dirittifondamentali.it

Il Consiglio di Stato sul requisito dello "specifico settore" con riguardo alla competenza tecnica dei commissari di gara
(Consiglio di Stato, sez. V, sent. 1 marzo 2021, n. 1700)

Per i giudici di Palazzo Spada, la legittima composizione della commissione presuppone la prevalente, seppure non esclusiva, presenza di membri esperti del settore oggetto dell'appalto, fermo restando che la competenza tecnica dei commissari non deve essere necessariamente ancorata al possesso di uno specifico titolo di studio, potendo, invece, evincersi anche da attività espletate e da incarichi svolti in precedenza.

***

R E P U B B L I C A I T A L I A N A
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 3571 del 2020, proposto da So.Ge.S. Società Gestione Servizi s.p.a., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avvocato Tommaso Perpetua, con domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di Giustizia;

contro

Comune di Melito di Napoli, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avvocato Raffaello Capunzo, con domicilio eletto presso lo studio Placidi in Roma, via Barnaba Tortolini, 30;

nei confronti

Municipia s.p.a., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Stefano Vinti, Angelo Buongiorno, con domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di Giustizia; Gamma Tributi s.r.l., So.ge.t. (Società di Gestione e Entrate e Tributi) s.p.a., non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale amministrativo regionale per la Campania (Sezione Seconda) n. 00957/2020, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Melito di Napoli e di Municipia s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 dicembre 2020 il Cons. Federico Di Matteo e data la presenza dell'avvocato Tommaso Perpetua;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con bando pubblicato il 25 marzo 2019 il Comune di Melito indiceva una procedura di gara per l'affidamento del servizio di "*supporto alla riscossione ordinaria dell'IMU, della TARI e della TASI, di ricerca dell'evasione erariale, di verifica e riscossione coattiva IMU, TIA, TARES, TARI, TASI e del servizio di accertamento e riscossione volontaria delle entrate minori (affissioni, pubblicità, Tosap)*" per la durata di cinque anni e un valore di € 1.700.340,00 oltre Iva.

1.1. Il disciplinare di gara prevedeva tra i criteri di valutazione degli elementi qualitativi dell'offerta il criterio (n.3) di "*Assistenza agli utenti e raccordo tra concessionario ed Ente*", a sua volta suddiviso in vari sub – criteri, tra i quali, in particolare, era previsto (n. 3°): "*Organizzazione dello sportello al pubblico (front office) – numero addetti*" con assegnazione "*- per ogni addetto aggiunto (sarà assegnato) 1 punto; - oltre 10 addetti (saranno assegnati) sempre 10 punti*".

In relazione al predetto criterio uno dei concorrenti domandava chiarimenti alla stazione appaltante e, precisamente, cosa si intendesse per "addetto aggiunto" e se l'attribuzione del punteggio sarebbe avvenuta a partire dal secondo addetto al front office oltre al primo richiesto obbligatoriamente dal capitolato d'oneri, ed infine le modalità di conteggio dell'orario di lavoro del dipendente ai fini dell'attribuzione del punteggio.

Il Comune di Melito rispondeva che "*il punteggio fissato è attribuito a partire dal secondo addetto al front office oltre il dipendente richiesto obbligatoriamente*" e che "*l'orario di lavoro del dipendente non è previsto ai*

fini dell'attribuzione del punteggio" ed allegava, contestualmente, l'elenco dei dipendenti addetti al servizio della So.Ge.S società gestione servizi s.p.a., altro concorrente e gestore uscente.

Le operazioni di gara si concludevano nella seduta pubblica del 23 dicembre 2019 in cui era proposta l'aggiudicazione al r.t.i. – raggruppamento temporaneo di imprese tra Municipia s.p.a. come mandataria e Gamma Tributi s.r.l. quale mandante.

1.2. Prima dell'adozione del provvedimento di aggiudicazione, il 1°gennaio 2020 entrava in vigore la legge 27 dicembre 2019 n. 160 (*Legge di bilancio per l'anno finanziario 2020*), che, al comma 738, stabiliva l'abolizione dell'imposta unica comunale di cui all'art. 1, comma 639, l. 27 dicembre 2013, n. 147 e fissava, ai commi 739 e ss. una diversa disciplina dell'IMU.

