

2021

01

QUADERNI SULLA FISCALITA' LOCALE



B) GIURISPRUDENZA

- E' un illecito professionale violare la concorrenza. Consiglio di Stato, Sez. VI, Sentenza n. 7685 del 4 dicembre 2020.....pag. 3
- Quando il dies a quo dell'impugnazione decorre dall'accesso agli atti di gara. Consiglio di Stato, Sez. V, Sentenza n. 575 del 19 gennaio 2021.....pag. 9
- Gare telematiche: il principio di pubblicità. Consiglio di Stato, Sez. III, Sentenza n. 627 del 20 gennaio 2021.....pag. 18
- Sull'esclusione fondata su una precedente risoluzione contrattuale. TAR Lombardia, Sez. IV, Sentenza n. 208 del 21 gennaio 2021.....pag. 30
- L'errore materiale nella formulazione dell'offerta può essere rettificato dall'amministrazione solo se riconoscibile. TAR Lazio, Sez. III quater, Sentenza n. 62 del 4 gennaio 2021.....pag. 38
- L'incompatibilità del RUP deve essere accertata caso per caso. TAR Catania, Sez. I, Sentenza n. 209 del 25 gennaio 2021.....pag. 43
- TARSU: Accertamento previo sopralluogo. Cassazione Civile, Sez. Tributaria, Ordinanza n. 595 del 15 gennaio 2021.....pag. 51
- IMU: Riduzione in caso di inagibilità già a conoscenza dell'ente. Cassazione Civile, Sez. VI, Sentenza n. 1263 del 21 gennaio 2021.....pag. 56
- La giurisdizione ordinaria nella fase esecutiva del contratto pubblico. Cassazione Civile, Sez. Unite, Sentenza n. 2144 del 29 gennaio 2021.....pag. 59

C) PRASSI

- TELEFISCO: Le risposte del MEF ai quesiti proposti dagli esperti e dai lettori del Sole 24ore.....pag. 67
- TELEFISCO: Le risposte del MEF ai quesiti proposti dagli esperti e dai lettori del Sole 24ore.....pag. 70
- TELEFISCO: Le risposte del MEF ai quesiti proposti dagli esperti e dai lettori del Sole 24ore.....pag. 74

D) ATTIVITA' ANACAP

- ANACAP: Nota al MEF del 7 gennaio 2021.....pag. 76
- ANACAP: Nota al MEF del 21 gennaio 2021.....pag. 78

TUTTI I DIRITTI RISERVATI

B) GIURISPRUDENZA

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI, SENTENZA N. 7685 DEL 4 DICEMBRE 2020. E' UN ILLECITO PROFESSIONALE VIOLARE LA CONCORRENZA.

L'illecito anticoncorrenziale sanzionato dall'Antitrust costituisce grave illecito professionale e va dichiarato in sede di gara. Lo ha affermato il Consiglio di Stato, sezione sesta, con la sentenza del 4 dicembre 2020, n. 7685.

La questione trae origine da una gara in cui due concorrenti hanno reso una dichiarazione nella quale attestavano di aver subito l'irrogazione da parte dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM) di un «provvedimento» qualificato «irrilevante» ai fini della procedura di gara.

Si trattava di due sanzioni pecuniarie per violazione delle norme in materia di concorrenza. I giudici al riguardo hanno precisato che, come confermato anche dalla giurisprudenza della Corte di giustizia Ue, gli illeciti anticoncorrenziali possono costituire «gravi illeciti professionali» rilevanti ai fini dell'eventuale esclusione del concorrente dalla gara.

Pertanto, il concorrente che sia incorso in una sanzione per illecito anticoncorrenziale è tenuto a dichiararlo nella procedura di gara al fine di consentire alla stazione appaltante di operare le valutazioni di competenza in ordine alla sua integrità ed affidabilità.

In ogni caso, in ordine al significato del concetto di «definitività» della sanzione irrogata dall'AGCM, la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha ritenuto che tale connotato vada inteso «o quale inoppugnabilità del provvedimento dell'AGCM perché non contestato; ovvero, laddove invece contestato in giudizio, dalla sua conferma in giudizio».

Né possono avere rilievo le misure di cosiddetto *self cleaning* adottate da entrambe in epoca successiva alle sanzioni Antitrust, dal momento che dall'esame degli atti di gara si evince chiaramente che la stazione appaltante non ha valutato affatto tale profilo.

Di seguito la sentenza in commento.

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

sul ricorso numero di registro generale 6183 del 2020, proposto da

I.I. S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Andrea Netti, con domicilio eletto presso lo studio A. Placidi in Roma, via Barnaba Tortolini, n. 30;

contro

E. S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Luca Mazzeo e Filippo Cazzagon, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Università degli Studi Bergamo, Ministero dell'Università e della Ricerca, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

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

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia n. 448/2020.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 novembre 2020 il Cons. Giordano Lamberti e dato atto che l'udienza si svolge ai sensi dell'*art. 4, comma 1, D.L. n. 28 del 30 aprile 2020* e dell'*art. 25, comma 2, del D.L. n. 137 del 28 ottobre 2020* attraverso videoconferenza con l'utilizzo di piattaforma "Microsoft Teams" come previsto della circolare n. 6305 del 13 marzo 2020 del Segretario Generale della Giustizia Amministrativa;

Svolgimento del processo - Motivi della decisione

1 - Con il bando pubblicato sulla G.U.R.I. del 6 novembre 2019, l'Università degli Studi di Bergamo ha indetto una procedura di gara aperta telematica per l'affidamento in concessione del servizio di distribuzione di bevande e alimenti tramite distributori automatici ubicati presso le sedi dell'Università.

1.1 - Il disciplinare di gara ha previsto che l'affidamento sarebbe avvenuto ai sensi dell'*art. 164 del D.Lgs. n. 50 del 2016*, con l'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, ai sensi degli artt. 60 e 95 del Codice, e con distribuzione del punteggio complessivo di 100 punti in ragione di 70 punti all'offerta tecnica e 30 all'offerta economica.

Il canone minimo a base di gara per cinque anni è stato individuato nell'importo di Euro 350.000, oltre IVA, per un valore complessivo presunto della concessione di Euro 1.622.000, stimato sulla base del fatturato totale previsto per l'intera durata del contratto.

La durata della concessione è stata fissata in anni cinque, decorrenti dalla data del verbale di consegna degli spazi, da effettuarsi "indicativamente entro il 28 febbraio 2020".

2 - Con la determinazione del direttore generale n. 2 del 10 gennaio 2020, la stazione appaltante ha approvato i verbali di gara e aggiudicato il servizio all'appellante I.I. s.p.a., al canone complessivo, offerto per l'intero periodo contrattuale di cinque anni, di Euro 891.040.

3 - Con il ricorso notificato il 7 gennaio 2020, la società E. s.r.l., terza classificata e gestore uscente del servizio, ha impugnato il provvedimento di aggiudicazione e ne ha chiesto l'annullamento sulla base di quattro motivi: il primo dedotto in via principale al fine di ottenere l'annullamento dell'aggiudicazione in favore di I.I. e l'affidamento del servizio ad essa ricorrente (previa esclusione delle prime due classificate); gli altri tre dedotti in via

subordinata e diretti a conseguire l'annullamento dell'intera procedura di gara ai fini della sua riedizione.

3.1 - In particolare, con il primo e principale motivo la ricorrente ha dedotto l'illegittimità del provvedimento di aggiudicazione per violazione dell'art. 80 lett. c) e c-bis) del *D.Lgs. n. 50 del 2016* e delle Linee Guida ANAC n. 6, nonché vizi di eccesso di potere sotto plurimi profili; secondo la ricorrente, le società classificatesi ai primi due posti in graduatoria avrebbero dovuto essere escluse per aver reso dichiarazioni *ex art. 80 D.Lgs. n. 50 del 2016* "reticenti, fuorvianti e financo false" o comunque omissive di informazioni essenziali ai fini della verifica da parte della stazione appaltante circa il possesso dei requisiti generali di partecipazione.

3.2 - Di fatto, la ricorrente ha dedotto che le contro interessate avevano dichiarato nel DGUE l'assenza di gravi illeciti professionali, ma nel contempo avevano reso una dichiarazione (I.I. in un allegato al DGUE, S. all'interno dello stesso DGUE) nella quale avevano attestato di aver subito l'irrogazione da parte dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato di un non meglio precisato "provvedimento", soggiungendo che si tratterebbe comunque di un provvedimento "irrilevante" ai fini della procedura di gara, ai sensi delle Linee Guida ANAC n. 6.

4 - Il T.A.R. per la Lombardia, con la sentenza n. 448/2020, ha accolto tale censura e per l'effetto ha annullato il provvedimento di aggiudicazione definitiva della gara in favore di I.I. s.p.a.

5 - Avverso tale sentenza ha proposto appello I.I.:

a) deducendo la violazione e/o falsa applicazione dell'art. 80 comma 5, lettera c e c-bis; la violazione e/o falsa applicazione dell'art. 80 comma 10 e comma 10-bis;

b) contestando in particolare il passaggio in cui si afferma che "la concorrente I.I. avrebbe dovuto essere esclusa dalla violazione dell'art. 80 comma 5 lett. c-bis del *D.Lgs. n. 50 del 2016*, va dichiarata l'illegittimità del provvedimento di aggiudicazione della gara ad I.I. spa, ai fini dello scorrimento della graduatoria e dell'eventuale aggiudicazione della concessione all'odierna ricorrente".

6 - Prima di esaminare le doglianze, deve ricordarsi che la questione intorno alla quale ruota la controversia nasce dal fatto che I.I. s.p.a. e S. s.r.l. hanno dichiarato entrambe, nel proprio DGUE, di non essersi rese responsabili di gravi illeciti professionali, barrando la casella "NO" alla specifica voce di tale dichiarazione.

Nel contempo, le stesse hanno precisato (I.I. in una dichiarazione allegata al DGUE, S. all'interno dello stesso DGUE) di essere state sanzionate dall'AGCM con provvedimenti dell'8 giugno 2016, senza però precisare la natura delle sanzioni, né le ragioni sottostanti.

Inoltre, hanno dichiarato che si trattava di sanzioni "non rilevanti" ai fini della procedura di gara.

7 - L'art. 80 comma 5 lett. c) del *D.Lgs. n. 50 del 2016* dispone che "Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, (...) qualora: (c) la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità"; (c-bis) l'operatore economico abbia tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate a fini di proprio vantaggio oppure abbia fornito, anche per negligenza, informazioni

false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione, ovvero abbia omesso le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione".

Circa la corretta interpretazione di tale disposizione, la recente pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 16/2020 ha chiarito che ai fini dell'esclusione non è "sufficiente che l'informazione sia falsa ma anche che la stessa sia diretta ed in grado di sviare l'amministrazione nell'adozione dei provvedimenti concernenti la procedura di gara. Coerentemente con tale elemento strutturale, la fattispecie equipara inoltre all'informazione falsa quella fuorviante, ovvero rilevante nella sua attitudine decettiva, di "influenza indebita", ovvero di informazione potenzialmente incidente sulle decisioni della stazione appaltante".

La stessa pronuncia ha precisato che in tali ipotesi non "si ha l'automatismo espulsivo proprio del falso dichiarativo di cui alla lettera f-bis). Infatti, tanto "il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione", quanto "l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione" sono considerati dalla lettera c) quali "gravi illeciti professionali" in grado di incidere sull'"integrità o affidabilità" dell'operatore economico. E' pertanto indispensabile una valutazione in concreto della stazione appaltante".

8 - Tanto premesso, deve prestarsi adesione alla conclusione a cui è giunto il Giudice di primo grado (salve le precisazioni di seguito indicate), dovendosi ritenere che il contenuto delle dichiarazioni, così come concretamente rese delle due società, sia potenzialmente fuorviante, ovvero ragionevolmente idoneo a produrre l'effetto di indurre la stazione appaltante a non indagare la natura dei fatti sanzionati dall'AGCM e, quindi, a valutare se gli stessi fossero tali da incidere sull'integrità e sull'affidabilità professionale delle due concorrenti.

Invero, entrambe le concorrenti hanno omesso di riferire circa la natura e la gravità dei provvedimenti adottati dall'AGCM nei loro confronti (si tratta di due sanzioni pecuniarie per violazione delle norme in materia di concorrenza di circa 32 milioni di Euro a carico di I.I. e di circa 4 milioni di Euro a carico di S.), omettendo anche di riferire che le stesse erano state impugnate in sede giurisdizionale e definite solo di recente con sentenze del Consiglio di Stato n. 6022 del 2 settembre 2019 (I.I.) e n. 5564 del 5 agosto 2019 (S.), che avevano prodotto l'effetto di rendere definitivi i provvedimenti sanzionatori demandando ad AGCM di rideterminare soltanto il quantum delle sanzioni irrogate.

8.1 - Come confermato anche dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia UE (sentenza del 4 giugno 2019, C-425), anche gli illeciti anticoncorrenziali possono costituire "gravi illeciti professionali" rilevanti ai fini dell'eventuale esclusione del concorrente dalla gara. Pertanto, il concorrente che sia incorso in una sanzione per illecito anticoncorrenziale è tenuto a dichiararlo nella procedura di gara al fine di consentire alla stazione appaltante di operare le valutazioni di competenza in ordine alla sua integrità ed affidabilità.

8.2 - Non appare risolutivo il fatto che gli illeciti, in base alla prospettazione di parte appellante, fossero risalenti ad oltre tre anni prima, non dovendosi tenere conto della loro impugnazione giudiziale, posto che il giudizio circa la relativa rilevanza deve essere semmai demandato all'amministrazione in coerenza con quanto innanzi esposto ed in conformità alla giurisprudenza alla quale si intende aderire (cfr. Cons. St. 6530/2018, 3592/2018).

In ogni caso, in ordine al significato del concetto di "definitività" della sanzione irrogata dall'AGCM la giurisprudenza di questo Consiglio (Commissione Speciale n. 2616/2018) ha

ritenuto che tale connotato vada inteso "o quale inoppugnabilità del provvedimento dell'AGCM perché non contestato; ovvero, laddove invece contestato in giudizio, dalla sua conferma in giudizio".

La tesi parte appellante si scontra infine con quanto dettato dal *D.L. 18 aprile 2019, n. 32*, secondo cui: "Nei casi di cui al comma 5, la durata della esclusione è pari a tre anni, decorrenti dalla data di adozione del provvedimento amministrativo di esclusione ovvero, in caso di contestazione in giudizio, dalla data di passaggio in giudicato della sentenza. Nel tempo occorrente alla definizione del giudizio, la stazione appaltante deve tenere conto di tale fatto ai fini della propria valutazione circa la sussistenza del presupposto per escludere dalla partecipazione alla procedura l'operatore economico che l'abbia commesso".

8.3 - Non può inoltre ritenersi che l'ammissione alla gara delle contro interessate sia dipesa dalla considerazione delle misure di self cleaning adottate da entrambe in epoca successiva alle sanzioni AGCM, dal momento che dall'esame degli atti di gara si evince chiaramente che la stazione appaltante non ha valutato affatto tale profilo; tant'è vero che nei verbali della commissione giudicatrice non c'è traccia di alcuna motivazione sul punto.

9 - Per le ragioni esposte deve trovare conferma la sentenza impugnata, con la seguente puntualizzazione al fine di meglio delineare gli effetti conformativi derivanti dalla presente sentenza.

Appare infatti necessario precisare, posto che al riguardo la sentenza di primo grado non esamina compiutamente il problema seppur al punto n. 6 della motivazione profili l'eventualità dell'esclusione dell'appellante, come dalla presente decisione non debba necessariamente derivare l'esclusione delle prime due classificate in considerazione del vizio dichiarativo riscontrato nella loro offerta. La stazione appaltante dovrà invece svolgere, nell'ambito della discrezionalità che le è propria, la valutazione di integrità e affidabilità dei concorrenti, senza alcun automatismo espulsivo.

In conformità all'insegnamento dell'Adunanza Plenaria già citata, nel contesto di questa valutazione l'amministrazione dovrà stabilire se l'informazione è effettivamente falsa o fuorviante; se inoltre la stessa era in grado di sviare le proprie valutazioni; ed infine se il comportamento tenuto dall'operatore economico incida in senso negativo sulla sua integrità o affidabilità. Del pari dovrà stabilire allo stesso scopo se quest'ultimo ha omesso di fornire informazioni rilevanti, sia perché previste dalla legge o dalla normativa di gara, sia perché evidentemente in grado di incidere sul giudizio di integrità ed affidabilità. Sempre in tale contesto potrà prendere in considerazione le misure di self cleaning adottate da entrambe le società in epoca successiva alle sanzioni AGCM.

Invero, come già argomentato dall'Adunanza Plenaria citata: "qualora sia mancata, una simile valutazione non può essere rimessa al giudice amministrativo. Osta a ciò, nel caso in cui tale valutazione sia mancata, il principio di separazione dei poteri, che in sede processuale trova emersione nel divieto sancito dall'art. 34, comma 2, del codice del processo amministrativo (secondo cui il giudice non può pronunciare "con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati")".

10 - Tali ultime considerazioni risultano idonee a compensare le spese di lite del presente grado di appello.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) respinge l'appello e compensa le spese di lite.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 26 novembre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Sergio De Felice, Presidente

Vincenzo Lopilato, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

Dario Simeoli, Consigliere

Giordano Lamberti, Consigliere, Estensore

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V, SENTENZA N. 575 DEL 19 GENNAIO 2021.
QUANDO IL DIES A QUO DELL'IMPUGNAZIONE DECORRE DALL'ACCESSO AGLI
ATTI DI GARA.

La decisione del Consiglio di Stato, si riferisce ad un caso in cui, a causa delle omesse comunicazioni di cui all'articolo 76 del Codice, diventa decisivo l'accesso agli atti per identificare il termine entro il quale proporre impugnazione.

Più in particolare, il Consiglio di Stato richiama integralmente una decisione dell'Adunanza plenaria che, con la sentenza 2 luglio 2020, n. 12, ha predisposto uno schema articolato in momenti diversi di possibile conoscenza degli atti di gara ad ognuno dei quali corrispondono precise condizioni affinché possa aversi decorrenza del termine di impugnazione dell'aggiudicazione, in base alla considerazione, di carattere generale, per la quale l'individuazione della decorrenza del termine per ricorrere “continua a dipendere dal rispetto delle disposizioni sulle formalità inerenti alla “informazione” e alla “pubblicizzazione” degli atti, nonché dalle iniziative dell'impresa che effettui l'accesso informale con una “richiesta scritta” per la quale sussiste il termine di quindici giorni previsto dall'art. 76, 2° comma, del “secondo codice” applicabile per identità di ratio anche all'accesso informale”. Più precisamente l'Adunanza plenaria ha modulato tale decorrenza nei termini che seguono:

- a) dalla pubblicazione generalizzata degli atti di gara – comprensiva anche dei verbali (ivi comprese le operazioni tutte e le valutazioni operate dalle commissioni di gara delle offerte presentante) ai sensi dell'art. 29, comma 1, ultima parte, d.lgs. n. 50 del 2016;
- b) dall'acquisizione, per richiesta della parte o per invio officioso, delle informazioni di cui all'art. 76 d.lgs. n. 50 del 2016 ma solo a condizione che esse “consentano di avere ulteriori elementi per apprezzare i vizi già individuati o per accertarne altri”, così da permettere la presentazione non solo dei motivi aggiunti ma anche del ricorso principale;
- c) dalla proposizione dell'istanza di accesso agli atti di gara con conseguente dilazione temporale fino al momento in cui è consentito l'accesso se “i motivi di ricorso conseguano alla conoscenza dei documenti che completano l'offerta dell'aggiudicatario ovvero delle giustificazioni rese nell'ambito del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta”;
- d) dalla comunicazione o dalla pubblicità nelle forme individuate negli atti di gara ed accettate dai partecipanti alla gara “purché gli atti siano comunicati o pubblicati unitamente ai relativi allegati”.

Di seguito la sentenza in commento.

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

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 4696 del 2020, proposto da

I.V.P. s.a.s., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Vittorio Nista e Virginio Nista, con domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di Giustizia;

contro

Consorzio per la B.C., in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dall'avvocato Nicola Libero Zingrillo, con domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di Giustizia;

nei confronti

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

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale amministrativo regionale per la Puglia (Sezione Terza) n. 00600/2020, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Consorzio per la B.C.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 dicembre 2020 il Cons. Federico Di Matteo e data la presenza degli avvocati Vittorio Nista e Nicola Libero Zingrillo;

Svolgimento del processo

1. Per determinazione dirigenziale del Consorzio per la B.C. 17 maggio 1991, n. 758 l'I.V.P. s.a.s. svolgeva il servizio di guardiania presso il complesso "Tre Titoli" (detto anche impanato irriguo "Pozzilli" in agro di San Paolo di Civitate) e presso il complesso "Vaccareccia" in agro di Lesina, per il corrispettivo di Euro 1.652,64 oltre a Iva mensili.

1.1. Con lettera dell'11 giugno 2019 il Consorzio comunicava l'indizione di una procedura di gara ai sensi dell'*art. 36, comma 2, lett. b) D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50*, per l'affidamento, con il criterio del minor prezzo, del "Servizio di vigilanza dell'impianto irriguo Pozzilli in agro di San Paolo di Civitate", invitando l'I.V.P. s.a.s. a presentare una propria offerta, come, infatti, avveniva il 20 giugno 2019.

1.2. Con nota 14 gennaio 2020 prot. 867/2020 il Consorzio intimava alla società disdetta dal contratto di appalto del servizio di vigilanza di entrambi i complessi poiché "... a seguito di apposita procedura di gara (...), il servizio in questione è stato affidato ad altra ditta".

Afferma l'I.V.P. s.a.s. di aver così appreso che la procedura di gara si era conclusa con aggiudicazione ad altra impresa, non avendo ricevuto preventiva comunicazione ex *art. 76, comma 5, d.lgs. n. 50* e di aver, allora, presentato formale istanza di accesso agli atti di gara mediante nota trasmessa al Consorzio via PEC il 16 gennaio 2020 (e a mani il 17 gennaio 2020).

Non ricevendo formale riscontro, inoltrava diversi solleciti (l'ultimo dei quali il 14 febbraio 2020) e solamente il 17 febbraio 2020 le veniva concesso di accedere agli atti di gara; poteva così apprendere che con determinazione presidenziale 1 agosto 2019 n. 621 il contratto era stato aggiudicato alla S.C.S. s.r.l. che aveva offerto per l'intera durata del servizio (mesi 24 dalla consegna) un prezzo pari ad Euro 26.400,00 oltre Iva e così il minor prezzo per l'esecuzione del servizio.

2. Con ricorso al Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, notificato il 16 marzo 2020, l'I.V.P. s.a.s. impugnava il provvedimento di aggiudicazione e gli atti di gara sulla base di tre motivi di ricorso.

Era proposta, altresì, domanda di risarcimento del danno per equivalente pecuniario.

Si costituiva il Consorzio per la B.C. con eccezioni pregiudiziali di rito.

2.1. Il giudice di primo grado, con la sentenza della sezione terza, 30 aprile 2020, n. 600, dichiarava irricevibile il ricorso in quanto tardivamente proposto.

Il tribunale riteneva irrilevante che la ricorrente non avesse ricevuto la comunicazione di avvenuta aggiudicazione del contratto ai sensi dell'art. 76, comma 5, del codice dei contratti pubblici per aver conosciuto dell'aggiudicazione sin dalla data di comunicazione della disdetta contrattuale (il 14 gennaio 2020) o, comunque dalla nota di riscontro ad essa del suo difensore (il 24 gennaio 2020), rispetto alle quali il ricorso, notificato il 17 marzo 2020, era comunque tardivamente proposto.

Dichiarava il giudice di aderire all'orientamento giurisprudenziale per il quale la conoscenza del provvedimento dal quale decorrono i termini di impugnazione è integrata dalla cognizione dei suoi elementi essenziali, del suo contenuto dispositivo e della sua lesività rispetto agli interessi della parte ricorrente, potendo far valere con motivi aggiunti le ulteriori ragioni di illegittimità acquisite mediante conoscenza successiva degli atti.

La domanda risarcitoria - a volerla considerare tempestivamente proposta nel termine decorrente dal ricevimento della disdetta o dall'invio della nota di riscontro - era ritenuta inammissibile per mancanza di causa petendi, o, comunque, del presupposto della illegittimità degli atti impugnati in quanto: a) relativamente ai vizi supposti con il primo motivo di ricorso, nessuna verifica su eventuali anomalie delle offerte è imposta in presenza di due sole offerte, e, comunque, ad un "esame sommario delle offerte" era possibile verificare che l'importo offerto dalla controinteressata risultava essere allineato al costo storico del servizio, il ribasso rispetto alla base d'asta non significativo e che le due offerte presentavano differenze di poco conto, considerata l'inconferenza del richiamo alle tabelle ministeriali dei servizi di vigilanza in mancanza nelle lettere di invito dell'esatto computo delle ore-uomo necessarie; b) quanto al secondo motivo, non qualificabile come ragione di esclusione il sopralluogo operato dal rappresentante della società controinteressata oltre il termine fissato nella lettera di invito, poiché, in ragione della ratio cui risponde la preventiva verifica dei luoghi di esecuzione del servizio, solo la mancanza assoluta del sopralluogo poteva condurre all'esclusione dell'impresa; c) il terzo motivo, diretto a censurare la mancata comunicazione dell'aggiudicazione ex art. 76, comma 5, del codice dei contratti pubblici, era suscettibile di incidere sulla tempestività del ricorso, non condurre alla caducazione del provvedimento.

3. Propone appello l'I.V.P. s.a.s.; si è costituito il Consorzio per la B.C..

Il Consorzio per la B.C. ha presentato memoria ex art. 73, comma 1, cod. proc. amm., cui è seguita replica dell'I.V.P. s.a.s..

All'udienza del 15 dicembre 2020 la causa è stata assunta in decisione.

Motivi della decisione

1. Con l'unico motivo di appello l'I.V.P. s.a.s. contesta la decisione di irricevibilità del ricorso per tardività per "Violazione di legge, errata applicazione dell'art. 120 comma 5 c.p.a..".

L'appellante ritiene erronea la fissazione del dies a quo per l'impugnazione del provvedimento di aggiudicazione al 14 gennaio 2020, data in cui ha ricevuto la comunicazione di disdetta dal contratto, priva tuttavia di indicazioni relative "all'ammissione e/o esclusione dell'offerta presentata dalla ricorrente, agli offerenti che avevano partecipato, al numero di offerte valide, al provvedimento di aggiudicazione ed al soggetto aggiudicatario"; come pure al 24 gennaio 2020, data di invio della nota legale di contestazione della disdetta, ma in cui essa appellante continuava ad ignorare "il contenuto, gli estremi del provvedimento di aggiudicazione e le generalità del soggetto aggiudicatario, ovvero tutti gli elementi basilari per la predisposizione del ricorso". Secondo l'Istituto di Vigilanza, in mancanza di pubblicazione sul profilo del committente del provvedimento di aggiudicazione - avvenuta solo a partire dal 17 marzo 2020, risultando in precedenza la gara ancora "in corso di valutazione" - come pure di comunicazione dell'avvenuta aggiudicazione ai sensi dell'*art. 76 D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50*, il dies a quo dell'impugnazione andrebbe fissato al 17 febbraio 2020: a questa data infatti la stazione appaltante, dopo diversi solleciti, le consentiva l'accesso agli atti di gara, grazie al quale poteva prendere conoscenza dell'effettivo esito della gara, dell'identità dell'offerente aggiudicatario, del contenuto della relativa offerta e degli estremi e del contenuto del provvedimento di aggiudicazione.

