensili per debiti di importi superiori a euro 6.000,01”*. Giova richiamare l'attenzione sull'appena citata durata massima disposta dal comma 797, in quanto si ritiene che sia l'unica modalità cui non sia possibile derogare con la potestà regolamentare, proprio perché il Legislatore ha inteso tutelare in tal senso i diritti del debitore.

Le considerazioni appena svolte, ovviamente, devono valere anche per le somme dovute a seguito della notifica degli atti di cui al comma 792 dell'art. 1 della legge n. 160 del 2019, prima che tali atti divengano esecutivi, vale a dire decorso il termine utile per la proposizione del ricorso ovvero decorsi sessanta giorni dalla notifica dell'atto finalizzato alla riscossione delle entrate patrimoniali. Una fondamentale precisazione va svolta nel caso in cui l'ente locale abbia affidato la riscossione coattiva al soggetto preposto alla riscossione nazionale di cui all'art. 1 del D. L. 22 ottobre 2016, n. 193, convertito, con modificazioni, dalla legge 1° dicembre 2016, n. 225; in tal caso, infatti, a norma dell'art. 1, comma 785 della legge n. 160 del 2019, all'agente della riscossione si applicano esclusivamente le disposizioni di cui al successivo comma 792. Conseguentemente, per le somme affidate in carico all'agente della riscossione a norma della lett. b) del comma 792 dell'art. 1 della legge n. 160 del 2019, la rateazione deve seguire le specifiche disposizioni contenute nell'art. 19 del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 602.

Va comunque rammentato che il comma 1-bis, dell'art. 26 del D. Lgs. 26 febbraio 1999, n. 46, in materia di rateazione delle entrate diverse dalle imposte sui redditi, dispone per tali entrate l'applicazione del citato art. 19 del D.P.R. n. 602 del 1973, lasciando però salva la possibilità di una diversa determinazione da parte dell'ente creditore, da comunicare all'agente della riscossione competente in ragione della sede legale dello stesso ente; tale determinazione, sempre a norma del comma 1-bis in discorso, produce effetti a decorrere dal trentesimo giorno successivo alla ricezione della comunicazione da parte del competente agente della riscossione.

Va confermata, quindi, anche in caso di affidamento della riscossione coattiva all'agente della riscossione, la facoltà per il comune di disciplinare la rateazione delle somme dovute sulla base della propria autonomia regolamentare e seguendo le disposizioni di cui all'art. 26, comma 1-bis del D. Lgs. n. 46 del 1999.

*Il Direttore Generale delle Finanze
Fabrizia Lapecorella*

L'IMU SULLE AREE EDIFICABILI. PROFILI PROCESSUALI E SOSTANZIALI. (Avv. Giuseppe Dicuonzo).

L'applicazione dell'IMU alle aree a vocazione edificatoria assume una posizione di assoluta centralità nel comparto della fiscalità locale per i risvolti, di matrice sia sostanziale che processuale, sottesi alle modalità di esercizio dello jus impositionis.

Si assiste, in subiecta materia, ad un contenzioso di vasta portata che impegna la giurisprudenza di legittimità in uno sforzo interpretativo, proprio della funzione nomofilattica demandata dal vigente ordinamento giuridico, volto a dirimere i nodi interpretativi originati dalla necessità di verificare la coerenza delle modalità di esercizio della potestà impositiva all'assetto urbanistico impresso dagli strumenti di pianificazione del territorio adottati dalla Amministrazione di riferimento.

Esaurita la premessa che precede, vale osservare che il D.Lgs. n. 504 del 1992, art. 5, comma 5, espressamente richiamato dall'art. 13, comma 3, del D.L. n. 201/2011, prevede che "*Per le aree fabbricabili, il valore è costituito da quello venale in comune commercio al 1° gennaio dell'anno di imposizione, avendo riguardo alla zona territoriale di ubicazione, all'indice di edificabilità, alla destinazione d'uso consentita, agli oneri per eventuali lavori di adattamento del terreno necessari per la costruzione, ai prezzi medi rilevati sul mercato dalla vendita di aree aventi analoghe caratteristiche*".

