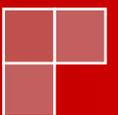


2021

02

QUADERNI SULLA FISCALITA' LOCALE



B) GIURISPRUDENZA

- Subappalto necessario: a garantire i requisiti arriva la benedizione del Consiglio di Stato. Consiglio di Stato, Sez. V, Sentenza n. 1308 del 15 febbraio 2021.....pag. 2
- Condizioni e limiti del diritto di accesso agli atti di gara. Tar Lazio, Sez. III quater, Sentenza n. 1675 del 10 febbraio 2021.....pag. 22
- Il potere del G.A. di modulare gli effetti della dichiarazione di inefficacia del contratto. TAR Lazio, Sez. II bis, Sentenza n. 1737 dell'11 febbraio 2021.....pag. 31
- Sul divieto di subappalto per le procedure sottosoglia. TAR Lazio, Sez. III ter, Sentenza n. 1575 dell'8 febbraio 2021.....pag. 40
- Sull'ammissibilità della sostituzione in corsa dell'impresa che perde i requisiti. TAR Toscana, Sez. II, Sentenza n. 217 del 10 febbraio 2021.....pag. 49
- Si paga l'IMU sugli alloggi in uso ai militari. Cassazione Civile, Sez. V, Sentenza n. 3974 del 16 febbraio 2021.....pag. 57

C) PRASSI

- Agenzia delle Entrate: Prot. N. 24383/2021 del 26 gennaio 2021. Modalità di consultazione delle banche dati catastali.....pag. 61
- IFEL: Aggiornamento dello schema di regolamento IFEL del "Canone Unico".....pag. 74
- IFEL: Sulla gestione dei servizi a canone fisso.....pag. 78

D) ATTIVITA' ANACAP

- ANACAP: Quesito al Ministero dell'Economia e delle Finanze.....pag. 80
- ANACAP: Comunicato alle Aziende Associate.....pag. 81

TUTTI I DIRITTI RISERVATI

B) GIURISPRUDENZA

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V, SENTENZA N. 1308 DEL 15 FEBBRAIO 2021. SUBAPPALTO NECESSARIO A GARANTIRE I REQUISITI, ARRIVA LA BENEDIZIONE DEL CONSIGLIO DI STATO.

Nel caso specifico, la PA aveva bandito una gara di lavori che aveva ad oggetto lavorazioni edilizie e impiantistiche e lavorazioni di bonifica incidenti per meno del 5% del valore complessivo della gara.

L'operatore economico secondo classificato contestava la carenza di requisiti da parte dell'aggiudicatario provvisorio, in quanto lo stesso aveva presentato, in sede di offerta, "una dichiarazione relativa alla volontà di subappaltare le lavorazioni" di categoria OG12 ad impresa in possesso di adeguata attestazione SOA.

Nella dichiarazione non però era specificato che l'impresa subappaltatrice sarebbe stata in possesso anche dell'iscrizione all'Albo nazionale dei gestori ambientali, requisito specificatamente previsto dal disciplinare a pena esclusione.

I giudici hanno affermato sul punto che *"la vigenza della disposizione regolatrice della fattispecie rende la stessa praticabile dalla stazione appaltante"* ed ancora, *"per completare il quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento, va rilevato che l'art. 71 (Subappalto) della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici dispone al punto 2 che «Nei documenti di gara l'amministrazione aggiudicatrice può chiedere o può essere obbligata da uno Stato membro a chiedere all'offerente di indicare, nella sua offerta, le eventuali parti dell'appalto che intende subappaltare a terzi, nonché i subappaltatori proposti.»"*

Concludendo, si può affermare che le clausole sono *"chiare nel prevedere, a pena di esclusione, l'essenzialità della dichiarazione di subappalto completa del riferimento all'iscrizione all'Albo nazionale dei gestori ambientali, tanto più necessaria in mancanza dell'indicazione del nominativo del subappaltatore"*.

Infatti, mancando quest'ultima, la lacuna concernente il requisito di idoneità professionale non risulta più essere solo *"formale"*, essa si traduce nella mancanza della dichiarazione concernente il possesso del requisito di idoneità professionale, come ripetutamente richiesta dalla legge di gara a pena di esclusione".

Pertanto il Consiglio di Stato ha accolto il ricorso.

Di seguito la sentenza in commento.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso iscritto in appello al numero di registro generale 5532 del 2020, proposto da P. s.r.l. in proprio e quale capogruppo mandataria del costituendo r.t.i. con G.G. s.r.l. e T.C. s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Lodovico Visone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia.

contro

Comune di Firenze, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Debora Pacini e Andrea Sansoni, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Giuseppe Lepore in Roma, via Polibio n. 15;

nei confronti

C.V. s.r.l. e C. s.r.l., in persona dei legali rappresentanti pro tempore, rappresentate e difese dagli avvocati Antonio Parisi e Marcello Russo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Toscana (Sezione prima) n. 804/2020, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Firenze e di C.V. s.r.l. e C. s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza del giorno 28 gennaio 2021, tenuta ai sensi dell'art. 25 del D.L. n. 137 del 2020, convertito dalla L. n. 176 del 2020, il Cons. Giuseppina Luciana Barreca e uditi per le parti, in collegamento da remoto, gli avvocati Visone, Pacini e Parisi;

Svolgimento del processo - Motivi della decisione

1. Con la sentenza indicata in epigrafe il Tribunale amministrativo regionale per la Toscana ha respinto il ricorso proposto dalla P. s.r.l., in qualità di mandataria del r.t.i. con G.G. s.r.l. e T.C. s.r.l. (mandanti), contro il Comune di Firenze e nei confronti della C.V. s.r.l., in qualità di mandataria, e della C. s.r.l., in qualità di mandante del costituendo raggruppamento di imprese, per l'annullamento dell'aggiudicazione a quest'ultimo della gara, indetta dal Comune di Firenze, con bando pubblicato il 2 settembre 2019, per i lavori di realizzazione del "N.B. I.I.S. L.D.V.".

La sentenza - dato atto che con ordinanza del 16 gennaio 2020, n. 39 aveva accolto l'istanza cautelare proposta dalla ricorrente e sospeso l'esecuzione degli atti impugnati - ha respinto tutti e dieci i motivi di ricorso, per le ragioni di cui appresso.

1.1. Quanto ai primi sei - trattati congiuntamente perché tutti relativi all'invocata esclusione dalla procedura del r.t.i. controinteressato, il quale avrebbe reso, nella prospettazione di parte ricorrente, una dichiarazione relativa alla volontà di subappaltare le lavorazioni di cui all'art. 9.5, 13.1.1 e 13.2 del disciplinare di gara (in buona sostanza, lavori di categoria OG12, da eseguirsi necessariamente da impresa qualificata ed iscritta all'Albo nazionale gestori ambientali categoria (...) in classe (...), resi necessari dall'inquinamento ambientale del terreno destinato ad ospitare la nuova sede scolastica) insufficiente ad integrare quello che

era da ritenersi un requisito di partecipazione alla gara; mancanza, per di più, insuscettibile di sanatoria attraverso il soccorso istruttorio (effettuato nel caso di specie, avendo il R.T.I. controinteressato positivamente riscontrato la nota 1 ottobre 2019 prot. (...) dell'Area di Coordinamento Tecnica del Comune di Firenze, richiedente l'integrazione della dichiarazione) - ha ritenuto che:

- la dichiarazione di voler subappaltare il 100% delle "opere relative alla categoria scorporabile OG12" era stata resa dal R.T.I. controinteressato nel D.G.E.U. e, pertanto, si trattava di "una semplice omissione della sola classe di qualificazione dell'impresa destinata ad eseguire i lavori e dell'iscrizione della stessa all'Albo Gestori Ambientali categoria (...), classe (...)";

- quindi, si era in presenza di "una di quelle "incompletezz(e) del documento di gara unico europeo" che potevano (ed anzi dovevano) costituire oggetto di ricorso al soccorso istruttorio ai sensi dell'art. 83, 9 comma del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e bene ha fatto pertanto la Stazione appaltante a permettere al R.T.I. controinteressato di integrare la dichiarazione", non ostando a tale conclusione né la giurisprudenza richiamata dalla ricorrente (in specie la decisione di Cons. Stato, Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 9, riferita però all'abrogato art. 46 del D.Lgs. n. 163 del 2006) né l'art. 7.8, comma 2, del disciplinare di gara ("l'irregolarità essenziale è sanabile laddove non si accompagni ad una carenza sostanziale del requisito alla cui dimostrazione la documentazione omessa o irregolarmente prodotta era finalizzata");

- in merito, poi, alla mancata indicazione dell'impresa subappaltatrice, era sufficiente rilevare "come Cons. Stato ad. plen., 2 novembre 2015, n. 9 (del resto, citata anche da parte ricorrente) abbia risolto del tutto i contrasti affacciatisi in giurisprudenza e definitivamente validato la tesi secondo la quale, "in sede di offerta, non è necessaria l'indicazione nominativa dell'impresa subappaltatrice, qualora la concorrente sia sprovvista del requisito di qualificazione per alcune categorie scorporabili e abbia manifestato l'intenzione di subappaltare le relative lavorazioni"", affermando così "principi pienamente condivisi" (applicati al subappalto "necessario", dopo l'entrata in vigore del D.Lgs. n. 50 del 2016, da Cons. Stato, V, 20 agosto 2019, n. 5745).

1.2. Quanto al settimo motivo - relativo alla mancata attribuzione alla ricorrente dei 5 punti previsti con riferimento al criterio di valutazione delle offerte tecniche denominato B-riduzione dei tempi di esecuzione, derivata dall'omesso caricamento per errore sul sistema START, che ha gestito la procedura di gara del cd. "Modulo OT", recante gli elementi essenziali per la valutazione del criterio - ha ritenuto, modificando il proprio precedente orientamento, espresso nell'ordinanza cautelare favorevole alla ricorrente, che:

- i dati per l'attribuzione del punteggio non avrebbero potuto essere desunti dal cronoprogramma dell'opera;

- il disciplinare di gara e il modulo OT prevedevano la necessità di indicare anche altri elementi necessari per l'attribuzione del punteggio in questione, costituiti dall'organigramma dell'ufficio di cantiere (con l'impegno dell'offerente a mantenerlo per tutta la durata dei lavori fino al collaudo), dall'individuazione delle attrezzature a disposizione (inclusi i programmi informatici utilizzati) e dal Contratto Collettivo Nazionale di Lavoro applicato ai propri

operai (anche in riferimento alle condizioni di lavoro offerte che l'offerente doveva specificamente dichiarare di rispettare);

- in mancanza di tali indicazioni, aventi "indubbio carattere negoziale e costitutivo dell'offerta", era mancata da parte ricorrente la dimostrazione della possibilità della stazione appaltante di desumere dalla complessiva documentazione gli elementi indispensabili per l'attribuzione del punteggio;

- corretta perciò era da ritenersi la mancata attribuzione.

1.3. Quanto all'ottavo motivo - concernente, così come l'analoga prospettazione contenuta nel quinto motivo, l'ammissibilità del subappalto necessario in costanza del nuovo Codice dei contratti pubblici- ha richiamato e fatto proprio l'orientamento giurisprudenziale prevalente nel senso della non incompatibilità dell'istituto col D.Lgs. n. 50 del 2016 e dell'attuale vigenza dell'art. 12, commi 1 e 2, del D.L. n. 47 del 2014.

1.4. Quanto al nono motivo -relativo all'omessa sottoscrizione, da parte della mandante, della documentazione trasmessa in sede di verifica dell'anomalia- ha ritenuto non esteso a tale documentazione l'obbligo della sottoscrizione dell'offerta da parte di tutti i componenti del r.t.i., di cui all'art. 48, comma 8, del D.Lgs. n. 50 del 2016, e non provate la predisposizione "unilaterale" da parte della mandataria e la non condivisione dei suoi contenuti da parte della mandante.

1.5. Quanto al decimo motivo -relativo al giudizio di anomalia dell'offerta- ha ritenuto che non vi fossero elementi idonei ad evidenziare ictu oculi l'inattendibilità dell'offerta o macroscopiche illogicità o erroneità fattuali suscettibili di sindacato in sede giurisdizionale (per le ragioni esposte alla pagina 12 della sentenza, lettere a - d, cui è qui sufficiente fare rinvio).

1.6. Respinto il ricorso, le spese processuali sono state compensate per giusti motivi.

2. Avverso la sentenza la società P. s.r.l. ha avanzato appello con quattro motivi, con i quali sono state riproposte le censure di cui ai primi otto motivi di ricorso. L'appellante non ha invece gravato la decisione di rigetto dei motivi nono e decimo, concernenti il sub procedimento di verifica di anomalia, su cui si è perciò formato giudicato interno.

2.1. Il Comune di Firenze e le società C.V. s.r.l. e C. s.r.l., rispettivamente la prima in qualità di mandataria e la seconda in qualità di mandante del r.t.i. aggiudicatario, si sono costituiti in giudizio per resistere all'appello.

2.2. Con ordinanza cautelare dell'11 settembre 2020, n. 5331 è stata respinta l'istanza di sospensione dell'esecutività della sentenza di primo grado.

2.3. All'udienza del 28 gennaio 2021 la causa è stata discussa da remoto e assegnata a sentenza, previo deposito di memorie e repliche di tutte le parti.

3. Con i primi tre motivi di gravame sono riproposte le censure di cui ai primi sei ed, in parte, all'ottavo dei motivi dell'originario ricorso.

3.1. Preliminarmente va respinta l'eccezione di inammissibilità sollevata dalla difesa delle controinteressate per mancanza di specificità delle censure contro i capi della sentenza gravata richiesta dall'art. 101, comma 1, cod. proc. amm.

Sebbene l'appellante abbia concentrato in tre motivi le censure contenute nei detti, più numerosi, motivi di ricorso, ha svolto in appello argomentazioni del tutto congruenti con la motivazione della sentenza, la quale ha, a sua volta, congiuntamente trattato i primi sei

motivi di ricorso e l'ottavo. La specificità del gravame richiesta dall'art. 101, comma 1, cod. proc. amm. va valutata avendo riguardo alla sentenza che si impugna, non essendo perciò necessaria - ed essendo anzi non conforme a legge - la pedissequa riproposizione degli originari motivi di ricorso e richiedendosi la critica, non delle singole argomentazioni poste a fondamento della decisione, bensì dei "capi" di sentenza, cioè di ciascuna statuizione o pronuncia espressa autonomamente sufficiente a sorreggere la decisione su ogni singola questione di rito o di merito, sulla quale, in mancanza di impugnazione si forma il giudicato. L'atto di appello contiene argomentazioni basate su ricostruzioni dell'impianto normativo o della legge di gara incompatibili con quelle della sentenza, al fine di sostenere l'incoerenza o l'inconsistenza giuridica della conclusione raggiunta in primo grado sulle due questioni controverse affrontate con i detti motivi di ricorso (cui si aggiunge la terza, consequenziale, concernente l'ammissibilità del soccorso istruttorio): per un verso, ammissibilità del subappalto necessario; per altro verso, necessità dell'indicazione del nome del subappaltatore in sede di offerta.

Su entrambe tali questioni l'atto di appello realizza specificamente l'effetto devolutivo del gravame, considerato altresì che, come osserva l'appellante, l'attuale codice del processo amministrativo lo configura come rimedio a critica libera.

3.2. E' invece irrilevante, perciò non meritevole di approfondimento, un'altra eccezione di inammissibilità sollevata dal Comune di Firenze, relativa alla dedotta novità della censura - che si sostiene essere estranea agli originari motivi di ricorso e proposta per la prima volta in appello - concernente l'inammissibilità del subappalto "necessario", inteso come avvalimento c.d. sostanziale, in ragione del divieto di avvalimento del requisito di iscrizione all'Albo nazionale dei gestori ambientali, di cui all'art. 89, comma 10, del D.Lgs. n. 50 del 2016.

L'irrilevanza dell'eccezione di novità consegue al fatto che, come si vedrà, la decisione del presente appello prescinde da tale ultima disposizione e dalle sue (eventuali) ricadute applicative in tema di subappalto "necessario".

4. I primi tre motivi di appello vanno trattati congiuntamente perché riguardano l'unitaria trattazione in sentenza dei primi sei motivi di ricorso, concernenti l'ammissibilità del subappalto "necessario" nella procedura di gara de qua, nonché il capo collegato col quale è stato respinto l'ottavo motivo, concernente l'ammissibilità dell'istituto del subappalto "necessario" in generale nell'assetto delineato dal Codice dei contratti pubblici.

4.1. Col primo motivo (Error in iudicando- violazione e distorta applicazione di legge: artt. 83, 1 co. lett. a), D.Lgs. n. 50 del 2016, in relazione all'art. 212, V co., D.Lgs. n. 152 del 2016, all'art. 89, 10 co, D.Lgs. n. 50 del 2016, art.12, D.L. n. 47 del 2014), l'appellante sostiene che: l'iscrizione all'Albo nazionale gestori ambientali è un requisito speciale di idoneità professionale; deve essere posseduto da tutte le imprese nelle ATI orizzontali e dall'impresa che esegue le operazioni di bonifica nelle ATI verticali, alla data di presentazione dell'offerta; perciò non avrebbe potuto essere soddisfatto a mezzo di avvalimento, né a mezzo di subappalto, sia per il dato normativo primario, sia per un'interpretazione del disciplinare coerente con tale dato normativo; si sarebbero potuti sub appaltare, in via eccezionale, i lavori di bonifica della categoria OG12, a qualificazione

obbligatoria, ove ritenuto ancora consentito a seguito del D.Lgs. n. 50 del 2016, ma non si sarebbe potuto sub appaltare il requisito soggettivo professionale di iscrizione all'ANGA.

Constatato che nessuna impresa dell'ATI V. possiede tale requisito, l'appellante aggiunge che, diversamente opinando, si sarebbe dovuto indicare in sede di gara quanto meno il nominativo del subappaltatore, che sarebbe venuto così "ad integrare un'ibrida figura di concorrente a cavallo tra componente di un'ATI verticale e un ausiliario".

4.2. Col secondo motivo (Error in iudicando- violazione ed erronea interpretazione di legge: artt. 35, 83, 89, 105 D.Lgs. n. 50 del 2016; art. 61, reg. 207/2010; 63 e 71 dir. 2014/24/UE; 49 e 56 TFUE) l'appellante sviluppa l'argomentazione conclusiva del motivo di gravame precedente, osservando che: non varrebbe invocare in senso contrario alla necessaria indicazione del nome del subappaltatore la sentenza dell'Adunanza plenaria n. 9 del 2015, richiamata dal tribunale; l'art. 105, comma 6, del D.Lgs. n. 50 del 2016, che regola la gara in oggetto, impone l'indicazione del nominativo del subappaltatore; tale onere si può ritenere eccezionalmente derogato dal D.L. n. 32 del 2019 soltanto per gli effetti propri del subappalto, ma non per gli effetti dell'avvalimento sostanziale, che sarebbe invero dalla modalità operativa del sub appalto "necessario" (come da Cons. Stato, III, ord. 10 giugno 2020, n. 3702).

4.3. Col terzo motivo (Error in iudicando- violazione e distorta applicazione di legge: artt. 83, 84 89 D.Lgs. n. 50 del 2016; art. 212 D.Lgs. n. 152 del 2006; art.13 disciplinare di gara; artt. 61 e 92 D.P.R. n. 207 del 2010) l'appellante, richiamata la ratio posta a fondamento della decisione dell'Adunanza plenaria n. 9/2015, sostiene che questa rileverebbe nell'ipotesi in cui il concorrente non possieda la qualificazione nelle categorie scorporabili a qualificazione obbligatoria, non anche nell'ipotesi, quale quella di specie, in cui la legge di gara prescriva, quale requisito professionale di partecipazione, il possesso dell'iscrizione all'Albo nazionale gestori ambientali ai sensi dell'art. 212 del D.Lgs. n. 152 del 2006. Aggiunge l'appellante che, trattandosi di requisito speciale di idoneità professionale, da possedere in sede di partecipazione alla procedura di gara alla scadenza del termine di presentazione delle offerte, l'omissione denunciata col ricorso introduttivo non avrebbe potuto essere sanata col soccorso istruttorio e comunque, nel caso di specie, concesso il soccorso istruttorio, "nemmeno a valle di tale illegittimo momento, però, il RTI V. ha inteso colmare la lacuna", tanto che, alla data di proposizione dell'appello, risultava ancora ignoto chi avrebbe realizzato "la delicata opera di bonifica e con quali requisiti professionali". Di qui la conferma dell'erroneità della sentenza che ha legittimato la partecipazione del concorrente in carenza del requisito speciale di idoneità professionale, relegandolo nella fase esecutiva.

4.3.1. A completamento del terzo mezzo di gravame, l'appellante censura la sentenza, per avere il Tribunale ritenuto di poter omologare il requisito di iscrizione all'ANGA, per categoria e classifica idonea, ad un requisito di esecuzione, laddove l'impugnata ammissione dell'ATI V. sarebbe illegittima per violazione degli artt. 212 del D.Lgs. n. 152 del 2006 e 83 del D.Lgs. n. 50 del 2016 (già 39 del D.Lgs. n. 163 del 2006).

4.3.2. Infine, l'appellante torna a sostenere che il requisito, in quanto "di ordine professionale, tecnico-qualitativo, di natura soggettiva" avrebbe dovuto essere posseduto dai

concorrenti e non sarebbe stato possibile il ricorso al subappalto necessario "che veniva così tramutato in un avvalimento mascherato".

5. I motivi sono fondati e vanno accolti, nei limiti e per le ragioni di cui appresso.

5.1. In primo luogo va ribadita la possibilità del ricorso al subappalto "necessario" anche nel vigore del D.Lgs. n. 50 del 2016.

Sebbene l'istituto non sia espressamente previsto nel Codice dei contratti pubblici, esso è compatibile con l'assetto delineato dall'art. 105 in tema di subappalto, non è smentito dalle norme del Codice concernenti il possesso dei requisiti da parte degli esecutori dei lavori pubblici ed è tuttora praticabile per la confermata vigenza dell'art. 12 (Disposizioni urgenti in materia di qualificazione degli esecutori dei lavori pubblici), comma 1 e 2, del D.L. 28 marzo 2014, n. 47, convertito, con modificazioni, dalla L. 23 maggio 2014, n. 80.

L'art. 105, infatti, definisce, al secondo comma, il subappalto come "il contratto con il quale l'appaltatore affida a terzi l'esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto"; quanto alle condizioni di ammissibilità del subappalto, nei successivi comma quarto e quinto stabilisce che: i) "I soggetti affidatari dei contratti di cui al presente codice possono affidare in subappalto le opere o i lavori, i servizi o le forniture compresi nel contratto, previa autorizzazione della stazione appaltante purché: a) l'affidatario del subappalto non abbia partecipato alla procedura per l'affidamento dell'appalto; b) il subappaltatore sia qualificato nella relativa categoria; c) all'atto dell'offerta siano stati indicati i lavori o le parti di opere ovvero i servizi e le forniture o parti di servizi e forniture che si intende subappaltare; d) il concorrente dimostri l'assenza in capo ai subappaltatori dei motivi di esclusione di cui all'art. 80" (comma 4); ii) "per le opere di cui all'articolo 89, comma 11, e fermi restando i limiti previsti dal medesimo comma, l'eventuale subappalto non può superare il trenta per cento dell'importo delle opere e non può essere, senza ragioni obiettive, suddiviso" (comma 5); al comma 22 è poi precisato che "le disposizioni di cui al presente articolo si applicano anche ai raggruppamenti temporanei e alle società anche consortili, quando le imprese riunite o consorziate non intendono eseguire direttamente le prestazioni scorporabili ...".

La disposizione non contiene un divieto di subappalto finalizzato a conseguire i requisiti di qualificazione per i lavori appartenenti alle categorie scorporabili a qualificazione obbligatoria. Non appare decisiva la circostanza che la disposizione ponga il limite del subappalto del 30% (peraltro allo stato sospeso dalle disposizioni del D.L. n. 32 del 2019, convertito dalla L. n. 55 del 2019, su cui si tornerà) in riferimento all'importo "complessivo del contratto", piuttosto che in riferimento all'importo dei lavori di categoria "prevalente", per inferirne un divieto implicito di così rilevante portata: il testo dell'art. 105 comporta, quindi, solo un limite più stringente, ma non incompatibile con il subappalto "necessario" dei lavori di categoria scorporabile.

Quanto poi al sistema di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici ed ai requisiti che devono essere posseduti dal concorrente -fermo restando quanto previsto dall'art. 84, che si occupa del sistema di qualificazione e degli organismi di qualificazione (S.O.A.)- sono tuttora vigenti, nei limiti della compatibilità, le disposizioni del D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 (ai sensi dell'art. 83, comma 1, e 216, comma 14, del D.Lgs. n. 50 del 2016, che, così come modificati con il D.L. n. 32 del 2019, convertito dalla L. n. 55 del 2019, hanno sancito

l'ultrattività del previgente regolamento di esecuzione ed attuazione del D.Lgs. n. 163 del 2006 fino all'adozione di un nuovo regolamento, non ancora intervenuta, ai sensi dell'art. 216, comma 27 octies), che non escludono il subappalto "necessario" per le categorie scorporabili a qualificazione obbligatoria.

In merito a tale istituto (oltre che in merito all'art. 92 del D.P.R. n. 207 del 2010) dispone il citato art. 12 del D.L. n. 47 del 2014, convertito con modificazioni dalla L. n. 80 del 2014, nella parte rimasta in vigore dopo l'entrata in vigore del Codice dei contratti pubblici.

Infatti, l'art. 217, lett. nn), del D.Lgs. n. 50 del 2016, nell'abrogare i commi 3, 5, 8, 9 e 11 dell'art. 12 del D.L. n. 47 del 2014, convertito, con modificazioni, dalla L. n. 80 del 2014, ha, per quanto qui rileva, lasciato vigente l'art. 12, comma 2, a norma del quale "In tema di affidamento di contratti pubblici di lavori, si applicano altresì le seguenti disposizioni: a) l'affidatario, in possesso della qualificazione nella categoria di opere generali ovvero nella categoria di opere specializzate indicate nel bando di gara o nell'avviso di gara o nella lettera di invito come categoria prevalente può, fatto salvo quanto previsto alla lettera b), eseguire direttamente tutte le lavorazioni di cui si compone l'opera o il lavoro, anche se non è in possesso delle relative qualificazioni, oppure subappaltare dette lavorazioni specializzate esclusivamente ad imprese in possesso delle relative qualificazioni;

b) non possono essere eseguite direttamente dall'affidatario in possesso della qualificazione per la sola categoria prevalente, se privo delle relative adeguate qualificazioni, le lavorazioni, indicate nel bando di gara o nell'avviso di gara o nella lettera di invito, di importo superiore ai limiti indicati dall'articolo 108, comma 3, del regolamento di cui al D.P.R. 5 maggio 2010, n. 207, relative alle categorie di opere generali individuate nell'allegato A al predetto decreto, nonché le categorie individuate nel medesimo allegato A con l'acronimo OS, di seguito elencate: OS 2-A, OS 2-B, OS 3, OS 4, OS 5, OS 8, OS 10, OS 11, OS 12-A, OS 13, OS 14, OS 18-A, OS 18-B, OS 20-A, OS 20-B, OS 21, OS 24, OS 25, OS 28, OS 30, OS 33, OS 34, OS 35. Le predette lavorazioni sono comunque subappaltabili ad imprese in possesso delle relative qualificazioni. Esse sono altresì scorporabili e sono indicate nei bandi di gara ai fini della costituzione di associazioni temporanee di tipo verticale. ...".