2. Il motivo è fondato; la sentenza di primo grado va riformata per aver dichiarato irricevibile il ricorso in quanto tardivamente proposto.

2.1. La questione della decorrenza del termine di impugnazione degli atti di una procedura di gara per l'affidamento di un contratto di appalto è stata affrontata e risolta dall'Adunanza plenaria con la sentenza 2 luglio 2020, n. 12, mediante la predisposizione di uno schema articolato in momenti diversi di possibile conoscenza degli atti di gara ad ognuno dei quali corrispondono precise condizioni affinché possa aversi decorrenza del termine di impugnazione dell'aggiudicazione, in base alla considerazione, di carattere generale, per la quale l'individuazione della decorrenza del termine per ricorrere "continua a dipendere dal rispetto delle disposizioni sulle formalità inerenti alla "informazione" e alla "pubblicizzazione" degli atti, nonché dalle iniziative dell'impresa che effettui l'accesso informale con una "richiesta scritta" per la quale sussiste il termine di quindici giorni previsto dall'*art. 76, 2comma, del "secondo codice"* applicabile per identità di ratio anche all'accesso informale". Più precisamente l'Adunanza plenaria ha modulato tale decorrenza nei termini che seguono:

- a) dalla pubblicazione generalizzata degli atti di gara - comprensiva anche dei verbali (ivi comprese le operazioni tutte e le valutazioni operate dalle commissioni di gara delle offerte presentate) ai sensi dell'*art. 29, comma 1, ultima parte, D.Lgs. n. 50 del 2016*;
- b) dall'acquisizione, per richiesta della parte o per invio officioso, delle informazioni di cui all'*art. 76 D.Lgs. n. 50 del 2016* ma solo a condizione che esse "consentano di avere ulteriori elementi per apprezzare i vizi già individuati o per accertarne altri", così da permettere la presentazione non solo dei motivi aggiunti ma anche del ricorso principale;
- c) dalla proposizione dell'istanza di accesso agli atti di gara con conseguente dilazione temporale fino al momento in cui è consentito l'accesso se "i motivi di ricorso conseguano alla conoscenza dei documenti che completano l'offerta dell'aggiudicatario ovvero delle giustificazioni rese nell'ambito del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta";

d) dalla comunicazione o dalla pubblicità nelle forme individuate negli atti di gara ed accettate dai partecipanti alla gara "purchè gli atti siano comunicati o pubblicati unitamente ai relativi allegati".

2.2. Applicando il predetto schema alla vicenda in esame, anche alla luce delle contrapposte allegazioni delle parti, si ha che:

- è pacifico tra le parti che l'avvenuta aggiudicazione alla S.C.S. s.r.l. non è stata mai comunicata nelle forme previste dall'*art. 76 D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50*;
- non v'è prova che la pubblicazione sul profilo del committente sia avvenuta tempestivamente e in maniera completa così come richiesto dall'Adunanza plenaria, poiché a fronte della circostanziata censura dell'appellante (che ha depositato la stampa della pagina web del 17 marzo 2020, in cui la procedura di gara risulta "in corso di valutazione" ed allegato il solo verbale contenente la "proposta di aggiudicazione"), la stazione appaltante ha replicato in maniera generica affermando di aver pubblicato la delibera di approvazione degli esiti della gara - e, quindi, comunque, non anche tutti gli atti della stessa - il 1 agosto 2019 sull'Albo consortile cartaceo e in quello on line, senza peraltro dare sicura prova nei depositi documentali;
- solo con l'istanza del 16 gennaio 2020, tempestivamente effettuata in seguito all'avvenuta conoscenza della conclusione della procedura di gara (con la lettera di disdetta del 14 gennaio 2020), cui è stato dato riscontro consentendo l'accesso il 17 febbraio 2020, l'appellante ha acquisito conoscenza degli atti di gara;
- è irrilevante la comunicazione di disdetta dal contratto del 14 gennaio 2020, poiché essa non conteneva alcun elemento utile a predisporre il ricorso principale (se si considera che neppure era indicato il nominativo dell'aggiudicatario), né tantomeno v'erano allegati gli atti di gara, come pure la contestazione della disdetta del 24 gennaio 2020, in quanto meramente dichiarativa della volontà di continuare nell'esecuzione del contratto e non contenente elementi di presuntiva conoscenza degli atti della procedura.

2.3. In conclusione, il dies a quo per la proposizione del ricorso introduttivo del giudizio va individuato nel 17 febbraio 2020, data di accesso agli atti della procedura, per cui il ricorso notificato il 16 marzo 2020 è tempestivamente proposto.

3. Può, dunque, passarsi all'esame dei motivi del ricorso principale al fine di vagliare la fondatezza della domanda di annullamento dell'aggiudicazione proposta in via principale.

Il primo motivo è diretto a contestare il provvedimento di aggiudicazione per "Eccesso di potere, difetto di istruttoria, illogicità e violazione di legge"; l'appellante, preliminarmente, espone i criteri seguiti per la determinazione del costo della manodopera da inserire necessariamente nell'offerta economica secondo le indicazioni della lettera di invito: considerato per il servizio di vigilanza cinque visite giornaliere, con l'aggiunta di ulteriori due visite nei giorni di sabato, domenica e festivi, e stimando il tempo materiale minimo di visita di circa 19 - 20 minuti, era giunta a calcolare l'utilizzo necessario di una guardia giurata particolare per circa 52 ore mensili (13 ore settimanali) con un costo della manodopera mensile pari a Euro 843,66, in applicazione del costo medio orario per il personale dipendente dagli istituti di vigilanza privata per la Regione Puglia (riportato nelle tabelle ministeriali allegate al *D.M. 21 marzo 2016*); e così fissando la cifra complessiva per il costo della manodopera per l'intera durata del servizio in Euro 20.248,00.

Precisa che la controinteressata aveva offerto un costo del servizio sostanziale equivalente, pari a Euro 26.400,00, ma con l'indicazione della componente relativa al costo della manodopera nettamente inferiore e pari ad Euro 8.800,00; lamenta, allora, che, a fronte di tale discrepanza e in presenza di un costo della manodopera di gran lunga inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle ministeriali, la stazione appaltante avrebbe dovuto svolgere la verifica di cui all'*art. 95, comma 10, D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50*, sul rispetto dei minimi salariali ed eventualmente richiede spiegazioni prima di procedere all'aggiudicazione.

Contesta, pertanto, la sentenza di primo grado per aver, seguendo le difese della stazione appaltante, ritenuto sufficiente un sommario esame delle offerte per escludere qualsivoglia violazione in punto di corretta determinazione del costo di lavoro.

3.1. Il secondo motivo è diretto a contestare l'aggiudicazione per "Eccesso di potere, violazione dei termini procedurali": a parere dell'appellante, il sopralluogo presso l'impianto oggetto del servizio avvenuto oltre il termine imposto dalla lettera di invito (alla pag. 5 "...entro dieci giorni prima della scadenza del termine per la presentazione delle offerte...") comporterebbe l'esclusione dalla procedura; aggiunge che tale effetto deve conseguire non solo al mancato sopralluogo ma anche al ritardato sopralluogo, sul rilievo che l'adempimento in questione ha lo scopo di consentire ai concorrenti di formulare un'offerta che tenga in adeguata considerazione le effettive esigenze e caratteristiche del servizio richiesto e che per questo sia elaborata in maniera ponderata in un tempo adeguato.

4. Il primo motivo è fondato; il secondo è infondato.

4.1. Per quanto l'*art. 97 (Offerte anormalmente basse)*, commi 2, 2 - bis) e 3 - bis) del codice dei contratti pubblici riserva la verifica di anomalia dell'offerta, in caso di contratto da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso, alla condizione della presenza in un numero di offerte ammesse pari o superiore a cinque, l'*art. 95 (Criteri di aggiudicazione dell'appalto)*, comma 10, del medesimo codice specifica, nel suo ultimo periodo, che: "Le stazioni appaltanti, relativamente ai costi della manodopera, prima dell'aggiudicazione, procedono a verificare il rispetto di quanto previsto all'articolo 97, comma 5, lettera d)", vale a dire che il costo del personale non sia inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle di cui all'articolo 23, comma 16 (cfr. Cons. Stato, V, 8 gennaio 2021, n. 283, nonché, per ulteriore approfondimento sui rapporti tra le due disposizioni, cfr. Cons. Stato, V, 13 marzo 2020, n. 1818).

4.2. Il giudice di primo grado ha ritenuto corretta l'aggiudicazione perché l'esame sommario delle due offerte concorrenti non spingeva ad ulteriori approfondimenti, in particolare, per essere il costo del servizio offerto sostanzialmente equivalente e, comunque, allineato al costo storico e, comunque, il ribasso a base d'asta non significativo.

Il ragionamento non convince: ammesso pure che le offerte possano vagliarsi sommariamente, già solo una superficiale lettura dell'offerta della controinteressata avrebbe dovuto indurre la stazione appaltante ad ulteriori approfondimenti in relazione proprio al rispetto dei limiti minimi retributivi del personale dipendente.

Se è vero, infatti, che il costo complessivo del servizio offerto dalle due concorrenti risultava sostanzialmente equivalente, v'è un dato di evidente differenziazione tra le due: la S.C.S. s.r.l. fissava in Euro 8.800,00 il costo della manodopera, a fronte del costo della manodopera stimato dall'appellante in Euro 20.248,00, e senza che fosse dato evincere a cosa si riferissero

i restanti costi - evidentemente preponderanti rispetto a quello della manodopera in un servizio che, invece, è di gran lunga incentrato sull'attività lavorativa dei dipendenti - in grado di condurre ad un costo finale del servizio pari ad Euro 26.400,00.

4.3. In conclusione sul punto, alla luce del costo della manodopera indicato dalla S.C.S.. S.r.l. nella propria offerta e della percentuale con cui lo stesso incideva sul costo complessivo offerto, la stazione appaltante era tenuta ad effettuare ogni approfondimento necessario a verificare il rispetto dei minimi salariali retributivi indicati nelle tabelle ministeriali, come pure la serietà e l'attendibilità dell'offerta ricevuta.

4.4. E' infondato, invece, il secondo motivo poiché il tardivo sopralluogo non può essere causa di esclusione dalla procedura di gara.

La giurisprudenza amministrativa ha attribuito all'obbligo di sopralluogo un ruolo sostanziale, e non meramente formale, per consentire ai concorrenti di formulare un'offerta consapevole e più aderente alle necessità dell'appalto essendo esso strumentale a garantire una completa ed esaustiva conoscenza dello stato dei luoghi e conseguentemente funzionale alla miglior valutazione degli interventi da effettuare in modo da formulare, con maggiore precisione, la migliore offerta tecnica ed economica (cfr. Cons. Stato, III, 12 ottobre 2020, n. 6033; VI, 23 giugno 2016, n. 2800; IV, 19 ottobre 2015, n. 4778) e, tuttavia, ha anche dubitato della correttezza della sua previsione a pena di esclusione dalla partecipazione alla gara nella vigenza del nuovo codice dei contratti pubblici, sia per la formulazione dell'art. 79, comma 2, che fa sì riferimento alle ipotesi in cui "le offerte possono essere formulate soltanto a seguito di una visita dei luoghi o dopo consultazione sul posto dei documenti di gara", ma solo per farne conseguire la necessità che i termini per la presentazione delle offerte siano calibrati in modo che gli operatori interessati "possano prendere conoscenza di tutte le informazioni necessarie per presentare le offerte", senza, dunque, derivarne effetti espulsivi automatici in caso di mancato compimento, e sia per possibile contrasto con i principi di massima partecipazione alle gare e divieto di aggravio del procedimento, ogni qualvolta, per le peculiarità del contratto da affidare, la sua inosservanza in alcun modo impediva il perseguimento dei risultati verso cui era diretta l'azione amministrativa, né il suo adempimento poteva dirsi funzionale a garantire il puntuale rispetto delle ulteriori prescrizioni imposte dalla legge di gara (cfr. Cons. Stato, V, 29 maggio 2019, n. 3581).

Per le predette considerazioni, allora, il disciplinare di gara - a tutto voler concedere, e cioè senza soffermarsi sulla compatibilità con il principio di tassatività delle cause di esclusione - andava inteso in senso restrittivo, oltre che reso coerente con il favor participationis alle procedure di affidamento di contratti pubblici, come comportante l'esclusione per il solo mancato sopralluogo e non anche in caso di sopralluogo ritardato, come avvenuto nel caso di specie; situazione, questa, che può riverberarsi sulla adeguata formulazione dell'offerta e non sulla partecipazione del concorrente alla procedura di gara.

Le altre censure svolte dall'appellante - in punto di carenza di immedesimazione organica del soggetto che ha eseguito il sopralluogo - sono infondate per essere la dichiarazione di presa visione dei luoghi depositata in atti sottoscritta da soggetto delegato dalla società (e che la società potesse dar delega a proprio dipendente consentito dal disciplinare).

4.5. Il terzo motivo, con il quale è contestata la mancata comunicazione dell'aggiudicazione, è assorbito.

5. L'appellante, nelle conclusioni rassegnate, ha riproposto la domanda di annullamento degli atti impugnati, di dichiarazione di inefficacia del contratto stipulato con la controinteressata ex tunc e di subentro nel contratto; in via subordinata, poi, ha domandato la condanna della stazione appaltante al risarcimento del danno per equivalente.

Non v'è in atti copia del contratto stipulato con l'aggiudicataria S.C.S. s.r.l., ma con la memoria di costituzione il Consorzio ha allegato copia del verbale di avvio dell'esecuzione del servizio da parte dell'aggiudicataria datato 22 giugno 2020 in cui le parti sottoscrivono la clausola di voler eseguire il servizio "ai patti e alle condizioni previsti nei documenti di gara e dell'offerta economica presentata in sede di gara".

Nella memoria difensiva depositata in vista della camera di consiglio del 16 luglio 2020 l'appellante ha allegato di aver continuato a svolgere il servizio di vigilanza in forza di proroga fino al 17 giugno 2020 e che la S.C.S. s.r.l. aveva successivamente rinunciato all'esecuzione del contratto con conseguente affidamento diretto del servizio ad altro soggetto, depositando quale elemento di prova una mail proveniente dalla controinteressata e diretta al Consorzio di bonifica in cui la società esprimeva la richiesta di valutare congiuntamente "un possibile nostro esonero dal prosieguo del servizio di vigilanza di cui alla suddetta gara, considerato peraltro il notevole lasso di tempo trascorso nostro malgrado sino ad oggi".

Il Consorzio di Bonifica, da parte sua, nulla ha allegato circa le predette circostanze sopravvenute.

5.1. Alla luce della documentazione allegata, pertanto, non può dirsi raggiunta la prova dell'intervento nuovo affidamento del medesimo servizio ad altro operatore in seguito a procedura di gara, sebbene non possa escludersi che sia intervenuta un affidamento meramente temporaneo; né che il contratto stipulato con la S.C.S. s.r.l. - che è da presumere le parti hanno inteso concluso con il verbale di avvio di esecuzione del servizio sottoscritto da entrambe - sia stato medio tempore risolto.

Può dunque essere accolta la domanda di annullamento degli atti di gara nei termini di cui in precedenza con dichiarazione di inefficacia del contratto con S.C.S. s.r.l. sin dalla sua stipulazione (22 giugno 2020), in presenza delle condizioni previste dall'art. 122 cod. proc. amm.: a questo riguardo, l'appellante ha dimostrato interesse all'esecuzione del servizio, v'è per lui effettiva possibilità di conseguire l'aggiudicazione del servizio, il contratto non è stato eseguito.

La domanda di condanna al risarcimento del danno per equivalente, proposta in via dichiaratamente subordinata, è dunque assorbita.

6. La peculiarità della vicenda conduce a compensare tra le parti in causa le spese di entrambi i gradi del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie, e per gli effetti, in riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Puglia n. 600/2020, accoglie il ricorso di primo grado dell'I.V.P. s.a.s. nei termini di cui in motivazione.

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

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 15 dicembre 2020 tenuta con la modalità di cui all'art. 4, comma 1, D.L. 30 aprile 2020, n. 28 cui rinvia l'art. 25 D.L. 28 ottobre 2020, n. 137, con l'intervento dei magistrati:

Fabio Franconiero, Presidente FF

Valerio Perotti, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere, Estensore

Alberto Urso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III, SENTENZA N. 627 DEL 20 GENNAIO 2021.
GARE TELEMATICHE: IL PRINCIPIO DI PUBBLICITA'.

Con la sentenza in commento il Consiglio di Stato ha offerto delle rilevanti indicazioni in merito al corretto svolgimento delle gare telematiche.

In particolare, la pronuncia si è soffermata sul principio di pubblicità nelle gare telematiche che rappresenta un diretto corollario del principio di trasparenza e si pone in collegamento immediato con le esigenze di tutela della concorrenza e del funzionamento del mercato.

Ciò che rileva maggiormente è la preoccupazione circa la manomissione documentale e per tale ragione, viene affermato che nelle gare telematiche non è necessaria la seduta pubblica per l'apertura delle offerte tecniche ed economiche, in quanto proprio la gestione in via telematica offre quei sufficienti elementi di certezza che garantiscono la tracciabilità dell'invio e l'integrità dei documenti.

Di seguito la sentenza in commento.

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

sul ricorso numero di registro generale 10720 del 2019, proposto da C.I. s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Alfonso Celotto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Emilio de' Cavalieri 11;

contro

A. s.p.a. - A.R.C., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Viviana Fidani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Cristiano Bosin in Roma, viale delle Milizie n.34;

nei confronti

A.N.A.C. - Autorità Nazionale Anticorruzione, non costituita in giudizio;
per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta) n. 2450/2019.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di A. s.p.a. - A.R.C.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto da S.N. S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 dicembre 2020, svolta in modalità da remoto, il Cons. Umberto Maiello e dato atto della presenza, ai sensi di legge, degli avvocati delle parti come da verbale dell'udienza;

Svolgimento del processo - Motivi della decisione

1. Con determina prot. n. A..(...) del 30.11.2017, A.R.C. s.p.a. ("A."), ora A. s.p.a., indicava una procedura di gara per l'affidamento della fornitura di dispositivi per medicazioni con terapia a pressione negativa a favore degli Enti del Servizio Sanitario Regionale di cui all'art. 1 della L.R. n. 30 del 2006 e s.m.i. finalizzata alla stipula di convenzioni ex art. 26, L. n. 488 del 1999.

1.1. Il bando prevedeva un valore complessivo dell'appalto stimato in Euro 4.033.203,00 e la suddivisione della gara in 4 lotti. Il disciplinare di gara, al punto 1.1, stabiliva che i concorrenti potessero presentare offerte per uno o più lotti, fino al numero massimo di lotti previsto dalla procedura e, al successivo punto 6.1, disponeva che "stante il vincolo che prevede la possibilità di aggiudicare un numero massimo di lotti pari a due per ciascun Operatore Economico, ... nel caso in cui un concorrente si sia aggiudicato due lotti, non si procederà all'apertura della sua offerta riferita ai lotti successivi".

1.2. Con riferimento al lotto n. 4, relativo alla fornitura di un "sistema portatile per medicazione a pressione negativa monopaziente di dimensioni e peso contenuti con sistema di aspirazione a batteria - in ambito ospedaliero o territoriale", partecipavano alla gara due sole imprese: C.I. s.r.l. e S.N. s.r.l.

1.3. Tale ultima società, a differenza di C., presentava offerte anche per i lotti nn. 1 e 2 e ne conseguiva l'aggiudicazione. In applicazione della richiamata disposizione del disciplinare di cui al punto 6.1., la sua offerta in relazione al lotto n. 4 non veniva valutata e, pertanto, la stazione appaltante aggiudicava il lotto n. 4 a C.I., con la quale veniva stipulata la convenzione con pec inoltrata in data 15.3.2019.

1.4. Ciò nondimeno, a seguito della proposizione di ricorso giurisdizionale n.r.g. 583/2019 da parte di altro concorrente, il seggio di gara, nella seduta del 19 marzo 2019, in autotutela, escludeva S.N. dall'aggiudicazione del lotto n. 1 e, per l'effetto, nella medesima seduta riammetteva e valutava le offerte, tecnica ed economica, di S.N. per il lotto n. 4 in considerazione del venir meno del vincolo di aggiudicazione di massimo 2 lotti previsti dalla disciplina di gara. Ad esito dell'esperimento della procedura di gara relativamente al lotto n. 4 S.N. veniva graduata davanti a C.I., conseguendone l'aggiudicazione.

2. C.I., da parte sua, impugnava gli esiti della detta selezione e, con sentenza n. 2450 del 20.11.2019, qui appellata, il TAR per la Lombardia, sede di Milano, Sez. IV, dopo aver dichiarato inammissibili ovvero respinto nel merito le altre censure del ricorso principale, nonché dopo aver disatteso il ricorso incidentale, accoglieva il ricorso proposto da C. nella parte in cui la ricorrente lamentava la violazione delle regole in tema di pubblicità della gara relativamente alla fase dell'apertura dell'offerta economica e del connesso obbligo di portare preventivamente a conoscenza dei concorrenti il giorno, l'ora e il luogo della seduta della commissione di gara, in modo da garantire loro l'effettiva possibilità di presenziare allo svolgimento delle operazioni di apertura dei plichi pervenuti alla stazione appaltante. Il giudice di prime cure, dunque, ordinava alla stazione appaltante la rinnovazione della fase di gara relativa all'aggiudicazione del lotto n. 4 "successiva al "reingresso" della controinteressata", ritenendo che, in tal modo, l'istanza risarcitoria proposta da C. fosse stata adeguatamente soddisfatta in forma specifica.

3. C., ritenendo equivoca la portata conformativa della sentenza del TAR sulla rinnovazione, ha proposto appello per l'ipotesi in cui dovesse essere intesa come semplicemente volta alla riapertura della offerta economica in presenza delle parti, all'uopo articolando le seguenti censure:

a) se e nel caso in cui l'ordine impartito dal TAR alla stazione appaltante dovesse essere interpretato non come volto a disporre l'aggiudicazione del lotto n. 4 in favore di C.I. s.r.l., ovvero l'annullamento della procedura di gara inerente al lotto citato, la relativa statuizione sarebbe erronea, contraddittoria, illegittima oltreché, negli effetti, inutiliter data perché inidonea a ripristinare gli interessi violati. Tanto si evincerebbe dal raffronto tra le premesse contenute nel suindicato decisum sul rilievo sostanziale della violazione e le conseguenze contenute, in termini di invalidità parziale, che si intenderebbe da essa trarre;

b) in via subordinata, la sentenza sarebbe in ogni caso illegittima, in quanto in contrasto con il generale principio della domanda di cui *all'art. 112 c.p.c.* Il TAR, infatti, avrebbe errato nel circoscrivere l'effetto conseguente all'accoglimento della domanda demolitoria azionata, dovendo più correttamente disporre l'annullamento di tutti gli atti della gara volta all'aggiudicazione del lotto n. 4;

c) in via ulteriormente subordinata l'appellante lamenta l'erroneità della sentenza impugnata nella parte in cui ha dichiarato in parte inammissibile per carenza di interesse e in parte infondato il primo motivo di ricorso, con il quale C. aveva lamentato l'illegittimità dell'intera procedura di gara, facendo valere, rispetto alla suddetta pretesa, un interesse meramente strumentale. Sotto tale profilo, l'appellante ribadisce:

- l'illegittimità della procedura di gara per le evidenti contraddizioni tra bando e disciplinare quanto al numero dei lotti aggiudicabili;

- che anche a voler ritenere applicabile il disciplinare, che fissava in 2 lotti il limite dei lotti aggiudicabili, sussisterebbe, comunque, a cagione della concentrazione che ne deriverebbe, la violazione del principio di concorrenza e, in particolare, dell'*articolo 51 del D.Lgs. n. 50 del 2016*;

- l'illegittimità dell'articolo 6.1. del disciplinare nella parte in cui prevede la possibilità di riaprire la procedura di gara in modo non trasparente, anti - economico ed in violazione del principio di legittimo affidamento;

d) l'appellante ripropone, quindi, il terzo motivo del ricorso di primo grado, dichiarato assorbito ed incentrato sulla violazione del principio di affidamento maturato anche sul tenore della corrispondenza epistolare intercorsa con la stazione appaltante;

e) del pari, ripropone l'istanza risarcitoria che il TAR aveva ritenuto soddisfatta in forma specifica, dal momento che l'integrale soddisfazione degli interessi tutelati con la proposizione del ricorso giurisdizionale dinanzi al giudice amministrativo può discendere esclusivamente dal conseguimento dell'aggiudicazione o, al più, dall'integrale riedizione della procedura di gara.

3.1 Con atto depositato il 22 gennaio 2020 si è costituita nel presente giudizio di appello la controinteressata S.N., spiegando contestualmente appello incidentale col quale ha chiesto la riforma della sentenza di primo grado, previa sospensione cautelare della sua efficacia, affidando tale iniziativa alle seguenti censure:

a) l'unico effetto desumibile dalla decisione del TAR sarebbe l'onere di riconvocazione delle concorrenti nel corso di una seduta in cui, ferme restando le offerte legittimamente presentate

dalle offerenti nell'ambito della procedura di gara, la stazione appaltante dovrebbe limitarsi a confermare le valutazioni compiute: l'offerta di S. era, infatti, rimasta sospesa e la postergazione della riapertura dell'offerta economica non determinerebbe la riapertura della gara ovvero la rinnovazione dell'offerta;

b) la mancata partecipazione di C. alla seduta del 19.03.2019, comunque pubblica, nel corso della quale la Stazione appaltante ha proceduto alla mera apertura della busta economica, non integrerebbe un vulnus procedimentale, tale da legittimare la riedizione della valutazione, nel merito non contestata con specifiche censure;

c) il TAR avrebbe ulteriormente mancato di rilevare la carenza di interesse all'azione da parte di C., che non avrebbe allegato in giudizio elementi attestanti un plausibile esito a sé favorevole della successiva fase valutativa delle offerte;

d) S.N. ha formalmente riproposto i motivi non esaminati dal giudice di primo grado, introdotti col ricorso incidentale e illustrati con le memorie del 23.05.2019, redatta in vista della camera di consiglio, e del 26.09.2019, in replica, redatta in vista della pubblica udienza. 3.2 Si è, altresì, costituita l'Amministrazione intimata, che ha chiesto la reiezione dell'appello nonché di tutte le domande proposte col ricorso di primo grado, con vittoria di spese e onorari. Secondo l'Amministrazione il segmento procedimentale da rinnovare sarebbe solo quello successivo alla riammissione in gara della società controinteressata, appellante incidentale, tenendo ferme le offerte presentate dai concorrenti e, dunque, senza necessità di reiterare ab initio l'intera gara per il lotto in questione.

3.3. In data 12.06.2020, la stazione appaltante ha riunito la commissione giudicatrice, previa convocazione delle due ditte, ed ha proceduto alla rinnovazione della fase successiva al reingresso della società S.N. S.r.l. Di poi, con Det. del 18 settembre 2020, n. 637, ha annullato l'aggiudicazione disposta con Det. n. 63 del 29 febbraio 2019 in stretto riferimento ai lotti nn. 1 e 4 e aggiudicato rispettivamente il lotto n. 1 a L.R. S.r.l. ed il lotto n. 4 a S.N. S.r.l., atto comunque sub iudice per il nuovo ricorso (n. 1903/2020) depositato al TAR da C..

