

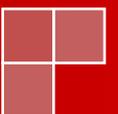
2020

07

 ANACAP

QUADERNI SULLA FISCALITA' LOCALE

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



B) GIURISPRUDENZA

- L'Adunanza Plenaria sul *dies a quo* per impugnare l'aggiudicazione. Consiglio di Stato, Ad. Plenaria, Sentenza n. 12 del 2 luglio 2020.....pag. 3
- Il principio di rotazione nelle procedure negoziate. Consiglio di Stato, Sez. VI, Sentenza n. 4627 del 17 luglio 2020..... pag. 18
- La *lex specialis* non può imporre l'adozione di un determinato contratto collettivo. Consiglio di Stato, Sez. V, Sentenza n. 4515 del 13 luglio 2020.....pag. 23
- Sulla irregolarità fiscale del subappaltatore. TAR Lazio, Sez. III, Sentenza n. 8225 del 16 luglio 2020.....pag. 36
- La stazione appaltante, se non ritiene conveniente l'offerta dell'unica impresa rimasta in gara, può decidere di annullarla. TAR Lazio, Sez. III, Sentenza n. 7653 del 3 luglio 2020.....pag. 47
- L'interesse a ricorrere per lesione del prestigio dell'impresa concorrente a una pubblica gara. TAR Lazio, Sez. II, Sentenza n. 7742 del 6 luglio 2020.....pag. 50
- Nei contratti attivi della P.A. è esclusa l'applicazione analogica del codice dei contratti pubblici. TAR Lazio, Sez. I *bis*, Sentenza n. 8066 del 14 luglio 2020.....pag. 61
- ICI: Nelle violazioni ultra annuali si applica la sanzione per continuazione. Cassazione Civile, Sez. V, Sentenza n. 13068 del 30 giugno 2020.....pag. 68
- Gli immobili storici o inagibili pagano il 25% dell'IMU. Cassazione Civile, Sez. Tributaria, Sentenza n. 14279 dell'8 luglio 2020.....pag. 73
- IMU: la discarica dei rifiuti va accatastata in categoria D. Cassazione Civile, Sez. VI, Ordinanza n. 13354 dell'1 luglio 2020.....pag. 78

C) PRASSI

- ARERA: Comunicato del 6 luglio 2020.....pag. 82

D) ATTIVITA' ANACAP

- ANACAP: Richiesta di determinazioni.....pag. 84
- ANACAP: Lettera alle Autorità.....pag. 86
- ANACAP: Prime note di lettura al D.L. Semplificazione.....pag. 88

TUTTI I DIRITTI RISERVATI

B) GIURISPRUDENZA

**CONSIGLIO DI STATO, AD. PLENARIA, SENTENZA N. 12 DEL 2 LUGLIO 2020.
L'ADUNANZA PLENARIA SUL DIES A QUO PER IMPUGNARE
L'AGGIUDICAZIONE.**

Il GSE bandiva una procedura di gara per l'aggiudicazione del servizio di pulizia dei propri uffici.

Una delle partecipanti impugnava l'aggiudicazione contestando il punteggio attribuito all'offerta vincitrice. Il TAR, in accoglimento dell'eccezione formulata dal G.S.E., dichiarava irricevibile il ricorso, in quanto notificato il (6 dicembre 2018) trentottesimo giorno successivo alla pubblicazione dell'atto di aggiudicazione sul “portale acquisti in rete PA nel sistema s.d.a.p.a.", (avvenuta il 29 ottobre 2018) visionata il giorno successivo dalla ricorrente. L'impresa impugnava la sentenza deducendo la violazione degli articoli 41 e 120 del c.p.a. e degli articoli 52, 53 e 76 del d.lgs. n. 50 del 2016.

La Quinta sezione del Consiglio di Stato rimetteva, con ordinanza all'esame dell'Adunanza Plenaria i seguenti quesiti:

“a) se il termine per l'impugnazione dell'aggiudicazione possa decorrere di norma dalla pubblicazione generalizzata degli atti di gara, tra cui devono comprendersi anche i verbali di gara, ivi comprese le operazioni tutte e le valutazioni operate dalle commissioni di gara delle offerte presentate, in coerenza con la previsione contenuta nell'art. 29 del d.lgs. n. 50 del 2016;

b) se le informazioni previste, d'ufficio o a richiesta, dall'art. 76 del d.lgs. n. 50 del 2016, nella parte in cui consentono di avere ulteriori elementi per apprezzare i vizi già individuati ovvero per accertarne altri consentano la sola proposizione dei motivi aggiunti, eccettuata l'ipotesi da considerare patologica – con le ovvie conseguenze anche ai soli fini di eventuali responsabilità erariale – della omessa o incompleta pubblicazione prevista dal già citato articolo 29;

c) se la proposizione dell'istanza di accesso agli atti di gara non sia giammai idonea a far slittare il termine per la impugnazione del provvedimento di aggiudicazione, che decorre dalla pubblicazione ex art. 29 ovvero negli altri casi patologici dalla comunicazione ex art. 76, e legittima soltanto la eventuale proposizione dei motivi aggiunti, ovvero se essa comporti la dilazione temporale almeno con particolare riferimento al caso in cui le ragioni di doglianza siano tratte dalla conoscenza dei documenti che completano l'offerta dell'aggiudicatario ovvero dalle giustificazioni da questi rese nell'ambito del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta;

d) se dal punto di vista sistematico la previsione dell'art. 120, comma 5, c.p.a. che fa decorrere il termine per l'impugnazione degli atti di gara, in particolare dell'aggiudicazione dalla comunicazione individuale (ex art. 78 del d.lgs. n. 50 del 2016) ovvero dalla conoscenza

comunque acquisita del provvedimento, debba intendersi nel senso che essa indica due modi (di conoscenza) e due momenti (di decorrenza) del tutto equivalenti ed equipollenti tra di loro, senza che la comunicazione individuale possa ritenersi modalità principale e prevalente e la conoscenza aliunde modalità secondaria o subordinata e meramente complementare;
e) se in ogni caso, con riferimento a quanto considerato in precedenza sub d), la pubblicazione degli atti di gara ex art. 29 del d.lgs. n. 50 del 2016 debba considerarsi rientrante in quelle modalità di conoscenza aliunde;
*f) se idonee a far decorrere il termine per l'impugnazione del provvedimento di aggiudicazione debbano considerare quelle forme di comunicazione e pubblicità individuate nella *lex specialis* di gara e accettate dagli operatori economici ai fini della stessa partecipazione alla procedura di gara”.*

Dopo un'ampia ricostruzione del quadro normativo e giurisprudenziale relativo al precedente Codice dei contratti relativamente all'individuazione del *dies a quo* per impugnare, la sentenza ha evidenziato che l'entrata in vigore del 'secondo Codice dei contratti ha determinato l'insorgere di due questioni interpretative: *il significato da attribuire al richiamo, ancora contenuto nell'art. 120, comma 5, del c.p.a., all'art. 79 del precedente Codice ormai abrogato, e conseguentemente (ii) la diversità di disciplina in materia di accesso, informazioni e pubblicità degli atti, contenuta nei due codici susseguiti nel tempo.* Gli articoli 29 e 76 del Codice del 2016 contengono infatti disposizioni diverse rispetto a quelle contenute nell'abrogato art. 79 in materia di accesso, di informazioni e di pubblicazione degli atti.

Prima di risolvere il contrasto giurisprudenziale che si è formato sulle due questioni, l'Adunanza Plenaria ha sottolineato, tuttavia, che le stesse non riguardano solo il caso in esame, ma, più in generale, attengono alla ricostruzione del quadro normativo dell'ordinamento nazionale evidentemente pregiudicato dal mancato coordinamento tra le modifiche introdotte con il Codice del 2016 e le disposizioni del c.p.a.

La sentenza ha accolto l'indirizzo giurisprudenziale secondo cui il richiamo normativo al precedente Codice dei contratti ancora presente nell'art. 120, comma 5, del c.p.a., è da intendere rivolto all'art. 76 del Codice del 2016.

In considerazione del diverso contenuto dell'art. 79 del d.lgs. n. 163 del 2006 e dell'art. 76 del d.lgs. n. 50 del 2016, la 'dilazione temporale' prima fissata in dieci giorni per l'accesso informale ai documenti di gara è ora ragionevolmente fissata in quindici giorni, termine previsto dal vigente art. 76, comma 2, del Codice del 2016 per la comunicazione delle ragioni dell'aggiudicazione su istanza dell'interessato.

L'Adunanza Plenaria ha inoltre precisato che, ai fini dell'individuazione della decorrenza del termine per l'impugnazione riveste particolare rilievo l'art. 29, comma 1, ultima parte, del Codice del 2016, in base al quale *“i termini cui sono collegati gli effetti giuridici della pubblicazione decorrono dalla data di pubblicazione sul profilo del committente”*.

In sintesi, l'individuazione del *dies a quo* dipende pertanto dal rispetto delle disposizioni sulle formalità inerenti alla 'informazione' e alla 'pubblicazione' degli atti, nonché dalle iniziative dell'impresa che effettui l'accesso informale con una 'richiesta scritta', per la quale sussiste il termine di quindici giorni previsto dall'art. 76, comma 2, del 'secondo codice', *“applicabile per identità di ratio anche all'accesso informale”*.

La sentenza ha concluso infatti che *“il termine di impugnazione comincia a decorrere dalla conoscenza del contenuto degli atti”* e che *“anche in tal caso non è necessaria la previa proposizione di un ricorso ‘al buio’, cui dovrebbe seguire la proposizione di motivi aggiunti”*.

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

sull'appello recante il n.r.g. n. 9 del 2020 dell'Adunanza Plenaria (e il n.r.g. 2690 del 2019 della Sezione Quinta del Consiglio di Stato), proposto dalla s.p.a. M.S., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso 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;

contro

la s.p.a. G.S.E., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Sergio Fienga e Marco Trevisan, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Sergio Fienga in Roma, Piazzale delle Belle Arti, n. 8;

nei confronti

la s.c.r.l. C.L. in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Paolo Michiara, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio del signor Alfredo Placidi in Roma, via Barnaba Tortolini, n. 30;

la s.p.a. C., in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituito in giudizio;
per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, Sede di Roma, Sezione Terza, n. 3552/2019, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della s.p.a. G.S.E. e della s.c.r.l. C.L.;

Vista l'ordinanza della Sezione Quinta n. 2215 del 2020, con cui l'appello è stato sottoposto all'esame dell'Adunanza Plenaria;

Viste le memorie difensive successivamente depositate dalle parti, integrate da memorie di replica;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza del giorno 24 giugno 2020 il pres. Luigi Maruotti e rilevato che gli avvocati Sergio Fienga e Paolo Michiara hanno chiesto che la causa sia decisa, ai sensi dell'art. 4, comma 1, ultimo periodo, del D.L. n. 28 del 2020;

Svolgimento del processo – Motivi della decisione

1. In data 5 dicembre 2017, la s.p.a. G.S.E. ha pubblicato sul proprio sito istituzionale il bando di una procedura di gara, per l'aggiudicazione – col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa – del “servizio di pulizia negli uffici delle società del gruppo” siti in Roma, mediante il sistema dinamico di acquisizione della pubblica amministrazione (s.d.a.p.a.), ai sensi dell'art. 55 del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, per la durata di cinque anni e del valore di Euro 6.618.118,90.

2. All'esito della gara, la s.c.r.l. C.L. ha ottenuto il punteggio più alto di 99,678 punti, precedendo la s.p.a. M.S., che ha ottenuto 99,268 punti.

A seguito della verifica di congruità dell'offerta, la s.p.a. G. – con un atto di data 26 ottobre 2018, pubblicato il 29 ottobre 2018 sul s.d.a.p.a. e, per estratto, sul sito istituzionale – ha aggiudicato la gara alla s.c.r.l. C.L..

3. Con il ricorso di primo grado n. 15102 del 2018 (proposto al TAR per il Lazio, Sede di Roma, e notificato il 6 dicembre 2018), la s.p.a. M.S. ha impugnato l'atto di aggiudicazione della gara e ne ha chiesto l'annullamento per violazione dell'art. 95 del D.Lgs. n. 50 del 2016 e dell'art. 7.2. del capitolato d'onere, nonché per profili di eccesso di potere.

La ricorrente, in particolare, ha dedotto che all'offerta dell'aggiudicataria, che ha potuto esaminare in data 13 novembre 2018, è stato erroneamente attribuito un punteggio per l'utilizzo di aspirapolveri con potenza sonora interiore a sessanta decibel.

4. Il TAR, con la sentenza n. 3552 del 2019, ha dichiarato irricevibile il ricorso della s.p.a. M.S., in accoglimento di una eccezione formulata dalla s.p.a. G., per la quale la notifica di data 6 dicembre 2018 sarebbe tardiva, perché effettuata il trentottesimo giorno successivo alla pubblicazione dell'atto di aggiudicazione sul ‘portale acquisti in rete PA nel sistema s.d.a.p.a.’, avvenuta in data 29 ottobre 2018 e seguita dalla visione da parte della ricorrente il giorno successivo.

Il TAR, con la sua ratio decidendi, ha richiamato l'art. 120, comma 5, del c.p.a. ed ha ritenuto che:

- tali disposizioni vanno interpretate in coerenza con i principi generali sul decorso del termine di decadenza per l'impugnazione dei provvedimenti amministrativi e sulla rilevanza della loro effettiva conoscenza;

- il termine per impugnare gli atti delle procedure di affidamento di appalti pubblici decorre, ai sensi dell'art. 41, comma 2, c.p.a., dalla notificazione, comunicazione o piena conoscenza dell'atto e ciò anche se non siano rispettate le forme della sua comunicazione, previste dall'art. 79 del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, poiché il comma 5 attribuisce rilievo alla loro piena conoscenza;

- nel caso in esame, l'Amministrazione aggiudicatrice ha fornito la prova certa della conoscenza da parte della ricorrente della delibera di aggiudicazione.

5. Con l'appello n. 2690 del 2019, la s.p.a. M.S. ha impugnato la sentenza del TAR ed ha chiesto che, in sua riforma, il ricorso di primo grado sia dichiarato ricevibile e sia accolto, perché fondato.

Con il primo motivo, l'appellante ha contestato la statuizione del TAR sulla inammissibilità del ricorso di primo grado, deducendo la violazione degli articoli 41 e 120 del c.p.a. e degli articoli 52, 53 e 76 del D.Lgs. n. 50 del 2016.

L'appellante ha dedotto che:

a) mancherebbe la prova certa che vi sia stata l'effettiva 'piena conoscenza' della aggiudicazione in data 30 ottobre 2018 e non rilevarebbe la copia della pagina web tratta dal sistema s.d.a.p.a. (che riporta il 29 ottobre 2018 come data di invio e di ricezione della comunicazione dell'atto di aggiudicazione e il 30 ottobre 2018 come data di lettura della comunicazione), poiché:

- non vi sarebbe la prova dell'invio di tale comunicazione (non essendo stato allegato, né indicato, l'indirizzo mail della società al quale essa sarebbe stata spedita);
- neppure vi sarebbero elementi per ritenere che alla "M.S. a socio unico" era effettivamente associato un suo indirizzo mail;

b) in ogni caso, la comunicazione dell'aggiudicazione con il sistema s.d.a.p.a. non poteva far decorrere il termine di impugnazione (poiché, per l'art. 120, comma 5, del c.p.a., l'unica forma di comunicazione rilevante ai fini processuali sarebbe solo quella a mezzo PEC, tanto più che le parole "in ogni altro caso", contenute alla fine del medesimo comma, si riferirebbero alla conoscenza della aggiudicazione ottenuta dal ricorrente aliunde rispetto alla sua comunicazione), sicché la notifica del ricorso di primo grado, di data 6 dicembre 2018, sarebbe tempestiva, rispetto alla comunicazione della aggiudicazione, effettuata via PEC il 6 novembre 2018;

c) per di più, la mera conoscenza della emanazione della aggiudicazione non poteva fare decorrere il termine per la proposizione della censura sul punteggio attribuito all'aggiudicataria, poiché solo con l'accesso agli atti di gara, consentito dalla s.p.a. G. il 13 novembre 2018, sarebbe stato possibile avere cognizione dei vizi dei relativi atti.

6. La s.p.a. G. e la s.c.r.l. C.L. si sono costituite in giudizio, chiedendo che l'appello sia respinto.

7. Con l'ordinanza di rimessione n. 2215 del 2020, la Sezione Quinta ha osservato che le questioni controverse tra le parti riguardano l'individuazione:

- a) delle forme e delle modalità delle comunicazioni dell'atto di aggiudicazione di un appalto;
- b) della data di inizio della decorrenza del termine per impugnare tale atto;
- c) dei casi in cui rilevi la sua piena ed effettiva conoscenza, quando ne manchi la formale comunicazione.

La Sezione Quinta ha evidenziato le esigenze della certezza dei rapporti giuridici e della stabilità dell'atto di aggiudicazione ed ha richiamato il principio di effettività della tutela giurisdizionale, segnalando che su tali questioni non si è formata una giurisprudenza univoca. Di conseguenza, la Quinta Sezione ha sottoposto all'esame della Adunanza Plenaria i seguenti quesiti:

"a) se il termine per l'impugnazione dell'aggiudicazione possa decorrere di norma dalla pubblicazione generalizzata degli atti di gara, tra cui devono comprendersi anche i verbali di gara, ivi comprese le operazioni tutte e le valutazioni operate dalle commissioni di gara delle offerte presentate, in coerenza con la previsione contenuta nell'art. 29 del D.Lgs. n. 50 del 2016;

b) se le informazioni previste, d'ufficio o a richiesta, dall'art. 76 del D.Lgs. n. 50 del 2016, nella parte in cui consentono di avere ulteriori elementi per apprezzare i vizi già individuati ovvero per accertarne altri consentano la sola proposizione dei motivi aggiunti, eccettuata l'ipotesi da considerare patologica – con le ovvie conseguenze anche ai soli fini di eventuali

responsabilità erariale – della omessa o incompleta pubblicazione prevista dal già citato articolo 29;

c) se la proposizione dell'istanza di accesso agli atti di gara non sia giammai idonea a far slittare il termine per la impugnazione del provvedimento di aggiudicazione, che decorre dalla pubblicazione ex art. 29 ovvero negli altri casi patologici dalla comunicazione ex art. 76, e legittima soltanto la eventuale proposizione dei motivi aggiunti, ovvero se essa comporti la dilazione temporale almeno con particolare riferimento al caso in cui le ragioni di doglianza siano tratte dalla conoscenza dei documenti che completano l'offerta dell'aggiudicatario ovvero dalle giustificazioni da questi rese nell'ambito del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta;

d) se dal punto di vista sistematico la previsione dell'art. 120, comma 5, c.p.a. che fa decorrere il termine per l'impugnazione degli atti di gara, in particolare dell'aggiudicazione dalla comunicazione individuale (ex art. 78 del D.Lgs. n. 50 del 2016) ovvero dalla conoscenza comunque acquisita del provvedimento, debba intendersi nel senso che essa indica due modi (di conoscenza) e due momenti (di decorrenza) del tutto equivalenti ed equipollenti tra di loro, senza che la comunicazione individuale possa ritenersi modalità principale e prevalente e la conoscenza aliunde modalità secondaria o subordinata e meramente complementare;

e) se in ogni caso, con riferimento a quanto considerato in precedenza sub d), la pubblicazione degli atti di gara ex art. 29 del D.Lgs. n. 50 del 2016 debba considerarsi rientrante in quelle modalità di conoscenza aliunde;

f) se idonee a far decorrere il termine per l'impugnazione del provvedimento di aggiudicazione debbano considerare quelle forme di comunicazione e pubblicità individuate nella lex specialis di gara e accettate dagli operatori economici ai fini della stessa partecipazione alla procedura di gara'.

8. Le parti hanno depositato memorie difensive e memorie di replica, illustrando le questioni controverse ed insistendo nelle già formulate conclusioni.

9. Ritiene l'Adunanza Plenaria che le questioni sollevate dall'ordinanza di rimessione vadano risolte tenendo conto dei dati testuali delle vigenti disposizioni normative, nonché dei principi enunciati in materia dalla Corte di Giustizia della Unione Europea.

10. Per quanto riguarda la decorrenza del termine di impugnazione degli atti amministrativi, il c.p.a. contiene regole generali all'art. 41, comma 2, e regole speciali, tra cui quelle previste dall'art. 120, comma 5, in tema di impugnazione degli atti delle gare d'appalto.

Le regole generali contenute nell'art. 41, comma 2, prima parte, sono le seguenti: 'qualora sia proposta azione di annullamento, il ricorso deve essere notificato, a pena di decadenza, alla pubblica amministrazione che ha emesso l'atto impugnato e ad almeno uno dei controinteressati che sia individuato nell'atto stesso entro il termine previsto dalla legge, decorrente dalla notificazione, comunicazione o piena conoscenza, ovvero, per gli atti di cui non sia richiesta la notificazione individuale, dal giorno in cui sia scaduto il termine della pubblicazione se questa sia prevista dalla legge o in base alla legge'.

In tema di impugnazione degli atti delle gare d'appalto, l'art. 120, comma 5, dispone che 'per l'impugnazione degli atti di cui al presente articolo il ricorso, principale o incidentale e i motivi aggiunti, anche avverso atti diversi da quelli già impugnati, devono essere proposti nel termine di trenta giorni, decorrente, per il ricorso principale e per i motivi aggiunti, dalla ricezione della comunicazione di cui all'articolo 79 del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, o, per

i bandi e gli avvisi con cui si indice una gara, autonomamente lesivi, dalla pubblicazione di cui all'articolo 66, comma 8, dello stesso decreto; ovvero, in ogni altro caso, dalla conoscenza dell'atto'.

11. La ratio delle disposizioni speciali contenute nell'art. 120, comma 5, prima parte, è composita.

11.1. Prima dell'entrata in vigore del c.p.a. – e con riferimento alle tradizionali disposizioni sulla proponibilità anche in materia di appalti del ricorso al TAR o al Presidente della Repubblica entro i consueti termini di decadenza, rispettivamente, di sessanta o di centoventi giorni – la giurisprudenza riteneva che anche in tale materia si applicavano i principi generali sulla decorrenza del termine di impugnazione.

Pertanto, si affermava che il dies a quo decorreva dalla comunicazione della aggiudicazione o dalla conoscenza della sua portata lesiva e che non rilevava la distinzione tra i vizi desumibili dall'atto comunicato e gli altri vizi percepibili aliunde, poiché sussisteva l'onere della immediata impugnazione dell'atto lesivo, salva la possibilità di proporre motivi aggiunti a seguito della conoscenza degli atti impugnati e degli eventuali loro profili di illegittimità (Cons. Stato, Sez. IV, 21 maggio 2004, n. 3298; Sez. V, 2 aprile 1996, n. 381; Sez. V, 4 ottobre 1994, n. 1120; Cons. giust. Amm. Sicilia, Sez. giuris., 20 aprile 1998, n. 261).

11.2. In attuazione della direttiva n. 66 del 2007 e dell'*art. 44 della legge delega n. 88 del 2009*, il *D.Lgs. n. 53 del 2010* ha tra l'altro modificato l'art. 245 del 'primo codice' dei contratti pubblici, inserendovi il comma 2 quinquies, lett. a), che ha previsto il termine di trenta giorni per proporre il ricorso giurisdizionale (termine connesso alla disciplina sullo stand still di cui all'art. 11 dello stesso 'primo codice', che ha richiamato gli obblighi di comunicazione previsti dall'art. 79).

A sua volta, l'art. 120 del c.p.a.

- al comma 1, ha introdotto la disposizione innovativa della esclusione della proposizione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, ancora espressamente ammesso dall'art. 245 del 'primo codice';

- al comma 2, ha ribadito la regola – introdotta dal d.lgs. n. 53 del 2010 – della proponibilità del ricorso entro il termine di trenta giorni, dimezzato rispetto a quello ordinariamente previsto per la proposizione di un ricorso al TAR;

- al comma 5, ha introdotto ulteriori disposizioni sulla rilevanza della pubblicazione degli atti, da effettuare ai sensi dell'art. 79 del 'primo codice' sui contratti pubblici.

In particolare, tale comma 5 – ispirandosi al principio della effettività della tutela giurisdizionale delle imprese interessate – ha disposto che il termine per l'impugnazione comincia a decorrere da una 'data oggettivamente riscontrabile', da individuare:

- da un lato, sulla base degli 'incombenti formali ex lege' cui è tenuta l'Amministrazione aggiudicatrice (connessi alla disciplina sullo stand still, contenuta dapprima nell'art. 11 del 'primo codice' e poi nell'art. 32, comma 9, del 'secondo codice');

- dall'altro lato, sulla base del criterio della normale diligenza per la conoscenza degli atti, cui è tenuta l'impresa che intenda proporre il ricorso.

Sulla base di tali innovative disposizioni, la giurisprudenza – con riferimento agli atti emanati prima dell'entrata in vigore del 'secondo codice' – ha escluso la necessità di proporre ricorsi 'al buio', con salvezza di motivi aggiunti, nei giudizi 'concernenti le procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture'.

12. Per la determinazione della ‘data oggettivamente riscontrabile’ quale dies a quo, l’art. 120, comma 5, del c.p.a. ha infatti fissato tre regole:

- a) per la impugnazione degli atti ‘concernenti le procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture’, incluse le aggiudicazioni, si è richiamata la data di ‘ricezione della comunicazione di cui all’articolo 79 del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163’ (recante il titolo ‘informazioni circa i mancati inviti, le esclusioni e le aggiudicazioni’), attribuendo, dunque, rilievo decisivo al rispetto delle previsioni dell’art. 79;
- b) per l’impugnazione dei bandi e degli avvisi ‘con cui si indice una gara, autonomamente lesivi’, si è richiamata la data di ‘pubblicazione di cui all’articolo 66, comma 8’ del medesimo D.Lgs. n. 163 del 2006, attribuendo, dunque, analogo rilievo a tale pubblicazione;
- c) ‘in ogni altro caso’, va accertata la ‘conoscenza dell’atto’.

Per i casi previsti dalle lettere a) e b), l’art. 120 ha attribuito dunque rilievo decisivo al compimento delle ‘informazioni’ e delle ‘pubblicazioni’ che l’Amministrazione aggiudicatrice è tenuta ad effettuare.

13. Come si desume dall’ordinanza di rimessione, per le aggiudicazioni disposte nel vigore dell’art. 245 del ‘primo codice’ dei contratti pubblici (come modificato con il D.Lgs. n. 53 del 2010) e del sostanzialmente corrispondente art. 120 del c.p.a., si erano consolidati i seguenti orientamenti giurisprudenziali.

14. Qualora l’Amministrazione aggiudicatrice avesse inviato una ‘comunicazione completa ed esaustiva dell’aggiudicazione’ (con l’esposizione delle ragioni di preferenza per l’offerta dell’aggiudicatario), si affermava che il ricorso era proponibile nel termine di trenta giorni, decorrente dalla comunicazione della aggiudicazione ai sensi dell’art. 79 del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (richiamato dall’art. 120, comma 5, del c.p.a. e recante il titolo ‘Informazioni circa i mancati inviti, le esclusioni e le aggiudicazioni’).

Dovendosi coordinare l’art. 120, comma 5, del c.p.a. con l’art. 79 del D.Lgs. n. 50 del 2006 (richiamato dal medesimo comma 5), la sopra citata giurisprudenza riteneva che:

- aveva un rilievo centrale il comma 5 quater dell’art. 79 (come introdotto dall’art. 2 del D.Lgs. n. 53 del 2010), per il quale, ‘Fermi i divieti e differimenti dell’accesso previsti dall’articolo 13, l’accesso agli atti del procedimento in cui sono adottati i provvedimenti oggetto di comunicazione ai sensi del presente articolo è consentito entro dieci giorni dall’invio della comunicazione dei provvedimenti medesimi mediante visione ed estrazione di copia. Non occorre istanza scritta di accesso e provvedimento di ammissione, salvi i provvedimenti di esclusione o differimento dell’accesso adottati ai sensi dell’articolo 13’;
- il termine di trenta giorni per l’impugnazione dell’atto di aggiudicazione si doveva incrementare di un numero di giorni (massimo dieci) pari a quello necessario per avere piena conoscenza dell’atto e dei suoi eventuali profili di illegittimità, qualora questi non fossero oggettivamente evincibili dalla comunicazione di aggiudicazione (Cons. Stato, Sez. III, 28 agosto 2014, n. 4432; Sez. V, 5 febbraio 2018, n. 718; Sez. III, 3 luglio 2017, n. 3253; Sez. V, 27 aprile 2017, n. 1953; Sez. V, 23 febbraio 2017, n. 851; Sez. V, 13 febbraio 2017, n. 592; Sez. V, 10 febbraio 2015, n. 864);
- qualora l’Amministrazione aggiudicatrice avesse però rifiutato illegittimamente l’accesso o avesse avuto ‘comportamenti dilatori’, il termine per l’impugnazione cominciava a decorrere dalla data in cui l’accesso era stato effettivamente consentito (Cons. Stato, sez. III, 22 luglio

2016, n. 3308; sez. III, 3 marzo 2016, n. 1143; sez. V, 7 settembre 2015, n. 4144; sez. V, 6 maggio 2015, n. 2274; sez. III, 7 gennaio 2015, n. 25; sez. V, 13 marzo 2014, n. 1250).

15. Qualora fosse invece mancata la ‘comunicazione completa ed esaustiva dell’aggiudicazione’ (avendo l’Amministrazione aggiudicatrice comunicato soltanto l’avvenuta aggiudicazione ed il nominativo dell’aggiudicatario), si affermava che si doveva tenere conto della esigenza per l’interessato di conoscere gli elementi tecnici dell’offerta dell’aggiudicatario e, in generale, gli atti della procedura di gara, per poter esaminare compiutamente il loro contenuto e verificare la sussistenza di eventuali vizi (Cons. Stato, Sez. V, 26 luglio 2017, n. 3675; Sez. V, 27 aprile 2017, n. 1953; Sez. V, 13 febbraio 2017, n. 592; Sez. V, 26 novembre 2016, n. 4916; Sez. V, 3 febbraio 2016, n. 408; Cons. giust. Amm. Sicilia, Sez. giurisd., 8 giugno 2017, n. 274).

16. Su questo articolato, ma consolidato, quadro normativo e giurisprudenziale, ha inciso l’entrata in vigore del ‘secondo codice’ dei contratti pubblici, approvato con il D.Lgs. n. 50 del 2016.

Tale codice non ha testualmente modificato l’art. 120, comma 5, del c.p.a., ma ha con esso interferito sotto un duplice aspetto.

16.1. In primo luogo, l’art. 217 del ‘secondo codice’ ha abrogato il D.Lgs. n. 163 del 2006, di approvazione del ‘primo codice’, incluso l’art. 79 (che però continua ad essere richiamato dal medesimo art. 120, comma 5, del c.p.a.).

Già tale discrasia di per sé implica la necessità di chiarire il significato da attribuire all’art. 120, comma 5, giacché esso richiama un articolo che è stato ormai espressamente abrogato nel 2016.

16.2. In secondo luogo, gli articoli 29 e 76 del ‘secondo codice’ in materia di accesso, di informazioni e di pubblicazione degli atti contengono ben diverse disposizioni, rispetto a quelle contenute nell’abrogato art. 79, le quali – come si è prima osservato – avevano anche la funzione di delimitare la portata applicativa dell’art. 120, comma 5, del c.p.a., sulla individuazione del dies a quo per l’impugnazione delle diverse tipologie degli atti di gara.

Il vigente art. 29 – in applicazione del principio di trasparenza – ha disposto al comma 1 che tutti gli atti del procedimento “devono essere pubblicati e aggiornati sul profilo del committente, nella sezione “Amministrazione trasparente”, con l’applicazione delle disposizioni di cui D.Lgs. 14 marzo 2013, n. 33”, aggiungendo che, “Fatti salvi gli atti a cui si applica l’articolo 73, comma 5, i termini cui sono collegati gli effetti giuridici della pubblicazione decorrono dalla data di pubblicazione sul profilo del committente”.

Il vigente art. 76 – sulla “Informazione dei candidati e degli offerenti” – ha disposto che:

- ‘Le stazioni appaltanti, nel rispetto delle specifiche modalità di pubblicazione stabilite dal presente codice, informano tempestivamente ciascun candidato e ciascun offerente delle decisioni adottate riguardo alla conclusione di un accordo quadro, all’aggiudicazione di un appalto o all’ammissione di un sistema dinamico di acquisizione, ivi compresi i motivi dell’eventuale decisione di non concludere un accordo quadro o di non aggiudicare un appalto per il quale è stata indetta una gara o di riavviare la procedura o di non attuare un sistema dinamico di acquisizione’ (comma 1);

- ‘Su richiesta scritta dell’offerente e del candidato interessato, l’amministrazione aggiudicatrice comunica immediatamente e comunque entro quindici giorni dalla ricezione della richiesta: a) ad ogni offerente, i motivi del rigetto della sua offerta, inclusi, per i casi di

cui all'articolo 68, commi 7 e 8, i motivi della decisione di non equivalenza o della decisione secondo cui i lavori, le forniture o i servizi non sono conformi alle prestazioni o ai requisiti funzionali; a bis) ad ogni candidato escluso, i motivi del rigetto della sua domanda di partecipazione; b) ad ogni offerente che abbia presentato un'offerta ammessa in gara e valutata, le caratteristiche e i vantaggi dell'offerta selezionata e il nome dell'offerente cui è stato aggiudicato l'appalto o delle parti dell'accordo quadro; c) ad ogni offerente che abbia presentato un'offerta ammessa in gara e valutata, lo svolgimento e l'andamento delle negoziazioni e del dialogo con gli offerenti' (comma 2);

- 'Le stazioni appaltanti comunicano d'ufficio immediatamente e comunque entro un termine non superiore a cinque giorni: a) l'aggiudicazione, all'aggiudicatario, al concorrente che segue nella graduatoria, a tutti i candidati che hanno presentato un'offerta ammessa in gara, a coloro la cui candidatura offerta siano state escluse se hanno proposto impugnazione avverso l'esclusione o sono in termini per presentare impugnazione, nonché a coloro che hanno impugnato il bando o la lettera d'invito, se tali impugnazioni non siano state respinte con pronuncia giurisdizionale definitiva; b) l'esclusione ai candidati e agli offerenti esclusi; c) la decisione di non aggiudicare un appalto ovvero di non concludere un accordo quadro, a tutti i candidati; d) la data di stipula del contratto con l'aggiudicazione, ai soggetti di cui alla lettera a) del presente comma' (comma 5).