La fattispecie prevista dalla lettera b) ricorre, appunto, nel presente contenzioso poiché questo concerne un appalto di lavori in cui sono previste opere specialistiche rientranti in categoria scorporabile (OG 12) c.d. a qualificazione obbligatoria (che perciò non possono essere eseguite direttamente dall'aggiudicatario se privo della relativa qualificazione e devono essere necessariamente subappaltate), per le quali la mandataria del raggruppamento aggiudicatario ha dichiarato di voler fare ricorso al subappalto ad impresa qualificata.

La vigenza della disposizione regolatrice della fattispecie rende la stessa praticabile dalla stazione appaltante, che l'ha regolata nel bando di gara, nei termini di cui si dirà.

5.1.1. D'altronde, l'ammissibilità del ricorso al subappalto "necessario" (o altrimenti detto "qualificante") nel vigore dell'attuale Codice di contratti pubblici è stata riconosciuta dalla giurisprudenza richiamata nella sentenza qui appellata (tra cui vi è il precedente di questa Sezione, 20 agosto 2019, n. 5745), nonché da sentenze più recenti della Sezione, 4 giugno 2020, n. 3504 e 13 agosto 2020, n. 5030 (sulla quale ultima si tornerà) ed ancora dall'ordinanza del Consiglio di Stato, III, 10 giugno 2020, n. 3702.

Giova precisare che quest'ultimo pronunciamento, sebbene citato dall'appellante a sostegno delle proprie ragioni, dà per scontata l'ammissibilità del subappalto "necessario" o "qualificante" (cfr. punto 2 della motivazione) ed anzi, in conseguenza di tale presupposta ammissibilità, è stata ritenuta dirimente la questione interpretativa pregiudiziale rimessa, con l'ordinanza in esame, alla Corte di Giustizia dell'Unione europea ("Se gli articoli 63 e 71 della direttiva 2014/24 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, unitamente ai principi di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, di cui agli articoli 49 e 56 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), ostino ad una interpretazione della normativa nazionale italiana in materia di subappalto necessario secondo la quale il concorrente sprovvisto della qualificazione obbligatoria in una o più categorie scorporabili non può integrare il requisito mancante facendo ricorso a più imprese subappaltatrici, ovvero cumulando gli importi per i quali queste ultime risultano qualificate"). Soltanto nella prospettiva interpretativa appena sintetizzata l'ordinanza svolge le argomentazioni, su cui si è soffermata l'appellante, concernenti i rapporti tra il subappalto necessario e l'avvalimento, evidenziandone differenze e punti di contatto, tuttavia al fine esclusivo di valutare se estendere al subappalto, per via interpretativa, nel silenzio delle norme riguardanti tale istituto, una disciplina di favore già dettata per l'avvalimento, come appunto quella che consente la possibilità di frazionamento dei requisiti tra più imprese ausiliarie (art. 89, comma 6, del D.Lgs. n. 50 del 2016).

5.2. Quanto all'ulteriore questione posta dal ricorso, si ritiene di dover confermare l'orientamento giurisprudenziale, fatto proprio dal giudice di primo grado, secondo cui, al di fuori delle ipotesi di cui all'art. 105, comma 6, del D.Lgs. n. 50 del 2016, in sede di presentazione dell'offerta non è obbligatoria per legge l'indicazione nominativa dell'impresa subappaltatrice, neppure in caso di subappalto necessario - ovvero allorché il concorrente non possieda la qualificazione nelle categorie scorporabili (per le ragioni già esposte da Cons. Stato, Ad. plen., 2 novembre 2015, n. 9, confermate nel vigore dell'attuale Codice dei contratti pubblici dall'applicazione fatta nel già citato precedente di cui a Cons. Stato, V, n. 5745/2019, nonché dall'appena menzionata ordinanza della sez. III, n. 3702/2020).

5.2.1. Va precisato che, contrariamente a quanto assume l'appellante negli scritti conclusivi, il principio non è stato smentito dalla recente sentenza di questa Sezione, n. 5030/2020, su menzionata. La fattispecie oggetto di tale decisione è affatto diversa da quella della quale è qui dato occuparsi, in quanto, nella procedura di gara ivi esaminata, l'impresa concorrente, pur avendo dichiarato di voler fare ricorso al subappalto, non aveva in alcun modo manifestato la volontà di avvalersi di subappalto "necessario", cioè di subappaltare i lavori delle categorie scorporabili perché priva della corrispondente qualificazione, ma, all'opposto, aveva dichiarato il possesso dei requisiti in proprio anche per le lavorazioni specialistiche in categoria scorporabile (salvo poi a rimanerne priva in corso di procedura). Perciò soltanto a tale concreto atteggiarsi della condotta dell'impresa concorrente devono intendersi riferite le parti della motivazione, impropriamente richiamate dall'appellante a sostegno dei motivi di gravame. Si tratta delle affermazioni che "laddove privo del requisito di gara il concorrente è tenuto a dare espressa indicazione della volontà di ricorrere a subappalto per qualificarsi" e che "lo stesso deve ritenersi per il caso che, pur possedendo il requisito in proprio, l'operatore voglia integrarlo facendo ricorso al subappaltatore"; nel

contesto della decisione, l'affermazione conclusiva del ragionamento ("L'indicazione del subappaltatore ai fini dell'integrazione dei requisiti di gara configura una vera e propria manifestazione di volontà da parte dell'operatore, che incide sulla stessa conformazione funzionale del concorrente e sulla correlata modulazione dei requisiti, anche ai fini della corrispondente verifica da parte dell'amministrazione") non sta a significare - come vorrebbe l'appellante - che, quando si tratta di subappalto "necessario", sarebbe sempre obbligatoria l'indicazione del nome del subappaltatore, tanto addirittura da ritenere inapplicabili al subappalto "necessario" l'art. 105, commi 4 e 6, e di conseguenza la sospensione dell'obbligo dichiarativo del comma 6. La sentenza non afferma affatto un tale principio, né altro da cui questo si possa desumere, in quanto si limita a statuire, in riferimento al caso esaminato, che il concorrente che intenda fare ricorso al subappalto "necessario" perché privo della qualificazione per i lavori in categoria scorporabile (o perché non intenda avvalersi della qualificazione in proprio) deve espressamente manifestare in sede di gara tale sua volontà. In sintesi, la sentenza si occupa della manifestazione di volontà di ricorrere al subappalto "necessario", non della necessità di specificare il nome del subappaltatore.

5.2.2. Siffatto onere dichiarativo è disciplinato dall'art. 105, comma 6, Codice dei contratti pubblici, che, allo scopo, non consente di distinguere tra subappalto e subappalto "necessario".

La disposizione, per quanto di interesse, prevede infatti: "E' obbligatoria l'indicazione della terna di subappaltatori in sede di offerta, qualora gli appalti di lavori, servizi e forniture siano di importo pari o superiore alle soglie di cui all'articolo 35 o, indipendentemente dall'importo a base di gara, riguardino le attività maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa, come individuate al comma 53 dell'articolo 1 della L. 6 novembre 2012, n. 190. Nel caso di appalti aventi ad oggetto più tipologie di prestazioni, la terna di subappaltatori va indicata con riferimento a ciascuna tipologia di prestazione omogenea prevista nel bando di gara. ...".

Con la L. 14 giugno 2019, n. 55 di conversione del D.L. del 18 aprile 2019 n. 32, è stata introdotta una disciplina in deroga a talune previsioni del menzionato art. 105, in vigore dal 18 giugno 2019 e destinata a valere sino al 31 dicembre 2020 (prorogata fino al 30 giugno 2021 dall'art. 13, comma 2, lett. c, del D.L. 31 dicembre 2020, n. 183, non ancora convertito). In particolare, si è prevista fino a tale ultima data la sospensione dell'obbligo dichiarativo della terna dei subappaltatori in sede di offerta.

Siffatto regime transitorio è *ratione temporis* applicabile alla gara de qua, indetta dal Comune di Firenze in epoca successiva alla sua entrata in vigore, con bando pubblicato sulla G.U.R.I. in data 2 settembre 2019.

La sospensione dell'obbligo di indicazione della terna di subappaltatori, in quanto riferita senza eccezioni al subappalto, è applicabile anche al subappalto "necessario", in linea di continuità con la giurisprudenza sopra richiamata che non ha ritenuto di poter differenziare quest'ultimo in relazione a tale specifico aspetto (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., n. 9/2015, per ragioni condivisibili anche nel vigore dell'attuale Codice dei contratti pubblici).

5.2.3. Per completare il quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento, va rilevato che l'art. 71 (Subappalto) della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici dispone al punto 2 che "Nei documenti di gara

l'amministrazione aggiudicatrice può chiedere o può essere obbligata da uno Stato membro a chiedere all'offerente di indicare, nella sua offerta, le eventuali parti dell'appalto che intende subappaltare a terzi, nonché i subappaltatori proposti."

La direttiva ha quindi rimesso alla discrezionale scelta degli Stati membri o, comunque, delle stazioni appaltanti l'opzione regolatoria attinente alla doverosità dell'indicazione del nome del subappaltatore, ai fini della partecipazione alla gara.

Orbene, la scelta del legislatore interno di sospendere temporaneamente l'obbligo dichiarativo in discussione non preclude alle stazioni appaltanti di introdurlo nella legge di gara, in conformità al diritto Euro-unitario e al principio di proporzionalità.

Detto obbligo dichiarativo viepiù risulta di ragionevole e proporzionata applicazione ogniquale sia utile, come nel caso del subappalto "necessario", per consentire alla stazione appaltante di valutare sin dall'inizio l'idoneità di un'impresa, la quale dichiara e dimostri di possedere non in proprio, ma attraverso l'apporto altrui, le qualificazioni necessarie per l'aggiudicazione del contratto; in tal modo si consente inoltre alla stazione appaltante di equiparare, ai fini della possibilità di verifica immediata del possesso dei requisiti di partecipazione, tutti i concorrenti sin dal momento della presentazione delle offerte, in ossequio al principio della par condicio.

Di qui il corollario che la mancata previsione legislativa dell'obbligo di indicare nell'offerta i subappaltatori proposti non ne impedisce l'inserimento nel disciplinare di gara.

6. Dato tutto quanto sopra esposto in diritto, va precisato in punto di fatto che:

- l'appalto ha ad oggetto l'esecuzione dei lavori di "Realizzazione N.B. I.I.S. L.D.V.", consistenti in lavorazioni edili e impiantistiche relative alla costruzione di un nuovo edificio scolastico - categorie OG1 (prevalente), OG11 e OS6 - e comprende altresì le lavorazioni di bonifica previa impermeabilizzazione di parte dell'area di pertinenza del nuovo edificio - categoria OG12 - incidenti per il 4,93% sull'importo totale dei lavori di Euro 6.958.598,09;
- la questione concernente la contestata ammissione alla gara del RTI controinteressato, riguarda le lavorazioni della categoria OG12, poiché le componenti del raggruppamento sono prive sia del requisito di qualificazione per la categoria scorporabile a qualificazione obbligatoria (OG12) sia del requisito speciale di idoneità professionale dell'iscrizione all'Albo nazionale gestori ambientali (in categoria 9, classe D, cioè categoria "bonifica siti", classe per lavori fino all'importo di Euro 1.000.000, ai sensi del D.M. 3 giugno 2014, n. 8);
- la mandataria C.V. ha dimostrato il possesso della qualificazione SOA V classifica (fino a Euro 5.165.000,00), che ricomprende l'importo sia delle lavorazioni della categoria prevalente OG1 (Euro 3.033.824,62), sia delle lavorazioni scorporabili della categoria non posseduta OG12 (Euro 343.108,98), qualificandosi a partecipare ai sensi dell'art.92, comma 3, D.P.R. n. 207 del 2010;
- il DGUE prodotto in gara da C.V. conteneva, l'espressa dichiarazione di voler subappaltare le opere relative alla categoria scorporabile OG12 al 100%;
- il seggio di gara ha attivato la procedura di soccorso istruttorio perché la dichiarazione di subappalto non precisava "ad impresa qualificata iscritta all'Albo Gestori Ambientali categoria (...) in classe (...)";

- tale integrazione è stata resa dall'impresa concorrente in sede di soccorso istruttorio, senza però indicare né nella dichiarazione di subappalto né nella dichiarazione integrativa il nominativo dell'impresa subappaltatrice.

6.1. Le previsioni rilevanti della lex specialis sono contenute nel disciplinare di gara e si rinviengono specificamente nei seguenti articoli:

- art. 9 (Subappalto): " 9.1. Il subappalto è consentito previa autorizzazione della stazione appaltante ai sensi dell'art. 105 del Codice per un importo non superiore al 40 per cento dell'importo complessivo del contratto e con il limite ulteriore del 30 per cento (ai sensi dell'art. 105 co. 5 del Codice e dell'art. 1 co. 2 del D.M. n. 248 del 2016) per le lavorazioni rientranti nella categoria OG11: il concorrente deve indicare all'atto dell'offerta (nel DGUE, PARTE II[^], Sezione D) i lavori o le parti di opere che intende subappaltare o concedere in cottimo, in conformità a quanto previsto dall'art. 105 co. 4 del Codice. In mancanza di tali indicazioni il successivo subappalto è vietato.

9.2 La stazione appaltante corrisponderà direttamente al subappaltatore, al cottimista, l'importo dovuto per le prestazioni dagli stessi eseguite nei casi previsti dall'art. 105 co. 13 del Codice.

9.3 Ove non ricorrano le condizioni di cui al paragrafo che precede la stazione appaltante non provvederà al pagamento diretto del subappaltatore e i pagamenti verranno effettuati, nel rispetto delle prescrizioni dell'art. 105 del Codice, all'appaltatore che dovrà trasmettere alla stazione appaltante, entro venti giorni dal relativo pagamento, copia delle fatture quietanzate, emesse dal subappaltatore.

9.4 Resta fermo che, ai sensi dell'art.105, comma 4 lett. a) del Codice, in sede di esecuzione del contratto non potrà essere autorizzato il subappalto ad impresa che abbia partecipato alla procedura per l'affidamento dell'appalto.

9.5 In caso di subappalto della categoria OG12, il concorrente deve dichiarare espressamente il subappalto delle lavorazioni di categoria OG12 ad impresa qualificata ed iscritta all'Albo Gestori Ambientali categoria (...) in classe (...). " (n.d.r. il grassetto è nel testo del documento prodotto in giudizio);

- art. 13 (Requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa): " 13.1 I concorrenti, a pena di esclusione, devono essere in possesso dei seguenti requisiti:

13.1.1 attestazione, rilasciata da società organismo di attestazione (SOA) regolarmente autorizzata, in corso di validità, che documenti, ai sensi degli artt. 84 co. 1 del Codice, 60 e 61 del D.P.R. n. 207 del 2010 come vigente ai sensi dell'art. 216 co 14 del Codice, la qualificazione in categoria e classifica adeguata ai lavori da assumere.

In particolare:

- le lavorazioni della categoria OS6, categoria non a qualificazione obbligatoria, sono interamente subappaltabili (previa dichiarazione nel DGUE PARTE II[^], Sezione D) o sono assumibili ed eseguibili dall'operatore economico privo della relativa qualificazione in entrambi i casi a condizione che sia qualificato nella categoria prevalente anche per l'importo delle opere della Categoria OS6 (in aggiunta all'importo delle opere della categoria prevalente che intende eseguire);

- le lavorazioni della categoria OG12, categoria a qualificazione obbligatoria, sono interamente subappaltabili e per i lavori di bonifica (OG12), le imprese dovranno essere

iscritte all'Albo Nazionale Gestori Ambientali ai sensi dell'art. 212 co. 5 del D.Lgs. n. 152 del 2006. Il concorrente singolo che esegue le lavorazioni OG12, dovrà essere qualificato in tale categoria e possedere l'iscrizione all'Albo Gestori Ambientali categoria (...) in classe (...) a titolo di requisito di idoneità professionale. L'operatore economico privo di qualificazione per tale categoria, che non voglia costituire un Raggruppamento verticale con operatore qualificato in tale categoria ed iscritto all'Albo Gestori Ambientali categoria (...) in classe (...), può partecipare alla gara a condizione che dichiari nel DGUE PARTE II[^], Sezione D, pena l'esclusione, di voler subappaltare le lavorazioni inerenti la categoria per la quale non sia qualificato ad impresa qualificata ed iscritta all'Albo Gestori Ambientali categoria (...) in classe (...) e sia contemporaneamente qualificato nella categoria prevalente per una classifica che comprenda l'importo della lavorazioni della categoria prevalente che assume e delle lavorazioni della Categoria OG12 per la quale è privo di qualificazione.

In caso di subappalto della categoria OG12 dovrà essere indicato specificamente il subappalto ad impresa qualificata iscritta all'Albo Gestori Ambientali categoria (...) in classe (...).

Poiché ai sensi dell'art. 89 c. 10 del Codice l'avvalimento non è ammesso per soddisfare il requisito dell'iscrizione all'Albo nazionale dei gestori ambientali di cui all'articolo 212 del D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152, in mancanza di tale requisito l'impresa singola in possesso della categoria prevalente dovrà costituire un raggruppamento temporaneo d'impresе (R.T.I.) verticale con operatore economico in possesso della categoria OG12, nonché dell'iscrizione all'Albo Nazionale dei Gestori Ambientali - categoria (...) classe (...). ..." (n.d.r. il grassetto è nel testo del documento prodotto in giudizio);

- art. 16 sul "Documento di gara unico europeo": "In caso di subappalto della categoria OG12 dovrà essere dichiarato espressamente il subappalto delle lavorazioni di categoria OG12 ad impresa qualificata ed iscritta all'Albo Gestori Ambientali categoria (...) in classe (...)" (n.d.r. il grassetto è nel testo prodotto in giudizio).

7. L'interpretazione letterale e sistematica delle disposizioni di gara appena riportate è nel senso che esse dettano requisiti di partecipazione, necessari quindi per l'ammissibilità dell'offerta.

Ciò non sta a significare, come vorrebbe l'appellante, che le imprese del costituendo r.t.i. o quanto meno la mandataria dovessero necessariamente essere iscritte all'Albo nazionale dei gestori ambientali, ma nemmeno, come sostiene la stazione appaltante, che questo fosse un mero requisito di esecuzione.

7.1. Non si intende, in linea di principio, smentire l'affermazione, pure presente nella giurisprudenza richiamata dalle appellate, secondo cui il non aver richiesto quale requisito di partecipazione, ma solo di esecuzione, l'iscrizione all'Albo nazionale dei gestori ambientali, per una prestazione marginale nella globalità del servizio, è conforme al principio del favor participationis e l'inserimento nella lex specialis dell'obbligo di iscrizione come requisito di esecuzione non è contrario alle prescrizioni del c.d. Codice dell'ambiente (così Cons. Stato, V, 5 luglio 2017, n. 3303, id., 23 luglio 2018, n. 4445; id., 3 giugno 2019, n. 3727).

Va tuttavia sottolineato che si tratta di affermazione conseguente all'interpretazione di disposizioni di lex specialis regolanti singole procedure di gara, già inequivoche nel

richiedere il requisito soltanto nella fase esecutiva ovvero interpretabili nel senso della sostanziale marginalità del servizio per il quale era richiesta l'iscrizione, rispetto alle prestazioni oggetto di appalto.

Né l'una né l'altra di tali eventualità si rinvencono nel caso di specie.

7.2. In proposito, è opportuno previamente richiamare l'art. 212, comma 5 e 6, del D.Lgs. n. 152 del 2006 recante Norme in materia ambientale ("Codice dell'ambiente") in base ai quali: "L'iscrizione all'Albo è requisito per lo svolgimento delle attività di raccolta e trasporto di rifiuti non pericolosi prodotti da terzi, di raccolta e trasporto di rifiuti pericolosi, di bonifica dei siti, di bonifica dei beni contenenti amianto, di commercio ed intermediazione dei rifiuti senza detenzione dei rifiuti stessi, nonché di gestione di impianti di smaltimento e di recupero di titolarità di terzi e di gestione di impianti mobili di smaltimento e di recupero di rifiuti, nei limiti di cui all'articolo 208, comma 15. Sono esonerati dall'obbligo di cui al presente comma le organizzazioni di cui agli articoli 221, comma 3, lettere a) e c), 223, 224, 228, 233, 234, 235 e 236, a condizione che dispongano di evidenze documentali o contabili che svolgano funzioni analoghe, fermi restando gli adempimenti documentali e contabili previsti a carico dei predetti soggetti dalle vigenti normative. 6. L'iscrizione deve essere rinnovata ogni cinque anni e costituisce titolo per l'esercizio delle attività di raccolta, di trasporto, di commercio e di intermediazione dei rifiuti; per le altre attività l'iscrizione abilita alla gestione degli impianti il cui esercizio sia stato autorizzato o allo svolgimento delle attività soggette ad iscrizione."

Coerente con tali previsioni è il consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa secondo il quale il requisito dell'iscrizione all'Albo nazionale dei gestori ambientali è un requisito di natura soggettiva relativo alla idoneità professionale degli operatori a norma dell'art. 83, comma 1, lett. a), D.Lgs. n. 50 del 2016, e costituisce titolo autorizzatorio per l'esercizio dell'attività di raccolta e trasporti dei rifiuti pericolosi e non (ovvero, per quanto qui rileva, di bonifica dei siti), sì che "il relativo possesso determina quindi l'abilitazione soggettiva all'esercizio della professione e costituisce pertanto, un requisito che si pone a monte dell'attività di gestione dei rifiuti, pacificamente rientrando nell'ambito dei requisiti di partecipazione e non di esecuzione" (Cons. Stato, V, 22 ottobre 2018, n. 6032), risultando poi la presenza soggettiva di siffatto requisito per poter concorrere a gare aventi ad oggetto dette attività "conforme all'immanente principio di ragionevolezza e di proporzionalità - in specie, quanto a necessarietà e adeguatezza" (Cons. di Stato, V, 19 aprile 2017, n. 1825).

7.3. I principi appena richiamati trovano coerente applicazione nel caso di specie, in cui, tra l'altro, la necessaria iscrizione all'Albo nazionale gestori ambientali si accompagna alla qualificazione in OG12 necessaria per l'esecuzione dei lavori in categoria scorporabile riguardanti la bonifica del sito e la sua impermeabilizzazione.

7.3.1. L'art. 13 del disciplinare di gara va letto nella sua interezza, senza che si possa distinguere al suo interno tra requisiti di partecipazione e requisiti di esecuzione, essendo chiaramente riferito, per come si evince dalla rubrica ("Requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa"), ai requisiti necessari per la partecipazione alla gara ai sensi dell'art. 83 del Codice dei contratti pubblici.

Parimenti unitaria ed univoca è l'interpretazione da darsi al paragrafo 13.1, il cui incipit ("I concorrenti, a pena di esclusione, devono essere in possesso dei seguenti requisiti: ...") non può non ricomprendere, quanto alla sanzione espulsiva riferita al possesso dei requisiti, l'elencazione che segue sotto i numeri 13.1.1 e successivi.

In particolare, la richiesta esplicita di "attestazione rilasciata da società organismo di attestazione (SOA) regolarmente autorizzata, in corso di validità, che documenti, ai sensi degli artt. 84 co. 1 del Codice, 60 e 61 del D.P.R. n. 207 del 2010 come vigente ai sensi dell'art. 216 co 14 del Codice, la qualificazione in categoria e classifica adeguata ai lavori da assumere" di cui al punto 13.1.1 non è affatto in contrapposizione con le precisazioni che seguono riguardanti le lavorazioni della categoria OS6 (categoria non a qualificazione obbligatoria, le cui lavorazioni sono interamente subappaltabili) e le lavorazioni della categoria OG12 (categoria invece a qualificazione obbligatoria, per le cui lavorazioni la legge di gara prevede parimenti la possibilità di subappalto integrale purché a subappaltatore qualificato).

Nell'uno e nell'altro caso si tratta di prestazioni oggetto dell'appalto, su cui parametrare i requisiti di partecipazione degli esecutori dei lavori pubblici ai sensi degli artt. 83, 84 e 216, comma 14, del Codice dei contratti pubblici, nonché dei richiamati artt. 60 e 61 e 92 del tuttora vigente D.P.R. n. 207 del 2010, tanto è vero che è richiesto che l'impresa mandataria dovesse essere qualificata nella categoria prevalente per classifica includente anche l'importo delle lavorazioni della categoria OG12 scorporabile.

7.3.2. Alla lettera della legge di gara vanno aggiunte le considerazioni che seguono in merito all'oggetto dell'appalto.

La marginalità di cui è detto nella giurisprudenza che consente di configurare l'iscrizione all'Albo nazionale dei gestori ambientali come requisito di esecuzione va riferita, non al valore, bensì all'accessorietà delle relative prestazioni, in quanto non facenti parte dell'oggetto dell'affidamento, ma solo serventi a queste ultime, tanto da rendere contraria ai principi di proporzionalità e di ragionevolezza un'eventuale richiesta del requisito sin dal momento di partecipazione alla procedura di gara (cfr. Cons. Stato, V, 3 giugno 2019, n. 3727, in cui si sottolinea come oggetto precipuo e specifico dell'appalto, nel caso ivi esaminato, non fosse l'attività di raccolta e trasporto di rifiuti e queste ultime, per converso, rivestissero solo carattere secondario e accessorio rispetto alle prestazioni da affidarsi).

Nella procedura di gara de qua, i lavori di bonifica del sito previa impermeabilizzazione di parte dell'area di pertinenza del nuovo edificio sono invece oggetto diretto dell'affidamento, tanto da essere stata prevista la necessaria qualificazione in categoria scorporabile OG12 delle imprese partecipanti.

Di qui l'irrilevanza dell'argomento delle appellate fondato sulla modesta incidenza percentuale del valore dei lavori di bonifica del sito sull'importo totale dei lavori (pari al 4,93% sull'importo di Euro 6.958.598,09), onde inferirne l'accessorietà e la marginalità delle prestazioni: questa è decisamente da escludere, trattandosi di prestazione essenziale, alla stregua delle considerazioni che precedono.