Al contempo, con sentenza n. 1152/2020, il Giudice dell'ottemperanza ha dichiarato il ricorso in executivis improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse.

3.4. All'udienza del 2.7.2020 il ricorso, già rinviato d'ufficio in applicazione dell'84 del *D.L. 17 marzo 2020, n. 18*, veniva nuovamente rinviato su istanza dell'appellante C. e, alla successiva udienza del 15.12.2020, è stato trattenuto in decisione.

4. Ritiene il Collegio che l'appello principale sia infondato. A tanto consegue l'improcedibilità dell'appello incidentale.

4.1. Va, anzitutto, disattesa l'eccezione di improcedibilità sollevata dall'appellata S.N. S.r.l. secondo cui l'appello principale sarebbe improcedibile a cagione dell'omessa impugnativa del provvedimento prot.IA.(...) del 8.06.2020 con il quale la stazione appaltante comunicava di procedere con la rinnovazione della fase e convocava le società alla seduta pubblica del 12.06.2020. E tanto, nella prospettazione di parte, troverebbe conferma nella decisione di improcedibilità del giudice dell'ottemperanza pubblicata il 22.6.2020.

Di contro, giova rammentare che C. ha dichiaratamente spiegato appello avverso la sentenza di prime cure a fini cautelativi, vale a dire per il caso in cui la statuizione resa dal TAR dovesse essere interpretata nel senso di consentire, previa riconvocazione in seduta pubblica anche di C.I. s.r.l., l'aggiudicazione del Lotto n. 4 a S.N. s.r.l. sulla scorta della rivalutazione di buste già aperte in assenza dell'appellante. E', dunque, di tutta evidenza che la condizione sotto la

quale C.I. S.r.l. aveva proposto appello si è, per effetto dei suindicati sviluppi, addirittura stabilizzata in via definitiva, conclamando, pertanto, la permanenza dell'interesse dell'appellante principale all'ulteriore coltivazione del gravame.

4.2. Vanno, inoltre, qualificati come tardivi ai sensi e per gli effetti di cui al combinato disposto degli articoli 73 e 119 del c.p.a. i documenti depositati in data 26.11.2020 da S.N. s.r.l. e la memoria depositata da A. il 30.11.2020, sicché di essi non si terrà conto.

E', infatti, noto che, nel processo amministrativo, i termini fissati dall' art. 73 c.p.a . per il deposito in giudizio di memorie difensive e documenti hanno carattere perentorio in quanto espressione di un precetto di ordine pubblico sostanziale posto a presidio del contraddittorio e dell'ordinato lavoro del giudice, con la conseguenza che la loro violazione conduce alla inutilizzabilità processuale delle memorie e dei documenti presentati tardivamente, da considerarsi tamquam non essent (cfr. Consiglio di Stato , sez. V , 09/01/2019 , n. 194).

5. In prospettiva metodologica il Collegio ritiene di dover muovere dalla disamina dell'appello principale anche in ragione del fatto che non hanno pregio, le eccezioni formulate dalla controinteressata nella parte in cui sono volte ad estendere, in apice, all'intero ricorso, per profili ulteriori e diversi, la sanzione di inammissibilità già in parte comminata dal giudice di prime cure.

5.1. Ed, invero, di certo non è possibile assegnare alla clausola di cui all'articolo 6.1. del disciplinare, per i riflessi penalizzanti concretizzatisi nell'assegnazione del lotto 4, una valenza ab imis preclusiva al punto da pretendere l'immediata impugnazione secondo i principi espressi da ultimo nella decisione dell'Adunanza Plenaria n. 4 del 26.4.2018.

L'effetto lesivo rinveniente dall'applicazione di tale clausola, nella parte in cui governa secondo un meccanismo progressivo l'assegnazione dei lotti, si è, invero, qui determinato solo a seguito ed in ragione della concreta operatività del meccanismo di recupero dell'operatore originariamente aggiudicatario del lotto 1, evenienza questa imprevedibile al momento della pubblicazione degli atti di gara, di per se stessi privi di immediata valenza lesiva.

Deve, pertanto, concludersi per la ritualità e tempestività dell'impugnazione di tale prescrizione unitamente all'atto di aggiudicazione in favore della controinteressata.

5.2. Né è possibile convalidare l'ulteriore obiezione qui riproposta da S. come motivo di gravame nell'appello incidentale ed incentrata sulla pretesa carenza di interesse di C. alla coltivazione della propria azione impugnatoria per mancato superamento della prova di resistenza, nonostante l'essenzialità di tale adempimento nell'ipotesi in cui l'impugnativa prefiguri, come nel caso di specie, un annullamento parziale della gara e una rinnovazione della stessa mediante rivalutazione delle offerte già formulate.

E ciò in considerazione della ragione assorbente per cui le deduzioni censoree di C. riflettono una portata più ampia estendendosi, anche indipendentemente dalle implicazioni connesse alla violazione dell'obbligo di pubblicità della seduta dedicata all'apertura delle offerte, all'intera disciplina di gara sì da attrarre nel fuoco della contestazione, tra l'altro, la predicabilità, nei termini in cui è stato concretamente applicato, del meccanismo di recupero previsto dalla citata disposizione di cui all'articolo 6.1. del disciplinare.

6. Tanto premesso, e procedendo nel medesimo ordine espositivo seguito dall'appellante deve, anzitutto, rilevarsi come il giudice di prime cure abbia chiaramente perimetrato nel proprio decisum gli effetti della propria statuizione di annullamento evidenziando, a tal riguardo, che l'accoglimento del ricorso è sufficiente a "travolgere l'intera fase della gara successiva al

reingresso della controinteressata, con il conseguente obbligo per la stazione appaltante di rinnovare tale fase".

6.1. E', dunque, di tutta evidenza come l'effetto demolitorio, in ragione di quanto espressamente previsto nel suindicato dictum, non involga l'intera procedura di gara ma resti circoscritto solo ad una parte di essa, vale a dire al segmento successivo al reingresso della controinteressata conseguente all'aggiudicazione in suo favore del lotto 1, tenendo dunque ferme le offerte presentate dai concorrenti.

Resta, dunque, confermata la lettura della sentenza impugnata che, nel costruito giuridico dell'appellante, costituisce la premessa da cui muovono le contestazioni affidate al mezzo qui in rilievo.

7. Orbene, passando in rassegna secondo l'ordine tracciato i motivi del gravame principale, vanno anzitutto esaminate le doglianze incentrate sull'effetto di totale invalidazione che, nella detta prospettazione, necessariamente consegue alla violazione del principio di pubblicità riferito alla seduta pubblica del 19 marzo 2019 relativamente al lotto n. 4.

7.1. A tal riguardo, deve rilevarsi, in punto di fatto, come costituisca un dato acquisito la circostanza che l'odierna appellante non sia stata posta in condizione di partecipare alla detta seduta con la conseguenza che non può dubitarsi come, dal punto di vista procedurale, lo svolgimento dei lavori del seggio di gara, per quanto di più diretto interesse, sia avvenuto in palese distonia con il divisato principio di pubblicità che, anche alla stregua del chiaro disposto di cui all'*articolo 30 del D.Lgs. n. 50 del 2016*, nonché dello stesso articolo 6.1. del disciplinare, avrebbe dovuto informare le modalità di incedere della stazione appaltante.

7.2. Com'è noto il principio di pubblicità, quale diretto corollario del principio di trasparenza, con le sue puntuali applicazioni, costituisce un indefettibile momento qualificante delle procedure di evidenza pubblica anche in ragione dei rapporti di immediato e diretto collegamento con le esigenze di tutela della concorrenza e di corretto funzionamento del mercato.

Proprio in ragione di ciò l'applicazione del suddetto principio è stata declinata in modo da assicurare ampia latitudine operativa e consapevole rigore alle esigenze di cautela ad esso sottese: la giurisprudenza ha più volte ribadito l'obbligo di apertura in seduta pubblica delle buste contenenti tanto la documentazione amministrativa che le offerte, tecniche ed economiche, onde assicurare in tale sede una ricognizione trasparente, oltre che dell'integrità del plico, anche del relativo contenuto documentale che valga a garantire i concorrenti dal pericolo di manipolazioni successive delle offerte proprie e di quelle altrui, eventualmente dovute ad inserimenti, sottrazioni o alterazioni di documenti, precisando che in tale fase la verifica consentita consiste in un semplice controllo preliminare degli atti inviati (cfr. C.d.S., Adunanza Plenaria, n. 13 del 4.1.2011; n. 31 del 31.7.2012).

Parimenti rigorose sono le implicazioni invalidanti che ordinariamente conseguono alla violazione del suddetto obbligo in ragione del fatto che le conseguenze negative sono difficilmente apprezzabili ex post, una volta rotti i sigilli ed aperti i plichi, in mancanza di un riscontro immediato, con la conseguenza che la peculiarità del bene giuridico protetto dal principio di pubblicità impone che la tutela si estenda a coprire, non solo l'effettiva lesione del bene, ma anche il semplice rischio di pregiudizio al medesimo, con la conseguenza che la violazione del relativo obbligo dovrebbe condurre necessariamente alla riedizione della gara (cfr. Cds, Sez. V n. 3844 del 16.6.2009; 04 marzo 2008 , n. 901).

In altri termini, occorre che il materiale documentario trovi correttamente ingresso nella procedura di gara con le garanzie della seduta pubblica.

7.3. Pur tuttavia, i suddetti principi, la cui astratta validità non è qui in discussione, vanno necessariamente verificati, quanto alla predicabilità nei rigidi termini suesposti delle relative implicazioni, in stretta aderenza con il regime delle singole procedure selettive onde accertare l'effettiva replicabilità del rischio che mirano a scongiurare.

In altri termini, il pericolo presunto che si riconnette ad ogni possibile violazione delle regole che governano la pubblicità delle sedute di gara va pur sempre coniugato con il principio di potenziale offensività della specifica condotta, che deve mostrare, in concreto, l'attitudine a condizionare, anche in via potenziale, ma pur sempre in termini obiettivamente apprezzabili, il corretto sviluppo della procedura di gara.

7.4. Orbene, occorre tener conto che, nel caso qui in rilievo, la procedura di gara, per quanto attiene almeno al lotto in questione ed alle offerte presentate, si è svolta in modalità telematica - non essendo sul punto sollevate contestazioni di sorta - che consente di tracciare in maniera incontrovertibile i flussi di dati tra i singoli operatori partecipanti, garantendo un'immediata e diretta verifica della data di confezionamento dei documenti trasmessi, della loro acquisizione e di ogni eventuale tentativo di modifica.

Ed è proprio in ragione di ciò che anche questa stessa Sezione ha affermato, anche di recente (cfr. Consiglio di Stato sez. III, 05/12/2019, n.8333), che non sarebbe comunque, e a rigore, nemmeno necessaria una seduta pubblica per l'apertura delle offerte tecniche (lo stesso vale per le offerte economiche), in quanto la gestione telematica offre il vantaggio di una maggiore sicurezza quanto alla conservazione dell'integrità degli atti (cfr. Consiglio di Stato sez. III, 13/12/2018, n.7039; Cons. St., sez. III, 15 novembre 2016, n. 4990; Cons. St., sez. III, 3 ottobre 2016, n. 4050; Cons. St., sez. V, 29 ottobre 2014, n. 5377).

Ne discende, pertanto, che, sul punto, le pretese attoree ad una invalidazione dell'intera procedura (ovvero alla non valutabilità dell'offerta della controinteressata) non possono trovare ingresso come conseguenza della violazione sopra descritta.

E ciò vieppiù in mancanza di pertinenti allegazioni da parte dell'appellante su cui, viceversa, gravava l'onere di provare l'astratta potenzialità lesiva della detta violazione anche rispetto alle specifiche modalità telematiche di conduzione della procedura selettiva qui in rilievo e, segnatamente, del fatto che, fermi i limiti di modificabilità dei dati e dei file allegati e trasmessi con firma digitale, la piattaforma telematica non accetta offerte presentate dopo la data e l'orario stabiliti come termine ultimo di presentazione delle offerte.

8. In via subordinata l'appellante deduce che la sentenza sarebbe in ogni caso illegittima, in quanto assunta in contrasto con il generale principio della domanda di cui *all'art. 112 c.p.c.* Il TAR, infatti, prescindendo dal contenuto specifico del petitum azionato in giudizio, avrebbe errato nel circoscrivere l'effetto conseguente all'accoglimento della domanda demolitoria azionata, dovendo più correttamente disporre l'annullamento di tutti gli atti della gara volta all'aggiudicazione del lotto in argomento.

Il motivo per come confezionato non può essere accolto avendo la pronuncia del giudice di prime cure assicurato un effetto comunque utile alla censura attorea nei limiti in cui l'ha ritenuta suscettiva di valorizzazione essendo il suddetto effetto contenuto nei limiti del perimetro del suddetto petitum.

In altri termini, una volta accolto il motivo di gravame e, dunque, rilevato il vizio di legittimità dell'atto della sequenza procedimentale qui in rilievo, la sentenza gravata ha fatto applicazione del principio generale secondo cui l'annullamento (è irrilevante se in sede giurisdizionale o in autotutela) di un atto inserito in una sequenza procedimentale (e diverso, ovviamente, da quello conclusivo) comporta la rinnovazione dei soli atti successivi ad esso, e non comporta la caducazione di quelli anteriori.

Tale risultato, ancorché non coincidente per la sua più circoscritta portata con le rivendicazioni dell'appellante, è, comunque, coerente con il principio della domanda, perché giustappunto in esso contenuto.

D'altro canto, ad immaginare una rigida ed imm modificabile simmetria tra utilità dichiaratamente rivendicate ed effetti della decisione che accolgono solo entro certi limiti la domanda si arriverebbe alla conseguenza della totale reiezione del ricorso anche per quella parte di domanda suscettiva, viceversa, di favorevole apprezzamento, con conseguente venir meno dell'interesse della parte a sostenere tale opzione ermeneutica.

9. In via ulteriormente gradata l'appellante lamenta l'erroneità della sentenza impugnata nella parte in cui ha dichiarato in parte inammissibile per carenza di interesse e in parte infondato il primo motivo di ricorso, con il quale C. aveva lamentato l'illegittimità dell'intera procedura di gara, facendo valere, rispetto alla suddetta pretesa, un interesse meramente strumentale. Sotto tale profilo, l'appellante ribadisce:

- l'illegittimità della procedura di gara per le evidenti contraddizioni tra bando e disciplinare quanto al numero dei lotti aggiudicabili;
- che anche a voler ritenere applicabile il disciplinare, che fissava in 2 lotti il limite dei lotti aggiudicabili, sussisterebbe, comunque, a cagione della concentrazione che ne deriverebbe, la violazione del principio di concorrenza e, in particolare, dell'*articolo 51 del D.Lgs. n. 50 del 2016*;
- l'illegittimità dell'articolo 6.1. del disciplinare nella parte in cui prevede la possibilità di riaprire la procedura di gara in modo non trasparente, anti - economico ed in violazione del principio di legittimo affidamento.

9.1. Rispetto ai primi due profili la decisione appellata merita conferma con le precisazioni e integrazioni di seguito esposte: in particolare, rispetto ai lotti 1) e 2) va ribadito che la parte non ha presentato domanda di partecipazione e, dunque, non vanta legittimazione ed interesse a contestare, in parte qua, la procedura di gara.

9.2. Del pari, quanto al dedotto contrasto tra bando e disciplinare di gara - consentendo il primo l'aggiudicazione ad un medesimo operatore dei quattro lotti in cui è articolato l'appalto mentre il secondo pone il vincolo di due lotti - parimenti la parte appellante non ha interesse a coltivare la censura in argomento anche perché l'opzione ermeneutica concretamente sostenuta e portata avanti dalla stazione appaltante è stata quella di riconoscere efficacia al vincolo di aggiudicazione per massimo due lotti, con la conseguenza che il paventato rischio di un operatore che possa monopolizzare l'intera commessa è rimasto confinato ad uno stadio astratto, del tutto superato e smentito dallo sviluppo della procedura.

9. Né hanno fondamento i rilievi attorei estesi nei confronti della *lex specialis* pur applicata in coerenza con il suindicato vincolo di aggiudicazione.

Com'è noto, l'*articolo 51 del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50*, al comma 1, prevede che "...le stazioni appaltanti suddividono gli appalti in lotti funzionali di cui all'articolo 3, comma 1,

lettera qq), ovvero in lotti prestazionali di cui all'articolo 3, comma 1, lettera ggggg), in conformità alle categorie o specializzazioni nel settore dei lavori, servizi e forniture" soggiungendo nel successivo periodo che "Le stazioni appaltanti motivano la mancata suddivisione dell'appalto in lotti nel bando di gara o nella lettera di invito e nella relazione unica di cui agli articoli 99 e 139".

9.1. La prescrizione in argomento si dispiega nel senso di favorire la partecipazione alle gare delle piccole e medie imprese.

9.2. Rispondono alla medesima logica di valorizzazione dei principi di concorrenza anche le successive disposizioni dell'articolo in argomento.

"2. Le stazioni appaltanti indicano, altresì, nel bando di gara o nella lettera di invito, se le offerte possono essere presentate per un solo lotto, per alcuni lotti o per tutti.

3. Le stazioni appaltanti possono, anche ove esista la facoltà di presentare offerte per alcuni o per tutti i lotti, limitare il numero di lotti che possono essere aggiudicati a un solo offerente, a condizione che il numero massimo di lotti per offerente sia indicato nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse, a presentare offerte o a negoziare. Nei medesimi documenti di gara indicano, altresì, le regole o i criteri oggettivi e non discriminatori che intendono applicare per determinare quali lotti saranno aggiudicati, qualora l'applicazione dei criteri di aggiudicazione comporti l'aggiudicazione ad un solo offerente di un numero di lotti superiore al numero massimo".

9.3. La piana lettura della disciplina in argomento evidenzia come in subiecta materia il legislatore non abbia inteso imporre soluzioni cogenti e definite nel loro contenuto precettivo riconoscendo alla stazione appaltante possibilità di scelta nell'ambito di un'ampia discrezionalità, ponendo come criteri di orientamento quello del favor per le piccole e medie imprese nell'ambito dell'esigenza di fondo di valorizzazione della libera concorrenza.

9.4. In tal modo, sarà compito della singola Amministrazione individuare la formula di sintesi che valga come bilanciamento complesso degli interessi pubblici e privati coinvolti dal procedimento alla stregua dei principi di proporzionalità e di ragionevolezza, con la conseguenza che le conseguenti determinazioni si prestano ad essere sindacate in sede giurisdizionale solo sotto i profili della ragionevolezza e della proporzionalità (cfr. CdS, III Sezione, n. 2881 del 7.5.2020).

9.5. Orbene, nella detta prospettiva si rivelano del tutto apodittiche le argomentazioni censoree svolte dall'appellante il quale si duole della violazione della richiamata disciplina normativa per il solo fatto che la lex specialis consentirebbe l'aggiudicabilità ad un medesimo operatore del 50 % dei lotti banditi, facendo derivare tale conclusione, con inaccettabile pretesa automaticità, direttamente dal raggiungimento della detta soglia percentuale. Quest'ultima, infatti, quale parametro di riferimento, non ha alcun appiglio giuridico nel dato normativo sopra trascritto.

9.6. La suddetta impostazione, che oltretutto privilegia una disamina astratta e statica, prescindendo dunque dalle dinamiche del mercato di riferimento e dagli equilibri allo stesso sottesi, riposa in definitiva su basi autoreferenziali del tutto sganciate dal contesto di riferimento e, come tale, si mostra del tutto idonea a conseguire sul piano logico, oltre che probatorio, quel risultato di manifesta illogicità ed irragionevolezza apprezzabile in questa sede.

9.7. E di ciò è una chiara riprova, come efficacemente eccepito da S., lo stesso andamento della procedura in argomento, che ha visto partecipare pochissimi operatori, facendo registrare addirittura una mancanza di domande per il lotto 3.

In tale contesto la pretesa ad ulteriormente irrigidire il divieto di aggiudicazione plurimo avrebbe conseguito, senza alcun vantaggio in termini di concorrenza, l'effetto di incidere negativamente sull'interesse pubblico ad aggiudicare l'appalto alle migliori condizioni tecniche ed economiche.

10. Del pari, non condivisibili si rivelano le residue osservazioni censoree compendiate nel mezzo qui in rilievo nella parte in cui lamentano la violazione dei principi di trasparenza e di tutelabilità delle posizioni soggettive degli operatori concorrenti discendente dall'applicazione del meccanismo di cui al citato art. 6.1. del disciplinare di gara.

10.1. Tale clausola, per quanto qui di più diretto interesse, prevede che "nel caso in cui un concorrente si sia aggiudicato due lotti, non si procederà all'apertura della sua offerta riferita ai lotti successivi".

10.2. E le operazioni di gara si sono svolte in stretta aderenza al divisato criterio con l'effetto che:

- il 24.09.2018 avevano inizio le operazioni di apertura delle buste tecniche;
- lo scrutinio seguiva la numerazione dei lotti, iniziando, dunque, dal n. 1;
- i lotti nn. 1 e 2 venivano aggiudicati alla ditta S.N. s.r.l.;
- le operazioni di gara, essendo andato deserto il lotto n. 3, proseguivano con l'assegnazione dei punteggi tecnici per il lotto n. 4, che però veniva limitata alla sola offerta tecnica di C. mentre non veniva attribuito il punteggio a S.N. S.r.l., in quanto ditta già aggiudicataria dei Lotti nn. 1 e 2 (cfr. verbale n.10 del 31.10.2018).

Solo a seguito e per effetto della successiva esclusione, in data 19.3.2019, di S. dal lotto 1, il seggio di gara, con riferimento al lotto 4, ha dapprima valutato l'offerta tecnica e poi proceduto all'apertura ed alla valutazione dell'offerta economica di S..

10.3. L'appellante principale contesta la disciplina di gara (id est articolo 6.1. del disciplinare) nella parte in cui si risolve nello sfalsare da un punto di vista cronologico la valutazione delle offerte dei singoli concorrenti con conseguente violazione del principio di trasparenza che, per essere salvaguardato, avrebbe dovuto implicare - nella tesi dell'appellante - l'apertura di tutte le offerte di tutte le ditte partecipanti per l'aggiudicazione di tutti i lotti banditi con conseguente formazione di una graduatoria di merito relativa a ciascun lotto.

L'opposta soluzione organizzativa su cui si fonda la disciplina di gara avrebbe finito per rivelarsi:

- non trasparente, dal momento che ha impedito alle società partecipanti di rendersi conto del reale valore delle proprie offerte rispetto a quello delle concorrenti, e del proprio concreto posizionamento nella graduatoria di ciascun lotto;
- anti-economico, in quanto ha, alla fine, condotto la Pubblica Amministrazione a dover riconvocare il Seggio di gara per la riapertura della procedura di gara, già conclusa a favore della ricorrente, inerente al Lotto n. 4, quando è noto che le gare pubbliche devono essere improntate al canone di concentrazione delle sedute della Commissione,
- violativo del principio del legittimo affidamento, dal momento che ha finito per incidere negativamente sulla posizione soggettiva di C.I. S.r.l. che, in relazione al Lotto n. 4, aveva non solo ottenuto l'aggiudicazione, ma addirittura già stipulato anche la relativa Convenzione.

10.4. Ritiene il Collegio che, sul punto, si rivelino, viceversa, condivisibili i rilievi del TAR. Quest'ultimo ha convalidato il funzionamento del suddetto meccanismo di valutazione progressiva all'uopo prevedendo che "La gravata previsione del Disciplinare non comporta (almeno nella fase "fisiologica" della gara) alcun appesantimento della procedura evidenziale ma, contrariamente a quanto dedotto dalla ricorrente, si ispira proprio ad esigenze di speditezza e concentrazione dell'azione amministrativa, consentendo di evitare lo svolgimento di operazioni potenzialmente inutili in tutti i casi in cui opera il vincolo di aggiudicazione stabilito dalla lex specialis; né ad una diversa conclusione può giungersi per il sol fatto che, in caso di evenienze "patologiche", può diventare necessario, come accaduto nella fattispecie, rimettere in discussione gli esiti di gara relativi a un determinato lotto in conseguenza di eventi riferibili ad altri lotti, trattandosi di accadimenti soltanto eventuali e dagli esiti sempre incerti. In quest'ottica, le imprese partecipanti alla gara non possono vantare alcuna pretesa a conoscere il valore delle offerte di altri concorrenti "pretermessi" dalla gara in virtù del meccanismo previsto dal punto 6.1 del Disciplinare, essendo evidente che il perseguimento delle esigenze di "trasparenza" invocate dalla ricorrente condurrebbe, ogniquale volta gli esiti della gara restino impregiudicati, a sicuri, ingiustificati aggravamenti dell'iter procedurale".

10.4. I chiari e vincolanti meccanismi operativi della clausola in argomento, noti agli operatori concorrenti, consentono, altresì, di escludere la dedotta violazione dell'affidamento, vieppiù in considerazione del contenuto torno temporale in cui hanno avuto luogo le operazioni "correttive" di revisione della graduatoria relativa al lotto 4.

10.5. A tali considerazioni deve altresì aggiungersi che nemmeno persuade la tesi della assoluta impossibilità di rinnovare parzialmente una gara in presenza di offerte già conosciute, senza che perciò non venga violato il principio di segretezza delle offerte economiche. La impossibilità di rinnovazione parziale dei giudizi anche a buste aperte non è prevista tassativamente dall'ordinamento e non costituisce un dogma assoluto, ma un valore che richiede pur sempre di essere posto in relazione e coordinato con gli altri beni tutelati aventi pari dignità ordinamentale sul piano giuridico, quali, nella specie, da un lato il principio di conservazione degli atti giuridici e di buona amministrazione, e dall'altro, il canone della tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive (Consiglio di Stato sez. III, 15/11/2018, n.6439; Cons. Stato, III, 6.8.2018 n. 4830; Cons. Stato Sez. VI, Sent., 04-09-2014, n. 4514; Ad. Plen. 7.5.2013 n. 13).

Tanto in aderenza anche ai principi già espressi da questo Consiglio di Stato, in composizione plenaria (cfr. Cons. St., Adunanza Plenaria, 26 luglio 2012, n. 30;) in virtù dei quali si è ritenuta possibile la valutazione dell'offerta tecnica dell'offerta illegittimamente pretermessa perché la valutazione si inserisce in un quadro di regole oramai definite (anche sul modo di operare della Commissione) di guisa che devono ritenersi scongiurati possibili abusi.

Tanto è sufficiente per il rigetto dell'appello principale, assorbendo le considerazioni sopra svolte anche la domanda risarcitoria che muove da premesse inconciliabili con le divise statuizioni.

Nelle suesposte considerazioni reiettive restano parimenti assorbite le ragioni sottese alla impugnativa incidentale, che va pertanto dichiarata improcedibile.