Quanto alla nozione di area edificabile, è opportuno rilevare che l'art. 1, comma 741, lett. d) della L. n. 160 del 27/12/2019 (Legge di stabilità per il 2020) ha chiarito che per area fabbricabile deve intendersi l'area utilizzabile a scopo edificatorio in base agli strumenti urbanistici generali o attuativi, ovvero in base alle possibilità effettive di edificazione determinate secondo i criteri previsti agli effetti dell'indennità di espropriazione per pubblica utilità.

La previsione testé riportata, ad avviso di chi scrive, mal si concilia con la elaborazione ermeneutica adottata dalla Suprema Corte, la quale, coerentemente ai principi CEDU posti a presidio della corretta applicazione dell'indennità da corrispondersi in ipotesi di espropriazione della proprietà privata per ragioni di pubblica utilità, ha recisamente escluso la valorizzazione della c.d. edificabilità di fatto, trattandosi di "*tertium genus*" (rispetto alla edificabilità o inedificabilità di una determinata area) affatto contemplato dalla normativa urbanistica di riferimento.

Costituisce orientamento consolidato della Suprema Corte il principio, valido anche per l'IMU in considerazione della piena coincidenza dei presupposti costitutivi della obbligazione tributaria, per il quale "*A seguito dell'entrata in vigore del D.L. n. 203 del 2005,*

art. 11-quaterdecies, comma 16, conv., con modif., dalla L. n. 248 del 2005, e del D.L. n. 223 del 2006, art. 36, comma 2, conv., con modif., dalla L. n. 248 del 2006, che hanno fornito l'interpretazione autentica del D.Lgs. n. 504 del 1992, art. 2, comma 1, lett. b), l'edificabilità di un'area, per l'applicabilità del criterio di determinazione della base imponibile fondato sul valore venale, deve essere desunta dalla qualificazione ad essa attribuita nel piano regolatore generale adottato dal Comune, indipendentemente dall'approvazione dello stesso da parte della regione e dall'adozione di strumenti urbanistici attuativi, tenuto altresì conto che il detto D.Lgs. n. 504 del 1992, art. 2, comma 1, prevedendo che un terreno sia considerato edificatorio anche ove esistano possibilità effettive di costruzione, delinea, ai fini fiscali, una nozione di area edificabile ampia ed ispirata alla mera potenzialità edificatoria " (vedi da ultimo Cass. n. 4952 del 2018, nonché Cass. n. 12308 del 2017, n. 16485 del 2016).

Sia consentito precisare in via incidentale che la natura di norma di interpretazione autentica della disposizione di cui al D.L. n. 203 del 2005, art. 11-quaterdecies, comma 16, conv. con modif. nella L. n. 248 del 2005, e del D.L. n. 223 del 2006, art. 36, comma 2, conv. con modif. nella L. n. 248 del 2006, rispetto alla previsione di cui al D.Lgs. n. 504 del 1992, art. 2, comma 1, lett. b), è destinata ad operare anche per il passato, ed è quindi certamente utilizzabile per determinare la base imponibile relativa ad annualità antecedenti alla sua adozione.

Così delineato il contesto normativo di riferimento, il tema della presente indagine impone di esaminare, dal punto di vista processuale, gli aspetti riconducibili al caso in cui il destinatario dell'atto impositivo (sia esso di accertamento o di liquidazione dell'imposta) contesti la legittimità dei criteri sulla base dei quali l'Ente impositore abbia determinato ai fini IMU il valore venale delle aree e dei terreni a vocazione edificatoria.