La circostanza, poi, che, nelle su riportate disposizioni del disciplinare, la qualificazione in OG12 venga richiesta nei confronti dell'"esecutore" dei lavori di bonifica, non vale certo a spostare alla fase esecutiva l'acquisizione della qualificazione e del requisito di idoneità, ma

sta evidentemente a significare che dovesse essere fornita della qualificazione e del requisito di idoneità quella delle imprese del raggruppamento che si sarebbe impegnata ad eseguire le lavorazioni OG12, escluso l'avvalimento, ma fatto salvo il subappalto.

7.4. D'altronde il tratto differenziale del subappalto c.d. necessario rispetto all'ordinaria configurazione del subappalto, che spiega anche le ragioni di cautela ed i limiti entro i quali se ne riconosce l'ammissibilità, sta giustappunto nel consentire che un requisito di qualificazione necessaria, che per definizione è requisito di partecipazione, venga "attratto" nell'ambito applicativo di un istituto tipicamente operante nella fase esecutiva dell'affidamento.

8. Accertato perciò che legittimamente il disciplinare di gara ha previsto il ricorso al subappalto "necessario", sia in riferimento alla categoria scorporabile OG12 (opere e impianti di bonifica e protezione ambientale) che in riferimento al collegato requisito di idoneità dell'iscrizione all'Albo, resta da verificare se, nel dichiarare di voler fare ricorso al subappalto per le lavorazioni corrispondenti, la mandataria C.V. dovesse o meno indicare l'impresa subappaltatrice.

8.1. Orbene, contrariamente a quanto assume la stazione appaltante, proprio le disposizioni del disciplinare di gara, ed in particolare il combinato delle previsioni contenute negli articoli 9, 13 e 16 su riportate, inducono ad un'interpretazione per la quale non sarebbe stata sufficiente la mera manifestazione di volontà "di voler subappaltare le lavorazioni inerenti la categoria per la quale non sia qualificato ad impresa qualificata ed iscritta all'Albo Gestori Ambientali categoria (...) in classe (...)" (come già specificato al punto 13.1, primo periodo, in correlazione a quanto già, peraltro, anticipato nell'articolo 9.5 ed a quanto poi ribadito nell'articolo 16.2). Come precisato al successivo secondo periodo della stessa disposizione: "In caso di subappalto della categoria OG12 dovrà essere indicato specificamente il subappalto ad impresa qualificata iscritta all'Albo Gestori Ambientali categoria (...) in classe (...)": orbene, tale aggiunta, per non essere meramente ripetitiva di quanto lo stesso disciplinare aveva disposto in merito alla manifestazione di volontà di subappaltare le lavorazioni in categoria OG12, non può avere altro significato che quello di imporre l'indicazione dell'impresa.

Tale approdo interpretativo, che si fonda sull'interpretazione delle clausole del disciplinare le une per mezzo delle altre e nel complesso dell'atto (arg. ex art. 1363 cod. civ.), trova riscontro letterale nella previsione che fosse necessario indicare "specificamente" il subappalto ad impresa qualificata ed iscritta all'Albo, laddove l'elemento specificante è appunto l'indicazione nominativa dell'impresa.

Dal punto di vista sistematico, infine, la richiesta di tale specificazione appare ragionevole e proporzionata perché, una volta intervenuta la sospensione dell'art. 105, comma 6, del Codice dei contratti pubblici, ai sensi dell'art. 1, comma 18, del D.L. 18 aprile 2019, n. 32, convertito dalla L. 14 giugno 2019, n. 55, la stazione appaltante, in tanto avrebbe potuto conoscere preventivamente l'idoneità e la qualificazione del subappaltatore, in quanto col disciplinare ne avesse richiesta l'indicazione sin dal momento della domanda di partecipazione alla gara.

8.1. La clausola del disciplinare di cui all'art. 13.1.1 interpretata come sopra non integra una causa escludente contra legem, della quale ritenere la nullità ai sensi dell'art. 83, comma 8,

ultimo periodo, del D.Lgs. n. 50 del 2016 (come opposto dalle parti appellate, per l'eventualità di tale sua interpretazione).

Essa contiene la prescrizione, da parte della stazione appaltante, di requisiti di idoneità professionale e di qualificazione prescritti dalla legge e dal regolamento per l'esecuzione dei lavori di bonifica oggetto di appalto (laddove la diversa conclusione raggiunta, incidenter tantum, dal citato precedente dell'Adunanza plenaria, n. 9/2015, se è pertinente in riferimento al subappalto c.d. facoltativo per le categorie scorporabili, mal si adatta alle categorie scorporabili c.d. a qualificazione obbligatoria, per le quali appunto il requisito di qualificazione è previsto come obbligatorio dalla legge).

La mancanza di un requisito di partecipazione previsto per legge non può che comportare l'esclusione dalla gara del concorrente che ne sia privo.

In sintesi, l'esclusione non consegue alla violazione dell'onere formale della mancata indicazione del subappaltatore, bensì alla circostanza che, non fornendo questa indicazione, il r.t.i. controinteressato è risultato privo di requisiti di idoneità e di qualificazione indispensabili per l'ammissione alla gara.

9. In conseguenza di tutto quanto fin qui esposto va rilevata la fondatezza delle censure dell'appellante concernenti l'inammissibilità del soccorso istruttorio.

9.1. Giova premettere che se si interpreta la legge di gara nel senso, sopra sostenuto, che fosse necessaria l'indicazione nominativa del subappaltatore, la questione concernente l'ammissibilità del soccorso istruttorio risulta priva di concreta rilevanza, poiché in punto di fatto, si evince dagli atti che nemmeno dopo la sollecitazione del seggio di gara, ai sensi dell'art. 83, comma 9, del D.Lgs. n. 50 del 2016, il r.t.i. Vitale-C. ha colmato la lacuna concernente l'indicazione nominativa del subappaltatore.

9.2. Tuttavia, anche a voler interpretare la legge di gara nel senso, ritenuto dal primo giudice, dell'ammissibilità della dichiarazione di subappalto priva di tale indicazione, la dichiarazione avrebbe dovuto essere completa sin dal momento della domanda di partecipazione alla gara, essendo essenziale, per quanto sopra esposto, non solo il possesso in capo al subappaltatore della qualificazione in OG12, ma anche il possesso del requisito di idoneità professionale dell'iscrizione all'Albo dei gestori ambientali.

Le clausole della legge di gara sopra riportate sono chiare nel prevedere, a pena di esclusione, l'essenzialità della dichiarazione di subappalto completa del riferimento all'iscrizione all'Albo nazionale dei gestori ambientali, tanto più necessaria in mancanza dell'indicazione del nominativo del subappaltatore. Infatti, mancando quest'ultima, la lacuna concernente il requisito di idoneità professionale non risulta più essere solo "formale" ai sensi dell'art. 83, comma 9, del D.Lgs. n. 50 del 2016, tale cioè che fosse possibile alla C.V. dimostrare ex post che il requisito era posseduto già al momento della domanda e solo per una mera irregolarità documentale non risultasse esplicitato. Essa si traduce nella mancanza della dichiarazione concernente il possesso del requisito di idoneità professionale, come ripetutamente richiesta dalla legge di gara a pena di esclusione.

In sintesi, la duplice carenza dichiarativa ha comportato che non fosse possibile verificare il possesso del requisito nel termine perentorio di presentazione della domanda di partecipazione, in modo che, una volta scaduto tale termine, l'integrazione della dichiarazione consentita mediante soccorso istruttorio risulta comunque tardiva, né l'istituto

può essere utilizzato agli impropri fini di un'inammissibile rimessione in termini (cfr., tra le altre, Cons. Stato, V, 9 luglio 2019, n. 4787).

10. In conclusione, l'appello va accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, va accolto l'originario ricorso di P. s.r.l., in proprio e nella qualità anzidetta, e va annullata l'aggiudicazione in favore del raggruppamento temporaneo di imprese C.V. s.r.l., in qualità di mandataria, e C. s.r.l., in qualità di mandante, per mancanza dei requisiti di qualificazione per i lavori di bonifica e di iscrizione all'Albo nazionale dei gestori ambientali, che ne avrebbe dovuto comportare l'esclusione.

10.1. L'accoglimento dei primi tre motivi di appello, con la statuizione consequenziale appena detta, comporta l'assorbimento del quarto motivo, concernente il rigetto del settimo motivo dell'originario ricorso (col quale è censurata la mancata attribuzione al r.t.i. ricorrente dei cinque punti rivendicati per l'elemento tempo dell'offerta tecnica).

La posizione di secondo graduato consente infatti all'appellante di avvantaggiarsi immediatamente dell'annullamento dell'aggiudicazione a favore del r.t.i. controinteressato, qui appellato.

11. Poiché dagli atti risulta che il contratto è stato stipulato il 13 gennaio 2021, va accolta la domanda dell'appellante di dichiarazione di inefficacia del contratto e di subentro del costituendo r.t.i. P. s.r.l. con le società G.G. s.r.l. e T.C. s.r.l., fatte salve le ulteriori verifiche della stazione appaltante, se necessarie a seguito dell'aggiudicazione della gara a quest'ultimo.

11.1. Non risultando la consegna anticipata dei lavori, la data di stipulazione del contratto lascia presumere che, dopo meno di un mese, l'esecuzione sia ancora limitata agli atti prodromici alla cantierizzazione, di modo che - in mancanza di elementi contrari, nemmeno prospettati dalle parti appellate - nulla osta al subentro nel contratto, tenuto conto dei parametri di valutazione di cui all'art. 122 cod. proc. amm.

11.2. Dato ciò, non vi è luogo, allo stato, a provvedere sulla domanda di risarcimento per equivalente avanzata dalla P. s.r.l.

12. Sussistono eccezionali ragioni di compensazione delle spese processuali per l'incertezza interpretativa del quadro normativo in tema di subappalto, ed in particolare in tema di subappalto "necessario".

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, accoglie il ricorso proposto da P. s.r.l., in proprio e nella qualità di capogruppo mandataria del costituendo r.t.i. indicato in epigrafe, ed annulla gli atti impugnati; dichiara l'inefficacia del contratto stipulato il 13 gennaio 2021 ed il diritto al subentro dell'appellante, secondo quanto specificato in motivazione.

Compensa interamente tra le parti le spese di entrambi i gradi di giudizio.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 28 gennaio 2021, tenuta ai sensi dell'art. 25 del D.L. n. 137 del 2020, convertito dalla L. n. 176 del 2020, con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Fabio Franconiero, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere, Estensore

TAR LAZIO, SEZ. III QUATER, SENTENZA N. 1675 DEL 10 FEBBRAIO 2021.
CONDIZIONI E LIMITI DEL DIRITTO DI ACCESSO AGLI ATTI DI GARA.

Il Tar si è pronunciato sul ricorso di una società contro l'aggiudicazione di una gara per l'installazione di ascensori in un complesso di edilizia popolare. Ad aggiudicarsi la gara era stata una società che, per raggiungere i requisiti di qualificazione nella categoria prevalente OG1, aveva dichiarato di voler subappaltare tutti i lavori della categoria OS4 per i quali non era qualificata. La società vincitrice aveva agito in modo conforme al bando, che consentiva la possibilità di affidare in subappalto la totalità delle prestazioni contrattuali afferenti a tale categoria incorporabile.

Secondo la società ricorrente, il bando doveva essere considerato illegittimo perché in contrasto con l'articolo 105, comma 5 del Codice Appalti.

Tale norma vieta di subappaltare in misura superiore al 30% le opere super-specialistiche (SIOS), tra cui rientra la OS4.

I giudici hanno accolto il ricorso spiegando che *“è considerata contraria al diritto comunitario la previsione di un limite generale”*. Tuttavia, spiega il Tar, *“i limiti possono essere giustificati “dalla natura particolare delle prestazioni da svolgere, come prevede l'articolo 63, paragrafo 2, della Direttiva 2014/24, che stabilisce che negli appalti di lavori le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere che alcuni compiti essenziali siano direttamente svolti dall'offerente”*.

I giudici del Tar hanno osservato che, come stabilito dalle sentenze della Corte di Giustizia Europea, la normativa italiana contrasta con la Direttiva 2014/24, che si riferisce agli appalti di importo superiore alle soglie comunitarie.

Le soglie degli appalti sono periodicamente aggiornate.

Dato che l'importo della gara per l'installazione degli ascensori si trovava al di sotto della soglia comunitaria per i lavori, il Tar ha concluso che devono essere rispettati i limiti al subappalto imposti dalla normativa italiana. Per questo motivo, ha accolto il ricorso e annullato il bando e il provvedimento di aggiudicazione.

Di seguito la sentenza in commento.

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

sul ricorso numero di registro generale 9216 del 2020, proposto da S.H. S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Piergiuseppe Venturella e Francesco Verrastro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Piergiuseppe Venturella in Roma, via San Sebastianello n. 9;

contro

A.I. S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Gianluca Maria Esposito e Valeria Ciervo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Gianluca Maria Esposito in Roma, Lungotevere Arnaldo Da Brescia, 11;

nei confronti

S. S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Fabio Mastrocola, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia; N.C. S.p.A. non costituito in giudizio;

N.B.S. S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Claudio Giangiacomo e Nicola Lais, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Nicola Lais in Roma, via C. Monteverdi, 20;

per l'annullamento, previa sospensiva

dei provvedimenti di aggiudicazione del I lotto e II lotto della gara per servizi di assistenza tasse automobilistiche (CIG (...) e CIG (...)), nonché dei verbali della commissione giudicatrice, del verbale del RUP delle operazioni di verifica dell'anomalia in data 8.9.2020; del verbale del seggio di gara in data 16.9.2020, del Disciplinare di Gara, del Capitolato tecnico, della nota prot. (...) in data 12.10.2020, con la quale A.I. SpA riscontrava parzialmente l'istanza d'accesso di S.H. relativa all'aggiudicataria del lotto 1 della nota prot. (...) in data 28.10.2020, con la quale A.I. SpA ha trasmesso la documentazione tecnica e i giustificativi della Società controinteressata aggiudicataria del lotto 1, parzialmente oscurata, del provvedimento di aggiudicazione del secondo lotto della procedura di gara a procedura aperta con modalità telematica ai sensi del *D.Lgs. n. 50 del 2016* e s.m.i. per l'acquisizione di servizi di assistenza per le tasse automobilistiche, dei verbali della commissione giudicatrice in seduta riservata e, con contestuale istanza ex art. 116, comma 2, cpa, per l'accesso: all'integrale offerta tecnica e ai giustificativi della Società S. SpA e all'integrale offerta tecnica della Società N.B. Srl.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di A.I. S.p.A. e di S. S.p.A. e di N.B.S. S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 gennaio 2021 il dott. Roberto Vitanza e uditi, da remoto, per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Svolgimento del processo - Motivi della decisione

Con bando pubblicato nel GURI - V Serie Speciale, A.I. SpA, indiceva una procedura di gara suddivisa in due identici lotti, per l'acquisizione di servizi di assistenza in materia di tassa automobilistica, con la previsione di aggiudicazione di uno solo di essi per ciascun concorrente.

In particolare, all'operatore economico aggiudicatario sarebbero state richieste attività per la gestione delle chiamate telefoniche e per la gestione differita delle stesse.

La gara doveva essere aggiudicata secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, essendo prevista l'attribuzione di un punteggio di massimo 80 punti per l'offerta tecnica e di 20 punti per l'offerta economica e ciascun candidato avrebbe dovuto presentare

una sola offerta tecnica, pur partecipando per entrambi i lotti, e due offerte economiche: una per ciascun lotto.

Il punteggio tecnico doveva essere attribuito secondo il metodo di calcolo discrezionale dalla Commissione giudicatrice, utilizzando il modello aggregatore compensativo.

All'esito della verifica tecnica sono state stilate due graduatorie, una per ciascun lotto.

Nel primo lotto risultava prima graduata la Società S. SpA, mentre la Società N.B.S. SpA otteneva la seconda posizione.

La ricorrente veniva graduata in terza posizione.

Per il secondo lotto la Società S. SpA risultava prima in graduatoria, seguita dalla società N.B.S. SpA.

La società N.C. SpA si posizionava in terza posizione, mentre la ricorrente risultava quarta.

Conseguentemente e secondo la previsione del bando i lotti venivano aggiudicati, rispettivamente, alla società : S. SpA e N.B.S. SpA.

Seguiva la verifica di anomalia da parte del RUP per le prime due società classificate in ciascun lotto.

Il RUP ha giudicato congrue le offerte, dalle stesse presentate.

La Commissione, in seduta pubblica, provvedeva, quindi, alla apertura delle buste contenente la documentazione amministrativa delle prime due graduate negli indicati lotti.

Quindi, in due sedute riservate, il seggio di gara ha rimesso gli atti alla Stazione appaltante per l'aggiudicazione del lotto 1 a favore di S. SpA, mentre, per l'aggiudicazione del lotto 2 ha indicato, quale aggiudicatario, la società N.B.S. SpA.

La stazione appaltante provvedeva all'aggiudicazione conseguentemente alle indicazioni fornite dal seggio di gara che venivano comunicate, via pec, anche alla ricorrente.

Quest'ultima, in data 6 ottobre 2020, ha avanzato, alla stazione appaltante, istanza di accesso agli atti di gara.

La domanda veniva accolta parzialmente, in quanto, le società aggiudicatrici si opponevano all'accesso, mentre la società N.C. S.p.A. aveva già espresso un preventivo diniego all'accesso.

Avverso la mancata aggiudicazione ed alla parziale ostensione degli atti richiesti, la parte ricorrente ha reagito con ricorso giurisdizionale e contestuale istanza cautelare, affidato ad otto motivi di gravame, in cui ha ribadito la istanza di accesso agli atti richiesti, ma non integralmente ostesi dalla stazione appaltante.

Infine, la parte ricorrente ha avanzato istanza di subentro nel contratto.

Con ordinanza cautelare n. 7362/2020 il Collegio ha fissato l'udienza di discussione del merito del ricorso.

Con decreto presidenziale n. n.79/21 è stata respinta la richiesta di discussione da remoto avanzata dalla resistente.

Alla udienza del giorno 19 gennaio 2020 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

La parte ricorrente ha premesso che è suo interesse anche l'annullamento della intera procedura di gara e la sua riedizione, in subordine l'accoglimento del ricorso che, in tal caso, consentirebbe, in caso di annullamento del punteggio attribuito alle concorrenti, di effettuare lo scorrimento della graduatoria.

Con il primo motivo la parte ha censurato la falsa applicazione dell'*art. 97 del D.Lgs. n. 50 del 2016*, nonché l'eccesso di potere sotto il profilo della illogicità manifesta, del difetto di

istruttoria e travisamento dei fatti, difetto dei presupposti, carenza assoluta di motivazione, sviamento, perplessità.

Sostiene la ricorrente che il RUP all'esito della verifica dell'anomalia, non ha disposto l'esclusione della S. SpA in ragione della asserita incongruità dell'offerta con riferimento al costo del personale.

In particolare e con riferimento al requisito A1 : "struttura operativa messa a disposizione dall'impresa con indicazione del modello organizzativo adottato, del ruolo/ missione di ciascuna area organizzativa e del relativo dimensionamento. La valutazione tiene conto del livello di proporzionalità ed adeguatezza delle risorse ipotizzate ai fini dell'efficiente svolgimento dei servizi"., la società aggiudicataria ha ricevuto il punteggio di 2,10/7 punti.

La Commissione ha rilevato che : "il requisito è carente in uno o più aspetti secondari senza tuttavia compromettere l'utilità generale dell'offerta".

Di contro, la ricorrente ha sostenuto che il numero degli addetti risulterebbe inferiore a quello minimo necessario, da ciò l'offerta economica della aggiudicataria significativamente più bassa delle altre offerte.

E' necessario considerare che il rilevato aspetto numerico del personale impiegabile da parte dell'aggiudicataria non è stato oggetto di giustificazioni da parte del RUP, avendo quest'ultimo limitato il riscontro richiesto al costo del personale singolarmente considerato.

A dire della ricorrente, invece lo scrutinio, da parte del RUP, avrebbe dovuto interessare proprio il numero del personale impiegato dall'aggiudicatrice, per cui, la insufficienza dello stesso, avrebbe comportato la evidente illegittimità dell'offerta e l'aggiudicazione alla società N.B.S. SpA.

In tal caso la ricorrente avrebbe conseguito la seconda posizione utile.

Conseguentemente nel secondo lotto N.C. SpA avrebbe conquistato la prima posizione in graduatoria e S.H. la seconda:" Tutto quanto sopra con riserva di ulteriori motivi aggiunti atteso che, come detto, la Stazione appaltante stante l'opposizione della controinteressata non ha consentito l'accesso agli atti ed in particolare ai giustificativi di S."

Sul punto il Collegio osserva.

In disparte che, allo stato degli atti ed in difetto di ulteriori censure alle due società sopra indicate, la ricorrente non avrebbe comunque potuto conseguire il bene della vita per cui è causa, in realtà l'offerta tecnica proposta dalla prima graduata, con riferimento al criterio A1, è stata valutata in modo non sufficiente, senza che ciò potesse "compromettere l'utilità generale dell'offerta".

Si tratta, cioè, di una valutazione discrezionale, rispetto alla quale le censure avanzate dalla ricorrente impingono il merito dell'azione amministrativa e, come tali, non scrutinabili nel presente giudizio.

Quanto al giudizio espresso dal RUP circa la verifica di anomalia riscontrata, essa doveva necessariamente limitarsi ad esaminare il costo del lavoro con riferimento alla offerta tecnica avanzata e non poteva indagare la congruità della stessa con riferimento al numero del personale impiegato, scrutinio questo che, di contro, pertiene ad una valutazione esclusiva del seggio di gara, secondo il noto principio per cui la valutazione dell'offerta deve essere congrua nella sua globalità e non può essere esaminata secondo una atomistica disamina.

Ora, il ragionamento svolto dalla ricorrente nel motivo di gravame scrutinato, invero, non è condivisibile, proprio perché assume quale premessa maggiore un dato apodittico e

soggettivo: il personale impiegato dalla prima graduata non è sufficiente per l'espletamento del servizio.

Tale aspetto, non previsto dalle specifiche previsioni di gara, è lasciato alla valutazione del seggio di gara che, in merito, ha assegnato alla offerta tecnica un punteggio obiettivamente basso, senza che ciò potesse compromettere il servizio.

Con il secondo motivo la parte ha contestato la violazione e falsa applicazione dell'art. 18.1. del disciplinare di gara, con riferimento al sub requisito A.5, nonché l'eccesso di potere sotto il profilo

della illogicità manifesta, del difetto di istruttoria e travisamento dei fatti, difetto dei presupposti, carenza assoluta di motivazione.

Il sub requisito A5 prevede : "l'impresa dovrà presentare almeno 3 CV. Ciascun CV sarà valutato sulla base delle esperienze e competenze maturate nella erogazione di servizi di assistenza ai cittadini in ambiti simili o contigui rispetto a quella della riscossione dei tributi di ogni tipo e gestione degli archivi correlati, ovvero di assistenza in ambito normativo/amministrativo per utenza privata e/o

professionale. A.I. si riserva la possibilità di procedere con specifici colloqui tecnici sui CV presentati. La valutazione sarà effettuata sui curricula prodotti, assegnando a ciascuno un punteggio compreso tra 0 e 4. Il punteggio globale assegnato all'impresa sarà pari alla media aritmetica dei curricula presentati. Si precisa che: 1) per ogni curriculum non prodotto rispetto ai curricula richiesti, sarà attribuito comunque un punteggio pari a zero;2) nel caso in cui il numero dei curricula presentati dall'impresa sia superiore al numero minimo richiesto, la media aritmetica verrà effettuata su tutti i curricula presentati"

La parte ricorrente si duole del punteggio ad essa assegnato nell'indicato criterio, rispetto a quello attribuito ai controinteressati.

Tale discrepanza è, dalla ricorrente, ricondotta al fatto che il personale dalla stessa proposto" non aveva una pregressa esperienza nel settore delle automotive".

Invero, tale aspetto, non risulta espressamente e specificatamente indicato nella lex specialis, né dalla documentazioni in atti risulta che il seggio di gara ha prioritariamente considerato, in sede di valutazione, tale pregressa esperienza, avendo la Commissione considerato i C.V. secondo le generali competenze acquisite e riportate.

Si tratta, in buona sostanza, anche questo caso, di un giudizio afferente alla discrezionalità tecnica della p.a., in cui il giudizio sulle capacità e sulle attitudini dei valutandi risulta censurabile unicamente sotto il profilo della illogicità, contraddittorietà, manifesta abnormità, discriminatorietà o travisamento dei presupposti di fatto evidente, dovendo, ogni contraria opinione, afferire al merito dell'azione amministrativa e, quindi, sottratta al sindacato di legittimità del giudice amministrativo (ex plurimis Cons. Stato, Sez. IV, 22 gennaio 2018, n. 389).

Con il quarto motivo la parte ricorrente ha denunciato la violazione e falsa applicazione dell'art. 18.1. del disciplinare di gara, con riferimento al subrequisito B.2., con riferimento a quanto previsto al sub requisito A.3 e C.1. e C.3.

In particolare il subcriterio B.2. ha previsto che il concorrente provvedesse a descrivere : " le attività operative per l'erogazione del servizio. Sono oggetto di valutazione le procedure

operative con cui l'offerente intende erogare i servizi oggetto del Capitolato tecnico nel rispetto degli adempimenti contrattuali, per la gestione operativa del ciclo di vita del ticket".

In merito la Commissione ha attribuito alla ricorrente il punteggio di 6 decimi, ritenendo che la proposta della ricorrente non ha sviluppato alcuni essenziali aspetti della gestione del ticket. Sostiene la parte ricorrente che tale giudizio è, all'evidenza, irragionevole e non corretto perché l'indicato sub criterio B.2., non prevede alcuna descrizione di procedure di escalation interna. Anche in questo caso il giudizio espresso dalla Commissione riguarda la discrezionalità tecnica del giudizio, rispetto al quale la diversa opinione del ricorrente non è sufficiente ad affermare la illegittimità dello stesso.

Sul punto, la parte ricorrente ha proposto, con riferimento all'eventuale escalation, che : "...nei casi residuali in cui la soluzione della richiesta sia particolarmente complessa e/o non risolvibile attraverso le applicazioni ed i sistemi proprietari (Legacy) messi a disposizione da A.I., la richiesta è trasferita all'assistenza di supporto di A.I. attraverso il sistema di Trouble Ticket messo a disposizione del fornitore, nel rispetto delle procedure aziendali, avendo cura di compilare il Registro delle Richieste Complesse descritto nel C.3".

Sostiene, altresì, la ricorrente che la questione, invero, risultava tratta e positivamente scrutinata con riferimento ad altri criteri valutativi.

Ritiene il Collegio tale argomento non può essere condiviso.

La normativa di gara ha previsto distinti criteri di valutazione degli aspetti tecnici afferenti allo scrutinio dell'offerta, criteri che, proprio per la loro singolarità devono essere distintamente prospettati.

Ora, il rinvio per relationem ad altri criteri dell'offerta non può compensare le eventuali insufficienze riscontrate nella singola voce, il cui giudizio può essere oggetto di censure sotto il profilo della palese illogicità e/o contraddittorietà, ma non attraverso una diversa prospettazione del giudizio espresso dalla Commissione.