Il comma 781, poi, prevedeva che: "*I Comuni, in deroga all'articolo 52 del decreto legislativo n. 446 del 1997, possono continuare ad affidare, fino alla scadenza del relativo contratto, la gestione dell'imposta municipale sugli immobili ai soggetti ai quali, alla data del 31 dicembre 2019, risulta affidato il servizio di gestione dell'IMU e della TASI*", e al comma 789: "*I contratti in corso alla data del 1° gennaio 2020, stipulati con i soggetti di cui all'articolo 52, comma 5, lettera b), del decreto legislativo 15 dicembre 1997, n. 446, sono adeguati, entro il 31 dicembre 2020, alle disposizioni di cui ai commi da 784 a 814*".

Con determinazione dirigenziale 3 dicembre 2019, n. 6 il Comune di Melito aggiudicava la gara al r.t.i. Municipia s.p.a.

2. Con ricorso al Tribunale amministrativo regionale per la Campania So.Ge.s. s.p.a. impugnava il provvedimento di aggiudicazione sulla base di dieci motivi.

2.1. Con i primi tre motivi di ricorso era contestato, sotto profili diversi, la decisione dell'amministrazione comunale di procedere all'aggiudicazione del contratto nonostante le modifiche normative *medio tempore* intervenute; precisamente: a suo dire, l'abolizione di alcune delle imposte oggetto del servizio in affidamento avrebbe comportato il divieto della stipulazione di contratti d'appalti successivi all'entrata in vigore della norma con oggetto la riscossione di IMU e TASI ormai abrogate (primo motivo), onde l'amministrazione avrebbe dovuto procedere alla revoca della procedura di gara, non concludere la stessa con un provvedimento di aggiudicazione (secondo

motivo), pena la nullità degli atti per impossibilità dell'oggetto avendo riguardo a tributi non più esistenti (terzo motivo).

2.2. Considerato, poi, l'intervenuta dichiarazione di dissesto del Comune, la ricorrente contestava la decisione dell'amministrazione di estendere l'oggetto del contratto di riscossione a "*tutte le entrate accertabili e non prescritte fino alla scadenza contrattuale*", tenuto conto che le entrate precedenti alla dichiarazione di dissesto sono di competenza esclusiva dell'organo straordinario di liquidazione ai sensi degli artt. 252, quarto comma e 255 d.lgs. 18 agosto 2000 n. 267 mentre la riscossione delle entrate dei tributi relativi alle annualità precedenti all'indizione della nuova gara sarebbe ancora di competenza della ricorrente, in qualità di titolare del precedente contratto di riscossione (quarto motivo).

2.3. Con il quinto motivo era dedotta la violazione del principio della segretezza delle offerte per aver la stazione appaltante, in risposta ad un quesito formulato da una concorrente, pubblicato sul proprio sito l'organigramma e l'elenco del suo personale, quale precedente affidataria del servizio, rendendone potenzialmente nota l'offerta sia economica che tecnica, considerato che la prima è necessariamente parametrata al numero di risorse impiegate nello svolgimento del servizio, mentre la seconda comunque sarebbe stata formulata in base a tale elemento.

2.4. Successivamente, con il sesto motivo, la ricorrente contestava la scelta della stazione appaltante di un criterio quantitativo – il numero di personale impiegato nell'espletamento del servizio – per l'apprezzamento in senso qualitativo dell'offerta tecnica dei concorrenti e, con il settimo, l'avvenuta violazione del principio di pubblicità delle sedute per aver in seduta riservata esaminato la documentazione integrativa trasmessa da alcuni concorrenti cui era stata precedentemente richiesta.