La corretta applicazione delle regole che presidiano alla ripartizione delle competenze tra potere amministrativo e potere giudiziario preclude che il sindacato rimesso al Giudice Tributario sugli atti a contenuto regolamentare della P.A. possa estendersi fino a consentire una sua indebita ingerenza in scelte che, in quanto afferenti il merito dell'azione amministrativa, restano riservate in via esclusiva alla Pubblica Amministrazione; dal punto di vista giurisdizionale, invece, le controversie che investono le deliberazioni adottate dai Comuni in punto di determinazione dei valori venali delle aree edificabili ai fini IMU restano devolute in via esclusiva al sindacato di legittimità del Giudice Amministrativo, al quale l'ordinamento vigente riserva il potere di annullamento ove risultino affette da uno dei vizi sintomatici della illegittimità degli atti e provvedimenti amministrativi (violazione di legge, eccesso di potere nelle sue diverse declinazioni, incompetenza dell'Organo deliberante, etc). In linea con l'orientamento della prevalente giurisprudenza amministrativa (TAR Lombardia, IV sez., 5.11.2016 n. 2377; TAR Calabria, I sez., 10.02.2016 n. 170) vale osservare che appartiene al Giudice Amministrativo la giurisdizione sulle controversie riguardanti le delibere di chiara natura regolamentare, nel cui genus deve certamente ricondursi quella oggi in contestazione, restando comunque fermo che il sindacato del Giudice sui detti regolamenti non può che atteggiarsi quale sindacato estrinseco; deve, infatti, ritenersi precluso che anche il Giudice naturale della giurisdizione possa intervenire su aspetti, quale la determinazione dei valori delle aree edificabili ai fini ICI/IMU, espressione di scelte di merito amministrativo, dovendo arrestarsi il suo scrutinio alla verifica della eventuale sussistenza dei tradizionali vizi

di legittimità del provvedimento, nonché della congruenza c.d. “esterna” dello stesso sotto il profilo della non manifesta illogicità e irragionevolezza o del palese travisamento di fatti.

La giurisdizione sulle deliberazioni regolamentari resta, nei limiti indicati, riservata al Giudice Amministrativo, fatto salvo il potere di disapplicazione riconosciuto al Giudice Tributario dall’art. 7, co. 5, del D.Lgs. n. 546/92.

A tale riguardo, sia consentito rilevare che l’ampiezza del potere di disapplicazione non può essere dilatata al punto da consentire al Giudice Tributario di sostituirsi alla Amministrazione in scelte di merito ad essa riservate in via esclusiva, in quanto espressione di discrezionalità tecnica amministrativa.

E’ ampiamente condiviso in dottrina e giurisprudenza il principio per il quale il potere di disapplicazione non sia esercitabile d’ufficio, essendo a tal fine necessaria una specifica istanza di parte contenente la precipua indicazione dei vizi e dei profili di illegittimità che inficerebbero la deliberazione presupposta all’atto di accertamento tributario in concreto impugnato.

La distinzione netta e precisa degli ambiti di giurisdizione devoluti, rispettivamente, al giudice amministrativo e a quello tributario postula che debba ritenersi precluso, in sede di impugnazione di un atto a contenuto impositivo, far valere vizi e illegittimità che riguardano l’atto amministrativo generale, resosi definito ed incontestabile in quanto non impugnato.

I criteri adottati dal Comune al fine della determinazione della base imponibile IMU delle aree, ove coerenti con la normativa di riferimento, segnatamente l’art. 5, comma 5, del richiamato D.Lgs n. 504/92, postula, alla luce della tassatività dei criteri prescritti dalla norma in esame, che il Giudice di merito, investito della questione del valore attribuito ad un’area fabbricabile, non possa esimersi dal verificarne la corrispondenza ai predetti parametri, con valutazione adeguatamente e congruamente motivata (in termini, Cass., V sez., 05/07/2017 n. 16620).

Sotto altro profilo, di carattere sostanziale, giova evidenziare che la mancata adozione di un piano di lottizzazione assurge a circostanza del tutto irrilevante ai fini IMU, alla luce dell’inequivocabile disposto di cui all’art. 36, comma 2 del D.L. 4/07/2006, n. 223, a tenor del quale ai fini dell’applicazione dell’ICI –come per l’IMU - *“ un’area è da considerare fabbricabile se utilizzabile a scopo edificatorio in base allo strumento urbanistico generale adottato dal Comune, indipendentemente dall’approvazione della regione e dall’adozione di strumenti attuativi del medesimo ”*.

Del pari irrilevante, in un’ottica esonerativa, è la circostanza per la quale le aree sottoposte a prelievo sarebbero inedificabili in quanto sottoposte a vincoli di natura ambientale e paesaggistica.