Nel caso di specie il ricorrente ha ritenuto di poter rilevare la criticità del giudizio attraverso una valutazione dell'offerta non prevista dalla legge di gara, tanto che la Commissione ha giudicato l'offerta, sotto tale precipua voce, appena sufficiente, affermando che, nello sviluppo del criterio, la ricorrente non ha presentato una procedura di escalation interna.

Né può essere reclamato, in merito, un diverso giudizio in funzione e secondo la singolare interpretazione prospettata dalla ricorrente, perché ciò significherebbe alterare la par condicio tra i vari candidati attraverso una giustapposizione non prevista dell'offerta tecnica afferente alla escalation.

Con il quinto motivo la parte ricorrente ha contestato la violazione e la falsa applicazione dell'*art. 77 del D.Lgs. n. 50 del 2016* nonché la violazione dell'*art. 21* disciplinare di gara.

Sostiene la predetta che nei documenti di gara non emerge il "ruolo di ciascun commissario per l'assegnazione del punteggio. In alcun caso si fa riferimento al punteggio attribuito con riferimento ai singoli subcriteri da parte dei singoli componenti della commissione né tanto meno si dà evidenza

delle procedure di votazione nell'ambito dell'attività".

In realtà tale asserita previsione non emerge dalla *lex specialis* che statuisce, invece, che la Commissione assegna il punteggio finale secondo una formula matematica indicata nel disciplinare di gara.

Né può essere condivisa la ulteriore censura avanzata dalla parte ricorrente relativa al fatto che il punteggio è stato attribuito solo dopo lo scrutinio delle offerte tecniche.

L'assunto che la Commissione ha valutato le singole offerte e, poi, ha assegnato il relativo punteggio non risulta dimostrato, atteso che il verbale finale costituisce il riepilogo delle sedute precedenti in cui venivano assegnati i relativi punteggi per le singole offerte tecniche, non sussistendo un obbligo di verbalizzare le singole sedute.

Né può assumere valenza dirimente la previsione di cui all'art. 21 del disciplinare di gara che recita : "In una o più sedute riservate la Commissione procederà all'esame ed alla valutazione delle offerte tecniche e all'assegnazione dei relativi punteggi applicando i criteri e le formule indicati nel bando e nel presente disciplinare".

Ora, quanto paventato dalla parte ricorrente potrebbe costituire, nella prospettazione dalla stessa avanzata, un fatto reato e non già un mero errore procedurale.

In realtà, è proprio nelle previsioni di gara che non sussiste, come detto, un obbligo di immediata verbalizzazione dei giudizi espressi dalla Commissione, sicchè la procedura utilizzata non può ritenersi illegittima.

Con il sesto motivo il ricorrente ha contestato la violazione e falsa applicazione dell'art. 50, D.Lgs. n. 50 del 2016, dell'art. 1, comma 10, della L. n. 11 del 2016, perché la Stazione appaltante non ha adeguatamente riportato il numero dei dipendenti attualmente applicati alla commessa e che beneficiano della clausola sociale.

Ora, le riportate previsioni normative, non impongono alla stazione appaltante di indicare il numero del personale già impiegato e da impiegare.

Infatti l'art. 50 D.Lgs. n. 50 del 2016, statuisce che : "... i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti possono inserire...specifiche clausole volte a promuovere la stabilità occupazionale...", mentre l'art. 1, comma 10, della L. n. 11 del 2016, prevede unicamente che il rapporto di lavoro continua con l'appaltatore subentrante.

Quindi, tale informazione poteva essere espressamente richiesta nei chiarimenti da avanzare alla stazione appaltante o costituire oggetto di un eventuale censura del bando, avendo la Stazione appaltante fornito in allegato ai chiarimenti una tabella relativa alle informazioni afferenti al personale nei termini conosciuti dalla stessa.

Con il successivo motivo di ricorso la parte ha censurato la violazione e falsa applicazione dell'art. 22 e ss. L. n. 241 del 1990 53, commi 5 e 6 D.Lgs. n. 50 del 2016.

La Stazione appaltante, a mente dall'art. 53, comma 5, lett. a) e mutuando le ragioni delle società controinteressate, ha reso parzialmente inaccessibile l'offerta tecnica di N.B. SpA, nonché l'offerta tecnica di S. SpA e i suoi giustificativi.

Infatti, risultano consegnati i documenti richiesti, con esclusione della offerta tecnica delle indicate società aggiudicatrici che sono state trasmesse parzialmente oscurate.

Ritiene la parte ricorrente che, ai sensi del comma 6 dell'indicato art. 53, "è consentito l'accesso al concorrente ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto", insistendo per la completa ed integrale ostensione del documento richiesto.

Sul punto il Collegio osserva.

L'accesso agli atti di gara prodotti dalle controinteressate è soggetto ad una valutazione conseguente al necessario bilanciamento degli opposti interessi per la tutela dei segreti tecnici e commerciali.

In particolare il legislatore ha indicato, nell'*art. 53 D.Lgs. n. 50 del 2016*, un regime di accesso agli atti che, pur richiamando la disciplina generale di cui agli *artt. 22 ss. della L. 7 agosto 1990, n. 241*, invero ha previsto ed ha aggiunto speciali e specifiche disposizioni derogatorie in punto di differimento, di limitazione e di esclusione della pretesa ostensiva, proprio in considerazione delle peculiari esigenze di riservatezza che sogliono manifestarsi e assumere rilievo nel contesto delle procedure ad evidenza pubblica, anche con riferimento all'*art. 21 della direttiva 2014/24/UE*, dell'*art. 39 della direttiva 2014/25/UE* e dell'*art. 28 della direttiva 2014/23/UE*.

In tale ottica, pertanto, assume valenza primaria la interlocuzione dialettica tra le parti, mediata dalla conseguente valutazione della stazione appaltante.

Infatti, è onere del ricorrente quello di dimostrare la strumentalità dei documenti richiesti alla propria difesa : " Ne consegue che, alla luce dei riportati principi generali, l'accesso agli atti di gara non è pacificamente sempre integrale a fronte della deduzione di esigenze di difesa, essendo sempre necessario, nel bilanciamento tra il diritto alla tutela dei segreti industriali e commerciali ed il diritto all'esercizio del c.d. "accesso difensivo", l'accertamento dell'eventuale nesso di strumentalità esistente tra la documentazione oggetto dell'istanza di accesso e le censure formulate" (Cons. St., sez. V, n. 4220/2020).

In altre parole : "è essenziale dimostrare non già un generico interesse alla tutela dei propri interessi giuridicamente rilevanti, ma la concreta necessità (da riguardarsi, restrittivamente, in termini di stretta indispensabilità) di utilizzo della documentazione in uno specifico giudizio" (Cons. St. 4220/2020 cit.).

Nel caso di specie la parte ricorrente, nella istanza di accesso e nel successivo motivo di gravame si è limitata a rappresentare : "in ragione dell'interesse giuridicamente rilevante e oggetto di tutela giurisdizionale al conseguimento del bene della vita relativo all'aggiudicazione... al fine di pervenire

all'eventuale annullamento dell'aggiudicazione a favore della prima e all'esclusione ovvero alla

pretermissione della seconda ed alla conseguente acquisizione dell'affidamento".

Tale motivazione, invero, non corrisponde agli insegnamenti giurisprudenziali sopra riportati, che il Collegio condivide, secondo cui è necessario rappresentare e dimostrare la stretta indispensabilità della documentazione richiesta, nella sua integrale configurazione, ai fini defensionali.

Ne consegue che in difetto di una istanza di accesso adeguatamente e compiutamente motivata, il diniego espresso dalla stazione appaltante all'accesso, è esente dai dedotti profili di illegittimità proposti dalla parte ricorrente.

La peculiarità della vicenda convince il Collegio a compensare le spese di lite.

P.Q.M.

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

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 gennaio 2021, tenutasi da remoto ed in videoconferenza, con l'intervento dei magistrati:

Riccardo Savoia, Presidente

Dauno Trebastoni, Consigliere

Roberto Vitanza, Consigliere, Estensore

TAR LAZIO, SEZ. II BIS, SENTENZA N. 1737 DEL 11 FEBBRAIO 2021.
IL POTERE DEL G.A. DI MODULARE GLI EFFETTI DELLA DICHIARAZIONE DI
INEFFICACIA DEL CONTRATTO.

La vicenda affrontata dai giudici del TAR Lazio concerne la possibilità per il giudice amministrativo di modulare gli effetti della dichiarazione di inefficacia del contratto di appalto, in conseguenza dell'annullamento dell'aggiudicazione.

Più precisamente, si è ritenuto che la regolazione della decorrenza dell'inefficacia del contratto può essere decisa dal giudice con effetti costitutivi dell'assetto di interessi, ulteriori e non meramente dipendenti dall'annullamento, ai sensi dell'art. 122 c.p.a.

La disposizione citata demanda al giudice la regolazione degli effetti dell'inefficacia del contratto, salvo che dall'annullamento dell'aggiudicazione derivi la ripetizione della gara; tuttavia, essa va coordinata con l'art. 34 c.p.a., che consente di adottare le misure necessarie a tutelare le situazioni giuridiche dedotte in giudizio e che, attesa la sua valenza generale ed atipica, non c'è ragione di escludere dal rito appalti, risolvendosi essa in uno strumento di effettività di tutela che si affianca armonicamente alla statuizione prevista dall'art. 122 c.p.a. la cui natura costitutiva ne risulta così ampliata.

Appare dunque evidente che, una volta ammessa in linea di principio la possibilità per il giudice amministrativo di modulare l'efficacia della sentenza, nella speciale materia di contratti pubblici non può escludersi che tale facoltà includa anche quella di disporre opportunamente circa la sorte del contratto, coordinandone l'inefficacia con l'obbligo di ripetizione del procedimento di gara quando gli interessi dedotti in giudizio, lo richiedano.

Di seguito la sentenza in commento.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda Bis)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8437 del 2020, proposto da

Consorzio V. - Soc. Coop. Sociale a r.l., Consorzio L.C. - Soc. C. Coop. Sociale, ciascuno in persona del rispettivo legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dall'avvocato Lio Sambucci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Distretto Socio Sanitario Roma 6.3, non costituito in giudizio;

Comune di Marino, in persona del Sindaco legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Gianluca Piccinni, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via G. G. Belli, 39;

nei confronti

Comune di Ciampino non costituito in giudizio;

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

per l'annullamento

(con il ricorso introduttivo):

della determinazione dirigenziale 14 agosto 2020, n. 715 del Comune di Marino (aggiudicazione gara) e di tutti gli atti e provvedimenti presupposti e connessi alla suddetta determinazione di aggiudicazione, nonché di tutti quelli conseguenti, successivi e collegati; con declaratoria di inefficacia del contratto per la gestione del servizio.

(con il ricorso incidentale presentato da COOPERATIVA SOCIALE O.A. il 20\11\2020):

- della determinazione dirigenziale del 14 agosto 2020, n. 715 del Comune di Marino (quale Comune capofila del Distretto socio sanitario RM 6.3) con cui il dirigente dell'Area I ha disposto "di aggiudicare, ai sensi dell'*art. 32, commi 5 e 6 del D.Lgs. n. 50 del 2016*, l'appalto per il servizio di assistenza domiciliare distrettuale nel Comune di Marino e di Ciampino alla Ditta Cooperativa Sociale O.A. per l'importo totale di Euro 1.528.991,75, oltre IVA al 5% per un totale di Euro 1.605.441,33", nella parte in cui non è stata disposta l'esclusione del RTI Consorzio V.-Consorzio L.C. dalla procedura aperta per l'affidamento del predetto servizio;

- di tutti gli atti presupposti, conseguenti e/o comunque connessi (ancorché allo stato sconosciuti) ed in particolare tutti i verbali di gara qui di interesse: - verbale di gara n. 1 del 28 maggio 2020; - verbale n. 2 del 9 giugno 2020 ; - verbale n. 3 del 17 luglio 2020; - verbale n. 4 del 21 luglio 2020; - verbale n. 5 del 28 luglio 2020 , nella parte in cui non è stata disposta l'esclusione del RTI Consorzio V.-Consorzio L.C. dalla procedura aperta per l'affidamento del predetto servizio.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Marino e della Cooperativa Sociale O.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 gennaio 2021, celebratasi in videoconferenza tramite collegamento da remoto, il dott. Salvatore Gatto Costantino e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Svolgimento del processo

La ricorrente espone di aver preso parte alla gara indetta con bando pubblicato nella Gazzetta ufficiale (5 serie speciale - contratti pubblici) del 20 aprile 2020, n. 45 dal Distretto socio sanitario RM 6.3, per l'affidamento del servizio di assistenza domiciliare distrettuale nel Comune di Marino e di Ciampino dal 1 luglio 2020, o comunque dalla data di avvio, fino al 31 dicembre 2020, per l'importo di Euro 1.609.465,00 (procedura aperta svolta dal Comune di Marino in qualità di capofila, con aggiudicazione all'offerta economicamente più vantaggiosa).

All'esito delle operazioni di gara (cui prendevano parte altre 14 imprese), risultava aggiudicataria l'offerta della Cooperativa A. con punti 90,098, seguita dall'odierna ricorrente con punti 90,00.

La S.A. sottoponeva l'offerta prima classificata a verifica di anomalia (7 agosto 2020) che veniva superata con esito favorevole e con relativa conferma dell'aggiudicazione (Determina del 14 agosto 2020, n. 715, pubblicata il 24 agosto 2020).

La odierna ricorrente formulava istanza di accesso (23 agosto 2020) ai documenti che otteneva il 21 settembre 2020.

Veniva stipulato il contratto di affidamento in data 7 ottobre 2020.

Dall'esame dei giustificativi la concorrente rilevava la sussistenza di ragioni di censura, che deduce con l'odierno ricorso, notificato il 20 ottobre 2020 e depositato in pari data: violazione e falsa applicazione della *lex specialis* della gara; violazione e falsa applicazione dell'*art. 59 D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50*; violazione e falsa applicazione dell'*art. 97 D.Lgs. n. 50 del 2016*; eccesso di potere in relazione a diversi profili sintomatici.

Secondo parte ricorrente, dalla relazione prodotta ai fini della giustificazione dell'anomalia, emergerebbe che la controinteressata avrebbe formulato la propria offerta economica ponendo a carico dell'amministrazione i costi relativi a due unità di "addetto al trasporto", calcolati per un numero complessivo di 4.900 ore (2500 ore per un addetto e 2400 ore per l'altro addetto), con indicazione di un costo complessivo di Euro 108.486,00 (Euro 58.261,00 per un addetto ed Euro 50.225,00 per l'altro addetto).

Con riferimento ai "rimborsi chilometrici", è stata indicata la somma stabilita dalla stazione appaltante, e, cioè, la somma complessiva di Euro 60.750,00.

Si tratterebbe di dati in contrasto con le prescrizioni della *lex specialis* della gara, e, in particolare, con le prescrizioni di cui all'*art. 6* del capitolato, ove sono indicati i contenuti essenziali del servizio in termini di massimali orari (meglio elencati in atti) come dettagliati nella relazione tecnico-illustrativa al progetto riguardante il servizio distrettuale di assistenza domiciliare nel Distretto socio sanitario RM 6.3. In tali documenti risulterebbe ben evidenziato come l'attività relativa al servizio di trasporto trovi remunerazione in ragione del

chilometraggio (complessivamente determinato in km 135000), con un costo complessivamente determinato in Euro 60750,00. Mentre le attività relative a tutti gli altri servizi trovano remunerazione in ragione delle ore.

A tale dato, rilevabile solo dall'esame della giustificazione (non dall'offerta), si aggiungerebbe che l'offerta economica implicherebbe un monte ore inferiore a quello descritto dalla procedura, con conseguente aumento dei costi orari che erano originariamente previsti.

Da tanto deriverebbe l'obbligo di esclusione della concorrente (3.3), il superamento dell'importo posto a base di gara (3.4), e (3.5) l'illegittimità della decisione del RUP sulla rilevata anomalia (per difetto assoluto di motivazione, essendosi richiamata tale decisione al mero richiamo adesivo della relazione giustificativa).

Viene inoltre censurata (4) la violazione e falsa applicazione del principio di imparzialità (*art. 97, comma secondo, Cost.*); violazione e falsa applicazione dell'*art. 77, comma quarto, D.Lgs. n. 50 del 2016*; eccesso di potere.

Sussisterebbe una situazione di incompatibilità sostanziale o di concentrazione di funzioni, di attribuzioni e di poteri che, con riferimento specifico alla procedura di gara oggetto del presente giudizio, in quanto tutti gli atti del procedimento di gara sono adottati alla stessa persona nelle diverse qualifiche tecniche rivestite e funzioni esercitata (responsabile area tecnica del Comune, RUP, componente della commissione); in tale contesto, il medesimo organo risulta aver adottato la determina a contrarre, approvato bando e capitolato, disposta nelle more la proroga del servizio in capo alla odierna controinteressata (gestore uscente), nominato la commissione, partecipato alle operazioni di gara, valutato ed approvato le giustificazioni, disposto l'aggiudicazione.

Parte ricorrente chiede, pertanto, l'annullamento degli atti impugnati, con dichiarazione di inefficacia del contratto nelle more stipulato (7 ottobre 2020), con subentro della odierna ricorrente; in via subordinata, con riferimento al motivo sub 4, chiede l'annullamento della gara con ripetizione del procedimento; chiede, in ogni caso, il risarcimento del danno come indicato da Consiglio di Stato III, 5 marzo 2020, n. 1607, con riferimento alla percentuale di utile determinato in relazione al ribasso offerto dall'impresa in sede di gara (così per un totale di risarcimento pari ad Euro 48.283,95), oltre al danno curriculare e da perdita di chance da liquidarsi nell'importo equitativo di Euro 20.000,00 o nella misura minore o maggiore di giustizia; nel caso di annullamento della gara per accoglimento del quarto motivo, quantifica il danno curriculare e da chance in Euro 15.000,00 o maggiore o minore importo di giustizia; il tutto, oltre interessi legali e rivalutazione monetaria fino all'effettivo soddisfo.

Si è costituita la controinteressata che spiega ricorso incidentale, chiedendo l'annullamento degli atti di gara nella parte in cui non ha escluso la ricorrente, la offerta della quale sarebbe parimenti viziata, sulla base della stessa tesi di ricorso, in quanto gli oneri della manodopera non avrebbero potuto essere indicati in aumento rispetto a quelli previsti in capitolato.

Il Comune di Marino, costituitosi, resiste al ricorso del quale chiede il rigetto, svolgendo argomenti simili a quelli della controinteressata nonchè eccependo la tardività della 4

censura di ricorso, essendo gli atti di nomina della commissione e del RUP pubblicati e comunque noti indipendentemente dall'esercizio dell'accesso.

Le parti hanno scambiato memorie e documenti di causa, nonché note di replica.

Nella pubblica udienza del 12 gennaio 2021, la causa è stata trattenuta in decisione.

Motivi della decisione

Deve preliminarmente respingersi per tardività il ricorso introduttivo in ordine alle censure svolte al punto 4 del ricorso: trattandosi di doglianze del tutto indipendenti dall'accesso, in quanto riferite alla sussistenza di un asserito conflitto di interessi della titolare dell'Ufficio procedente, in quanto ha svolto tutte le funzioni di gara, inclusa la valutazione di anomalia, in pretesa violazione dell'*art. 77, comma quarto, D.Lgs. n. 50 del 2016*, il ricorso avrebbe dovuto essere proposto nei termini di decadenza dalla comunicazione dell'esito della gara, ovvero entro il 30 settembre 2020.

Nel merito, possono essere esaminati contestualmente il ricorso introduttivo ed il ricorso incidentale dipendendo entrambi dalla medesima questione di diritto.

Si osserva che il capitolato prevede un importo a base d'asta di Euro 1.609.465,00 (per il periodo dal 01.07.2020 al 31.12.2021) distinto in tre macro voci: Euro 1.436.427,00 per costo manodopera; Euro 60.750,00 per rimborso trasporto utenti; Euro 112.288,00 per costi di gestione ed utile.

Il capitolato, all'*art. 6*, descrive il servizio mediante le prestazioni assistenziali identificate per oggetto e monte ore "complessivo presunto" (Coordinamento, monte ore complessivo presunto pari a 420, Assistenza socio assistenziale, m.o.c.p. 44.782 e così via), ripartendole tra il Comune di Marino ed il Comune di Ciampino.

Il contenuto dettagliato delle prestazioni assistenziali è descritto negli *artt. 7 e ss.*

Tra questi, l'*art. 9* elenca le "prestazioni del servizio di trasporto".

L'*art. 10* ("personale impiegato") precisa che l'aggiudicatario "deve disporre di una dotazione di personale in quantità e di qualificazione adeguati.....per le attività di coordinamento è richiesto un Assistente Sociale...per gli interventi socio assistenziali sono previste le figure professionali degli operatori come da DGR Lazio n. 88/2017...per gli interventi socio educativi è prevista la figura dell'Educatore Professionale. Il servizio di trasporto è svolto con personale addetto".

La Relazione tecnica (sulla base della quale sono determinati gli importi esposti a base d'asta), ha dettagliato una stima di "monte ore servizi" e "kilometraggio", indicando in un totale di ore 420 le prestazioni oggetto di "coordinamento", 44.872 quelle di natura "socio assistenziale", 9.061 le ore relative a "Hospice e dimissioni protette", 15.981 l'attività "socio educativa" per un "monte ore complessivo pari a 70.334 ed un totale di km di trasporto per 135.000".

La controinteressata aggiudicataria ha modulato la propria offerta confermando senza ribassi le prime due voci (manodopera e rimborso trasporto utenti), mentre ha ribassato il plafond "costi di gestione ed utile", prevedendo un importo degli "oneri propri della sicurezza" per

Euro 8.047,33, Euro 21.706,74 per "altri costi di gestione" ed un utile di Euro 2.060,68 (così per un totale di Euro 31.814,75 a fronte di una previsione di Euro 112.288,00).

La ricorrente ha offerto un ribasso complessivo del 3% per un importo complessivo di Euro 1.561.181,05 precisando che gli "oneri aziendali" ammontano ad Euro 10.000,00 mentre i costi della manodopera ex art. 95, comma 10, D.Lgs. n. 50 del 2016, ammontano ad Euro 1.437.000,00 (corrispondenti alle previsioni di remunerazione secondo il CCNL di categoria del monte orario previsto nella Relazione tecnica, aumentato delle ore lavoro degli addetti al trasporto; sul punto, si rimanda alla "Tabella analitica costi manodopera" allegata sub 15 alla memoria del 20.12.2020 e non oggetto di contestazione).

Appare evidente che, dalla semplice analisi delle documentazioni di gara, la ricorrente ha correttamente reso nell'offerta le indicazioni di cui all'art. 94, comma 10, del D.Lgs. n. 50 del 2016, imputando i costi (del personale) di trasporto alla remunerazione complessiva dell'appalto (ovvero al rimborso del costo chilometrico e, per l'eventuale differenza, a valere sulle spese generali, riducendo gli "utili attesi").

Invece, dalle giustificazioni fornite da parte della controinteressata, risulta che quest'ultima (che teneva ferma l'offerta relativa a costi di manodopera e trasporto come indicata in base d'asta) ha imputato il valore orario delle prestazioni degli autisti al "monte ore" complessivo.

Si osserva che la lex specialis di gara include le attività di trasporto tra le prestazioni oggetto del servizio (coerentemente con la descrizione analitica delle prestazioni di assistenza che includono anche l'accompagnamento degli assistiti sul territorio, per attività di integrazione sociale o di altra natura assistenziale), ma non quantifica in termini orari le relative prestazioni, imputandone il rimborso solo ad un parametro di percorrenza.

Tuttavia, mentre tale previsione può giustificare (alternativamente o cumulativamente, nella misura necessaria) la imputazione dei costi della retribuzione degli autisti alla voce rimborso di trasporto oppure alla voce "costi di gestione ed utile", essa non può in alcun modo consentire l'imputazione della spesa al monte ore delle prestazioni assistenziali. Per queste ultime, infatti, sono previste (tassativamente) figure professionali specifiche, mentre gli autisti titolari non sono titolari di specializzazioni per erogare attività di coordinamento, assistenziali in senso tecnico o socio-educative (prestazioni per le quali, come si è accennato, sono richieste le figure specifiche di cui al riportato art. 10).

Ne deriva che del tutto erroneamente è stata ritenuta giustificabile l'offerta della controinteressata che ha imputato i costi di manodopera degli autisti al monte ore assistenziale vero e proprio, così riducendone il massimale pur tenendo ferma la relativa indicazione monetaria (con il duplice e contestuale effetto di aumentare il costo orario della prestazione e di ridurre il numero delle ore previste, come puntualmente dedotto dalla ricorrente).

In base a quanto sin qui indicato, la determinazione conclusiva che ha accertato la congruità dell'offerta con un mero richiamo alla relazione giustificativa, è illegittima per difetto di motivazione.

Mentre, dunque, sul punto il ricorso è fondato, non può però inferirsene, nella presente sede di giudizio, l'esclusione della concorrente controinteressata, come sostiene la ricorrente.

Infatti - come correttamente eccepito sul punto dal Comune di Marino - il monte orario era indicato in termini presuntivi: quindi era nella facoltà delle concorrenti mantenere fermo l'importo monetario della manodopera, aumentando le ore di assistenza, oppure, all'inverso, diminuendolo (in ragione della diversità dei costi di contratto o del metodo di organizzazione) oppure elaborando una combinazione diversa dei due elementi (prezzo ed ore).

Il concreto equilibrio tra le due voci di valutazione dell'offerta diviene quindi oggetto di una specifica valutazione che deve essere condotta dalla S.A. in termini di maggiore o minore sostenibilità e convenienza (e dunque nei limiti propri del giudizio di anomalia), fermo restando che non possono essere giustificate previsioni volti a ricondurre i costi del personale del trasporto al monte orario delle prestazioni assistenziali come già previste: pertanto, considerando i giustificativi già prodotti dalla controinteressata (che quest'ultima non potrà modificare), il nuovo giudizio di anomalia dovrà (solamente) indagare la sostenibilità dell'offerta in dipendenza della possibilità di ritenere assorbiti i costi del personale di trasporto nell'utile di impresa o nelle spese generali.

Le descritte ragioni di fondatezza del gravame principale rendono evidente, di converso, l'infondatezza del ricorso incidentale, che va respinto in quanto la concorrente odierna ricorrente ha correttamente applicato le regole di gara alla propria offerta.

Sul punto, le censure incidentali (peraltro riprese come eccezioni difensive dall'Amministrazione comunale) sono formulate tramite meri riferimenti interpretativi delle argomentazioni della ricorrente e del tutto smentite dal contesto documentale, laddove quest'ultima ha allegato la propria tabella riepilogativa dell'analisi dei costi della manodopera dalla quale emerge che il costo del personale addetto al trasporto è computato in aumento al costo del personale assistenziale, quest'ultimo corrispondente al monte ore previsto nel capitolato (tanto che la voce complessiva indicata in offerta quale "costo della manodopera di cui all'*art. 95, comma 10, del D.Lgs. n. 50 del 2016* è maggiore della correlativa base d'asta).