2.5. L'ottavo motivo era diretto a censurare l'ammissione alla gara della So.Ge.t. per non aver la stazione appaltante debitamente motivato in relazione alle annotazioni presenti a carico della stessa nel casellario informatico, essendosi limitata a dichiarare che esse non comportavano l'automatica esclusione dalla procedura; il nono motivo conteneva critica alla commissione che, in violazione dell'art. 77 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, era formata da membri ritenuto non esperti "*nello specifico settore cui afferisce l'oggetto del contratto*".

2.6. Con l'ultimo motivo del ricorso era censurata l'omessa verifica dell'effettivo possesso da parte dell'aggiudicataria dei requisiti di partecipazione dichiarati in sede di partecipazione e, così, la violazione del punto XI.5 del bando nonché del combinato degli artt. 32 e 33 del codice dei contratti pubblici.

2.7. Il giudice di primo grado, con la sentenza della seconda sezione, 2 marzo 2020, n. 957, dichiarava il ricorso in parte inammissibile e in parte infondato con condanna della ricorrente al pagamento delle spese di rito.

Il tribunale respingeva:

- il primo motivo, per assenza nella normativa sopravvenuta di divieti espressi di affidamento, come pure di elementi che potessero condurre a ritenere affidato all'aggiudicatario un servizio diverso rispetto a quello messo a gara, come tale richiedente nuovi o ulteriori requisiti soggettivi (o da imporre la predisposizione di altri criteri di valutazione delle offerte), considerato che la legge di bilancio per il 2020 s'era limitata a sostituire la I.U.C., in precedenza contente le tre imposte IMU, TASI e TARI con una nuova imposta unificante l'IMU e la TASI;

- il secondo e il terzo, per la sostanziale continuità tra la disciplina tributaria previgente e quella sopravvenuta, tale da escludere la sussistenza del presupposto per procedere alla revoca obbligatoria della procedura di gara, ammesso pure che simile potere sia configurabile in capo alla stazione appaltante, come pure la sopravvenuta impossibilità o inesistenza dell'oggetto del provvedere;

- il quarto, per essere la decisione di estendere l'oggetto del contratto questione cui resta estranea la ricorrente, priva, pertanto, di legittimazione e di interesse a ricorrere avverso tale specifica determinazione dell'amministrazione comunale e, comunque, per essere il contratto di servizio di cui era titolare la ricorrente cessato alla prevista scadenza temporale, senza che se ne possa predicare l'ultrattività con riferimento ad attività di riscossione ed accertamento in corso;

- il quinto, perché la conoscenza delle caratteristiche tipologiche e dimensionali del servizio svolto dalla ricorrente in veste di gestore uscente non necessariamente avrebbero potuto condurre alla conoscibilità della sua offerta nella nuova gara, evento che si sarebbe potuto verificare solo in caso

di sostanziale, ma comunque indimostrata, identità o sovrapponibilità con l'offerta presentata in occasione del precedente affidamento, di modo che la conoscenza di detti dati è presupposto di *par condicio* e non potrebbe trasformarsi in una riserva della quale debba giovarsi il gestore uscente;

- il sesto, per essere il numero di addetti dedicati allo sportello al pubblico (*front office*) una modalità di esecuzione del servizio che incide sulla qualità dello stesso, senza, per questo, premiare esclusivamente la consistenza operativa dell'impresa concorrente e il settimo perché legittima la verifica in seduta riservata dalla documentazione integrativa delle imprese concorrenti in considerazione dell'orientamento evolutivo della giurisprudenza per il quale, nel caso di procedure telematiche, non sono necessarie sedute pubbliche per l'apertura delle offerte;

- l'ottavo in quanto inammissibile per carenza di interesse riguardando specificamente la seconda graduata, per cui l'eventuale accoglimento non avrebbe comunque comportato alcuna utilità per la ricorrente;

- il nono per essere la commissione costituita da soggetti qualificati per accertare le condizioni di ammissione dei concorrenti e apprezzare le offerte tecniche ed economiche, essendo competenti sia in materia finanziaria che di conoscenza della consistenza degli immobili;

- il decimo per essere la verifica dei requisiti elemento di integrazione dell'efficacia dell'aggiudicazione e non requisito di legittimità.