Sussistono nondimeno giusti motivi, in ragione della novità e dell'obiettiva controvertibilità delle questioni scrutinate, per compensare tra le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sugli appelli in epigrafe, così provvede:

- respinge l'appello principale;
- dichiara improcedibile l'appello incidentale;

Spese compensate.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 15 dicembre 2020, svolta in modalità da remoto, con l'intervento dei magistrati:

Giulio Veltri, Presidente FF

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere

Stefania Santoleri, Consigliere

Raffaello Sestini, Consigliere

Umberto Maiello, Consigliere, Estensore

**TAR LOMBARDIA, SEZ. IV, SENTENZA N. 208 DEL 21 GENNAIO 2021,
SULL'ESCLUSIONE FONDATA SU UNA PRECEDENTE RISOLUZIONE
CONTRATTUALE.**

Un'impresa veniva esclusa da una gara poiché era stata precedentemente oggetto di un atto di risoluzione contrattuale annotato nel casellario ANAC come non comportante l'automatica esclusione dalle procedure.

Avverso il provvedimento di esclusione la società proponeva ricorso dinanzi al giudice amministrativo, lamentando, tra l'altro, l'erroneità delle valutazioni compiute dalla stazione appaltante ai fini dell'integrazione della fattispecie di cui all'art. 80, comma 5, lett. *c-ter*, d.lgs. n. 50/2016.

Il giudice amministrativo ha respinto il ricorso, ripercorrendo importanti principi sull'ampiezza dei poteri riservati alle Amministrazione in ordine alla valutazione delle precedenti vicende contrattuali dei partecipanti alle gare pubbliche, nonché sui limiti del sindacato del giudice amministrativo rispetto ai predetti poteri.

In primo luogo, il Collegio ha precisato che, alla luce della più recente giurisprudenza della Corte di giustizia, la valutazione dei motivi della precedente risoluzione contrattuale dev'essere rimessa interamente alla stazione appaltante che intenda desumere da tale atto l'esistenza di significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto d'appalto o di concessione ai sensi dell'art. 80, comma 5 lett. *c-ter* del Codice dei contratti pubblici.

Alla luce di ciò, il Collegio, richiamando la più consolidata giurisprudenza amministrativa, ha ritenuto le suddette valutazioni rimesse all'Amministrazione e riconducibili nell'alveo di un *“giudizio autonomo di tipo prognostico”*.

A tal riguardo, il giudice ha altresì ricordato che le motivazioni relative a tale apprezzamento sarebbero sindacabili in sede giurisdizionale esclusivamente sul piano della “non pretestuosità” della valutazione degli elementi di fatto compiuta.

Conseguentemente, il TAR ha respinto il ricorso dell'impresa esclusa, ritenendo che l'Amministrazione avesse correttamente valutato in concreto la vicenda sottesa alla precedente risoluzione contrattuale.

Inoltre, lo stesso giudice ha altresì ritenuto irrilevante la circostanza secondo cui a seguito della risoluzione altre stazioni appaltanti avessero contratto con la medesima impresa, in quanto il giudizio di affidabilità costituisce un «elemento a carattere squisitamente soggettivo».

Di seguito la sentenza in commento.

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

sul ricorso numero di registro generale 774 del 2020, integrato da motivi aggiunti,

proposto da

Crea.Mi S.r.l. in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Andrea Di Lieto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e presso lo studio dell'avv. Teresa Florio in Milano, corso Europa, 13;

contro

INAIL - Istituto Nazionale per Assicurazione Contro Infortuni Sul Lavoro, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Andrea Biffi, Italo Casagrande, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e in Milano, corso di Porta Nuova, 19;

nei confronti

Società Engineering Costruzioni Gruppo Empoli Luce S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Claudio Bargellini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

- dell'atto prot. n. 13000.24/03/2020.0017570 del 24.3.2020 del Direttore Regionale della Direzione Regionale Lombardia dell'INAIL
- pervenuto via PEC in pari data-, col quale è stata disposta e comunicata alla società ricorrente l'esclusione dalla procedura negoziata per l'affidamento dei lavori di adattamento degli ambienti della sede INAIL di Milano, via Mazzini, n. 7;
- della determina n. 183 del 23 marzo 2020 del Direttore Regionale dell'INAIL Direzione Regionale Lombardia -non notificata-, nella parte in cui è stata disposta l'esclusione della società ricorrente dalla procedura negoziata de qua;
- della relazione del 23.3.2020 del Responsabile della Struttura Dirigenziale dell'INAIL, nella parte in cui reca la proposta di esclusione della società ricorrente dalla procedura negoziata de qua;
- del verbale del Seggio di gara del 19 marzo 2020 -non notificato-, nella parte in cui è stata deliberata l'esclusione della società ricorrente dalla procedura negoziata de qua;
- del verbale del Seggio di gara del 26 marzo 2020 col quale è stata individuata come migliore offerente la soc. Engineering Costruzioni Gruppo Empoli Luce s.r.l., col ribasso del 27,88% ed è stata approvata la graduatoria;
- del provvedimento col quale è stata disposta l'aggiudicazione definitiva della procedura negoziata per l'affidamento dei lavori di adattamento degli ambienti della sede INAIL di Milano, via Mazzini, n. 7, in favore della soc. Engineering Costruzioni Gruppo Empoli Luce s.r.l.;
- di ogni altro atto preordinato, connesso o consequenziale, ivi compreso, ove occorra e se lesivo, del verbale del Seggio di gara del 3 marzo 2020, nella parte in cui è stata disposta l'integrazione documentale nei confronti della società ricorrente; e per l'annullamento, con i motivi aggiunti presentati da CREA.MI S.R.L. il 22/7/2020 ;
- della determina n. 341 del 23 giugno 2020 del Responsabile Direzione Regionale Lombardia dell'INAIL, con la quale è stata disposta l'aggiudicazione della procedura negoziata per l'affidamento dei lavori di adattamento degli ambienti della sede INAIL di Milano, via Mazzini, n. 7, in favore della soc. Engineering Costruzioni Gruppo Empoli Luce s.r.l., invece che della soc. ricorrente, illegittimamente esclusa dalla gara;

- dell'atto prot. n. 13000.26/06/2020.0039411 del 26.6.2020 del Direttore Regionale della Direzione Regionale Lombardia dell'INAIL -pervenuto via pec in pari data-, col quale è stata comunicata alla soc. ricorrente la suindicata aggiudicazione dei lavori in favore della Engineering Costruzioni Gruppo Empoli Luce s.r.l.;

- di tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali, ivi compresa la relazione del 22.6.2020 del Responsabile della Struttura Dirigenziale dell'INAIL e la proposta di aggiudicazione del Dirigente dell'Ufficio Attività Strumentali dell'INAIL, di cui si ignora compiutamente il contenuto.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'INAIL - Istituto Nazionale per Assicurazione Contro Infortuni Sul Lavoro e della Società Engineering Costruzioni Gruppo Empoli Luce S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Data per letta nella Camera di consiglio dell'11 gennaio 2021, celebrata nelle forme di cui all'art. 25 del D.L. 28 ottobre 2020, n. 137 convertito in Legge 18 dicembre 2020, n.176, come modificato dall'art.1, comma 17 del D.L. 31 dicembre 2020, n.183, la relazione del dott. Alberto Di Mario, ed uditi per le parti i difensori intervenuti in collegamento da remoto come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La società ricorrente ha impugnato, con il ricorso introduttivo, l'atto con il quale l'INAIL ne ha disposto l'esclusione dalla procedura negoziata per l'affidamento dei lavori di adattamento degli ambienti della sede INAIL di Milano, via Mazzini, n. 7.

L'esclusione è dipesa dal fatto che la società ricorrente ha fatto presente, a pagg. 9- 10 del DGUE, che era stata oggetto di un atto di risoluzione contrattuale ad opera della soc. Cap Holding s.p.a., atto anche annotato dall'ANAC come non comportante l'automatica esclusione della società ricorrente dalle gare.

L'INAIL Direzione Regionale Lombardia, sebbene l'annotazione disposta dall'ANAC non comportasse "l'automatica esclusione dalla partecipazione alle gare pubbliche", ha ritenuto di escludere la ricorrente, a causa di tale risoluzione contrattuale, sulla base delle seguenti considerazioni: "la risoluzione contrattuale è recente (3.12.2019), .. la stessa è ascrivibile non solo al mancato completamento dei lavori appaltati da Cap Holding spa, bensì anche da una documentata contestazione della stazione appaltante di due precedenti episodi di presenza in cantiere di ditte non autorizzate dalla direzione lavori nonché dal mancato ottemperamento alle norme che regolano la sicurezza dei lavoratori in cantiere".

La stazione appaltante ha poi specificato di aver valutato non solo l'atto risolutorio ma anche le giustificazioni dell'azienda e la richiesta di autotutela nei confronti dell'atto solutorio, e di aver ritenuto particolarmente significativo il caso della presenza non autorizzata in cantiere della ditta DEFLA, riconducibile ad un subappalto non autorizzato. Contro il suddetto atto la ricorrente ha sollevato i seguenti motivi di ricorso.

I. Violazione e falsa applicazione degli artt. 80 e 105 del D. Lg.vo 50/2016, come succ. mod. ed int., eccesso di potere per erroneità dei presupposti e di motivazione, travisamento dei fatti, carenza istruttoria ed illogicità.

La ricorrente sostiene che i fatti che hanno determinato la sua esclusione dalla gara sarebbero del tutto erronei. In primo luogo il “mancato completamento dei lavori appaltati da Cap Holding s.p.a.”, sarebbe una circostanza del tutto inesistente, smentita dalla documentazione trasmessa all’INAIL, in quanto i lavori rimanenti alla scadenza sarebbero del “tutto marginali e non incidenti sull’uso e sulla funzionalità delle opere già realizzate”.

In secondo luogo la valutazione dell’INAIL, secondo la quale “la risoluzione contrattuale è recente (3.12.2019)” sarebbe erronea in quanto la risoluzione è stata disposta il 19.2.2019, cioè circa 10 mesi prima di quanto indicato nell’atto impugnato.

In terzo luogo i due “episodi di presenza in cantiere di ditte non autorizzate dalla direzione lavori” e il “mancato ottemperamento alle norme che regolano la sicurezza dei lavoratori in cantiere”, sarebbero fatti privi di rilevanza giuridica in quanto in nessuno dei due casi contestati si sarebbe verificato un subappalto non autorizzato.

In particolare nel caso della presenza in cantiere della ditta DEFLA IMPIANTI s.r.l., si sarebbe verificato un distacco di manodopera, limitato a 5 lavoratori, e non un subappalto non autorizzato. II. Violazione e falsa applicazione degli artt. 80 e 105 del d.lg.vo 50/2016, come succ. mod. ed int., eccesso di potere per erroneità dei presupposti e di motivazione, travisamento dei fatti, illogicità e carenza istruttoria.

Secondo la ricorrente non sussistono i requisiti del menzionato art. 80, comma 5, sub c) e c-ter), del D.Lg.vo 50/2016 che sanziona con l’esclusione l’operatore economico invitato alla gara in caso di “gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità e affidabilità”. Infatti mancherebbe il requisito della gravità sia con riferimento ai due presunti subappalti non autorizzati, in quanto il valore delle lavorazioni di cui ai due predetti, asseriti, subappalti, sarebbe molto limitato, ammontando a poche migliaia di euro, sia con riferimento al ritardo nell’inadempimento a causa dell’impedimento frapposto dalla stazione appaltante. L’irrelevanza dei fatti oggetto della risoluzione sarebbe dimostrata anche dal fatto che la ricorrente, in epoca successiva alla risoluzione contrattuale, il 18.3.2019 è risultata aggiudicataria di un appalto indetto da una controllata di CAP Holding s.p.a. (AMIACQUE s.r.l.), ancora in corso. Anche direttamente Cap Holding s.p.a. non avrebbe escluso la ricorrente da altra gara celebrata pochi giorni dopo che era stata disposta la risoluzione contrattuale de qua, così come molte altre imprese del settore. 2. Con ricorso per motivi aggiunti la ricorrente ha impugnato l’aggiudicazione della procedura negoziata alla controinteressata Engineering Costruzioni Gruppo Empoli Luce s.r.l per illegittimità derivata, sostenendo che, se fosse stata ammessa alla gara, avrebbe ottenuto l’aggiudicazione, avendo offerto il maggior ribasso percentuale.

Ha chiesto anche il risarcimento dei danni. Con atto di costituzione depositato in data 06/05/20 la stazione appaltante ha eccepito in via pregiudiziale il difetto di legittimazione passiva e di interesse ad agire, perché la ricorrente ha chiesto l’annullamento di atti, quali la risoluzione del contratto adottato da CAP Holding Spa e la conseguente iscrizione nel casellario ANAC, che non sono stati assunti dall’Ente convenuto e su cui altro giudice avrebbe dovuto essere chiamato a giudicare. Nel merito ha chiesto la reiezione del ricorso introduttivo in quanto il provvedimento è stato adottato sulla base di una annotazione inserita

nella banca dati di ANAC e la valutazione circa l'affidabilità della controparte contrattuale rientra nell'ambito della discrezionalità dell'amministrazione.

In particolare il caso che ha coinvolto la Defla Impianti Srl sarebbe un subappalto non autorizzato, perché erano presenti non solo i lavoratori ma anche mezzi e strumenti di quest'ultima azienda. Inoltre la ricorrente avrebbe omesso un'altra informazione fondamentale, poi acquisita in via autonoma dal seggio di gara in sede istruttoria, cioè che i casi di subappalto non autorizzato sono stati in realtà ben due, il secondo riguardante l'impresa Montali. Con memoria depositata in data 16/05/20 la controinteressata ha eccepito l'inammissibilità dei ricorsi nella parte in cui contestano la risoluzione contrattuale, nonché ha dedotto circa la reiezione per il resto, ciò in quanto la valutazione in ordine alla rilevanza dei comportamenti accertati ai fini della valutazione dell'affidabilità dell'offerente sarebbe rimessa alla più ampia discrezionalità della stazione appaltante. La ricorrente ha depositato in data 18/05/20 copia dell'atto di citazione nei confronti della società Cap Holding s.p.a., nel quale si chiede al giudice ordinario di accertare l'inesistenza dei presupposti per la risoluzione contrattuale annotata nel Registro ANAC. Con le memorie per l'udienza ha sostenuto che rientrerebbe nei poteri del giudice amministrativo accertare in via incidentale la legittimità della risoluzione e la gravità dell'inadempimento. All'udienza del 11 gennaio 2021, tenuta da remoto, la causa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione.

DIRITTO

1. Le eccezioni, sollevate dalla stazione appaltante e dalla controinteressata di inammissibilità del ricorso nella parte in cui si contesta la fondatezza dei motivi della risoluzione disposta in data 19.2.2019 dell'appalto stipulato tra Cap Holding s.p.a. e la ricorrente, sono infondate. Infatti, a seguito della sentenza della Corte di Giustizia del 19 giugno 2019, C-41/18, secondo la quale «l'articolo 57, paragrafo 4, lettere c) e g), della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici, che abroga la direttiva 2004/18/CE, deve essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale in forza della quale la contestazione in giudizio della decisione di risolvere un contratto di appalto pubblico, assunta da un'amministrazione aggiudicatrice per via di significative carenze verificatesi nella sua esecuzione, impedisce all'amministrazione aggiudicatrice che indice una nuova gara d'appalto di effettuare una qualsiasi valutazione, nella fase della selezione degli offerenti, sull'affidabilità dell'operatore cui la suddetta risoluzione si riferisce», deve ritenersi che la valutazione dei motivi della risoluzione contrattuale sia rimessa interamente alla stazione appaltante che intenda desumere da tale atto l'esistenza di significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione, ai sensi dell'art. 80 c. 5 lett. c-ter del Codice dei contratti pubblici (Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50), ai fini dell'esclusione di un'impresa dalla gara. In ossequio all'orientamento sostanzialista assunto dalla Corte di Giustizia, ai fini della valutazione dell'affidabilità e integrità dell'impresa, il giudizio dell'amministrazione non può che investire i fatti che hanno dato vista alla risoluzione in sé, in tutti i loro profili sostanziali, e non la sola valutazione e la qualificazione che di essi abbia fatto la stazione appaltante che ha emanato l'atto negoziale unilaterale di risoluzione, così come neppure sarebbe possibile rimettere tale valutazione al giudice chiamato a decidere del rapporto risolto. Si tratta infatti di un giudizio autonomo di tipo prognostico che non incide in alcun modo sul sottostante rapporto contrattuale risolto.

2. Venendo al merito, il primo motivo del ricorso introduttivo è infondato nella parte in cui contesta i fatti posti a fondamento della risoluzione. Sul punto occorre precisare che l'INAIL ha provveduto ad una autonoma valutazione dei fatti, non limitandosi ad esprimere un giudizio sull'atto risolutorio, ma esercitando anche l'accesso agli atti detenuti da Cap Holding s.p.a. e dall'ANAC ed analizzando la corrispondenza intercorsa tra la società e le controparti contrattuale ed amministrativa. Dall'esame di questi documenti la stazione appaltante ha ritenuto sussistenti i due casi di subappalto non autorizzato rilevati da Cap Holding s.p.a. e derubricate dalla ricorrente in ipotesi di mera somministrazione di manodopera. L'elemento ritenuto rilevante è stato quello della presenza in cantiere di mezzi dell'impresa, rilevata dalla stazione appaltante, che costituisce sicuro elemento che differenzia l'appalto dalla somministrazione. Infatti secondo l'art. 29 del D. Lgs. 10 settembre 2003, n. 276 "1. il contratto di appalto, stipulato e regolamentato ai sensi dell'articolo 1655 del codice civile, si distingue dalla somministrazione di lavoro per la organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore, che può anche risultare, in relazione alle esigenze dell'opera o del servizio dedotti in contratto, dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto, nonché per la assunzione, da parte del medesimo appaltatore, del rischio d'impresa". D'altra parte i suddetti fatti non sono stati diversamente qualificati dall'ANAC, sebbene questa abbia derubricato il procedimento aperto a seguito della risoluzione in annotazione non escludente. Deve quindi ritenersi che la stazione appaltante abbia correttamente valutato i fatti rilevati nell'atto risolutorio.

2.1 Per quanto riguarda poi l'errore nell'indicazione nel provvedimento impugnato della data della risoluzione (3.12.2019 invece che 19.2.2019), esso deve ritenersi irrilevante. Infatti un errore di soli sei mesi non determina la macroscopica irragionevolezza del giudizio temporale espresso dall'amministrazione, che ha ritenuto la risoluzione un fatto recente, in considerazione del fatto che le risoluzioni contrattuali non rappresentano fatti quotidiani nell'esecuzioni contrattuali. Trattandosi di fatti che presentano una relativa eccezionalità, secondo l'id quod plerumque accidit, i fatti che si verificano all'interno di un intervallo temporale inferiore all'anno possono ritenersi ragionevolmente recenti, ai sensi e per gli effetti dell'art. 80 c. 5 lett. c-ter del Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, secondo il quale "su tali circostanze la stazione appaltante motiva anche con riferimento al tempo trascorso dalla violazione". 2.2 Il primo motivo di ricorso va quindi respinto.

3. Anche il secondo motivo di ricorso è infondato. In merito alla valutazione della gravità dell'inadempimento, si ritiene che in questa sede non ricorrano motivi per discostarsi dall'orientamento prevalente in giurisprudenza secondo cui "ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016, è consentito alle stazioni appaltanti escludere da una procedura di affidamento di contratti pubblici i concorrenti in presenza di pregressi gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la loro integrità o affidabilità. In tali ipotesi, la valutazione in ordine alla rilevanza in concreto ai fini dell'esclusione dei comportamenti accertati è rimessa alla stazione appaltante" (cfr. Cons. Stato, sez. III, 29 novembre 2018, n. 6786; 23 agosto 2018, n. 5040; sez. V, 11 giugno 2018, n. 3592; 3 aprile 2018, n. 2063; 2 marzo 2018, n. 1299; 4 dicembre 2017, n. 5704) e che "Il legislatore, quindi, ha voluto

riconoscere a quest'ultima (stazione appaltante) un ampio margine di apprezzamento circa la sussistenza del requisito dell'affidabilità dell'appaltatore. Ne consegue che il sindacato che il g.a. è chiamato a compiere sulle motivazioni di tale apprezzamento deve essere mantenuto sul piano della "non pretestuosità" della valutazione degli elementi di fatto compiuta e non può pervenire ad evidenziare una mera "non condivisibilità" della valutazione stessa" (cfr. Cass. Civ., S.U., 17 febbraio 2012, n. 2312). Peraltro, nemmeno le citate linee guida ANAC "smentiscono la suddetta esegesi in base alla quale il pregresso inadempimento, anche se non abbia prodotto gli effetti tipizzati, rileva ai fini dell'esclusione qualora, sulla base del discrezionale giudizio della stazione appaltante, sia idoneo ad integrare il "grave illecito professionale", e sia in grado dunque di ledere l'integrità e l'affidabilità dell'operatore economico" (così Cons. Stato, V, 27 febbraio 2019, n. 1367, citata nell'atto di appello)" (cfr. Cons. Stato, sez. V, 23 dicembre 2019, n. 8711; T.A.R. Lazio - Roma, 21 ottobre 2019, n. 12106; TAR Sardegna, I, 22/12/2020 n. 731). Ferma restando l'ampiezza del potere discrezionale dell'amministrazione in merito alla valutazione dell'affidabilità dei concorrenti, occorre precisare che il giudizio di gravità del comportamento della ricorrente per il verificarsi di due episodi di presenza in cantiere di ditte non autorizzate dalla direzione lavori, con conseguente mancata denuncia delle attività all'INAIL, non è sicuramente sproporzionato od irragionevole, in considerazione del fatto che la stazione appaltante è un'amministrazione destinata alla tutela della sicurezza dei lavoratori, quindi particolarmente attenta e rigorosa nel valutare le modalità con le quali un'impresa gestisce il personale e la presenza di altre imprese sul cantiere. 3.1 Ne consegue che si tratta di un giudizio non pretestuoso ed idoneo a fondare una valutazione di gravità dell'inadempimento. In senso opposto non può invocarsi la diversa valutazione effettuata da altre stazioni appaltanti od altre imprese, che non hanno escluso la ricorrente dalle gare o dai contratti, in quanto - come chiarito dalla giurisprudenza (Cass. SS.UU. 8 febbraio 2012 n. 2312) - il giudizio di affidabilità è un "elemento a carattere squisitamente soggettivo".

4. La reiezione del ricorso introduttivo contro l'esclusione dalla gara legittima la reiezione del ricorso per motivi aggiunti proposto contro l'aggiudicazione e la reiezione della domanda di risarcimento dei danni.

5. Le peculiarità della fattispecie giustificano la compensazione delle spese di giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sui ricorsi come in epigrafe proposti anche mediante motivi aggiunti, li respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano nella Camera di consiglio dell'11 gennaio 2021, tenutasi con collegamento da remoto in videoconferenza tramite Microsoft Teams (piattaforma in uso presso la Giustizia amministrativa giusta l'art 3, comma 2, dell'Allegato 3 al Decreto

Presidente del Consiglio di Stato n.134 del 22 maggio 2020), ai sensi dell'art. 25 del D.L. 28 ottobre 2020, n. 137 convertito in Legge 18 dicembre 2020, n.176, come modificato dall'art.1, comma 17 del D.L. 31 dicembre 2020, n.183, n. 137.

TAR LAZIO, SEZ. III quater, SENTENZA N. 62 DEL 4 GENNAIO 2021.

L'ERRORE MATERIALE NELLA FORMULAZIONE DELL'OFFERTA PUO' ESSERE RETTIFICATO DALL'AMMINISTRAZIONE SOLO SE RICONOSCIBILE.

La controversia posta all'attenzione del Collegio concerne un appalto pubblico per la fornitura di farmaci destinato alla AA.SS. della Regione Lazio.

Le ragioni di doglianza attengono ad una presunta violazione, compiuta dalla Stazione Appaltante, della lex specialis nella parte in cui la stessa, mediante autonoma correzione di alcune cifre inserite nell'offerta dalla prima classificata, non avrebbe considerato che l'errore commesso dalla stessa prima classificata sarebbe stato di matrice “concettuale” e non meramente “materiale”, come invece ritenuto dallo stesso ente aggiudicatore.

Il Collegio, richiamando anche pacifica giurisprudenza sul punto osserva che, fermo restando il principio di immodificabilità dell'offerta, l'errore materiale può essere rettificato d'ufficio dall'amministrazione soltanto nell'ipotesi in cui lo stesso risulti riconoscibile *ex ante*.

Deve inoltre risultare palese l'effettiva volontà negoziale che lo stesso concorrente abbia inteso manifestare, senza specifiche attività di verifica o di interpretazione circa il contenuto dell'offerta formulata.

Più in particolare, l'attività correttiva non deve far emergere alcuna modifica dell'offerta economica globalmente intesa, il cui valore va dunque mantenuto inalterato in ossequio al predetto principio di immodificabilità.

Il Collegio, rigettando il ricorso, ritiene che nel caso di specie la stazione appaltante si è limitata ad apportare mere operazioni di rettifica di un dato numerico non corretto. La correzione di tale dato non ha tuttavia dato luogo a particolari attività di verifica o di interpretazione, né al ricorso ad “ausili esterni” o a fonti di conoscenza estranee, avendo il RUP autonomamente ed automaticamente provveduto a correggere l'errore.

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

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 7829 del 2020, proposto da

G. S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Paola Tanferna, Eugenio Bruti Liberati, Alessandra Canuti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Paola Tanferna in Roma, via Maria Adelaide n. 8;

contro

Regione Lazio, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Fiammetta Fusco, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
nei confronti

M.I. S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Giuseppe Lo Pinto, Fabio Cintioli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Giuseppe Lo Pinto in Roma, via Vittoria Colonna 32;

Regione Calabria, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- della Determinazione della Regione Lazio n. G09454 del 7 agosto 2020, pubblicata in pari data, recante "appalto specifico per l'acquisizione di vaccini vari ad uso umano occorrenti alle Aziende sanitarie delle Regioni Lazio e Calabria, nell'ambito del bando istitutivo avente ad oggetto il sistema dinamico di acquisizione della Regione Lazio per la fornitura di farmaci, emoderivati, vaccini e mezzi di contrasto destinato alla AA.SS. della Regione Lazio e di altri soggetti aggregatori indetta con determinazione n. G07596 del 26/6/2020. Provvedimento di aggiudicazione", nei limiti del lotto n. 26, "vaccino vivo attenuato anti rotavirus (a ciclo vaccinale)";

- di ogni altro atto comunque presupposto, connesso e/o conseguente, ancorché non conosciuto, e in particolare, del verbale della seduta riservata n. 1 del 6 agosto 2020;

- della Determinazione a contrarre n. G07596 del 26 giugno 2020;

e per la declaratoria

di nullità, invalidità o inefficacia del contratto eventualmente stipulato nelle more dall'Amministrazione resistente con l'aggiudicataria del lotto n. 26, M.I. srl

del diritto della ricorrente a conseguire l'aggiudicazione dell'appalto di cui si tratta e/o a subentrare nel contratto eventualmente stipulato dall'Amministrazione resistente con l'aggiudicataria del lotto n. 26

e la condanna dell'Amministrazione resistente a risarcire il danno cagionato alla ricorrente in forma specifica (tramite l'aggiudicazione della fornitura del lotto n. 26 o il subentro nel contratto, ove già stipulato) o per equivalente, nella misura che verrà determinata in corso di causa

Per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da M.I.:

della determinazione n. G07596 del 26 giugno 2020; della determinazione n. G08825 del 26 luglio 2020 avente ad oggetto "Provvedimento di ammissione", del verbale di gara - seduta virtuale n. 2 del 4 agosto 2020, del verbale di gara - seduta riservata n. I del 6 agosto 2020, nonché della determinazione n. G09454 del 7 agosto 2020 avente ad oggetto "Provvedimento di aggiudicazione".