I provvedimenti relativi all'esame dell'anomalia dell'offerta della controinteressata e di aggiudicazione a quest'ultima dell'appalto sono dunque da annullarsi, con obbligo per l'Amministrazione di riesaminare le offerte e nuovamente pronunciarsi su di esse nel rispetto di quanto sopra indicato, salva ogni altra conseguente determinazione.

All'accoglimento del ricorso nei termini sin qui indicati, dovrebbe conseguire la dichiarazione di inefficacia del contratto del 7 ottobre 2020.

Tuttavia, attesa la particolare importanza sociale degli interessi tutelati dal procedimento di gara, avente ad oggetto prestazioni di servizio di assistenza a favore di persone svantaggiate (attuative di doveri di solidarietà aventi rilievo costituzionale) in un territorio particolarmente ampio, è opportuno disporre che tale inefficacia abbia decorrenza dal termine di trenta giorni dalla comunicazione della presente sentenza o sua notifica a cura di parte, intendendosi risolto da tale momento, ma con salvezza delle prestazioni rese nel frattempo (così da consentire all'Amministrazione di poter riesaminare le offerte ed adottare le determinazioni necessarie ad assicurare la continuità del servizio senza soluzione di continuità, anche nel caso in cui, all'esito delle rinnovate operazioni di gara, dovesse subentrare la odierna ricorrente alla controinteressata).

A tale proposito, si osserva quanto segue.

La possibilità per il giudice amministrativo di modulare gli effetti della dichiarazione di inefficacia del contratto di appalto, in conseguenza dell'annullamento dell'aggiudicazione, è già stata affermata in giurisprudenza (TAR Lazio, Roma, II ter, 24 dicembre 2019, nr. 14851) in maniera conforme con quanto ritenuto, in via generale, dall'Adunanza Plenaria (sentenza del 22 dicembre 2017, nr. 13 e giurisprudenza ivi richiamata, tra cui Cons. Stato, sez. VI, n. 2755 del 2011).

Più precisamente, si è ritenuto che la regolazione della decorrenza dell'inefficacia del contratto può essere decisa dal giudice con effetti costitutivi dell'assetto di interessi, ulteriori e non meramente dipendenti dall'annullamento, ai sensi dell'art. 122 c.p.a.

A stretto rigore, la disposizione citata demanda al giudice la regolazione degli effetti dell'inefficacia del contratto, salvo che dall'annullamento dell'aggiudicazione derivi la ripetizione della gara; tuttavia, essa va coordinata con l'art. 34 del c.p.a. che consente di adottare le misure necessarie a tutelare le situazioni giuridiche dedotte in giudizio e che, attesa la sua valenza generale ed atipica, non c'è ragione di escludere dal rito appalti, risolvendosi essa in uno strumento di effettività di tutela che si affianca armonicamente alla statuizione prevista dall'art. 122 (e che, a ben vedere, ne integra una ipotesi applicativa tipica) la cui natura costitutiva ne risulta così ampliata.

Come accennato, tale conclusione risulta coerente con quanto affermato dall'Adunanza Plenaria nella sentenza nr. 17/2020, laddove quest'ultima riconosce in linea generale la possibilità del giudice di regolare gli effetti conformativi dell'accoglimento del ricorso (sia pure, in quella sede, per derogare all'effetto retroattivo dell'annullamento in funzione dell'efficacia ex nunc : "Il Consiglio di Stato ha già fatto applicazione di codesti principi (leading case Cons. Stato, sez. VI, n. 2755 del 2011)...la regola dell'annullamento con effetti ex tunc dell'atto impugnato può, sia pure in circostanze assolutamente eccezionali, trovare una deroga, con la limitazione parziale della retroattività degli effetti (si veda, in questo senso, Sez. VI, 9 marzo 2011, n. 1488), o con la loro decorrenza ex nunc. L'ordinamento riconosce la possibilità di graduare l'efficacia delle decisioni di annullamento di un atto amministrativo (cfr. l'art. 21-nonies della L. n. 241 del 1990 e l'art. 34, comma 1, lettera a), del Codice del processo amministrativo). È altresì ammessa la possibilità per il giudice amministrativo di modellare nel caso concreto l'efficacia delle sentenza in materia di contratti pubblici (cfr. artt. 121 e 122 del Codice del processo amministrativo).").

Appare evidente che, una volta ammessa in linea di principio la possibilità per il giudice amministrativo di modulare l'efficacia della sentenza, nella speciale materia di contratti pubblici, caratterizzata dalla peculiare disciplina di cui agli artt. 121 e 122 del c.p.a., non può escludersi che tale facoltà includa, ex art. 34 lett. "e" del c.p.a., anche quella di disporre opportunamente circa la sorte del contratto, coordinandone l'inefficacia con l'obbligo di ripetizione del procedimento di gara (in tutti quei casi nei quali il giudizio non si concluda con una pronuncia di aggiudicazione o di subentro del ricorrente vittorioso), quando gli interessi dedotti in giudizio (come accade nel caso di specie), lo richiedano.

La domanda di risarcimento del danno è improcedibile allo stato, dipendendone gli elementi costitutivi dell'esito del procedimento di gara che dovrà essere riedito dall'Amministrazione: essa potrà dunque venire riproposta dopo le nuove determinazioni dell'Amministrazione.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo, nella misura che tiene conto dello sforzo difensivo richiesto alla parte ricorrente.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda Bis), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla il provvedimento di aggiudicazione ai fini del riesame, nei limiti e con le modalità di cui in parte motiva.

Dichiara l'inefficacia del contratto stipulato tra le parti resistente e controinteressata il giorno 7 ottobre 2020, a decorrere dal termine indicato in parte motiva.

Dichiara improcedibile, allo stato, la domanda di risarcimento del danno.

Condanna la resistente e le controinteressata, in solido tra loro, alla refusione delle spese di lite in favore della ricorrente che liquida in complessive Euro 5.000,00, oltre rimborso del contributo unificato.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 gennaio 2021, tenutasi in modalità di collegamento da remoto ai sensi dell'*art. 25 del DL 28 ottobre 2020, n. 137* ed *art. 4, comma 1, del Dl 30 aprile 2020, n. 28*, conv. in *L. 25 giugno 2020, n. 70*, con l'intervento dei magistrati:

Elena Stanizzi, Presidente

Salvatore Gatto Costantino, Consigliere, Estensore

Ofelia Fratamico, Consigliere

**TAR LAZIO, SEZ. III TER, SENTENZA N. 1575 DEL 8 FEBBRAIO 2021.
SUL DIVIETO DEL SUBAPPALTO PER LE PROCEDURE SOTTOSOGLIA.**

Nel caso specifico, l'impresa seconda classificata ricorre contro l'aggiudicazione, disposta a favore dell'operatore economico che ha offerto il miglior ribasso, con la motivazione che lo stesso ha indicato, in sede di offerta, l'intenzione di subappaltare interamente le opere scorporabili, per le quali l'aggiudicatario non è qualificato.

Al riguardo, sia il disciplinare di gara, sia una specifica risposta ad un quesito in sede di gara avevano, alla luce della recente giurisprudenza comunitaria, indicato le opere di categoria OS4 come totalmente subappaltabili, disapplicando quindi la norma nazionale.

Nel merito del ricorso, i Giudici, dopo aver ricordato la normativa nazionale attualmente in vigore, procedono ad una ricognizione della giurisprudenza andatasi a formare dopo l'apertura della procedura di infrazione (2018/2273) avviata dalla Commissione UE nei confronti dell'Italia per le limitazioni previste al subappalto.

La giurisprudenza nazionale ha recepito i contenuti della succitata sentenza.

Secondo il Collegio giudicante, però, se è da un lato è vero che *“le norme nazionali contrastanti con le disposizioni europee devono essere disapplicate, in virtù del principio di primazia del diritto comunitario”* dall'altro tale principio non può, *“trovare applicazione al caso di specie, poiché lo stesso riguarda un appalto di importo inferiore alla soglia comunitaria”*.

E nemmeno può essere considerato come un appalto di interesse transfrontaliero, in quanto la stazione appaltante non *“ha speso alcuna motivazione a sostegno della sussistenza, con riferimento all'appalto bandito, di un interesse transfrontaliero”*.

Pertanto, secondo i Giudici, *“la norma comunitaria di cui la stazione appaltante ha disposto l'applicazione in luogo di quella interna (ad oggi non abrogata) non può tuttavia [trovare] applicazione alla procedura di gara, poiché la prevalenza della prima sulla seconda ne presuppone l'applicabilità alla fattispecie concreta realizzandosi, in caso contrario, una violazione della legge nazionale vigente”*.

Di seguito la sentenza in commento.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 365 del 2021, integrato da motivi aggiunti, proposto da R.C. S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Antonio Parisi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Agenzia Nazionale per l'Attrazione degli I.S.D. S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Trisorio Liuzzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

A.T.E., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Paola Pellegrino ed elettivamente domiciliata in Roma, via Fulcieri Paulucci de Calboli n. 20/E;

nei confronti

C. S.r.l., non costituita in giudizio;

per l'annullamento, previa concessione di misure cautelari

per quanto riguarda il ricorso introduttivo

a) del provvedimento di aggiudicazione, emanato dal R.F.I. S.p.A., pubblicato il 15.12.2020, con cui è stato disposto l'affidamento in favore della C. S.r.l. dell'appalto dei lavori di installazione di n. 12 impianti ascensoristici nei 6 edifici di proprietà dell'A. del Comune di Roma in via Venafro (quartiere Tiburtino) - lotto 17 (CIG: (...) CUP: (...)), con un ribasso percentuale del 30,563 %;

b) del successivo provvedimento, sempre del 15.12.2020, con cui è stata dichiarata l'efficacia dell'aggiudicazione all'esito della verifica del possesso dei requisiti ex *art. 32 del D.Lgs. n. 50 del 2016*;

c) della proposta di aggiudicazione formulata dal RUP in data 14.12.2020 sulla scorta della graduatoria delle offerte economiche pervenuti all'esito della determinazione della soglia di anomalia;

d) in parte qua, dei verbali delle operazioni di gara n. 1, 2, 3, 4 e 5 relativamente all'ammissione alla procedura ad evidenza pubblica della C. s.r.l.

e) in parte qua del Disciplinare di gara telematica - cui rinvia il Bando pubblicato il 20.10.2020 per formarne parte integrante e sostanziale, pure gravato per quanto possa occorrere - con specifico riguardo all'art. 18, nella parte in cui dovesse essere interpretato nel senso di ammettere il sub-appalto per tutti i lavori della categoria scorporabile OS4;

f) dei chiarimenti a firma del RUP n. 2 e 4 forniti dalla Centrale di Committenza in riscontro ad altrettante FAQ di operatore economici e pubblicati sulla piattaforma telematica relativa alla gara de qua;

g) di ogni altro atto agli stessi preordinato, presupposto, connesso e conseguente, parimenti lesivo, ancorché non conosciuto;

Nonchè

- per la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato nelle more della definizione del giudizio;

- per la reintegrazione in forma specifica da disporsi mediante l'obbligo, a carico della Stazione appaltante, di comminare la sanzione dell'esclusione dell'operatore economico controinteressato e statuire, di conseguenza, l'obbligo di disporre l'aggiudicazione dell'appalto in favore del R.T.I. ricorrente quale operatore economico che ha prodotto la migliore offerta, provvedendo, per l'effetto, alla sottoscrizione del relativo contratto, attesa la disponibilità della ricorrente a subentrare, ai sensi dell'*art. 121, comma 2, del D.Lgs. n. 104 del 2010*, espressamente dichiarata con la proposizione del presente atto;

- nella denegata ipotesi in cui l'ecc.mo Collegio non dovesse dichiarare l'inefficacia del contratto eventualmente stipulato, per la condanna in solido o in via parziaria, per quanto di ragione, della Centrale di committenza e/o della Stazione appaltante intimata al risarcimento per equivalente dei danni subiti, nella misura in cui verranno provati in corso di giudizio e, comunque, non inferiore all'utile di impresa, maggiorato dei pregiudizi patrimoniali per danno curricolare, oltre interessi e rivalutazione monetaria.

per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati il 12 gennaio 2021, per per l'annullamento, previa emanazione di idonee misure cautelari

- della FAQ di chiarimento n. 15 a firma del RUP con cui, confermando quanto ritenuto nella precedente nota di chiarimenti già gravata, in riscontro ad uno specifico quesito, si affermava, rinviando al disciplinare di gara impugnato, che "la categoria OS24 può essere subappaltata al 100%".

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Agenzia Nazionale per l'Attrazione degli I.S.D. S.p.A. e dell'A.T.E.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 3 febbraio 2021, tenutasi tramite collegamento da remoto ai sensi dell'*art. 25 del DL 28 ottobre 2020, n. 137 conv. dalla L. 18 dicembre 2020, n. 176*, la dott.ssa Emanuela Traina e uditi per le parti, con tale modalità, i difensori come specificato nel verbale;

Dato avviso alle stesse parti ai sensi dell'art. 60 c.p.a.;

Svolgimento del processo

1. La società ricorrente ha partecipato, in qualità di capogruppo di un costituendo raggruppamento di imprese, alla procedura aperta, finalizzata all'affidamento dei lavori di "installazione di n. 12 impianti ascensori da eseguirsi nei 6 edifici di proprietà dell'A. del comune di Roma siti in località tiburtino III - lotto 17 - Via Venafro- CIG: (...) CUP:(...)" indetta dalla Centrale di Committenza Agenzia Nazionale per l'Attrazione degli I.S.D. S.p.A. (d'ora innanzi, solo "I.") per conto dell'A.T.E. (anche solo "A.") in forza della Convenzione del 3 ottobre 2019 tra le stesse stipulata, da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso, per un importo a base d'asta di Euro 1.718.887,01 (Euro unmilionesettecentodiciottomilaottocottantasette/01), oltre IVA, così ripartito:

- Categoria OG1 - Prevalente, nella classifica III bis, Euro 1.239.367,71;

- Categoria OS4 - Scorporabile, nella classifica II, Euro 479.519,30.

1.1. All'esito delle operazioni di gara, determinata la soglia di anomalia pari a 30,73777 ed escluse le offerte ricomprese nelle c.d. ali di maggior o minor ribasso in misura del 10%, il RUP ha formulato proposta di aggiudicazione in favore della C. S.r.l., la quale ha offerto un importo pari a Euro 1.093.770,130, corrispondente ad un ribasso percentuale del 30,56300%, mentre il costituendo RTI partecipato dalla ricorrente si è collocato al secondo posto tra le offerte non anomale, con un ribasso percentuale offerto del 30,56 %, pari a quello offerto dalla società S. S.r.l.

1.2. Eseguite le verifiche previste dagli *artt. 80 e 83 del D.Lgs. n. 50 del 2016*, con atto prot. n. (...) del 15.12.2020 la procedura è stata definitivamente aggiudicata alla odierna controinteressata.

2. Avverso tale esito procedimentale, nonché nei confronti della presupposta *lex specialis* di gara, insorge la ricorrente, che, con il ricorso introduttivo ne lamenta l'illegittimità per "violazione e falsa applicazione dell'*art. 105, comma 5, del d.lgs. n. 50/2016* - violazione degli *artt. 1 ss. del D.M. n. 248/2016* - violazione del disciplinare di gara, con specifico riferimento agli *artt. 7 e 12.2* - violazione della *par condicio competitorum* - violazione dell'*art. 97 della costituzione* - violazione degli *artt. 1 e 3 della l. n. 241/1990* - eccesso di potere - difetto di istruttoria - irragionevolezza - ingiustizia manifesta e palese - carenza di istruttoria - illogicità - altri profili".

2.1. Deduce, in particolare, che la controinteressata, la quale ha partecipato alla gara come operatore economico singolo, avvalendosi dell'attestazione SOA di un'impresa ausiliaria, per raggiungere i requisiti di qualificazione (Classifica IV) nella categoria prevalente OG1, ha dichiarato di voler subappaltare tutti i lavori della categoria OS4 per i quali non è qualificata, in applicazione della clausola del disciplinare di gara (art. 18) che consente la possibilità di affidare in subappalto la totalità delle prestazioni contrattuali afferenti a tale categoria scorporabile. Tale clausola, così come gli atti che della stessa hanno fatto applicazione, sarebbero tuttavia illegittimi in quanto, sebbene la giurisprudenza della Corte di Giustizia abbia rilevato il contrasto con il diritto comunitario delle disposizioni nazionali che prevedono limiti generali al subappalto, dovrebbe ritenersi ancora vigente la previsione dell'*art. 105 comma 5 del D.Lgs. n. 50 del 2016* che vieta di subappaltare in misura superiore al 30 % le opere super-specialistiche (SIOS), tra cui rientra la OS4.

3. Con motivi aggiunti notificati e depositati il 12 gennaio 2021 l'impugnazione è stata estesa alla FAQ di chiarimento n. 15, a firma del RUP I., con cui, confermando quanto ritenuto nella precedente nota di chiarimenti già gravata, in riscontro ad uno specifico quesito, si affermava, rinviando al disciplinare di gara impugnato, che "la categoria OS24 può essere subappaltata al 100%", in relazione ai medesimi profili di illegittimità dedotti con il ricorso introduttivo.

4. Parte ricorrente ha, dunque, formulato le domande riassunte in epigrafe.

5. Si è costituita in giudizio l'A. la quale ha eccepito la propria carenza di legittimazione passiva, essendo stata la procedura di gara impugnata espletata dalla Centrale di C.I. S.p.A., ed ha comunque chiesto la reiezione del ricorso e della connessa istanza cautelare, affermandone l'infondatezza.

6. Si è parimenti costituita I., la quale ha eccepito l'inammissibilità del ricorso in ragione della mancata evocazione in giudizio della S. S.r.l., classificatasi a pari merito nella graduatoria risultante all'esito delle operazioni di gara, e la sua infondatezza nel merito, dovendosi procedere alla disapplicazione di ogni disposizione normativa limitativa del subappalto - ivi compreso, dunque l'*art. 105 comma 5 del D.Lgs. n. 50 del 2016* - in quanto giudicata dalla Corte di Giustizia contrastante con la normativa comunitaria, ed essendo rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante la previsione di eventuali deroghe a tale principio generale.

7. Non si è, invece, costituita in giudizio la controinteressata C. S.r.l., nonostante la ritualità della notificazione alla stessa effettuata.

8. Alla camera di consiglio del 3 febbraio 2021, tenutasi con le modalità indicate, previo avviso ai sensi dell'*art. 60 c.p.a.*, la causa è stata trattenuta in decisione.

9. Devono essere preliminarmente respinte tutte le eccezioni in rito sollevate dalle parti.

9.1. Con riferimento alla mancata evocazione in giudizio della S. S.r.l., rileva il Collegio che quest'ultima non può essere considerata quale controinteressata, tale dovendosi intendere, per costante affermazione della giurisprudenza (ex multis, da ultimo, Cons. di Stato, sez. V, 9 novembre 2020, n.6855) il soggetto, individuato testualmente dall'atto e quello facilmente individuabile in ragione delle indicazioni contenute nell'atto impugnato, al quale quest'ultimo attribuisce una posizione di vantaggio e che sia, pertanto, interessato alla relativa conservazione; nel caso di specie il disciplinare di gara prevede, all'*art. 24*, che in caso presentazione di offerte uguali il RUP debba invitare gli offerenti alla presentazione di una offerta migliorativa e, in caso di mancata presentazione di quest'ultima, al sorteggio, così che tale società non può ritenersi controinteressata ma, se mai, cointeressata, potendo ottenere dall'annullamento degli atti impugnati una eventuale chance di ottenere l'aggiudicazione.

9.1.1. In ogni caso l'*art. 41 comma II c.p.a.* impone la notificazione del ricorso ad "almeno uno dei controinteressati" così che, anche qualora la S. S.r.l. dovesse ritenersi tale, dovrebbe, se mai, essere disposta l'integrazione del contraddittorio.

9.2. Deve essere respinta anche l'eccezione di carenza di legittimazione passiva formulata dall'A.; se è vero, infatti, che i provvedimenti impugnati sono stati emanati da I. quale Centrale

di Committenza, così che la stessa deve certamente ritenersi parte necessaria del giudizio ai sensi del citato art. 41 c.p.a., ciò non comporta che l'Ente per conto del quale la procedura di affidamento è stata svolta debba ritenersi del tutto estraneo al processo avente ad oggetto l'aggiudicazione, dovendo lo stesso stipulare il contratto con l'aggiudicatario. Proprio l'effetto ostativo alla stipula derivante dalla proposizione dell'istanza cautelare (c.d. "stand still") previsto dall'*art. 32 comma 9 del D.Lgs. n. 50 del 2016* comporta, infatti, ad avviso della Sezione, che l'A. non possa ritenersi estranea al presente giudizio.

10. Nel merito il ricorso e i motivi aggiunti sono fondati, nei termini di seguito esposti.

10.1. L'*art. 105 del D.Lgs. n. 50 del 2016* prevede:

- al comma 2: "... Fatto salvo quanto previsto dal comma 5, l'eventuale subappalto non può superare la quota del 30 per cento dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture;

- al comma 5: "Per le opere di cui all'articolo 89, comma 11, e fermi restando i limiti previsti dal medesimo comma, l'eventuale subappalto non può superare il trenta per cento dell'importo delle opere e non può essere, senza ragioni obiettive, suddiviso".

10.2. L'*art. 89 comma 11 dello stesso decreto, richiamato dall'art. 105 comma 5*, ha ad oggetto le "opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali. E' considerato rilevante, ai fini della sussistenza dei presupposti di cui al primo periodo, che il valore dell'opera superi il dieci per cento dell'importo totale dei lavori".

10.3. L'*art. 2 lett d) del DM 10 novembre 2016 n. 248* individua la categoria "OS4 - Impianti elettromeccanici trasportatori" tra quelle oggetto della disciplina dei citati art. 89 comma 11 e 105 comma 5 *D.Lgs. n. 50 del 2016*.

10.4. L'*art. 105 commi 2 e 5 del Codice dei Contratti* è stato, in primo luogo, oggetto della procedura di infrazione 2018/2273, avviata dalla Commissione Europea nei confronti dell'Italia con atto di costituzione in mora del 24 gennaio 2019; quest'ultimo, al punto 1.3, ha evidenziato il contrasto delle citate disposizioni con le direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE ("la Commissione conclude che l'articolo 105, comma 2, terza frase, e l'*articolo 105, comma 5, del D.Lgs. n. 50 del 2016* violano l'articolo 63, paragrafo 1, secondo comma, l'articolo 63, paragrafo 2, e l'*articolo 71 della direttiva 2014/24/UE*").

10.5. Prima della definizione di tale procedura, peraltro, la Corte di Giustizia, sez. V, con la sentenza del 26 settembre 2019 nella causa C-63/18, avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta ai sensi dell'articolo 267 TFUE dal TAR per la Lombardia con ordinanza del 13 dicembre 2017 (inerente un appalto di lavori) ha affermato che:

- (40) "la normativa nazionale di cui al procedimento principale vieta in modo generale e astratto il ricorso al subappalto che superi una percentuale fissa dell'appalto pubblico in parola, cosicché tale divieto si applica indipendentemente dal settore economico interessato dall'appalto di cui trattasi, dalla natura dei lavori o dall'identità dei subappaltatori. Inoltre, un

siffatto divieto generale non lascia alcuno spazio a una valutazione caso per caso da parte dell'ente aggiudicatore";

- (45) "... occorre rispondere alla questione pregiudiziale dichiarando che la direttiva 2014/24 dev'essere interpretata nel senso che osta a una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che limita al 30% la parte dell'appalto che l'offerente è autorizzato a subappaltare a terzi."

10.5.1. La sentenza in argomento, come risulta dal 22, ha valutato la questione di compatibilità dell'*art. 105 D.Lgs. n. 50 del 2016* con il diritto dell'Unione esclusivamente in relazione alla direttiva 2014/24 - nonostante il TAR Lombardia, nell'ordinanza ex art. 267 TFUE, avesse sollevato la questione anche con riferimento alla ipotizzata violazione delle disposizioni generali di cui agli art. 49 e 56 TFUE e del principio di proporzionalità - rilevando che "poiché il valore dell'appalto di cui al procedimento principale, al netto dell'IVA, è superiore alla soglia di EUR 5 225 000 prevista all'articolo 4, lettera a), della direttiva 2014/24, è con riferimento a quest'ultima che occorre rispondere alla presente domanda di pronuncia pregiudiziale".

10.6. La Corte UE si è, inoltre, espressa in termini analoghi con la successiva sentenza della sez. V 27 novembre 2019, nella causa C-402/18, con riferimento ad un appalto pubblico di servizi bandito nel vigore della previgente direttiva 2004/18, affermando la contrarietà all'art. 25 di quest'ultima dell'*art. 118, commi 2 e 4, del D.Lgs. n. 163 del 2006* (abrogato dal *D.Lgs. n. 50 del 2016*).

10.7. La giurisprudenza interna ha recepito le indicazioni della Corte comunitaria affermando che:

- la norma del codice dei contratti pubblici che pone limiti al subappalto deve essere disapplicata in quanto incompatibile con l'ordinamento Euro-unitario, come affermato dalla Corte di Giustizia (Corte di Giustizia U.E., Sezione Quinta, 26 settembre 2019, C-63/18; Id., 27 novembre 2019, C-402/18; in termini Cons. St., V, 16 gennaio 2020, n. 389, che ha puntualmente rilevato come "i limiti ad esso relativi (30% per cento "dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture", secondo la formulazione del comma 2 della disposizione richiamata applicabile *ratione temporis*, ... deve ritenersi superato per effetto delle sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea)"(Cons. di Stato, sez. V, 17 dicembre 2020 n. 8101);

- è considerata contraria al diritto comunitario la previsione di un limite generale all'utilizzo di questo istituto che prescindendo dal settore economico interessato, dalla natura delle prestazioni e dall'identità dei subappaltatori. L'affermazione di tale principio però non esclude che in casi specifici, con riferimento a determinate tipologie di appalto come quelle riguardanti le opere superspecialistiche, non possa essere giustificato un limite percentuale all'esperibilità del subappalto in relazione alla natura particolare delle prestazioni da svolgere, come prevede l'art. 63, paragrafo 2, della direttiva UE n. 2014/24. Quest'ultimo stabilisce infatti che (anche) nel caso di appalti di lavori le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere che alcuni compiti essenziali siano direttamente svolti dall'offerente. (TAR Toscana, 9 luglio 2020 n. 898).