E’ unanimemente condiviso nella giurisprudenza di legittimità (da ultimo Cass. 09/10/2019 n. 25246 e 12.07.2018 n. 18429) il principio per il quale *“ in tema di imposta comunale sugli immobili (ICI), la nozione di area edificabile di cui al D.Lgs. n. 504 del 1992, art. 2, comma 1, lett. b), non può essere esclusa dalla ricorrenza di vincoli o destinazioni urbanistiche che condizionino, in concreto, l’edificabilità del suolo, giacchè tali limiti, incidendo sulle facoltà dominicali, connesse alla possibilità di trasformazione urbanistico-edilizia del suolo, ne presuppongono la vocazione edificatoria, sicchè la presenza di tali vincoli non sottrae le aree su cui insistono al regime fiscale proprio dei suoli edificabili, ma incide soltanto sulla*

concreta valutazione del relativo valore venale e, conseguentemente, sulla base imponibile " (Cass., sez. trib., n. 11853 del 2017; Cass., sez. trib., n. 13063 del 2017; Cass., sez. trib., n. 7340 del 2014; Cass., sez. trib., n. 5161 del 2014).

Sotto tale profilo vale osservare che, a seguito delle sentenze della Corte Cost. n. 348 del 2007 e n. 181 del 2011 - con cui è stata dichiarata l'incostituzionalità dei criteri riduttivi previsti dalla L. n. 359 del 1992, art. 5 bis, commi 1 e 2 e della L. n. 865 del 1971, art. 16, comma 5 e 6 - il sistema indennitario risulta oggi agganciato al valore venale del bene già previsto quale criterio base di indennizzo dalla L. n. 2359 del 1865, art. 39 (Cass. n. 11480 del 2008; n. 14939 del 2010; n. 6798 del 2013; n. 17906 del 2014), ed ora sancito dal D.P.R. n. 327 del 2001, art. 37, comma 1, come modificato dalla L. n. 244 del 2007, art. 2, comma 90.

Tanto non comporta, tuttavia, che sia venuta meno, ai fini indennitari, la distinzione tra suoli edificabili e non edificabili, che è imposta dalla disciplina urbanistica in funzione della razionale programmazione del territorio - anche ai fini della conservazione di spazi a beneficio della collettività e della realizzazione di servizi pubblici - e che le regole di mercato non possono travalicare posto che l'inclusione dei suoli nell'uno o nell'altro ambito va effettuata in ragione di un unico criterio discrezionale: quello dell'edificabilità legale, posto dalla L. n. 359 del 1992, art. 5-bis, comma 3, tuttora vigente, e recepito nel T.U. espropriazioni agli artt. 32 e 37.

In base a tale criterio, un'area va ritenuta edificabile solo quando la stessa risulti tale classificata dagli strumenti urbanistici al momento della vicenda ablativa (Cass. 7987/2011; 9891/2007; 3838/2004; 10570/2003; sez. un. 172 e 173/2001), e, per converso, le possibilità legali di edificazione vanno escluse tutte le volte in cui per lo strumento urbanistico vigente all'epoca in cui deve compiersi la ricognizione legale, la zona sia stata concretamente vincolata ad un utilizzo meramente pubblicistico, in quanto dette classificazioni apportano un vincolo di destinazione che preclude ai privati tutte quelle forme di trasformazione del suolo che sono riconducibili alla nozione tecnica di edificazione, da intendere come estrinsecazione dello ius aedificandi connesso al diritto di proprietà, ovvero con l'edilizia privata esprimibile dal proprietario dell'area (Cass. 14840/2013; 2605/2010; 21095 e 16537/2009) e che sono, come tali, soggette al regime autorizzatorio previsto dalla vigente legislazione edilizia (cfr. Cass. n. 11503 del 2014; 665/2010; 400/2010; 21396/2009; 21095/2009; 17995/2009).