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Regione Lazio e di M.I. S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 24 novembre 2020 il dott. Massimo Santini 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

Premesso che:

a) vengono impugnati gli esiti della aggiudicazione della gara in epigrafe indicata ("appalto specifico per l'acquisizione di vaccini vari ad uso umano occorrenti alle Aziende sanitarie delle Regioni Lazio e Calabria"). Lotto n. 26: vaccini vivo attenuato anti rotavirus, da somministrare mediante ciclo vaccinale in più dosi. Criterio di aggiudicazione: prezzo più basso. Importo a base d'asta: 8 milioni 370 mila Euro. Prima classificata: M. (odierna controinteressata); seconda classificata: GLAXO (odierna ricorrente);

b) questi in sintesi i motivi di impugnazione:

b1) violazione della *lex specialis* e di numerose disposizioni del *D.Lgs. n. 50 del 2016* (Codice degli appalti), nonché eccesso di potere sotto il profilo del travisamento dei fatti e del difetto di istruttoria nella parte in cui la stazione appaltante, mediante autonoma correzione di alcune cifre inserite nell'offerta dalla prima classificata, non avrebbe considerato che l'errore commesso dalla stessa prima classificata sarebbe stato di matrice "concettuale" e non meramente "materiale", come invece ritenuto dalla stessa stazione appaltante. Di qui la sostanziale e inammissibile mutazione dell'offerta in corso di gara;

b2) violazione dell'art. 97 del Codice degli appalti nella parte in cui la stazione appaltante, pur dopo la correzione d'ufficio apportata in merito all'offerta della prima classificata, non ha comunque aperto il prescritto giudizio di congruità dell'offerta;

c) si costituivano in giudizio l'intimata amministrazione regionale e la controinteressata M., entrambe per chiedere il rigetto del gravame mediante articolate controdeduzioni che, più avanti, formeranno oggetto di specifica trattazione. M. proponeva altresì ricorso incidentale per violazione dei principi di proporzionalità, certezza e buona fede, nonché per violazione di alcune disposizioni della lettera di invito;

d) alla camera di consiglio del 24 novembre 2020, tenutasi secondo le modalità di cui al *D.L. n. 137 del 2020*, le parti rassegnavano le proprie rispettive conclusioni e la causa, previo avviso di sentenza in forma semplificata, veniva infine trattenuta in decisione.

Considerato di prescindere, innanzitutto, dall'esame del ricorso incidentale stante, in ogni caso, la infondatezza nel merito di quello principale per le ragioni di seguito esposte. Più in particolare:

1. La stazione appaltante ha ritenuto che l'odierna controinteressata, nel riportare la cifra "3" e non "1" all'interno del campo dedicato al "Contenuto di UM per confezione" (laddove per UM si intendeva l'Unità di Misura nel caso di specie dedicata all'intero ciclo vaccinale composto, a sua volta, da tre dosi di vaccino), abbia compiuto un mero errore materiale e non sostanziale o concettuale, come invece sostenuto dalla difesa di parte ricorrente;

2. Osserva al riguardo il collegio che, secondo pacifica giurisprudenza (cfr., sul punto: T.A.R. Toscana, sez. III, 24 luglio 2020, n. 970; T.A.R. Toscana, sez. I, 16 gennaio 2020, n. 35; T.A.R. Latina, sez. I, 8 novembre 2019, n. 648; Cons. Stato, sez. V, 11 gennaio 2018, n. 113; Cons. Stato, sez. V, 16 marzo 2016, n. 1077; T.A.R. Napoli, sez. I, 1 dicembre 2015, n. 5530):

2.1. Fermo restando il principio di immodificabilità dell'offerta, l'errore materiale può essere rettificato d'ufficio dall'amministrazione soltanto nell'ipotesi in cui lo stesso risulti riconoscibile. Tale riconoscibilità deve comunque essere valutata e valutabile ex ante;

2.2. Ciò significa che l'offerente sia incorso in una svista ictu oculi rilevabile, ossia senza svolgere sul punto particolari approfondimenti. Il tutto in base a semplici e intellegibili operazioni di carattere matematico (ossia meri interventi di rettifica del dato numerico non corretto);

2.3. Deve inoltre risultare palese l'effettiva volontà negoziale che lo stesso concorrente abbia inteso manifestare, senza particolari attività di verifica o di interpretazione circa il contenuto dell'offerta formulata;

2.4. Più in particolare, una tale volontà deve poter essere ricostruita, ossia rettificata d'ufficio, senza ricorrere ad "ausili esterni" o a fonti di conoscenza estranee all'offerta medesima (quali il soccorso istruttorio, dichiarazioni integrative o rettificative dell'offerente o altri supplementi di natura tecnica). Non deve in altre parole rinvenirsi alcuna "attività manipolativa", da parte della stazione appaltante, onde correggere il suddetto errore materiale;

2.5. Alla fine di tale (semplificato) percorso, non deve emergere alcuna modifica dell'offerta economica globalmente intesa, il cui valore va dunque mantenuto inalterato in ossequio al predetto principio di immodificabilità;

3. Tanto doverosamente premesso evidenzia il collegio che, nel caso di specie:

3.1. La stazione appaltante si è limitata ad apportare mere operazioni di rettifica del dato numerico non corretto. Più in particolare, la società controinteressata aveva erroneamente inserito il numero "3" nel campo dedicato al contenuto di unità di misura per confezione, laddove per unità di misura si intendeva l'intero ciclo vaccinale (a sua volta costituito, nel caso di specie, da 3 dosi e dunque 3 confezioni). Di qui il refuso in cui è incorsa la prima classificata la quale, invece del numero 1 con cui indicare non la singola dose contenuta in ciascuna confezione ma l'intero ciclo vaccinale, ha per mera svista indicato il numero "3", così riferendosi al numero di dosi e di confezioni che compongono l'intero ciclo vaccinale. La lex specialis richiedeva invece ai concorrenti di presentare un'offerta economica per "ciclo vaccinale" e non già per singola "dose" (o meglio per numero di dosi nel loro complesso, come indicato dalla controinteressata). La correzione di tale dato, e il conseguente ricalcolo dell'offerta globalmente intesa, non ha tuttavia dato luogo a particolari attività di verifica o di interpretazione, né al ricorso ad "ausili esterni" o a fonti di conoscenza estranee, avendo il RUP autonomamente ed automaticamente provveduto nel senso sopra indicato (si veda in tal senso il verbale in data 6 agosto 2020, allorché si afferma che: "l'operatore M.I. Srl ... ha inserito nel campo "Contenuto di UM per confezione" il numero complessivo delle dosi costituenti l'intero ciclo vaccinale (3 dosi) anziché il numero dei "cicli vaccinali" individuato nell'Allegato 2 come unità di misura su cui predisporre l'offerta");

3.2. Una simile operazione di mera correzione e automatico ricalcolo non ha inoltre dato luogo a modificazioni dell'offerta in senso globale, come si evince dalla conclusioni del richiamato verbale del 6 agosto 2020. Né al riguardo la difesa di parte ricorrente ha eccepito alcunché, essendosi la stessa limitata ad affermare che si sarebbe trattato di errore concettuale e non materiale (si veda ricorso introduttivo nel suo complesso) nonché ad evidenziare una certa discrasia interna dell'offerta di M. senza tuttavia indicare in quale misura una tale discrasia avrebbe alterato l'offerta medesima nella sua globalità (cfr. memoria in data 20 novembre, pag. 6);

4. Generica si rivela infine la denunziata violazione dell'art. 97 del Codice degli appalti, e ciò dal momento che la difesa di parte ricorrente si è limitata ad affermare che l'offerta formulata

da M., anche a voler ritenere corretto il potere emendativo esercitato dalla stazione appaltante, "risulterebbe del tutto anomala, in considerazione della differenza rispetto al valore posto a base di gara". Il tutto senza in ogni caso indicare parametri e criteri in base ai quali tale offerta si sarebbe rivelata anomala secondo quanto specificamente previsto dalle disposizioni del Codice degli appalti. Di qui l'inammissibilità della specifica censura;
Ritenuto in conclusione di rigettare il ricorso principale, con compensazione in ogni caso delle spese di lite stante la peculiarità delle esaminate questioni.

P.Q.M.

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

Spese compensate.

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

TAR CATANIA, SEZ. I, SENTENZA N. 209 DEL 25 GENNAIO 2021.
L'INCOMPATIBILITA' DEL RUP DEVE ESSERE ACCERTATA CASO PER CASO.

La questione sottoposta al vaglio dei giudici del TAR Catania aveva ad oggetto l'impugnazione del bando di una gara ad opera di un concorrente, in seguito all'aggiudicazione.

Il ricorrente lamentava la nota del Comune con cui veniva nominato componente della commissione giudicatrice il RUP della procedura di gara.

Con la pronuncia in commento, il TAR Catania ha precisato che la funzione del RUP non è ontologicamente e automaticamente incompatibile con quella di componente della commissione giudicatrice chiamata a valutare le offerte tecnico – economiche.

Pertanto, l'eventuale incompatibilità va accertata caso per caso in relazione all'attività effettivamente svolta dal RUP in sede di predisposizione degli atti di gara.

Dunque, è giurisprudenza ormai consolidata quella di escludere una incompatibilità automatica per il cumulo delle funzioni, essendo, invece, indispensabile procedere ad una valutazione del caso concreto che tenga conto dell'esistenza di una qualche comprovata ragione di interferenza o condizionamento, con la necessaria precisazione per la quale né l'una, né l'altra, può desumersi dal fatto che lo stesso soggetto abbia svolto funzioni nelle fasi della predisposizione della legge di gara e della sua concreta applicazione, ribaltandosi altrimenti il rapporto tra principio generale ed eccezione, in quanto spettanti al RUP normalmente gli atti della procedura di gara.

Di seguito la sentenza in commento.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia
sezione staccata di Catania (Sezione Prima)
ha pronunciato la presente
SENTENZA

ex artt. 60 e 120, comma 6, cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 1819 del 2020, proposto da

I.R.I. S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Carmelo Barreca, con domicilio fisico eletto presso il suo studio in Catania Via Vincenzo Giuffrida n. 37;

contro

Comune di Lentini, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Carmelo Floreno, con domicilio fisico eletto presso il suo studio in Catania, via Gabriello Carnazza, 51;

nei confronti

I. S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Vito Aurelio Pappalepore e Salvatore Alfio Donzuso, con domicilio fisico eletto presso lo studio dell'avvocato Elisabetta Marino in Catania, Via F. Riso n. 12;

l'annullamento, previa sospensione,

- del provvedimento di aggiudicazione/Determina n. 767 del 23.11.2020 all'I. srl della gara per l'affidamento del servizio di raccolta e trasporto R.U. classificato come "verde" ai sensi dei criteri del *D.M. del 13 febbraio 2014*, all'interno dell'A.R.O. del comune di Lentini, per anni 1, CIG: Codice CIG: (...);
- di tutti gli atti di gara, ed in particolare della nota del Comune di Lentini del 9.7.2020 prot. (...) con cui viene individuato quale nuovo componente effettivo della Commissione giudicatrice di gara il RUP del procedimento Ing. B.Z.;
- in particolare di tutti i verbali di gara a cui ha preso parte il RUP Ing. B.Z., quale membro della Commissione di gara (verbali dal n. 7 in poi);
- nonché per l'impugnazione di ogni atto precedente eventualmente lesivo;

Svolgimento del processo

1. La società ricorrente ha rappresentato che con bando del 19 dicembre 2019 il Comune di Lentini ha indetto la gara per l'affidamento del servizio di "raccolta e trasporto R.U. classificato come "verde" ai sensi dei criteri del *D.M. del 13 febbraio 2014*, all'interno dell'A.R.O. del Comune di Lentini, per anni 1, Codice CIG: (...), importo a base d'asta EU 2.632.576,24, criterio di aggiudicazione OEPV.

Evidenzia l'esponente che tutti i fondamentali atti di gara sono stati predisposti e sottoscritti dal RUP Ing. B.Z. (in particolare, il bando di gara, il disciplinare di gara ed il quadro economico generale della spesa); la gara è stata svolta dall'UREGA di Siracusa e ha visto aggiudicataria la controinteressata I. S.r.l..

Precisa la deducente che la commissione giudicatrice per la valutazione delle offerte tecniche ed economiche era inizialmente così composta, giusta determina UREGA n. 9138 del 24 giugno 2020: Presidente: Arch. C.A.M.R.; Presidente supplente: Arch. F.D.M.; Componente esperto B2. 32: Ing. M.P.; Componente esperto supplente B2.32: Ing. L.G.; Componente designato dalla S.A.: Geom. C.G.; Componente supplente designato dalla S.A.: Geom. F.R.. Il Comune di Lentini, tuttavia, con nota del 9 luglio 2020 a firma del RUP, ha ritenuto di sostituire il componente della commissione giudicatrice di propria nomina Geom. G., direttamente con il RUP Ing. B.Z. (senza alcuna motivazione e senza considerare che esisteva già un componente supplente).

Il RUP, precisa la deducente, ha valutato egli stesso l'insussistenza delle preclusioni ostative ex art. 77 del *D.Lgs. n. 50 del 2016* e ha quindi nominato "sé stesso".

Aggiunge la società ricorrente che la nuova commissione giudicatrice ha proseguito nelle operazioni di gara, dando atto, col verbale n. 7 della sostituzione del membro Geom. G. con il membro RUP Ing. Z. e ha concluso i lavori con il verbale n. 11 del 29 luglio 2020, con cui ha proposto alla commissione di gara l'aggiudicazione del servizio alla I. S.r.l.; la commissione di gara, quindi, con il verbale n. 12 del 31 luglio 2020 ha proposto alla stazione appaltante di disporre l'aggiudicazione alla I. S.r.l..

Il RUP del procedimento (lo stesso Ing. B.Z.) con la determina n. 767 del 23 novembre 2020 di "aggiudicazione definitiva dell'appalto ed approvazione quadro economico post - gara", ha approvato gli atti di gara ed aggiudicato l'appalto alla I. S.r.l..

Lamenta la società ricorrente che l'illegittimità di tale modus operandi è stata segnalata con nota del 15 settembre 2020 trasmessa via PEC al Comune di Lentini e all'UREGA di Siracusa, nota rimasta tuttavia senza alcun riscontro.

Con ricorso notificato e depositato in data 4 dicembre 2020 l'esponente ha proposto le domande in epigrafe.

1.1. Si è costituito in giudizio il Comune di Lentini rilevando l'inammissibilità, l'irricevibilità e l'infondatezza in fatto ed in diritto del ricorso proposto.

Si è altresì costituita in giudizio la I. S.r.l. chiedendo il rigetto dell'istanza cautelare e del ricorso introduttivo, in quanto irricevibile, inammissibile ed infondato.

1.2. Alla camera di consiglio del 17 dicembre 2020, tenutasi da remoto ai sensi dell'art. 25 del D.L. 28 ottobre 2020, n. 137, presenti i difensori delle parti, come da verbale, su richiesta degli stessi, concordi su un rinvio, il Presidente ha rinviato la trattazione del ricorso alla camera di consiglio del 14 gennaio 2021.

1.3. Le parti hanno illustrato le rispettive posizioni con scritti difensivi versati in giudizio e depositi documentali.

1.4. Alla camera di consiglio del giorno 14 gennaio 2021, tenutasi da remoto ai sensi dell'art. 25 del D.L. 28 ottobre 2020, n. 137, convertito con modificazioni dalla L. 18 dicembre 2020, n. 176, presenti i difensori delle parti, come da verbale, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

Motivi della decisione

1. Il ricorso, trattato nella camera di consiglio per la domanda di concessione di misure cautelari, può essere deciso con sentenza in forma semplificata, sussistendo i presupposti di legge ed essendo stato dato apposito avviso alle parti.

2. Il Collegio ritiene, per ragioni di economia processuale, di prescindere dall'esame delle eccezioni di rito fraposte dalla parte controinteressata, attesa l'infondatezza delle doglianze articolate con il ricorso introduttivo del giudizio.

3. Con unico motivo di gravame la società ricorrente ha dedotto i vizi di Violazione art. 77.4 del D. Lvo 50/16 - Violazione art. 8 Legge Reg. 12/2011. - Violazione del principio del giusto procedimento - Violazione art. 97 Cost.

La società ricorrente, dopo aver richiamato l'art. 77, comma 4, del D.Lgs. n. 50 del 2016 (nel testo modificato dal D.Lgs. n. 56 del 2017), ha osservato che ancorché la giurisprudenza (e poi la riforma operata con il citato D.Lgs. n. 56 del 2017) abbia chiarito che (astrattamente) il RUP può far parte della commissione di gara, rimane insuperabile e consolidato il principio secondo cui chi ha redatto la lex specialis non può essere componente della commissione giudicatrice, costituendo il principio della separazione tra chi predisponga il regolamento di gara e chi è chiamato a concretamente applicarlo regola generale posta a tutela della trasparenza della procedura, e dunque a garanzia del diritto delle parti ad una decisione adottata da un organo terzo ed imparziale mediante valutazioni il più possibile oggettive, e cioè non influenzate dalle scelte che l'hanno preceduta.

Secondo la deducente, senza voler mettere in alcun modo in discussione la professionalità del RUP Ing. B.Z., egli proprio in qualità di RUP ha redatto il bando di gara, il disciplinare, il quadro economico generale ed ha approvato tutti gli altri atti di gara ed ha altresì poi risposto

ai vari quesiti sulle FAQ pubblicati sul portale della procedura, ed infine si è autonominato membro della commissione giudicatrice, sostituendo (peraltro senza alcuna motivazione) il Geom. G. e prendendo parte ai lavori della commissione (verbali da n. 7 a n. 11); quindi, spogliatosi delle vesti di membro della commissione giudicatrice e rimessi quelli del RUP, ha approvato gli atti di gara, tra cui i verbali della commissione di cui ha fatto parte.

Secondo la società ricorrente, tale attività di un RUP (ivi specificamente compresa la risposta alle FAQ) è stata ritenuta dalla giurisprudenza incompatibile con la nomina a membro della commissione giudicatrice; egli poi, in qualità (e rimesse le vesti) di RUP ha approvato gli atti di gara (cui egli stesso aveva partecipato quale membro della commissione giudicatrice) ed ha disposto l'aggiudicazione in favore della I. S.r.l..

Per la deducente la sua fattiva partecipazione/paternità nella predisposizione della *lex specialis* ne ha reso evidente l'incompatibilità a far parte della commissione giudicatrice, in violazione dell'*art. 77, comma 4, del D.Lgs. n. 50 del 2016*, che intende prevenire il pericolo di possibili effetti distorsivi prodotti dalla partecipazione alle commissioni giudicatrici di soggetti che, a diverso titolo, siano già intervenuti nella procedura concorsuale, definendone i contenuti e le regole.

Per corroborare le proprie argomentazioni la società ricorrente ha richiamato anche un recente precedente del Tribunale adito (T.A.R. Sicilia, Catania, sez. I, 14 ottobre 2019, n. 2377) che ha preso in considerazione il citato *art. 77, comma 4*, già modificato per effetto del *D.Lgs. n. 56 del 2017*, e ha evidenziato che il perimetro di applicazione dell'espressione "La nomina del RUP a membro delle commissioni di gara è valutata con riferimento alla singola procedura" opera solo laddove non sussista "a monte" la generale incompatibilità che colpisce tutti coloro (RUP compreso) che abbiano svolto "qualche funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta" (insieme di attività in cui certamente ricade la predisposizione delle regole di gara).

Ciò, ha osservato l'esponente - a parte la scarsa trasparenza insita nel fatto che chi avrebbe operato tale valutazione di insussistenza di incompatibilità è lo stesso RUP che si è autonominato - è sufficiente perché vi sia incompatibilità del RUP e preclude ogni possibilità di applicare le disposizioni (da lui stesso redatte), diventando, in sostanza, arbitro del procedimento d'acquisto; il suo inserimento nella commissione di gara ha quindi prodotto un insanabile vizio e l'alterazione della genuinità e trasparenza della procedura, che peraltro impone l'annullamento dell'intera procedura di gara (e non solo del segmento procedimentale a cui il RUP ha partecipato), poiché la ripetizione della valutazione delle offerte tecniche avverrebbe in un momento in cui essendo ormai note le offerte economiche l'attribuzione dei punteggi avrebbe immediata conseguenza nell'individuazione dell'aggiudicataria.

D'altra parte, conclude la società ricorrente, non si vede come potrebbe il RUP in maniera trasparente ed imparziale - ammesso e non concesso che il vizio comporti solo l'annullamento del segmento procedimentale inciso dalla sua partecipazione come membro della commissione giudicatrice - approvare gli atti di gara contenenti valutazioni conclusive eventualmente diverse da quelle rese dalla commissione a cui ha preso parte.

Il Comune resistente e la società controinteressata hanno contrastato le argomentazioni difensive della parte ricorrente.

3.1. Il motivo è infondato.

3.1.1. L'art. 77, comma 4, del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (come modificato dall'art. 46, comma 1, lett. d), del D.Lgs. 19 aprile 2017, n. 56) recita: "I commissari non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta. La nomina del RUP a membro delle commissioni di gara è valutata con riferimento alla singola procedura".

La versione originaria dell'art. 77, comma 4, del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 disponeva che "I commissari non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta".

3.1.2. Va premesso che il precedente orientamento di questo Tribunale, evocato da parte ricorrente, richiamava una decisione del Consiglio di Stato (27 febbraio 2019, n. 1387) che poneva le conclusioni riferite alla disciplina antecedente.

Il Collegio ritiene di dover riesaminare detto orientamento, anche alla luce delle diverse successive pronunce del Giudice di seconde cure.

Come evidenziato dalla giurisprudenza, l'addendum recato dal c.d. primo correttivo - che si è inserito in un panorama interpretativo ed applicativo non univoco sulla questione della coincidenza del ruolo di RUP con le funzioni di commissario di gara e di presidente della commissione giudicatrice - ha escluso ogni effetto di automatica incompatibilità conseguente al cumulo delle funzioni, rimettendo all'Amministrazione la valutazione della sussistenza o meno dei presupposti affinché il RUP possa legittimamente far parte della commissione gara (cfr. Cons. Stato, sez. III, 26 ottobre 2018, n. 6082).

Sempre la giurisprudenza - dando seguito all'impostazione secondo la quale non può essere ravvisata nessuna automatica incompatibilità tra le funzioni di RUP e quelle di componente della commissione giudicatrice, a meno che essa non venga dimostrata in concreto - nell'ottica di una lettura dell'art. 77, comma 4, del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 che si ponga in continuità con l'indirizzo interpretativo formatosi sul dell'art. 84, comma 4, del previgente D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 - ha anche evidenziato che:

- la garanzia di trasparenza ed imparzialità nella conduzione della gara impedisce la presenza nella commissione di gara di soggetti che abbiano svolto un'attività idonea a interferire con il giudizio di merito sull'appalto di che trattasi;
- la situazione di incompatibilità deve ricavarsi dal dato sostanziale della concreta partecipazione alla redazione degli atti di gara, al di là del profilo formale della sottoscrizione o mancata sottoscrizione degli stessi e indipendentemente dal fatto che il soggetto in questione sia il funzionario responsabile dell'ufficio competente;
- per predisposizione materiale della legge di gara deve quindi intendersi "non già un qualsiasi apporto al procedimento di approvazione dello stesso, quanto piuttosto una effettiva e concreta capacità di definirne autonomamente il contenuto, con valore univocamente vincolante per l'amministrazione ai fini della valutazione delle offerte, così che in definitiva il suo contenuto prescrittivo sia riferibile esclusivamente al funzionario";
- ad integrare la prova richiesta, non è sufficiente il mero sospetto di una possibile situazione di incompatibilità, dovendo l'art. 84, comma 4, essere interpretato in senso restrittivo, in quanto disposizione limitativa delle funzioni proprie dei funzionari dell'amministrazione;
- detto onere della prova grava sulla parte che deduce la condizione di incompatibilità;
- in ogni caso, la predetta incompatibilità non può desumersi ex se dall'appartenenza del funzionario componente della commissione, alla struttura organizzativa preposta, nella fase

preliminare di preparazione degli atti di gara e nella successiva fase di gestione, all'appalto stesso (cfr. cit. Cons. Stato, sez. III, 26 ottobre 2018, n. 6082).

3.1.3. Ciò premesso, condiviso orientamento giurisprudenziale ha posto in evidenza come il RUP possa essere nominato membro della commissione di gara, salva la prova di concreti ed effettivi condizionamenti (sul piano pratico), prova che non può desumersi ex se dalla mera commistione di funzioni svolte dallo stesso soggetto nelle fasi della predisposizione della legge di gara e della sua concreta applicazione.

Inoltre, le due previsioni racchiuse nell'anzidetto *art. 77, comma 4, del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50* non possono essere interpretate in maniera atomistica, ma postulano una lettura coordinata, non seccamente preclusiva del cumulo di funzioni e che richiede una valutazione dell'incompatibilità sul piano concreto e di volta in volta, nonché la prova di concreti ed effettivi condizionamenti, anche perché, diversamente opinando, si finirebbe per operare una sorta di interpretatio abrogans della seconda parte dell'*art. 77, comma 4, del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50* e ss. mm. ed ii. (che, va ricordato, stabilisce che la nomina del RUP a membro delle commissioni di gara è valutata con riferimento alla singola procedura), attesa la pluralità di funzioni e competenze, sia sotto il profilo tecnico che amministrativo, che l'*art. 31 del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50* attribuisce al RUP (cfr. T.A.R. Puglia, Lecce, sez. III, 24 agosto 2020, n. 949).

Sul punto, non può non richiamarsi il consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa in base al quale l'*art. 31, comma 3, del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50* (che, peraltro, amplia la dizione normativa del previgente *art. 10, comma 2, del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163*) delinea la competenza del responsabile unico del procedimento in termini residuali (arg. ex T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. III, 30 luglio 2020, n. 1673); la giurisprudenza ha, invero, valorizzato la volontà del Legislatore (racchiusa nella richiamata disposizione) di identificare nel responsabile unico del procedimento il dominus della procedura di gara, in quanto titolare di tutti i compiti prescritti, salve specifiche competenze affidate ad altri soggetti (cfr. T.A.R. Veneto, sez. I, 27 giugno 2018, n. 695).

A ciò deve aggiungersi che fra le competenze ascritte al dirigente ovvero al funzionario incaricato di funzioni dirigenziali vi sono quelle concernenti la presidenza delle commissioni di gara, la responsabilità delle procedure d'appalto, la stipulazione dei contratti (cfr. T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. III, 24 luglio 2009, n. 1342 che evoca l'*art. 6, comma 2, della L. 15 maggio 1997, n. 127*, richiamata in ambito regionale con l'*art. 2, comma 3, della legge reg. Sic. 7 settembre 1998, n. 23*, nel testo oggi sostanzialmente corrispondente all'*art. 107, comma 3, del D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267*); orbene, la responsabilità della procedura di gara è affiancata dallo stesso legislatore a quella della presidenza delle commissioni nell'ambito dello stesso assetto di competenze di natura gestionale, sicché può agevolmente affermarsi che la sottoscrizione degli atti indittivi della procedura, poiché costituenti provvedimenti tipici della prima delle due indicate competenze, guardata autonomamente ed in linea di principio (ed al netto di specifiche situazioni particolari ove censurate), non può dar luogo ad una necessaria situazione di incompatibilità del presidente della commissione (o altro componente) che sia anche RUP (cfr. T.A.R. Piemonte, sez. II, 1 aprile 2020, n. 221; T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, sez. II, 25 gennaio 2018, n. 87).