10.8. Dal riferito quadro giurisprudenziale deve inferirsi l'illegittimità, per contrasto con l'art. 71 della direttiva 2014/24, delle sopra riportate disposizioni dell'*art. 105 del D.Lgs. n. 50 del*

2016 e, in generale, delle ulteriori norme nazionali che prevedano dei limiti generalizzati al subappalto delle prestazioni contrattuali, fermo restando il potere della stazione appaltante di valutare e adeguatamente motivare, in relazione alla specificità del caso, la previsione di eventuali limiti proporzionati allo specifico obiettivo da raggiungere.

10.9. Come noto, le norme nazionali contrastanti con le disposizioni europee devono essere disapplicate, in virtù del principio di primazia del diritto comunitario.

10.10. I riferiti principi non possono, tuttavia, trovare applicazione al caso di specie, poiché lo stesso riguarda un appalto di importo (Euro 1.718.887,01) inferiore alla soglia comunitaria (fissata, per gli appalti di lavori, in Euro 5.225.000, ai sensi di quanto disposto, da ultimo, dai regolamenti n. 1828/2019 e 1827/2019 che modificano, rispettivamente, la *direttiva 2014/24/UE* e la *direttiva 2014/23/UE*, a decorrere dal 20 novembre 2019 e con effetto dal 1 gennaio 2020). Tale questione è stata sottoposta dal Collegio al contraddittorio delle parti presenti all'udienza del 3 febbraio 2021.

10.11. Le norme della direttiva 2014/24 - rispetto alle quali la Corte UE ha affermato il contrasto dell'*art. 105 D.Lgs. n. 50 del 2016* - trovano infatti applicazione, come stabilito dall'*art. 4* della stessa, esclusivamente agli appalti che abbiano un importo, al netto dell'imposta sul valore aggiunto (IVA), pari o superiore alle soglie dallo stesso individuate, come periodicamente revisionate ai sensi dell'*art. 6* della stessa direttiva.

10.12. Nel caso di specie I. ha invece disposto (*art. 18 comma II del disciplinare*) che "Ai sensi ed in conformità dell'*articolo 71 della Direttiva 2014/24/UE* del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici e che abroga la *direttiva 2004/18/CE*, non vi sono limitazioni al subappalto delle prestazioni oggetto del presente intervento".

10.13. La norma comunitaria di cui la stazione appaltante ha disposto l'applicazione in luogo di quella interna (ad oggi non abrogata) non può tuttavia applicazione alla procedura di gara, poiché la prevalenza della prima sulla seconda ne presuppone l'applicabilità alla fattispecie concreta realizzandosi, in caso contrario, una violazione della legge nazionale vigente.

10.14. La stessa Corte di Giustizia ha peraltro precisato (sez. V, 5 aprile 2017, C-298/15 ("Borta")) che, con riferimento all'aggiudicazione di un appalto che, in considerazione del suo valore, non rientra nell'ambito di applicazione delle direttive, la valutazione della compatibilità del diritto interno con quello comunitario può essere condotta con riferimento alle norme fondamentali ed ai principi generali del TFUE "in particolare, degli articoli 49 e 56 dello stesso e dei principi di parità di trattamento e di non discriminazione nonché dell'obbligo di trasparenza che ne derivano, purché l'appalto di cui trattasi presenti un interesse transfrontaliero certo. Infatti, sebbene non siano disciplinati dalla direttiva 2004/17, siffatti appalti restano soggetti al rispetto di tali regole e di detti principi (v., in tal senso, sentenze del 23 dicembre 2009, Serrantoni e Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, punti da 22 a 24; del 18 dicembre 2014, Generali-Providencia Biztosító, C-470/13, EU:C:2014:2469, punto 27, e del 6 ottobre 2016, T.C., C-318/15, EU:C:2016:747, punto 19)".

10.15. Nel caso di specie, tuttavia, I. non solo ha espressamente disposto la diretta applicazione della direttiva 2014/24, in luogo della norma nazionale, ad una procedura di gara sotto soglia ma neppure ha speso alcuna motivazione a sostegno della sussistenza, con riferimento

all'appalto bandito, di un interesse transfrontaliero, così che, sotto tale dirimente profilo deve essere ritenuta fondata la censura di violazione dell'*art. 105 comma 5 D.Lgs. n. 50 del 2016*, alla quale consegue l'accoglimento del ricorso, con riferimento alla domanda caducatoria, e così l'annullamento dei provvedimenti impugnati.

10.16. Non possono essere, invece, accolte le ulteriori domande spiegate da parte ricorrente (declaratoria di inefficacia del contratto e reintegrazione in forma specifica), sia perché il contratto non risulta stipulato, sia in quanto dal disposto annullamento discende per l'amministrazione l'obbligo non già di aggiudicare immediatamente al costituendo RTI di cui la ricorrente è mandataria, bensì di eseguire la procedura di cui all'*art. 24 del disciplinare di gara* in caso di presentazione di offerte uguali.

11. Le spese seguono la soccombenza nei confronti di I. S.p.a., e sono liquidate in dispositivo, mentre sussistono giustificati motivi per disporre la compensazione delle stesse nei confronti dell'A., non avendo la stessa partecipato all'emanazione dei provvedimenti risultati illegittimi.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Ter), definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li accoglie nei termini di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati.

Condanna l'Agenzia Nazionale per l'Attrazione degli I.S.D. S.p.A. al pagamento, in favore della ricorrente, delle spese del giudizio, che liquida nella somma di Euro 2.500,00 (duemilacinquecento/00), oltre accessori di legge ed oltre al rimborso del contributo unificato, se versato.

Spese compensate nei confronti dell'A.T.E..

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 3 febbraio 2021 con l'intervento dei magistrati:

Giampiero Lo Presti, Presidente

Luca De Gennaro, Consigliere

Emanuela Traina, Referendario, Estensore

TAR TOSCANA, SEZ. II, SENTENZA N. 217 DEL 10 FEBBRAIO 2021.
SULL'AMMISSIBILITA' DELLA SOSTITUZIONE IN CORSA DELL'IMPRESA CHE PERDE I REQUISITI.

La pronuncia in commento ha chiarito che la giurisprudenza non è univoca sull'interpretazione dei commi 18 e 19 ter dell'art. 48, d.lgs. n. 50 del 2016, ovvero sulla possibilità di modificare la composizione soggettiva del consorzio partecipante, in corso di gara, ove sia sopraggiunta la perdita, da parte di un mandante, di alcuno dei requisiti morali e professionali di cui all'art. 80 del codice dei contratti.

I giudici si sono pronunciati affermando che ai sensi dei commi 18 e 19 ter dell'art. 48 del d.lgs. n. 50 del 2016, è possibile modificare la composizione soggettiva del consorzio partecipante, in corso di gara, ove sia sopraggiunta la perdita, da parte di un mandante, di alcuno dei requisiti morali e professionali di cui all'art. 80 del codice dei contratti, al fine di evitare che un intero raggruppamento sia escluso dalla gara a causa di eventi sopraggiunti comportanti la perdita dei requisiti di ordine generale da parte di un'impresa componente.

Di seguito la sentenza in commento.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana
(Sezione Seconda)
ha pronunciato la presente
SENTENZA
ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 1323 del 2020, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Consorzio S.M. S.C.P.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Andrea Abbamonte, Arturo Cancrini, Gianluigi Pellegrino, Mariano Maggi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

A.L. S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Arrigo Varlaro Sinisi, Giulia Mecozzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Varlaro Sinisi in Roma, via Sebino n. 29;

nei confronti

C.M. Società C.M., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Marco Annoni, Giuseppe Morbidelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

I. S.p.A. non costituita in giudizio;

per l'annullamento

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- del Prov. n. DACP/SCP/AAS/ASR del 27 novembre 2020 con cui A.L. S.p.A. (A.), con riferimento alla ricorrente ATI M., prima graduata in quanto miglior offerente nella procedura ristretta *ex art. 61 D.Lgs. n. 50 del 2016* e s.m.i. avente ad oggetto l'affidamento dei lavori di ampliamento alla terza corsia tratto Firenze Sud - Incisa, Lotto 2B+1S, da progressiva km 306+986 a km 318+511. Codice Appalto n. 0954/A01 - CIG (...), pur conclusa positivamente la verifica di congruità, ha posto nel nulla l'aggiudicazione provvisoria determinando l'esclusione per assunta inaffidabilità del mandante al 10% Consorzio V.;

- di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale, ancorché non conosciuto, tra cui l'eventuale aggiudicazione al concorrente che segue in graduatoria, e per quanto occorra della nota di A.L. S.p.A. del 7 dicembre 2020;

nonché la declaratoria di nullità, invalidità e inefficacia del contratto eventualmente stipulato e per il conseguimento dell'aggiudicazione in capo alla ricorrente con suo subentro.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati il 31 dicembre 2020 :

- del provvedimento prot. (...) del 7 dicembre 2020, mai comunicato, con cui A.L. S.p.A. (A.), escluso con precedente provvedimento la prima graduata ATI M., ha ritenuto di aggiudicare al RTI con mandataria C.M. Soc. coop. e mandante I. S.p.A., risultato secondo nella graduatoria di gara;

nonché la declaratoria di nullità, invalidità e inefficacia del contratto eventualmente stipulato e il conseguimento dell'aggiudicazione in capo al RTI capeggiato dalla ricorrente con suo subentro;

Per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da C.M. SOCIETÀ C.M. il 25 gennaio 2021:

(a) del provvedimento con cui il Responsabile del Procedimento della gara per l'affidamento dei lavori di ampliamento alla terza corsia tratto Firenze Sud - Incisa, Lotto 2B+1S, da progressiva km 306+986 a km 318+511. Codice Appalto n. 0954/A01 - CIG (...), ha ritenuto congruo il prezzo complessivo offerto dal costituendo raggruppamento composto dal Consorzio S.M. S.c.p.A. (mandataria), dal Consorzio S.S. S.c.a.r.l. e V. S.c.a.r.l. Consorzio S. (mandanti);

(b) del verbale n. 12 del 12 novembre 2020 della Commissione di Gara nominata dal Ministro delle infrastrutture e dei trasporti che, preso atto del provvedimento del Responsabile del Procedimento, ha stabilito la graduatoria finale della gara sub (a) e proposto l'aggiudicazione della stessa al costituendo raggruppamento temporaneo composto dal Consorzio S.M. S.c.p.A. (mandataria), dal Consorzio S.S. S.c.a.r.l. e V. S.c.a.r.l. Consorzio S. (mandanti);

(c) di ogni atto a questi annesso, connesso, presupposto e consequenziale.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di A.L. S.p.A. e della C.M. Società C.M.;

Visto il ricorso incidentale proposto dalla C.M. Società C.M.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'*art. 25 del D.L. 28 ottobre 2020, n. 137*;

Relatore nell'udienza in camera di consiglio del giorno 3 febbraio 2021, celebrata con collegamento da remoto in videoconferenza, il dott. Nicola Fenicia e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'*art. 60 cod. proc. amm.*;

Svolgimento del processo - Motivi della decisione

1. Il ricorrente, Consorzio S.M., in qualità di mandataria di costituenda ATI con mandanti Consorzio S.S. S.c.a.r.l. e V.C.S., ha partecipato alla procedura ristretta, di cui al bando pubblicato sulla GURI del 16 aprile 2018, indetta da A.L. S.p.A., per l'affidamento dei lavori di ampliamento alla terza corsia tratto Firenze Sud - Incisa, Lotto 2B+1S, da progressiva km 306+986 a km 318+511, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per un valore a base gara pari ad Euro 317.356.622,78.

In esito alle operazioni di gara (22 novembre 2019), il raggruppamento guidato dalla ricorrente risultava primo in graduatoria con 99,91 punti su 100, in ragione della migliore offerta sia dal punto di vista tecnico, che economico.

Nelle more dell'espletamento del subprocedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria, rispetto ad altre commesse e poi ad altre gare, sono venuti ad incrinarsi i rapporti tra il mandante Consorzio V. (mandante al 10%) e la stazione appaltante, portando a contrapposte iniziative volte tra l'altro allo scioglimento dei rapporti in essere con reciproci addebiti di inadempimento.

In tale situazione, il mandante V. ha comunicato a M. il suo volontario intendimento di recedere dalla compagine stessa ai sensi del comma 19 dell'art. 48 del codice contratti, e M., con nota del 27 aprile 2020, ha sottoposto tale istanza ad A., prospettando la possibile rimodulazione in riduzione del raggruppamento, trattandosi di riassegnare tra i membri restanti una quota limitata al solo 10%. Tale richiesta è rimasta però priva di riscontro.

Conclusa positivamente la verifica di congruità, la Commissione di gara, alla seduta pubblica del 12 novembre 2020, ha proposto l'aggiudicazione dell'appalto alla costituenda ATI capeggiata dal Consorzio S.M. e ha disposto la trasmissione del relativo verbale ad A., "per i successivi adempimenti di competenza".

A questo punto, il RUP ha effettuato le verifiche di rito in capo all'ATI aggiudicataria, al fine di accertare il possesso dei requisiti di partecipazione dichiarati in sede di gara; quindi - dopo aver constatato la presenza, in capo alla mandante Consorzio V., delle cause di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) e c-ter) del Codice, in virtù di plurimi provvedimenti di esclusione e revoca dell'aggiudicazione adottati da A. in precedenza e in altre gare - ha disposto l'esclusione dalla gara dell'ATI capeggiata dal Consorzio S.M., con *Prov. in data 27 novembre 2020*.

Con tale provvedimento, il RUP ha fra l'altro evidenziato l'insussistenza dei "presupposti per accogliere la richiesta di modifica soggettiva del costituendo RTI M. ai sensi dell'art. 48, commi 19 e 19 ter del Codice, in quanto finalizzata ad eludere la mancanza di un requisito della gara".

Avverso tale provvedimento il Consorzio ricorrente ha proposto l'odierna impugnativa chiedendone l'annullamento, previa sospensiva, con declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato.

Nel contempo, la medesima A., con *Prov. del 7 dicembre 2020*, ha comunicato, ai sensi e per gli effetti dell'art. 76, comma 5, del D.Lgs. n. 50 del 2016, l'aggiudicazione della gara, ex art. 32, comma 5, del Codice, alla costituenda ATI C.M. - Società C.M., seconda in graduatoria, sia pure sospensivamente condizionata al positivo espletamento delle verifiche concernenti i

requisiti di ordine generale e speciale dichiarati dalla predetta ATI in sede di partecipazione alla gara.

Con motivi aggiunti depositati il 31 dicembre 2020, l'ATI Consorzio S.M. ha impugnato - per illegittimità derivata - anche siffatto provvedimento di aggiudicazione, chiedendone l'annullamento, sempre previa sospensione.

Con il principale motivo di gravame il ricorrente lamenta che l'esclusione dell'intero raggruppamento sia stata disposta senza contraddittorio e senza consentire allo stesso, mediante attivazione del meccanismo previsto dall'art. 48, co. 18 e 19-ter, *D.Lgs. n. 50 del 2016*, di rimanere in gara previa estromissione della sola mandante V., che del resto aveva già in precedenza manifestato la volontà di fuoriuscire dal raggruppamento.

Si sono costituite in giudizio A.L. e la C.M. Soc. Coop. contestando in fatto e in diritto quanto sostenuto dalla ricorrente e sostenendo che la possibilità di rimodulare l'assetto del raggruppamento ai sensi delle norme citate, in caso di perdita dei requisiti morali di cui all'art. 80 da parte di una mandante, si applica esclusivamente all'ipotesi della sopravvenuta perdita dei requisiti in corso di esecuzione del contratto e non alla diversa ipotesi - che ricorre nella fattispecie - della perdita dei requisiti nel corso della procedura di gara.

Con ricorso incidentale depositato il 25 gennaio 2021, la C.M. - Società C.M., ha impugnato il Provv. del 7 ottobre 2020 con cui il RUP ha ritenuto congrua l'offerta di M..

All'udienza in camera di consiglio del 3 febbraio 2021, celebrata con collegamento da remoto in videoconferenza, la causa è stata trattenuta in decisione all'esito della discussione dei difensori delle parti, che sono state avvisate della possibilità di decisione della causa con sentenza in forma semplificata.

2. La questione cruciale del presente giudizio verte sull'interpretazione dei commi 18 e 19 ter dell'*art. 48 del D.Lgs. n. 50 del 2016*, ovvero sulla possibilità di modificare la composizione soggettiva del consorzio partecipante, in corso di gara, ove sia sopraggiunta la perdita, da parte di un mandante, di alcuno dei requisiti morali e professionali di cui all'art. 80 del codice dei contratti.

Il problema interpretativo nasce dal fatto che, mentre da una piana lettura dei commi 18 e 19 ter dell'art. 48 risulta pacifico che le modifiche soggettive motivate dalla sopravvenienza di procedure fallimentari o interdittiva antimafia a carico di una delle società mandanti, siano consentite anche in corso di gara, quanto alla perdita di altri requisiti generali, il comma 18 prevede un inciso, aggiunto dall'*art. 32 del D.Lgs. n. 56 del 2017*, del seguente tenore: "...ovvero in caso di perdita, in corso di esecuzione, dei requisiti di cui all'articolo 80", che, secondo la tesi delle parti resistente e controinteressata esprimerebbe l'intenzione del legislatore del correttivo (d. lgs. n. 56/2017) - nell'introdurre nell'art. 48 del Codice dei contratti pubblici il comma 19-ter secondo cui: "Le previsioni di cui ai commi 17, 18 e 19 trovano applicazione anche laddove le modifiche soggettive ivi contemplate si verificano in fase di gara." - di limitare al contempo, la possibilità di modificare la composizione del raggruppamento per sopravvenuta perdita dei requisiti di cui all'art. 80, alla sola fase di esecuzione dei lavori.

Tale tesi non è del tutto convincente per il Collegio.

Ed invero appare maggiormente aderente al testo delle norme in questione l'interpretazione fornita dalla difesa della ricorrente, che ha correttamente evidenziato come tutti e tre i commi 17, 18 e 19 si riferiscono alla fase esecutiva del rapporto, di talchè l'estensione alla fase di gara

delle modifiche soggettive esplicitamente voluta con il comma 19-ter, si riferisce senza distinzione alcuna al complesso di tale disciplina recata dai tre commi.

Ed infatti, già l'intero comma 18 si riferisce espressamente e per ciascun profilo alla fase esecutiva, come emerge espressamente anche a livello testuale dalla previsione che il mandatario, ove non indichi altra impresa al posto della mandante estromessa, "è tenuto alla esecuzione direttamente o a mezzo degli altri mandanti, purché questi abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire". Analogo discorso vale per il comma 17, riguardante le modifica della mandataria, laddove si prevede espressamente che "la stazione appaltante può proseguire il rapporto di appalto con altro operatore economico che sia costituito mandatario nei modi previsti dal presente Codice purché abbia i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire; non sussistendo tali condizioni la stazione appaltante deve recedere dal contratto". Dunque l'inciso aggiunto dal correttivo "...ovvero in caso di perdita, in corso di esecuzione, dei requisiti di cui all'articolo 80" si inserisce in modo del tutto coerente ed omogeneo in tale contesto regolatorio afferente i mutamenti intervenuti in corso di esecuzione. In particolare, la locuzione "in corso di esecuzione", di cui all'inciso aggiunto, è neutra o al più superflua dato il contesto in cui è inserita. Mentre, il comma 19-ter estende la richiamata disciplina delle modifiche soggettive anche alla fase di gara, senza però operare alcuna differenziazione all'interno delle ipotesi dei commi 17, 18 e 19.

Alle medesime conclusioni porta l'interpretazione basata sulla considerazione della ratio della suddetta novella legislativa, che è quella di apportare una deroga al principio dell'immodificabilità alla composizione dei raggruppamenti, al fine di evitare che un intero raggruppamento sia escluso dalla gara a causa di eventi sopraggiunti comportanti la perdita dei requisiti di ordine generale da parte di un'impresa componente. Dunque, l'obiettivo del legislatore è quello di garantire la partecipazione degli operatori "sani" costituiti in raggruppamento, evitando che la patologia di un operatore travolga ingiustamente anche gli altri, salvaguardando al contempo l'interesse pubblico della stazione appaltante a non perdere offerte utili.

Alla stregua di tale ratio legis non v'è ragione di operare distinzioni fra le varie sopraggiunte cause di esclusione.

E ciò fermo restando che la modifica soggettiva non può avere finalità elusive della mancanza di un requisito di partecipazione alla gara, essendo chiaro che non si configura tale ipotesi nei casi di sopravvenuta carenza dei detti requisiti, dovendosi distinguere fra "mancanza" originaria e "perdita" sopravvenuta di un requisito già sussistente alla data della domanda di partecipazione.

In questo senso deve essere letto anche il comma 19 che riguarda il recesso di una delle imprese raggruppate, laddove si stabilisce che tale modifica soggettiva "non è ammessa se finalizzata ad eludere la mancanza di un requisito di partecipazione alla gara".

Se poi si tiene conto che nella fattispecie in esame la modifica richiesta opererebbe "in riduzione", con l'esecuzione tramite le altre consorziate dell'appalto, appare evidente che il "favor participationis" accordato al Consorzio ricorrente non entrerebbe in collisione con il principio della par condicio fra tutti i concorrenti.

Ma la conferma dell'illegittimità dell'esclusione del Consorzio ricorrente e della necessità d'interpretare le norme in questione nel senso suddetto viene fornita dall'interpretazione logica e costituzionalmente orientata delle disposizioni in questione.

Infatti, tutte le fattispecie previste ai commi 17 e 18, ivi comprese l'attivazione di una procedura concorsuale ovvero l'irrogazione di un provvedimento antimafia a carico dell'impresa, si sostanziano nella perdita di requisiti di ordine generale, tutti ugualmente richiesti dal citato art. 80 ai fini della partecipazione in gara (rispettivamente dal co. 5, lett. b, e dal comma 2 di tale articolo). Così, ad esempio, non è ravvisabile alcuna ragione che possa giustificare la diversità di conseguenze sulla permanenza nella gara, tra l'ipotesi in cui una impresa del raggruppamento sia investita da una procedura fallimentare o venga raggiunta da una interdittiva antimafia magari per fatti gravissimi (casi in cui sarebbe pacificamente consentita la modificazione in corso di gara del raggruppamento) e quella in cui una mandante sia interessata dalla perdita di un altro requisito di carattere generale per la sopravvenienza di un DURC negativo o di un accertamento da parte della stazione appaltante del compimento di un grave illecito professionale civilistico, come nel caso di specie; una tale differenziazione sarebbe evidentemente contraria ai principi ragionevolezza, uguaglianza, proporzionalità e logicità, come ben messo in luce dalla difesa dalla parte ricorrente. Né pare possibile ricercare una giustificazione a tale distinzione, fra le ipotesi del fallimento o dell'interdittiva antimafia sopraggiunti in corso di gara da una parte, e tutti gli altri casi di sopravvenuta perdita dei requisiti morali dall'altra, in una supposta maggiore imputabilità soggettiva di quest'ultimi eventi rispetto ai primi (i quali invece sarebbero asseritamente indipendenti dalla volontà del soggetto partecipante alla gara), posto che, in materia di appalti, le cause di esclusione assumono rilievo a livello oggettivo a prescindere dall'atteggiamento psicologico del concorrente; tanto più che nel caso di specie sono imputati (in maniera legittima ma comunque senz'altro oggettiva) alla mandante Consorzio V. inadempimenti posti in essere da imprese esecutrici diverse da quelle indicate dal medesimo Consorzio nella presente gara. Inoltre, stando alla decisione della stazione appaltante, dal Consorzio V. (che intende volontariamente uscire dal raggruppamento) alle imprese facenti parte del Consorzio M. ricorrente vi dovrebbe essere un'ulteriore passaggio "sanzionatorio" del tutto svincolato da nessi d'imputabilità soggettiva. E' evidente, dunque, che non è possibile operare una categorizzazione delle cause di esclusione di cui all'art. 80 che tragga fondamento dalla loro maggiore o minore dipendenza dalla volontà del concorrente e ciò peraltro al fine di giustificare, nei casi di presunta imputabilità della sopravvenuta vicenda patologica ad una componente, l'ulteriore effetto del contagio della patologia a tutte le altre imprese del raggruppamento che perciò dovrebbero essere escluse.

Per tali ragioni il Collegio non ritiene di aderire all'orientamento espresso dalla quinta sezione del Consiglio di Stato con la recente sentenza del 28 gennaio 2021, n. 833, secondo cui, il comma 19 ter: "si limita ad autorizzare la sostituzione del mandante nei (soli) casi di "modifiche soggettive" (per le società: fallimento, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione controllata, amministrazione straordinaria, concordato preventivo ovvero procedura di insolvenza concorsuale o di liquidazione di uno dei mandanti; per gli imprenditori individuali: morte, interdizione, inabilitazione o fallimento), previste dal comma 18, e non, dunque, anche nell'ipotesi di "perdita dei requisiti di cui all'art. 80 D.Lgs. n. 50 del 2016" in corso di gara, che pure è prevista dal medesimo comma 18 come causa di sostituzione

della mandante ma nella (sola) fase esecutiva. Se ne trae ulteriore conferma dal fatto che proprio l'art. 18 è stato contestualmente modificato introducendo, bensì, anche la fattispecie (antecedentemente non prevista) di perdita dei requisiti soggettivi quale ragione di possibile modificazione del raggruppamento, ma espressamente limitando l'ipotesi alla fase esecutiva. Sarebbe, allora, del tutto illogico che l'estensione "alla fase di gara" di cui al comma 19 ter, introdotto dallo stesso 'decreto correttivo' vada a neutralizzare la specifica e coeva modifica del comma 18."

Infatti, da un lato, il comma 19 ter ("Le previsioni di cui ai commi 17, 18 e 19 trovano applicazione anche laddove le modifiche soggettive ivi contemplate si verificano in fase di gara."), come tutto l'art. 48, per "modifiche soggettive" intende la sostituzione o l'estromissione di un componente del raggruppamento e non le patologie sopravvenute che possono interessare una delle imprese raggruppate, dall'altro lato, l'argomento interpretativo teso a valorizzare la contestualità dell'introduzione di quest'ultimo comma insieme all'inciso di cui al comma 18 "ovvero in caso di perdita, in corso di esecuzione, dei requisiti di cui all'art. 80", non spiegherebbe comunque perché l'antinomia debba risolversi con la prevalenza di quest'ultimo precetto.

Più persuasiva appare allora la conclusione tratta dal Cons. Stato, III sez., 2 aprile 2020 n. 2245, secondo cui: "il comma 19 ter dell'art. 48, comma aggiunto dall'*articolo 32, comma 1, lettera h), del D.Lgs. 19 aprile 2017, n. 56*, estende espressamente la possibilità di modifica soggettiva per le ragioni indicate dai commi 17, 18 e 19, anche in corso di gara. A fronte del chiaro disposto del comma 19 ter, che rinvia alle disposizioni di cui ai commi 17, 18 e 19, non sono conducenti gli argomenti che l'appellante trae dalla Relazione illustrativa al correttivo al codice (pag. 20) e dall'Atto del Governo n. 397 (pagg. 86 e 87). Né è convincente l'argomentazione dell'appellante secondo cui nel rinvio ai citati commi, il comma 19 ter farebbe salva anche la locuzione "in corso di esecuzione", perché si tratterebbe di una contraddizione palese con il contenuto dispositivo innovativo del nuovo comma aggiunto dal Legislatore del correttivo, che lo priverebbe di significato".