17. Con l'entrata in vigore del 'secondo codice' degli appalti, sono dunque sorte le questioni interpretative, conseguenti in primo luogo al mantenimento nell'art. 120, comma 5, del c.p.a. del richiamo all'art. 79 del 'primo codice' ormai abrogato, e in secondo luogo alla diversità di disciplina in materia di accesso, informazioni e pubblicità degli atti, contenuta nei due codici dei contratti pubblici susseguirsi nel tempo.

18. Come ha osservato l'ordinanza di rimessione, tali questioni interpretative hanno condotto ai contrapposti orientamenti giurisprudenziali, che l'Adunanza Plenaria è in questa sede chiamata a risolvere.

19. Per una prima impostazione, va data continuità – con inevitabili adattamenti – agli orientamenti giurisprudenziali sopra sintetizzati ai 14 e 15, pur dopo l'entrata in vigore del D.Lgs. n. 50 del 2016 (malgrado il mancato coordinamento del 'secondo codice' dei contratti pubblici con il c.p.a. e malgrado il mutamento della disciplina sull'accesso agli atti della gara).

Si è infatti affermata la perdurante rilevanza del richiamo ancora contenuto nell'art. 120, comma 5, del c.p.a., ma da intendere rivolto non più all'art. 79 ('Informazioni circa i mancati inviti, le esclusioni e le aggiudicazioni') del 'primo codice' ormai abrogato, ma all'art. 76 ('Informazione dei candidati e degli offerenti') del 'secondo codice' (Cons. Stato, Sez. V, 10 giugno 2019, n. 3879; Sez. V, 27 novembre 2018, n. 6725).

In considerazione del diverso contenuto dell'art. 79 del D.Lgs. n. 163 del 2006 e dell'art. 76 del D.Lgs. n. 50 del 2016, si è precisato che la 'dilazione temporale' prima fissata in dieci giorni per l'accesso informale ai documenti di gara (disciplinato dall'art. 79, comma 5 quater, del 'primo codice', ma non più disciplinato dal 'secondo codice') si debba ora ragionevolmente determinare in quindici giorni, termine previsto dal vigente art. 76, comma 2, del 'secondo codice' per la comunicazione delle ragioni dell'aggiudicazione su istanza dell'interessato (Cons. Stato, Sez. V, 20 settembre 2019, n. 6251; Sez. V, 2 settembre 2019, n. 6064; Sez. V, 13 agosto 2019, n. 5717, Sez. III, 6 marzo 2019, n. 1540).

Similmente a quanto deciso in giurisprudenza in sede di interpretazione dell'art. 120, comma 5, del c.p.a. nel periodo di vigenza dell'art. 79 del 'primo codice', si è altresì ribadito che, qualora l'Amministrazione aggiudicatrice rifiuti l'accesso o impedisca con comportamenti dilatori l'immediata conoscenza degli atti di gara, il termine per l'impugnazione degli atti comincia a decorrere solo da quando l'interessato li abbia conosciuti (Cons. Stato, Sez. III, 6 marzo 2019, n. 1540).

20. Per una seconda impostazione, l'abrogazione dell'art. 79 del 'primo codice' comporta che non abbia più rilievo il richiamo ad esso operato dall'art. 120, comma 5, del c.p.a., con le seguenti conseguenze:

- il termine di trenta giorni per l'impugnazione dell'atto di aggiudicazione decorre in ogni caso dalla ricezione della comunicazione della aggiudicazione ovvero, in mancanza, dalla conoscenza dell'aggiudicazione che l'interessato abbia comunque acquisito aliunde;
- non rileva più la distinzione (prima basata sull'art. 120, comma 5, dell'art. 79 del 'primo codice', ma divenuta irrilevante) tra i vizi desumibili dall'atto comunicato, per il quale il dies a quo decorrerebbe dalla comunicazione dell'aggiudicazione, e gli altri vizi percepibili aliunde, per i quali il dies a quo decorrerebbe dal momento dell'effettiva conoscenza (Cons. Stato, Sez. V, 28 ottobre 2019, n. 7384; Sez. IV, 23 febbraio 2015, n. 856; Sez. V, 20 gennaio 2015, n. 143);
- la conoscenza dei vizi dell'aggiudicazione, successiva alla sua comunicazione, consente la proponibilità dei motivi aggiunti.

21. Prima di esaminare le questioni sulla tempestività del ricorso di primo grado, l'Adunanza Plenaria:

- premette che, per la pacifica giurisprudenza della Corte di Giustizia, 'gli Stati membri hanno l'obbligo di istituire un sistema di termini di decadenza sufficientemente preciso, chiaro e prevedibile, onde consentire ai singoli di conoscere i loro diritti ed obblighi' (Corte di Giustizia, 14 febbraio 2019, in C-54/18, punto 29; 7 novembre 1996, in C-221/94, punto 22; 10 maggio 1991, in C-361/88);
- rileva che le questioni sulla tempestività del ricorso di primo grado non riguardano la singola controversia in esame, ma attengono alla ricostruzione del quadro normativo dell'ordinamento nazionale, conseguente ad un mancato coordinamento tra le modifiche introdotte con il 'secondo codice' dei contratti pubblici di cui al D.Lgs. n. 50 del 2016 e le preesistenti disposizioni del c.p.a.;
- nel decidere sui quesiti sollevati dall'ordinanza di rimessione, in applicazione dell'art. 58 del R.D. n. 444 del 1942 ritiene di dover trasmettere copia della presente sentenza alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, per la doverosa segnalazione di tale mancato coordinamento, affinché sia disposta una modifica legislativa ispirata alla necessità che vi sia un 'sistema di termini di decadenza sufficientemente preciso, chiaro e prevedibile', disciplinato dalla legge con disposizioni di immediata lettura da parte degli operatori cui si rivolgono le direttive dell'Unione Europea.

22. Passando all'esame delle questioni rilevanti in questa sede, ritiene l'Adunanza Plenaria che, tra le due soluzioni sino ad ora prospettate dalla giurisprudenza, vada seguita quella sopra esposta al 19.

23. Innanzitutto, va rimarcato come il legislatore non abbia modificato l'art. 120, comma 5, del c.p.a., per quanto riguarda il suo richiamo all'art. 79 del 'primo codice', il quale – come

si è sopra osservato – ha dato rilievo ad una ‘data oggettivamente riscontrabile’, da individuare in considerazione degli incumbenti formali cui è tenuta ex lege l’Amministrazione aggiudicatrice e del rispetto della regola della diligenza cui è tenuta l’impresa interessata.

In altri termini, in sede di emanazione del ‘secondo codice’ degli appalti, non vi è stata alcuna determinazione del conditor iuris di modificare la regola speciale contenuta nel c.p.a., sul rilievo decisivo da attribuire – ai fini processuali – agli incumbenti formali informativi cui è tenuta l’Amministrazione aggiudicatrice, indispensabili per individuare il dies a quo.

Come evidenziato dalle sentenze sopra richiamate al 19, le incongruenze conseguenti al mancato coordinamento del ‘secondo codice’ con l’art. 120, comma 5, del c.p.a. si possono allora superare ritenendo che non vi è stato il necessario coordinamento del richiamo effettuato dal medesimo comma 5: il riferimento alla formalità previste dall’art. 79 del ‘primo codice’ deve ora intendersi effettuato alle formalità previste dall’art. 76 del ‘secondo codice’.

24. Tale constatazione non esaurisce però la definizione dei quesiti sollevati dall’ordinanza di rimessione.

Infatti, l’art. 76 del ‘secondo codice’ non contiene specifiche regole sull’accesso informale, in precedenza consentito per le procedure di gara dall’art. 79, comma 5 quater, del ‘primo codice’ (che contribuiva a dare un compiuto e prevedibile significato all’art. 120, comma 5, del c.p.a.).

25. Ritiene l’Adunanza Plenaria che – a seguito della mancata riproduzione nel ‘secondo codice’ di specifiche disposizioni sull’accesso informale agli atti di gara – rilevano le disposizioni generali sull’accesso informale, previste dall’art. 5 del regolamento approvato con il D.P.R. n. 184 del 2006.

25.1. Queste sono divenute applicabili per gli atti delle procedure di gara in questione a seguito della abrogazione delle disposizioni speciali, previste dall’art. 79, comma 5 quater, del ‘primo codice’.

25.2. L’Amministrazione aggiudicatrice deve consentire all’impresa interessata di accedere agli atti, sicché – in presenza di eventuali suoi comportamenti dilatori (che non possono comportare suoi vantaggi processuali, per il principio della parità delle parti) – va ribadito quanto già affermato dalla giurisprudenza sopra richiamata al 19, per la quale, qualora l’Amministrazione aggiudicatrice rifiuti l’accesso o impedisca con comportamenti dilatori l’immediata conoscenza degli atti di gara (e dei relativi allegati), il termine per l’impugnazione degli atti comincia a decorrere solo da quando l’interessato li abbia conosciuti.

26. Ritiene inoltre l’Adunanza Plenaria che, per la individuazione della decorrenza del termine per l’impugnazione, rileva anche l’art. 29, comma 1, ultima parte, del ‘secondo codice’, per il quale “i termini cui sono collegati gli effetti giuridici della pubblicazione decorrono dalla data di pubblicazione sul profilo del committente”.

L’impresa interessata – che intenda proporre un ricorso – ha l’onere di consultare il ‘profilo del committente’, dovendosi desumere la conoscenza legale degli atti dalla data nella quale ha luogo la loro pubblicazione con i relativi allegati (data che deve costantemente risultare dal sito).

27. In considerazione dell’immutato testo dell’art. 120, comma 5, del c.p.c., degli articoli 29, comma 1, e 76 del ‘secondo codice’, nonché dell’art. 5 del D.P.R. n. 184 del 2006, ritiene

l'Adunanza Plenaria che per determinare il dies a quo per l'impugnazione va riaffermata la perdurante rilevanza della 'data oggettivamente riscontrabile', cui ancora si riferisce il citato comma 5.

La sua individuazione, dunque, continua a dipendere dal rispetto delle disposizioni sulle formalità inerenti alla 'informazione' e alla 'pubblicazione' degli atti, nonché dalle iniziative dell'impresa che effettui l'accesso informale con una 'richiesta scritta', per la quale sussiste il termine di quindici giorni previsto dall'art. 76, comma 2, del 'secondo codice', applicabile per identità di ratio anche all'accesso informale.

28. Le considerazioni che precedono sono corroborate dall'esame dell'art. 2 quater della direttiva n. 665 del 1989 e della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

28.1. L'art. 2 quater della direttiva n. 665 del 1989 ha disposto che il termine 'per la proposizione del ricorso' – fissato dal legislatore nazionale – comincia 'a decorrere dal giorno successivo alla data in cui la decisione dell'Amministrazione aggiudicatrice è stata inviata' al partecipante alla gara, 'accompagnata da una relazione sintetica dei motivi pertinenti'.

Da tale disposizione, si desume che la direttiva ha fissato proprio il principio posto a base dapprima dell'art. 245 del 'primo codice' e poi dell'art. 120, comma 5, del c.p.a., e cioè che la decorrenza del termine di impugnazione dipenda dall'accertamento di una 'data oggettivamente riscontrabile', riconducibile al rispetto delle disposizioni sulle informazioni dettagliate, spettanti ai partecipanti alla gara.

28.2. Inoltre, come ha evidenziato l'ordinanza di rimessione, in sede di interpretazione dell'art. 1, 1, della direttiva n. 665 del 1989, la Corte di Giustizia ha evidenziato che:

- i termini imposti per proporre i ricorsi avverso gli atti delle procedure di affidamento cominciano a decorrere solo quando 'il ricorrente è venuto a conoscenza o avrebbe dovuto essere a conoscenza della pretesa violazione' (Corte di Giustizia, Sez. IV, 14 febbraio 2019, in C-54/18, punto 21 e anche punti 32 e 45, che ha deciso una questione pregiudiziale riguardante il comma 2 bis dell'art. 120 del c.p.a., poi abrogato dalla L. n. 55 del 2019; Sez. V, 8 maggio 2014, in C-161/13, punto 37, che ha deciso una questione pregiudiziale riguardante proprio l'art. 79 del 'primo codice' e l'art. 120, comma 5, del c.p.a.);

- "una possibilità, come quella prevista dall'articolo 43 del D.Lgs. n. 104 del 2010, di sollevare "motivi aggiunti" nell'ambito di un ricorso iniziale proposto nei termini contro la decisione di aggiudicazione dell'appalto non costituisce sempre un'alternativa valida di tutela giurisdizionale effettiva. Infatti, in una situazione come quella di cui al procedimento principale, gli offerenti sarebbero costretti a impugnare in abstracto la decisione di aggiudicazione dell'appalto, senza conoscere, in quel momento, i motivi che giustificano tale ricorso" (Corte di Giustizia, Sez. V, 8 maggio 2014, in C-161/13, cit., punto 40).

28.3. Anche l'art. 2 quater della direttiva n. 665 del 1989 e tale giurisprudenza inducono a ritenere che la sopra riportata normativa nazionale vada interpretata nel senso che il termine di impugnazione degli atti di una procedura di una gara d'appalto non può che decorrere da una data ancorata all'effettuazione delle specifiche formalità informative di competenza della Amministrazione aggiudicatrice, dovendosi comunque tenere conto anche di quando l'impresa avrebbe potuto avere conoscenza degli atti, con una condotta ispirata alla ordinaria diligenza.

29. In altri termini e in sintesi, l'Adunanza Plenaria ritiene che – ai fini della decorrenza del termine di impugnazione – malgrado l'improprio richiamo all'art. 79 del 'primo codice', ancora contenuto nell'art. 120, comma 5, del c.p.a. – rilevano:

a) le regole che le Amministrazioni aggiudicatrici devono rispettare in tema di 'Informazione dei candidati e degli offerenti' (ora contenute nell'art. 76 del 'secondo codice');

b) le regole sull'accesso informale (contenute in termini generali nell'*art. 5 del D.P.R. n. 184 del 2006*), esercitabile – anche quando si tratti di documenti per i quali la legge non prevede espressamente la pubblicazione – non oltre il termine previsto dall'art. 76, prima parte del comma 2, del 'secondo codice';

c) le regole (contenute nell'art. 29, comma 1, ultima parte, del 'secondo codice') sulla pubblicazione degli atti, completi dei relativi allegati, 'sul profilo del committente', il cui rispetto comporta la conoscenza legale di tali atti, poiché l'impresa deve avere un comportamento diligente nel proprio interesse.

30. I principi che precedono risultano conformi alle 'esigenze di celerità dei procedimenti di aggiudicazione di affidamenti di appalti pubblici', sottolineate dall'ordinanza di rimessione.

Tali esigenze:

- sono state specificamente valutate dal legislatore in sede di redazione dapprima dell'art. 245 del 'primo codice' (come modificato dal *D.Lgs. n. 53 del 2010*) e poi dell'art. 120, commi 1 e 5, del c.p.a. (con le connesse regole sopra richiamate della esclusione della proponibilità del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e della fissazione del termine di trenta giorni, ancorata per quanto possibile ad una 'data oggettivamente riscontrabile');

- sono concretamente soddisfatte – anche nell'ottica della applicazione dell'art. 32, comma 9, del 'secondo codice' sullo stand still – in un sistema nel quale le Amministrazioni aggiudicatrici rispettino i loro doveri sulla trasparenza e sulla pubblicità, previsti dagli articoli 29 e 76 del 'secondo codice', fermi restando gli obblighi di diligenza ricadenti sulle imprese, di consultare il 'profilo del committente' ai sensi dell'art. 29, comma 1, ultima parte, dello stesso codice e di attivarsi per l'accesso informale, ai sensi dell'*art. 5 del D.P.R. n. 184 del 2006*, da considerare quale 'normativa di chiusura' anche quando si tratti di documenti per i quali l'art. 29 citato non prevede la pubblicazione (offerte dei concorrenti, giustificazioni delle offerte).

31. L'ordinanza di rimessione ha posto anche una ulteriore specifica questione (concretamente rilevante per la definizione del caso di specie), sul se il 'principio della piena conoscenza o conoscibilità' (per il quale in materia il ricorso è proponibile da quando si sia avuta conoscenza del contenuto concreto degli atti lesivi o da quando questi siano stati pubblicati sul 'profilo del committente') si applichi anche quando l'esigenza di proporre il ricorso emerga dopo aver conosciuto i contenuti dell'offerta dell'aggiudicatario o le sue giustificazioni rese in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta.

Ritiene l'Adunanza Plenaria che il 'principio della piena conoscenza o conoscibilità' si applichi anche in tale caso, rilevando il tempo necessario per accedere alla documentazione presentata dall'aggiudicatario, ai sensi dell'art. 76, comma 2, del 'secondo codice' (come sopra rilevato ai punti 19 e 27).

Poiché il termine di impugnazione comincia a decorrere dalla conoscenza del contenuto degli atti, anche in tal caso non è necessaria la previa proposizione di un ricorso 'al buio' 'in abstracto', nella terminologia della Corte di Giustizia, e di per sé destinato ad essere dichiarato

inammissibile, per violazione della regola sulla specificazione dei motivi di ricorso, contenuta nell'art. 40, comma 1, lettera d), del c.p.a., cui dovrebbe seguire la proposizione di motivi aggiunti.

32. Sulla base delle considerazioni che precedono, l'Adunanza Plenaria ritiene di affermare i seguenti principi di diritto:

“a) il termine per l'impugnazione dell'aggiudicazione decorre dalla pubblicazione generalizzata degli atti di gara, tra cui devono comprendersi anche i verbali di gara, ivi comprese le operazioni tutte e le valutazioni operate dalle commissioni di gara delle offerte presentate, in coerenza con la previsione contenuta nell'*art. 29 del D.Lgs. n. 50 del 2016*;

b) le informazioni previste, d'ufficio o a richiesta, dall'*art. 76 del D.Lgs. n. 50 del 2016*, nella parte in cui consentono di avere ulteriori elementi per apprezzare i vizi già individuati ovvero per accertarne altri, consentono la proposizione non solo dei motivi aggiunti, ma anche di un ricorso principale;

c) la proposizione dell'istanza di accesso agli atti di gara comporta la 'dilazione temporale' quando i motivi di ricorso conseguano alla conoscenza dei documenti che completano l'offerta dell'aggiudicatario ovvero delle giustificazioni rese nell'ambito del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta;

d) la pubblicazione degli atti di gara, con i relativi eventuali allegati, ex *art. 29 del D.Lgs. n. 50 del 2016*, è idonea a far decorrere il termine di impugnazione;

e) sono idonee a far decorrere il termine per l'impugnazione dell'atto di aggiudicazione le forme di comunicazione e di pubblicità individuate nel bando di gara ed accettate dai partecipanti alla gara, purché gli atti siano comunicati o pubblicati unitamente ai relativi allegati'.

33. A seguito dell'enunciazione di questi principi di diritto, sussistono i presupposti per rimettere l'esame dell'appello alla Quinta Sezione del Consiglio di Stato, la quale ne valuterà le concrete ricadute al fine di deciderlo con la sentenza definitiva, con ogni conseguenza anche in ordine alle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria), pronunciando sull'appello n.r.g. 9 del 2020 Ad.Plen., enuncia i principi di diritto di cui al punto 32 della motivazione e restituisce gli atti alla Sezione Quinta, per la definizione dell'appello n.r.g. 2690 del 2019, anche in ordine alle spese del giudizio.

Dispone, ai sensi dell'*art. 58 del R.D. n. 444 del 1942*, che a cura della Segreteria vada trasmessa copia della presente sentenza alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, per le ragioni indicate al punto 21 della motivazione.

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

**CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI, SENTENZA N. 4627 DEL 17 LUGLIO 2020.
IL PRINCIPIO DI ROTAZIONE NELLE PROCEDURE NEGOZiate.**

Un Istituto scolastico ha indetto una procedura negoziata sottosoglia, avente ad oggetto l'affidamento triennale di erogazione di bevande ed alimenti tramite distributori automatici. La ricorrente ha impugnato l'aggiudicazione denunciando la violazione del principio di rotazione, in quanto l'operatore economico aggiudicatario è risultato essere soggetto controllato dal gestore uscente.

Il Consiglio di Stato ha annullato l'aggiudicazione per violazione del principio di rotazione. Il Giudice di secondo grado ha dapprima rilevato la sussistenza di un intreccio societario significativo tra il gestore uscente ed il nuovo aggiudicatario, accertando non solo la situazione di controllo ma anche la presenza di soggetti ricoprenti le medesime cariche di consigliere. Tale situazione costituisce significativo indice per verificare il rispetto, o meno, del principio di rotazione sancito dall'art. 36, comma 1, del codice.

Al riguardo, le linee guida ANAC n. 4/2016 e ss.mm.iii. emanate ai sensi dell'art. 36, comma 7, del codice, in materia di principio di rotazione nelle gare sotto-soglia, al fine di impedire l'elusione del richiamato principio e di evitarne «l'aggiramento» fanno riferimento, tra l'altro, ad «affidamenti o inviti disposti, senza adeguata giustificazione, ad operatori economici riconducibili a quelli per i quali opera il divieto di invito o affidamento, ad esempio per la sussistenza dei presupposti di cui all'articolo 80, comma 5, lettera m) del codice dei contratti pubblici». L'art. 80, comma 5, lett. m), del codice riguarda le cause di esclusione, ma deve trovare applicazione pratica anche al fine della verifica del rispetto del principio di rotazione, proprio come «indicazione» volta ad evitare situazioni sostanziali di «aggiramento». E ciò in quanto il principio della rotazione mira ad evitare le asimmetrie informative a vantaggio dell'affidatario uscente e alle imprese riconducibili alla sfera di controllo e influenza, quale soggetto che ha già operato con la stazione appaltante e quindi ha un'esatta cognizione delle sue necessità ed esigenze, e di evitare il consolidamento di posizioni di 'rendita' destinate a restare sostanzialmente sottratte alla competizione con gli altri operatori del mercato di riferimento.

Va segnalato che il richiamato principio di rotazione, con l'entrata in vigore del decreto "Semplificazione", limitatamente agli affidamenti fino a 150.000 euro, non trova applicazione precettiva. Ovviamente tale deroga ha una vigenza temporale limitata, ovvero qualora la determinazione a contrarre sia adottata entro il 31 luglio 2021 (art.1 del Decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76).

Di seguito la sentenza in commento.

REPUBBLICA ITALIANA
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 3688 del 2020, proposto dalla Società W.C. S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Daniele Granara, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, corso Vittorio Emanuele II, n. 154/3DE;

contro

Istituto di Istruzione Superiore Vespucci - Colombo, Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca, non costituiti in giudizio nel presente grado;

nei confronti

G. S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Andrea Netti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo Studio Placidi in Roma, via Barnaba Tortolini, n. 30;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Toscana (Sezione Seconda), n. 552/2020, resa tra le parti e concernente: procedura ristretta per l'affidamento del servizio di fornitura di bevande calde e fredde e merende confezionate mediante distributori automatici per il triennio 1 gennaio 2020 - 31 dicembre 2022;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di G. S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 120, commi 10 e 11, e 74 cod. proc. amm.;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 16 luglio 2020, il Cons. Bernhard Lageder. L'udienza si svolge ai sensi dell'*art. 84, comma 5, del D.L. n. 18 del 17 marzo 2020*, attraverso videoconferenza con l'utilizzo della piattaforma "Microsoft Teams" come previsto della circolare n. 6305 del 13 marzo 2020 del Segretario Generale della Giustizia Amministrativa. Ai sensi dell'*art. 4 D.L. 30 aprile 2020, n. 28* sono presenti, in collegamento da remoto, gli avvocati Daniele Granara e Andrea Netti.

Svolgimento del processo - Motivi della decisione

1.PREMESSO che:

- il TAR per la Toscana, con la sentenza in epigrafe, ha respinto il ricorso n. 1669 del 2019, proposto dall'odierna appellante avverso gli atti della procedura ristretta sotto-soglia ai sensi dell'*art. 36 D.Lgs. n. 50 del 2020* indetta dall'istituto di istruzione superiore I.T.C. "Vespucci Colombo" di Livorno per l'affidamento del servizio di erogazione di bevande calde e fredde e merende confezionate mediante distributori automatici da collocare all'interno delle sedi dell'istituto scolastico, per il triennio 2019/2020, secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e al fatturato stimato dall'ente in circa Euro 90.000,00, alla quale erano stati invitati cinque operatori del settore;

- alla gara parteciparono tuttavia solo due imprese, e precisamente l'odierna appellata G. S.r.l., risultata aggiudicataria all'esito della valutazione delle offerte, e l'odierna appellante Società W.C. S.r.l.;

- in particolare, il TAR adito respingeva sia il primo motivo, con cui era stata dedotta la violazione del principio di rotazione in conseguenza dell'invito della G. S.r.l., controllata dall'affidataria uscente D. S.p.A., sia il secondo motivo, con cui era stata eccepita la mancata allegazione del documento di identità della dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà (unitamente al "modello B" della documentazione amministrativa);

- avverso tale sentenza interponeva appello l'originaria ricorrente, sostanzialmente riproponendo i motivi di primo grado, seppure adattati all'impianto motivazionale dell'impugnata sentenza;

2. RITENUTO che sia fondato il primo motivo d'appello, di violazione del principio di rotazione nelle procedure ristrette sotto-soglia, in quanto:

- dalla documentazione acquisita al giudizio risulta che la D. S.p.A. - affidataria uscente - detiene il 51% del capitale sociale della G. S.r.l. (v. la visure camerale relativa alla G. S.r.l., in atti);

- D. S.p.A. è altresì presente, tramite il suo presidente, il suo vicepresidente e il suo amministratore delegato, all'interno del consiglio di amministrazione della G. S.r.l. (quindi, con tre consiglieri su sei; v. visura camerale della D. S.p.A., in raffronto con quella relativa alla G. S.r.l. e con i verbali del consiglio di amministrazione della G., prodotti in giudizio);

- trattasi, dunque, di una situazione di controllo e di influenza dominanti ai sensi dell'art. 2359, n. 1) e 2), cod. civ., oltre che di consistente presenza di esponenti della società controllante nell'organo gestorio della società controllata, ossia di una situazione che - contrariamente a quanto ritenuto dal TAR - è indubbiamente rilevante ai fini della verifica della riconducibilità delle due società ad un unico centro decisionale, che, per quanto di seguito esposto, costituisce significativo indice per verificare il rispetto, o meno, del principio di rotazione sancito dall'art. 36, comma 1, D.Lgs. n. 50 del 2016;

- infatti, le linee guida ANAC n. 4/2016 e ss.mm.iii. emanate ai sensi dell'art. 36, comma 7, D.Lgs. n. 50 del 2016, in materia di principio di rotazione nelle gare sotto-soglia, al fine di impedire l'elusione del richiamato principio e di evitarne "l'aggiramento", fanno riferimento, tra le altre ipotesi indicate a titolo esemplificativo, ad "affidamenti o inviti disposti, senza adeguata giustificazione, ad operatori economici riconducibili a quelli per i quali opera il divieto di invito o affidamento, ad esempio per la sussistenza dei presupposti di cui all'articolo 80, comma 5, lettera m del Codice dei contratti pubblici" (v. punto 3.6 delle citate linee guida);

- la previsione dell'art. 80, comma 5, lettera m), D.Lgs. n. 50 del 2016, posta in tema di esclusione, si riferisce proprio alla situazione in cui un operatore economico si trovi, rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 cod. civ. (che al punto 1 prevede la ipotesi in cui una società disponga della maggioranza dei voti esercitabili nella assemblea ordinaria - situazione già inverata nella specie - e al punto 2 la ipotesi in cui disponga di voti comunque sufficienti per esercitare una influenza dominante), o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o relazione comporti che le offerte siano imputabili ad un unico centro decisionale (e in senso contrario non pare invero sufficiente la - nella specie peraltro solo parziale - diversità formale di persone addette alle cariche o la diversità di sede, partita

autonoma, contatti pec diversi; nella specie, tra l'altro, dato non smentito e documentalmente comprovato, presidente, vice presidente e amministratore delegato della seconda società sono al contempo tre dei sei componenti del consiglio di amministrazione della prima società, v. sopra);

- ancorché il citato precetto sia disposto in tema di cause di esclusione (*art. 80 D.Lgs. n. 50 del 2020*), è evidente che il richiamo dell'ANAC è svolto ai fini dell'applicazione pratica del principio di rotazione proprio come "indicazione", volta ad evitare situazioni sostanziali di "aggiramento" (come è chiaro dal richiamo a titolo esemplificativo);

- alla luce di quanto sopra, non è condivisibile il ragionamento del TAR di ritenere irrilevante il dato della partecipazione della detenzione del 51 per cento del capitale evocando il principio della massima partecipazione alle gare, rimanendo, tutt'al contrario, distorta la libera concorrenza dalla mancata osservanza del principio di rotazione, da accertare con criteri di natura sostanziale e non meramente formale (non a caso l'*art. 36 D.Lgs. n. 50 del 2016* fa riferimento alla "effettiva possibilità" di partecipazione e inviti alle piccole e medie imprese nei contratti come quello in questione);

- infatti, il principio della rotazione mira ad evitare le asimmetrie informative a vantaggio dell'affidatario uscente (e alle imprese riconducibili alla sfera di controllo e influenza), quale soggetto che ha già operato con la stazione appaltante e quindi ha un'esatta cognizione delle sue necessità ed esigenze, e di evitare il consolidamento di posizioni di 'rendita' destinate a restare sostanzialmente sottratte alla competizione con gli altri operatori del mercato di riferimento;

- contrariamente a quanto ritenuto dal TAR, i sopra rilevati elementi di stretto collegamenti tra l'impresa uscente D. S.p.A. e l'aggiudicataria G. S.r.l. sono di natura tale da comprovare, in modo preciso e univoco, la riconducibilità dell'impresa aggiudicataria alla sfera di controllo e di influenza dell'operatore uscente D. S.p.A., tale da determinare un'elusione del principio di rotazione sancito dall'*art. 36 D.Lgs. n. 50 del 2016* per le procedure ristrette nel settore dei contratti sotto-soglia;

- né, nel caso di specie, l'amministrazione appaltante ha fornito una motivazione puntuale in ordine alla sussistenza di giustificate ragioni di deroga al principio di rotazione (infatti, per consolidato orientamento giurisprudenziale, nelle procedure di tipo ristretto o negoziato, l'invito all'affidatario uscente riveste carattere eccezionale e, conseguentemente, ove la stazione appaltante intenda procedere all'invito del precedente affidatario e ove questi poi risulti aggiudicatario, la stessa dovrà puntualmente motivare tale decisione, facendo in particolare riferimento all'eventuale numero ridotto di operatori presenti sul mercato, al grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale ovvero al peculiare oggetto ed alle caratteristiche del mercato di riferimento; in tal senso, ex plurimis, Cons. Stato, Sez. V, 5 marzo 2019, n. 1524);

3. RILEVATO che:

- l'accoglimento del motivo di appello all'esame e, quindi, del primo motivo del ricorso di primo grado, comporta l'annullamento dell'aggiudicazione disposta in favore della G. S.r.l. - con assorbimento di ogni altra questione -, con la conseguenza che va accertato il diritto dell'odierna appellante a vedersi aggiudicata la gara, previa verifica del possesso dei prescritti requisiti ad opera della stazione appaltante (va, al riguardo, precisato che la lex specialis di gara prevede che "si darà luogo all'offerta anche in presenza di una sola offerta giudicata

congrua", e che il contratto non risulta ancora stipulato per effetto dell'accoglimento della domanda cautelare);

- l'accoglimento della domanda di tutela in forma specifica assorbe la domanda risarcitoria per equivalente;

4. **CONSIDERATO** che, in applicazione dei criteri della soccombenza e della causalità (v., in particolare, l'istanza vòlta a sollecitare l'esercizio dei poteri in autotutela, notificata dalla difesa dell'odierna appellante alla stazione appaltante in limine litis il 13 dicembre 2019), le parti appellate devono essere condannate, in solido tra di loro, a rifondere all'appellante le spese del doppio grado di giudizio, che si liquidano nell'importo complessivo di Euro 6.000,00 (seimila/00), oltre agli accessori di legge e al rimborso del contributo unificato di entrambi i gradi;

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello come in epigrafe proposto (Ricorso n. 3688 del 2020), lo accoglie nei sensi di cui in motivazione e, per l'effetto, in riforma dell'impugnata sentenza, annulla l'aggiudicazione definitiva in favore della G. S.r.l., accertando il diritto della Società W.C. S.r.l. all'aggiudicazione previa verifica del possesso dei prescritti requisiti; condanna le parti appellate, in solido tra di loro, a rifondere all'appellante le spese del doppio grado di giudizio, che si liquidano nell'importo complessivo di Euro 6.000,00 (seimila/00), oltre agli accessori di legge e al rimborso del contributo unificato di entrambi i gradi.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 16 luglio 2020, con l'intervento dei magistrati:

Sergio De Felice, Presidente

Bernhard Lageder, Consigliere, Estensore

Vincenzo Lopilato, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere

Dario Simeoli, Consigliere

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V, SENTENZA N. 4515 DEL 13 LUGLIO 2020.
LA LEX SPECIALIS NON PUO' IMPORRE L'ADOZIONE DI UN DETERMINATO
CONTRATTO COLLETTIVO.