3.1.4. Fermo quanto sopra, il Collegio conclusivamente ritiene che:

- la doglianza concernente la redazione da parte del RUP degli atti di gara (bando di gara, disciplinare, quadro economico generale, ma quanto si dirà fra breve può estendersi anche alla questione delle risposte ai vari quesiti sulle FAQ) è formulata in termini formalistici. La "paternità" degli atti indittivi della procedura, tipici della competenza dirigenziale, in linea di principio (id est, al netto di specifiche situazioni particolari, allegare e comprovare), non può dar luogo ad una necessaria situazione di incompatibilità; diversamente opinando, si tratterebbe di incompatibilità di carattere automatico in difetto di qualsivoglia elemento di prova sulla concreta influenza in merito alle regole di imparzialità che governano le pubbliche gare;
- sulla questione della coincidenza del ruolo di RUP con le funzioni di commissario di gara (o di presidente della commissione giudicatrice) si è già detto che deve escludersi ogni effetto di automatica incompatibilità conseguente al cumulo delle funzioni *ex art. 77, comma 4, del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50* (cfr. la recente T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, sez. II, 28 aprile 2020, n. 256, secondo cui non vi è un'incompatibilità automatica tra la figura del RUP e quella di membro di commissione giudicatrice e l'eventuale incompatibilità deve essere valutata in concreto, caso per caso, e dimostrata da parte di colui che deduce la condizione di incompatibilità);
- infine, alla luce di un orientamento formatosi in relazione alla disciplina antevigente, l'approvazione degli atti della commissione di gara non può essere ricompresa nella nozione di controllo in senso stretto, ma si risolve in una revisione interna della correttezza del procedimento connessa alla responsabilità unitaria del procedimento spettante alla figura dirigenziale (cfr. Cons. Stato, sez. V, 22 giugno 2010, n. 3890; Cons. Stato, sez. III, 5 novembre 2014, n. 5456; l'orientamento in questione è stato più di recente richiamato da Cons. Stato, sez. III, 12 luglio 2018, n. 4283).

In definitiva, la posizione della società ricorrente si è isterilita nella contestazione del cumulo di funzioni (delle commistioni o sovrapposizioni), senza tuttavia nulla dire (anche solo in termini indiziari ovvero sintomatici) in merito al concreto condizionamento ovvero all'influenza circa l'esito della gara e all'effettiva incidenza sul giudizio in merito alle offerte (e, dunque, sul processo formativo della volontà che conduce alla valutazione delle stesse).

3.1.5. Tali principi, così come premesso, sono stati confermati dalla più recente giurisprudenza del Giudice di seconde cure, che ha avuto modo di ribadire che, "... Sulla questione della nomina del r.u.p. a membro o presidente di una commissione giudicatrice nell'ambito di una procedura di gara per l'affidamento di una pubblica commessa la giurisprudenza amministrativa è ormai consolidata nel senso di escludere una incompatibilità automatica per il cumulo delle funzioni, per essere, invece, indispensabile procedere ad una valutazione caso per caso che tenga conto dell'esistenza di una qualche comprovata ragione di interferenza o condizionamento, con la necessaria precisazione per la quale né l'una, né l'altra, può desumersi dal fatto che lo stesso soggetto abbia svolto funzioni nelle fasi della predisposizione della legge di gara e della sua concreta applicazione, ribaltandosi altrimenti il rapporto tra principio generale ed eccezione, in quanto spettanti al r.u.p. normalmente gli atti della procedura (in tal senso Cons. Stato, sez. III, 26 ottobre 2018, n. 6082, secondo cui l'aggiunta apportata all'art. 77, comma 4, del codice dei contratti pubblici ("La nomina del RUP a membro delle commissioni di gara è valutata con riferimento alla singola procedura") costituisce null'altro che il recepimento legislativo di un orientamento formatosi già nella

vigenza del precedente codice; condividono l'orientamento descritto, Cons. Stato, sez. V, 27 luglio 2019, n. 5308; 14 gennaio 2019, n. 283) ..." (cfr. Cons. Stato, sez. V, 7 gennaio 2021, n. 208).

4. In conclusione, attesa l'infondatezza delle doglianze il ricorso deve essere respinto.

5. La non univocità degli orientamenti giurisprudenziali sulle questioni esaminate giustifica l'integrale compensazione delle spese di giudizio fra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, sezione staccata di Catania (Sezione Prima), 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 Catania nella camera di consiglio del giorno 14 gennaio 2021, avvalendosi di collegamento da remoto ai sensi dell'*art. 25, comma 2, del D.L. 28 ottobre 2020, n. 137*, convertito con modificazioni dalla *L. 18 dicembre 2020, n. 176*, con l'intervento dei magistrati:

Pancrazio Maria Savasta, Presidente

Giuseppe La Greca, Consigliere

Giovanni Giuseppe Antonio Dato, Referendario, Estensore

CASSAZIONE CIVILE, SEZ. TRIBUTARIA, ORDINANZA N. 595 DEL 15 GENNAIO 2021.

TARSU: ACERTAMENTO PREVIO SOPRALLUOGO.

La sentenza impugnata ha chiaramente evidenziato che l'attività di accertamento esercitata dal Gestore, ai sensi dell'art. 23 di detto Regolamento, al fine di individuare i soggetti obbligati a pagare la tariffa e controllare i dati dichiarati in denuncia, si è tradotta in una verifica diretta delle superfici, mediante il sopralluogo ai locali ed aree tariffati, con la piena collaborazione dell'utente, per cui, nel caso di specie, non è stato necessario "fare ricorso alle presunzioni semplici previste dal Codice Civile" (art. 2729 c.c.), cosa peraltro consentita dalla medesima disposizione regolamentare "*in caso di mancata collaborazione dell'utenza o di altro impedimento alla diretta rilevazione*" dei presupposti di fatto del tributo in oggetto.

Di seguito l'ordinanza in commento.

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

sul ricorso 30654-2018 proposto da:

CSM CENTRO STAMPA MODULISTICA SRL, con domicilio eletto in ROMA PIAZZA CAVOUR, presso la cancelleria della CORTE DI CASSAZIONE, rappresentato e difeso dall'Avvocato ALESSANDRO LUPI;

contro

AMBIENTE ENERGIA TERRITORIO SPA, elettivamente domiciliato in ROMA VIA TRIONFALE 5637, presso lo studio dell'avvocato FERDINANDO D'AMARIO, che lo, rappresenta e difende;

avverso la sentenza n. 1723/2018 della COMM. TRIB. REG. di ROMA, depositata il 15/03/2018;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 22/10/2020 dal Consigliere Dott. ORONZO DE MASI.

Svolgimento del processo

che C.S.M. Centro Stampa Modulistica s.r.l. propone ricorso per la cassazione della sentenza n. 1723/18, depositata il 15/3/2018, non notificata, con la quale la Commissione tributaria regionale del Lazio, in controversia concernente avvisi di accertamento TARSU/TIA per gli anni dal 2008 al 2012, in relazione ad unità immobiliare sita in Comune di (OMISSIS), è stato accolto l'appello di Ambiente Energia e Territorio s.p.a., gestore del servizio di tariffazione e riscossione diretta della tariffa di igiene ambientale per detto comune, avverso la prima sentenza di accoglimento dell'originario ricorso della parte contribuente, e dichiarato la piena

legittimità della pretesa tributaria dell'ente territoriale, in quanto riferibile all'esercizio dell'attività accertativa di cui al Reg. TIA, art. 23, diretta al controllo delle dichiarazioni, comunicazioni e dei versamenti dei contribuenti, non preclusa dall'esito di accertamenti riguardanti anni precedenti, confortata, quanto all'estensione delle superfici tariffabili, da planimetrie dei locali su più livelli costituenti l'unità immobiliare e da un sopralluogo, effettuato in data (OMISSIS), in contraddittorio con la società contribuente.

Resiste Ambi.En. Te. s.p.a. con controricorso.

Motivi della decisione

Che:

Con il primo motivo d'impugnazione la ricorrente deduce - in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 3, - violazione e falsa applicazione dell'art. 2729 c.c., e D.Lgs. n. 507 del 1993, art. 62, comma 1, per avere il giudice di appello erroneamente riconosciuto la idoneità dei locali detenuti dalla contribuente a produrre rifiuti assimilabili agli urbani anche per i periodi d'imposta antecedenti all'anno 2013, nel corso del quale era stato effettuato l'accertamento, previo sopralluogo, avendo il gestore del servizio utilizzato un criterio presuntivo circa le condizioni di effettivo utilizzo dell'immobile giungendo a conclusioni in contrasto con altro accertamento (recupero evasione) per l'anno 2008, eseguito sempre da Ambi.En. Te., e con la fattura TARES 2013 (tributo che ha sostituito la TIA) emessa dal Comune di (OMISSIS), che non aveva accertato maggiori superfici rispetto a quelle dichiarate dalla contribuente.

Con il secondo motivo d'impugnazione deduce - in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 3, violazione e falsa applicazione del D.Lgs. n. 507 del 1993, art. 62, comma 3, e Reg. TIA, art. 12, comma 4, del Comune di (OMISSIS), per non avere il giudice di appello considerato che dal computo della tariffa andavano comunque escluse tutte le superfici nelle quali si producono rifiuti speciali non assimilati agli urbani, e non solo il locale destinato a magazzino di solventi, per l'estensione di mq. 21, come fatto da Ambi.En. Te., avendo la contribuente depositato documentazione attestante lo smaltimento di detta tipologia di rifiuti, sottratta alla privativa comunale, per gli anni compresi tra il 2009 ed il 2012.

Con il terzo motivo d'impugnazione deduce - in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 3, violazione e falsa applicazione del D.Lgs. n. 546 del 1992, art. 15, comma 1, per avere il giudice di appello erroneamente condannato la società contribuente al pagamento anche delle spese processuali di primo grado nonostante Ambi.En. Te. non avesse svolto in quella fase di giudizio attività difensiva.

I primi due motivi, scrutinabili congiuntamente in quanto strettamente connessi, appaiono connotati da evidenti profili di inammissibilità, laddove la ricorrente sollecita un rivalutazione del materiale probatorio, e comunque sono infondati.

La società contribuente si duole del fatto che la idoneità dei locali a produrre rifiuti sia stata accertata da Ambi.En. Te., in via presuntiva, con riferimento anche agli anni antecedenti all'accertamento eseguito, previo sopralluogo, nell'anno 2013, utilizzando criteri presuntivi circa le condizioni di effettivo utilizzo dell'immobile, allega al riguardo alcune circostanze che paleserebbero esiti accertativi nel tempo contrastanti circa la misura delle superfici ritenute tariffabili, ed evidenzia che quelle improduttive di rifiuti speciali non assimilabili a

quelli urbani, ai sensi di legge e del Regolamento TIA, andrebbero esenti dal pagamento del tributo.

Quanto al primo profilo censorio, stante il carattere "universale" della Tarsu (D.Lgs. n. 507 del 1993, art. 62, comma 1), ad essa sono soggetti tutti i locali siti nel territorio dell'ente comunale impositore, e questa Corte è ferma nel ritenere che la previsione del D.Lgs. n. 507 del 1993, art. 62, comma 1, il quale stabilisce che la tassa per lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani è dovuta per l'occupazione o la detenzione delle aree scoperte, a qualsiasi uso adibite, ad esclusione delle aree scoperte pertinenziali o accessorie ad abitazioni, costituisce una previsione di carattere generale e subisce solo le deroghe indicate nei successivi commi (il secondo e il terzo) dello stesso articolo che non sono automatiche, ma devono essere di volta in volta dedotte ed accertate con un procedimento amministrativo, la cui conclusione deve essere basata su elementi obiettivi direttamente rilevabili o su idonea documentazione (Cass. n. 21780/2018, n. 11070/9019).

La Corte ha anche precisato che la circostanza che norma sopra richiamata riguardi la TARSU, "non ne esclude la rilevanza interpretativa anche con riferimento alla TIA, non solo perchè espressiva di una finalità pratica comune all'imposizione ambientale in quanto tale - connotata dall'esigenza non di ricostruire documentalmente un patrimonio ovvero un movimento di affari, quanto di accertare, in una data annualità, l'effettiva e materiale detenzione/occupazione di superfici produttive di rifiuti - ma anche perchè relativa ad un tributo (appunto la Tarsu) nei cui confronti la TIA si pone in rapporto di sostanziale continuità, per natura e caratteri distintivi: v. Cass. SSUU 23114/15 e SSUU 26268/16 (ed ora anche SSUU n. 863/20, sulla TIA 2), secondo cui la TIA "non costituisce una entrata patrimoniale di diritto privato, ma una mera variante della TARSU disciplinata dal D.P.R. 15 novembre 1993, n. 507, di cui conserva la qualifica di tributo (...)" (Cass. nn. 4602/2018, 5078/2016, 23114/2015, 14903/2010).

Ebbene, sulla base di tali presupposti normativi, si deve ritenere che la disciplina regolamentare in forza dei quali la CTR ha risolto il caso sia stata correttamente applicata.

Il Reg. TIA, art. 12, del Comune di (OMISSIS), tra l'altro, prevede che "Nella determinazione della superficie tassabile non si tiene conto di quella parte di essa ove, per specifiche caratteristiche strutturali e per destinazione, si formano, di regola, rifiuti speciali non assimilati ai rifiuti urbani, rifiuti tossici o nocivi, allo smaltimento dei quali sono tenuti a provvedere i produttori dei rifiuti stessi ai sensi delle disposizioni legislative vigenti in materia. Quando si tratti di locali ed aree che presentino il carattere della promiscuità nella produzione di rifiuti, la tassazione è determinata tenendo conto della sola superficie in cui si producono rifiuti urbani o assimilati agli urbani. Il soggetto interessato all'esclusione deve osservare scrupolosamente le disposizioni del presente Regolamento Comunale per la disciplina dei servizi di smaltimento dei rifiuti, ed allegare alla denuncia iniziale o di variazione, planimetria dei locali ed aree utilizzati con l'indicazione degli spazi ove si producono rifiuti speciali, tossici e nocivi, urbani e assimilati agli urbani nonchè copia del contratto relativo stipulato con ditta autorizzata alla raccolta e dallo smaltimento dei rifiuti speciali, tossici e nocivi, assimilati agli urbani. In mancanza di tali indicazioni la tassa si applicherà su tutta la superficie occupata".

La sentenza impugnata ha chiaramente evidenziato che l'attività di accertamento esercitata dal Gestore, ai sensi di detto Reg., art. 23, al fine di individuare i soggetti obbligati a pagare

la tariffa e controllare i dati dichiarati in denuncia, si è tradotta in una verifica diretta delle superfici, mediante il sopralluogo ai locali ed aree tariffati, con la piena collaborazione dell'utente, per cui, nel caso di specie, non è stato necessario "fare ricorso alle presunzioni semplici previste dal Codice Civile" (art. 2729 c.c.), cosa peraltro consentita dalla medesima disposizione regolamentare "in caso di mancata collaborazione dell'utenza o di altro impedimento alla diretta rilevazione" dei presupposti di fatto del tributo in oggetto.

Nè la società contribuente ha contestato la tempestività della notifica dell'avviso di accertamento, eccependo l'intervenuto decorso del termine di decadenza quinquennale di cui alla L. n. 296 del 2006, art. 1, comma 161, il quale prevede che "gli enti locali, relativamente ai 3 tributi di propria competenza, procedono alla rettifica delle dichiarazioni incomplete o infedeli o dei parziali o ritardati versamenti, nonché all'accertamento d'ufficio delle omesse dichiarazioni o degli omessi versamenti, notificando al contribuente, anche a mezzo posta con raccomandata con avviso di ricevimento, un apposito avviso motivato. Gli avvisi di accertamento in rettifica o d'ufficio devono essere notificati a pena di decadenza, entro il 31 dicembre del quinto anno, successivo a quello in cui la dichiarazione o il versamento sono stati o avrebbero dovuto essere effettuati".

Tale disciplina, com'è noto, ha aumentato a cinque anni il termine di decadenza, essendo stato abrogato dalla L. n. 296 del 2006, art. 1, comma 172, lett. b, con decorrenza dal 1 luglio 2007, il previgente del D.Lgs. n. 507 del 1993, art. 71, comma 1, che prevedeva, invece, il termine triennale; della citata L., art. 1, comma 171, lett. b, prevede, inoltre, che le nuove disposizioni, tra cui la nuova procedura di accertamento e i relativi termini, si applicano anche ai rapporti di imposta pendenti (e precedenti) al 1 gennaio 2007, data di entrata in vigore della legge finanziaria 2007.

Nè, ai fini qui considerati, può fondatamente ritenersi attribuirsi all'emissione, da parte di Ambi.En. Te., di una fattura volta al recupero della TIA (anno 2008) non versata dalla contribuente un qualche rilievo impeditivo al successivo esercizio della potestà impositiva; diverso sarebbe il caso - che qui non ricorre - dell'esistenza di un giudicato esterno, con accertamento dei fatti imponibili, quale fattore di stabilizzazione del rapporto tributario.

Quanto sopra esposto vale a maggior ragione rispetto all'emissione, da parte dell'ente territoriale, e sulla base delle superfici dichiarate dalla società contribuente della fattura TARES 2013 (tributo che ha sostituito la TIA).

Merita, invece, accoglimento il terzo motivo d'impugnazione atteso che Ambi.En. Te. che non contesta la circostanza e riconosce la non spettanza delle spese liquidate per il primo giudizio - non aveva svolto in primo grado alcuna attività difensiva.

Questa Corte ha avuto modo di affermare che "La statuizione con la quale il giudice liquida, in favore della parte vittoriosa in appello, le spese processuali del primo grado di giudizio, nel quale la stessa era rimasta contumace, va cassata senza rinvio, in applicazione dell'art. 382 c.p.c., comma 3, in quanto, pur essendo espressione di un potere officioso del giudice, la condanna alle spese in favore della parte vittoriosa che non si sia difesa e non abbia, quindi, sopportato il corrispondente carico non può essere disposta ed è assimilabile ad una pronuncia resa in mancanza del suddetto potere." (Cass. n. 16786/2018).

Valutato l'esito complessivo del presente giudizio giustifica va disposta la compensazione delle spese processuali.

La Corte accoglie il terzo motivo di ricorso, limitatamente alla censura concernente la condanna alle spese del primo grado a carico della contribuente. Rigetta il primo e secondo motivo. Cassa senza rinvio la sentenza limitatamente alla sola statuizione di condanna alle spese del primo grado di giudizio a favore di Ambi.En. Te. s.p.a.. Compensa le spese del presente giudizio di cassazione.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio della Quinta Sezione Civile, il 22 ottobre 2020.

Depositato in Cancelleria il 15 gennaio 2021

CASSAZIONE CIVILE, SEZ. VI, SENTENZA N. 1263 DEL 21 GENNAIO 2021.
IMU: RIDUZIONE IN CASO DI INAGIBILITA' GIA' A CONOSCENZA DELL'ENTE.

Con la sentenza in commento, i giudici di legittimità hanno affermato il principio secondo cui quando lo stato di inagibilità è perfettamente noto al Comune è da escludersi il pagamento dell'ICI in misura integrale anche se il contribuente non abbia presentato richiesta di usufruire del beneficio della riduzione del 50% tenuto conto del principio di collaborazione e buona fede che deve improntare i rapporti tra ente impositore e contribuente (*L. n. 212 del 2000, art. 10, comma 1*), di cui è espressione anche la regola secondo la quale al contribuente non può essere richiesta la prova dei fatti documentalmente noti all'ente impositore (*L. n. 212 del 2000, art. 6, comma 4*).

Di seguito la sentenza in commento.

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

sul ricorso 18976-2019 proposto da:

FUNIVIA DEL TERMINILLO SRL, in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA GIUSEPPE FERRARI, 11, presso lo studio dell'avvocato SARA TESTA MARCELLI, rappresentata e difesa dall'avvocato MARCO ARCANGELI;

Contro

COMUNE di RIETI, in persona del Sindaco pro tempore, elettivamente domiciliato in ROMA, VIA ALESSANDRO TORLONIA, 9, presso lo studio dell'avvocato MASSIMILIANO BARBERINI, che lo rappresenta e difende;

avverso la sentenza n. 8792/1/2018 della COMMISSIONE TRIBUTARIA REGIONALE del LAZIO, depositata il 13/12/2018;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio non partecipata del 25/11/2020 dal Consigliere Relatore Dott. CROLLA COSMO.

Svolgimento del processo

1. La soc. Funivia del Terminillo srl proponeva ricorso davanti alla Commissione Tributaria Provinciale di Rieti avverso l'avviso di accertamento n. 41/2017 del 10.3.2017 con il quale si richiedeva il versamento della differenza dell'IMU per l'anno di imposta 2012 non tenendosi conto della riduzione del 50% prevista dal *D.L. n. 201 del 2011, art. 13, comma 3*.

2. La CTP accoglieva il ricorso riconoscendo al contribuente la riduzione del 50% essendo i fabbricati inagibili ed inabitabili. 3. Proponeva appello il Comune di Rieti e la Commissione Tributaria Regionale del Lazio accoglieva il gravame sul presupposto che la soc. Funivia del Terminillo srl non aveva provveduto a depositare presso il Comune la dichiarazione di inagibilità delle unità immobiliari impedendo, quindi, all'Ufficio Tecnico ogni verifica sulla asserita inagibilità ed inabitabilità.

4. Avverso la sentenza della CTR ha proposto ricorso per Cassazione la contribuente sulla base di un unico motivo. Il Comune di Rieti si costituiva tardivamente chiedendo che fosse fissata l'udienza di discussione.

Motivi della decisione

1. Con l'unico motivo di impugnazione la ricorrente denuncia la violazione e falsa applicazione dell'art. 2697 c.c. e del D.L. n. 201 del 2001, art. 13, comma 3, lett. b), convertito in *L. n. 214 del 2011*, e successivamente modificato dalla *L. n. 44 del 2012*, nonché la omessa motivazione in riferimento al dettato dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5. Si argomenta che, contrariamente a quanto affermato dai giudici di seconde cure, il Comune era a conoscenza dello stato di inagibilità e inabitabilità degli immobili oggetto dell'accertamento, documentato dalla perizia non esaminata dalla CTR, per avere, nell'ambito del procedimento di autotutela sui provvedimenti impositivi per gli anni 2006-2010, effettuato sopralluoghi e verifiche che determinarono l'annullamento degli atti di accertamento in quanto non prevedevano la riduzione dell'imposta del 50% 2. Il motivo è fondato.

2.1 Il D.Lgs. n. 201 del 2011, art. 13, comma 3, lett. b), consente la riduzione dell'imposta del 50% "per i fabbricati dichiarati inagibili o inabitabili e di fatto non utilizzati, limitatamente al periodo dell'anno durante il quale sussistono dette condizioni. L'inagibilità o inabitabilità è accertata dall'ufficio tecnico comunale con perizia a carico del proprietario, che allega idonea documentazione alla dichiarazione. In alternativa, il contribuente ha facoltà di presentare una dichiarazione sostitutiva ai sensi del testo unico di cui al *D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445*, rispetto a quanto previsto dal periodo precedente. Agli effetti dell'applicazione della riduzione alla metà della base imponibile, i comuni possono disciplinare le caratteristiche di fatiscenza sopravvenuta del fabbricato, non superabile con interventi di manutenzione".

2.2 Questa Corte, con orientamento costante formatosi sul D.L. n. 504 del 1992, art. 8, in materia di ICI formulato in termini sostanzialmente analoghi alla disposizione IMU, ha avuto modo di precisare, che " in tema di ICI e nella ipotesi di immobile inagibile, inabitabile e comunque di fatto inutilizzato, l'imposta va ridotta al 50 per cento, ai sensi del *D.Lgs. 30 dicembre 1992, n. 504, art. 8, comma 1*, e qualora dette condizioni di inagibilità o inabitabilità accertabili dall'ente locale o comunque autocertificabili dal contribuente permangano per l'intero anno, il trattamento agevolato deve estendersi a tutto il relativo arco temporale, nonchè per i periodi successivi, ove sussistano le medesime condizioni di fatto" (Cass. n. 28921/2017, 13053/2017 12015/2015; n. 13230/2005).

2.3 Pertanto quando lo stato di inagibilità è perfettamente noto al Comune è da escludersi il pagamento dell'ICI in misura integrale anche se il contribuente non abbia presentato richiesta di usufruire del beneficio della riduzione del 50% tenuto conto del principio di collaborazione e buona fede che deve improntare i rapporti tra ente impositore e contribuente (*L. n. 212 del*

2000, art. 10, comma 1), di cui è espressione anche la regola secondo la quale al contribuente non può essere richiesta la prova dei fatti documentalmente noti all'ente impositore (*L. n. 212 del 2000, art. 6, comma 4*).

2.4 Il principio secondo la quale "In tema di ICI, qualora l'immobile sia dichiarato inagibile, l'imposta va ridotta, ai sensi del *D.Lgs. 30 dicembre 1992, n. 504, art. 8, comma 1*, nella misura del 50 per cento anche in assenza di richiesta del contribuente poichè, tenuto conto del principio di collaborazione e buona fede che deve improntare i rapporti tra ente impositore e contribuente, a quest'ultimo non può essere chiesta la prova di fatti già documentalmente noti al Comune" è stato ribadito anche dalla sentenza della Cassazione nr. 18463/2016.

2.5 Nella fattispecie in esame la contribuente aveva fornito elementi documentali dai quali si evince che il Comune di Rieti fosse a conoscenza dello stato di inagibilità ed inutilizzabilità delle unità immobiliari oggetto dell'accertamento.

2.6 In particolare si legge a pagg. 3 e 4 della motivazione della sentenza della Commissione Tributaria Provinciale "di fatto, risulta che la soc. "Funivia del Terminillo srl ha effettuato il pagamento dell'IMU relativa all'anno 2012 per gli immobili oggetto di accertamento nella misura del 50% dell'imposta, considerato lo stato di inagibilità di alcuni immobili, conosciuto dal Comune di Rieti che per gli anni precedenti al 2011 (ICI) ha provveduto all'annullamento degli avvisi di accertamento, come dimostrato dalla documentazione allegata in atti. Infatti, su richiesta della società, del 9 agosto 2011, per gli anni 2006, 2007, 2008, 2009 e 2010, l'Ufficio Tributi del Comune di Rieti, dopo aver proceduto ad una verifica dello stato degli immobili, oggetto id imposta, dei versamenti e delle denunce relative agli anni precedenti, visti gli avvisi di accertamento emessi, viste le controdeduzioni prodotte dalla società, visto il combinato disposto del *D.M. 11 febbraio 1997, n. 37*, nonché le norme contenute nel *D.P.R. 27 marzo 1992, n. 287, art. 68* e nel *D.L. 30 settembre 1994, n. 656, art. 2 quater*, che regolano il potere di autotutela, ha decretato l'annullamento di detti avvisi di accertamento, relativi all'Ici sugli di proprietà della società di cui alcuni risultavano inagibili e quindi soggetto al 50% dell'imposta".