Se si deve guardare all'intenzione del legislatore, appare quindi più logico ritenere che il d.lgs. correttivo abbia inteso concedere la possibilità di modifica soggettiva dei raggruppamenti, sia in fase di esecuzione, sia in fase di gara, in caso di vicende patologiche sopraggiunte che colpiscono un componente e che ne determinano la perdita di alcuno dei requisiti di ordine generale.

Anche a livello pratico e operativo un tale principio, ad avviso del Collegio, pare di più facile applicazione.

3. In conclusione, sulla base di una corretta interpretazione dei commi 18 e 19 ter dell'art. 48 del codice dei contratti, la rimodulazione della composizione del Consorzio ricorrente avrebbe dovuto essere consentita dalla stazione appaltante previa apertura di un dialogo procedimentale.

Per tale assorbente ragione, il ricorso principale e il ricorso per motivi aggiunti devono essere accolti - non essendo stata data la possibilità alle imprese raggruppate di evitare l'esclusione con la rimodulazione prevista dai commi 18 e 19 ter - con il conseguente annullamento dell'esclusione del Consorzio ricorrente e della successiva aggiudicazione in favore della controinteressata ATI C.M. - Società C.M..

4. Quanto al ricorso incidentale della controinteressata, che può essere esaminato senza priorità non essendo ad effetto "paralizzante" come correttamente osservato dalla ricorrente principale, esso deve essere respinto in quanto inammissibile e comunque infondato.

Infatti, tale ricorso consiste in generiche e parziali contestazioni basate sull'extrapolazione di alcune provvisorie conclusioni dalla relazione del RUP di valutazione dell'anomalia dell'offerta. Quando invece il RUP, dopo aver scrupolosamente e analiticamente analizzato la documentazione giustificativa, voce per voce, in circa centotrenta pagine di relazione, pur avendo effettivamente rilevato delle sottostime, ha cionondimeno concluso per la sostenibilità dell'offerta economica nel suo complesso, avendo evidenziato comunque la presenza di economie, nonché di un margine di utile complessivo atteso, entrambi aventi capienza sufficiente ad assorbire i maggiori costi rilevati.

A fronte del rigore metodologico, della puntualità e della completezza di analisi della suddetta relazione, le censure prospettate appaiono dunque generiche e afferenti al merito di valutazioni tecnico-discrezionali rimesse alla stazione appaltante e che al Collegio appaiono attendibili e ragionevoli.

E' poi infondata la doglianza secondo cui M., nell'evidenziare in sede di verifica alcune sovrastime, avrebbe proceduto ad una inammissibile modifica dell'offerta, essendo stato più volte chiarito in giurisprudenza che nell'ambito di una procedura ad evidenza pubblica il giudizio sull'anomalia dell'offerta presuppone una valutazione globale e sintetica sulla complessiva affidabilità della stessa con la conseguenza che sono consentite compensazioni tra sottostime e sovrastime di talune voci dell'offerta economica, senza che ciò determini una modifica del *punctum individuationis* dell'offerta. (Cons. Stato, Sez. V, 20 ottobre 2020, n. 6334; Sez. V, 16 gennaio 2015, n. 84).

5. Per tali ragioni il ricorso incidentale deve essere respinto.

6. Le spese di lite possono essere compensate fra le parti in ragione del contrasto giurisprudenziale in atto sulla questione principale oggetto di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li accoglie e, per l'effetto:

Annulla gli atti impugnati con il ricorso principale e i motivi aggiunti;

Respinge il ricorso incidentale;

Compensa integralmente le spese di lite fra le parti.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 3 febbraio 2021, tenutasi mediante collegamento da remoto in video conferenza secondo quanto disposto dall'*articolo 25, comma 2, del D.L. 28 ottobre 2020, n. 137*, con l'intervento dei magistrati:

Rosaria Trizzino, Presidente

Riccardo Giani, Consigliere

Nicola Fenicia, Consigliere, Estensore

CASSAZIONE CIVILE, SEZ. VI, SENTENZA N. 3974 DEL 16 FEBBRAIO 2021.
SI PAGA L'IMU SUGLI ALLOGI IN USO AI MILITARI.

La pronuncia in commento trae origine dal ricorso proposto dal Ministero della Difesa avverso la sentenza della Commissione Tributaria Regionale di Napoli per aver dichiarato legittimo l'avviso di accertamento notificatogli dalla concessionaria e relativo all'imposta comunale per immobili siti nello stabilimento Militare Spoleto.

Più precisamente, la ricorrente lamentava la violazione delle norme contenute nel Decreto Legislativo n. 504 del 1992 nella parte in cui viene sancito che tutti i fabbricati realizzati su aree urbane all'interno di basi, impianti, installazioni militari, sono considerati a tutti gli effetti di legge infrastrutture militari preordinate a garantire la funzionalità di enti, comandi e reparti militari preposti alla difesa dello Stato.

I giudici di legittimità, in seguito ad un'attenta analisi della vicenda, hanno affermato che la disciplina ICI/IMU è riconducibile al Decreto Legislativo sopra richiamato e che le norme introducenti esenzioni sono di stretta interpretazione, trattandosi di disposizioni tributarie speciali idonee a prevalere sulla disciplina classificatoria degli immobili di servizio.

Pertanto, l'art. 7, comma 1, lett. a), del suddetto decreto prevede ipotesi di esenzione da IVI per gli immobili posseduti dallo Stato ma solo se essi siano "*destinati esclusivamente ai compiti istituzionali*" e, nel caso di specie, si tratta di utilizzazione semplicemente indiretta a fini istituzionali.

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 28775-2018 proposto da:

MINISTERO DIFESA, in persona del Ministro pro tempore, elettivamente domiciliato in ROMA, VIA DEI PORTOGHESI 12, presso l'AVVOCATURA GENERALE DELLO STATO, che lo rappresenta e difende;

contro

SOGET SPA, in persona del Presidente del C.D.A. e legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA EMILIO DE'CAVALIERI 11 C/O STUDIO ACDLEX, presso lo studio dell'avvocato DELLA ROCCA SERGIO, che la rappresenta e difende giusta procura in calce;

e contro

COMUNE DI TORRE ANNUNZIATA;

avverso la sentenza n. 1730/2018 della COMM. TRIB. REG. di NAPOLI, depositata il 26/02/2018;

Svolgimento del processo

1. Il Ministero della Difesa propone tre motivi di ricorso per la cassazione della sentenza n. 1730/34/2018, depositata il 26.12.2018, con la quale la commissione tributaria regionale della Campania, a conferma della prima decisione, ha ritenuto legittimo l'avviso di accertamento notificatogli dalla Soget s.p.s., concessionaria del comune di Torre Annunziata, il 4 dicembre 2013, per l'imposta comunale relativa all'annualità 2008, relativo ad immobili siti nello stabilimento Militare Spoleto, adibiti ad abitazione dei militari (alloggi di servizio).

La commissione tributaria regionale, in particolare, ha ritenuto che: l'esenzione Ici di cui al *D.Lgs. n. 504 del 1992, art. 7, comma 1, lett. a)* spettasse unicamente agli immobili di proprietà dello Stato destinati direttamente ed immediatamente a finalità istituzionali, tale non potendo considerarsi quella abitativa privata dei militari e delle relative famiglie ovvero a finalità di interesse privato, come nel caso di concessione di beni in locazione.

Resiste con controricorso e memorie la concessionaria.

Il P.G. ha concluso per il rigetto del ricorso.

Motivi della decisione

2. Con il primo motivo di ricorso il Ministero della Difesa lamenta - *ex art. 360 c.p.c., comma 1, n. 4* - la violazione e falsa applicazione del *D.Lgs. n. 504 del 1992, art. 7, comma 1, lett. a)*, *L. n. 497 del 1978, artt. 5 e 6*, del *D.Lgs. n. 66 del 2010, art. 231, ex art. 360 c.p.c., n. 3*, per non avere il decidente fatto corretta applicazione delle norme menzionate in rubrica, secondo le quali tutti i fabbricati realizzati su aree urbane all'interno di basi, impianti, installazioni militari, sono considerati a tutti gli effetti di legge, infrastrutture militari preordinate a garantire la funzionalità di enti, comandi e reparti militari preposti alla difesa dello Stato.

3. Con il secondo motivo si denuncia la violazione *dell'art. 112 c.p.c.*; per non avere la commissione tributaria regionale pronunciato sul motivo di gravame con il quale si lamentava che il primo giudice non avesse considerato che tra gli immobili inclusi nella base vi erano anche opifici non soggetti ad ICI. 4. Con la terza censura che prospetta violazione *dell'art. 360 c.p.c. n. 5)*, per omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio, la ricorrente censura la sentenza di appello per non avere i giudici regionali esaminato l'effettiva destinazione istituzionale di servizio degli alloggi in questione la cui mancanza, pure, aveva ritenuto inficiare la decisione di primo grado.

5. I motivi non meritano accoglimento.

5.1 Con riferimento alla prima censura, non vi sono ragioni per disattendere quanto già stabilito da questa Corte di legittimità in controversie - del tutto sovrapponibili alla presente, perchè aventi ad oggetto l'imposizione Ici di alloggi di servizio per militari - tra lo stesso

Ministero della Difesa ed altre amministrazioni comunali. L'orientamento interpretativo così emerso muove dai seguenti fondamentali passaggi: - la disciplina Ici è riconducibile al *D.Lgs. n. 504 del 1992* e, per quanto segnatamente concerne le esenzioni di natura soggettiva ed oggettiva qui rilevanti, al citato *D.Lgs.*, art. 7, comma 1, lett. a); - le norme introducenti esenzioni, in quanto eccezionali, sono di stretta interpretazione (Cass. n. 6925/2011; n. 381/2006), trattandosi di disposizioni tributarie speciali idonee a prevalere sulla disciplina classificatoria degli immobili di servizio, così come richiamata dal Ministero; - l'art. 7, comma 1, lett. a), cit. prevede in effetti l'esenzione da Ici degli immobili posseduti (tra gli altri) dallo Stato, ma solo se essi siano "destinati esclusivamente ai compiti istituzionali"; - quest'ultima destinazione presuppone non qualsivoglia impiego dell'immobile per finalità latamente ed anche indirettamente riconducibili all'oggetto istituzionale ed alla funzione o servizio pubblico dell'ente possessore, bensì la sua utilizzazione 'diretta ed 'immediata per l'assolvimento della finalità d'istituto, tale non potendosi considerare l'affidamento o la concessione del bene al godimento personale e privato di terzi a fronte del pagamento di un canone. (Cass. n. 3268/2019; n. 26453/2017; n. 15025/15; 30731/11; 20850/10, 14094/10, 20577/05 ed altre).

Nella specie si tratta di utilizzazione semplicemente indiretta a fini istituzionali, in quanto il godimento del bene stesso è stato ceduto per il preminente soddisfacimento di esigenze di carattere privato (quali quelle abitative proprie del cessionario e della relativa famiglia) e della quale è certo sintomo il pagamento di un canone, come confermato dalla CTR. E', difatti, lo stesso Ministero a chiarire che gli immobili in questione (fatti oggetto di obbligatorio accatastamento), ad eccezione degli opifici, sono costituiti dagli alloggi per l'abitazione del personale di servizio e delle relative famiglie; e che tale uso è conseguente ad una concessione amministrativa del bene a fronte del pagamento di un canone. Come detto, ai fini dell'applicazione della norma fiscale non può dirsi dirimente nè che gli immobili stessi siano classificabili *ex lege n. 497/78*, poi abrogata ('Autorizzazione di spesa per la costruzione di alloggi di servizio per il personale militare e disciplina delle relative concessioni), quali 'infrastrutture militari, nè che il canone concessorio così percepito (suddiviso a metà tra Ministero della Difesa e MEF) abbia carattere non di corrispettivo da attività lucrativa, ma essenzialmente di rimborso dei soli costi di manutenzione. 6. La seconda censura, assorbito l'ultimo mezzo, non supera il vaglio di ammissibilità, in quanto dalla stessa sentenza impugnata emerge che la doglianza relativa alla destinazione di parte degli immobili soggetti ad ICI ad opifici era stata proposta solo in sede di appello; tant'è che al rigo 10 di pagina 3 si legge " specifica (il Ministero) che il fatto che tale circostanza (alcuni immobili sono destinati ad opifici) non sia stata dedotta in primo grado non è rilevante, perchè la CTP doveva far ricorso ai poteri istruttori officiosi ...". La tardività delle deduzioni del Ministero risulta peraltro dalla lettura del ricorso originario versato in atti.

I motivi del ricorso per cassazione devono investire, a pena d'inammissibilità, questioni che siano già comprese nel tema del decidere del giudizio d'appello, e prima del giudizio di primo grado, non essendo prospettabili per la prima volta in sede di legittimità questioni nuove o nuovi temi di contestazione non trattati nella fase di merito, tranne che non si tratti di questioni rilevabili d'ufficio (v. Cass. Sez. 3, 09/01/2002 n. 194; più di recente, v. Cass. Sez. 6 - 1, 09/07/2013 n. 17041; n. 25319/2017; n. 907/2018; Cass. n. 19627/2018; n. 7536/2019 in motiv).

7. Si dà atto che non sussistono i presupposti per il versamento, da parte dell'impugnante soccombente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato *D.P.R. n. 115 del 2002*, ex art. 13, comma 1-quater, come modificato dalla *L. n. 228 del 2012*, trattandosi di amministrazione dello Stato ammessa alla prenotazione a debito (Cass.ord. n. 1778/16; così Cass. 5955/14 ed altre).

Le spese seguono la soccombenza e vanno liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

La Corte:

- rigetta il ricorso;
- condanna parte ricorrente Ministero della Difesa al pagamento delle spese del giudizio di cassazione, che liquida in Euro 5.200,00, oltre rimborso forfettario spese generali ed accessori di legge.

C) PRASSI

AGENZIA DELLE ENTRATE: PROT. N. 24383/2021 DEL 26 GENNAIO 2021. MODALITA' DI CONSULTAZIONE DELLE BANCHE DATI CATASTALI.

Prot. n. 24383/2021



IL DIRETTORE DELL'AGENZIA DELLE ENTRATE

Modalità di consultazione delle banche dati catastali

In base alle attribuzioni conferitegli dalle norme riportate nel seguito del presente provvedimento,

Dispone:

1. Attivazione del Sistema Integrato del Territorio

- 1.1. A decorrere dal 1° febbraio 2021 è attivato progressivamente sull'intero territorio nazionale, ad eccezione dei territori nei quali il catasto è gestito, per delega dello Stato, dalle Province Autonome di Trento e di Bolzano, il sistema tecnologico denominato Sistema Integrato del Territorio (SIT), per lo svolgimento delle funzioni di competenza dell'Agenzia delle Entrate relative al catasto e ai servizi geotopografici, nonché in materia di anagrafe immobiliare integrata.
- 1.2. Per la conservazione degli atti catastali e degli elaborati catastali l'Agenzia delle Entrate si avvale degli strumenti gestionali e degli archivi informatizzati che costituiscono il SIT.

1.3. I dati presenti negli archivi del SIT costituiscono l'informazione primaria ed originale delle risultanze informatizzate degli atti e degli elaborati catastali.

2. **Definizioni**

2.1. Ai fini del presente provvedimento si intende per:

- a) Atti catastali: l'insieme degli atti che, ai sensi della normativa vigente, costituiscono il Nuovo Catasto Terreni e il Nuovo Catasto Edilizio Urbano;
- b) Elaborati catastali: planimetrie delle unità immobiliari urbane, elaborati planimetrici degli immobili e documenti tecnici d'ausilio alla predisposizione degli atti di aggiornamento geometrico;
- c) Visura: consultazione puntuale degli atti e degli elaborati catastali, con o senza rilascio di stampa;
- d) Agenzia: l'Agenzia delle Entrate;
- e) *SIT*: Sistema Integrato del Territorio, ossia il sistema tecnologico per lo svolgimento delle funzioni di competenza dell'Agenzia delle Entrate relative al catasto e ai servizi geotopocartografici, nonché in materia di anagrafe immobiliare integrata;
- f) *SID*: Sistema di Interscambio flussi Dati, ossia l'infrastruttura dell'Agenzia delle Entrate dedicato allo scambio di flussi dati in modalità automatizzata e nel rispetto di uno specifico sistema di regole tecniche e di meccanismi di sicurezza e controllo di correttezza formale e di protezione da rischi di accessi non conformi, da utilizzi abusivi delle informazioni e da alterazioni, disciplinata dal Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate del 25 marzo 2013 e successive modificazioni e integrazioni, avente ad oggetto le disposizioni di attuazione dell'articolo 11, commi 2 e 3, del decreto-legge 6 dicembre 2011 n. 201, convertito, con modificazioni dalla legge 22 dicembre 2011 n. 214, "Modalità per la comunicazione integrativa annuale all'archivio dei rapporti finanziari";
- g) *SMIDT*: Servizi massivi di Interscambio Dati - Territorio, ossia i servizi massivi che consentono la messa a disposizione ai sistemi informatici delle pubbliche amministrazioni, per il tramite dell'infrastruttura SID, dei dati catastali presenti nel SIT.

3. *Disciplina delle visure catastali*

- 3.1. Le visure degli atti e degli elaborati catastali presenti nel SIT sono consentite in conformità a quanto previsto dalla disciplina normativa di riferimento e secondo le modalità specificate nel presente provvedimento.
- 3.2. Le stampe ottenute non costituiscono certificazione e non contengono attestazione di conformità.
- 3.3. Gli atti catastali, gli elaborati planimetrici e i documenti tecnici d'ausilio alla predisposizione degli atti di aggiornamento geometrico sono visionabili da chiunque, per via telematica o presso l'ufficio.
- 3.4. Le visure per via telematica sono effettuate tramite i servizi messi a disposizione dall'Agenzia, salvo il pagamento dei tributi speciali catastali di cui al Titolo III della Tabella A, parte seconda, allegata al decreto-legge 31 luglio 1954, n. 533, convertito dalla legge 26 settembre 1954, n. 869, ove dovuti.
- 3.5. La consultazione delle planimetrie delle unità immobiliari urbane è consentita, in conformità a quanto previsto dalle disposizioni vigenti, a richiesta del proprietario, del possessore, di chi ha diritti reali di godimento sull'unità immobiliare ovvero di chi possa dimostrare di agire per conto di questi.
- 3.6. L'accesso alle planimetrie catastali è in ogni caso consentito per l'esercizio delle funzioni di ordine e sicurezza pubblica, di difesa e sicurezza nazionale, di polizia giudiziaria e polizia economico-finanziaria, nonché di gestione delle emergenze e delle funzioni in ambito di protezione civile. La consultazione è inoltre consentita ai Comuni per i controlli urbanistici e la gestione della fiscalità immobiliare locale e alle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 per motivate esigenze, connesse ai propri compiti istituzionali, fondate su idonea base giuridica.
- 3.7. L'utilizzo delle informazioni acquisite è consentito esclusivamente nel rispetto della normativa vigente in materia di protezione dei dati personali.
- 3.8. Resta ferma la visura degli atti ed elaborati catastali disponibili su supporto cartaceo e non presenti nel sistema informativo, consentita a vista, nel rispetto delle previsioni del presente provvedimento.

4. Servizi disponibili.

4.1. Fermo restando quanto previsto al punto 3 del presente provvedimento:

a) sono rilasciabili da sistema informativo le visure degli atti catastali:

- per soggetto;
- per immobile;
- elenco immobili;
- porzione della mappa;

b) sono rilasciabili da sistema informativo i seguenti elaborati catastali:

- elaborati planimetrici degli immobili;
- libretti delle misure degli atti di aggiornamento geometrico;
- monografie dei punti fiduciali;
- elenchi delle coordinate dei punti fiduciali;

c) sono consultabili a vista:

- gli atti catastali su supporto cartaceo;
- gli atti di aggiornamento geometrico;
- le monografie dei punti trigonometrici catastali;
- gli elaborati catastali, qualora esclusivamente su supporto cartaceo.

4.2. L'elenco dettagliato delle tipologie di visura disponibili è reso noto mediante pubblicazione nel sito internet dell'Agenzia.

4.3. La consultazione telematica delle planimetrie delle unità immobiliari urbane è consentita nei limiti di quanto previsto al punto 3 del presente provvedimento.

4.4. Rimangono disponibili sul sito internet dell'Agenzia le informazioni catastali censuarie relative unicamente al classamento e alla rendita delle unità immobiliari, consultabili direttamente tramite gli estremi di identificazione dell'immobile o del soggetto.

5.1. Le visure per via telematica sono effettuate tramite:

5. Modalità di fruizione dei servizi di visura telematica

a) i servizi ad accesso diretto disponibili sul sito internet istituzionale dell’Agenzia, previa accettazione delle condizioni di servizio e pagamento dei tributi dovuti;

b) i servizi disponibili nell’area ad accesso autenticato del sito internet istituzionale, previa adesione alle condizioni di servizio e pagamento dei tributi dovuti.

5.2. La consultazione telematica effettuata in esenzione da tributi, in virtù di espressa disposizione di legge, è consentita esclusivamente tramite accesso ai servizi di consultazione delle banche dati ipotecaria e catastale disponibili nell’area autenticata del sito internet dell’Agenzia, previa adesione alle specifiche condizioni di servizio.

5.3. Per richiedere le visure presso gli uffici e presso gli sportelli catastali decentrati l’utente presenta apposita richiesta sui modelli conformi a quelli pubblicati nel sito internet dell’Agenzia.

5.4. Resta fermo quanto previsto dai provvedimenti 4 marzo 2014 e 2 agosto 2016 in tema di consultazione telematica della banca dati catastale relativamente a beni immobili dei quali il soggetto richiedente risulta titolare, anche in parte, del diritto di proprietà o di altri diritti reali di godimento.

6. Disponibilità della base dei dati catastali per i sistemi informatici delle pubbliche amministrazioni

6.1. La base dei dati catastali è costituita dall’insieme delle informazioni contenute negli atti catastali, di quelle accessorie presenti nelle visure, nonché di quelle relative alla titolarità ai fini fiscali.

6.2. Fermi restando i servizi di visura di cui ai punti precedenti, le pubbliche amministrazioni di cui all’articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 possono accedere per via telematica alla base dei dati catastali tramite i propri sistemi informatici. Ai soli fini di cui al presente punto 6, sono assimilati alle pubbliche amministrazioni gli enti e i soggetti di cui all’articolo 2, comma 2,

4. Servizi disponibili del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, quando esenti, per disposizione di legge, dal pagamento dei tributi speciali catastali.

6.3. La base dei dati catastali è resa disponibile alle pubbliche amministrazioni individuate ai sensi del precedente punto 6.2, per lo svolgimento, diretto o per il tramite dei soggetti dalle stesse delegati, dei propri compiti istituzionali, nei limiti delle relative competenze territoriali, e nel rispetto della normativa in materia di protezione dei dati personali.

6.4. Per accedere alla base dei dati catastali, le pubbliche amministrazioni utilizzano i SMIDT, aderendo alle specifiche condizioni di servizio disponibili nel sito internet dell'Agenzia.

6.5. Le tipologie dei servizi resi disponibili ai sistemi informativi delle pubbliche amministrazioni sono pubblicate sul sito dell'Agenzia.

6.6. Sono a carico dell'amministrazione richiedente gli eventuali costi sostenuti dall'Agenzia per realizzare ed erogare servizi specifici connessi alle particolari esigenze rappresentate dall'amministrazione medesima.

7. *Utilizzo delle informazioni acquisite tramite SMIDT*

7.1. La pubblica amministrazione, all'atto dell'adesione ai SMIDT, attesta che la fruizione della base dei dati catastali è necessaria per lo svolgimento, diretto o per il tramite dei soggetti dalla stessa delegati, dei propri compiti istituzionali.

7.2. Le pubbliche amministrazioni possono utilizzare i dati acquisiti all'interno dei propri sistemi informativi, per lo svolgimento, anche in forma associata, di compiti istituzionali, nonché integrarli, sotto la propria responsabilità, all'interno di servizi attinenti i medesimi compiti.

7.3. L'utilizzo delle informazioni da parte di soggetti incaricati dello svolgimento di attività e servizi per conto della pubblica amministrazione delegante è effettuato sotto la responsabilità di quest'ultima, che assume ogni conseguente responsabilità in ordine all'integrità e alla correttezza delle medesime informazioni, nel rispetto della disciplina in materia di protezione dei dati personali.

7.4. Fatto salvo quanto previsto dai punti 7.2 e 7.3, le pubbliche amministrazioni non

possono cedere a terzi, a nessun titolo, i dati catastali acquisiti.

7.5. I dati acquisiti devono essere conservati e custoditi in conformità a quanto stabilito dagli articoli 51 e 71 del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, e nel rispetto dei principi e delle regole in materia di protezione dei dati personali.

8. *Disponibilità della base dei dati catastali per le pubbliche amministrazioni in modalità "web"*

8.1. La base dei dati catastali è resa disponibile ai Comuni, alle Comunità Montane e isolate e alle Unioni di Comuni attraverso gli appositi servizi telematici dell’Agenzia di cui al provvedimento del Direttore dell’Agenzia del Territorio 6 dicembre 2006.

8.2. Relativamente all’utilizzo delle informazioni, si applicano le disposizioni di cui al punto 7 del presente provvedimento, in quanto compatibili.

8.3. Resta ferma la trasmissione ai Comuni, tramite i servizi telematici di cui al presente punto 8,

a) dei file relativi alle dichiarazioni di variazione e di nuova costruzione, secondo quanto previsto dal provvedimento direttoriale 6 dicembre 2006, relativo alla determinazione delle procedure attuative, delle tipologie e dei termini per la trasmissione telematica ai comuni delle dichiarazioni di variazione e di nuova costruzione e relative modalità di interscambio;

b) dei Tipi mappali e di frazionamento, ai sensi del comma 5 dell'art. 30 del decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380, presentati con modello unico informatico catastale.

8.4. I servizi telematici di cui al presente punto 8 potranno essere resi disponibili alle altre pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, previo adeguamento dell’infrastruttura tecnologica.

9. *Gestione dei sistemi informativi*

9.1. L’Agenzia ha competenza esclusiva nel definire o modificare i sistemi di elaborazione, ricerca, rappresentazione ed organizzazione dei dati, nonché nel

gestire le informazioni memorizzate, ferma rimanendo la piena titolarità delle informazioni stesse in capo all'amministrazione finanziaria.

9.2. L'Agenzia ha inoltre la facoltà di variare la base informativa in relazione alle esigenze istituzionali, a quelle strutturali e alle innovazioni tecniche relative al proprio sistema informativo.