La sentenza in commento trae origine da una procedura di gara aperta bandita per l'affidamento in concessione dei servizi di gestione della sosta a pagamento su aree pubbliche e di uso pubblico, da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Con ricorso proposto dinnanzi al T.A.R. del Lazio, la seconda classificata impugnava gli esiti della gara, contestando, in particolare la violazione dell'art. 97 del codice dei contratti pubblici e del principio di immodificabilità dell'offerta e della lex specialis.

L'aggiudicataria presentava ricorso incidentale escludente che, a seguito di accoglimento, ha comportato l'accertamento dell'illegittima ammissione alla gara della seconda classificata.

Dopo la proposizione dell'appello, anche la terza classificata presentava ricorso al T.A.R. del Lazio, deducendo, in particolare che l'offerta economica dell'aggiudicataria doveva essere esclusa, perché modificata in sede di giustificazioni dell'anomalia, poiché dinanzi all'indicazione della stazione appaltante di applicare il contratto nazionale dei ferrotranvieri e non quello dei servizi ausiliari, fiduciari e integrati, la prima classificata aveva proposto, in deroga alla lex specialis sull'assorbimento del personale già operante alle dipendenze dell'aggiudicatario uscente, come previsto dall'art. 50 del d. lgs. del 2016, di riassorbire tutto il personale del gestore uscente alle condizioni economiche del contratto SAFI oppure di riassorbirne solo una parte mantenendo inalterato il pregresso trattamento economico-retributivo e destinare gli altri agli ammortizzatori sociali, proposta ritenuta regolare dal RUP. Il T.A.R. del Lazio riteneva fondati i motivi proposti avverso l'ammissione della seconda classificata e dell'aggiudicataria, con conseguente annullamento dell'aggiudicazione e della graduatoria di gara limitatamente alle posizioni delle prime due classificate.

Avverso tale pronuncia l'aggiudicataria e la seconda classificata proponevano distinti appelli che venivano poi riuniti per motivi di connessione logica alla prima impugnazione della seconda classificata.

Il Consiglio di Stato è partito dall'esame del primo appello presentato dalla seconda classificata, ritenendolo infondato, superando, quindi, anche gli effetti della seconda sentenza con la relativa inammissibilità degli ulteriori appelli.

Inoltre, nel caso di specie l'aggiudicataria si è limitata ad avvalersi di una possibilità che, era espressamente riconosciuta dalla legge di gara, dichiarando di voler applicare in sede di esecuzione l'altro contratto collettivo indicato.

Pertanto, nel caso concreto, il Consiglio di Stato ha rilevato che l'applicazione da parte del r.t.i. del c.c.n.l. SAFI non può essere considerata inappropriata alle prestazioni da appaltare e dunque una sorta di approfittamento della libertà di iniziativa imprenditoriale non vincolabile nella scelta del contratto, fatta salva la pertinenza delle attività oggetto del contratto posto in gara.

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 numero di registro generale 6008 del 2019, proposto da S.T. S.p.A., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Bernardo Giorgio Mattarella, Francesco Sciaudone e Cristiano Chiofalo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso l'avvocato Francesco Sciaudone in Roma, via Pinciana 25;

contro

Comune di Latina, in persona del Sindaco pro-tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Francesco Paolo Cavalcanti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

S.C. S.r.l. in proprio e quale mandataria del r.t.i. con E.S. S.p.A., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Marco Napoli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, piazza della Libertà, 13;

sul ricorso in appello numero di registro generale 504 del 2020, proposto da S.G. S.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Marco Napoli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

S.I. S.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Caputi Iambrenghi e Stefano Cassamagnaghi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso l'avvocato Francesco Caputi Iambrenghi in Roma, via Vincenzo Picardi 4/B;

nei confronti

Comune di Latina, in persona del Sindaco pro-tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Francesco Paolo Cavalcanti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

S.T. S.p.A., E.S. S.P.A non costituiti in giudizio;

sul ricorso in appello numero di registro generale 1023 del 2020, proposto da

S.T. S.p.A., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Bernardo Giorgio Mattarella, Francesco Sciaudone e Cristiano Chiofalo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso l'avvocato Francesco Sciaudone in Roma, via Pinciana 25;

contro

S.I. S.r.l., 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 l'avvocato Francesco Caputi Iambrenghi in Roma, via Vincenzo Picardi 4/B;

nei confronti

S.C. S.r.l. in proprio e quale mandataria r.t.i., E.S. S.p.A. in proprio e quale mandante non costituiti in giudizio;

Comune di Latina, in persona del Sindaco pro-tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Francesco Paolo Cavalcanti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
per la riforma

quanto al ricorso n. 6008 del 2019:

della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione staccata di Latina n. 401/2019, resa tra le parti, concernente l'aggiudicazione del servizio di gestione della sosta a pagamento su aree pubbliche e di esecuzione anticipata del servizio con decorrenza dal 1 aprile 2019;

Svolgimento del processo

Con bando pubblicato sulla GUUE il 13 luglio 2018 e sulla GURI il successivo giorno 16, il Comune di Latina aveva indetto una procedura aperta ex art. 60, D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, per "l'affidamento in concessione dei servizi di gestione della sosta a pagamento su aree pubbliche e di uso pubblico", da aggiudicare secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità prezzo, per un durata di 3 anni e con un importo a base d'asta di Euro. 7.500.000,00.

Il 30 novembre 2018 veniva formata la graduatoria di merito in cui l'a.t.i. S.C. s.r.l. - E.S. s.p.a. si classificava al primo posto con il punteggio di 96,333 - 66,333 per l'offerta tecnica e 30,00 per quella economica. Espletata con esito positivo la verifica dell'anomalia dell'offerta risultata migliore, il contratto di concessione le veniva definitivamente aggiudicato con Prov. n. 450 del 20 marzo 2019, con cui veniva altresì disposta l'esecuzione anticipata del servizio. Con ricorso proposto dinanzi al Tribunale amministrativo del Lazio, Sezione staccata di Latina, S.T. s.p.a., classificata al secondo posto della graduatoria, impugnava gli esiti della gara deducendo i seguenti vizi:

1.violazione degli artt. 97 ss., D.Lgs. n. 50 del 2016, del principio di immodificabilità dell'offerta e della lex specialis di gara, oltre che dei principi di concorrenza e parità di trattamento, nonché eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione e per irragionevolezza.

2.violazione dell'art. 165, D.Lgs. n. 50 del 2016 cit., e della lex specialis di gara, oltre a eccesso di potere per illogicità e contraddittorietà delle relative previsioni.

3.violazione e falsa applicazione degli *artt. 13 e 32, D.Lgs. n. 50 del 2016*, oltre a eccesso di potere, in particolare, per difetto dei presupposti di fatto e di diritto, carenza di motivazione e sviamento.

L'aggiudicataria si costituiva tramite ricorso incidentale notificato il 4 aprile 2019 ed impugnava a sua volta il Provv. n. 450 del 20 marzo 2019 di aggiudicazione:

1.violazione, sotto un primo profilo, dell'*art. 89, D.Lgs. n. 50 del 2016* cit. e della *lex specialis* di gara, oltre ad eccesso di potere per carenza di istruttoria e di motivazione, travisamento dei presupposti fattuali e giuridici ed illogicità.

2.violazione, sotto altro e diverso profilo, dell'*art. 89, D.Lgs. n. 50 del 2016*, della *lex specialis* di gara, oltre ad eccesso di potere per carenza di istruttoria e di motivazione, travisamento dei presupposti fattuali e giuridici ed illogicità.

Il Comune di Latina si costituiva a sua volta in giudizio ed eccepiva l'inammissibilità del ricorso principale per violazione degli *artt. 120, comma 2-bis, cod. proc. amm.* e quindi sosteneva il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo a pronunciarsi sulla debenza della TOSAP ed in generale l'infondatezza dei motivi di censura.

La stessa S.T. s.p.a. eccepiva in seguito con memoria l'inammissibilità per tardività del ricorso incidentale oltre alla sua infondatezza.

Con atto di motivi aggiunti notificato il 17 aprile 2019 S.T. s.p.a. deduceva i seguenti vizi di legittimità:

1.violazione dell'*art. 97, D.Lgs. n. 50 del 2016* cit., e dell'*art. 24* del disciplinare di gara, oltre ad eccesso di potere in tutte le sue forme sintomatiche e, in particolare, irragionevolezza e sviamento.

2.violazione dell'*art. 97, D.Lgs. n. 50 del 2016* cit. e della *lex specialis* di gara sotto altro profilo nonché violazione dei principi di immodificabilità dell'offerta, di concorrenza e di parità di trattamento, oltre a eccesso di potere per illogicità manifesta.

Tali motivi aggiunti venivano controdedotti dalle parti intime.

Con sentenza n. 401 del 30 maggio 2019 il Tribunale amministrativo di Latina esaminava dapprima l'eccezione sollevata dal Comune sull'inammissibilità del ricorso introduttivo, per violazione degli *artt. 120, comma 2-bis, cod. proc. amm. e 29, comma 1, D.Lgs. n. 50 del 2016* cit., con particolare riferimento all'impugnativa del verbale n. 6 del 30 novembre 2018 di formazione della graduatoria di merito delle offerte rilevandone l'infondatezza, dato che detto verbale costituiva un mero atto interno al procedimento, come tale privo di effetti provvedimentale e dunque non lesivo, né autonomamente impugnabile.

Quanto all'eccezione preliminare sollevata da S.T. s.p.a. sull'inammissibilità per tardività, ai sensi degli *artt. 29, D.Lgs. n. 50 del 2016* cit. e *120, comma 2-bis, cod. proc. amm.*, del ricorso incidentale proposto da S.G. s.r.l. avverso il provvedimento che aveva determinato l'ammissione della ricorrente alla gara, veniva anch'essa ritenuta infondata: l'applicazione del rito c.d. super-accelerato di cui agli *artt. 120, comma 2-bis, cod. proc. amm. e 29, D.Lgs. n. 50 del 2016* cit., richiedeva che i provvedimenti recanti le ammissioni e le esclusioni fossero "resi in concreto disponibili, corredati di motivazione", mentre il verbale n. 2 del 2 ottobre 2018 non motivava l'ammissione alla gara di S.T. s.p.a. né menzionava il fatto che essa si fosse qualificata ricorrendo all'istituto dell'avvalimento oggetto delle censure.

Il giudice di primo grado procedeva poi all'esame del ricorso incidentale proposto dall'a.t.i. aggiudicataria.

Con il primo mezzo era dedotta la violazione, sotto un primo profilo, dell'art. 89, D.Lgs. n. 50 del 2016 cit. e della lex specialis di gara, assumendo che i contratti di avvalimento con A. s.c.r.l. e C. s.r.l., mediante i quali S.T. s.p.a. si era qualificata per l'ammissione, sarebbero stati in realtà, manifestamente generici ed indeterminati.

Il motivo era ritenuto infondato in fatto.

Visti i contenuti dell'art. 89, comma 1, D.Lgs. n. 50 del 2016 cit., sull'obbligo per l'ausiliato di presentare alla stazione appaltante una dichiarazione dell'impresa ausiliaria di mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui era carente il concorrente unitamente al relativo contratto, il Tribunale amministrativo osservava in concreto che l'ausiliaria nella dichiarazione unilaterale si era obbligata a fornire all'ausiliata i propri requisiti speciali riguardanti la "capacità economica e finanziaria punto 7.2 lettera b) del disciplinare" e la "capacità tecnica e professionale punto 7.3 lettera a) del disciplinare", mettendo a disposizione di questa sia il "proprio fatturato per servizi analoghi a quelli oggetto della presente procedura" sia il "numero degli stalli di sosta gestiti nel triennio 2015/2017". Il contratto di avvalimento indicava puntualmente sia il possesso di un fatturato di Euro. 3.500.584,13 riferibile a servizi analoghi a quelli oggetto della procedura - in particolare al servizio di gestione delle aree di sosta a pagamento con il Comune di Latina - sia il fatto di aver svolto ed avere ancora in corso la gestione dello stesso servizio cui è riferita la gara, con specifica indicazione del numero di stalli gestiti.

Ed anche il correlativo contratto di avvalimento indicava in modo specifico quali fossero le attività di manutenzione ordinaria e straordinaria di infrastrutture appaltate come lavori pubblici, in qualità di aggiudicatario di contratti pubblici cui erano applicate le disposizioni del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 o del D.Lgs. n. 50 del 2016 cit., dedicate alla mobilità sostenibile - i.e. quelle svolte a beneficio della Provincia di Roma, negli anni 2011-2016 per un fatturato di Euro. 546.921,85 e negli anni 2014-2016 per un fatturato di Euro. 625.000,00. Erano invece inammissibili analoghi rilievi sollevati da S.T. s.p.a. in merito ai contenuti del contratto di avvalimento di S.G. s.r.l., in quanto tali questioni erano state sollevate con memoria.

Veniva invece ritenuto fondato il secondo motivo incidentale di S.G. s.r.l. in relazione all'art. 89, D.Lgs. n. 50 del 2016 e della lex specialis sui requisiti di esperienza professionale maturati da A. s.c.r.l. e C. s.r.l., di cui S.T. s.p.a. aveva dichiarato di volersi avvalere, asseritamente inidonei perché le predette società ausiliarie non avevano assunto, né in contratto né nella dichiarazione unilaterale, alcun impegno a eseguire direttamente i lavori o servizi per cui le loro capacità sono richieste.

Ai sensi dell'art. 89, comma 1, D.Lgs. n. 50 del 2016 cit., ove l'avvalimento riguardi il requisito tecnico-professionale, se non sussiste alcun impegno dell'ausiliaria ad eseguire direttamente i servizi per cui le sue capacità sono richieste, avviene in difformità rispetto allo schema legale previsto dalla norma richiamata, la quale impone che l'impresa ausiliaria si assuma l'obbligo dell'esecuzione in proprio della prestazione oggetto dell'avvalimento.

I contratti di avvalimento in parola non contenevano un impegno concreto oppure la previsione di un'assunzione diretta in capo alle imprese ausiliarie di una componente del servizio oggetto di affidamento; analogamente, anche nelle dichiarazioni di gara rilasciate al riguardo da S.T. s.p.a. era assente ogni riferimento a un ruolo delle imprese ausiliarie de quibus nell'esecuzione delle prestazioni del contratto pubblico in questione.

Ciò rendeva inevitabilmente illegittima l'ammissione alla gara della ricorrente principale S.T. s.p.a., per violazione dell'*art. 89, comma 1, D.Lgs. n. 50 del 2016* cit.

Dall'accoglimento del ricorso incidentale escludente promosso da S.G. s.r.l. conseguiva l'inammissibilità del ricorso principale, integrato da motivi aggiunti, per carenza di legittimazione ad impugnare della ricorrente principale non aggiudicataria che doveva essere esclusa dalla gara; non sussistevano infatti censure sulla legittimità della procedura di gara o delle altre offerte concorrenti, per cui non vi erano esigenze di effettività della tutela delle posizioni soggettive riconosciute dal diritto europeo che impongono, in materia di appalti pubblici, l'esame anche del ricorso principale in presenza di un ricorso incidentale paralizzante ritenuto fondato.

Con appello in Consiglio di Stato notificato il 1 luglio 2019 la S.T. s.p.a. impugnava la sentenza ed esposti i fatti, deduceva in primo luogo censure avverso il rigetto dell'eccezione preliminare sull'inammissibilità per tardività, ai sensi degli *artt. 29, D.Lgs. n. 50 del 2016* cit. e 120, comma 2-bis, cod. proc. amm., del ricorso incidentale proposto da S.G. s.r.l. avverso il provvedimento che aveva determinato l'ammissione della ricorrente alla gara ed inoltre contro il capo di sentenza che aveva ritenuto fondato il secondo motivo del medesimo ricorso incidentale in materia di avvalimento ed ancora avverso l'inammissibilità del proprio ricorso, conseguente all'accoglimento della predetta censura di cui al ricorso incidentale.

La Società S. riproponeva a quel punto i motivi sollevati nel giudizio di primo grado e non esaminati dal Tribunale amministrativo di Latina e concludeva per l'accoglimento dell'appello.

Successivamente anche la terza qualificata S.I. s.r.l. proponeva ricorso dinanzi al Tribunale amministrativo del Lazio, Sezione staccata di Latina, affidato ai seguenti motivi:

1. L'aggiudicataria aveva indicato un costo del personale, per i tre anni di durata della concessione, pari a Euro 1.286.821,43, a fronte della stima di Euro 1.946.544,00 effettuata dalla stazione appaltante. Tale discostamento doveva determinarne l'esclusione ai sensi dell'*art. 97, comma 5 lett. d), del D.Lgs. n. 50 del 2016*, causa la riduzione del costo del personale al di sotto dei minimi salariali retributivi indicati nelle tabelle di cui all'*art. 23, comma 16 dell'accordo raggiunto il 15.1.2001 dall'Associazione Italiana degli operatori della sosta e dei parcheggi che prevede l'inquadramento degli ausiliari alla sosta nel quarto livello del c.c.n.l. del settore terziario.*

2. L'offerta economica della seconda classificata S.T. s.p.a. non teneva conto dei costi dei tributi locali; in particolare della Tari e della Tosap, ove applicabili secondo le previsioni dell'*art. 3 del disciplinare.*

Si costituivano in giudizio il Comune di Latina e le società controinteressate, che contestavano il merito del ricorso e inoltre, il Comune, la sua tempestività ex *art. 120 comma 2 bis c.p.a.*

A seguito di accesso agli atti di gara, S.I. proponeva i seguenti motivi aggiunti:

1.L'offerta economica aggiudicataria doveva essere esclusa, perché modificata in sede di giustificazioni dell'anomalia, poiché dinanzi all'indicazione della stazione appaltante di applicare il contratto nazionale dei ferrotranvieri e non quello dei servizi ausiliari, fiduciari e integrati, S. aveva proposto, in deroga all'*art. 4, punto 1), del capitolato di gara sull'assorbimento del personale già operante alle dipendenze dell'aggiudicatario uscente, come previsto dall'art. 50 del D.Lgs. n. 50 del 2016*, di riassorbire tutto il personale del gestore uscente alle condizioni economiche del contratto SAFI oppure di riassorbirne solo

una parte mantenendo inalterato il pregresso trattamento economico-retributivo e destinare gli altri agli ammortizzatori sociali, proposta ritenuta regolare dal RUP.

2. La stazione appaltante aveva preso atto che S.T. non aveva evidenziato la spesa relativa agli oneri derivanti dai tributi locali", ha poi precisato che tali tributi erano stati quantificati nell'importo totale di Euro 613.280,00, cifra superiore a quella indicata nell'offerta dell'aggiudicataria (Euro 436.388,23), la quale per questa parte non era stata sottoposta alla verifica di anomalia.

3. Le figure di operatori indicate nel contratto SAFI, applicato dal r.t.i. S. - E. per il trattamento economico - retributivo del personale inferiore di circa il 40% sia rispetto al c.c.n.l. del terziario, sia rispetto al c.c.n.l. dei ferrotranvieri indicato dalle regole di gara, non corrispondevano nemmeno per le mansioni alla figura dell'ausiliario del traffico invece richiesta per il servizio appaltato.

Con la sentenza 11 dicembre 2019 n. 720 il Tribunale amministrativo di Latina, ritenuta l'infondatezza dell'eccezione di tardività sollevata dal Comune ai sensi dell'art. 120 comma 2 bis c.p.a., visto che le censure riguardavano i contenuti delle offerte, riteneva fondato il secondo motivo sull'offerta di S.T. sulla dedotta omissione dei costi per oneri Tari e Tosap, previsti come doverosi dall'art. 3 del disciplinare per alcune aree dedicate alla sosta degli autoveicoli e dunque l'omissione rendeva falsa l'offerta economica quanto all'utile percepibile e ne impediva la congrua valutazione, sulla quale la stazione appaltante si era già comunque espressa in termini dubitativi ed altrettanto veniva affermato sul secondo motivo aggiunto concernente gli analoghi costi dell'offerta aggiudicataria, quantificata dalla stazione appaltante in Euro 613.280,00, mentre per Tari e Tosap l'offerta del r.t.i S.G. - E. indicava l'importo inferiore di Euro 436.388,23, oltre alla carenza della voce necessaria di cui al fondo rischi e spese generali di Euro. 150.000,00, altresì carente della verifica di anomalia sul punto. Anche detto motivo era dunque fondato.

Altrettanto fondati erano il primo motivo introdotto ed il primo motivo aggiunto, concernenti la presunta insufficienza degli oneri per il lavoro dipendente, come indicati nell'offerta aggiudicataria.

Il r.t.i. S. applicava il c.c.n.l. dei servizi ausiliari, fiduciari e integrati a fronte del chiarimento della stazione appaltante sulla necessaria applicazione del c.c.n.l. dei ferrotranvieri per non modificare lo status economico-retributivo del personale alle dipendenze del gestore uscente A., per il quale l'aggiudicatario era onerato del riassorbimento: visto che il c.c.n.l. SAFI prevedeva un assetto retributivo inferiore a quello di cui al contratto ferrotranvieri, la stazione appaltante aveva chiesto spiegazioni al r.t.i. nel corso della verifica di anomalia, ribadendo la cogenza della clausola di gara, cui S. aveva risposto proponendo il riassorbimento integrale del personale A. alle condizioni del contratto SAFI o, in alternativa, l'assorbimento di una parte rimanendo inalterato il pregresso trattamento economico-retributivo.

Era incomprensibile la successiva verbalizzazione del r.u.p. in cui si dava atto dell'impegno del r.t.i. al rispetto di tali clausole sociali.

Dunque o S.G. aveva mantenuto inalterata la proposta primitiva oppure aveva accettato di adeguare la propria offerta al contratto dei ferrotranvieri: in entrambi i casi l'offerta originaria era stata modificata in sede di verifica dell'anomalia, quanto alla voce di costo del personale, in contrasto con le regole di gara e con la norma del codice degli appalti.

Se il costo del lavoro era parametrato dal disciplinare in Euro 1.946.544,00, alla stregua di trentasei unità distinte per qualifica nella relazione illustrativa e non potevano avere valore le asserzioni rese dalle difese dell'Amministrazione, secondo cui successivamente si era potuto accertare che il numero dei lavoratori impiegati nel servizio sosta fosse pari a sole 21 unità, l'inammissibile revisione delle regole procedurali a "gara chiusa", andava ad incidere sulla par condicio dei concorrenti.

Il ricorso doveva quindi essere accolto con l'assorbimento del terzo motivo aggiunto e l'annullamento dell'aggiudicazione, nonché della graduatoria di gara limitatamente alle posizioni delle prime due classificate, mentre la domanda risarcitoria era inammissibile per genericità.

Con appello in Consiglio di Stato notificato il 20 gennaio 2020 il r.t.i. S. impugnava la sentenza e sosteneva in primo luogo che la presunta incongruità dell'offerta S. rilevata in primo grado non poteva essere valutata, poiché si trattava di poteri amministrativi non ancora esercitati, essendo stata sottoposta a verifica la sola offerta dell'appellante, senza poi prescindere dal fatto che gli oneri tributari al centro della censura erano state dichiarate illegittimi con sentenza 28 giugno 2019 della locale Commissione tributaria provinciale e quindi era del tutto discutibile che detti oneri dovessero essere contabilizzati.

In secondo luogo, a prescindere dal valore assorbente della censura prima riportata e dal fondo rischi previsto da S., si assumeva del tutto erroneo il disciplinare di calcolo e gestione tanto che nell'offerta economica della S.I. la loro quantificazione era del tutto inferiore a quanto ritenuto inderogabile dalla pronuncia impugnata.

In terzo luogo, quanto alle retribuzioni per il personale dipendente, non corrispondeva al vero la dovuta applicazione del contratto dei ferrotranvieri, poiché la regola base era costituita dall'assorbimento del personale già operante presso l'aggiudicatario uscente con la garanzia dell'applicazione dei contratti di settore senza specificazioni.

Discendeva da ciò l'erroneità dell'assunto secondo cui il r.t.i. S. avrebbe modificato in sede di verifica di anomalia la propria offerta economica.

L'appellante concludeva per l'accoglimento dell'appello, la numerosità per la stazione appaltante della verifica di congruità dell'offerta, dovendosi ritenere del tutto irregolare l'esclusione pronunciata.

Con appello in Consiglio di Stato notificato in pari data del precedente, anche la S.T. impugnava la sentenza e sosteneva che qualora vi fossero state indeterminanze nell'utile sarebbe stata invalida l'intera gara e comunque venivano avanzate le stesse tesi proposte da S. sull'esistenza della valutazione di congruità dell'offerta della S. e si sosteneva che valutazioni automatiche non erano ammissibili e non supportate da motivazione adeguata, senza prescindere poi dalla sentenza della Commissione tributaria provinciale di Latina, che escludeva che i tributi in questione fossero dovuti.

Le parti intimare nei rispettivi appelli si sono costituite in giudizio, contestando le censure mosse da parte avversa.

All'udienza del 2 luglio 2020 la causa è passata in decisione.

Motivi della decisione

I tre appelli vanno riuniti per la loro manifesta connessione logica ed in quanto la loro soluzione è strettamente interdipendente.

Si deve partire dall'esame dell'impugnativa della S.T. nei confronti della sentenza n. 401/2019 del Tribunale amministrativo di Latina, poiché dall'esito di questa dipende la sorte delle altre impugnative concernenti sempre la stessa gara per l'affidamento in concessione dei servizi di gestione della sosta a pagamento su aree pubbliche e di uso pubblico, aggiudicata dalla stazione appaltante al r.t.i. S.C. s.r.l. - E.S. s.p.a. e gravata dalle impugnative dapprima della S. e quindi della S.I. s.r.l., quest'ultima accolta dal giudice di primo grado, con l'estromissione dalla graduatoria sia dell'aggiudicataria, sia della seconda graduata S..

Ma come si è rilevato, la definizione della fattispecie concreta dipende dall'esame dell'appello n. 6008/2019 proposto avverso la primitiva sentenza n. 401/2019 la quale, a differenza della successiva sentenza n. 720/2019 di accoglimento del ricorso della S.I. S.r.l., aveva mantenuto intatti gli esiti del procedimento di gara.

Per quanto riguarda la soluzione dell'appello n. 6008/2019, è sufficiente scrutinare i motivi di riproposizione delle censure sollevate con il ricorso introduttivo della S., prescindendo del tutto dall'accoglimento del motivo incidentale sollevato dalla S. riguardo ai contratti di avvalimento stipulati dalla medesima S. e ritenuto fondato dal Tribunale amministrativo, poiché il ricorso di primo grado e l'appello riproduttivo di esso sono complessivamente infondati.

Si deve quindi procedere dal motivo quarto alla pagine 22 dell'atto di appello, in cui la S. precisa che il r.t.i. aggiudicatario ha indicato

nella propria offerta economica costi di manodopera pari a Euro 1.286.000,00, minore del 35% dell'importo relativo al costo del personale indicato a base di gara pari a Euro 1.946.544,00 e dunque configurabile come offerta anomala, soggetta a verifica di congruità con rilevanti perplessità di superamento della verifica, dato che i costi della manodopera manifestamente sottodimensionati rispetto alle valutazioni operate per gli stessi costi dal gestore uscente, anche in considerazione del fatto che, in virtù della clausola sociale imposta dalla lex specialis di gara, costituisce per ciò solo indice di inattendibilità economica dell'offerta; tali tesi sono, a parere dell'appellante, viepiù fondate in quanto in sede di giustificazioni il r.t.i. aggiudicatario ha di fatto modificato il valore indicato in sede di offerta economica, dichiarando di volersi adeguare al c.c.n.l. previsto dal capitolato.

A dette considerazioni si riallacciano le tesi contenute nei motivi settimo ed ottavo, qui riportate sinteticamente, ossia oltre alla garanzia della conservazione del posto di lavoro anche l'applicazione del c.c.n.l. dei feretrotramvieri come stabilito dalla legge di gara, maggiormente adattabile alle prestazioni richieste rispetto al c.c.n.l. Safi - Servizi ausiliari, fiduciari ed integrati; ancora, l'incongruità dell'offerta economica dell'aggiudicatario era dimostrato dalle giustificazioni in sede di verifica di congruità - ottavo motivo - laddove il r.t.i. S. aveva proposto due alternative: a) riassorbire tutto il personale uscente, ma alle condizioni economiche e retributive del c.c.n.l. SAFI; o b) riassorbire solo una parte del personale uscente mantenendo inalterato il pregresso trattamento, senza mutare il costo offerto per il personale. Le ipotesi prospettate rendevano condizionata l'offerta, poiché la prima alternativa consentiva il pieno rispetto della clausola sociale, ma determinava l'applicazione di un contratto collettivo non idoneo sia rispetto alle attività oggetto della gara, la seconda opzione, letta in combinato disposto con la precisazione dell'invarianza del costo del personale,

concretizzava un'indubbia illegittima modifica dell'offerta economica, revocando in corso d'opera la clausola sociale.

Le censure, si ripete, appaiono complessivamente infondate, sia sul piano generale dei principi della disciplina del costo del lavoro nelle aggiudicazioni, sia nella parte specifica concernente le prestazioni poste in gara e da affidare.

Costituisce infatti consolidato orientamento giurisprudenziale quello in base al quale "l'applicazione di un determinato contratto collettivo non può essere imposta dalla *lex specialis* alle imprese concorrenti quale requisito di partecipazione. né la mancata applicazione di questo può essere a priori sanzionata dalla stazione appaltante con l'esclusione, sicché deve negarsi in radice che l'applicazione di un determinato contratto collettivo anziché di un altro possa determinare, in sé, l'inammissibilità dell'offerta" (Cons. Stato, V, 28 maggio 2019 n. 3487; id., III, 2 marzo 2017, n. 975; id., 9 dicembre 2015, n. 5597). Tale assunto vale anche in relazione alla valutazione di anomalia dell'offerta (in termini Cons. Stato, V, 1 marzo 2017, n. 932; id., 12 maggio 2016, n. 1901; id., III, 10 febbraio 2016, n. 589): tanto più nel caso di specie ove poi l'impresa concorrente si è limitata ad avvalersi di una possibilità che, come rilevato, era espressamente riconosciuta dalla legge di gara, dichiarando di voler applicare in sede di esecuzione l'altro contratto collettivo indicato nelle menzionate specifiche tecniche.

Ed è diretta conseguenza di tale principio fondamentale che nelle gare pubbliche non può considerarsi anomala l'offerta quando la stessa è riconducibile al minor costo del lavoro per il contratto applicato dall'impresa al proprio personale rispetto a quello applicato da altra impresa se, nella "*lex specialis*" di gara, si richiede l'indicazione non di un contratto specifico ma, per i lavoratori diversi da quelli riassorbiti, semplicemente di quale sia il contratto applicato e, peraltro, le mansioni richieste per l'esecuzione del servizio sono riconducibili a più figure professionali, inquadrabili anche nelle previsioni di diverse tipologie contrattuali (Cons. Stato, V, 1 marzo 2017 n. 932).

Nello specifico vi è da rilevare che l'applicazione da parte del r.t.i. del c.c.n.l. SAFI non può essere considerata inappropriata alle prestazioni da appaltare e dunque una sorta di approfittamento della libertà di iniziativa imprenditoriale non vincolabile nella scelta del contratto, fatta salva la pertinenza delle attività oggetto del contratto posto in gara.

La descrizione dell'appalto nel bando specifica che esso consiste nella concessione del servizio di gestione di stalli di sosta a pagamento lungo le strade comunali mediante parcometri elettronici ed altri sistemi di pagamento, comprensivo della gestione dei dispositivi per la riscossione, della segnaletica e della loro manutenzione ordinaria e straordinaria, della organizzazione di un sistema integrato di gestione dei rapporti con l'utenza - servizio di controllo con ausiliari del traffico: perciò è facile intuire che la manodopera si incentri sul controllo degli avvenuti pagamenti, che essi siano regolari a seconda del momento e della durata del parcheggio, che il funzionamento dei parcometri e dei meccanismi analoghi sia corretto.

E il contratto SAFI riguarda il personale dipendente che opera, tra gli altri, nei servizi di monitoraggio aree, nell'attività di gestione degli incassi in genere e di riscossione di contravvenzioni e di bollette ed in quelle di controllo e verifica fiduciaria di incassi conto terzi manualmente e con utilizzo di macchinario verificatore, nelle attività ausiliarie alla

viabilità, agli spazi per il parcheggio ed il ricovero di autoveicoli, motoveicoli e cose in genere.

Non si comprende come la libertà di iniziativa imprenditoriale non potesse prevedere l'applicazione di tale contratto al servizio in controversia, visto che già ad un primo sommario esame tale contratto sembra del tutto più appropriato a quello del personale dei ferrotramvieri; in ogni caso l'offerta economica del r.t.i. S. non può essere tacciata di non conformità alla legge di gara, visto che essa garantisce l'assorbimento del personale del gestore uscente e con trattamento economico rientrante in un contratto collettivo di lavoro.

I fatti, o meglio, le trattative avvenute nel corso della verifica di congruità divengono a questo punto irrilevanti.