3. Propone appello So.Ge.s. Società Gestione Servizi s.p.a.; si è costituito il Comune di Melito di Napoli e Municipia s.p.a.

So.Ge.s. s.p.a. e Municipia s.p.a. hanno depositato memorie ex art. 73, comma 1, cod. proc. amm., cui è seguita rituale replica di Municipia s.p.a..

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

DIRITTO

1. Preliminarmente va respinta l'eccezione di improcedibilità dell'appello per sopravvenuto difetto di interesse formulata da Municipia s.p.a. ed argomentata per l'intervenuto annullamento del provvedimento di aggiudicazione con sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania 29 maggio 2020, n. 2076 in accoglimento del ricorso proposto da Assoservizi avverso la

sua esclusione, alla quale è conseguita la riapertura della gara, la nuova valutazione dell'offerta del concorrente prima escluso e l'adozione di un nuovo provvedimento di aggiudicazione a favore di Municipia; la mancata impugnazione di tale provvedimento, a dire dell'appellata, comporterebbe ora sopravvenuta improcedibilità dell'appello.

L'eccezione è infondata in ragione del contenuto dei motivi di ricorso proposti in primo grado, diretti ad ottenere l'annullamento dell'intera procedura di gara, con conseguente sua riedizione; tale essendo l'utilità avuta di mira dal ricorrente (ora appellante) rispetto al presente giudizio è indifferente l'adozione di un nuovo provvedimento di aggiudicazione a seguito di annullamento del primo in sede giurisdizionale, essendo destinato ad essere travolto dall'eventuale accoglimento dell'odierno appello.

1.1. I primi tre motivi di appello possono essere congiuntamente esaminati riproponendo la questione dell'affidabilità del servizio anche in seguito agli interventi normativi sopravvenuti nel corso di svolgimento della procedura di gara.

1.2. Con il primo motivo, in particolare, è rubricato "*Error in iudicando – Violazione e falsa applicazione art. 1 l. 160 del 27.12.2019 – Violazione e falsa applicazione art. 15 delle preleggi – Violazione e falsa applicazione artt. 32 e 33 d.lgs. 50 del 30.04.2016 – Violazione e falsa applicazione art. 97 Cost. – Eccesso di potere - Sviamento*": rammentate le modifiche apportate dall'art. 1, comma 758, l. 27 dicembre 2019, n. 160 al sistema delle imposte comunali (e precisamente: a) abolizione dell'imposta unica comunale, ad eccezione delle disposizioni relative alla tassa sui rifiuti (Tari); b) modifica della disciplina dell'imposta municipale propria (IMU) quanto, in particolare, alle aliquote; c) modifica del sistema di riscossione, degli affidamenti, dei compiti del responsabile per la riscossione e delle rateizzazioni; d) abolizione della tassa per l'occupazione di spazi e aree pubbliche, l'imposta comunale sulla pubblicità e il diritto sulle pubbliche affissioni, il canone per l'installazione di mezzi pubblicitari e il canone del codice della strada limitatamente alle strade di pertinenza dei comuni e delle province, con istituzione del canone patrimoniale di concessione, autorizzazione o esposizione pubblicitaria), l'appellante ribadisce che, contrariamente a quanto ritenuto dal giudice di primo grado, il cambiamento delle aliquote della nuova I.M.U., come pure l'abolizione di gran parte dei tributi

comunali c.d. minori sostituite da altre forme di imposizione tributaria, debbano considerarsi circostanze sopravvenute destinate ad influire sull'organizzazione del servizio e, quindi, in via conseguenziale, sull'offerta economica dei concorrenti, per cui l'amministrazione comunale avrebbe dovuto procedere alla revoca della gara e alla sua riedizione in conformità al mutato quadro normativo di riferimento; l'impossibilità per l'amministrazione di stipulare "nuovi" contratti di appalto in seguito alle richiamate modifiche normative era diretta conseguenza, altresì, della previsione contenuta nei commi 781 e 789 della citata l. n. 160 del 2019, che facevano salvi i soli contratti già stipulati alla data del 31 dicembre 2019.