9.3. Nessuna responsabilità deriva all'Agenzia per danni di qualsiasi natura, diretti ed indiretti, per le variazioni suddette, né per eventuali sospensioni o interruzioni del servizio.

10. Trattamento dei dati

10.1. La base giuridica del trattamento dei dati personali - prevista dagli articoli 6 paragrafo 3 lett. b) del Regolamento 2016/679 e 2 ter del Codice in materia di protezione dei dati personali di cui al decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 - è individuata nelle norme così come sopra richiamate ed attuate dal presente provvedimento.

10.2. L'Agenzia delle Entrate assume il ruolo di Titolare del trattamento dei dati in relazione alle attività di messa a disposizione e consultazione dei dati rappresentate nel presente provvedimento.

10.3. L'Agenzia delle Entrate si avvale del partner tecnologico Sogei Spa, al quale è affidata la gestione del sistema informativo dell'Anagrafe tributaria e degli archivi informatizzati che costituiscono il Sistema Integrato del Territorio, designato per questo Responsabile del trattamento dei dati ai sensi dell'art. 28 del Regolamento (UE) 2016/679.

10.4. I dati oggetto di trattamento, atti ed elaborati catastali, sono indicati nel dettaglio negli articoli precedenti.

10.5. I dati trattati sono messi a disposizione degli utenti (pubbliche amministrazioni, privati, gestori di pubblici servizi, ecc.) in conformità alle disposizioni vigenti in materia, che li trattano sotto la propria responsabilità, aderendo o accettando le specifiche condizioni di utilizzo dei servizi dell'Agenzia delle Entrate, nel rispetto dei principi e conformemente a quanto previsto dal Regolamento (UE) 2016/679.

10.6. Nel rispetto del principio della limitazione della conservazione (art.5 par.1, lett.

e) del Regolamento (UE) 2016/679), l’Agenzia delle Entrate conserva i dati oggetto del trattamento per il tempo necessario per lo svolgimento delle proprie attività istituzionali.

11. Sicurezza dei dati

La sicurezza nella messa a disposizione dei dati acceduti attraverso i servizi dell’Agenzia è garantita dall’utilizzo di canali cifrati e certificati digitali secondo gli standard più aggiornati previsti e, nei casi di trasmissione dei dati, mediante crittografia e firma dei file e crittografia del canale. Inoltre l’accesso ai servizi che consentono l’acquisizione dei dati necessita della preventiva accettazione o adesione alle specifiche condizioni di servizio.

Motivazioni

Il presente provvedimento prevede l’attivazione progressiva del Sistema Integrato del Territorio (SIT), nel quale sono conservati gli atti e gli elaborati catastali registrati nel sistema informativo dell’Agenzia delle Entrate.

Sono inoltre disciplinate, in conformità a quanto previsto dalle disposizioni vigenti, le modalità di visura e consultazione di atti e elaborati catastali, sia presso gli uffici dell’Agenzia, sia per via telematica, nonché le modalità di accesso telematico alla base dei dati catastali da parte dei sistemi informatici delle pubbliche amministrazioni.

Riferimenti normativi

a) Attribuzioni del Direttore dell’Agenzia delle Entrate:

- Decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300 (art. 67, comma 1; art. 68, comma 1);
- Statuto dell’Agenzia delle Entrate (art. 5, comma 1; art. 6, comma 1);
- Regolamento di amministrazione dell’Agenzia delle Entrate (art. 2, comma 1).

b) Normativa di riferimento:

- Testo unico delle leggi sul nuovo catasto, approvato con regio decreto 8 ottobre 1931, n. 1572, e successive modificazioni;
- Regolamento per la conservazione del nuovo catasto dei terreni, approvato con regio decreto 8 dicembre 1938, n. 2153;
- Regio decreto-legge 13 aprile 1939, n. 652, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 1939, n. 1249, concernente l'accertamento generale dei fabbricati urbani, rivalutazione del relativo reddito e formazione del nuovo catasto edilizio urbano;
- Decreto-legge 31 luglio 1954, n. 533, convertito dalla legge 26 settembre 1954, n. 869, recante la disciplina relativa ai diritti, compensi e proventi percepiti dal personale dell'Amministrazione dello Stato;
- Legge 1° ottobre 1969, n. 679, concernente semplificazione delle procedure catastali;
- Decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n. 650, concernente perfezionamento e revisione del sistema catastale;
- Decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, recante il Codice dell'amministrazione digitale;
- Decreto-legge 10 gennaio 2006, n. 2, convertito con modificazioni dalla legge 11 marzo 2006, n. 81, recante interventi urgenti per i settori dell'agricoltura, dell'agroindustria, della pesca, nonché in materia di fiscalità d'impresa;
- Decreto-legge 10 gennaio 2006, n. 4, convertito, con modificazioni, dalla L. 9 marzo 2006, n. 80;
- Decreto-legge 3 ottobre 2006, n. 262, concernente disposizioni urgenti in materia tributaria e finanziaria, ed in particolare, art. 7, commi 21 e 22;
- Provvedimento del Direttore dell'Agenzia del Territorio 12 ottobre 2006, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale 18 ottobre 2006, n. 243, recante modalità di esecuzione delle visure catastali;
- Provvedimento del Direttore dell'Agenzia del Territorio 6 dicembre 2006, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale 12 dicembre 2006, n. 288, concernente la determinazione delle procedure attuative, delle tipologie e dei termini per la trasmissione telematica ai comuni delle dichiarazioni di variazione e di nuova

- costruzione e relative modalità di interscambio, applicabili fino all'attivazione del modello unico digitale per l'edilizia, ai sensi dell'articolo 34-quinquies del D.L. 10 gennaio 2006, n. 4, convertito, con modificazioni, dalla L. 9 marzo 2006, n. 80;
- Provvedimento del Direttore dell’Agenzia del Territorio 22 dicembre 2006, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale 2 gennaio 2007, n. 1, recante approvazione di nuove specifiche tecniche e attivazione del servizio di trasmissione telematica del modello unico informatico catastale, relativo agli atti di aggiornamento geometrico, di cui all'articolo 8 della legge 1° ottobre 1969, n. 679, ed agli articoli 5 e 7 del D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 650 (Pregeo);
 - Provvedimento del Direttore dell’Agenzia del Territorio 4 maggio 2007, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale 10 maggio 2007, n. 107, concernente l’accesso al sistema telematico dell’Agenzia del territorio per la consultazione delle banche dati ipotecaria e catastale, come modificato, da ultimo, dal provvedimento 17 dicembre 2014;
 - Decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito con modificazioni dalla legge 30 luglio 2010, n. 122, concernente misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica, ed in particolare l’articolo 19, recante disposizioni in materia di Anagrafe immobiliare integrata e di aggiornamento del catasto;
 - Provvedimento 16 settembre 2010, pubblicato sul sito internet dell’Agenzia, recante la disciplina delle modalità di consultazione telematica delle planimetrie catastali da parte dei soggetti abilitati alla presentazione telematica degli atti di aggiornamento catastale;
 - Decreto-legge 2 marzo 2012, n. 16, convertito con modificazioni dalla legge 26 aprile 2012, n. 44, recante disposizioni urgenti in materia di semplificazioni tributarie, di efficientamento e potenziamento delle procedure di accertamento;
 - Provvedimento del Direttore dell’Agenzia delle Entrate del 25 marzo 2013 e successive modificazioni e integrazioni, avente ad oggetto le disposizioni di attuazione dell’articolo 11, commi 2 e 3, del Decreto Legge 6 dicembre 2011 n. 201, convertito, con modificazioni dalla legge 22 dicembre 2011 n. 214, recante “Modalità per la comunicazione integrativa annuale all’archivio dei rapporti

finanziari”;

- Provvedimento del Direttore dell’Agenzia delle Entrate 4 marzo 2014, pubblicato sul sito *internet* dell’Agenzia, concernente l’attivazione del servizio di consultazione telematica delle banche dati ipotecaria e catastale relativo a beni immobili dei quali il soggetto richiedente risulta titolare, anche in parte, del diritto di proprietà o di altri diritti reali di godimento;
- Provvedimento del Direttore dell’Agenzia delle Entrate 2 agosto 2016, pubblicato sul sito *internet* dell’Agenzia, concernente l’estensione del servizio di consultazione telematica delle banche dati ipotecaria e catastale relativo a beni immobili dei quali il soggetto richiedente risulta titolare, anche in parte, del diritto di proprietà o di altri diritti reali di godimento;
- Regolamento (UE) n. 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE;
- Decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, concernente il codice in materia di protezione dei dati personali, recante disposizioni per l’adeguamento dell’ordinamento nazionale al regolamento (UE) n. 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE;
- Provvedimento del Direttore dell’Agenzia delle Entrate 28 giugno 2017, pubblicato sul sito *internet* dell’Agenzia, recante disposizioni concernenti la riscossione delle tasse ipotecarie e dei tributi speciali catastali da corrispondere agli Uffici Provinciali - Territorio, ai sensi dell’art. 6, comma 3, del decreto legislativo 9 luglio 1997, n. 237, come sostituito dall’art. 7-quater, comma 36, del decreto-legge 22 ottobre 2016, n. 193, convertito, con modificazioni, dalla legge 1° dicembre 2016, n. 225, e di ogni altro corrispettivo dovuto in relazione ai servizi ipotecari e catastali resi presso gli Uffici.

La pubblicazione del presente provvedimento sul sito *internet* dell’Agenzia delle Entrate

tiene luogo della pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale, ai sensi dell'articolo 1, comma 361, della legge 24 dicembre 2007, n. 244.

Roma, 26 gennaio 2021

IL DIRETTORE DELL' AGENZIA

IFEL: AGGIORNAMENTO DELLO SCHEMA DI REGOLAMENTO IFEL DEL “CANONE UNICO”.

Pubblichiamo un **aggiornamento dello schema di regolamento del “Canone unico”**, che rispetto alla precedente versione del 12 dicembre 2020 è stato rivisto anche alla luce delle recenti disposizioni recate dalla legge di bilancio 2021 in tema di occupazioni di cavi e condutture, nonché degli orientamenti in materia forniti dal Ministero dell’Economia e Finanze nell’ambito delle risposte a TELEFISCO del 28 gennaio 2021, dalle quali si discosta in particolare sull’apparato sanzionatorio e la realizzazione del presupposto impositivo nei casi di occupazioni effettuate su aree private soggette a servitù di pubblico passaggio.

Per tutti gli altri temi di intervento, i maggiori punti di novità di questa revisione riguardano:

- una diversa formulazione degli art. 4 e 23, rubricati rispettivamente “Tipologia degli impianti pubblicitari” e “Tipologia degli impianti delle affissioni”;
- la previsione di una facoltatività di inserimento nel regolamento comunale dell’art.26, intitolato “Modalità delle pubbliche affissioni”;
- una diversa formulazione dell’art. 48, con riferimento alle occupazioni con cavi e conduttore, resasi necessaria a seguito della riscrittura delle modalità di assoggettamento disposta dall’art. 1, comma 848, legge n. 178/2020;
- il perfezionamento dell’art. 49, in cui la definizione di passo carrabile e la relativa disciplina sono state declinate con maggior coerenza con la definizione, alla luce delle evidenze giurisprudenziali della Cassazione.

Si ricorda che le reiterate proposte di rinvio o di facoltatività di applicazione del nuovo Canone unico non sono state recepite nel decreto “Proroghe” in via di definitiva approvazione al Senato. È quindi essenziale che i Comuni provvedano alla regolamentazione del nuovo canone e delle relative tariffe entro il termine del 31 marzo 2021, attualmente fissato per la deliberazione dei bilanci di previsione. L’assenza di regolamentazione può comportare l’abolizione di fatto dei relativi prelievi, in assenza di riferimenti alla previgente disciplina, espressamente abolita a decorrere dal 1° gennaio 2021 dalla legge di bilancio per il 2019 (co. 847, L. 160/2019)

IFEL: SULLA GESTIONE DEI SERVIZI A CANONE FISSO.

Roma, 25 febbraio 2021

Nota di chiarimento sulle concessioni di gestione dei servizi di accertamento e riscossione c.d. a “canone fisso”.

Pervengono in questi giorni numerose richieste, soprattutto da parte di piccoli Comuni, in ordine alla legittimità di addivenire ad affidamenti in concessione del servizio di accertamento e riscossione secondo la formula corrispettiva del c.d. “canone fisso”, tipicamente adottato da molti enti di piccola dimensione nella gestione della pubblicità comunale. In tali casi, in luogo di una remunerazione basata sull’aggio o su una diversa specifica remunerazione del servizio di gestione dell’entrata, il concessionario trattiene le somme riscosse a fronte del pagamento al Comune di un canone concessorio prestabilito.

Le richieste si concentrano sul possibile contrasto di questa modalità contrattuale con le prescrizioni dell’art. 2-bis del dl n. 193 del 2016, che dispongono il versamento obbligatorio delle entrate comunali sul conto corrente di tesoreria dell’ente impositore.

Con riferimento alla disposizione richiamata inerente all’obbligo di versamento diretto all’ente impositore, con la nota del 22 dicembre 2016, IFEL ha espresso il proprio parere, secondo il quale l’obbligo in questione trova applicazione solo con riferimento alle entrate, di qualsiasi natura, che sono comunque spettanti all’ente locale e quindi destinate ad essere riversate, non operando, invece, per i casi in cui le entrate, pur nella potestà dell’ente, sono destinate ad essere trattenute, per la particolare forma contrattuale, dal soggetto affidatario.

Nel caso della concessione del prelievo sulla pubblicità (o di altre fattispecie analoghe) a fronte di un canone fisso annuale, anziché ad aggio o ad altra forma di remunerazione del servizio, l’incasso del concessionario (fatto salvo il versamento del canone fisso dovuto all’ente impositore) non configura le condizioni di maneggio e custodia di denaro pubblico che hanno condotto il Legislatore ad intervenire nel senso di rendere obbligatorio il versamento diretto all’ente impositore, ma si connota piuttosto quale incasso diretto del corrispettivo devoluto contrattualmente al concessionario a fronte dell’attività eseguita in forza della concessione.

Tale argomentazione non è inficiata da quanto disposto dall’art. 53, comma 1, del d.lgs. n. 446 del 1997, che, con una locuzione forse non troppo felice, stabilisce che dal novero delle attività di liquidazione, accertamento e riscossione dei tributi e delle entrate degli enti locali sono escluse le attività di “incasso diretto”. Tale divieto non può intendersi riferito, ovviamente, a somme di spettanza del concessionario, come quelle relative alle somme del canone unico di cui all’art. 1, comma 816, legge 160/2019 nell’ipotesi di affidamento a “canone fisso” e non ad aggio sul riscosso, perché, come detto, si tratta di somme non destinate ad essere riversate all’ente locale.

Di conseguenza, il divieto posto dall’art. 53 citato va letto in combinato disposto con quanto previsto dall’art. 2-bis del dl n. 193 del 2016 e quindi non può che riferirsi al divieto di incasso

diretto delle entrate dei Comuni e degli altri enti locali. Conclusivamente, si ritiene che, anche a seguito del mutato quadro normativo, sia salvaguardata la possibilità di affidamento a canone fisso, tipico delle piccole realtà comunali.

D) ATTIVITA' ANACAP

ANACAP: QUESITO AL MINISTERO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE.

MINISTERO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE

DIREZIONE LEGISLAZIONE TRIBUTARIA E FEDERALISMO FISCALE

DIRETTORE

Dott. Giovanni Spalletta

Via dei Normanni, n. 5

00184 ROMA

OGGETTO: Legge di bilancio 2020 articolo 1 comma 808 - Aziende iscritte all'albo ex art. 53, 1° co. D.L. n.446/1997. – Adeguamento – Osservazioni e chiarimenti.

Sono pervenuti alla scrivente numerosi quesiti in merito alla interpretazione ed alla conseguente applicazione delle norme contenute nella Finanziaria 2020, riguardanti l'iscrizione all'albo previsto dall'art. 53 del D.Lgs n. 446/97 dei soggetti che gestiscono le attività di accertamento e riscossione delle entrate degli enti locali. In particolare, viene richiesto di esprimere parere in merito alla disposizione contenuta nel comma 808 dell'art. 1 della predetta legge di bilancio ed alla corretta applicazione del precetto secondo il quale i predetti soggetti *“devono adeguare alle condizioni e alle misure minime di cui al comma 807 il proprio capitale sociale entro il 31 dicembre 2020”* e sui possibili effetti che tale previsione ha sulla posizione delle società, già iscritte, il cui capitale è costituito dal conferimento di beni, ai sensi dell'art. 2465 e 2343 del codice civile.

La norma in esame va letta in combinato disposto con il precedente comma 807, a mente del quale per l'iscrizione all'albo sono richieste le misure minime di capitale ivi indicate, *“interamente versato in denaro o tramite polizza assicurativa o fideiussione bancaria”*. In relazione alle suddette disposizioni è stato posto il quesito diretto a conoscere se le società già iscritte debbano procedere alla “sostituzione” della quota di capitale rappresentata dal conferimento di beni e a quali conseguenze siano esposte ove non adempiano a tale asserito obbligo.

Per rispondere adeguatamente al quesito occorre partire da una interpretazione letterale del comma 807 che, invero, prevedendo espressamente le suindicate modalità di costituzione del capitale sociale, non esclude affatto che parte dello stesso possa essere rappresentato dal conferimento, come previsto dal codice di rito, non essendo riportato nel testo della norma l'avverbio “esclusivamente” o un esplicito divieto di tale modalità di sottoscrizione.

L'adeguamento cui devono provvedere, nel termine indicato dalla norma suddetta (ora differito al 30 giugno 2021) le società già iscritte riguarda l'ammontare del capitale al fine di integrarlo, ove quello detenuto fosse insufficiente rispetto al "nuovo" requisito finanziario.

Ma vi è un altro profilo, che riguarda alcune società iscritte all'albo che hanno deliberato sugli aumenti di capitale, mediante conferimenti di aziende operanti all'interno del medesimo settore, in società esistenti e/o di nuova costituzione ove il relativo capitale minimo previsto risulti costituito, in parte preponderante, dai valori dei beni conferiti in natura, tangibili ed intangibili, oggetto di certificazione peritale resa ai sensi di Legge da parte dei soggetti abilitati, effettuati dalle aziende mediante trasferimenti di rami aziendali ad esse appartenenti.

In particolare, risulta necessario verificare la posizione delle società già iscritte all'Albo, già sottoposte con esito positivo al vaglio della Commissione apposita, che abbiano negli esercizi precedenti costituito il proprio capitale attraverso le descritte operazioni tipicamente previste dalla Legge (conferimenti, fusioni, etc.), per effetto dell'emersione di plusvalori latenti attribuiti ai beni immateriali successivamente ammortizzati ai sensi di legge (art. 2426 cc) e dei principi contabili (OIC 24).

Per una agevole comprensione della fattispecie si può assumere il caso di una società che nell'anno X avesse conseguito il limite di capitale richiesto ai fini dell'iscrizione all'albo per un valore di euro "C", attraverso una operazione di conferimento effettuata ai sensi e per gli effetti dell'articolo 2465 e ss. del Codice civile con conseguente emersione di avviamenti per un valore di euro "Y", per i quali, con decorrenza dall'esercizio X+1, avesse iniziato il proprio processo di ammortamento in quote costanti, che (ad es. al 31/12/2020) fossero state ammortizzate nella misura di euro "N". Si pone, a tal riguardo, l'esigenza di chiarire se, ai sensi del combinato disposto dei commi 807 ed 808 dell'articolo 1 della legge 160/2019, con riguardo alla differenza tra il capitale sociale regolarmente sottoscritto e versato ai sensi delle norme del Codice Civile e il residuo da ammortizzare dell'avviamento a suo tempo conferito (C -Y +N).

A parere della scrivente, essendo stata la componente di avviamento iniziale ammortizzata attraverso quote di "costo non monetario" spese al conto economico della società, non può non rilevarsi che i minori utili, incisi negativamente dalle quote di ammortamento (non monetarie) annualmente spese, hanno consentito indirettamente il versamento del capitale nella parte ammortizzata, che, nel caso di specie, sarebbe pari alla differenza tra il valore di iscrizione originario dell'avviamento ed il residuo da ammortizzare.

Detta interpretazione di natura economico finanziaria, resa nel quadro della vigente normativa, trova riscontro nei principi di valutazione delle poste di bilancio e nei conseguenti comportamenti contabili previsti dal Codice civile e dai Principi Contabili e di valutazione in materia.

In conclusione, la normativa sopravvenuta non obbliga le società già iscritte, il cui requisito finanziario è risultato conforme nella sua formazione alla normativa vigente all'epoca dell'iscrizione, a procedere alla integrazione del capitale rappresentato dal conferimento ex artt. 2465 e 2343 del cod.civ., restando però obbligate a rispettare i limiti di valori previsti dalla riforma.

Solo per completezza espositiva ed in estremo subordine, ove si volesse accedere ad una diversa soluzione interpretativa, va rilevato che le società già iscritte debbono procedere all'adeguamento del capitale, sia nell'ammontare che nelle forme di versamento, solo ove la quota parte dello stesso, derivante dalle operazioni di conferimento ex art. 2465 e 2343 c.c., non risulti già ammortizzata alla data del 30 giugno 2021.

Quanto sopra risponde, ad avviso della scrivente sia a criteri ermeneutici indefettibili, sia al doveroso rispetto del principio di affidamento, che costituisce *jus receptum* a livello interno e comunitario (Corte di Giustizia, sent. 3 maggio 1978, causa C.12/77). Si rimettono le suesposte considerazioni alla prudente ed autorevole valutazione di codesta Direzione e si porgono devoti ossequi.

Il Presidente
Avv. Pietro di Benedetto

ANACAP: COMUNICATO ALLE AZIENDE ASSOCIATE.

A TUTTE LE AZIENDE ASSOCIATE

LORO SEDI

Oggetto: Comunicato

Giovedì 18 u.s. si è tenuto il programmato incontro tra la delegazione del MEF (Direttore dr. Giovanni Spalletta, dott.ssa Claudia Rotunno, dott. Elisabetta Pallucci e dr. Luca Buonadonna) e quella della ANACAP (Pietro di Benedetto, Giorgia Gallo e Oscar Giannoni) organizzato per un esame congiunto dei temi di attualità e per il conseguimento di posizioni interpretative condivise.

In particolare ha costituito oggetto di approfondimento e di confronto:

a) l'incasso diretto delle entrate da parte del concessionario del servizio di accertamento e riscossione del canone unico istituito con l'art. 1, comma 816, della legge n. 160/2019, ove la gestione sia stata affidata a canone fisso;

b) la non estensibilità del divieto ex art 1, comma 788, della L. n.160/2019 (*"Sono escluse le attività di incasso diretto da parte dei soggetti di cui all'art. 52, comma 5, lettera b), n. 1).2) e 3)"*) ai pagamenti effettuati dal debitore al funzionario della riscossione in sede di esecuzione forzata mobiliare, ai sensi dell'art. 494 del cod. proc. civ (*"Il debitore può evitare il pignoramento versando nelle mani dell'ufficiale giudiziario la somma per cui si procede e l'importo delle spese, con l'incarico di consegnarli al creditore"*) e al pignoramento presso terzi, *ex art. 72 bis*.

c) la urgente necessità di promuovere delle modifiche normative alla riforma della riscossione ed alla istituzione del canone unico per superare sviste e criticità già emerse in sede di prima applicazione.

1. Per quanto riguarda la fattispecie sub a), ANACAP ha confermato la sua posizione, del resto già espressa in sede di primo commento, della norma inibitrice dell'incasso diretto, secondo la quale nel caso di gestione del canone unico (o di qualsivoglia entrata, sia tributaria che patrimoniale), disciplinato da una norma pattizia che devolve all'affidatario del servizio l'entrata riscossa, con obbligo da parte di quest'ultimo di versare una somma determinata in sede di procedimento ad evidenza pubblica, il divieto non ha motivo di trovare applicazione.

Invero, nel nostro ordinamento non vi è alcuna norma che vieti all'ente locale di stabilire modi diversi di remunerazione del privato affidatario di un servizio. I criteri e le modalità di affidamento disciplinati dal codice dei contratti non escludono che un

servizio possa essere affidato, devolvendo al concessionario l'introito del servizio, che può essere costituito da canoni, quote, tariffe, prezzi ecc., e ponendo a suo carico il versamento di un corrispettivo, determinato all'esito di un procedimento ad evidenza pubblica.

In tema di entrate, un Comune può decidere di individuare il suo contraente attraverso una gara nella quale la base d'asta è rappresentata non dall'aggio di riscossione richiesto dal concessionario, ma da un canone che lo stesso si impegna a versare, a prescindere se lo stesso sia più o meno compensato con le entrate del servizio.

In sostanza, nel caso di specie, il comune cede un suo credito futuro ed incerto, conseguendo un prezzo (canone) annuo dal suo concessionario che si assume l'alea contrattuale.

Sul punto, la delegazione del MEF, pur condividendo la posizione espressa da ANACAP, si è riservata di approfondire la fattispecie prima di esprimersi con una formale risoluzione.

Pur comprendendo la prudenza del MEF, riteniamo si possa continuare ad operare dando esecuzione ai contratti "a canone fisso" in corso con i comuni, che prevedono la remunerazione del servizio attraverso l'incasso diretto dell'entrata da parte del concessionario.

2. Sull'operatività del divieto d'incasso in sede di esecuzione forzata, il MEF ha dichiarato di condividere pienamente la posizione di ANACAP, riportata nel quesito avanzato allo stesso MEF in data 4 febbraio 2021, che si allega per opportuna conoscenza.

Riassumendo, quindi, il funzionario della riscossione, ai sensi dell'art. 494 c.p.c., può ricevere le somme versate dal debitore per evitare l'esecuzione, mentre in esecuzione dell'art. 72 *bis* del D.P.R. n. 602/73, il concessionario può incassare le somme versate dal terzo pignorato.

Quanto ai termini ed alle modalità di riversamento al comune si è convenuto sulla necessità che esse trovino disciplina nelle linee guida che saranno contenute nel Decreto Ministeriale previsto dall'art.1, comma 806, della legge n. 160/2019.

3. Si è convenuto sulla necessità di apportare modifiche alla normativa che ha introdotto il canone unico (comma 816) ed a quella sulla riscossione, per superare criticità e limiti operativi già venuti in evidenza.

A tal fine si è concordato che Anacap curerà la redazione di proposte di riforma che saranno oggetto di confronto con il MEF e con ANCI.

Roma, 24 febbraio 2021.

Il Presidente
Avv. Pietro di Benedetto

ESAME IDONEITÀ FUNZIONARIO RESPONSABILE DELLA RISCOSSIONE.

La scrivente Associazione comunica che sono in corso gli esami per il conseguimento dell' idoneità a Funzionario Responsabile della Riscossione e la segreteria sta predisponendo e trasmettendo ai partecipanti il calendario delle convocazioni.

ANACAP
Il Presidente