Residua da affrontare l'altro tema prospettato sub 5) nell'appello proposto da S.T., ossia il pagamento, da parte dell'aggiudicatario, della Tosap relativamente al solo parcheggio multipiano, così come stabilito dal disciplinare di gara, pagamento per il quale il r.t.i. S. aggiudicatario non avrebbe indicato sufficienti risorse per gli anni di affidamento all'interno dell'offerta economica senza che la stazione appaltante rilevasse tali insufficienze.

Anche tale motivo è infondato.

A prescindere dalla sentenza della Commissione tributaria di Latina che aveva escluso obblighi Tosap a carico del precedente gestore del medesimo servizio, si deve richiamare sul tema l'ultima pronuncia della Sezione tributaria della Corte di Cassazione, 5 novembre 2019 n. 28340, che investiva avvisi di accertamento, con i quali il Comune di Racale contestava alla concessionaria del servizio di gestione del parcheggio pubblico comunali l'omessa presentazione della dichiarazione ed il conseguente omesso versamento delle imposte per occupazione di suolo pubblico, e dei quali la concessionaria negava la sussistenza del presupposto soggettivo.

La sentenza in questione ha affermato in linea generale che la giurisprudenza ha sottratto alla Tosap il carattere di "tassa", esaltandone sempre più l'effettiva funzione di "imposta", in quanto il tributo non sarebbe propriamente commisurato al pagamento della fruizione di un servizio pubblico, ma sarebbe connesso alla sottrazione di suolo comunale al libero uso collettivo per trarne un vantaggio esclusivo: dunque il suo presupposto oggettivo è rappresentato dalla superficie occupata in connessione di un beneficio economico ritratto dal soggetto privato per via dell'occupazione.

Quindi il principio cardine è l'occupazione del suolo pubblico e il vantaggio del singolo a discapito della collettività; il privato - concessionario, nel sottoscrivere un contratto con il quale in qualche modo acquisisce l'uso di tali stalli che per natura sono di pubblico utilizzo, ne assimila anche i doveri, pertanto la relativa tassazione: tale tesi si basa sul concetto dell'occupazione di un'area pubblica, destinata a parcheggio dall'ente proprietario, mediante concessione, alla quale va assoggettata la tassazione in capo al concessionario, con riferimento all'area in forza della concessione stessa. Includendo anche il principio per il quale la predeterminazione delle tariffe di parcheggio e gli oneri gravanti sul concessionario non valgono ad escludere lo specifico vantaggio di quest'ultimo, egli difatti con la gestione del parcheggio esercita attività d'impresa, ovviamente ai fini di lucro.

In conseguenza, in presenza di un provvedimento di concessione o di autorizzazione, per mezzo del quale il Comune o la Provincia acconsente ad un privato di occupare il proprio suolo, sarà quest'ultimo (concessionario o autorizzato) il soggetto passivo della Tosap.

Al contrario, quando il contratto che connette al Comune il privato ha ad oggetto la gestione di parcometri elettrici per la disciplina e l'esazione delle tariffe per la sosta di autovetture, la rimozione dei veicoli e la custodia dei veicoli rimossi, non si configura come una vera e propria concessione di utilizzo degli stalli, bensì appare un appalto di servizi di gestione.

Ciò in applicazione degli *artt. 38 e 39 del D.Lgs. n. 507 del 1993*, nei quali si afferma che il presupposto impositivo della tassa è costituito dalle occupazioni, di qualsiasi natura appartenenti al demanio pubblico, che comporti effettiva sottrazione della superficie all'uso pubblico.

Pertanto, solo quando si concede al privato la sola gestione del servizio, con il potere di esazione delle somme dovute dai singoli per l'uso, quale parcheggio dei loro veicoli, dell'area pubblica a ciò destinata dal Comune si intende un'occupazione temporanea, ad opera del singolo e non della concessionaria, che pertanto non sottrae al pubblico uso l'area, come anche statuito dalla stessa Corte di Cassazione con l'ordinanza n. 18102 del 21 luglio 2017.

Nel caso di specie l'oggetto della gara è il "SERVIZIO DI GESTIONE DELLA SOSTA A PAGAMENTO SU AREE PUBBLICHE E DI USO PUBBLICO DEL COMUNE DI LATINA", la legge di gara fa frequente menzione di affidamento e talvolta indica un servizio in concessione, ma l'interpretazione corretta è quella dell'affidamento ad un terzo di un servizio per conto del Comune e non tanto quella di una concessione nel senso traslativo usuale; lo stesso disciplinare richiama l'obbligo della corresponsione della Tosap relativamente alla struttura multipiano di parcheggio situata nei pressi della stazione ferroviaria, della quale non si fa menzione come bene oggetto di trasferimento in concessione con sfruttamento esclusivo ai fini dello svolgimento di un'attività pubblica interamente rimessa a soggetto terzo, nel caso il r.t.i. S..

Perciò, se all'aggiudicataria è stato attribuito solamente il mero servizio di gestione del parcheggio, con il potere di esazione delle somme dovute dai singoli per l'uso, quale parcheggio dei loro veicoli, dell'area pubblica a ciò destinata dal Comune, si deve allora ravvisare un'occupazione temporanea ad opera del singolo e non della concessionaria, senza sottrazione alla collettività ed invece riserva ai poteri organizzativi del concessionario l'area, in quanto questa non è oggetto della concessione ma rimane nella disponibilità del Comune allo stesso modo in cui rimarrebbe, ove fossero dipendenti comunali a svolgere il servizio di esazione e controllo delle tariffe,

Perciò, poiché risulta che il concessionario agisce quale mero sostituto dell'ente nello sfruttamento dei beni, viene a mancare il presupposto della tassazione, avuto riguardo all'esenzione soggettiva prevista per gli enti territoriali dall'*art. 49, comma primo, lett. a), del D.Lgs. n. 507 del 1993*, non emergendo un atto di concessione che sottragga al pubblico uso un bene demaniale e lo affidi anche a fini imprenditoriali ad un unico diverso soggetto (Cass. n. 19841 del 15/09/2009; Cass. n. 11553 del 21/06/2004).

La clausola della legge di gara che impone all'affidatario del servizio il pagamento della Tosap per la struttura multipiano è quindi da ritenersi nulla.

L'infondatezza delle censure finora esaminate rende irrilevante l'esame del resto dell'appello ed assorbe inoltre anche le censure sollevate con il ricorso incidentale proposto in primo grado, per cui l'appello della S.T. va integralmente rigettato.

Tale rigetto supera gli effetti della seconda sentenza - n. 720/2019 - emessa dal Tribunale amministrativo di Latina, sia perché fondata su considerazioni opposte a quelle sinora svolte,

sia perché in conseguenza la S.I. S.r.l. non potrebbe aspirare alla qualificazione agognata; per cui l'aggiudicazione resta in capo al r.t.i. S. appellato e gli appelli avverso tale seconda sentenza proposti il n. 504/2020 dal r.t.i. S. ed il n. 1023/2020 da S.T. devono essere dichiarati inammissibili.

Le spese di giudizio possono essere compensate per entrambi i gradi, vista la complessità della questione.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli in epigrafe, li riunisce e respinge il n. 6008/2019 e dichiara inammissibili i nn. 594/2020 e 1023/2020 nei sensi indicati in motivazione e, per l'effetto, riforma negli stessi sensi la sentenza 401/2019 impugnata ed annulla la sentenza n. 720/2019 del Tribunale amministrativo del Lazio, Sezione staccata di Latina.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 2 luglio 2020 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Raffaele Prosperi, Consigliere, Estensore

Federico Di Matteo, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere

TAR LAZIO, SEZ. II, SENTENZA N. 8225 DEL 16 LUGLIO 2020.
SULLA IRREGOLARITA' FISCALE DEL SUBAPPALTATORE.

Una stazione appaltante avviava una gara per l'affidamento del servizio di ristorazione scolastica a ridotto impatto ambientale, da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Il concorrente aggiudicatario dichiarava in corso di gara di voler subappaltare le attività manutentive comprese nell'appalto. All'esito delle verifiche di legge svolte dalla stazione appaltante, il subappaltatore si rivelava carente del requisito di cui all'art. 80, comma 4, Codice dei contratti per una irregolarità fiscale pregressa.

Il concorrente terzo classificato impugnava l'aggiudicazione, lamentando che l'aggiudicatario avrebbe dovuto essere escluso ai sensi dell'art. 80, commi 1, 4 e 5 Codice dei contratti.

La sentenza afferma che l'amministrazione ha correttamente valutato di non procedere ad una automatica espulsione dell'operatore economico, a fronte di un fatto escludente riguardante il subappaltatore. La potenziale pregnanza del debito fiscale quale motivo di esclusione di un operatore economico cede dinanzi al dato sostanziale rappresentato dalla concreta irrilevanza del subappaltatore rispetto all'affidabilità generale del concorrente, di per sé già idoneo a svolgere correttamente la prestazione oggetto di subappalto, anche senza il subappaltatore escluso.

Sul punto si è espressa la Corte di Giustizia dell'Unione Europea nella sentenza 30 gennaio 2020, causa C-395/18, che ha ritenuto contrastante con la direttiva 2014/24/UE e con il principio di proporzionalità il carattere automatico dell'esclusione di un concorrente per fatto ascrivibile al subappaltatore.

Nel caso di specie, quindi, l'Amministrazione ha legittimamente considerato irrilevante la presenza del subappaltatore rispetto alla piena e autosufficiente capacità dell'aggiudicatario di svolgere l'attività manutentiva astrattamente oggetto del subappalto.

Di seguito la sentenza in commento.

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

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 15054 del 2019, integrato da motivi aggiunti, proposto da V. S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Michele Perrone, Paolo Valensise, Alfredo Vitale, Gianmaria Covino e Federico Tedeschini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia nonchè in Roma, largo Messico 7;

contro

Roma Capitale, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Luigi D'Ottavi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia nonchè in Roma, via del Tempio di Giove, 21;

ANAC - Autorita' Nazionale Anticorruzione, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia nonchè in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

D.S. S.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Pierluigi Mantini e Fabrizio Esposito, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia nonchè presso lo studio dell'avvocato Marco Giustiniani (Pavia E Ansaldo) in Roma, via Bocca di Leone n. 78;

Vegezio S.r.l. non costituito in giudizio;

per l'annullamento,

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

A- della Det. n. 1843 del 5 novembre 2019, conosciuta dalla ricorrente il 12.11.2019 in forza della comunicazione ex *art. 76 D.Lgs. n. 50 del 2016* a mezzo PEC con cui il Comune di Roma - Dipartimento per la Razionalizzazione della Spesa -Centrale Unica di Committenza - Direzione Centrale Unica Acquisti di beni e servizi ha aggiudicato alla controinteressata il Lotto 1 della gara per l'affidamento del servizio di ristorazione scolastica a ridotto impatto ambientale nei nidi capitolini, nelle sezioni ponte, nelle scuole d'infanzia comunali e statali, primarie e secondarie di primo grado site nei rispettivi Municipi di Roma Capitale, degli atti afferenti il subprocedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta della prima graduata;

B- della Determinazione Dirigenziale n. 1695 del 26 giugno 2017 di approvazione della progettazione a base di gara, degli elementi essenziali del contratto, nonché dei criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte e di indizione della gara rettificata con Determinazione Dirigenziale n. 2143 del giorno 8 settembre 2017, del bando di gara, del disciplinare di gara, del capitolato e degli allegati tecnici, del provvedimento di nomina della Commissione aggiudicatrice, del provvedimento di istituzione dell'albo interno dei commissari di gara;

C- delle Determinazioni Dirigenziali n. 186 del 24 gennaio 2018 e n. 295 del 5 febbraio 2018, confermate con la Determinazione Dirigenziale n. 1198 del 30 maggio 2018 e modificate dalla Determinazione Dirigenziale n. 2068 del 9 novembre 2018, con cui Roma Capitale ha nominato la commissione giudicatrice dell'appalto de quo;

D- per quanto occorrer possa, della Determinazione Dirigenziale n. 13/2015 della Direzione Appalti e Contratti del Segretariato - Direzione Generale, recante criteri e modalità di sorteggio tra i soggetti presenti nell'albo interno istituito per la formazione delle commissioni giudicatrici per le gare indette da Roma Capitale e nota del Dipartimento per la

Razionalizzazione della Spesa - Centrale Unica Beni e Servizi prot. su (...) del 20 novembre 2017 (entrambe di tenore sconosciuto);

E- per quanto occorrer possa, della nota prot. (...) del 31 gennaio 2018 Dipartimento per la razionalizzazione della spesa - Centrale Unica Beni e Servizi di Roma Capitale;

F - e, ove occorra, della Determinazione Dirigenziale rep. (...) del 28 settembre 2017 ivi citata - nella parte in cui prevede l'utilizzo dell'albo per le procedure di gara sotto soglia e quelle di non particolare complessità anche per le procedure superiori alle soglie comunitarie di cui all'art. 35 del Codice;

G- di ogni altro provvedimento, di data e tenore sconosciuto, con il quale si sia proceduto al sorteggio dei membri della commissione di cui alla determinazione di nomina sub a) e/o all'eventuale inserimento degli stessi nella sottosezione dei commissari dietisti dell'albo interno istituito da Roma Capitale per la formazione delle Commissioni giudicatrici; dei pareri resi dall'ANAC di estremi e contenuto non noti, in ordine alla valutazione delle operazioni di gara, ove occorra del protocollo di azione Vigilanza Collaborativa intercorso tra Roma Capitale e L'ANAC, del 19.7.2017;

per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati il 18 dicembre 2019 e il 31 dicembre 2019, per l'annullamento, oltre che di tutti gli altri atti impugnati con il ricorso principale:

H-della Determinazione Dirigenziale n. QM/1568/2018 del 7 agosto 2018 di ammissione ed esclusione dei concorrenti; di ogni altro provvedimento, anche se non conosciuto, comunque connesso e/o collegato, tra cui; la Determinazione Dirigenziale n. 1198 del 30 maggio 2018 e modificate dalla Determinazione Dirigenziale n. 2068 del 9 novembre 2018, con cui Roma Capitale ha nominato la commissione giudicatrice dell'appalto de quo; per quanto occorrer possa, Determinazione Dirigenziale n. 13/2015 della Direzione Appalti e Contratti del Segretariato - Direzione Generale, recante criteri e modalità di sorteggio tra i soggetti presenti nell'albo interno istituito per la formazione delle commissioni giudicatrici per le gare indette da Roma Capitale e nota del Dipartimento per la Razionalizzazione della Spesa - Centrale Unica Beni e Servizi prot. su (...) del 20 novembre 2017 (entrambe di tenore sconosciuto); per quanto occorrer possa, nota prot. (...) del 31 gennaio 2018 Dipartimento per la razionalizzazione della spesa - Centrale Unica Beni e Servizi di Roma Capitale - e, ove occorra, della Determinazione Dirigenziale rep. (...) del 28 settembre 2017 ivi citata - nella parte in cui prevede l'utilizzo dell'albo per le procedure di gara sotto soglia e quelle di non particolare complessità anche per le procedure superiori alle soglie comunitarie di cui all'art. 35 del Codice; ogni altro provvedimento, di data e tenore sconosciuto, con il quale si sia proceduto al sorteggio dei membri della commissione di cui alla determinazione di nomina sub a) e/o all'eventuale inserimento degli stessi nella sottosezione dei commissari dietisti dell'albo interno istituito da Roma Capitale per la formazione delle Commissioni giudicatrici; dei pareri resi dall'ANAC di estremi e contenuto non noti, in ordine alla valutazione delle operazioni di gara, ove occorra del protocollo di azione Vigilanza Collaborativa intercorso tra Roma Capitale e L'ANAC, del 19.7.2017; per quanto occorrer possa, della Determinazione Dirigenziale n. QM/1568/2018 del 7 agosto 2018 di ammissione ed esclusione dei concorrenti; del provvedimento DD n. 2090 del 27.12.2019, pubblicato il 30.12.2019 e non trasmesso alla ricorrente, a mezzo del quale è stata disposta l'esecuzione anticipata e/o affidamento in via d'urgenza del servizio de quo di ogni altro provvedimento, anche se non conosciuto, comunque connesso e/o collegato.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Roma Capitale, di Anac - Autorita' Nazionale Anticorruzione e di D.S. S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 maggio 2020 il dott. Filippo Maria Tropiano

Svolgimento del processo - Motivi della decisione

1. Con il ricorso introduttivo del presente giudizio, la società ricorrente (di seguito anche solo "V.") ha impugnato gli atti indicati in epigrafe ai punti da A a G, lamentandone l'illegittimità in forza dei seguenti motivi di diritto:

A-Violazione e falsa applicazione: degli *artt. 34, 95 e 144 del D.Lgs. n. 50 del 2016* e s.m.i. (sotto altro e concorrente profilo); della sezione 11 del disciplinare di gara; degli *artt. 1 e 3 della L. n. 241 del 1990; dell'art. 97 della costituzione*; delle linee guida n. 2 di cui alla Det. 21 settembre 2016, n. 1005 dell'Anac - eccesso di potere per difetto dei presupposti, irragionevolezza, inadeguatezza e illogicità della scelta, carenza di motivazione, inosservanza di circolari, sviamento di potere, difetto di istruttoria e manifesta ingiustizia.

B-Violazione e falsa applicazione: degli *artt. 34, 77, 78, 144 e 216, comma 12, del D.Lgs. n. 50 del 2016* e s.m.i.; della sezione 11 del disciplinare di gara; degli *artt. 1 e 3 della L. n. 241 del 1990; dell'art. 97 della costituzione*; della determinazione dirigenziale n. 13/2015 (di tenore sconosciuto) della direzione appalti e contratti del segretariato - direzione generale, recante criteri e modalità di sorteggio tra i soggetti presenti nell'albo interno istituito per la formazione delle commissioni giudicatrici per le gare indette da roma capitale; della nota del dipartimento per la razionalizzazione della spesa - centrale unica beni e servizi prot. su (...) del 20/11/2017 (di tenore sconosciuto) - eccesso di potere per difetto dei presupposti, sviamento di potere, carenza di motivazione, difetto di istruttoria e manifesta ingiustizia.

C- Eccesso di potere, carenza di motivazione e di istruttoria in relazione al tempo di valutazione delle offerte tecniche. Violazione del principio di continuità e concentrazione delle operazioni di gara.

D-Violazione di legge, violazione e falsa applicazione dell'art. 106 codice appalti, violazione e falsa applicazione dei principi di parità di trattamento e di trasparenza, eccesso di potere per difetto dei presupposti, disparità di trattamento e violazione della par condicio, illogicità, irragionevolezza, contraddittorietà, carenza di potere, sviamento, violazione e falsa applicazione degli *artt. 3, comma 3 del capitolato speciale e dell'art. 9.7.10 dello schema di contratto*.

E-Sotto diverso ed ulteriore profilo. Violazione di legge. Violazione e falsa applicazione dell'*art. 32 comma 6 D.Lgs. n. 50 del 2016*. Violazione e falsa applicazione dei principi di immodificabilità dell'offerta, parità di trattamento e di trasparenza. Eccesso di potere per difetto dei presupposti, disparità di trattamento e violazione della par condicio, illogicità, irragionevolezza, contraddittorietà. Sviamento. Violazione e falsa applicazione degli *artt. 3, comma 3 del Capitolato Speciale e dell'art. 9.7.10 dello Schema di contratto*.

F- Sotto diverso ed ulteriore profilo. Violazione del principio del *contrarius actus*. Eccesso di potere per illogicità e contraddittorietà dell'azione amministrativa; disparità di trattamento in relazione alla valutazione delle offerte; violazione e falsa applicazione degli

35 artt. 83 e 95 del D.Lgs. n. 50 del 2016; violazione dei criteri di gara e dei requisiti minimi di partecipazione.

G-In via subordinata. Illegittimità degli artt. 3, comma 3 del Capitolato Speciale e dell'art. 9.7.10 dello Schema di contratto.

Sulla base delle sopra esposte doglianze, V. ha chiesto l'annullamento degli atti gravati e la declaratoria di inefficacia del contratto di appalto stipulato con l'aggiudicataria, con subentro di essa istante nel rapporto contrattuale medesimo.

Ha chiesto altresì concedersi pronta tutela cautelare.

Si è costituita Roma Capitale contestando il ricorso e chiedendone il rigetto.

Si è altresì costituita la Società D.S. srl, anch'essa instando per la reiezione della domanda proposta dal ricorrente principale.

Si è infine costituita l'ANAC a mezzo dell'avvocatura erariale.

Con motivi aggiunti debitamente notificati e depositati il 18 dicembre 2019 ed il 31 dicembre 2019, V. ha poi gravato, oltre agli atti già impugnati con il ricorso principale, altresì gli ulteriori provvedimenti specificati in epigrafe alla lettera H, in particolare contestando l'ammissione dell'aggiudicataria e della sua offerta, nonché il disposto affidamento d'urgenza del servizio de quo, ed articolando all'uopo i seguenti ulteriori motivi di diritto:

H-Violazione e falsa applicazione: dell'art. 80, commi 1, 4 e 5 lett. f-bis), nonché dell'art. 105, commi 6 e 12, del D.Lgs. n. 50 del 2016; dell'art. 71 della direttiva 2014/24/ue del 26 febbraio 2014; degli artt. 46, 47 e 75 del D.P.R. n. 445 del 2000; degli artt. 1 e 3 della L. n. 241 del 1990, violazione del principio di par condicio fra i concorrenti, violazione e falsa applicazione dell'art. 97 della costituzione, eccesso di potere di potere per difetto di istruttoria e dei presupposti, nonché per travisamento e ingiustizia manifesta.

I-Violazione e falsa applicazione degli artt. 59 e 97 del D.Lgs. n. 50 del 2016; della sezione 11 del disciplinare di gara; degli artt. 3 e 12 del capitolato speciale descrittivo e prestazionale e relativi allegati, irregolarità, inammissibilità, indeterminatezza e incongruità dell'offerta presentata dalla controinteressata, eccesso di potere per difetto di istruttoria, carenza e/o comunque illogicità e contraddittorietà della motivazione, ingiustizia manifesta.

L-Eccesso di potere. Violazione dell'art. 32 comma 8 del D.Lgs. n. 50 del 2016. Illegittimità derivata.

Sia l'amministrazione comunale, sia la controinteressata hanno controdedotto avverso i motivi aggiunti, chiedendone il rigetto.

Con ordinanza n. 8385/2019, resa alla camera di consiglio del 18 dicembre 2019, il Collegio ha rigettato la domanda cautelare svolta nell'atto introduttivo.

Con ordinanza n. 47/2020, resa alla camera di consiglio dell'8 gennaio 2020, il Collegio ha respinto la domanda cautelare proposta con i primi motivi aggiunti.

Con ulteriore ordinanza n. 438/2020, resa alla camera di consiglio del 22 gennaio 2020, il Collegio ha altresì rigettato la domanda cautelare formulata nei secondi motivi aggiunti del 31 dicembre 2019.

Depositata memorie difensive a cura delle parti, la causa è stata trattenuta in decisione all'udienza del 20 maggio 2020.

2. Il ricorso ed i motivi aggiunti devono essere rigettati perché infondati e tanto consente di assorbire ogni altra questione e/o eccezione.

3. Giova ripercorrere l'iter storico della vicenda.

Con bando del 22 settembre 2017, spedito per la pubblicazione in Gazzetta il 19 settembre 2017, il Dipartimento Servizi Educativi e Scolastici - Politiche della Famiglia e dell'Infanzia Direzione di Servizi di Supporto al Sistema Educativo Scolastico di Roma Capitale - ha indetto una procedura aperta per l'affidamento del servizio di ristorazione scolastico a ridotto impianto ambientale nei nidi capitolini, nelle sezioni ponte, nelle scuole dell'infanzia comunali e statali, primarie e secondarie di primo grado site nel territorio per la durata di anni tre.

La gara è stata suddivisa in 15 lotti prestazionali e territoriali, ciascuno relativo ad un diverso Municipio del Comune di Roma.

L'aggiudicazione doveva effettuarsi sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata secondo il miglior rapporto qualità / prezzo ai sensi dell'*art. 95 comma 3 del D.Lgs. n. 50 del 2016*, con attribuzione di 70 punti massimi per la qualità e 30 per il prezzo.

Il bando ha previsto la possibilità che i concorrenti presentassero offerta (entro il termine di scadenza del 16 novembre 2017) per uno o più lotti ovvero per tutti i lotti, senza però poter risultare aggiudicatari, all'esito della procedura di più di un lotto.

Il medesimo bando (art. II.2.5) specificava i criteri di assegnazione dei singoli lotti, prescrivendo che ciascun concorrente, in caso di aggiudicazione di più di un lotto, sarebbe risultato aggiudicatario del lotto per il quale conseguisse il maggior punteggio tecnico e, in subordine il maggior punteggio complessivo (tecnico + economico); in caso di parità anche per il punteggio complessivo, il criterio di aggiudicazione è il valore economico di maggior importo del lotto (prescrizione ribadita nella sezione 9 del disciplinare).

All'esito del sub procedimento di verifica dell'anomalia e della verifica del possesso dei requisiti generali nonché di quelli tecnici economico-finanziari e tecnico-professionali sui concorrenti utilmente collocati in graduatoria, l'amministrazione capitolina ha comunicato, con nota 17589 del 12 novembre 2019, ai sensi dell'art. 76 del Codice dei Contratti, le risultanze delle determinazioni dirigenziali con le quali è stata disposta l'aggiudicazione definitiva dei lotti dal n. 1 al n. 15.

Per quanto riguarda il lotto n. 1 oggetto della presente controversia, esso è stato affidato al costituendo RTI tra D.V. srl, odierno controinteressato.

Con determinazione dirigenziale n. 1843 del 5 novembre 2019, la stazione appaltante ha infatti ritenuta congrua l'offerta del RTI, che dunque si è posizionato al primo posto della graduatoria, conseguendo un punteggio pari a 97,252/100.

L'odierna ricorrente V. SpA si è classificata al terzo posto con un punteggio complessivo di 89,029/100; mentre al secondo posto si è classificata l'impresa P. SpA con punti 91,75/100.

4. Ciò ricordato in fatto, devono essere esaminate innanzitutto le doglianze proposte con il ricorso principale avverso gli atti della procedura di selezione, indicati alle lette da A a G dell'epigrafe.

5. Con il primo motivo di ricorso, V. contesta la scelta di Roma Capitale di inserire nel capitolato speciale talune prestazioni che non sarebbero di stretta pertinenza dell'attività di ristorazione, con la conseguenza che l'amministrazione avrebbe congegnato un complesso di servizi che finirebbe per alterare il sistema di attribuzione dei punteggi, perché neutralizzerebbe il peso delle attività prettamente riconducibili alla ristorazione (che

costituirebbero il "nucleo forte" dell'appalto), rispetto alle altre attività secondarie (pulizie, fornitura di utensili, disinfestazione e derattizzazione).

Il motivo è infondato.

Va rilevata invero la ragionevolezza e logicità del confezionamento della legge di gara, i cui principi ispiratori sono enunciati nel capitolato speciale ed altresì utilizzati nella elaborazione dei criteri di elaborazione dell'offerta tecnica (sezione 11 del disciplinare di gara).

Come emerge dalla lettura sistematica della predetta disposizione (ove vengono elencati i criteri A, B e C recanti : turnazione del personale addetto alle operazioni di pulizia ed igiene, frequenza delle operazioni di derattizzazione e disinfestazione, utilizzo di attrezzature di lavaggio e pulizia ad alto contenuto tecnologico, implementazione dei nidi di Roma Capitale e le politiche di approvvigionamento delle derrate alimentari), l'amministrazione ha combinato i vari criteri, al fine di perseguire un prefigurato obiettivo di qualità posto, in modo caratterizzante,, quale fine ispiratore della nuova procedura.

Mediante scelta discrezionale e apparentemente immune da illogicità, l'amministrazione capitolina, anche e soprattutto nell'ottica di combinare efficienza e qualità in relazione ad un servizio essenziale rivolto ad una categoria "protetta" quale quella degli alunni delle scuole di Roma Capitale, ha voluto abbinare al proprium della prestazione principale una serie di servizi a corredo della stessa, i quali conformassero il servizio da erogarsi in termini altamente qualitativi, senza che possa darsi una immotivata prevalenza della componente economica rispetto a quella tecnica.

Altrettanto congrui (ed in linea con la sopra rappresentata finalità) appaiono i criteri di assegnazione dei punteggi ed i criteri di valutazione dell'offerta, elaborati in linea con le indicazioni fornite in chiave collaborativa dalla ANAC.

Valgono per altro anche qui i noti limiti di scrutinio estrinseco e non sostitutivo del Giudicante, a fronte di corretta spendita di potere tecnico-discrezionale.

Né pare ravvisabile il vizio di eccesso di potere per erronea rappresentazione dei fatti, in relazione al personale contemplato dagli atti di gara.

Nell'allegato 1 del capitolato speciale, l'amministrazione ha infatti menzionato i dati cristallizzati all'anno 2016 - 2017, raccogliendo le risultanze numeriche delle strutture scolastiche di Roma Capitale e della mano d'opera ivi operante, numeri che evidentemente sono sensibili a variazioni in aumento o in diminuzione nel corso del tempo.

La stessa conformazione della clausola sociale pare effettuata in modo ragionevole ed in linea con l'obbligo di riassorbimento dei lavoratori alle dipendenze dell'appaltatore uscente armonizzato con l'organizzazione dell'impresa subentrante; ciò in linea con i principi giurisprudenziali vigenti che appunto stigmatizzano l'uso di tale clausola in guisa tale da limitare la libertà di iniziativa economica e, viceversa, la intendono coordinabile con la struttura dell'imprenditore subentrante.

Neppure pare illegittimo l'uso del metodo della cd. interpolazione lineare, dimostratosi in concreto idoneo ad individuare la migliore offerta sotto il profilo del rapporto qualità/prezzo, in linea con le prescrizioni di cui al comma 10 bis dell'art. 95 del Codice dei Contratti.

6. Inammissibile e comunque infondato è il secondo motivo di gravame.

In primis, per costante giurisprudenza della Sezione, la contestazione della legittimità della composizione della commissione giudicatrice deve essere proposta tempestivamente e non attendendo opportunisticamente gli esiti della gara (v. sentenza della Sezione n.12450/2017).

Nel merito, deve osservarsi che la commissione è stata nominata dalla stazione appaltante in base a sorteggio causale nell'ambito dei soggetti iscritti all'albo interno comunale e che i medesimi soggetti prescelti sono stati trasmessi preventivamente ad ANAC per gli opportuni controlli.

Dal punto di vista della competenza, osserva il Collegio come si tratti di commissari scelti tra dirigenti e funzionari con profilo socio-educativo, i quali erano peraltro autorizzati a richiedere il supporto del RUP sui peculiari aspetti inerenti la qualità dei cibi e delle derrate agro-alimentari.

Si aggiunga che gli atti di gara prevedevano analiticamente, sia gli elementi nutrizionali, che le modalità di preparazione dei pasti (anche con riferimento alle porzioni e all'alternanza dei menù), tal che alla commissione non spettava alcuna scelta discrezionale sugli aspetti prettamente alimentari.

Mentre, la presenza di commissari esperti in ambito socio-educativo e psicologico ha consentito all'organo tecnico di modellare la prestazione in coerenza con l'ambiente educativo in cui si inseriva il servizio di mensa.

7. Altresì infondato è il terzo motivo di gravame, con il quale V. ha contestato le valutazioni espresse dalla commissione in sede di esame delle offerte tecniche.

Sul punto giova ricordare che, per solido conforto giurisprudenziale, la valutazione delle offerte così come l'attribuzione dei punteggi da parte della Commissione giudicatrice, rientrano nell'ampia discrezionalità tecnica riconosciuta alla stessa e, perché tali, non sono soggette al sindacato del giudice amministrativo, fatto salvo il limite dell'abnormità della scelta tecnica.

Nel caso di specie alcuna illogicità manifesta e/o travisamento dei fatti pare sussistere, apparendo l'esito valutativo della commissione immune da irragionevolezza evidente ed anzi frutto di plausibile giudizio tecnico; tanto vale, segnatamente, per il giudizio di non anomalia, come ritenuto dall'amministrazione, a seguito di ponderazione immune da errori manifesti di sorta.

Quanto al lamentato poco tempo impiegato dalla commissione per esaminare le offerte, non può ritrarsi alcun vizio di legittimità, sol ricordandosi che, come affermato in giurisprudenza, la rilevata esiguità dell'elemento temporale non rileva per sé stessa, ma, per avere effetti invalidanti, in quanto espressione di una carenza di istruttoria, deve essere accompagnata dalla prospettazione (puntuale e non generica) di una superficialità e inattendibilità nell'esame delle offerte posto in essere dalla commissione, tale da determinare un esito irrazionale ed illogico delle determinazioni conclusive assunte. Evenienza che nel caso di specie certo non si è verificata.

8. Deve essere disatteso altresì il quarto motivo di gravame.

In effetti, come correttamente esposto dalla difesa capitolina, nel provvedimento di aggiudicazione si è stabilito di disporre il recepimento delle soluzioni migliorative del concorrente aggiudicatario e si è stabilito di disporre la rimodulazione del quadro economico e l'approvazione dello schema di contratto, come integrato dalle offerte migliorative proposte dall'aggiudicatario.

La *lex specialis* contemplava infatti la modifica del contratto dopo l'aggiudicazione per recepire le proposte migliorative avanzate dal concorrente che risultasse aggiudicatario.

Alcuna modifica in corso di gara è dunque avvenuta, violativa del confronto concorrenziale, posto che già ab origine, la *lex specialis*, con previsione generale (nota e accettata da tutti i concorrenti) contemplava la succitata modificabilità del contratto, non lasciata alla incontrollata discrezionalità dell'amministrazione, bensì previamente conformata in ragione di criteri certi e prestabiliti.