Ai fini dell'anzidetta ricognizione legale va, insomma, tenuto conto del vincolo conformativo insistente nell'area, e non di quello espropriativo, dovendo evidenziarsi che il vincolo d'inedificabilità impresso dagli strumenti urbanistici risulta in sè privo di ruolo discriminante nella summa divisio tra vincoli conformativi ed espropriativi, la cui individuazione va invece operata in relazione agli effetti dell'atto di pianificazione: ove esso miri ad una zonizzazione dell'intero territorio comunale o di parte di esso, si da incidere su di una generalità di beni, nei confronti di una pluralità indifferenziata di soggetti, in funzione della destinazione dell'intera zona in cui i beni ricadono e in ragione delle sue caratteristiche intrinseche, il vincolo ha carattere conformativo, mentre, ove imponga solo un vincolo particolare incidente su beni determinati, in funzione della localizzazione di un'opera pubblica, lo stesso va qualificato come preordinato alla relativa espropriazione e da esso deve, dunque, prescindere nella qualificazione dell'area (cfr. Cass. n. 14230 del 2019).



L'impostazione che precede postula, in coerenza con la peculiare struttura del processo tributario – informato, come è ben noto, allo schema impugnatorio con giurisdizione estesa al merito della controversia - che l'accoglimento della domanda avanzata dal contribuente di rideterminazione del valore venale assunto dall'Ente a base imponibile dell'imposta giammai possa determinare l'annullamento degli atti e provvedimenti impugnati, imponendosi, a tal riguardo, al Giudice Tributario il compito di rideterminare la pretesa impositiva nei limiti delle domande di parte e degli elementi probatori acquisiti.

Avv. G. Dicuonzo

D) ATTIVITA' ANACAP

ANACAP: Segnalazione ANAC.

Ill.mo Sig. Sindaco del Comune di Melfi

a mezzo pec protocollo@pec.comunemelfi.it

Alla ANAC -Autorità Nazionale Anticorruzione

a mezzo pec protocollo@pec.anticorruzione.it

Alla Procura della Corte dei Conti della Basilicata

a mezzo pec basilicata.procura@corteconticert.it

Alla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Melfi

a mezzo email procura.melfi@giustizia.it

L'affidamento a terzi delle attività di supporto e/o propedeutiche all'accertamento ed alla riscossione delle entrate degli enti locali deve avvenire in favore di soggetti iscritti obbligatoriamente in separata sezione dell'albo di cui all'art. 53 del D.Lgs n. 446/97.

Nei termini di cui sopra è la riforma di recente intervenuta con l'art. 1, comma 805 e segg., della legge di bilancio per il 2020, con il quale si è posto fine ai frequenti episodi distorsivi della concorrenza, con aggiramento ed elusione della norma che, invero, già imponeva l'iscrizione all'albo dei soggetti che intendevano gestire "le relative attività" di accertamento e riscossione delle entrate degli enti locali.

Alla luce della normativa innanzi richiamata il procedimento di gara indetto (illegittimamente) dalla ASMEL, autodefinitasi centrale di committenza, avente ad oggetto "*la gestione diretta delle entrate tributarie ed extratributarie comunali, nonché dei necessari servizi di supporto, affiancamento ed integrazione del personale dell'Area Economico-Finanziaria- Ufficio Tributi*", è **illegittimo e va revocato in autotutela.**

Vi sono ragioni per sostenere che, fino a quando il DM previsto dal citato comma 805 non verrà emanato, le società che svolgono attività propedeutiche non possono partecipare alle gare, le quali devono prevedere nel rispetto della sopravvenuta normativa, "*l'iscrizione obbligatoria in sezione separata dell'Albo di cui al medesimo articolo 53*" (comma 805)

Tale posizione interpretativa, oltre che dalla portata lessicale della norma, è supportata da un precedente.

Il Decreto Legislativo 15 dicembre 1997, n. 446 istituì, all'articolo 53, l'attuale Albo dei soggetti privati abilitati ad effettuare attività di liquidazione e di accertamento

dei tributi e quelle di riscossione dei tributi e di altre entrate delle province e dei comuni, che venne disciplinato, però, solo con DM dell'11 dicembre 2000, n. 289, a ben tre anni dalla sua istituzione.

Tale statuizione, di per sé, avrebbe impedito ai soggetti iscritti al vecchio Albo di cui all'art. 32 del D.Lgs. n. 507/1993 di partecipare alle gare indette nelle more tra l'entrata in vigore del citato art. 53 del Dlgs n.446/1997 e l'istituzione del nuovo Albo.