2.6 Si tratta di circostanze che possono dirsi accertate in quanto non risulta che siano state contestate dal Comune e comunque sono documentate dagli atti depositati nel presente giudizio.

2.7 La CTR negando, sulla scorta di una lettura in chiave formalistica del *D.Lgs. n. 201 del 2011, art. 13, comma 3, lett. b)*, il beneficio fiscale per non essere stata presentata da parte della contribuente la dichiarazione di inagibilità, ha malgovernato i principi di cui sopra si è dato conto.

2.8 Il ricorso va accolto e la sentenza deve essere cassata con rinvio alla Commissione Tributaria Regionale del Lazio in diversa composizione affinché, oltre a regolamentare le spese del presente giudizio, accerti se per l'anno di imposta sussistevano ancora le condizioni di inagibilità per tutti o per una parte delle unità immobiliari oggetto dell'avviso di accertamento.

P.Q.M.

La Corte, accoglie il ricorso, cassa l'impugnata sentenza e rinvia alla Commissione Tributaria Regionale del Lazio in diversa composizione anche per la regolamentazione delle spese del presente giudizio.

**CASSAZIONE CIVILE, SEZ. UNITE, SENTENZA N. 2144 DEL 29 GENNAIO 2021.
LA GIURISDIZIONE ORDINARIA NELLA FASE ESECUTIVA DEL CONTRATTO PUBBLICO.**

La questione trae origine dall'aggiudicazione della concessionaria ricorrente, del servizio di accertamento, liquidazione e riscossione dei tributi minori nel Comune resistente.

In seguito alla stipulazione del contratto, ove veniva determinato l'aggio del concessionario, il consiglio comunale adottava dei provvedimenti di modifica del gettito tributario relativo a cinque annualità.

Per tale ragione, la concessionaria adiva il Tribunale di Sassari per violazione del principio di buona fede nell'esecuzione del contratto.

In primo grado, il Tribunale, e in secondo grado, la Corte di Appello, dichiaravano il difetto di giurisdizione del giudice ordinario.

La questione è giunta dinanzi le Sezioni Unite della Cassazione, le quali hanno ritenuto fondato il ricorso della concessionaria e hanno dichiarato che la soluzione della vicenda in punto di giurisdizione vada ricercata nella giurisprudenza delle medesime Sezioni Unite che riservano le controversie relative ai rapporti successivi all'atto autoritativo a seguito del quale è stata conclusa la concessione alla giurisdizione del giudice ordinario.

Di seguito la sentenza in commento.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONI UNITE CIVILI
ha pronunciato la seguente:
SENTENZA

sul ricorso 12805-2019 proposto da:

C & C - CONCESSIONI & CONSULENZE S.R.L., in persona del Presidente prò tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA CICERONE 28, presso lo studio dell'avvocato PIETRO DI BENEDETTO, che la rappresenta e difende;

contro

COMUNE DI SAN TEODORO, in persona del Sindaco prò tempore, elettivamente domiciliato in ROMA, VIA GALLIA 86, presso lo studio dell'avvocato MADDALENA RISUCCI, rappresentato e difeso dall'avvocato MILENA PATTERI;

avverso la sentenza n. 84/2019 della CORTE D'APPELLO DI CAGLIARI - SEZIONE

DISTACCATA di SASSARI, depositata il 20/02/2019.

Udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 01/12/2020 dal Consigliere ROBERTO GIOVANNI CONTI; udito il Pubblico Ministero, in persona dell'Avvocato Generale RENATO FINOCCHI GHEERSI, che ha concluso per l'accoglimento del ricorso e la declaratoria della giurisdizione del giudice ordinario; uditi gli avvocati Pietro Di Benedetto e Milena Patteri.

Fatti di causa

La società C & C Concessioni e Consulenza s.r.l. si aggiudicò l'affidamento del servizio di accertamento, liquidazione e riscossione delle imposte comunali di pubblicità e per l'occupazione degli spazi pubblici del comune di San Teodoro, stipulando il 15 marzo 2011 il relativo contratto, ove venne fra l'altro determinato l'aggio del concessionario nella misura del 10,47 % rapportato all'ammontare lordo complessivamente ed effettivamente riscosso a titolo di canone di occupazione di suolo ed aree pubbliche. Fra il luglio ed il settembre dell'anno 2012 il consiglio comunale adottò alcuni provvedimenti con i quali venne disposta la modifica del gettito tributario relativo ad annualità di imposte evase per gli anni dal 2006 al 2011, mediante la previsione di agevolazioni e condoni, riducendo altresì la tariffa per le occupazioni di suolo pubblico per l'anno di esercizio 2012.

La società concessionaria convenne quindi innanzi al Tribunale di Sassari il comune di San Teodoro chiedendone la condanna al risarcimento dei danni subiti per violazione del principio della buona fede nell'esecuzione del contratto di concessione del servizio di riscossione dei tributi, in relazione ai provvedimenti successivamente adottati dal comune e destinati ad incidere sul corrispettivo contrattuale.

Il Tribunale di Sassari dichiarò il difetto di giurisdizione del giudice ordinario, ritenendo che non fosse controverso il pagamento dell'aggio stabilito in contratto, al cui interno non era stato previsto un minimo garantito per ciascuna annualità della concessione, né la variazione del corrispettivo in ragione della riscossione complessivamente conseguita, risultando piuttosto in discussione l'adozione di una modifica regolamentare dalla quale era derivata la riduzione dell'entrata fiscale, in modo da alterare l'equilibrio tra le rispettive posizioni del rapporto di concessione.

La Corte di appello di Cagliari, con la sentenza della sez. di Sassari n.84/19, pubblicata il 20.2.2019, di cui all'epigrafe confermò la decisione del giudice di primo grado, respingendo l'appello proposto dalla società C & C. Concessioni & Consulenza s.r.l.. Evidenziò, in particolare, che i provvedimenti con i quali l'amministrazione comunale aveva variato le

tariffe per l'occupazione di suolo pubblico e disposto la definizione agevolata del canone erano destinati non già a regolamentare il corrispettivo della concessione, ma ad introdurre forme agevolate di sanatoria deN'imposta comunale, per cui l'effetto sul piano patrimoniale prodotto da tali determinazioni non era scindibile dalla valutazione del potere esercitato nell'interesse pubblico facente capo al comune, correlato all'introduzione di forme di condono o di riduzione del gettito tributario.

La società C & C Concessioni & Consulenze s.r.l. ha proposto ricorso innanzi a queste Sezioni Unite per motivi di giurisdizione, affidato ad un motivo.

Il comune di San Teodoro si è costituito con controricorso. Entrambe le parti hanno depositato memorie.

Il Procuratore Generale ha concluso per l'accoglimento del ricorso.

La causa è stata posta in decisione all'udienza deN'1.12.2020.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. La ricorrente ha dedotto la violazione e falsa applicazione dell'art.133, c.l, lett.c) del d.lgs. n. 195/2011. Secondo la ricorrente la controversia proposta non rientrerebbe nell'ambito di quelle devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, spettando alla giurisdizione ordinaria in quanto avente contenuto meramente patrimoniale. Non assumerebbe, dunque, alcun rilievo l'esercizio di un potere da parte della p.a., invece venendo in rilievo la violazione da parte della p.a. del dovere di buona fede e lealtà manifestatosi per effetto dello stravolgimento del contratto derivato dalla contrazione del corrispettivo contrattuale convenuto, causativo del conseguente danno derivato dall'essere comunque tenuta al mantenimento dei costi di rilevazione, accertamento e gestione del personale. Secondo la ricorrente la potestà regolamentare esercitata dal comune, pur legittimamente esercitata, non avrebbe eliso l'obbligo del comune di tenere indenne la posizione contrattuale del contraente privato che aveva eseguito correttamente le prestazioni contrattuali, salvaguardandone comunque l'aspettativa economica. Ragion per cui la posizione paritetica fra i contraenti conseguente all'aggiudicazione del contratto, ove non incisa dall'esistenza di poteri autoritativi specifici riconosciuti all'Amministrazione, avrebbe determinato la giurisdizione del giudice ordinario secondo i criteri generali di riparto.

2. Il ricorso è fondato e deve essere riconosciuta la giurisdizione del giudice ordinario, risultando errata la soluzione prospettata dal giudice di appello in punto di giurisdizione del giudice amministrativo.

3. Nel caso qui all'esame delle Sezioni Unite viene in rilievo il contratto concluso fra le parti, accessivo alla concessione - in favore della società qui ricorrente- del servizio

pubblico di riscossione di tributi locali facenti capo al comune di San Teodoro, dolendosi la società concessionaria della statuizione che, nel confermare la pronunzia di primo grado, ha ritenuto la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulla domanda risarcitoria proposta nei confronti dell'amministrazione comunale, involgendo l'esercizio di poteri amministrativi da parte del comune.

3.1. Il contratto del quale qui si discute concerne, come si è già visto, il servizio di riscossione di una parte delle entrate comunali ed è sicuramente suscumbibile nell'ambito dei contratti relativi a servizi pubblici, dovendosi pertanto verificare la ricorrenza, nel caso di specie, di un'ipotesi di giurisdizione esclusiva, come sostenuto dalla Corte di appello di Cagliari e già dal Tribunale di Sassari, ovvero che la controversia rimanga attratta dalla giurisdizione del giudice ordinario.

3.2. Orbene, occorre ricordare che la giurisdizione rispetto alla controversia pendente è regolata dall'assetto normativo scaturito dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 2004, che ha dichiarato la parziale illegittimità costituzionale dell'art. 33 del d.lgs. n. 80 del 1998 come sostituito dall'art. 7 della L. n. 205 del 2000.

3.3. In esito a tale pronunzia l'art. 33, comma 1, del decreto legislativo n. 80 del 1998, come sostituito dall'art. 7, lettera a), della legge n. 205 del 2000 è stato dichiarato incostituzionale nella parte in cui prevedeva che fossero devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie in materia di pubblici servizi anziché «le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi».

3.4. Orbene, secondo i principi ormai consolidati espressi da queste Sezioni Unite, la decisione della Corte costituzionale appena ricordata ha determinato il sostanziale ritorno al criterio di riparto a suo tempo operante nel regime dell'art. 5 della legge n. 1034 del 1971, poi recepito, senza sostanziali modifiche, dal Codice del processo amministrativo, emanato con il d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, art. 133, comma 1, lett.c) -cfr. Cass., S.U, 10 aprile 2018, n. 28053-.

3.5. In particolare, il D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104, recante il codice del processo amministrativo, entrato in vigore il 16 settembre 2010 prevede, all'art. 133 c.p.a., c.l, lett. c) che "le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi, ovvero relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo, ovvero ancora relative all'affidamento di un pubblico servizio, ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore, nonché afferenti alla vigilanza

sul credito, sulle assicurazioni e sul mercato mobiliare, al servizio farmaceutico, ai trasporti, alle telecomunicazioni e ai servizi di pubblica utilità" sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

3.6. Ora, la giurisprudenza di questa Corte ha avuto modo di chiarire che in tema di concessioni di servizi, le controversie relative alla fase esecutiva del rapporto, successiva all'aggiudicazione, sia se impicanti la costruzione (e gestione) dell'opera pubblica, sia se non collegate all'esecuzione di un'opera, sono devolute alla giurisdizione del giudice ordinario, al quale spetta di giudicare sugli adempimenti (e sui relativi effetti) con indagine diretta alla determinazione dei diritti e degli obblighi dell'amministrazione e del concessionario, nonché di valutare, in via incidentale, la legittimità degli atti amministrativi incidenti sulla determinazione del corrispettivo; resta ferma, invece, la giurisdizione del giudice amministrativo nei casi in cui l'amministrazione, sia pure successivamente all'aggiudicazione definitiva, intervenga con atti autoritativi incidenti direttamente sulla procedura di affidamento, mediante esercizio del potere di annullamento d'ufficio o di eventuali altri poteri riconosciuti dalla legge, o comunque adottati atti autoritativi in un procedimento amministrativo disciplinato dalla legge n. 241 del 1990, oltre che nei casi tassativamente previsti (come quello di cui aN'art. 133, comma 1, lett. e, n. 2, c.p.a.). Cass n. 32728 del 18/12/2018-.

3.7. In continuità con i principi sopra ricordati, si è ritenuto che quando non viene in considerazione l'esercizio di poteri autoritativi da parte della p.a. ma unicamente il rispetto da parte delle stessa dei criteri generali di correttezza e buona fede (artt. 1175 e 1375 c.c.), applicabili alla stregua dei principi di imparzialità e di buon andamento di cui aN'art. 97 Cost., la giurisdizione appartiene al giudice ordinario (Cass., S.U., 5 aprile 2017, n. 8799; Cass., S.U., 22 marzo 2016, n. 9281; Cass., S.U., 4 aprile 2011, n. 21060; Cass., S.U., 29 gennaio 2013, n. 21671).

3.8. In questa prospettiva, si è ancora più di recente sottolineato che quando l'oggetto della controversia ruota attorno al comportamento della p.a., all'affidamento ingenerato in capo al privato ed alle regole di buona fede il contegno dell'amministrazione va valutato su un piano diverso rispetto a quello della scansione degli atti procedurali che conducono al provvedimento con cui viene esercitato il potere amministrativo. Cass., S.U., 28 aprile 2020, n.8236/2020 ha infatti chiarito che detto comportamento si colloca in una dimensione relazionale complessiva tra l'amministrazione ed il privato, nel cui ambito un atto provvedimento di esercizio del potere amministrativo potrebbe mancare del tutto o, addirittura, essere legittimo, così da risultare un frammento legittimo di un mosaico connotato

da una condotta complessivamente superficiale, violativa dei più elementari obblighi di trasparenza, di attenzione, di diligenza, al cospetto dei quali si stagliano i corrispondenti diritti soggettivi di stampo privatistico.

3.9. Per altro verso, si è ritenuto che in caso di concessione di servizi pubblici, la giurisdizione del giudice ordinario, riguardante le indennità, i canoni e altri corrispettivi, nella fase esecutiva del contratto di concessione, si estende alle questioni inerenti l'adempimento e l'inadempimento della concessione, nonché le conseguenze risarcitorie, vertendosi nell'ambito di un rapporto paritetico tra le parti, ferma restando la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nei casi in cui la **P.A.** eserciti poteri autoritativi tipizzati dalla legge-Cass., S.U., 7 maggio 2019, n.18267-.

3.10. In definitiva, in materia di concessioni amministrative, tanto l'art. 133, comma 1, lett. b) del codice del processo amministrativo (approvato con D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104) che la L. 21 luglio 2000, n. 205, art. 5 (applicabile "*ratione temporis*"), nell'attribuire alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ogni controversia relativa ai rapporti di concessione di beni e servizi pubblici, presuppongono che, nelle relative controversie, rimanga coinvolta la verifica dell'azione autoritativa della P.A. sul rapporto concessorio sottostante, ovvero che sia implicato l'esercizio di poteri discrezionali-valutativi nella previsione del complessivo assetto negoziale (cfr. Cass., S.U., 26 febbraio 2019, n.9682 che ricorda Cass., S.U., 27 giugno 2001, n. 13903; Cass., S.U., 27 settembre 2011, n. 20939 e Cass., S.U., 10 aprile 2018, n. 21597).

3.11. Orbene, va anzitutto esclusa, *in parte qua*, la giurisdizione della Corte dei Conti, essendo queste Sezioni Unite ferme nel ritenere che a tali fini è necessaria "la ricorrenza di atti e comportamenti, intervenuti nell'ambito del rapporto gestorio tra l'ente pubblico e l'agente, costituenti violazioni di specifici schemi procedurali di tipo contabile, stabiliti, cioè, per la regolarità dell'effettuazione, del servizio" (Cass., S.U., 10 dicembre 1999 n. 874, in motivazione e

Cass., S.U., 16 novembre 1994 n. 9682, con riferimento alla vigenza del R.D. 12 luglio 1934, n. 1214, artt. 13 e 44, Cass., S.U., 25 settembre 2012, n.22265), il che non si riscontra nella fattispecie in esame, dove l'azione risarcitoria promossa dal concessionario non scaturisce dalla gestione e dal maneggio di danaro pubblico.

3.12. Nemmeno può ritenersi che si discuta qui della verifica dei rapporti di dare e avere e/o del risultato finale di tali rapporti, che dà luogo ad un "giudizio di conto" (Cass., S.U., 18 giugno 2018, n. 16014; 16 novembre 2016, n. 23302; Cass., S.U., 11 febbraio 2020, n. 5595) facendosi questione, nel giudizio promosso dalla società concessionaria contro il

comune di San Teodoro, della lesione dell'equilibrio contrattuale derivata dall'adozione di provvedimenti resi dal comune incidenti sul gettito fiscale.

3.13. Ne consegue che la soluzione della vicenda in punto di giurisdizione va ricercata nella giurisprudenza di queste Sezioni Unite -già ricordata- che riserva le controversie relative ai rapporti successivi all'atto autoritativo a seguito del quale è stata conclusa la concessione alla giurisdizione del giudice ordinario.

3.14. Nel caso di specie la società C&C Concessioni e Consulenze s.r.l. che si è vista aggiudicare la concessione per il servizio di accertamento, liquidazione, riscossione volontaria e coatta dell'imposta comunale sulla pubblicità, i diritti sulle pubbliche affissioni, il canone di occupazione di suolo pubblico per la durata di 36 mesi, ha stipulato con detta amministrazione un contratto nel quale era prevista la corresponsione di un aggio sulla riscossione complessiva a qualsiasi titolo eseguita pari al 10.47 % e rapportato in misura unica all'ammontare lordo complessivamente ed effettivamente riscosso a titolo di canone di occupazione di suolo ed aree pubbliche, imposta comunale sulla pubblicità, diritto sulle pubbliche affissioni e relative sanzioni ed interessi.

3.15. , la società concessionaria si duole degli effetti negativi prodotti dalle determinazioni amministrative che detta amministrazione comunale, nell'esercizio della propria discrezionalità, ha deciso di applicare, disponendo forme di definizione agevolata delle imposte oggetto del servizio di riscossione sopra rammentate ed, inoltre, escludendo dall'assoggettamento all'Imposta comunale sulla pubblicità e del diritto sulle pubbliche affissioni i passi carrabili.

3.16. Orbene, tali delibere, della cui legittimità la società concessionaria non dubita in alcun modo, avrebbero tuttavia determinato una modifica dell'equilibrio del contratto accessivo alla concessione, determinando un pregiudizio di natura patrimoniale in relazione al corrispettivo sotto forma di aggio originariamente pattuito e parametrato in misura proporzionale a quella dei tributi riscossi, di guisa che la riduzione delle imposte esigibili per effetto delle definizioni agevolate e dell'esclusione dall'imposta di pubblicità per i passi carrabili, entrambe scelte adottate nell'ambito di poteri amministrativi riconosciuti *ex lege*- cfr. art. 3, c. 63, avrebbero determinato un pregiudizio di natura patrimoniale in danno della stessa società che è stato appunto oggetto dell'azione risarcitoria promossa innanzi al tribunale di Nuoro nei confronti del comune di San Teodoro.

3.17. Sicché, avuto riguardo al criterio del "*petitum* sostanziale" correlato alla concreta "*causa petendi*" dedotta in giudizio (e dunque all'intrinseca natura della posizione fatta valere in ragione dei fatti allegati e del rapporto giuridico ad essi connessi), è indubbio

che nella controversia qui esaminata non viene in alcun modo in discussione la legittimità degli atti amministrativi comunali incidenti sul contratto accessivo alla concessione del pubblico servizio di riscossione e l'esercizio del potere ad essi connesso, piuttosto contestandosi le ripercussioni negative di ordine patrimoniale dagli stessi prodotti sull'equilibrio dell'intesa ed il rispetto del canone della buona fede negoziale nell'esecuzione del rapporto. Ciò che pone il *petitum* sostanziale all'interno della fase attuativa del rapporto di concessione -riservato alla cognizione del giudice ordinario- implicando unicamente il coinvolgimento di posizioni riconducibili a diritti soggettivi.

3.18. Non vi è, in definitiva, controversia in ordine alla legittimità degli atti adottati dal comune di San Teodoro, piuttosto discutendosi delle conseguenze che gli stessi hanno prodotto sull'intesa negoziale e sul comportamento dell'amministrazione comunale che, in fase attuativa dell'intesa, avrebbe adottato un contegno idoneo a frustare l'equilibrio negoziale in pregiudizio del concessionario.

4. Alla stregua di tali considerazioni, appare coerente la conclusione che orienta verso la giurisdizione del giudice ordinario, non risultando in questa sede rilevante verificare i presupposti per l'adozione delle scelte dell'amministrazione comunale, di natura evidentemente discrezionale, in quanto in entrambe le ipotesi espressamente prevista dalla legge, quanto gli effetti di tali fatti sull'equilibrio stesso delle pattuizioni ivi contenute.

4.1. Deve pertanto concludersi che l'incidenza di atti amministrativi sull'accordo negoziale non è dunque correlata alla loro legittimità, quanto alla circostanza che essi finiscono, secondo la prospettazione della società C & C Concessioni e Consulenze s.r.l., coll'influenzare l'originario equilibrio negoziale della SBTQZZEgmiBroffgIJZiHg; mettendo in discussione il comportamento tenuto dall'amministrazione comunale nella fase attuativa del rapporto negoziale.

5. A tali principi non risulta essersi conformata la sentenza impugnata sicché, in accoglimento del ricorso, la sentenza impugnata va cassata e la causa va rimessa al Tribunale di Sassari, in diversa composizione, che pure provvederà alla liquidazione delle spese del giudizio di appello e di quello di legittimità

PQM

Accoglie il ricorso, cassa la sentenza impugnata e rinvia al Tribunale di Sassari, che in diversa composizione provvederà altresì alla liquidazione delle spese del giudizio di appello e di quello di legittimità.

C) PRASSI

TELEFISCO: LE RISPOSTE DEL MINISTERO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE AI QUESITI PROPOSTI DAGLI ESPERTI E DAI LETTORI DEL SOLE 24ORE.

Rifiuti Tari delle attività industriali

Il decreto legislativo 116/2020 ha apportato significative modifiche al Dlgs 152/2006 (Testo unico ambientale, Tua), alcune delle quali sono entrate in vigore dal 1° gennaio 2021.

In particolare, l'articolo 183, comma 1, lettera b-ter), qualifica "rifiuti urbani" i «rifiuti indifferenziati e da raccolta differenziata provenienti da altre fonti che sono simili per natura e composizione ai rifiuti domestici indicati nell'allegato L-quater prodotti dalle attività riportate nell'allegato L-quinqies».

L'articolo 184 del Tua, come modificato dal decreto legislativo 116/2020, dispone al comma 2 che sono rifiuti urbani quelli di cui all'articolo 183, comma 1, lettera b-ter); mentre al comma 3, lettera c) sono qualificati rifiuti speciali «i rifiuti prodotti nell'ambito delle lavorazioni industriali se diversi da quelli di cui al comma 2».

Alla luce del mutato quadro normativo, e considerato che nell'allegato L-quinqies non è presente l'attività industriale, si chiede:

- Primo quesito: se le attività industriali siano comunque tenute al pagamento della quota fissa.

- Secondo quesito: se le attività industriali, producendo comunque rifiuti urbani nei locali ed aree diverse da quelle destinate a lavorazioni industriali (come uffici, mense, eccetera), siano tenute a pagare anche la quota variabile con riferimento a tali superfici.

Per rispondere a entrambi i quesiti, occorre ricordare, in breve, che il decreto legislativo 116 del 2020 è stato emanato per dare attuazione alle direttive 2018/851, che modifica la direttiva 2008/98/Ce relativa ai rifiuti, e 2018/852, che modifica la direttiva 1994/62/Ce sugli imballaggi e i rifiuti di imballaggio.

In particolare, l'articolo 3 della direttiva 2018/851 precisa la nozione di "rifiuti urbani" a livello comunitario, stabilendo che essa include:

-i rifiuti domestici indifferenziati e da raccolta differenziata, ivi compresi: carta e cartone, vetro, metalli, plastica, rifiuti organici, legno, tessili, imballaggi, rifiuti di apparecchiature elettriche ed elettroniche, rifiuti di pile e accumulatori, e rifiuti ingombranti, ivi compresi materassi e mobili;

-i rifiuti provenienti da altre fonti, indifferenziati e da raccolta differenziata, che sono simili per natura e composizione ai rifiuti domestici.

I rifiuti urbani non includono i rifiuti della produzione, dell'agricoltura, della silvicoltura, della pesca, delle fosse settiche, delle reti fognarie e degli impianti di trattamento delle acque reflue, ivi compresi i fanghi di depurazione, i veicoli fuori uso o i rifiuti da costruzione e demolizione.

Le novità introdotte a livello comunitario hanno comportato una serie di modifiche del decreto legislativo 152/2006, cosiddetto Tua (Testo unico ambientale), che hanno riguardato, tra gli altri, l'articolo 183, che interviene, tra l'altro, sulle definizioni di rifiuto e il successivo articolo 184, che riguarda la classificazione dei rifiuti.

In particolare, l'articolo 183, comma 1, lettera b-ter), punto 2 prevede che rientrano tra i rifiuti urbani «i rifiuti indifferenziati e da raccolta differenziata provenienti da altre fonti che sono simili per natura e composizione ai rifiuti domestici indicati nell'allegato L-quater prodotti dalle attività riportate nell'allegato L-quinqies» e in quest'ultimo, come correttamente indicato nel quesito, non è presente l'attività industriale.

L'articolo 183, comma 1, lettera b-sexies) dispone, altresì, che i rifiuti urbani non includono i rifiuti della produzione.

Tuttavia, l'articolo 184, comma 3, lettera c) inserisce tra i “rifiuti speciali” i rifiuti prodotti nell'ambito delle lavorazioni industriali, se diversi da quelli di cui al comma 2, ossia dai rifiuti urbani; per cui dalla lettura combinata delle norme emerge che le attività industriali possono essere produttive sia di rifiuti urbani che speciali.

Per definire correttamente il perimetro di applicazione della Tari per le attività industriali è, quindi, necessario individuare le superfici che producono rifiuti speciali e quelle che, invece, producono rifiuti urbani.

Alla luce del quadro normativo delineato, si ritiene che possano considerarsi produttive di rifiuti speciali le superfici di lavorazione industriale, le quali, conseguentemente, sono escluse dall'applicazione della Tari.

Allo stesso modo devono escludersi le superfici ove, a norma del comma 649 dell'articolo 1 della legge 147 del 2013, si formano, in via continuativa e prevalente, rifiuti speciali nonché i magazzini di materie prime e di merci funzionalmente ed esclusivamente collegati all'esercizio di attività produttive di rifiuti speciali.

Resta impregiudicata, invece, l'applicazione della Tari, sia per la quota fissa che per quella variabile, in riferimento alle superfici produttive di rifiuti urbani, come, ad esempio, mense, uffici, servizi, depositi o magazzini, non essendo funzionalmente collegati alle attività produttive di rifiuti speciali.

Uscita dal servizio pubblico L'articolo 198, comma 2-bis (introdotto dal Dlgs 116/2020) del Tua prevede che le «utenze non domestiche possono conferire al di fuori del servizio pubblico i propri rifiuti urbani previa dimostrazione di averli avviati al recupero mediante attestazione rilasciata dal soggetto che effettua l'attività di recupero dei rifiuti stessi.

Tali rifiuti sono computati ai fini del raggiungimento degli obiettivi di riciclaggio dei rifiuti urbani».