9. Da ultimo devono essere ritenuti infondati i motivi di diritto esposti in ricorso ai punti 5, 6 e 7.

Deve infatti ribadirsi quanto già sopra esposto al superiore punto 8.

Non sembra rinvenirsi nelle determinazioni comunali quell'effetto "novativo" (rispetto alle originarie condizioni di gara), come lamentato dalla parte ricorrente, posto che, viceversa, rileva nel caso di specie una connaturale flessibilità del quadro regolatorio del rapporto in essere col futuro aggiudicatario, calibrato in linea con i criteri prestabiliti dalla legge di gara, siccome dipendenti altresì dalla durata contrattuale del servizio, giocoforza ridotta per effetto di sopravvenienze non preventivabili.

Del resto, tutti i concorrenti hanno confermato la validità delle offerte tecniche ed economiche, rinnovando altresì la garanzia provvisoria e nulla contestando in ordine alla rimodulazione temporale imposta dalla durata del complesso procedimento.

Dal che altresì l'inesistenza della pretesa violazione del principio del *contrarius actus* e l'inesistenza di alcuna illegittimità rinvenibile nelle pertinenti disposizioni della *lex specialis*. Deve ribadirsi, come principio generale, di là da una inammissibile modifica dell'assetto di gara e delle offerte presentate, la sussistenza, viceversa, di una immanente clausola di flessibilità, implicitamente presupposta negli atti di gara, la quale pur non modificando sostanzialmente l'assetto contrattuale, preservi l'utilità della prestazione e (finanche) lo stesso interesse creditorio dei partecipanti alla selezione.

10. Anche i motivi aggiunti proposti da V. devono essere ritenuti infondati.

11. Con una prima doglianza, l'esponente ha contestato la violazione dell'*art. 80 commi 1, 4 e 5 D.Lgs. n. 50 del 2016*, lamentando che l'aggiudicatario D.V. doveva essere escluso dalla gara a causa della irregolarità fiscale pregressa risultata a carico della soc. Z. srl indicata nella terna delle imprese sub-appaltatrici.

Sul punto giova rilevare, in linea con le indicazioni derivanti dalla nota sentenza della CGUE n. 30.1.2020 causa C-395/18, che l'amministrazione ha correttamente valutato di non procedere ad una automatica espulsione dell'operatore, a fronte di un fatto escludente riguardante uno dei tre sub appaltatori.

L'amministrazione, seppur con motivazione sintetica e brachilogica, ha evidentemente considerato irrilevante la presenza della Soc. Z. rispetto alla piena (autosufficiente) capacità del RTI di svolgere quelle attività di manutenzione astrattamente affidate, in sede di confezionamento dell'offerta, alla sub-appaltatrice.

Detto altrimenti, in linea con l'approccio antiformalistico della più recente giurisprudenza, la pur potenziale gravidanza del debito fiscale quale motivo di esclusione di un operatore economico (e la stessa censurabilità dell'omessa dichiarazione di tale circostanza potenzialmente rilevante) cedono dinanzi al dato sostanziale rappresentato dalla concreta irrilevanza del citato sub-appaltatore rispetto all'affidabilità generale del RTI, di per sé già idoneo a svolgere correttamente la prestazione de qua (anche senza il subappaltatore escluso) ed al quale non può essere imputata alcuna causa escludente.

D. è evidentemente apparsa agli uffici comunali perfettamente in grado di eseguire le attività manutentive originariamente indicate come sub-appaltabili, cosa che peraltro è compiutamente avvenuta durante il periodo di affidamento d'urgenza dell'appalto.

12. Con una seconda censura la ricorrente ha contestato la valutazione espressa dalla commissione sull'offerta dell'aggiudicataria, sia sotto il profilo di una dedotta indeterminatezza dell'offerta stessa in relazione alla turnazione del personale, sia sotto il profilo di una dedotta insostenibilità dei prezzi offerti.

Entrambe le doglianze non sono suscettibili di positivo apprezzamento.

Risulta infatti pienamente rispettato il criterio di attribuzione del punteggio A1, atteso che nell'offerta tecnica di D. sono stati indicati, sia la turnazione del personale addetto alle operazioni di pulizia e igiene delle strutture di produzione e di consumo, sia le ore settimanali aggiuntive.

I "GANTT" menzionati nell'offerta dell'aggiudicataria si incentrano sulla organizzazione di un modello di "giornata tipo" all'interno di ogni struttura, ove vengono indicate le ore minime necessarie per l'organizzazione del lavoro, le figure e le ore aggiuntive rispetto a quelle minime indicate nell'art. 12 del capitolato e le ore aggiuntive per le operazioni di pulizia e igiene.

Risulta altresì indicato il monte ore aggiuntivo per le operazioni di pulizia e di igiene, con la precisazione che la succitata "giornata tipo" è calcolata al massimo della produzione; mentre le concrete modalità organizzative potranno essere calibrate a seconda delle concrete esigenze legate ai vari ambiti scolastici e alla intensità dell'utenza del servizio.

Le stesse operazioni aggiuntive (pulizia delle cappe, canaline, frigoriferi, vetri e bicchieri) sono calibrate in concreto secondo frequenze e rotazioni prestabilite.

L'aggiudicataria ha dunque coerentemente indicato il monte ore aggiuntivo a frequenza settimanale e computato nei "GANTT", al fine di evidenziare le prestazioni collocabili nella giornata tipo ed il volume di unità del personale impiegato.

Pur con le sopra descritte modalità, l'offerta tecnica di D. non pecca di indeterminatezza; mentre apparentemente immune da illogicità risulta la valutazione tecnica della commissione. Anche la seconda contestazione deve essere disattesa.

Il calcolo del costo del personale è stato sviluppato su una "giornata tipo" che deriva dalla media dei pasti serviti in una settimana, spalmati su 5 giorni e considerando anche i pasti serviti in un solo giorno.

Come esemplificato plausibilmente negli scritti difensivi del controinteressato, la "giornata tipo" tiene in considerazione i pasti medi e si fonda su di un valore rappresentativo medio; con la conseguenza che anche il costo del personale è stato computato su un dato numerico medio dei pasti erogabili.

Neppure possono essere seguite le contestazioni più schiettamente economiche pure sviluppate da V. nel relativo motivo di gravame.

Il rapporto tra pasti annui e pasti giornalieri ha espresso, nell'offerta di D., il numero medio di giornate di servizio e tale dato è stato utilizzato per il calcolo del monte ore annuo; altresì considerando che il parametro medio considerato dall'aggiudicataria è legato proprio alle diverse tipologie di utenze che consumano i pasti, in ragione di un calendario per forza diversificato per tipi di scuola e di attività.

In sostanza, il dato espresso nell'offerta economica dell'aggiudicataria si incentra su di un parametro di calcolo mediano tra le varie utenze, che risulta congruamente giustificato.

Neppure pare ravvisabile una sottostima del costo dei singoli alimenti.

La controinteressata ha puntualmente trasmesso al RUP, in sede di verifica dell'anomalia, i listini prezzi ricevuti dai fornitori, sicuramente vantaggiosi ma apparentemente congrui e tali correttamente intesi dagli uffici comunali.

L'aggiudicataria infatti ha avanzato una proposta particolarmente concorrenziale da parte dei fornitori, i quali hanno scontato i prezzi ipotizzando una grande richiesta futura dei propri prodotti, sulla base di un'aspettativa di acquisto evidentemente altissima.

Né, d'altro canto, la valutazione tecnica dell'amministrazione appare suscettibile di censura, nei limiti del sindacato estrinseco che solo è riservato al Giudice, anche considerando che si tratta di prezzi non distanti da quelli offerti in gare analoghe (come ha dimostrato la controinteressata depositando i dati relativi alle gare di ristorazione scolastica bandite per i comuni di Firenze e Torino).

In sostanza, più che di sottostima dei costi delle derrate alimentari, risulta una maggiore competitività dell'offerta di D., positivamente apprezzata dalla stazione appaltante.

13. Anche l'ulteriore doglianza articolata nei secondi motivi aggiunti deve essere respinta.

La ricorrente censura la determinazione comunale di disporre l'esecuzione anticipata del servizio di ristorazione scolastica.

Premesso che il servizio è durato un tempo brevissimo per le note vicende emergenziali, va rilevato che l'attivazione immediata del servizio poggiava su evidenti ragioni di urgenza legate alle indifferibili esigenze sottese alla procedura de qua, indifferibilità peraltro evidentemente ritenuta dal provvedimento cautelare di rigetto, confermato in sede di appello, in cui è stata valorizzata la preminente rilevanza insita nella continuità del servizio di mensa scolastica.

14. In conclusione e alla luce delle superiori considerazioni, sia il ricorso principale sia i motivi aggiunti devono essere rigettati perché infondati.

Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate come in dispositivo, nei riguardi di Roma Capitale e della controinteressata.

Sussistono invece i presupposti di legge per compensare le spese di lite tra parte ricorrente e ANAC.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso integrato da motivi aggiunti, come in epigrafe proposto, lo respinge. Condanna la società ricorrente a rifondere le spese di lite in favore di Roma Capitale e della società controinteressata, che si liquidano in complessivi Euro 3.000,00 (Euro tremila/00) oltre accessori di legge in favore di ciascuna di esse.

Compensa le spese tra la società ricorrente e l'ANAC.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 maggio 2020, tenutasi da remoto in videoconferenza D.L. n. 18 del 2020, con l'intervento dei magistrati:

Francesco Riccio, Presidente

Filippo Maria Tropiano, Primo Referendario, Estensore
Luca Iera, Referendario

TAR LAZIO, SEZ. III, SENTENZA N. 7653 DEL 3 LUGLIO 2020.

LA STAZIONE APPALTANTE, SE NON RITIENE CONVENIENTE L'OFFERTA DELL'UNICA IMPRESA RIMASTA IN GARA, PUO' DECIDERE DI ANNULLARLA.

La pronuncia in commento rileva la legittimità della determina di annullamento di un'intera gara a seguito di esclusione del primo classificato e di valutazione di inidoneità dell'offerta del secondo e terzo: lamenta parte ricorrente, quarta in graduatoria, l'omessa comunicazione di avvio del procedimento di annullamento, il difetto di motivazione e, soprattutto, la violazione dell'art. 81, comma 3, del D.lgs. n. 163/2006 (vigente *ratione temporis*) nella parte in cui non sarebbe stata adeguatamente valutata la possibilità di aggiudicare l'appalto in questione alla ricorrente medesima.

Ben avrebbe fatto la Stazione Appaltante, rileva il TAR, ad annullare l'intera gara, dopo attenta valutazione di convenienza dell'unica offerta rimasta in gara, superiore di ben il 240% rispetto a quella proposta dalla prima classificata.

È legittimo il provvedimento di annullamento impugnato poiché ragionevole e sufficientemente motivato; né sussiste alcuna violazione degli obblighi partecipativi atteso che la Stazione Appaltante ha comunque adeguatamente dimostrato, nel corso del giudizio, l'impossibilità di addivenire ad una diversa decisione.

Di seguito la sentenza in commento.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza Stralcio)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4256 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Soc A.B. S.r.l., in proprio e in qualità di mandataria RTI con Soc Imperial Emporium S.r.l., rappresentata e difesa dall'avvocato Alberico Marracino, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, corso Trieste, 16;

contro

Soc P.I. S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Carlo Malinconico, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, corso Vittorio Emanuele II, n. 284;

per l'annullamento

del provvedimento di annullamento del lotto 2 della gara per la fornitura di n. 29.995 macchine per trattamento denaro per u.p. della divisione mercato privati;

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Soc P.I. S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza smaltimento del giorno 26 giugno 2020 il dott. Massimo Santini;

Svolgimento del processo – Motivi della decisione

La società ricorrente partecipava alla gara in epigrafe indicata (fornitura macchine trattamento denaro per il controllo, in particolare, di banconote false e logore) e si classificava al quarto posto.

La prima classificata veniva successivamente esclusa in quanto, in sede di verifica dei campioni, i prodotti forniti si rivelavano inidonei all'uso. Venivano a questo punto convocate, in successione, la seconda e la terza classificata ma anche su queste, in sede di verifica, si ravvisava la non rispondenza dei prodotti rispetto alle specifiche tecniche richieste dalla normativa di gara. La stazione appaltante provvedeva allora ad annullare l'intera gara.

La suddetta determinazione di annullamento veniva impugnata per i seguenti motivi: a) omessa comunicazione di avvio del procedimento di annullamento; b) violazione *art. 21-nonies della L. n. 241 del 1990* sotto il profilo del difetto di motivazione; c) violazione *art. 81, comma 3, del D.Lgs. n. 163 del 2006* nella parte in cui non sarebbe stata adeguatamente valutata la possibilità di aggiudicare l'appalto in questione alla ricorrente società. Con atto di motivi aggiunti venivano altresì impugnati, sostanzialmente per ragioni analoghe a quelle del ricorso originario, i verbali della commissione di gara nella parte in cui era stato proposto di provvedere all'annullamento della gara senza previamente sottoporre a verifica il prodotto offerto in gara dalle ricorrenti.

Si costituiva in giudizio l'intimata amministrazione per chiedere il rigetto del gravame mediante articolate controdeduzioni che, più avanti, formeranno oggetto di più specifica trattazione.

All'udienza di smaltimento del 26 giugno 2020, tenutasi in videoconferenza e con richiesta di passaggio in decisione delle parti ai sensi dell'*art. 84, comma 5, del D.L. 17 marzo 2020, n. 18*, come integrato sul punto dal *D.L. 30 aprile 2020, n. 28*, la causa veniva infine trattenuta in decisione.

Tutto ciò premesso osserva il collegio che, per giurisprudenza pressoché costante, l'invocato *art. 81, comma 3, del decreto legislativo n. 163 del 2006*, "attribuisce alla stazione appaltante, in aggiunta agli ordinari poteri di autotutela, la facoltà di non aggiudicare l'appalto qualora ritenga che le offerte non siano idonee o economicamente convenienti. In tal caso, la mancata aggiudicazione del contratto non deriva da vizi inficianti gli atti di gara predisposti, nè da una rivalutazione dell'interesse pubblico, ma da una negativa valutazione delle offerte che, pur formalmente rispondenti ai requisiti della *lex specialis* di gara, non appaiono idonee a soddisfare gli obiettivi di gara. Di conseguenza, la facoltà che l'*art. 81, comma 3, cit.* attribuisce alla stazione appaltante non può assolutamente essere posta sullo stesso piano delle valutazioni della commissione di gara" (cfr. Cons. Stato, sez. V, 25 febbraio 2019, n. 1265).

Pertanto: "È legittimo il provvedimento con il quale il responsabile unico del procedimento (RUP) ha deciso, a seguito dell'esclusione dalla gara dell'impresa aggiudicataria e di altra impresa, di non assegnare l'appalto all'unica impresa rimasta in gara perchè ha giudicato non conveniente l'offerta dalla stessa presentata, avendo egli esercitato il potere riconosciuto dall'*art. 81 comma 3, d.lg. 12 aprile 2006, n. 163* circa la valutazione di convenienza dell'offerta" (Cons. Stato, sez. V, 28 luglio 2015, n. 3721).

Ebbene una simile valutazione di convenienza risulta evidente dagli atti di gara e in particolare dai verbali della commissione, da cui si ricava che l'offerta economica delle ricorrenti era superiore di circa il 240% rispetto a quella proposta dalla prima classificata. Più in particolare, mentre il ribasso medio delle prime tre classificate era pari a circa il 40%, quello della ricorrente era pari al 16,50%. Di qui la ragionevolezza e la sufficiente motivazione posta alla base del provvedimento di annullamento in questa sede impugnato.

Né potrebbe sussistere alcuna violazione degli obblighi partecipativi atteso che, in disparte ogni considerazione circa la applicazione dell'*art. 7 della L. n. 241 del 1990* al caso di specie, l'amministrazione ha comunque adeguatamente dimostrato, nel corso del presente giudizio, l'impossibilità di addivenire ad una diversa decisione (*art. 21-octies L. n. 241 del 1990*).

In conclusione il ricorso è infondato e deve essere rigettato, con compensazione in ogni caso delle spese di lite stante il complessivo andamento del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Stralcio), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 26 giugno 2020, tenutasi mediante collegamento da remoto in videoconferenza, secondo quanto disposto dall'*art. 84, comma 6, del D.L. 17 marzo 2020, n. 18*, con l'intervento dei magistrati:

TAR LAZIO, SEZ. II, SENTENZA N. 7742 DEL 6 LUGLIO 2020.

L'INTERESSE A RICORRERE PER LESIONE DEL PRESTIGIO DELL'IMPRESA CONCORRENTE A UNA PUBBLICA GARA.

La vicenda trae origine dal ricorso proposto da una società partecipante ad una procedura negoziata indetta da CONSIP, della quale la ricorrente risultava aggiudicataria provvisoria, ma successivamente veniva estromessa all'esito dei controlli della S.A. sul possesso dei requisiti, ai sensi e per gli effetti dell'art. 80 co. 5 lett. f-bis) d.lgs. n. 50/2016, per dichiarazione non veritiera, avendo omesso di rendere informazioni relative alla moralità professionale.

La Stazione appaltante investiva preliminarmente i Giudici amministrativi della questione preliminare relativa alla carenza di interesse a ricorrere dell'Impresa, contestando che la stessa agiva unicamente per tutelare la propria reputazione e affidabilità e non anche per ottenere il bene della vita costituito dall'aggiudicazione della gara.

Il Tar adito, nell'accogliere nel merito il ricorso proposto dalla ditta aggiudicataria risultata poi esclusa, respingeva l'eccezione preliminare sollevata dalla Stazione Appaltante, stabilendo che non rileva il fatto che la ricorrente non abbia articolato specifiche censure avverso l'esito finale della gara, sussistendo in ogni caso un interesse della stessa a che venisse accertata la correttezza del proprio comportamento e fossero evitate le conseguenze negative derivanti dal provvedimento di esclusione, in grado anche di pregiudicare la partecipazione a future gare pubbliche.

La lesione del prestigio e dell'immagine del ricorrente è, di per sé, un bene giuridico tutelato dall'ordinamento in quanto in grado di incidere sulla sfera morale della persona giuridica (o fisica), e come tale merita piena tutela giurisdizionale, vieppiù in un caso come quello di specie (che vedeva la ricorrente quale unica concorrente rimasta in gara) ove, in caso di rivalutazione positiva del possesso dei requisiti, e dunque di esito favorevole del gravame, la procedura avrebbe avuto quale esito quello di far conseguire alla ricorrente l'aggiudicazione definitiva.

In conclusione, nel fissare il principio sopra esposto, il TAR Lazio esclude che la lesione del prestigio o dell'immagine dell'operatore economico escluso da una gara possa avere rilevanza

unicamente ai fini risarcitori per “danno curriculare” o relativamente al “rating di legalità” o il “rating d’impresa”, stabilendo la sua diretta rilevanza anche ai fini dell’interesse a ricorrere.

Di seguito la sentenza in commento.

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

sul ricorso numero di registro generale 2377 del 2020, proposto da

-OMISSIS- -OMISSIS-., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Pierluigi Piselli, Daniele Bracci e Giuseppe Imbergamo, con domicilio digitale come in atti;

contro

C. -OMISSIS-., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall’avvocato Francesco Sciaudone, con domicilio digitale come in atti;

-OMISSIS- non costituita in giudizio;

per l’annullamento

- del provvedimento Prot. n. (...) del 17.02.2020 con cui C. -OMISSIS-. ha comunicato l’esclusione della società ricorrente dalla "Procedura negoziata art. 36 comma 2 lett. b e comma 6 - -OMISSIS---OMISSIS-- Iniziativa -OMISSIS- -OMISSIS- --OMISSIS-- "Acquisizione licenze-OMISSIS-e relativi servizi di manutenzione e supporto";

- della nota Prot. n. (...) del 27.02.2020 di C. -OMISSIS-. di segnalazione all’ANAC ai sensi dell’art. 80, comma 12, del D.Lgs. n. 50 del 2016;

- ove occorra, del provvedimento recante "comunicazione di non aggiudicazione" pubblicato sul portale di C. -OMISSIS-.

- di ogni altro atto ad essi presupposto, preordinato, connesso, consequenziale ed esecutivo, anche se ignoto e non comunicato, che comunque incida sui diritti e/o interessi legittimi vantati dalla ricorrente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l’atto di costituzione in giudizio di C. -OMISSIS-.

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell’udienza pubblica del giorno 17 giugno 2020 la dott.ssa Giovanna Vigliotti e trattenuta la causa in decisione ai sensi dell’art. 84, comma 5, del D.L. 17 marzo 2020, n. 18,

conv. con mod. dalla L. 24 aprile 2020, n. 27, e successivamente modificato dall'art. 4 del D.L. 30 aprile 2020, n. 28;

Svolgimento del processo

1. La società ricorrente ha partecipato alla procedura negoziata ex articolo 36, comma 2, lett b) e comma 6 del D.Lgs. n. 50 del 2016 (nel prosieguo anche "Codice") indetta da C. - OMISSIS-. per conto di -OMISSIS- pubblicata in data 10 ottobre 2019 con -OMISSIS- n.- OMISSIS-relativa all' "Acquisizione licenze-OMISSIS-e relativi servizi di manutenzione e supporto".
2. All'esito della predetta procedura, la ricorrente - unico concorrente rimasto in gara - risultava aggiudicataria provvisoria e, in data 10.12.2019, la stazione appaltante avviava i controlli relativi al possesso dei requisiti di cui all'articolo 80 del Codice.
3. Dai controlli effettuati emergeva a carico del legale rappresentante della ricorrente il reato di cui all'art. 10-ter del D.Lgs. n. 74 del 2000, commesso il 29.12.2008 e riguardante il mancato versamento dell'IVA per l'anno 2007 da parte della Ditta - diversa dall'odierna ricorrente - "-OMISSIS--OMISSIS-", della quale all'epoca egli era il legale rappresentante.
4. Il reato in questione era stato accertato con sentenza del 12.2.2014 del Tribunale di Milano - in composizione monocratica - confermata dalla Corte d'Appello di Milano con sentenza del 17.7.2015, divenuta irrevocabile il 1.6.2016 essendo stato dichiarato inammissibile il ricorso per Cassazione proposto.
5. La condanna prevedeva -OMISSIS-, con beneficio della sospensione condizionale della pena, della concessione delle attenuanti generiche e della non menzione, nonché, per quanto di interesse in quella sede, l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione per un anno, perdurante, in concreto fino al 1.6.2017.
6. La stazione appaltante, sul presupposto che la fattispecie in questione non sarebbe stata dichiarata, con nota Prot. n. (...) del 23.1.2020, chiedeva alla ricorrente di "fornire ogni informazione e documentazione utile, atta a chiarire la motivazione circa la violazione dell'obbligo informativo, posto in capo ai soggetti individuati dall'art. 80, comma 3, del D.Lgs. n. 50 del 2016, su un fatto rilevante ai fini delle valutazioni di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del medesimo decreto". La ricorrente riscontrava la suddetta nota in data 5.2.2020.
7. Successivamente, la stazione appaltante, con il Provvedimento Prot. n. (...) del 17.02.2020, disponeva l'esclusione della -OMISSIS- -OMISSIS-. dalla procedura di gara "ai sensi e per gli effetti dell'art. 80, comma 5, lett. f-bis), per dichiarazione non veritiera, avendo omesso di rendere informazioni idonee ad incidere sul processo decisionale della stazione appaltante in ordine alla moralità dell'operatore stesso e dei suoi esponenti aziendali (art. 80 comma 3)."
8. C., successivamente, preso atto dell'assenza di altri concorrenti ammessi alla gara, con Prov. del 17 febbraio 2020 disponeva la non aggiudicazione della procedura e in

seguito, con nota Prot. n. (...) del 27.02.2020, segnalava l'esclusione della ricorrente all'ANAC ai sensi dell'art. ai sensi dell'art. 80, comma 12, e per gli effetti previsti da tale norma e dall'art. 213, comma 13, del D.Lgs. n. 50 del 2016.

9. Avverso i suddetti provvedimenti, al fine di tutelare la propria reputazione e affidabilità professionale, la ricorrente adiva Codesto Tribunale deducendo i seguenti motivi di gravame.

10. Con il primo motivo di ricorso, la società ricorrente deduce la violazione e/o falsa applicazione dell'art. 80, co. 1, lett. g), co. 5, lett. c), c-bis), f-bis), commi 10 e 10-bis del D.Lgs. n. 50 del 2016, dell'art. 97, Cost., dell'art. 57, 7 della Direttiva 2014/24/UE, nonché l'eccesso di potere per contraddittorietà e difetto d'istruttoria.

11. Nella prospettazione della ricorrente, l'esclusione disposta con riferimento all'articolo 80, comma 1, lett. g) del Codice sarebbe illegittima in quanto la rilevanza della condanna non menzionata ai fini delle dichiarazioni rese nell'ambito della procedura oggetto del presente giudizio concerneva non il reato in sé bensì la sola pena accessoria comminata dalla sentenza che, al momento delle dichiarazioni concernenti i requisiti di partecipazione, aveva cessato la propria efficacia da oramai due anni e non sarebbe stata, pertanto, suscettibile di determinare l'automatismo espulsivo previsto dalla norma richiamata dalla stazione appaltante. alcuna falsità dichiarativa, pertanto, può essere ascritta alla ricorrente con riferimento al possesso dei requisiti di moralità professionale di cui all'articolo 80 comma 1.

12. Quanto alla mancata dichiarazione della medesima condanna ai fini della valutazione discrezionale rimessa alla stazione appaltante ai sensi dell'articolo 80, comma 5, lett c) del Codice, la ricorrente ritiene che parimenti non sussistesse alcun obbligo dichiarativo in ragione del fatto che il reato tributario di cui alla sentenza non menzionata non era riferibile all'operatore economico partecipante alla gara, come richiesto espressamente dal citato comma 5 dell'articolo 80, bensì ad altro operatore economico. Inoltre, al momento dell'indizione della procedura oggetto del presente giudizio, erano trascorsi tre anni dal passaggio in giudicato della sentenza di condanna e oltre 11 anni dalla condotta costituente reato.

13. Con il secondo motivo di ricorso, viene dedotta la violazione e/o falsa applicazione dell'art. 85 del D.Lgs. n. 50 del 2016, del punto 2, paragrafo 1 della-OMISSIS-, dell'art. 97, Cost., nonché l'eccesso di potere per difetto d'istruttoria e ingiustizia manifesta.

14. La ricorrente sostiene che, benché non sussistesse alcun obbligo dichiarativo in relazione alla sentenza di condanna non menzionata nelle dichiarazioni concernenti i requisiti di moralità professionale, la società aveva dato conto dell'esistenza della suddetta condanna nell'ambito di precedenti gare bandite dalla medesima stazione appaltante in ragione del fatto che la modulistica di gara in quei casi consentiva l'inserimento di informazioni aggiuntive. Nel caso di specie, invece, la modulistica predisposta dalla stazione appaltante non consentiva di integrare le dichiarazioni richieste circa l'assenza di cause ostative alla partecipazione alla gara.

15. Con l'ultimo motivo di ricorso la società ricorrente censura i provvedimenti impugnati sotto il profilo della violazione e/o falsa applicazione dell'art. 83, co. 9 del D.Lgs. n. 50 del

2016, dell'art. 36, co. 6-bis del D.Lgs. n. 50 del 2016, dell'art. 97 Cost., nonché l'eccesso di potere per difetto d'istruttoria e ingiustizia manifesta. La censura denuncia, in primo luogo, l'omessa attivazione in favore della ricorrente del soccorso istruttorio, nonché l'illegittimità della verifica dei requisiti disposta sull'aggiudicatario in ragione del fatto che l'articolo 36, comma 6 bis del Codice prevede che ai fini dell'ammissione e della permanenza degli operatori economici nei mercati elettronici, la verifica circa l'assenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80 sia effettuato esclusivamente su un campione significativo.

16. La stazione appaltante si è costituita in giudizio resistendo al gravame e difendendo la legittimità del proprio operato.

17. In via preliminare, C. ha eccepito la carenza di interesse a ricorrere in capo alla -OMISSIS- in ragione del fatto che la società, per sua stessa ammissione, agirebbe per tutelare la propria reputazione e affidabilità professionale e non anche per ottenere il bene della vita costituito dall'aggiudicazione della gara oggetto del giudizio.

18. Nel merito, la difesa della resistente ritiene che le censure proposte dalla ricorrente non colgano nel segno in quanto la stazione appaltante non ha escluso la -OMISSIS- in ragione della sussistenza in concreto di una causa di esclusione ex articolo 80, comma 1 del Codice ovvero per la sussistenza di un illecito professionale ai sensi dell'articolo 80, comma 5 lett. c), bensì in virtù dell'omissione dichiarativa ai sensi dell'articolo 80, comma 5 lett. c-bis e f-bis, per aver omesso di dichiarare una condanna astrattamente rilevante ai fini delle valutazioni rimesse alla stazione appaltante in ordine alla sussistenza dei requisiti morali e professionali in capo all'aggiudicatario provvisoria. Una volta accertata l'omissione della dichiarazione, nessun'altra valutazione deve compiere la stazione appaltante in ragione del fatto che la falsa o omessa dichiarazione costituisce una autonoma causa di esclusione.

19. C. contesta, altresì, le argomentazioni della ricorrente circa l'insussistenza dell'obbligo dichiarativo in virtù del fatto che il reato per il quale il proprio legale rappresentante era stato condannato non era riferibile alla società in quanto commesso in rappresentanza di altro operatore economico. Nella prospettazione della stazione appaltante, i gravi illeciti professionali assumono rilevanza ai fini dell'esclusione dalla gara quando sono riferiti direttamente all'operatore economico o ai soggetti individuati dall'articolo 80, comma 3 del Codice tra cui figura anche il legale rappresentante.

20. Parimenti il decorso del triennio invocato dalla ricorrente non inciderebbe sull'obbligo dichiarativo in quanto la previsione relativa alla durata massima del periodo di interdizione dalle gare sarebbe riferibile alle sole condizioni che abbiano efficacia automaticamente escludente, e non anche all'ipotesi residuale di cui al comma 5, lett. c) dell'articolo 80.

21. Quanto al secondo motivo di ricorso, C. contesta che la modulistica di gara non consentisse di inserire le informazioni dovute e ritiene irrilevante la circostanza che la ricorrente avesse dichiarato il precedente penale in questione nell'ambito di una diversa gara pure gestita da C., trattandosi di procedure distinte.

22. Infine, con riguardo al profilo relativo alla mancata attivazione del soccorso istruttorio, la resistente deduce che nel caso di specie, trattandosi di informazione omessa, non sarebbe stato

ammesso il ricorso al soccorso istruttorio attivabile nei soli casi di informazioni incomplete suscettibili di essere integrate.

23. Le parti hanno poi ulteriormente illustrato con memorie e repliche le proprie posizioni e, all'esito dell'udienza tenutasi in data 17 giugno 2020, la causa è stata trattenuta in decisione ai sensi dall'*articolo 84, D.L. 17 marzo 2020, n. 18.*

Motivi della decisione

24. In via pregiudiziale, deve essere disattesa l'eccezione di carenza di interesse a ricorrere sollevata dalla difesa di C. in quanto, a tale riguardo, non rileva che la ricorrente non abbia articolato censure specifiche avverso l'esito finale della gara (ossia la non aggiudicazione, che pure è stata oggetto di impugnazione), sussistendo in capo alla stessa un interesse a che sia in ipotesi accertata la correttezza del proprio comportamento al fine di evitare le conseguenze lesive derivanti dal provvedimento di esclusione, suscettibili di pregiudicare la partecipazione a future procedure di gara in quanto incidenti sulla reputazione aziendale che è anch'essa indubbiamente un bene giuridico tutelato dall'ordinamento (si pensi solo in materia di appalti pubblici agli istituti del rating di legalità e del rating di impresa).

25. L'utilità ricavabile dall'accoglimento del ricorso non deve necessariamente involgere la sfera patrimoniale del ricorrente potendo consistere anche nella lesione del prestigio o dell'immagine dello stesso ed incidere, pertanto, sulla sfera morale della persona fisica o giuridica.

26. Inoltre, nella fattispecie, essendo la ricorrente l'unico concorrente rimasto in gara al momento dell'impugnata esclusione, è evidente che in caso di esito favorevole del gravame, la procedura regredirebbe alla fase dell'aggiudicazione provvisoria e della verifica dei requisiti con la possibilità per la società di conseguire l'aggiudicazione definitiva. Così come, laddove l'amministrazione avesse nelle more bandito una nuova procedura, ovvero deciso di non assegnare più la commessa, residuerebbe in capo alla ricorrente, sussistendone i presupposti, la possibilità di proporre un'azione risarcitoria.

27. Ciò rilevato in rito circa l'ammissibilità del gravame proposto, nel merito il ricorso, i cui motivi sono suscettibili di essere trattati congiuntamente, è meritevole di accoglimento per le ragioni che si illustreranno nel prosieguo.

28. La questione di fondo che deve essere risolta per poter valutare la legittimità del provvedimento di esclusione in questa sede impugnato concerne la sussistenza dell'obbligo dichiarativo in capo alla ricorrente in relazione alla sentenza di condanna del proprio legale rappresentante per il reato di omesso versamento dell'IVA, astrattamente rilevante ai sensi dell'articolo 80, comma 1, lett. g) del Codice in virtù dell'applicazione della pena accessoria dell'incapacità a contrarre con la pubblica amministrazione della durata di un anno. Solo in caso di sussistenza dell'obbligo dichiarativo si potrà, infatti, ritenere integrata, da un punto di

vista oggettivo, la fattispecie di falsa dichiarazione con le conseguenze espulsive che la stessa comporta.