1.3. Con il secondo motivo di appello, rubricato "*Error in iudicando – Violazione e falsa applicazione art. 21 quinquies l. 07.8.1990 n. 241 – art. 1 l. 160 del 27.12.2019 – violazione e falsa applicazione artt. 32 e 33 d.lgs. 50 del 30.04.2016 – violazione e falsa applicazione art. 97 Cost. – eccesso di potere – sviamento*", l'appellante prospetta anche nel presente grado d'appello la revoca della procedura di gara come vincolata per procedere al necessario adeguamento della lex specialis alla sopravvenuta disciplina normativa.

1.4. Con il terzo motivo di appello, rubricato "*Error in iudicando – Violazione e falsa applicazione art. 21 septies l. 07.08.1990, n. 241 – art. 1 l. 160 del 27.12.2019 – violazione e falsa applicazione artt. 32 e 33 d.lgs. 50 del 30.04.2016 – violazione e falsa applicazione art. 97 Cost. – Eccesso di potere – sviamento – nullità per contrarietà a norme imperative*", è riproposto il vizio di nullità degli atti impugnati, e, segnatamente del provvedimento di aggiudicazione del 3 gennaio 2020, n. 6 (ma anche dello stipulando contratto di appalto) per impossibilità dell'oggetto, avendo affidato all'aggiudicataria l'esecuzione di una prestazione non più possibile, vale a dire la riscossione di tributi che non erano più esistenti in seguito alle richiamate modifiche normative, né potrebbe sostenersi, come ritenuto dal giudice di primo grado, una asserita "riconducibilità" dei nuovi tributi a quelli abrogati.

2. I motivi sono infondati.

2.1. La tesi dell'appellante, già esposta nei motivi del ricorso di primo grado, e qui solamente ribadita, è che, in seguito all'intervenuta modifica della disciplina di talune imposte comunali ad opera della legge di bilancio 2020 (l. 27 dicembre 2020, n. 160, e segnatamente dall'art. 1, comma 738,

quanto all'imposta unica comunale che viene abolita e dai commi dal 739 al 783 quanto alla disciplina dell'imposta municipale propria – IMU), il Comune di Melito fosse tenuto a revocare l'intera procedura di gara, ivi compreso, naturalmente, il provvedimento di aggiudicazione alla controinteressata.

2.2. Preliminare ad ogni altra è, tuttavia, la considerazione che, contrariamente a quanto sostenuto dall'appellante, il provvedimento di revoca è sempre esito di una scelta ampiamente discrezionale dell'amministrazione (cfr. Cons. Stato, sez. II, 14 marzo 2020, n. 1837; III, 29 novembre 2016, n. 5026), anche nel caso di *ius superveniens* che comporti una modifica del quadro normativo esistente al momento di adozione del provvedimento amministrativo (cfr. Cons. Stato, sez. V, 26 giugno 2015, n. 3237).

2.3. Benchè l'art. 21 – *quinquies* l. 7 agosto 1990, n. 241 preveda quale condizione legittimante il riesame del provvedimento il solo caso di "*mutamento della situazione di fatto*", peraltro che sia "*non prevedibile al momento dell'adozione del provvedimento*", non può dubitarsi che una sopravvenienza normativa possa essere giusta ragione di revoca del provvedimento, sempre a condizione, comunque, che, in conseguenza del nuovo assetto normativo, non sia più possibile conservare gli effetti del provvedimento ovvero anche perché non sia più conveniente o opportuna la decisione assunta, e, dunque, per una rivalutazione dell'interesse pubblico originario.

2.4. La scelta del Comune di Melito di non disporre la revoca dell'intera procedura di gara, anche in seguito alle intervenute modifiche normative aventi ad oggetto le imposte comunali, si sottrae alle critiche dell'appellante.