Il comma 10 dell'articolo 238 del Dlgs 152/2006 (introdotto dal Dlgs 116/2020, sebbene la Tia 2 risulti non più applicabile), dispone che «le utenze non domestiche che producono rifiuti urbani di cui all'articolo 183 comma 1, lettera b-ter) punto 2, che li conferiscono al di fuori del servizio pubblico e dimostrano di averli avviati al recupero mediante attestazione rilasciata dal soggetto che effettua l'attività di recupero dei rifiuti stessi sono escluse dalla corresponsione della componente tariffaria rapportata alla quantità dei rifiuti conferiti; le medesime utenze effettuano la scelta di servirsi del gestore del servizio pubblico o del ricorso al mercato per un periodo non inferiore a cinque anni, salva la possibilità per il gestore del

servizio pubblico, dietro richiesta dell'utenza non domestica, di riprendere l'erogazione del servizio anche prima della scadenza quinquennale».

Sulla base della lettura combinata degli articoli 198 e 238 si chiede:

- Primo quesito: se l'uscita dal pubblico servizio possa operare con riferimento a tutte le frazioni di rifiuto urbano prodotte dall'utenza non domestica (carta, plastica, eccetera), oppure se l'azienda può chiedere di uscire dal servizio pubblico producendo anche un contratto relativo ad una sola frazione di rifiuto;
- Secondo quesito: nel caso in cui l'azienda non possa uscire dal servizio pubblico se non contrattualizzando tutte le frazioni di rifiuto urbano, se il Comune sia tenuto a riscrivere il proprio regolamento per trasformare la riduzione della parte variabile della tariffa ancorata ai rifiuti speciali assimilati (ex articolo 1, comma 649, legge 147/2013), non più presenti nel 2021 in riduzione per rifiuti urbani "simili" avviati al recupero, in modo tale da riconoscere comunque non solo alle aziende una riduzione proporzionale della parte variabile, ma anche di continuare a permettere l'azzeramento della parte variabile senza che sia necessario uscire dal pubblico servizio.

Le norme sopra riportate non sono di semplice lettura in quanto non si coordinano con le disposizioni già vigenti in materia di Tari. Inoltre, l'articolo 3, comma 12, del Dlgs 116 del 2020 modifica il comma 10 dell'articolo 238 del Dlgs 152 del 2006, non più vigente. In disparte tali considerazioni, il comma 10 dispone che le utenze non domestiche che producono rifiuti urbani, che li conferiscono al di fuori del servizio pubblico e che dimostrano di averli avviati al recupero mediante attestazione rilasciata dal soggetto che effettua l'attività di recupero dei rifiuti stessi, sono escluse dalla corresponsione della componente tariffaria rapportata alla quantità dei rifiuti conferiti.

La norma subordina, quindi, l'esclusione dal pagamento della quota variabile, ossia quella rapportata alla quantità di rifiuti, al conferimento di tutti i rifiuti urbani al di fuori del pubblico servizio e al loro avvio al recupero per un periodo di almeno cinque anni. Diversamente, l'articolo 1 comma 649 della legge 147 del 2013, il quale non è stato inciso dal comma 10 sopra menzionato, prevede che «per i produttori di rifiuti speciali assimilati agli urbani, nella determinazione della Tari, il comune disciplina con proprio regolamento riduzioni della quota variabile del tributo proporzionali alle quantità di rifiuti speciali assimilati che il produttore dimostra di aver avviato al riciclo, direttamente o tramite soggetti autorizzati».

Quest'ultima norma presenta ancora il riferimento ai rifiuti assimilati, categoria non più esistente, per cui lo stesso va aggiornato sostituendolo con i rifiuti urbani, secondo le nuove disposizioni recate dal Dlgs 116 del 2020.

Va altresì evidenziato che, a differenza del comma 10 dell'articolo 238 del Dlgs 152/2006, che riguarda l'abbattimento della «componente tariffaria rapportata alla quantità dei rifiuti conferiti» nel caso di avvio al recupero, l'articolo 1, comma 649 parla di rifiuti che «il produttore dimostra di aver avviato al riciclo», laddove il riciclo costituisce un'operazione di recupero.

Pertanto, stante il diverso ambito applicativo delle norme riportate, che investe esclusivamente la parte variabile e che quindi non dovrebbe comportare in ogni caso la totale esclusione dal pubblico servizio, si ritiene che le stesse debbano essere contenute nel regolamento comunale, ciascuna secondo le proprie specificità, con la conseguente necessità di adeguare il regolamento stesso al nuovo quadro normativo. In altri termini, se un'utenza

non domestica intende sottrarsi al pagamento dell'intera quota variabile, deve avviare al recupero i propri rifiuti urbani per almeno cinque anni, come stabilito dal comma 10 dell'articolo 238 del TUA.

Se, invece, l'utenza non domestica vuole restare nel solco della previsione del comma 649 dell'articolo 1 della legge 147 del 2013, tenendo conto di quanto disciplinato dal regolamento comunale, la stessa può usufruire di una riduzione della quota variabile del tributo proporzionale alla quantità di rifiuti urbani che dimostra di aver avviato al riciclo, direttamente o tramite soggetti autorizzati, senza sottostare al vincolo di cinque anni fissato dal predetto comma 10.

TELEFISCO: LE RISPOSTE DEL MINISTERO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE AI QUESITI PROPOSTI DAGLI ESPERTI E DAI LETTORI DEL SOLE 24ORE.

Tosap, Cosap e canone di occupazione

L'esonero del DL Rilancio

L'articolo 181, comma 1-bis, del DL 34/2020 ha introdotto l'esonero dal pagamento della Tosap/Cosap per «i titolari di concessioni o di autorizzazioni concernenti l'utilizzazione del suolo pubblico per l'esercizio del commercio su aree pubbliche», relativamente al periodo dal 1° marzo 2020 al 15 ottobre 2020.

Per gli stessi soggetti l'articolo 9-ter del DL 137/2020 ha previsto l'esonero dal pagamento del canone unico patrimoniale di cui ai commi 837 e seguenti della legge 160/2019, relativamente al periodo dal 1° gennaio 2021 al 31 marzo 2021.

Considerato che le disposizioni normative richiamate fanno riferimento ai “titolari” di concessioni o autorizzazioni, si chiede se l'esonero è estensibile anche agli assegnatari dei posteggi temporaneamente non occupati (i cosiddetti «spuntisti»).

In ordine alla questione dei cosiddetti “spuntisti”, che sono coloro che occupano le aree temporaneamente non occupate dal titolare della concessione, occorre effettuare la seguente precisazione.

Se il rapporto è oggetto di un provvedimento di concessione permanente, il soggetto titolare della concessione in discorso è tenuto a corrispondere regolarmente i tributi e i canoni in vigore fino al 31 dicembre 2020 e il canone patrimoniale a partire dal 1° gennaio 2021. Pertanto i cosiddetti “spuntisti” non sono tenuti ai relativi adempimenti nei periodi di non utilizzo da parte del titolare della concessione per l'occupazione temporanea della porzione di area adibita a mercato, in quanto per quella stessa superficie il pagamento del tributo o del canone è già assolto dal titolare della concessione permanente.

Diverso è il caso in cui l'occupazione effettuata dallo “spuntista” si inquadri nelle cosiddette rotazioni, che prevedono l'utilizzazione tramite prestabilita periodica rotazione dell'insieme dei posteggi.

In tale ipotesi l'occupazione effettuata dai soggetti in questione ha carattere temporaneo e beneficia dell'esenzione in quanto il soggetto occupa uno spazio di cui è titolare.

Il nuovo canone unico

Primo quesito: considerato che in presenza contestuale dei due presupposti, di cui all'articolo 1, comma 819, lettera a), (occupazione di suolo pubblico) e lettera b), (diffusione di messaggi pubblicitari), della legge 160 del 2019, non si applica il canone per l'occupazione di suolo pubblico di cui alla lettera a), nell'ipotesi di mezzo pubblicitario installato su strada provinciale del centro abitato di un Comune con popolazione non superiore a 10.000 abitanti, la Provincia perde il gettito relativo al prelievo per l'occupazione di suolo pubblico?

Inoltre, come si giustificerebbe l'eventuale assenza di gettito con il diritto di proprietà sulla strada?

Secondo quesito: stante il tenore letterale dell'articolo 1, comma 821, della legge 160 del 2019, per cui le Province possono riscuotere solo canone avente quale presupposto l'occupazione di suolo pubblico, come vengono regolati i rapporti sul piano amministrativo, in ragione della circostanza che l'autorizzazione per l'installazione di mezzi pubblicitari è rilasciata dal proprietario delle strade, ai sensi del Codice della strada?

Terzo quesito: nelle strade di competenza della Provincia, si potrebbe ipotizzare una condivisione del prelievo sulla pubblicità lungo tali strade, fra Provincia e Comune?

Occorre innanzitutto ricostruire il perimetro amministrativo entro il quale interagiscono gli enti proprietari della strada nel caso di tratto di strada provinciale del centro abitato di un Comune con popolazione non superiore a 10.000 abitanti.

Diversamente da quanto indicato nel secondo quesito, il rilascio della concessione o dell'autorizzazione non è di competenza dell'ente proprietario della strada, in quanto il comma 3 dell'articolo 26, del Dlgs 285 del 1992 (Codice della strada), dispone che per i tratti di strade statali, regionali o provinciali, correnti nell'interno di centri abitati con popolazione inferiore a diecimila abitanti, il rilascio di concessioni e di autorizzazioni è di competenza del comune, previo nulla osta dell'ente proprietario della strada, che nel caso di specie è la provincia.

Una volta chiarito tale aspetto, per quanto riguarda il canone patrimoniale le norme cui si deve far riferimento sono il comma 816 dell'articolo 1 della legge 160 del 2019, laddove sostituisce il canone di cui all'articolo 27, commi 7 e 8 del Codice della strada, il successivo comma 817, il quale prevede che il canone è disciplinato dagli enti in modo da assicurare un gettito pari a quello conseguito dai canoni e dai tributi sostituiti, fatta salva, in ogni caso, la possibilità di variare il gettito attraverso la modifica delle tariffe, il comma 819, il quale distingue i due presupposti impositivi del canone in questione e il comma 820, il quale dispone che l'applicazione del canone dovuto per la diffusione dei messaggi pubblicitari esclude l'applicazione del canone dovuto per le occupazioni.

Tale principio risponde all'esigenza di evitare una doppia imposizione per la stessa fattispecie, principio che in passato era stato consolidato nell'articolo 63, comma 3, del Dlgs

446 del 1997 e che nelle nuove disposizioni trova una sua completa attuazione, poiché ricomprende anche il caso in cui gli enti coinvolti sono diversi. Tale perdita di gettito, quindi, può essere recuperata dalla provincia sulla base di quanto stabilito dalla disposizione prevista dal comma 817.

La possibilità di condivisione del prelievo tra i due enti è esclusa dal chiaro tenore delle disposizioni appena indicate.

Invarianza di gettito

Preso atto che l'articolo 1, comma 817, della legge 160/2019, dispone l'invarianza di gettito con la precisazione che viene «fatta salva, in ogni caso, la possibilità di variare il gettito attraverso la modifica delle tariffe», è possibile modificare anche le tariffe standard di cui ai commi 826, 827, 827 e 829.

Per quanto concerne le fattispecie indicate, si deve precisare che sono le stesse disposizioni a stabilire la possibilità di modificare le tariffe standard.

Tale possibilità, comunque, pervade l'intero complesso delle disposizioni in materia di canone, ad eccezione dei casi in cui il legislatore ha espressamente imposto dei limiti, come nel caso del comma 843 che riguarda l'occupazione effettuata nelle aree di mercato e consente un aumento delle tariffe previste per le occupazioni temporanee di cui al comma 842 nella misura massima del 25 per cento.

Servitù di pubblico passaggio

A differenza della disciplina Tosap e della facoltà concessa in materia di Cosap, non è previsto il prelievo per le servitù di pubblico passaggio in aree private. Queste fattispecie, pertanto, vanno considerate escluse dal presupposto o sono attratte dal prelievo, in ragione del principio della *dicatio ad patriam*?

L'articolo 1, comma 819, lettera a) della legge 160 del 2019 prevede che il presupposto impositivo del canone è l'occupazione, anche abusiva, delle aree appartenenti al demanio o al patrimonio indisponibile degli enti e degli spazi soprastanti o sottostanti il suolo pubblico. Ne consegue che il legislatore ha inteso non ricomprendere nel presupposto impositivo la servitù di pubblico passaggio.

Pertanto non si può fare riferimento alla *dicatio ad patriam* poiché la stessa costituisce una delle modalità della costituzione della servitù di pubblico passaggio e pertanto il suo richiamo non vale a realizzare l'attrazione nel prelievo.

Tariffa standard e categorie

La tariffa standard si applica a tutte le categorie di occupazione o è possibile prevedere modifiche alla tariffa unica di cui al comma 829?

La tariffa di cui al comma 829 costituisce anch'essa una tariffa standard, al pari di tutte le altre indicate nella disciplina del canone e come tale può essere modificata dall'ente locale in

base al principio contenuto nel comma 817 e che pervade l'intero complesso delle disposizioni in materia di canone, ad eccezione dei casi in cui il legislatore ha espressamente imposto dei limiti.

Sanzioni applicabili

In base al comma 822, l'omesso versamento comporta la qualifica di occupazione o diffusione di messaggi pubblicitari abusiva. In tale circostanza devono essere applicate le sanzioni di cui alla lettera g) ed h) del comma 821? Oppure l'ente, in aggiunta alle sanzioni amministrative pecuniarie per violazione all'articolo 7-bis del Tuel, può stabilire una specifica percentuale sul canone dovuto?

Occorre innanzitutto premettere che l'omesso versamento non vale a qualificare l'occupazione e la diffusione di messaggi pubblicitari come abusive; ed invero il comma 822 prevede che il comune, sia nel caso di fattispecie abusive o effettuate in difformità dalle prescritte concessioni o autorizzazioni, ovvero nel caso di omesso versamento, procede alla rimozione delle occupazioni e dei mezzi pubblicitari.

Nel caso di omesso versamento, quindi, non si applica la previsione di cui alla lettera g) del comma 821, ma solo la sanzione prevista dalla lettera h), stabilita in misura non inferiore all'ammontare del canone o dell'indennità di cui alla lettera g), né superiore al doppio dello stesso, ferme restando quelle stabilite dagli articoli 20, commi 4 e 5, e 23 del Codice della strada.

Non si può invece prendere in considerazione la sanzione di cui all'articolo 7-bis del Dlgs 267 del 2000, poiché la norma in questione prevede espressamente che per le violazioni delle disposizioni dei regolamenti comunali e provinciali si applica la sanzione amministrativa pecuniaria da 25 euro a 500 euro, salvo diversa disposizione di legge.

Quest'ultima previsione è realizzata, nel caso di specie, poiché le sanzioni applicabili sono specificamente individuate dalla lettera h) del citato comma 821, che prevede anche l'applicazione di quelle stabilite dal Codice della strada. Tale circostanza comporta l'inapplicabilità della sanzione amministrativa di cui all'articolo 7-bis.

Retroattività del regolamento

Stante la mancata proroga circa l'entrata in vigore del canone unico di cui al comma 816 della legge 160/2019, si chiede conferma circa la retroattività al 1° gennaio 2021 del regolamento approvato entro il 31 gennaio 2021 (data ultima prevista per l'approvazione del bilancio di previsione comunale) stante la natura di regolamento delle entrate, in base all'articolo 53, comma 16, della legge 388/2000.

Si conferma la retroattività al 1° gennaio 2021 dei regolamenti approvati entro il 31 marzo 2021, termine di approvazione dei bilanci di previsione degli enti locali, da ultimo prorogato dal decreto ministeriale 13 gennaio 2021.

Tale effetto deve essere ricondotto non solo alla disposizione contenuta nel comma 816 dell'articolo 1 della legge di Bilancio 2020, ma anche all'articolo 53, comma 16 della legge

388 del 2000, il quale stabilisce che «Il termine per deliberare le aliquote e le tariffe dei tributi locali, compresa l'aliquota dell'addizionale comunale all'Irpef di cui all'articolo 1, comma 3, del decreto legislativo 28 settembre 1998, n. 360, recante istituzione di una addizionale comunale all'Irpef, e successive modificazioni, e le tariffe dei servizi pubblici locali, nonché per approvare i regolamenti relativi alle entrate degli enti locali, è stabilito entro la data fissata da norme statali per la deliberazione del bilancio di previsione.

I regolamenti sulle entrate, anche se approvati successivamente all'inizio dell'esercizio purché entro il termine di cui sopra, hanno effetto dal 1° gennaio dell'anno di riferimento».

TELEFISCO: LE RISPOSTE DEL MINISTERO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE AI QUESITI PROPOSTI DAGLI ESPERTI E DAI LETTORI DEL SOLE 24ORE.

Imu

Proprietario residente all'estero

Si chiede quale lettura dare al comma 48 della legge 178/2020 che ha previsto una riduzione al 50% per un immobile posseduto da un soggetto non residente in Italia. In particolare:

- a differenza dell'articolo 9-bis del Dl 47/2014, la normativa non fa più riferimento ai cittadini italiani non residenti nel territorio dello Stato ed iscritti all'Aire, ma «a soggetti non residenti nel territorio dello Stato», quindi anche non Aire, ma a condizione che siano titolari di pensione «maturata in regime di convenzione internazionale con l'Italia»;*
- se sulla base di quanto sopra, il Comune è tenuto a riconoscere, ad esempio, l'assimilazione per un immobile posseduto da un cittadino tedesco che sia titolare di una pensione maturata in regime di convenzione internazionale con l'Italia;*
- ai fini Tari qual è il rapporto tra il comma 48 e l'articolo 9-bis del Dl 47/2014, posto che quest'ultima disposizione non risulta formalmente abrogata.*

Si conferma che, a differenza della precedente disposizione, l'articolo 1, comma 48 della legge di Bilancio 2021, ai fini del riconoscimento delle agevolazioni in commento, fa esclusivo riferimento ai «soggetti non residenti nel territorio dello Stato», senza prevedere al contempo l'iscrizione degli stessi all'Aire.

In più, la medesima disposizione richiede, quali ulteriori requisiti, che tali soggetti siano:

- titolari di pensione maturata in regime di convenzione internazionale con l'Italia;
- residenti in uno Stato di assicurazione diverso dall'Italia.

Si ritiene che le agevolazioni in argomento possano trovare applicazione anche nel caso descritto nel secondo punto, ossia quando l'immobile è posseduto da un cittadino tedesco – quindi non residente nel territorio dello Stato - che sia titolare di una pensione maturata in regime di convenzione internazionale con l'Italia, residente in uno Stato di erogazione diverso dall'Italia.

Ovviamente, devono ricorrere anche tutti gli altri requisiti prescritti dal citato comma 48, vale a dire deve trattarsi di una sola unità immobiliare a uso abitativo, non locata o data in comodato d'uso, posseduta in Italia a titolo di proprietà o usufrutto.

In merito all'articolo 9-bis del Dl 47 del 2014, per quanto concerne l'Imu, occorre precisare che, non essendo stata riproposta tale norma nella riforma dell'Imu ad opera della legge di Bilancio 2020, la stessa deve ritenersi tacitamente abrogata.

Anche con riferimento alla Tari la disposizione in commento deve ritenersi superata, dal momento che la nuova disposizione ha ridisciplinato la fattispecie, confermando il beneficio fiscale in questione e agganciandolo a mutati presupposti.

Case separate, unico nucleo

Due immobili situati sullo stesso piano sono attigui con rendite catastali distinte ed abitati dal nucleo familiare senza unificazione fiscale. Il primo intestato alla moglie il secondo intestato al marito. Essendo entrambi abitati dal nucleo familiare (seppure con rendite distinte) si decade dal beneficio dell'abitazione principale? In caso positivo la decadenza riguarda entrambi i coniugi o solo uno di essi? Il Comune può contestare l'assenza dei requisiti relativi all'abitazione principale un anno a uno dei coniugi e un anno all'altro coniuge?

Nell'ipotesi prospettata, in cui non è stata effettuata neppure l'unificazione fiscale, si decade dal beneficio poiché non si riscontrano i requisiti previsti dalla legge.

Ed invero il comma 741 dell'articolo 1 della legge 160 del 2019 impone, ai fini dell'esenzione, che si tratti di un immobile iscritto o iscrivibile nel catasto edilizio urbano come unica unità immobiliare, nel quale il possessore e i componenti del suo nucleo familiare dimorano abitualmente e risiedono anagraficamente.

Nel caso in cui i componenti del nucleo familiare abbiano stabilito la dimora abituale e la residenza anagrafica in immobili diversi situati nel territorio comunale, le agevolazioni per l'abitazione principale e per le relative pertinenze in relazione al nucleo familiare si applicano per un solo immobile.

Al riguardo si richiama la circolare 27/E del 13 giugno 2016 con cui l'agenzia delle Entrate ha fornito in merito chiarimenti al punto «1.7 Accatastamento unico e unione di fatto ai fini fiscali».

Si ritiene infine che in caso di contestazione a seguito di accertamento da parte dell'ente impositore, la decadenza dal beneficio riguarderà un solo immobile e sarà onere dei proprietari dimostrare in quale dei due immobili il possessore e i componenti del suo nucleo familiare dimorano abitualmente e risiedono anagraficamente.

D) ATTIVITA' ANACAP

ANACAP: NOTA AL MEF DEL 7 GENNAIO 2020

ILL.MO SIG.

MINISTRO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE

ON. ROBERTO GUALTIERI

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

ILL.MO

VICE MINISTRO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE

ON. LAURA CASTELLI

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

ILL.MO

VICE MINISTRO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE

SEN. ANTONIO MISIANI

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

ILL.MO

DIRETTORE GENERALE DELLE FINANZE

PROF.SSA FABRIZIA LAPECORELLA

a mezzo pec df.udg@pce.finanze.it

ILL.MO PRESIDENTE DELL'ANCI

ON. ANTONIO DECARO

a mezzo pec anci@pec.anci.it

Scaduto il termine di sospensione dei versamenti contenuti in atti impositivi ed in atti della riscossione coattiva (31 dicembre 2020), **dopo 10 mesi di blocco totale**, le società di gestione delle entrate degli enti locali, ex art. 52 del D.Lgs. 15 dicembre 1997, n. 446, si sono organizzate per la ripresa graduale dell'attività di accertamento e riscossione, adottando tutte le cautele che l'emergenza impone. Si ha notizia, però, del possibile slittamento dei termini di pagamento delle cartelle della Agenzia Entrate-Riscossione al 31 di marzo 2021.

Chiediamo che tale eventuale provvedimento non includa gli atti di accertamento, nonché la riscossione delle entrate degli enti locali, anche in considerazione del fatto che sono state previste e sono in vigore misure di esonero di talune entrate (Tosap/Canone, IMU, Imposta di soggiorno) a favore delle categorie più colpite.

L'eventuale ulteriore slittamento dei termini suddetti per le entrate locali comporterebbe un ulteriore pregiudizio per le società concessionarie, **la cui precaria condizione è stata non solo ignorata, ma mortificata dalla mancata approvazione di un emendamento, più volte presentato da Parlamentari di tutti i partiti, che consentiva la rinegoziazione dei contratti in corso e il loro prolungamento temporale.**

Il differimento suddetto determinerebbe una crisi irreversibile delle società, con ineluttabili conseguenze negative sul piano finanziario e occupazionale.

Le società concessionarie, **che non hanno usufruito di alcun ristoro** e che hanno continuato a sostenere costi di gestione nonostante l'azzeramento dei ricavi, chiedono solo di sopravvivere, segnalando il rischio concreto che con la loro chiusura l'intero sistema della fiscalità locale entri in crisi.

Confidando, nonostante tutto, sulla sensibilità delle Autorità in indirizzo e sperando nella loro disponibilità anche ad un incontro (finora negato), si porgono deferenti ossequi.

Roma, 7 gennaio 2021.

Il Presidente
Avv. Pietro di Benedetto

ANACAP: LETTERA ALLE AUTORITA' DEL 21 GENNAIO 2021.

ILL.MO SIG.

PRESIDENTE DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI

PROF. AVV. GIUSEPPE CONTE

a mezzo pec presidente@pec.governo.it

ILL.MO SIG.

MINISTRO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE

ON. ROBERTO GUALTIERI

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

ILL.MO SIG.

PRESIDENTE DELLA 5° COMMISSIONE BILANCIO DEL SENATO

SEN. DANIELE PESCO

a mezzo email daniele.pesco@senato.it

ILL.MO SIG.

PRESIDENTE DELLA 6° COMMISSIONE FINANZE E TESORO DEL SENATO

SEN. LUCIANO D'ALFONSO

a mezzo mail: luciano.dalfonso@senato.it

ILL.MO SIG.

PRESIDENTE DELLA 5° COMMISSIONE BILANCIO DELLA CAMERA

ON. FABIO MELILLI

a mezzo mail: melilli_f@camera.it

ILL.MO SIG.

PRESIDENTE DELLA 6° COMMISSIONE FINANZE DELLA CAMERA

ON. LUIGI MARATTIN

a mezzo mail: presidente.marattin@camera.it

Abbiamo denunciato più volte lo stato di gravissima crisi in cui versano le società iscritte all'albo ex art 53 del D.Lgs n. 446/97, concessionarie dei servizi di accertamento e riscossione delle entrate degli Enti locali, che hanno dovuto sospendere le loro attività per espressa disposizione legislativa (vedasi da ultimo il d.l. n. 3/2021).

Contrariamente alla quasi totalità delle aziende che hanno, sia pure con limitazioni, ripreso la produzione di beni e servizi, le predette **società non sono in grado di farlo da febbraio del 2020 e non lo saranno per buona parte del 2021, con conseguente azzeramento delle entrate.**

Mentre alla Agenzia Entrate-Riscossioni ed ai Comuni sono stati assegnati cospicui ristori, nulla è stato previsto a favore delle società concessionarie che gestiscono i servizi il circa 6 mila comuni, con oltre seimila dipendenti. In aggiunta alla disparità di trattamento ed alla discriminazione subite, **abbiamo anche registrato un atteggiamento di ingiustificata avversione da parte del Governo**, che non ha neppure accolto una richiesta avanzata dalla scrivente e dalla ANCI diretta a consentire, prevedendolo in uno dei tanti provvedimenti legislativi adottati, la rinegoziazione dei contratti in corso tra i Comuni ed i concessionari, in deroga al D.Lgs. n. 50/2016; una tale previsione avrebbe consentito il riequilibrio dei contratti stessi ed il recupero dei periodi di sospensione delle attività, a costo zero per la finanza pubblica.

Come è stato denunciato dalla scrivente e ripreso dagli organi di informazione, permangono seri dubbi sulla possibilità di ripartenza e **ciò con gravi ripercussioni sui livelli occupazionali e sulla tenuta dell'intero sistema della fiscalità locale, tenuto conto che le società del settore, come si è detto, gestiscono i servizi in oltre 6000 Enti territoriali.**

Il quadro desolante sopra delineato diverrebbe irreversibile ove non si adottassero i provvedimenti richiesti che, è utile ripeterlo, non comportano oneri per lo Stato.

Si confida nella sensibilità e disponibilità delle Autorità in indirizzo e si porgono deferenti ossequi.

Roma, 21 gennaio 2021.

Il Presidente

Avv. Pietro di Benedetto