29. La risoluzione della suddetta questione non può che essere valutata con riferimento alle circostanze concrete che connotano la fattispecie oggetto di esame. Non vi è dubbio, infatti, che in astratto le condanne per i reati dai quali derivi l'incapacità a contrarre con la pubblica amministrazione debbano essere portate a conoscenza della stazione appaltante ai sensi dell'articolo 80, comma 1, lett. g) in quanto esse, nel caso in cui la pena accessoria sia perdurante, determinano ex lege l'interdizione dalla partecipazione alle gare pubbliche. La dichiarazione de qua è, infatti, finalizzata alla verifica dell'insussistenza di cause di esclusione automatica in relazione alle quali alla stazione appaltante non è riconosciuta alcuna discrezionalità.

30. La dichiarazione richiesta ai partecipanti circa il possesso dei requisiti per la partecipazione alla gara, al di là della sua formulazione predefinita dalla modulistica predisposta dalla stazione appaltante, consiste nel dichiarare che la società non versa in alcuna delle ipotesi di esclusione automatica previste dall'articolo 80, comma 1. Pertanto, la falsità della dichiarazione ai sensi degli *articoli 46 e 47 del D.P.R. n. 445 del 2000* deve essere valutata avuto riguardo all'effettiva assenza delle suddette cause di esclusione.

31. Ebbene, nella fattispecie in esame la condanna di cui non è stata fatta menzione nella dichiarazione relativa al possesso dei requisiti di moralità professionale concerneva una pena accessoria di incapacità a contrarre con la pubblica amministrazione della durata di un anno che aveva esaurito i propri effetti interdittivi più di due anni prima dell'indizione della gara oggetto del presente giudizio e che, pertanto, non poteva più ritenersi rilevante ai fini dell'esclusione automatica della società per effetto di quanto disposto dall'articolo 80, comma 10 del Codice. Alla luce di tale circostanza e della valutazione vincolata circa la sussistenza dei requisiti di cui all'articolo 80, comma 1 del Codice, non si può ritenere che la ricorrente abbia falsamente attestato di possedere i requisiti per la partecipazione alla gara ai sensi della citata disposizione. La natura strumentale dell'obbligo dichiarativo rispetto alla verifica circa il possesso dei requisiti, conduce a ritenere sproporzionata l'esclusione della ricorrente per il solo fatto di aver omesso di dichiarare l'esistenza di una condanna in relazione alla quale la stazione appaltante non avrebbe potuto fare altro che rilevare l'assenza di conseguenze interdittive.

32. Il comma 10 dell'articolo 80, così come modificato dalla *L. n. 55 del 2019*, dispone che la durata della rilevanza temporale della pena accessoria dell'incapacità di contrarre con la pubblica amministrazione ai fini dell'esclusione dalla partecipazione alle gare pubbliche è equivalente alla durata stessa della pena laddove questa sia stabilita dalla sentenza di condanna. Nel caso di specie, pertanto, al momento della partecipazione alla gara, e anche al momento dell'abilitazione al portale MEPA, nessuna rilevanza escludente era riconducibile alla condanna subita dal legale rappresentante della ricorrente con la conseguenza che nessuna falsità dichiarativa in merito all'assenza di cause ostative alla partecipazione alla gara può essere ascritta alla società.

33. D'altro canto lo stesso Capitolato d'oneri per l'abilitazione dei fornitori al MEPA al paragrafo 3 richiedeva la "non sussistenza dei motivi di esclusione di cui all'art. 80 D.Lgs. n. 50 del 2016", e al paragrafo 6 dedicato alle dichiarazioni stabiliva che dalle stesse dovesse risultare "l'assenza di motivi di esclusione di cui all'art. 80 del D.Lgs. n. 50 del 2016 s.m.i. e il possesso dei requisiti di ordine generale e di idoneità professionale di cui al precedente paragrafo 3" e che "Il legale rappresentante/procuratore dell'operatore economico dovrà rendere le dichiarazioni sull'assenza delle cause di esclusione di cui all'art. 80, commi 1, 2 e 5 lett. l) del D.Lgs. n. 50 del 2016 e s.m.i. per conto di tutti i soggetti indicati nel comma 3 del medesimo articolo". L'obbligo dichiarativo, pertanto, anche ai sensi della *lex specialis* concerneva esclusivamente l'assenza di cause ostative e il conseguente possesso dei requisiti di partecipazione.

34. La falsità dichiarativa non può, d'altro canto, ravvisarsi nemmeno con riguardo al comma 5 dell'articolo 80 che, in astratto, consentirebbe alla stazione appaltante di svolgere una valutazione discrezionale circa la sussistenza di un'ipotesi di grave illecito professionale ascrivibile all'operatore economico. Nella fattispecie, infatti, al momento dell'indizione della gara (ottobre 2019) erano trascorsi tre anni dal passaggio in giudicato della sentenza di condanna (giugno 2016) con la conseguenza che, anche con riguardo a tale ipotesi, in concreto non residuava in capo alla stazione appaltante la facoltà di effettuare una valutazione della condanna ai fini di una eventuale esclusione.

35. Come noto, infatti, sia ai sensi della normativa comunitaria direttamente applicabile (articolo 57, comma 7, della Direttiva 2014/24/UE) che ai sensi della più recente normativa introdotta a livello nazionale e applicabile *ratione temporis* alla fattispecie (articolo 80, comma 10 bis), la stazione appaltante non può escludere ai sensi dell'articolo 80, comma 5, lett. c) un concorrente laddove le circostanze che potrebbero costituire un grave illecito professionale si siano verificate nel periodo antecedente l'ultimo triennio. Tale arco temporale nel caso di contestazione giudiziale deve essere computato a far data dal passaggio in giudicato della relativa sentenza. Nel caso di specie, i fatti costituenti la condotta sanzionata sono relativi ad oltre 11 anni prima rispetto all'indizione della gara e, al momento della partecipazione erano comunque decorsi tre anni dal passaggio in giudicato della sentenza di condanna con la conseguenza che, in caso di espressa menzione della condanna, la stessa non avrebbe potuto formare oggetto di valutazione ai fini dell'esclusione da parte della stazione appaltante.

36. Si rileva in punto di diritto che la più recente giurisprudenza si è orientata alla individuazione di un limite temporale all'obbligo dichiarativo, ancorato alla postulata irrilevanza di illeciti commessi dopo il triennio anteriore all'adozione degli atti indittivi in virtù della diretta operatività di quanto disposto dall'articolo 57 della Direttiva 2014/24/UE (Cons. Stato, Sez. V, 5 marzo 2020, n. 1605; Tar Lazio, sede di Roma, Sez. II-ter, sentenza n. 4917 dell'11 maggio 2020). La suddetta disciplina, circoscrivendo lo *spatium temporis* del divieto di contrarre vale, altresì, a determinare nel tempo la rilevanza giuridica dei fatti oggetto delle sentenze di condanna ovvero degli atti amministrativi di accertamento dell'illecito.

37. A ciò si aggiunga che il reato tributario in questione era stato commesso dal legale rappresentante della ricorrente ma quando questi ricopriva il ruolo di legale rappresentante di un diverso operatore economico e, quindi, evidentemente nell'esclusivo interesse di quest'ultimo. In relazione al suddetto profilo si rileva che la giurisprudenza citata dalla resistente e il richiamo alle Linee Guida Anac (n. 6) non appaiono risolutivi con riguardo alla fattispecie in quanto, se è vero che le condanne riportate dalle figure apicali di una società possono essere valutate dalla stazione appaltante ai fini della sussistenza di un grave illecito professionale stante il principio dell'immedesimazione organica e in ragione della considerazione che il nostro sistema penalistico non prevede, se non nella forma peculiare di cui al D.Lgs. n. 231 del 2001, la responsabilità penale delle persone giuridiche, è anche vero che quantomeno deve ritenersi necessario che il reato commesso dalla figura apicale sia commesso a vantaggio o nell'interesse dell'ente (che è il medesimo requisito richiesto anche ai fini dell'imputabilità della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche ai sensi dell'articolo 5 del D.Lgs. n. 231 del 2001), o tutt'al più nell'ambito dell'attività professionale svolta in concomitanza con la carica ricoperta. Di certo non si può condividere un'interpretazione estensiva tale da imputare all'operatore economico condotte poste in essere a beneficio di altra persona giuridica in virtù dell'invocato principio di immedesimazione organica, in quanto in tal caso l'illecito professionale consisterebbe nell'imputazione soggettiva di una colpa in eligendo dei propri rappresentanti, mentre il fondamento della responsabilità dell'operatore economico per i reati commessi dai soggetti apicali della compagine societaria è imperniata sull'imputazione soggettiva per colpa in vigilando, la cui sussistenza presuppone che la società possa prevenire attraverso l'organizzazione aziendale la commissione di illeciti e reati da parte di coloro che agiscono per conto dell'ente. Altrimenti opinando non vi sarebbe un fondamento soggettivo per la riferibilità e la rimproverabilità dell'illecito professionale all'operatore economico in aperto contrasto con la lettera della disposizione normativa.

38. Si rileva che la medesima stazione appaltante ha ritenuto nel sopracitato Capitolato d'onori di specificare con riguardo alle ipotesi di esclusione previste dal medesimo articolo 80, comma 5, lett. a) che "Tra le infrazioni debitamente accertate delle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro nonché degli obblighi di cui all'articolo 30, comma 3 D.Lgs. n. 50 del 2016 e s.m.i. (di cui all'art. 80, comma 5, lett. a), D.Lgs. n. 50 del 2016 e s.m.i.), rientrano anche quelle da cui siano derivati provvedimenti definitivi di condanna nei confronti dei soggetti di cui all'art. 80, comma 3, D.Lgs. n. 50 del 2016 e s.m.i., per condotte poste in essere nell'esercizio delle funzioni ad essi conferite dall'operatore economico richiedente l'abilitazione." Non sarebbe coerente, pertanto, nemmeno ai sensi della *lex specialis* invocare un diverso criterio di imputazione per le condanne rilevanti ai sensi dell'articolo 80, comma 5, lett. c).

39. Alla luce di quanto sin qui esposto, emerge altresì l'erroneità del riferimento operato dalla stazione appaltante all'articolo 80, comma 5 lett. c)-bis come autonoma causa di esclusione in quanto, affinché il concorrente possa essere escluso ai sensi della citata disposizione la norma richiede che le informazioni false, fuorvianti ovvero omesse siano suscettibili di "influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione" o di incidere sul "corretto svolgimento della procedura". Da quanto sin qui rilevato, è evidente che nel caso di specie

l'informazione non fornita circa l'esistenza della predetta condanna non era suscettibile né di incidere sul corretto svolgimento della procedura, in quanto l'incongruenza rilevata avrebbe potuto risolversi in sede di richiesta di chiarimenti senza particolare aggravio per la stazione appaltante, né tantomeno di influenzare le determinazioni di C. in merito all'esclusione del concorrente in ragione del fatto che in concreto la ricorrente non avrebbe potuto essere esclusa né ai sensi dell'articolo 80, comma 1 né ai sensi del comma 5, lett. c). Sostenere che in astratto la stazione appaltante non è stata messa in condizione di effettuare delle valutazioni che in concreto non potevano essere svolte in ragione del mero decorso del tempo, costituisce una motivazione tautologica.

40. La stazione appaltante ha ben operato nel richiedere i chiarimenti laddove si è resa conto dell'incongruenza emersa dagli accertamenti disposti, ma in esito alla fase endoprocedimentale seguita alla richiesta di chiarimenti, essa aveva tutti gli elementi necessari a concludere positivamente la verifica circa la sussistenza dei requisiti di moralità professionale in capo all'aggiudicataria provvisoria.

41. Dalle informazioni fornite in sede di chiarimenti, emergeva, altresì, la buona fede della ricorrente che in una precedente gara gestita sempre da C. aveva dichiarato (sotto forma di inserzione di informazioni aggiuntive) l'esistenza della sentenza di condanna in questione e, nonostante ciò, in seguito alla richiesta di chiarimenti della stazione appaltante, era stata ammessa a partecipare alla fase successiva della gara. Nessun vantaggio, pertanto, avrebbe tratto la -OMISSIS- dalla falsa dichiarazione contestata avendo già avuto modo di verificare in altra gara che la stazione appaltante non riteneva il precedente penale rilevante nel merito ai fini della valutazione circa l'affidabilità e l'onorabilità della società. Pertanto, la determinazione della stazione appaltante non appare sorretta nemmeno dalla necessità di tutelarsi rispetto ad una presunta inaffidabilità della società ricorrente comprovata dalla reticenza nel fornire le informazioni dovute.

42. La falsità, dunque, non può essere imputata alla ricorrente nemmeno sotto un profilo soggettivo in quanto manca evidentemente la volontà di rendere una dichiarazione mendace nella specie del dolo generico, non essendo prevista dall'ordinamento la forma colposa del reato in questione.

43. E' d'uopo rilevare che la giurisprudenza citata dalla resistente a sostegno della correttezza del proprio operato ritiene legittima l'esclusione del concorrente in caso di violazione dell'obbligo dichiarativo in tutti quei casi in cui, attraverso l'omessa dichiarazione, si impedisce alla stazione appaltante di valutare discrezionalmente la rilevanza delle informazioni omesse ai fini dell'articolo 80, comma 5. Va da sé che nel diverso caso in cui tali informazioni non sono più scrutinabili ai sensi della suddetta disposizione in virtù del mero decorso del tempo, l'omissione informativa non è suscettibile di ledere le prerogative della stazione appaltante e nemmeno di minare l'instaurando rapporto fiduciario. Vi è, infatti, differenza tra la rilevanza sostanziale della condotta illecita e del provvedimento che l'ha sanzionata, la quale non può che essere affidata al giudizio della sola stazione appaltante, dalla sua rilevanza temporale, cioè il periodo massimo di tempo entro il quale si esplica l'astratta idoneità della condotta (e del relativo provvedimento) a configurare una causa di esclusione. Quando, come nel caso di specie, ci si trovi oltre tale periodo di tempo, deve

ritenersi che la condotta illecita e il provvedimento non siano neppure in astratto idonei a configurare la causa di esclusione e, quindi, fuoriescano dal succitato obbligo dichiarativo.

44. La pretesa di un obbligo dichiarativo che non abbia una durata temporale predeterminata e correlata alla rilevanza della circostanza oggetto della dichiarazione ai fini della partecipazione alla gara, deve ritenersi contraria al principio di ragionevolezza e di non aggravamento, così come un'esclusione fondata sulla mera inottemperanza a tale obbligo appare del tutto sproporzionata risolvendosi, altresì, nel caso di specie in una violazione dei principi di efficienza ed economicità dell'azione amministrativa stante la conclusione della gara con una non aggiudicazione della stessa con evidente frustrazione non solo dell'interesse privato ma anche dell'interesse pubblico all'affidamento della commessa.

45. Per le ragioni sin qui esposte il ricorso deve essere accolto e, per l'effetto, l'esclusione della ricorrente e gli atti ad essa consequenziali devono essere annullati, impregiudicati gli ulteriori provvedimenti di competenza della stazione appaltante.

46. In ragione della peculiarità della fattispecie e della giurisprudenza non univoca in materia di obblighi dichiarativi ex articolo 80, comma 5, lett. c e c-bis come dimostrato, inter alia, dalla recente rimessione all'Adunanza Plenaria della questione (Cons. Stato, Sez. V, ord. 9 aprile 2020, n. 2332), si ritiene che sussistano i presupposti per la compensazione integrale delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati come specificato in motivazione.

Spese compensate.

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

Vista la richiesta della ricorrente e ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'*articolo 52, comma 1, del D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196*, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare la parte interessata.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 giugno 2020 tenutasi mediante collegamento da remoto in videoconferenza secondo quanto disposto dall'*art. 84, comma 6, del D.L. 17 marzo 2020, n. 18*, conv. con mod. dalla *L. 24 aprile 2020, n. 27*, con l'intervento dei magistrati:

Francesco Riccio, Presidente

Marina Perrelli, Consigliere

Giovanna Vigliotti, Referendario, Estensore

TAR LAZIO, SEZ. I BIS, SENTENZA N. 8066 DEL 14 LUGLIO 2020.
NEI CONTRATTI ATTIVI DELLA P.A. E' ESCLUSA L'APPLICAZIONE ANALOGICA
DEL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI.

Il Ministero della Difesa indiceva una procedura volta alla vendita di due ex navi della Marina Militare Italiana. La gara si espletava con il metodo al rialzo a mezzo di offerte segrete e l'aggiudicazione era prevista a favore dell'impresa che avrebbe presentato l'offerta più alta. La prima classificata offriva un rialzo del 280% sul prezzo a base d'asta. Un concorrente impugnava l'aggiudicazione lamentando, tra l'altro, la violazione dell'art. 95 del Codice dei contratti pubblici. In altri termini, secondo il ricorrente l'amministrazione avrebbe dovuto procedere alla verifica di congruità dell'offerta prima classificata.

La sentenza affronta la questione relativa all'applicabilità delle disposizioni di cui al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 ai contratti attivi della pubblica amministrazione.

La sentenza afferma che, nonostante siano soggetti ai principi generali dell'attività amministrativa e a quelli della concorrenza e parità di trattamento, i contratti attivi della pubblica amministrazione sono sottratti all'applicazione delle norme del Codice dei contratti pubblici. Inoltre, deve escludersi l'applicazione in via analogica ai contratti attivi di norme o istituti del Codice dei contratti pubblici atteso che la disciplina contenuta nel citato Codice non è generale ma speciale ed ha pertanto un ambito di applicazione particolare.

In conclusione, nel caso di specie è stata ritenuta legittima l'aggiudicazione al miglior offerente pur in assenza del procedimento di verifica di congruità dell'offerta.

Di seguito la sentenza in commento.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima Bis)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4513 del 2019, proposto da I.D.G., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Giovanna Passiatore e Loriana Porsi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Agenzia Italiana Difesa, Agenzia Italiana Difesa - Ministero della Difesa, non costituiti in giudizio;

Ministero della Difesa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

S.G.G.S., S.D.V.T., L.D.G.S.S., non costituiti in giudizio;

per l'annullamento,

previa sospensione dell'efficacia,

del Verbale seduta del 20 febbraio 2019 di valutazione economica delle offerte pervenute per: "Procedura di gara ristretta per la vendita, rivolta ad operatori economici che agiscono con riferimento al Regolamento Europeo n. 1257/13 dell'Ex Incrociatore "Vittorio veneto" e della Ex Fregata "Granatiere" della Marina Militare Italiana, soggetta all'obbligo di riciclaggio sicuro e compatibile con l'ambiente", nonché della proposta di aggiudicazione ivi contenuta, vista ed approvata dal Direttore Generale Ing. Gian Carlo Anselmino, pubblicato sul sito [https://www.difesa.it/AID/Bandi di gara/Documents/2018/gara 2 ex navigli/verbale valutazione offerte.pdf](https://www.difesa.it/AID/Bandi%20di%20gara/Documents/2018/gara%202%20ex%20navigli/verbale%20valutazione%20offerte.pdf) in data 22 febbraio 2019, con cui, "CONSIDERATI i criteri di valutazione adottati dalla Commissione (maggiore incremento percentuale rispetto al prezzo base palese di Euro 890.000,00) e prevista la possibilità di aggiudicazione anche in presenza di una sola offerta valida; VISTA la conformità delle documentazioni e delle offerte presentate, PROPONE di aggiudicare, fermo restando gli accertamenti di rito, alla Società S. che ha presentato un incremento percentuale del 280,00% per un valore di vendita pari ad Euro 3.382.000,00,00. Fatto, letto e sottoscritto alla data di cui sopra. La Commissione Presidente Col. Nicolangelo Grieco 1" Membro CV Raffaele Sanua 2" Membro Ten. Col. Diego Chiappini. VISTO SI APPROVA-IL DIRETTORE GENERALE ING. Gian Carlo Anselmo";

nonché di qualsivoglia atto preparatorio, consequenziale, correlato e/o presupposto, anche non conosciuto dalla ricorrente in quanto lesivo per i suoi diritti ed interessi legittimi;

nonché per l'accertamento del diritto della odierna ricorrente a conseguire l'aggiudicazione della gara, con conseguente declaratoria di inefficacia del contratto di appalto, ove medio tempore stipulato e sottoscritto, e per il risarcimento in forma specifica del danno causato alla ricorrente attraverso il subentro della stessa nella sottoscrizione del contratto, con risarcimento per equivalente per la parte non eseguita;

nonché, in subordine, per il risarcimento pecuniario per equivalente dei danni subiti e subendi anche

ex art. 30 e 124 *D.Lgs. n. 104 del 2010*.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Ministero della Difesa;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 giugno 2020 la dott.ssa Rosa Perna;

L'udienza si svolge ai sensi dell'*art. 84 comma 5, del D.L. n. 18 del 17 marzo 2020*, attraverso videoconferenza con l'utilizzo di piattaforma "Microsoft Teams" come previsto dalla circolare n. 6305 del 13 marzo 2020 del Segretario Generale della Giustizia Amministrativa;

Svolgimento del processo

1. La società I.D.G. (di seguito, anche "I.") odierna esponente, con il ricorso in epigrafe, notificato in data 25.3.2019 all'Amministrazione della Difesa e all'Agenzia Italiana della Difesa e in data 26.3.2019 alle società S.G.G.S., S.D.V.T. e L.D.G.S.S., odierne controinteressate, e depositato il 15.4.2019, ha rappresentato quanto segue.

1.1 Il Ministero della Difesa - Agenzia Industrie Difesa, con manifestazione di interesse del 31 ottobre 2019 avente ad oggetto la preselezione di potenziali offerenti ammissibili alla vendita per la cessione di due Galleggianti, ex navi della Marina Militare Italiana, comunicava formalmente la propria intenzione di alienare l'ex Incrociatore Vittorio Veneto e l'ex Fregata Granatiere con l'obbligo per l'acquirente di effettuare la demolizione e un riciclaggio sicuro e compatibile con l'ambiente in "conformità tecnica" con il Reg. (UE) 1257/2013. Le due ex navi si trovavano presso l'Arsenale Militare Marittimo di Taranto (Marinarsen - Taranto) e sarebbero state vendute insieme. Le principali caratteristiche delle due ex navi dismesse erano riportate nelle schede in Allegato 1 e 2 alla manifestazione di interesse. Il compratore, preselezionato attraverso il detto procedimento, era successivamente selezionato attraverso la valutazione delle offerte presentate sulla base di una richiesta di offerta, quest'ultima da inviarsi in una fase successiva ai potenziali offerenti invitati che avessero superato la preselezione.

1.2 L'odierna esponente trasmetteva manifestazione di interesse nelle forme previste; successivamente la committente Agenzia Industrie Difesa pubblicava Lettera di invito a pubblicare offerta (M_D GAID REG2019 0000309 10-01-2019), concernente (Art. 1) ... La vendita dell'ex Incrociatore "Vittorio Veneto" e della ex Fregata "GRANATIERE" della Marina Militare Italiana (MMI) soggette all'obbligo di riciclaggio sicuro e compatibile con l'ambiente, rivolta ad operatori che agiscono con riferimento al Regolamento Europeo n. 1257/2013 (di seguito Regolamento). Le due ex Navi sono attualmente ormeggiate presso l'Arsenale Militare Marittimo di Taranto (di seguito MARINARSEN TA).

Lo scopo del presente documento è quello di conseguire la raccolta di offerte di acquisto, con criterio "as is - where is", di due ex Navi con l'obbligo, da parte dell'Acquirente di effettuare un riciclaggio sicuro e compatibile con l'ambiente in riferimento al Regolamento.

La Gara si espleta con il metodo al rialzo a mezzo di offerte segrete con un unico e definitivo esperimento anche in presenza di una sola offerta valida, prevenendo l'aggiudicazione a favore della Ditta che avrà presentato l'offerta di acquisto più alta, purché superiore al prezzo base di vendita.

Art. 3 L'importo complessivo a base dell'asta è di Euro 890.000,00 (Euro ottocentonovantamila/00), importo fuori dal campo di applicazione dell'iva ai sensi

dell'art.4 *D.P.R. n. 633 del 1972* e ss.mm.ii. Il potenziale Acquirente esprimerà l'offerta utilizzando lo schema d'offerta in Allegato B. Non è ammesso ribasso sull'importo a base di Gara. Ove si rilevi una discrepanza tra il valore assoluto espresso in Euro ed il rialzo percentuale, farà fede quello dei due che corrisponde ad un importo di acquisto maggiore.

Art. 6 (omissis) Individuata l'offerta economica più alta tra le Ditte ammesse, l'Autorità, ne darà comunicazione scritta a tutti i partecipanti.

Tale comunicazione costituisce obbligo d'acquisto per l'aggiudicatario.

1.3 Alla gara facevano pervenire offerta solo la società I. e le odierne controinteressate.

1.4 In data 20 febbraio 2019 la Commissione all'uopo nominata apriva le offerte economiche (buste B) e rilevava i seguenti incrementi percentuali offerti dalle concorrenti: S.D. 181,10%; S. 280,00%; ISTAMBUL SHIPYARD 51,00%; LEYAL DENTAS 141,57%.

Pertanto, sulla base del rialzo offerto (280%), con Verbale pubblicato il 22 marzo 2019 la Commissione aggiudicava la vendita dei navigli in questione al C.S. ad un importo totale di Euro 3.382.000,00.

1.5 Avverso il suddetto Verbale e gli atti della procedura di gara la ricorrente è insorta con il ricorso in epigrafe per chiedere l'annullamento della stessa e dei suoi esiti, previa sospensione dell'esecuzione, oltre alla declaratoria di inefficacia del contratto di appalto, ove medio tempore stipulato e sottoscritto, e il risarcimento in forma specifica del danno, con risarcimento per equivalente per la parte non eseguita; nonché, in subordine, il risarcimento pecuniario per equivalente dei danni subiti e subendi anche ex art. 30 e 124 *D.Lgs. n. 104 del 2010*;

Questi i motivi di impugnazione dedotti:

1. Eccesso di potere sotto i seguenti profili: Difetto di motivazione - Difetto di istruttoria - Carenza dei presupposti in fatto e diritto - Manifesta erroneità - Irragionevolezza - Violazione del giusto procedimento - Travisamento - Illogicità - Arbitrarietà - Genericità - Disparità di trattamento - Ingiustizia Manifesta - Violazione dei principi di par condicio concorrenziale - Violazione degli *artt. 3 e 97 Cost.* e dei criteri di buon andamento, imparzialità ed efficienza dell'azione amministrativa nonché dei principi del giusto procedimento e del legittimo affidamento. Violazione di legge sub violazione art. 80 ed *art. 83 D.Lgs. n. 50 del 2016* nonché sub violazione punto 8 lettera invito a presentare offerta.

La ricorrente denuncia la presenza di una serie di gravi anomalie nella documentazione amministrativa depositata dalle altre società concorrenti, che - laddove debitamente apprezzate - avrebbe dovuto condurre alla esclusione dalla partecipazione alla procedura delle odierne controinteressate ed alla conseguente aggiudicazione della gara in favore della ricorrente.

La Società S. non avrebbe potuto operare nel settore navale in quanto nel registro delle imprese nel Paese di appartenenza sarebbe indicato quale "Oggetto sociale", la "vendita all'ingrosso di prodotti alimentari per conto terzi, sulla base di un compenso o contratto" anziché la demolizione navale, conditio sine qua non - per partecipare alla gara de qua ed effettuare la demolizione dei natanti; anche il codice NACE di RIFERIMENTO 46.17.01 reciterebbe: "Agenti e rappresentanti nella vendita all'ingrosso di prodotti alimentari per conto terzi".

La ricorrente censura inoltre l'illegittimità delle autocertificazioni presentate dagli altri operatori economici.

2. Violazione di legge sub violazione *art. 95 D.Lgs. n. 50 del 2016*, sub violazione *art. 97 D.Lgs. n. 50 del 2016*, sub violazione *artt. 3 e 97 Costituzione*, nonché sub violazione *artt. 1174 e 1375 cod. civ.* Eccesso di potere per manifesta irragionevolezza, erronea valutazione dei presupposti, e contraddittorietà.

Posto che il criterio di valutazione delle offerte adottato dalla Commissione era quello del "maggiore incremento percentuale rispetto al prezzo base palese di Euro 890.000,00", a dire della ricorrente, la notevole entità dei rialzi economici operati dalle controinteressate rispetto al prezzo base avrebbe dovuto condurre ad una verifica più stringente della congruità della stessa, così come previsto per le offerte anomale *ex art. 97 D.Lgs. n. 50 del 2016*, anche alla stregua di quanto previsto dall'*art. 95 comma 6 D.Lgs. n. 50 del 2016*.

2. In data 17 aprile 2019 I. ha depositato agli atti ulteriore documentazione relativa alla procedura di gara.

3. Nella stessa data si è costituito in giudizio, con atto meramente formale, il Ministero della Difesa per resistere al ricorso e chiederne il rigetto. Con memoria del 14 ottobre 2019 l'Amministrazione intimata ha controdedotto rispetto alle censure svolte dalla ricorrente.

4. Con ordinanza cautelare n. 6956 del 28 ottobre 2019 la Sezione - non ravvisando la presenza, allo stato, di sufficienti profili di *fumus boni juris* e non ritenendo il *periculum in mora* prospettato dalla parte ricorrente a sostegno della spiegata domanda incidentale di sospensione gli atti impugnati come irrisarcibile o di difficile ristoro - ha respinto l'istanza cautelare avanzata da I..

5. Con memoria del 3 giugno 2020, depositata in vista della trattazione del ricorso alla pubblica udienza del 17 giugno 2020, la ricorrente ha insistito nelle proprie deduzioni e conclusioni.

6. Alla Pubblica Udienza del 17 giugno 2020 la causa è stata trattenuta in decisione.

Motivi della decisione

1. Il Collegio, ad una non più sommaria delibazione del gravame, nel confermare l'orientamento espresso durante la fase cautelare del giudizio, ritiene il ricorso infondato per le ragioni che si vanno ad illustrare.

2. Partendo, per ragioni di ordine espositivo, dall'esame del secondo motivo di ricorso, che censura la violazione o errata applicazione della normativa di cui al Codice degli appalti (*D.Lgs. n. 50 del 2016*) in ragione della mancata verifica della congruità delle offerte delle controinteressate pur in presenza dei considerevoli rialzi economici operati rispetto al prezzo base, osserva il Collegio che, nel caso all'esame, trattandosi di una procedura indetta per la vendita o alienazione di beni dello Stato, quest'ultima doveva ritenersi soggetta non già alla normativa del Codice degli appalti, bensì alla diversa disciplina di cui all'*art. 3, comma 1, del R.D. n. 2440 del 1923* e dal relativo regolamento attuativo (*R.D. n. 827 del 1924*).

2.1 A tal riguardo, la Corte dei Conti ha, in diverse pronunce (Corte dei Conti, sez. contr., n. 32 del 24 maggio 1999; id., n. 32 del 23 aprile 1998; n. 154 del 19 dicembre 1997; n. 110 del 17 luglio 1997; n. 1605 del 5 dicembre 1985), chiarito che l'*art. 3* della legge di contabilità generale dello Stato impone, quale regola generale, la pubblica gara; e pertanto il procedimento per la vendita o alienazione di beni dello Stato dovrà avvenire mediante l'espletamento di una gara pubblica, e quindi secondo procedure concorsuali trasparenti, nel

rigoroso rispetto dei principi di imparzialità, di economicità, di convenienza e di trasparenza, garantiti da adeguate forme di pubblicità.

Anche per tali contratti l'Amministrazione, nel portare a compimento la sua volontà negoziale, è chiamata a servirsi di procedimenti di "evidenza pubblica" finalizzati ad rendere trasparente l'iter motivazionale del provvedimento assunto in concreto dall'amministrazione.

2.2 Non vi è tuttavia alcun dubbio che i cosiddetti contratti attivi della pubblica amministrazione sino sottratti all'applicazione delle norme del codice dei contratti pubblici benché, come chiarito più volte dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato (v. Consiglio di Stato, parere n. 00928/2018), siano soggetti comunque ai principi generali dell'attività amministrativa e a quelli della concorrenza e parità di trattamento.

2.3 E' del pari da escludere l'ammissibilità dell'applicazione in via analogica ai contratti attivi di norme o istituti del Codice degli appalti atteso che la disciplina contenuta nel Codice non è una disciplina generale ma speciale, ed ha pertanto un ambito di applicazione particolare. D'altra parte, i riferimenti attorei alla norme del Codice degli appalti non trovano riscontro alcuno nella *lex specialis* di gara che nessun richiamo contiene alle norme del *D.Lgs. n. 50 del 2016*.

2.4 Ne discende la legittimità dell'affidamento del contratto per cui è controversia secondo il criterio dell'offerta al massimo rialzo percentuale; onde le censure svolte con il secondo mezzo non sono meritevoli di favorevole considerazione.

3. Anche le doglianze di cui al primo motivo di gravame sono destituite di fondamento.

La ricorrente lamenta la violazione degli *artt. 80 e 83 D.Lgs. n. 50 del 2016* nonché del punto 8 della lettera di invito a presentare offerta, quest'ultimo concernente la documentazione da inserire nella busta A, per la presenza di gravi anomalie nella documentazione amministrativa depositata dalle odierne controinteressate.

3.1 Osserva in proposito il Collegio che per ciascun operatore economico invitato era richiesta la produzione di un certificato di iscrizione al registro delle imprese o di un certificato equipollente; coerentemente, gli operatori hanno prodotto la documentazione richiesta secondo i requisiti di forma di cui Convenzione AIA del 5.10.1961 (all. 8, Min. Difesa).