In primo luogo, la revoca non era imposta dalle disposizioni contenute nella citata legge di bilancio, che prendono in considerazione situazioni diverse da quella qui in discussione: il comma 781 dell'art. 1 della l. n. 160 del 2020 ha riguardo al caso di contratto d'appalto avente ad oggetto il servizio di gestione dell'IMU e della TASI all'entrata in vigore della nuova normativa e prevede un'estensione dell'oggetto dei contratti in essere anche alle nuove imposte (questo il testo: "*I Comuni, in deroga all'articolo 52 del decreto legislativo n. 446 del 1997, possono continuare ad affidare, fino alla scadenza del relativo contratto, la gestione dell'imposta municipale sugli immobili ai soggetti ai quali, alla data*

del 31 dicembre 2019, risulta affidato il servizio di gestione dell'IMU e della TASI"); il comma 789, correlativamente, prevede che i contratti che siano già stati stipulati alla data del 1°gennaio 2020 aventi ad oggetto l'accertamento e la riscossione dei tributi e delle entrate comunali siano adeguati alle nuove disposizioni (in questi termini: "*I contratti in corso alla data del 1°gennaio 2020, stipulati con i soggetti di cui all'articolo 52, comma 5, lettera b) del decreto legislativo 15 dicembre 1997, n. 446 sono adeguati entro il 30 giugno 2021 alle disposizioni di cui ai commi 784 a 814*").

È chiara la ragione per la quale il legislatore abbia avvertito la necessità di prevedere espressamente l'estensione oggettiva dei contratti di appalto dei Comuni con adeguamento alle nuove disposizioni normative: si è voluto introdurre un'eccezionale ipotesi di affidamento diretto all'operatore economico aggiudicatario di "servizi analoghi" a quelli già affidati, giustificata dai principi di economicità, efficacia ed efficienza dell'azione amministrativa.

Nulla ha disposto, invece, il legislatore relativamente ai contratti ancora da stipulare e per i quali erano in corso le procedure di gara; per tali situazioni, pertanto, valgono i principi generali in precedenza richiamati: è ragionevole e logica la revoca dell'intera procedura di gara se si ritenga che le modifiche normative intervenute rendano non più possibile l'attuazione del programma negoziale come emergente dagli atti di gara con il solo adeguamento delle clausole contrattuali (e senza lo stravolgimento delle originarie prescrizioni del bando), pena, altrimenti, una inammissibile cesura nella cura dell'interesse pubblico (che la Sezione, in altra occasione in cui era contestato un provvedimento di revoca, ha già sanzionato, cfr. Cons. Stato, sez. V, 16 febbraio 2021, n. 1415).

2.5. Nel caso di specie, la procedura di gara era diretta a selezionare l'operatore economico cui affidare il servizio di "accertamento, verifica e riscossione" delle imposte comunali (che venivano elencate: IMU, TIA, TARES, TARI, TASI) e "di tutte le entrate accertabili", mediante criteri di valutazione delle offerte (come descritti al par. VII.2 del bando di gara) che, in quanto riferiti all'organizzazione dell'impresa e alle modalità proposte di gestione del servizio, non erano in alcun modo influenzati dalla disciplina delle imposte oggetto di accertamento e riscossione.

In via conclusiva, l'oggetto del contratto di appalto era la gestione dell'attività di accertamento e riscossione delle imposte comunali e delle altre entrate, tale essendo la prestazione cui si impegnava

l'aggiudicatario, e, come tale, esso non può dirsi in qualche modo modificato dalla sopravvenuta modifica della disciplina in materia.

Le singole imposte erano, invece, l'oggetto della prestazione; la sopravvenienza normativa imponeva solamente una loro diversa enunciazione nelle clausole del contratto stipulando.

3. Con successivo motivo di appello la So.Ge.s. s.p.a. (rubricato: "*Error in iudicando – Violazione e falsa applicazione artt. 254 e 255 d.lgs. 267 del 18.8.2000 – Violazione e falsa applicazione d.lgs. 50 del 18.04.2016 – Eccesso di potere – sviamento*") si duole che il giudice di primo grado abbia escluso, al pari delle sopravvenienze normative di cui si è trattato in precedenza, quale giustificato motivo di revoca l'intervenuta dichiarazione di dissesto ai sensi dell'art. 246 T.u.e.l. con delibera consiliare 14 gennaio 2019, n. 1; sostiene l'appellante che, anche in ragione di tale sopravvenienza, la revoca dell'intera procedura fosse doverosa spettando all'organo straordinario di liquidazione ai sensi dell'art. 252, comma 4, e 255, comma 8, T.u.e.l. la riscossione dei ruoli relativi al periodo decorrente dalla indizione della gara alla dichiarazione di dissesto che erano invece inclusi nel bando e che la revoca della procedura realizzerebbe il suo interesse c.d. strumentale alla riedizione della gara.