In quella circostanza, però, il Legislatore intervenne con una norma transitoria ovvero con l'art. 15 del D.Lgs. 10 aprile 1998, n. 137 secondo il quale: *“15. 1. Nel comma 3 dell'articolo 53 del decreto legislativo 15 dicembre 1997, n. 446, concernente l'albo per l'accertamento e la riscossione delle entrate degli enti locali, è aggiunto infine il seguente periodo: «Per i soggetti affidatari di servizi di liquidazione, accertamento e riscossione di tributi e altre entrate degli enti locali, che svolgano i predetti servizi almeno dal 1° gennaio 1997, può essere stabilito un periodo transitorio, non superiore a due anni, per l'adeguamento alle condizioni e ai requisiti per l'iscrizione nell'albo suddetto.»*

Non è prevista nella Legge di Bilancio 2020, che ha istituito la sezione separata dell'Albo e ha previsto nuove misure minime di capitale sociale, alcuna disposizione transitoria diretta a disciplinare il periodo intermedio tra la previsione legislativa introduttiva dell'obbligo e la emanazione del D.M. che definisce i criteri per l'iscrizione.

Sulla scorta delle considerazioni che precedono, si può ragionevolmente affermare che le società che svolgono attività propedeutiche possono partecipare alle gare indette dalle Amministrazioni locali solo quando saranno iscritte alla suddetta sezione separata dell'albo.

Ma vi è un altro elemento che connota negativamente il procedimento di gara curato dalla ASMEL Consortile. Tale società è stata più volte sottoposta ad indagine da parte di ANAC, che ha rilevato negli atti di gara predisposti dalla stessa patenti violazioni della vigente normativa.

Con riferimento al procedimento in esame, in disparte le considerazioni in merito alle prescrizioni che attribuiscono funzioni pubbliche a soggetti estranei all'Ente, l'art.15.1.4 del Disciplinare prevede il versamento di un corrispettivo pari ad € 16.800 a favore di ASMEL e messo a carico del partecipante in caso di aggiudicazione, in violazione dell'art. 28, comma 1, del D.lgs. N. 56/2017, che fa *“divieto di porre a carico dei concorrenti, nonché aggiudicatario eventuali costi connessi alla gestione della piattaforma di cui all'art.56”* (sul punto: Tar Lecce n. 1664/2019).

Di rilievo, per quanto riguarda sempre ASMEL Consortile è la Delibera n. 780 del 4 settembre 2019 dell'ANAC (che si allega), con la quale, dopo una puntuale ricostruzione della vicenda che ha interessato la asserita centrale di committenza,



l'Autorità ha registrato il persistere, da parte della predetta società, di pratiche di aggiramento della normativa vigente (art.41, comma 2 *bis*, del Dlgs. n.50/2016) che, nella fattispecie, sono integrate dal richiamato “atto unilaterale d’obbligo” (qualificato come elemento essenziale dell’offerta!!), di cui all’art.15.1.4 del Disciplinare.

In conclusione, si chiede la revoca del procedimento di gara per i prospettati profili di illegittimità, con l’indizione, ove l’Ente ritenesse persistente l’interesse pubblico, di un nuovo procedimento di gara che, escludendo qualsivoglia gabella, preveda quale requisito di idoneità, l’iscrizione al citato albo.

Si rimette la presente nota alla valutazione dell’ANAC, per l’adozione di idonei provvedimenti diretti ad eliminare, una volta per tutte, il persistere di pratiche illegittime da parte di ASMEL Consortile, alla Corte dei Conti della Basilicata per i profili di responsabilità amministrativa ed alla Procura della Repubblica di Melfi per eventuali responsabilità penali ravvisabili nei fatti e nelle circostanze esposte.

All’esito di quanto sopra si formula ogni più ampia riserva di ritornare sulla vicenda e di assumere ogni iniziativa ritenuta utile al ripristino della legalità

Roma, 28 aprile 2020

Il Presidente

Avv. Pietro di Benedetto