3.2 Quanto all'oggetto sociale della aggiudicataria S., si rileva dagli atti che la predetta società ha acquisito in data 18.1.2019 dalla Camera di Commercio di Aliaga (Turchia) un certificato "FAALYET BELGESI" ("Certificato di attività") nel quale l'attività è indicata con il codice 38.31.01 ed è descritta in turco come "Gemi ve yuzer yapilarin hurdalannin materyallerinin geri kazanimi amaciyla parkalara aynimasi (sokulmesi)", che significa "Separazione (inserimento) di navi e strutture galleggianti in parchi per il recupero di materiali di scarto" (all. 8, Min. Difesa).

3.3 Nessun dubbio poi potrebbe sorgere in merito alla idoneità della società aggiudicataria a partecipare alla procedura in questione, posto che la S., come le altre partecipanti, aveva presentato domanda di iscrizione nel registro europeo dei siti autorizzati alla demolizione navale ai sensi del regolamento europeo 1257/13 (all. 6, Min. Difesa).

3.4 In ogni caso, osserva il Collegio che le allegazioni in punto di fatto contenute nella memoria difensiva dell'Amministrazione in data 14.10.2019, in merito alla contestata mancanza in capo alle controinteressate dei requisiti tecnici necessari per partecipare alla gara, non risultano sostanzialmente contestate dalla parte ricorrente, che nella memoria depositata in vista dell'odierna udienza pubblica si è limitata a ribadire le proprie conclusioni.

4. Per le suesposte considerazioni il ricorso è infondato e deve essere respinto. All'infondatezza del gravame consegue il rigetto della domanda risarcitoria.
5. Le spese seguono la soccombenza e restano liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima Bis), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la ricorrente al pagamento nei confronti del Ministero della Difesa delle spese del presente giudizio, che liquida complessivamente e forfetariamente in Euro 1.500,00 (millecinquecento/00).

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 giugno 2020 - svoltasi con collegamento "da remoto" - con l'intervento dei magistrati:

Concetta Anastasi, Presidente

Rosa Perna, Consigliere, Estensore

Roberto Vitanza, Consigliere

CASSAZIONE CIVILE, SEZ. V, SENTENZA N. 13068 DEL 30 GIUGNO 2020.
ICI: NELLE VIOLAZIONI ULTRA ANNUALI SI APPLICA LA SANZIONE PER
CONTINUAZIONE.

La pronuncia in commento conferma l'invocabilità della continuazione in materia la più recente giurisprudenza, per la quale, in tema di ICI, l'omessa denuncia dell'immobile deve essere sanzionata per tutte le annualità per cui si protrae in quanto, ai sensi dell'articolo 10, comma 1, del d.lgs. n. 504 del 1992, a ciascuno degli anni solari corrisponde un'autonoma obbligazione che rimane inadempita non solo per il versamento dell'imposta, ma anche per l'adempimento dichiarativo, fermo restando che, trattandosi di violazioni della stessa indole commesse in periodi d'imposta diversi, si applica la sanzione base aumentata dalla metà al triplo, secondo l'istituto della continuazione ex articolo 12, comma 5, del d. lgs. n. 472 del 1997 (Cass., Sez. 5, n. 13391 del 30 giugno 2016). Pertanto, deve ritenersi che, in generale, la continuazione possa trovare spazio con riguardo all'ICI e che, in presenza di più violazioni della stessa indole reiterate negli anni (come l'omessa dichiarazione), si applichi l'articolo 12, comma 5, del d.lgs. n. 472 del 1997.

Di seguito la sentenza in commento.

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

ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso 12317-2014 proposto da:

G.F. E G.R., elettivamente domiciliati in ROMA, VIA DI VILLA SACCHETTI 9, presso lo studio dell'avvocato GIUSEPPE MARINI, dal quale sono rappresentati e difesi assieme all'avvocato CARLO AMATO;

contro

COMUNE DI TREVISO, elettivamente domiciliato in ROMA, VIALE LIEGI 1, presso lo studio dell'avvocato GABRIELE PIROCCHI, rappresentato e difeso dagli avvocati ANTONELLO CONIGLIONE E GIAMPAOLO DE PIAZZI;

avverso la sentenza n. 99/18/13 della CTR di Venezia-Mestre, depositata l'11/11/2013;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza dell'8/11/2019 dal relatore Dott. CAVALLARI DARIO;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. De Augustinis Umberto, il quale ha concluso per l'inammissibilità del ricorso, in subordine per il suo rigetto;
udito l'Avvocato Gabriele Pirocchi, per delega, per il Comune di Treviso, il quale ha chiesto il rigetto del ricorso;
letti gli atti del procedimento in epigrafe.

Svolgimento del processo

I ricorrenti hanno impugnato davanti alla CTP di Treviso due avvisi di accertamento concernenti l'ICI 2005 con i quali il Comune di Treviso ha assoggettato ad ICI, quale area edificabile, un terreno di loro proprietà.

La CTP di Treviso, con sentenza n. 109/01/11, ha respinto le opposizioni.

G.F. e G.R. hanno proposto appello.

La CTR di Venezia-Mestre, nel contraddittorio delle parti, con sentenza n. 99/18/13, ha respinto l'appello.

I contribuenti hanno proposto ricorso per cassazione sulla base di quattro motivi.

Il Comune di Treviso ha resistito con controricorso.

Motivi della decisione

1. Con il primo motivo i ricorrenti lamentano l'omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio.

Preliminarmente si rileva che la doglianza va riqualificata.

Infatti, dalla lettura del ricorso si evince che, nonostante il riferimento al vizio di cui *all'art. 360 c.p.c.*, n. 5, i contribuenti hanno contestato il fatto che la CTR abbia omesso di valutare il motivo di appello concernente "la mancata allegazione degli atti citati, carenza di motivazione dell'avviso di accertamento, l'inosservanza dell'onere probatorio" indicato con la lettera d) alla pagina 1 della sentenza gravata.

Si ricava che il primo motivo va inteso come riferito ad una violazione *dell'art. 112 c.p.c.*, deducibile ai sensi *dell'art. 360 c.p.c.*, n. 4.

Alla luce di tale riqualificazione, la doglianza è, comunque, inammissibile per difetto di specificità.

Infatti, i ricorrenti avrebbero dovuto specificare nell'atto di gravame quali fossero gli "atti citati", in modo da consentire in questa sede una valutazione in ordine alla rilevanza degli stessi con riferimento all'obbligo di motivazione gravante sulla P.A..

2. Con il secondo motivo i ricorrenti lamentano la violazione e falsa applicazione del *D.Lgs. n. 504 del 1992, artt. 5 ed 11* e della *L. n. 212 del 2000, art. 7* poichè il giudice di appello non avrebbe considerato che gli avvisi di accertamento in esame erano motivati in maniera carente, non assolvevano all'onere probatorio gravante sull'ente impositore e non contenevano l'indicazione dei requisiti previsti dalla legge per individuare il valore dei terreni interessati dal tributo.

La doglianza in esame coincide nella sostanza con quella precedente e, quindi, deve ritenersi inammissibile per la medesima ragione.

Infatti, i contribuenti non hanno precisato il contenuto dei menzionati avvisi, non permettendo così al giudice di legittimità di valutare in che termini i principi relativi alla ripartizione dell'onere della prova non sarebbero stati rispettati.

Quanto all'omessa enunciazione dei requisiti previsti dalla legge per determinare il valore degli immobili, si rileva che i ricorrenti danno atto nel loro gravame che il Comune di Treviso aveva tenuto conto degli oneri di edificazione delle aree e, contro questa affermazione, essi hanno sollevato delle contestazioni estremamente generiche attinenti al merito della controversia e, pertanto, non valutabili dalla Corte di cassazione (doglianze che, peraltro, neppure risulta siano state dettagliatamente proposte all'attenzione della CTR).

3. Con il terzo motivo i ricorrenti contestano la violazione e falsa applicazione del *D.Lgs. n. 504 del 1992, art. 2, lett. b) e c) e art. 9* poichè la CTR avrebbe errato nel negare ai ricorrenti l'esenzione dall'ICI prevista dalla vigente normativa per i fondi posseduti da coltivatori diretti, dovendosi tenere conto che la relativa qualifica va attribuita in relazione alla prevalenza del tempo dedicato all'attività agricola.

La doglianza è infondata.

Infatti, in tema di ICI, il trattamento agevolato di cui al *D.Lgs. n. 504 del 1992, art. 9*, per i terreni agricoli posseduti da coltivatori diretti o da imprenditori agricoli a titolo principale, spetta solo a quanti traggono dal lavoro agricolo la loro prevalente fonte di reddito e non va, quindi, riconosciuto al contribuente che, pur lavorando il fondo come coltivatore diretto, sia proprietario di numerosi immobili condotti in locazione, il cui reddito complessivo sia superiore a quello derivante dal fondo (Cass., Sez. 5, n. 13391 del 30 giugno 2016).

Nella specie, il giudice del merito ha accertato proprio la prevalenza dei redditi da locazione di immobili su quelli derivanti dall'agricoltura.

4. Con il quarto motivo i ricorrenti lamentano la violazione e falsa applicazione del *D.Lgs. n. n. 472 del 1997, artt. 7, 12, 16 e 17* perchè la CTR avrebbe omesso di considerare che gli avvisi di accertamento non erano motivati in ordine alle sanzioni inflitte, non avrebbe tenuto conto che la sanzione più equa da infliggere sarebbe stata quella per infedele dichiarazione o per omesso versamento e non avrebbe valutato che la P.A. non aveva applicato l'istituto della continuazione.

La doglianza concernente la motivazione dei citati avvisi deve considerarsi assorbita dal rigetto del primo motivo di impugnazione.

Il profilo relativo all'individuazione della sanzione più equa da infliggere, invece, è inammissibile, non risultando che sia stato sollevato in grado di appello.

Infine, la contestazione che investe la continuazione non merita accoglimento.

Peraltro, ai sensi *dell'art. 384 c.p.c., u.c.*, occorre correggere la motivazione della decisione di appello, venendo in rilievo una pronuncia il cui dispositivo è conforme a diritto.

Infatti, la CTR ha rilevato che "Per quanto riguarda le sanzioni, poichè ogni esercizio costituisce il tacito rinnovo della situazione precedente (Cassazione n. 8849/2010), esse vanno versate per intero per ogni anno di imposta perchè per ogni anno è stata reiterata la violazione".

Questa considerazione, peraltro, deve essere precisata, poichè il fatto che l'omessa dichiarazione ICI vada sanzionata per ogni anno in cui si verifica non comporta automaticamente l'inapplicabilità dell'istituto della continuazione.

Innanzitutto, si sottolinea che, in mancanza di ogni precisazione ad opera dei ricorrenti, si ritiene che essi abbiano domandato l'applicazione del *D.Lgs. n. 472 del 1997, art. 12, comma 5*, che si occupa delle violazioni della stessa indole commesse in periodi di imposta diversi.

Ai sensi del *D.Lgs. n. 472 del 1997, art. 12, commi 5 e 6* (nella versione che qui interessa):

"5. Quando violazioni della stessa indole vengono commesse in periodi di imposta diversi, si applica la sanzione base aumentata dalla metà al triplo.

Se l'ufficio non contesta tutte le violazioni o non irroga la sanzione contemporaneamente rispetto a tutte, quando in seguito vi provvede determina la sanzione complessiva tenendo conto delle violazioni oggetto del precedente provvedimento. Se più atti di irrogazione danno luogo a processi non riuniti o comunque introdotti avanti a giudici diversi, il giudice che prende cognizione dell'ultimo di essi ridetermina la sanzione complessiva tenendo conto delle violazioni risultanti dalle sentenze precedentemente emanate.

6. Il concorso e la continuazione sono interrotti dalla constatazione della violazione".

La giurisprudenza ha affermato che in tema di sanzioni amministrative tributarie, le previsioni del *D.Lgs. n. 472 del 1997, art. 12*, secondo cui, quando violazioni della medesima indole vengono commesse in periodi di imposta diversi, si applica la continuazione e la stessa viene interrotta dalla contestazione (il testo del citato art. 12 applicabile nella specie, come modificato dal *D.Lgs. n. 203 del 1998, art. 2*, contiene il termine "constatazione" in luogo di quello "contestazione", ma questa circostanza non ha conseguenze pratiche nel caso de quo) opera anche in caso di violazioni della stessa disposizione in materia di ICI poste in essere in periodi di imposta diversi, non rilevando la natura periodica del tributo, rapportato all'anno solare, con la conseguenza che, quando le sanzioni per le diverse annualità siano state irrogate con avvisi notificati contemporaneamente al contribuente, la continuazione si applica per tutte le violazioni antecedenti a tale contestazione, operando l'interruzione solo per quelle successive (Cass., Sez. 5, n. 16051 del 7 luglio 2010).

Conferma l'invocabilità della continuazione in materia la più recente giurisprudenza, per la quale, in tema di ICI, l'omessa denuncia dell'immobile deve essere sanzionata per tutte le annualità per cui si protrae in quanto, ai sensi del *D.Lgs. n. 504 del 1992, art. 10, comma 1*, a ciascuno degli anni solari corrisponde un'autonoma obbligazione che rimane inadempita non solo per il versamento dell'imposta, ma anche per l'adempimento dichiarativo, fermo restando che, trattandosi di violazioni della stessa indole commesse in periodi d'imposta diversi, si applica la sanzione base aumentata dalla metà al triplo, secondo l'istituto della continuazione del *D.Lgs. n. 472 del 1997, ex art. 12, comma 5* (Cass., Sez. 5, n. 13391 del 30 giugno 2016). Pertanto, deve ritenersi che, in generale, la continuazione possa trovare spazio con riguardo all'ICI e che, in presenza di più violazioni della stessa indole reiterate negli anni (come l'omessa dichiarazione), si applichi il *D.Lgs. n. 472 del 1997, art. 12, comma 5*.

Nella specie, il ricorso è, però, infondato, perchè oggetto del contendere è esclusivamente la violazione concernente l'annualità 2005 mentre, presupposto minimo per l'operare della continuazione (in un caso come quello de quo) è l'esistenza di una pluralità di infrazioni reiterate per diversi periodi di imposta.

I medesimi contribuenti hanno affermato, in effetti, che altri avvisi erano stati notificati in precedenza per identica inosservanza, ma ciò non assume rilievo, derivandone semplicemente che la dedotta continuazione era stata, con riferimento a tali avvisi, interrotta, ai sensi del citato *D.Lgs. n. 472 del 1997, art. 12, comma 6* con la conseguenza che le precedenti

contestazioni non potevano essere collegate, ai fini che qui interessano, all'omissione che era stata accertata per il 2005.

5. Il ricorso va, quindi, respinto.

Le spese di lite seguono la soccombenza ex *art. 91 c.p.c.* e sono liquidate come in dispositivo. Sussistono le condizioni per dare atto, ai sensi della *L. n. 228 del 2012, art. 1, comma 17*, che ha aggiunto al *D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 quater*, dell'obbligo, a carico dei ricorrenti, di versare l'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per l'impugnazione integralmente rigettata, trattandosi di ricorso per cassazione la cui notifica si è perfezionata successivamente alla data del 30 gennaio 2013 (Cass., Sez. 6-3, sentenza n. 14515 del 10 luglio 2015).

P.Q.M.

La Corte:

- rigetta il ricorso;
- condanna i ricorrenti a rifondere le spese di lite al Comune di Treviso, che liquida in complessivi Euro 2.935,00, oltre accessori di legge e spese generali nella misura del 15%;
- ai sensi del *D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 quater*, inserito dalla *L. n. 228 del 2012, art. 1, comma 17*, dichiara la sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte dei ricorrenti, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della V Sezione Civile, il 8 novembre 2019.
Depositato in cancelleria il 30 giugno 2020

CASSAZIONE CIVILE, SEZ. TRIBUTARIA, SENTENZA N. 14279 DELL'8 LUGLIO 2020.

GLI IMMOBILI STORICI O INAGIBILI PAGANO IL 25% DELL'IMU.

La questione sottoposta all'esame del Supremo Collegio concerne un avviso di accertamento Imu e Tasi relativo a un immobile di interesse storico-artistico e dichiarato inagibile. Il contribuente riteneva, dunque, di dover godere delle riduzioni per entrambe le fattispecie della base imponibile.

Il Comune, dal canto suo, eccepiva che le riduzioni non fossero cumulabili.

I giudici di legittimità, accoglievano il ricorso del contribuente dichiarando che in tema di determinazione dell'IMU, la base imponibile, costituita dal valore dell'immobile determinato ai sensi dell'art. 5, commi 1, 3, 5 e 6, del d.lgs. n. 504/1992 e dell'art. 13, commi 4 e 5, del d.l. n. 201/2011, è ridotta del 50% per i fabbricati di interesse storico o artistico e di un ulteriore 50% (con conseguente riduzione dell'aliquota al 25%) per i fabbricati dichiarati inagibili o inabitabili e di fatto non utilizzati, essendo le due agevolazioni fiscali cumulabili, data la differente finalità che perseguono.

Di seguito la sentenza in commento.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE TRIBUTARIA
ha pronunciato la seguente:
SENTENZA

sul ricorso 29054/2018 proposto da:

S.A.C.S. S.R.L., Società Attività Concessioni Sportive SRL, con sede in Napoli, alla Via Toledo n. 265, iscritta nel Registro delle Imprese di Napoli al n. (OMISSIS), in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa, giusta mandato in calce al ricorso, dall'Avv. Carmine Paudice ed elettivamente domiciliata presso il suo studio, in Napoli alla Via Dei Mille n. 16;

contro

Comune di Napoli - Direzione Centrale Servizi Finanziari;

avverso la sentenza n. 5175/2018 depositata dalla CTR Campania in data 01/06/2018 e non notificata;
udita la relazione della causa svolta all'udienza pubblica del 20/02/2020 dal Consigliere Dott. Andrea Penta;
udite le conclusioni rassegnate dal Pubblico Ministero Dott. Francesco Salzano nel senso del rigetto del ricorso.

Svolgimento del processo

Con ricorso depositato il 4/1/2017 la società S.A.C.S. s.r.l. impugnava l'avviso di accertamento n. (OMISSIS) ICI 2013 con cui il Comune di Napoli aveva rettificato nella somma di Euro 6.656,00 l'importo dell'IUC (IMU e TASI stralcio ICI) dovuto per l'anno 2013 per un immobile sito in (OMISSIS). In particolare, la parte ricorrente contestava l'impugnato atto impositivo in quanto il Comune di Napoli non aveva cumulato le due agevolazioni (immobile di interesse storico-artistico e dichiarato inagibile o inabitabile) spettanti al contribuente.

Si costituiva il Comune di Napoli, chiedendo il rigetto del ricorso perchè non potevano essere cumulate le due agevolazioni, stante la natura eccezionale della norma ed in ossequio alla FAQ del 31/5/2012 del Dipartimento delle Finanze.

Con sentenza n. 8556/15/2017 depositata il 9/5/2017 la Commissione Tributaria Provinciale di Napoli rigettava il ricorso e compensava le spese. In particolare, il giudice di prime cure riteneva che le due agevolazioni invocate dal contribuente non fossero cumulabili, avendo finalità analoghe ed attesa la natura eccezionale della norma.

In data 23/11/2017 la società S.A.C.S. s.r.l. proponeva appello, chiedendo la riforma della sentenza impugnata, con vittoria di spese. In particolare, deduceva che le due agevolazioni invocate erano tra loro cumulabili.

Si costituiva in appello il Comune di Napoli, chiedendo il rigetto dell'appello perchè infondato in fatto e diritto.

Con sentenza dell'1.6.2018 la CTR Campania rigettava l'appello sulla base delle seguenti considerazioni:

1) priva di fondamento era l'eccezione sollevata dall'appellante di omessa motivazione dell'impugnato atto impositivo, in quanto nell'avviso di rettifica il Comune aveva adeguatamente e sufficientemente spiegato le ragioni di fatto e di diritto sottese alla pretesa fiscale azionata, consentendo al contribuente di esercitare immediatamente ed esaurientemente le proprie prerogative difensive;

2) nel merito, le due agevolazioni (immobile di interesse storico-artistico e dichiarato inagibile o inabitabile) invocate dal contribuente non erano cumulabili;

3) in particolare, l'agevolazione prevista per i fabbricati di interesse storico o artistico (sottoposti a vincolo diretto), la cui ratio era quella di consentire ai proprietari un'adeguata conservazione e tutela del patrimonio storico e artistico nazionale, nonchè di compensarli per il vincolo imposto dalla legge, non era cumulabile con quella relativa ai fabbricati inagibili, avendo i due benefici finalità analoghe ed avendo la norma invocata carattere eccezionale.

Per la cassazione della sentenza ha proposto ricorso la S.A.C.S. s.r.l., sulla base di due motivi. Il Comune di Napoli - Direzione Centrale Servizi Finanziari non ha svolto difese.

Motivi della decisione

1. Con il primo motivo la ricorrente deduce la violazione *dell'art. 2909 c.c.*, in relazione *all'art. 360 c.p.c.*, comma 1, n. 3), per non aver rilevato che sulla questione relativa alla cumulabilità delle due agevolazioni previste dal *D.L. n. 201 del 2011, art. 13, comma 3, lett. a) e b)*, già si era formato, a seguito della sentenza n. 8985/2017 emessa dalla CTP Campania in data 16.5.2017, il giudicato esterno, sia pure con riferimento all'annualità precedente (2012) a quella in oggetto.

1.1. Il motivo è fondato.

In termini generali, nel processo tributario, l'effetto vincolante del giudicato esterno in relazione alle imposte periodiche concerne i fatti integranti elementi costitutivi della fattispecie che, estendendosi ad una pluralità di annualità, abbiano carattere stabile o tendenzialmente permanente, mentre non riguarda gli elementi variabili, destinati a modificarsi nel tempo (Sez. 5, Ordinanza n. 37 del 03/01/2019; conf. Sez. 5, Sentenza n. 25516 del 10/10/2019).

In particolare, qualora due giudizi tra le stesse parti abbiano ad oggetto un medesimo rapporto giuridico ed uno di essi sia stato definito con sentenza passata in giudicato, l'accertamento così compiuto in ordine alla situazione giuridica ovvero alla soluzione di questioni di fatto e di diritto relative ad un punto decisivo comune ad entrambe le cause, formando la premessa logica indispensabile della statuizione contenuta nel dispositivo della sentenza, preclude il riesame dello stesso punto di diritto già accertato e risolto, anche laddove il successivo giudizio abbia finalità diverse da quelle costituenti lo scopo ed il petitum del primo (Sez. 5, Ordinanza n. 13152 del 16/05/2019).

Orbene, non è revocabile in dubbio che, essendovi identità di parti tra i due giudizi (Sez. 5, Decreto n. 3187 del 18/02/2015; conf. Sez. 1, Ordinanza n. 27304 del 26/10/2018 e Sez. 3, Sentenza n. 11754 del 15/05/2018, quest'ultima proprio con riferimento ad una questione di puro diritto, come quella in esame), la questione avente ad oggetto la cumulabilità delle due agevolazioni previste dal *D.L. n. 201 del 2011, art. 13, comma 3, lett. a) e b)*, rappresentasse il punto decisivo comune ad entrambe le cause, formando la premessa logica indispensabile della statuizione contenuta nel dispositivo della sentenza, in tal guisa precludendo il riesame dello stesso punto di diritto già accertato e risolto.

2. Con il secondo motivo la ricorrente denuncia la violazione del *D.L. n. 201 del 2011, art. 13, comma 3, lett. a) e b)*, in relazione *all'art. 360 c.p.c.*, comma 1, n. 3), per aver ritenuto le due agevolazioni previste da tali norme non cumulabili ai fini della riduzione dell'IMU.

2.1. Il motivo si rivela parimenti fondato.

Il *D.L. n. 201 del 2011, art. 13, comma 3*, stabilisce che:

"La base imponibile dell'imposta municipale propria è costituita dal valore dell'immobile determinato ai sensi del *D.Lgs. 30 dicembre 1992, n. 504, art. 5, commi 1, 3, 5 e 6*, e dei commi 4 e 5 del presente articolo. La base imponibile è ridotta del 50 per cento:

a) per i fabbricati di interesse storico o artistico di cui all'art. 10 del codice di cui al *D.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42*;

b) per i fabbricati dichiarati inagibili o inabitabili e di fatto non utilizzati, limitatamente al periodo dell'anno durante il quale sussistono dette condizioni. L'inagibilità o inabitabilità è

accertata dall'ufficio tecnico comunale con perizia a carico del proprietario, che allega idonea documentazione alla dichiarazione. In alternativa, il contribuente ha facoltà di presentare una dichiarazione sostitutiva ai sensi del testo unico di cui al D.Lgs. 28 dicembre 2000, n. 445, rispetto a quanto previsto dal periodo precedente. Agli effetti dell'applicazione della riduzione alla metà della base imponibile, i comuni possono disciplinare le caratteristiche di fatiscenza sopravvenuta del fabbricato, non superabile con interventi di manutenzione." Si ritiene comunemente che le agevolazioni fiscali si traducano in deroghe, favorevoli per il contribuente, alle regole di determinazione e applicazione dei tributi. Ciò, però, è poco significativo, dal momento che quelle che vengono definite deroghe servono anche ad adeguare il prelievo alla capacità contributiva sottostante (così, ad esempio, sono da intendere molte deduzioni e detrazioni nel campo delle imposte sui redditi) o ad eventuali altri interessi coinvolti nell'azione amministrativa (in presenza di funzioni discrezionali); e, comunque, non sempre corrisponde al vero, come accade, ad esempio, nei crediti d'imposta, che spesso hanno genesi e itinerari extrafiscali ed entrano nei circuiti tributari solo al momento del versamento, elidendo in tutto o in parte il relativo obbligo.

Piuttosto, appare preferibile dare rilievo ai fini che le varie agevolazioni fiscali perseguono, da individuare in quelli propri della spesa pubblica e dell'intervento diretto dello Stato nell'economia e nella società. Le agevolazioni fiscali, così, surrogano veri e propri finanziamenti pubblici, i quali appunto possono essere proficuamente "attribuiti" piegando la via tributaria a fini extrafiscali, in linea con le moderne concezioni dello Stato interventista e della finanza funzionale. Naturalmente, nel dovere di contribuzione dei consociati vengono in rilievo vari interessi economici e sociali di rilievo costituzionale, i quali, però, se realizzano la ragionevole discriminazione dei contribuenti, che sta alla base della capacità contributiva individuale, o consentono un migliore esercizio delle funzioni amministrative in cui si articola il prelievo, attengono pur sempre al riparto delle spese pubbliche, ossia alla sfera delle entrate pubbliche, e quindi non danno vita ad agevolazioni fiscali, le quali invece sono spese, più esattamente "spese fiscali".

2.2. Con l'agevolazione IMU sugli immobili di interesse storico ed artistico il legislatore cerca di sgravare i proprietari di questi dagli ingenti costi di ristrutturazione a cui sono soggetti.

Viceversa, con quella concernente i fabbricati inagibili o inabitabili intende venire incontro ai proprietari che, per cause ad essi non imputabili, non possono utilizzarli, e per il periodo dell'anno nel quale tale impossibilità sussiste.

Orbene, già dalla rapida analisi delle finalità perseguite con le due riduzioni fiscali si evince che le stesse non sono sovrapponibili.

Inoltre, il legislatore, quando ha inteso escludere la cumulabilità, lo ha fatto espressamente. Basti pensare, a titolo esemplificativo, alla *L. 28 dicembre 1995, n. 549, art. 3, comma 91*, il quale preclude al beneficiario di una delle agevolazioni previste dai precedenti commi da 85 a 93 di cumularle con ulteriori agevolazioni di qualsivoglia tipo, previste dalla medesima disposizione o da qualsiasi altra norma, con l'unica esclusione che riguarda le agevolazioni concesse con riferimento alle attività di ricerca (cfr., in tal senso, Sez. 5, Sentenza n. 3949 del 18/02/2011). Parimenti, gli atti d'acquisto di immobili ad uso abitativo compiuti e registrati nel vigore del *D.L. 7 febbraio 1985, n. 12, convertito in L. 5 aprile 1985, n. 118*, non godono del cumulo di agevolazioni "interno", dipendente cioè dalla stessa legge, imponendo l'art. 2, comma 2, espressamente all'acquirente di dichiarare, a pena di decadenza, "di non aver già

usufruito delle agevolazioni previste" dalla stessa disposizione (cfr. Sez. 5, Sentenza n. 2981 del 27/02/2003). Nel solco di tale impostazione, questa Corte già in passato aveva affermato che, in assenza di un espresso dettato normativo, non può affermarsi la sussistenza di un principio generale nel senso della esclusione della cumulabilità di benefici fiscali analoghi fruiti in tempi diversi, e ciò in quanto le misure di agevolazione fiscale rispondono ad esigenze finanziarie contingenti, apprezzate di volta in volta dal legislatore in rapporto alle mutevoli emergenze (Sez. 1, Sentenza n. 4309 del 29/04/1999).

D'altra parte, una interpretazione difforme porterebbe a trattare in modo uguale due situazioni differenti. In particolare, porrebbe sullo stesso piano i soggetti proprietari di immobili vincolati ed inagibili e quelli proprietari di immobili inagibili, ma non vincolati. Una interpretazione di tal fatta si rivelerebbe in contrasto sia con l'art. 3 (che vieta di trattare in modo uguali situazioni diverse) sia con l'art. 53 (che impone di porre a carico dei contribuenti il concorso alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva) Cost.

Alla stregua delle considerazioni che precedono, va enunciato, ai sensi *dell'art. 384 c.p.c.*, comma 1, il seguente principio di diritto. trattandosi di una questione di diritto di particolare importanza:

"In tema di determinazione dell'IMU, la base imponibile, costituita dal valore dell'immobile determinato ai sensi del *D.Lgs. n. 504 del 1992, art. 5, commi 1, 3, 5 e 6*, e del *D.Lgs. n. 201 del 2011, art. 13, commi 4 e 5*, è ridotta del 50% per i fabbricati di interesse storico o artistico e di un ulteriore 50% (con conseguente riduzione dell'aliquota al 25%) per i fabbricati dichiarati inagibili o inabitabili e di fatto non utilizzati, essendo le due agevolazioni fiscali cumulabili, data la differente finalità che perseguono".

3. In definitiva, il ricorso merita accoglimento. La sentenza impugnata va, pertanto, cassata e, non essendo necessari ulteriori accertamenti in fatto, va accolto il ricorso originario proposto dalla contribuente.

La novità della questione analizzata, in relazione alla quale non constano precedenti specifici di questa Corte, giustifica la compensazione integrale delle spese del presente giudizio (Sez. 6 - 2, Ordinanza n. 4696 del 18/02/2019).

P.Q.M.

La Corte accoglie il ricorso, cassa la sentenza impugnata e, decidendo nel merito, accoglie il ricorso originario proposto dalla contribuente;

compensa per intero le spese del presente giudizio.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della V Sezione civile della Corte suprema di Cassazione, il 20 febbraio 2020.

Depositato in Cancelleria il 8 luglio 2020

CASSAZIONE CIVILE, SEZ. VI, ORDINANZA N. 13354 DELL'1 LUGLIO 2020.
IMU: LA DISCARICA DEI RIFIUTI VA ACCATASTATA IN CATEGORIA D.

La Corte di cassazione si è occupata della modalità di accatastamento di una discarica rifiuti, confermando sia la necessità di provvedere all'accatastamento della discarica sia la corretta categoria catastale.

Il tema del contendere ruota sulla pretesa di accatastamento in categoria E, (esente da Imu) della discarica, in ragione della natura pubblicistica dell'attività svolta.

Ad avviso della Corte è, però, dirimente la circostanza che la discarica sia destinata allo svolgimento di attività economiche, e sia pertanto gestita secondo logiche imprenditoriali. Il classamento in categoria E, invece, va riservato solo a quegli immobili considerati «extra commercium», in quanto improduttivi di reddito.

Sulla base di questi principi nell'ordinanza si puntualizza che *«questa Corte ha coerentemente già affermato, in relazione a un caso del tutto analogo, che una discarica pubblica oggetto di sfruttamento economico per la gestione di rifiuti solidi urbani e la captazione di biogas, in quanto connotata da autonomia funzionale e reddituale, costituisce un'unità immobiliare urbana soggetta ad accatastamento e rientra nella categoria D/7 - non in quella residuale E, concernente gli immobili a particolare destinazione pubblica - in quanto svolge attività industriale secondo parametri economico-imprenditoriali, senza che assuma rilevanza l'eventuale destinazione dell'immobile anche ad attività di pubblico interesse (Cass., Sez. V, 23 maggio 2018, n. 12741)».*

Di seguito la sentenza in commento.

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

ha pronunciato la seguente:

ORDINANZA

sul ricorso iscritto al n. 36126/2018 R.G. proposto da:

HERAMBIENTE SPA (C.F. (OMISSIS)), in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avv. FEDERICO FONZI e dall'Avv. MICHELE AURELI, elettivamente domiciliato presso quest'ultimo in Roma, Via Ortigara, 3;

- ricorrente -

contro

AGENZIA DELLE ENTRATE (C.F. (OMISSIS)), in persona del Direttore pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso la quale è domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12;

- intimati -

avverso la sentenza della Commissione Tributaria Regionale dell'Emilia Romagna, n. 1310/18, depositata il 14 maggio 2018.

Udita la relazione svolta nella camera di consiglio non partecipata dell'11 febbraio 2020 dal Consigliere Relatore Dott. D'Aquino Filippo.

Svolgimento del processo

CHE:

La contribuente ha impugnato l'avviso di accertamento con il quale - a seguito di denuncia di accatastamento per nuova costruzione - veniva rettificata la rendita di una discarica di rifiuti solidi urbani non pericolosi, di cui era stato chiesto l'accatastamento con categoria D/7, asserendo la contribuente di avere erroneamente indicato tale categoria in luogo del gruppo catastale E. La CTP di Modena ha accolto il ricorso della contribuente e la CTR dell'Emilia Romagna, con sentenza in data 14 maggio 2018, ha accolto l'appello dell'Ufficio, ritenendo che la discarica di rifiuti solidi non può essere accatastata nel gruppo E, categoria riservata agli immobili extra commercium laddove, come nella specie - caso nel quale la discarica è stata ritenuta produttiva di reddito - sia destinata allo svolgimento di attività economiche, facendosi applicazione della presunzione assoluta di commercialità.

Propone ricorso per cassazione parte contribuente affidato a due motivi; l'Ufficio resiste con controricorso.

La proposta del relatore è stata comunicata, unitamente al decreto di fissazione dell'adunanza camerale, ai sensi dell'art. 380-bis c.p.c.

Motivi della decisione

CHE:

1 - Con il primo motivo si deduce violazione e falsa applicazione di legge in relazione al R.D.L. 13 aprile 1939, n. 652, artt. 5 e 10, al D.P.R. 1 dicembre 1949, n. 1142, art. 6, al D.M. 2 gennaio 1998, n. 28, art. 2, al D.L. 3 ottobre 2006, n. 262, art. 2, comma 40, e all' Agenzia del Territorio D.D. 2 gennaio 2007, art. 1, nella parte in cui la sentenza impugnata ha ritenuto che un immobile possa essere accatastato nel e gruppo E solo in quanto sia classificabile come extra commercium, non anche nel caso in cui l'immobile sia produttivo di reddito. Osserva il ricorrente come ciascuna unità che possa astrattamente essere iscritta in Catasto sia produttiva di reddito, richiamandosi a un precedente di legittimità con il quale è stato ritenuto legittimo il classamento nel gruppo E (Categoria E/9) di un impianto di

depurazione. Ritiene, pertanto, il ricorrente che, ove l'immobile sia dotato di autonomia funzionale e reddituale, lo stesso possa essere ricompreso nel gruppo E anche se destinato a uso industriale.

1.1 - Con il secondo e complesso motivo si deduce violazione e falsa applicazione di legge in relazione al R.D.L. n. 652 del 1939, art. 5, D.P.R. n. 1142 del 1949, artt. 6 e 8, al D.L. 3 ottobre 2006, n. 262, art. 2, comma 40, al D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152, art. 177, comma 2, e al D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633, art. 4, nella parte in cui la sentenza impugnata ha ritenuto rilevante ai fini del classamento l'idoneità dell'immobile a produrre un reddito in quanto destinato allo svolgimento di attività economiche. Il ricorrente censura la sentenza nella parte in cui non ha considerato rilevante la tipologia dell'immobile, del tutto avulsa dall'inserimento nelle categorie ordinarie o speciali, nonchè laddove non ha valorizzato l'interesse pubblico a che la discarica svolga la propria attività nell'interesse della collettività.

Osserva il ricorrente come la CTR abbia pretermesso di valutare le caratteristiche oggettive dell'impianto, composto da diverse unità immobiliari (palazzina uffici, discarica, zona lavaggio ruote, vasca stoccaggio del percolato, vasca per raccolta acqua, area di manovra e area di raccolta acque meteoriche). Quanto all'interesse pubblico, il ricorrente osserva come il gruppo catastale E sia destinato a immobili destinati a funzioni di interesse collettivo, come appunto accade per lo smaltimento di rifiuti solidi. Deduce il ricorrente, come l'attività industriale svolta nella discarica abbia finalità essa stessa di interesse pubblico e si ponga al di fuori della mera logica industriale, risultando rilevante il fatto che l'affidamento del servizio di gestione rifiuti urbani è regolato da tariffe pubbliche. Rileva come la qualificazione di bene extra commercium non si addica alla discarica di rifiuti solidi, essendo categoria applicabile a beni che non possono formare oggetto di diritti. Contesta, infine, la applicazione della presunzione assoluta di commercialità propria del D.P.R. n. 633 del 1972, art. 4, non applicabile al caso di specie e non inerente al regime catastale, bensì ai fini IVA. 2 - I due motivi, i quali possono essere esaminati congiuntamente, sono infondati.

2.1 - Dispone il D.L. n. 262 del 2006, art. 2, comma 40, conv. con L. 24 novembre 2006, n. 286, che "nelle unità immobiliari censite nelle categorie catastali E/1, E/2, E/3, E/4, E/5, E/6 ed E/9 non possono essere compresi immobili o porzioni di immobili destinati ad uso commerciale, industriale, ad ufficio privato ovvero ad usi diversi, qualora gli stessi presentino autonomia funzionale e reddituale".

2.2 - Fondamentale, al riguardo, è l'accertamento in fatto compiuto dalla sentenza di appello, non oggetto di specifica censura, secondo cui l'immobile in oggetto "è produttivo di un reddito", circostanza sulla base della quale è stata fatta applicazione del principio secondo cui per gli immobili produttivi di reddito non è consentito l'accatastamento nel Gruppo E, essendo questo appannaggio degli immobili non destinati allo svolgimento di attività economiche e, in quanto tali, extra commercium.

2.3 - Al riguardo il ricorrente non contesta che la discarica in oggetto sia destinata allo svolgimento di attività economiche e sia, pertanto, gestita secondo logiche imprenditoriali.

2.4 - Deve, quindi, farsi applicazione della costante giurisprudenza di questa Corte, in materia di imposta comunale calcolata sulla rendita catastale (ICI), secondo cui, ai fini del classamento di un immobile nella categoria E, a termini del D.L. n. 262 del 2006, art. 2, comma 40, convertito in L. n. 286 del 2006, è necessario che lo stesso presenti caratteristiche tipologico-funzionali tali da renderlo estraneo ad ogni uso commerciale o industriale, il che è

stato escluso per i magazzini delle aree portuali (Cass., Sez. V, 17 aprile 2019, n. 10674), come anche per immobili che presentino autonomia funzionale e reddituale, ossia risultino idonei a produrre un reddito proprio, anche se utilizzati per finalità istituzionali di una autorità portuale (Cass., Sez. V, 7 ottobre 2015, n. 20026). Il classamento nel Gruppo E va, pertanto, riservato a quegli immobili considerati extra commercium, nel senso di essere improduttivi di reddito proprio (Cass., Sez. V, 13 novembre 2019, n. 29381).

2.5 - Parimenti, una volta evidenziata la sussistenza di una funzione produttiva di reddito proprio, risulta irrilevante l'interesse pubblico allo svolgimento dell'attività (Cass., Sez. V, 17 settembre 2019, n. 23067).

2.6 - Vanno, pertanto, accatastati nel Gruppo Catastale E solo edifici che non possano essere ricompresi in precedenti Categorie, costituendo, pertanto, il Gruppo E, nonchè (in particolare), la Categoria E/9 una categoria residuale che può trovare applicazione sempre che non possano essere utilizzati gli altri criteri di classamento (Cass., Sez. V, 15 settembre 2008, n. 23608).

2.7 - In base a tali principi questa Corte ha coerentemente già affermato, in relazione a un caso del tutto analogo, che una discarica pubblica oggetto di sfruttamento economico per la gestione di rifiuti solidi urbani e la captazione di biogas, in quanto connotata da autonomia funzionale e reddituale, costituisce un'unità immobiliare urbana soggetta ad accatastamento e rientra nella categoria D/7 - non in quella residuale E, concernente gli immobili a particolare destinazione pubblica - in quanto svolge attività industriale secondo parametri economico-impresariali, senza che assuma rilevanza l'eventuale destinazione dell'immobile anche ad attività di pubblico interesse (Cass., Sez. V, 23 maggio 2018, n. 12741).

2.8 - Quest'ultimo caso si rivela del tutto in termini rispetto al caso di specie, anche riguardo al parametro normativo invocato, precedente al quale si intende dare continuità.

2.9 - Nè risulta pertinente il richiamo del ricorrente a Cass., Sez. VI, 19 febbraio 2015, n. 3358 (in tema di accatastamento nella categoria E/9 di impianti di depurazione acque) perchè in quel caso si trattava di beni immobili non costituenti parte di una "azienda privata".

3 - La sentenza impugnata non si è sottratta a tali principi, per cui il ricorso va rigettato, con spese regolate dalla soccombenza e raddoppio del contributo unificato.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso; condanna il ricorrente al pagamento delle spese processuali del giudizio di legittimità in favore del controricorrente, che liquida in Euro 6.000,00, oltre spese prenotate a debito; dà atto che sussistono i presupposti processuali, a carico del ricorrente, ai sensi del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, art. 13, comma 1-quater, inserito dalla L. 24 dicembre 2012, n. 228, art. 1, comma 17, per il versamento degli ulteriori importi a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per ciascuno dei ricorsi proposti, se dovuti.

Così deciso in Roma, il 11 febbraio 2020.

Depositato in Cancelleria il 1 luglio 2020

C) PRASSI

ARERA: COMUNICATO DEL 6 LUGLIO 2020.

Raccolta dati: Tariffa Rifiuti 2020
06 luglio 2020

A partire dal 3 luglio 2020 è aperta agli Enti territorialmente competenti la raccolta per la trasmissione degli atti, dei dati e della documentazione di cui all'art. 6 della deliberazione 443/2019/R/rif avviata con la deliberazione 57/2020/R/rif. Sono tenuti alla compilazione gli Enti territorialmente competenti di cui all'art. 1 comma 1 dell'Allegato A alla deliberazione 443/2019/R/rif (di seguito: MTR), ovvero l'Ente di governo dell'Ambito, laddove costituito ed operativo, o, in caso contrario, la Regione o la Provincia autonoma o altri enti competenti secondo la normativa vigente, tra i quali ad esempio il Comune. L'invio dei dati e delle informazioni, che consente ai soggetti interessati di adempiere agli obblighi di comunicazione previsti dalla sopracitata deliberazione e, in particolare, dall'articolo 6, della deliberazione 443/2019/R/rif, è possibile esclusivamente tramite la raccolta on line e deve essere effettuato, ai sensi dell'articolo 8, comma 1, della medesima deliberazione 443/2019/R/rif, entro 30 giorni dall'adozione delle pertinenti determinazioni ovvero dal termine stabilito dalla normativa statale di riferimento. Si precisa che tutti gli Enti territorialmente competenti che abbiano già trasmesso all'Autorità la predisposizione del piano economicofinanziario per l'anno 2020, potranno eventualmente integrarne il contenuto tramite il sistema telematico di raccolta, al fine di avvalersi della modalità di riconoscimento degli eventuali oneri aggiuntivi e degli scostamenti di costo connessi alla gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, nel rispetto delle misure per la copertura dei costi efficienti di esercizio e di investimento, disposte dall'Autorità con la deliberazione 238/2020/R/rif. Qualora l'Ente territorialmente competente non intenda avvalersi delle misure introdotte con la menzionata deliberazione, rimangono valide le pertinenti determinazioni già assunte, o restano confermati i procedimenti per assumere gli atti nei termini previsti dalla normativa vigente, in materia di predisposizione dei piani economico-finanziari e dei corrispettivi del servizio integrato dei rifiuti, o dei singoli servizi che costituiscono attività di gestione, per l'anno 2020 in coerenza con gli obiettivi definiti secondo i criteri di cui al MTR. Il sistema telematico di raccolta prevede la compilazione di maschere web nonché la possibilità del cosiddetto "caricamento massivo", utilizzabile nel caso in cui sia necessario trasmettere i dati relativi ad un numero

consistente di bacini tariffari. I dati relativi al PEF dell'Ambito tariffario (Appendice 1 del MTR) dovranno essere forniti esclusivamente attraverso la compilazione dell'apposita modulistica scaricabile all'interno del portale (PEF.xls). Non sono ammissibili dati forniti su supporti differenti o modificati rispetto a quelli messi a disposizione da ARERA nella sezione dedicata.

È inoltre disponibile una Guida alla compilazione per la raccolta dati che riporta le istruzioni per la compilazione delle maschere e della modulistica e per la successiva trasmissione dei dati e della documentazione richiesta. Gli Enti territorialmente competenti possono accedere al sistema on line e provvedere alla trasmissione dei dati e delle informazioni richieste solo previo accreditamento presso l'Anagrafica Operatori. Per ulteriori dettagli sul collegamento tra la presente raccolta e l'Anagrafica Operatori si rimanda al paragrafo 3 della Guida alla compilazione della raccolta.

- Compilazione moduli.
- Istruzioni per la compilazione aggiornato il 3 luglio 2020.

Per informazioni e supporto di tipo tecnico è possibile contattare il numero verde: attivo dal lunedì al venerdì dalle 8.30 alle 13.00 e dalle 14.00 alle 18.30.

In alternativa utilizzare l'indirizzo di posta elettronica: infoanagrafica@arera.it. Richieste di chiarimento e/o segnalazioni di malfunzionamento del sistema on line di raccolta attraverso canali diversi da quelli indicati e/o senza i riferimenti richiesti non verranno prese in considerazione.

D) ATTIVITA' ANACAP

ANACAP: RICHIESTA DI DETERMINAZIONI.

Spett.le

ANCI

Via dei Prefetti 46
00186 Roma (RM)

info@anci.it

Spett.

IFEL – Fondazione ANCI

Piazza S. Lorenzo in Lucina, 26
00186 - Roma

info@fondazioneifel.it

c.a.

Ill.mo Vicedirettore

Dott. Andrea Ferri

andrea.ferri@fondazioneifel.it

La comune iniziativa diretta a consentire agli Enti locali di rinegoziare i contratti in corso con i soggetti iscritti all'albo di cui all'art. 53 del D.Lgs n.446/97, in deroga al codice dei contratti, consentendo la proroga degli stessi o l'affidamento di servizi in compensazione, è stata frustrata da incomprensibili decisioni di un Governo che pur aveva dichiarato di accogliere le ragionevoli istanze di IFEL-ANCI e di ANACAP

ANACAP non ha avanzato richieste di sovvenzioni, contributi a fondo perduto (concessi anche alla concorrente Agenzia delle Entrate-Riscossione), ma solo la possibilità di una compensazione in termini di durata dei contratti in corso e di affidamento di altri servizi. Ciò avrebbe sensibilmente agevolato le procedure di adeguamento, evitato l'instaurarsi di un contenzioso che avrebbe interessato migliaia di Comuni.

La crisi epidemiologica ha colpito in maniera devastante le aziende rappresentate dalla scrivente, la cui inattività si protrarrà per un periodo di gran lunga superiore alle altre categorie economiche, ovvero per tutto l'anno 2020 e parte del 2021 e la insensibilità di un Governo, che ha dimostrato scarsa cognizione del sistema della fiscalità locale, suggeriscono ai

rappresentanti delle parti (ANCI-ANACAP) di ricercare soluzioni condivise al fine di consentire la piena ripresa delle attività, con il riequilibrio dei contratti attraverso procedure non contenziose.

Oltre ai rimedi consentiti dal codice dei contratti, inadeguati e soprattutto non compatibili con lo stato di emergenza ancora in atto, riteniamo che possa addivenirsi alla proroga dei contratti in corso tenendo conto dell'effettivo periodo di sospensione delle attività che, come è dato rilevare dalle disposizioni contenute nel decreto Rilancio, si protrarranno per tutto il 2020 ed interesseranno parte del 2021. In tal modo la "effettiva" durata dei contratti può essere riportata al periodo contrattualmente fissato, recuperando il periodo di sospensione sopra citato.

Per quanto attiene al profilo economico del contratto si può adottare un ragionevole criterio di compartecipazione proporzionale all'aggio contrattuale della società affidataria del servizio ai trasferimenti compensativi che effettuerà il Governo in favore dei Comuni per i tributi o le entrate sospese o limitatamente soppresse, o convenire un criterio condiviso di revisione per riequilibrare il sinallagma.

Le Associazioni devono impegnarsi a supportare i propri rappresentati nella definizione delle "nuove condizioni", operando anche come camera di ultima istanza.

Le società aderenti ad ANACAP nei prossimi giorni inoltreranno le richieste di adeguamento dei contratti ed adotteranno ogni iniziativa diretta a definire in via concordata il procedimento relativo, nella consapevolezza di registrare un comportamento altrettanto solidale da parte degli Enti contraenti. A tal fine sarebbe utile che IFEL-ANCI comunicasse le sue determinazioni in merito alle proposte innanzi formulate, in quanto la sua autorevole adesione semplificherebbe sensibilmente le trattative instaurate e costituirebbe una idonea garanzia per i Comuni.

Ovviamente le proposte suindicate non devono far venir meno l'impegno reciproco per l'inserimento, nei provvedimenti legislativi in sede di conversione, della norma condivisa sulla rinegoziazione in deroga dei contratti in corso che, come è stato già detto, consentirebbe l'agevole superamento di ogni possibile conflitto.

In attesa di cortese riscontro, si porgono cordiali saluti.

Roma, 21 luglio 2020

Il Presidente
Avv. Pietro di Benedetto

ANACAP: LETTERA ALLE AUTORITA'.

**ILL.MO SIG.
PRESIDENTE DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI
PROF. AVV. GIUSEPPE CONTE**

a mezzo pec presidente@pec.governo.it

**ILL.MO SIG.
MINISTRO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE
ON. ROBERTO GUALTIERI**

a mezzo pec ufficiodigabinetto@pec.mef.gov.it

**ILL.MO
VICE MINISTRO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE
ON. LAURA CASTELLI**

a mezzo email segreteria.castelli@mef.gov.it

**ILL.MO
VICE MINISTRO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE
SEN. ANTONIO MISIANI**

a mezzo email segreteria.misiani@mef.gov.it

**ILL.MO SIG.
MINISTRO DELLO SVILUPPO ECONOMICO
ON. STEFANO PATUANELLI**

a mezzo pec segr.min@pec.mise.gov.it

**ILL.MO SIG.RA
MINISTRO DEL LAVORO E DELLE POLITICHE SOCIALI
SEN. NUNZIA CATALFO**

a mezzo pec gabinettoministro@pec.lavoro.gov.it

ILL.MO SIG.

MINISTRO PER GLI AFFARI REGIONALI E LE AUTONOMIE
ON. FRANCESCO BOCCIA

a mezzo pec affariregionali@pec.governo.it

ILL.MO PRESIDENTE DELL'ANCI
ON. ANTONIO DECARO

a mezzo pec anci@pec.anci.it

“Nessuno sarà lasciato solo”. Questo è il motto più ricorrente nelle esternazioni dei vari esponenti del Governo.

L'amara constatazione è che le società che svolgono le attività di accertamento e di riscossione delle entrate degli enti locali non solo **sono state lasciate sole, ma SONO STATE SOLENNEMENTE BEFFATE!!**

Esse non avevano chiesto sovvenzioni, contributi a fondo perduto (concessi a piene mani a tutti ed anche alla concorrente Agenzia delle Entrate-Riscossione), ma solo la possibilità di una compensazione in termini di durata dei contratti in corso e di affidamento di altri servizi, attraverso la rinegoziazione dei contratti medesimi.

La crisi epidemiologica che ha colpito in maniera devastante le aziende rappresentate dalla scrivente, la cui inattività si protrarrà per un periodo di gran lunga superiore alle altre categorie economiche, ovvero per tutto l'anno 2020, aveva indotto il Governo a prevedere la rinegoziazione dei contratti nella bozza del decreto “Rilancio”, ma la relativa norma venne stralciata all'ultimo momento con la motivazione che sarebbe stata inclusa nel decreto “Semplificazione”.

Nel decreto “Semplificazione”, purtroppo, non se ne rinviene traccia, mentre gli emendamenti presentati in sede di conversione in legge del decreto “Rilancio”, sono stati prima accantonati e poi respinti, nonostante la riformulazione dal MEF e la presentazione di analoga proposta emendativa da parte di ANCI-IFEL.

Le società aderenti ad ANACAP a causa della sospensione delle attività di riscossione e di accertamento disposte dalla vigente normativa, i cui effetti perdureranno ben oltre il 2020, non saranno in condizione di ripartire, **con gravi ripercussioni sulla tenuta dell'intero sistema della fiscalità locale, tenuto conto che gestiscono i servizi in oltre 6000 Enti territoriali.**

Quanto sopra con buona pace di un Governo che è venuto meno, in questo caso, al suo solenne e proclamato impegno e che non ha tenuto conto della disperata situazione delle migliaia di dipendenti che rimarranno senza lavoro.

Con Osservanza.

Roma, 5 luglio 2020.

Il Presidente
Avv. Pietro di Benedetto

ANACAP: PRIME NOTE DI LETTURA AL D.L. SEMPLIFICAZIONE.

BREVI NOTE DI LETTURA DEL DECRETO-LEGGE 16 LUGLIO 2020, N.76

(Decreto Semplificazione)

Dopo una lunga gestazione il Consiglio dei Ministri ha approvato il decreto in epigrafe *“ritenuta la straordinaria necessità e urgenza di realizzare un’accelerazione degli investimenti e delle infrastrutture attraverso la semplificazione delle procedure in materia di contratti pubblici”*.

Si tratta, come si legge nel comunicato della Presidenza del Consiglio *“di un intervento organico volto alla semplificazione dei procedimenti amministrativi, all’eliminazione e alla velocizzazione di adempimenti burocratici, alla digitalizzazione della pubblica amministrazione, al sostegno dell’economia verde e all’attività di impresa. Il complesso normativo riguarda quattro ambiti: semplificazioni in tema di contratti pubblici e di edilizia, semplificazioni procedurali e responsabilità, misure per il sostegno e la diffusione dell’amministrazione digitale.”*

E’, in effetti, un provvedimento di rilevante spessore normativo che richiede un approfondimento particolare sui temi di interesse delle società iscritte all’albo ex art. 53 del D.Lgs n. 446/97, che sarà svolto da esperti incaricati da ANACAP, una volta concluso l’iter parlamentare di conversione in legge del decreto, nel corso del quale subirà delle modifiche significative.

In queste brevi note, pertanto, si farà cenno ad alcuni temi riguardanti la semplificazione in materia di contratti pubblici (Capo I), e quelle per il sostegno e la diffusione dell’amministrazione digitale (Titolo III, Capo I), ferma restando la necessità di un prossimo particolare esame su tale ultima materia, già avviato con la recente intesa ANACAP- PagoPA, attraverso la costituzione di un organismo consultivo permanente e la organizzazione di webinar di approfondimento.

[Sulle misure di semplificazione in materia di contratti pubblici](#)

- Il Capo I del decreto contiene una serie di disposizioni di natura temporanea, operanti dalla data della sua entrata in vigore al 31 luglio 2021, per il raggiungimento dell'indicata finalità di esemplificazione

I primi due articoli, in particolare, al fine di *“incentivare gli investimenti pubblici nel settore delle infrastrutture e dei servizi pubblici, nonché al fine di far fronte alle ricadute economiche negative a seguito delle misure di contenimento e dell'emergenza sanitaria globale del COVID-19”*, contengono disposizioni in deroga alle norme contenute nel codice dei contratti, sia per le procedure sotto soglia che per quelle sopra soglia, applicabili a tutte le procedure nelle quali la determina a contrarre o il provvedimento di avvio del procedimento equivalente sia adottato entro il 31 luglio 2021.

Per l'affidamento di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie previste nell'art. 35 del codice dei contratti, le stazioni appaltanti devono procedere, in deroga all'art. 36, comma 2 e 157, comma 2:

1 - con l'affidamento diretto per lavori, servizi e forniture di importo inferiore a 150.000 euro;

2 - con procedura negoziata senza bando (art. 63 c.c.p.) nel rispetto del principio di rotazione degli inviti:

a) per l'affidamento di servizi e forniture di importo pari o superiore a 150.000 euro e fino alle soglie di cui all'art. 35 c.c.p., previa consultazione di almeno 5 operatori economici;

b) per l'affidamento di lavori per importi pari o superiore a 150.000 euro e inferiore 350.000 euro, previa consultazione di almeno 5 operatori economici;

c) per i lavori di importo pari o superiore a 350.000 euro e inferiore a un milione di euro, previa consultazione di almeno 10 operatori economici;

d) per l'affidamento di lavori per importo pari o superiore a un milione di euro e fino alle soglie di cui all'art. 35 c.c.p, previa consultazione di almeno 15 operatori economici.

Per quanto di interesse per le aziende del settore, si procederà all'esame ed al commento delle previsioni contenute nei suindicati punti n. 1 e n 2 , lett.a), considerato che quelle contenute nelle lett. b), c) e d) riguardano solo l'affidamento di lavori.

- L'art. 36 del Codice dei contratti pubblici, nella formulazione attualmente in vigore, stabilisce che le stazioni appaltanti procedono all'affidamento di lavori, servizi e forniture di importo inferiore a 40.000 euro, mediante affidamento diretto, anche senza previa consultazione di due o più operatori economici.

Invero il decreto Sblocca cantieri (d.l. 18 aprile 2019, n. 32) aveva già apportato rilevanti modifiche alla disciplina degli appalti sottosoglia. Restava comunque in vigore la necessità di una adeguata motivazione, secondo quanto previsto dalle Linee guida ANAC, in quanto la scelta doveva basarsi sulla idoneità professionale e tecnico-economica dell'affidatario e, in generale, sui requisiti previsti dall'art.80 del D.Lgs n. 50 /2016.

Restava invariata la precettività del principio della rotazione negli affidamenti anche se declinato in termini diversi a seconda del tipo di procedura concretamente utilizzata, consentendo deroghe allo stesso (v. Linee Guida n. 4 ANAC).

Infatti già nelle prime Linee guida veniva consentita una motivata deroga al principio di rotazione nel caso di *“riscontrata effettiva assenza di alternative ovvero del grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale (esecuzione a regola d’arte, nel rispetto dei tempi e dei costi pattuiti).”*

Negli stessi termini si era pronunciata la Commissione speciale del Consiglio di Stato, con parere del 12 febbraio 2018, n. 361, affermando che *“ il principio di rotazione comporta in linea generale che l’invito all’affidatario uscente rivesta carattere eccezionale e debba essere adeguatamente motivato, avuto riguardo al numero ridotto di operatori presenti sul mercato, al gradi di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale ovvero all’oggetto ed alle caratteristiche del mercato di riferimento”*.

Appariva chiaro che fino all’importo dei 40 mila euro vigeva una particolare disciplina, che il Consiglio di Stato qualificò alla stregua di un micro-sistema esaustivo ed autosufficiente, che non necessitava di particolari formalità e che non prescriveva neppure l’obbligo di adeguata motivazione.

Il particolare regime già in vigore per gli appalti fino a 40.000 euro si trasferisce, con l’articolo in commento ai lavori, servizi e forniture di importo inferiore a 150.000 euro, con ulteriori deroghe. Infatti, non trova ingresso in questa tipologia di affidamenti l’obbligo della rotazione. Tale considerazione, che rinvia dalla lettura della norma, trova conferma nella disposizione riportata nella successiva lett. b), ovvero per la procedura negoziata senza bando, per la quale è espressamente previsto il *“rispetto di un criterio di rotazione degli inviti”*.

E’ di tutta evidenza che il complesso di norme contenuto del decreto Semplificazione ha carattere transitorio, perché limitato nel tempo (fino al 31 luglio 2021) con effetti eccezionalmente derogatori al codice dei contratti pubblici che si giustificano con l’esigenza di affrontare la grave crisi economica conseguente al COVID-19. Insomma, per più che giustificabili motivi si ritiene che la ripresa possa essere facilitata da un allentamento dei vincoli procedurali e delle responsabilità degli amministratori pubblici; si è passati, a causa della grave crisi economica derivata dal COVID-19, dal rigore della legge “spazza-corrotti” alla rivoluzione del ”semplificazione”

Questa visione trova conferma non solo nel sensibile aumento delle soglie che consentono il ricorso all’affidamento diretto o con procedura negoziata senza bando, ma anche nel divieto per le stazioni appaltanti di richiedere garanzie provvisorie, se non in particolari e motivate circostanze.

Nello stesso solco si inserisce la disposizione dell’art.2 la cui lettura, al pari dell’art. 3 non presentano particolari difficoltà interpretative.

- Un breve commento merita l’art. 4. Il comma 1, lett. b) individua una ipotesi di responsabilità erariale nel caso in cui la stazione appaltante non stipuli in contratto nei termini previsti, anche se pende ricorso in sede giurisdizionale, nel corso del quale non sia stata

disposta o inibita la stipulazione del contratto. Si tratta di una previsione che tutela il funzionario che ha stipulato in contratto senza attendere l'esito del giudizio e che si coniuga con i successivi provvedimenti sulle responsabilità dei funzionari pubblici.

In attuazione di tale finalità, è previsto che l'azione di responsabilità per danno erariale deve fondarsi sulla "*prova del dolo*", ovvero deve esserci "*la dimostrazione della volontà dell'evento*" da parte della Procura contabile, mentre, sia pure per un anno, è stata soppressa la responsabilità erariale per colpa grave, fatta salva l'ipotesi di danni procurati da omissione o inerzia del soggetto agente. In altri termini, incorre in responsabilità erariale il funzionario che non agisce, non quello che opera.

- In tema di responsabilità penale il decreto prevede una rilevante modifica del delitto di abuso di ufficio (art 323 c.p.). Le parole "*violazione di legge e di regolamento*" sono sostituite dalla violazione di "*specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuano margini di discrezionalità*", così circoscrivendo l'area dell'abuso di ufficio al fine di tranquillizzare i funzionari chiamati ad operare senza remore per consentire la ripresa.

- Nel solco della speditezza dell'azione amministrativa e della tempestività degli accertamenti è il contenuto dell'art. 3, in tema di verifiche antimafia e di protocolli di legalità. Il testo normativo non presenta criticità interpretative, ragione per la quale il rinvio allo stesso appare del tutto rispondente a criteri di economicità espositiva.

- Invece non sembra coerente con le finalità di semplificazione la disposizione sul contenzioso in sede giurisdizionale amministrativa riguardante i contratti sotto soglia (art. 4), che prevede l'estensione della previsione contenuta nell'art.125, comma 2, del codice del processo amministrativo.

La norma, che stabilisce un onere motivazionale della decisione resa in sede cautelare, appare superflua, in quanto tale onere era già contenuto nel comma 8-ter del c.p.a. per tutte le controversie soggette al rito appalti.

Per quanto riguarda il contenzioso per le opere contenute nel programma di rilancio del Governo, la previsione secondo la quale a tali fattispecie si applica per intero l'art. 125 c.p.a. appare poco condivisibile perché la limitazione alla caducazione del contratto in seguito ad accertata illegittimità dello stesso, ovvero la sua efficacia collegata al fatto della intervenuta stipulazione del contratto stesso, perché ciò può portare il Giudice a concedere la sospensiva più facilmente, perché il suo rigetto determinerebbe l'effetto preclusivo dell'annullamento, non rimediabile attraverso il risarcimento del danno.

La dottrina più recente considera l'art. 125 una norma superata, risalente al 2001 e la sua permanenza in un contesto normativo funzionale, quale è quello contenuto negli artt. 121 e 122 del cpa, appare del tutto superflua.

Le altre proposte contenute nella norma in commento, secondo le intenzioni del Governo, sono dirette a favorire la decisione nel merito della controversia già nella fase cautelare. Anche tali previsioni, però, appaiono poco innovative, perché la possibilità di definire la

controversia in sede cautelare è già una regola praticata frequentemente, al pari della definizione del processo con sentenza in forma semplificata (art. 120).

Sulle misure di semplificazione per il sostegno e la diffusione dell'amministrazione digitale

Le disposizioni contenute nel Titolo III, Capo I, riguardano alcune norme del Codice dell'Amministrazione digitale (D.lgs. n. 82/2005) dirette a favorire la diffusione di servizi pubblici in rete, ad agevolare l'accesso da parte di cittadini e imprese, a semplificare le procedure, per ottenere una maggiore efficienza ed un abbattimento dei costi della P.A.-

Si prevede l'ampliamento dell'ambito di applicazione del domicilio digitale e del punto di accessi telematico (art 64-bis del CAD), con obbligo da parte degli enti pubblici di rendere fruibili i propri servizi in rete attraverso l'applicazione su dispositivi mobili. Si dovranno utilizzare strumenti come lo SPID e la stessa carta d'identità elettronica.

Entro il 28 febbraio 2021 tutte le pubbliche amministrazioni dovranno dismettere i propri sistemi di identificazione on-line ed adottare l'identità digitale tramite SPID o Carta di identità elettronica per consentire l'accesso ai loro servizi digitali-

L'art. 26 del decreto introduce la piattaforma digitale unica per la notifica degli atti della pubbliche amministrazioni, intendendosi per tali anche i soggetti di cui all'art. 52, comma 5, lettere b), numeri 1), 2), 3) e 4) del D.Lgs n. 446/97, limitatamente agli atti emessi nell'esercizio delle attività ad essi affidate.

Viene, in sostanza, eliminata la notificazione attraverso la raccomandata cartacea e sostituita da una comunicazione digitale, con intuibili benefici, anche in termini di costi, per le attività delle pubbliche amministrazioni e per i cittadini, che potranno avere la disponibilità dell'atto sul cellulare. Ovviamente, per coloro che non posseggono un domicilio digitale, la procedura di notifica resta quella attualmente in uso, ovvero mediante il servizio postale.

Gli atti, le comunicazioni, le determinazioni ed i provvedimenti adottati dalle pubbliche amministrazioni, anche in materia tributaria, vengono resi disponibili telematicamente sulla piattaforma. La formazione, trasmissione, duplicazione, riproduzione e validazione temporale dei documenti informatici resi disponibili sulla piattaforma avviene nel rispetto del D.lgs. n. 82/ 2005 e delle Lenee guida adottate in attuazione dello stesso decreto legislativo.

^ ^ ^

Si rassegnano le suestese brevi osservazioni, con riserva di ritornare sui temi accennati, con note di approfondimento.

ANACAP
Il Presidente