Nel medesimo motivo è prospettata anche nel presente grado del giudizio una ragione di illegittimità della procedura che, presumibilmente – ma, invero, non è chiaro l'utilità sperata dall'appellante – dovrebbe comportare l'attivazione di provvedimento caducatori in autotutela, vale a dire l'inclusione nell'oggetto del contratto di tutte le entrate del Comune senza indicazione dell'annualità di riferimento, sebbene il contratto abbia natura concessoria, donde la possibilità di fare oggetto di affidamento solo le entrate successive e non anche quelle precedenti alla stipula del contratto, le quali dovrebbero essere di competenza del titolare del precedente contratto di concessione, ovvero di sua competenza per essere gestore uscente.

4. Il motivo è infondato.

4.1. Il ragionamento in forza del quale il giudice di primo grado ha respinto il motivo di ricorso va condiviso.

Quanto alla prima censura, per come essa è prospettata, risulta carente di interesse e, per questa ragione, inammissibile.

Se, come pare sostenere l'appellante, in seguito alla dichiarazione di dissesto del Comune, la competenza alla riscossione delle imposte comunali permane in capo all'organo comunale per le sole "*entrate successive alla dichiarazione di dissesto*", la predetta sopravvenienza incide esclusivamente sull'ambito di estensione oggettiva del contratto; in sostanza la possibilità, per questa via, di ottenere la revoca della procedura di gara assume connotati del tutto congetturali, insufficienti anche solo a superare il vaglio dell'esistenza dell'interesse a ricorrere.

Quanto al secondo profilo di critica, a prescindere dalla natura del contratto, è corretto quanto affermato dal giudice: il titolare del precedente contratto avente ad oggetto la riscossione può esercitare la sua prestazione fino alla scadenza del contratto stesso, non può, dunque, in alcun modo reclamare una sua ultrattività in relazione ad attività di riscossione o accertamento ancora in corso.

5. L'ulteriore motivo di appello censura la sentenza di primo grado per "*Error in iudicando – Violazione e falsa applicazione art. 95 d.lgs. 50 del 18.04.2016 – Eccesso di potere – Sviamento – Violazione dell'art. 97 Cost.*": il giudice avrebbe ingiustamente reputato la prospettata violazione della segretezza dell'offerta perpetrata dalla stazione appaltante a mezzo pubblicazione delle caratteristiche tipologiche e dimensionali del servizio svolto dal precedente gestore infondata perché argomentata sul mero sospetto di conoscenza dell'altrui offerta, sebbene, per orientamento giurisprudenziale la verifica sul rischio di pregiudizio per l'offerente dalla violazione del principio di segretezza va effettuata in astratto.

6. Il motivo è inammissibile, prima ancora che infondato.

6.1. L'appellante semplifica, e per questa via travisa, il ragionamento svolto dal giudice di primo grado per respingere il motivo di ricorso con la conseguenza che, in definitiva, non propone elementi di critica idonei a contrastare le conclusioni raggiunte in sentenza.

Va, infatti, evidenziato che il giudice di primo grado non si è limitato, peraltro in maniera del tutto condivisibile, a ritenere che non v'era alcuna prova di identità o sovrapponibilità tra le condizioni alle quali il gestore aveva ottenuto l'affidamento del precedente contratto e la nuova offerta, condizione imprescindibile per ipotizzare la violazione del principio di segretezza, ma ha aggiunto anche che la pubblicazione del numero e delle mansioni dei dipendenti impiegati consentiva di

superare l'asimmetria informativa della quale poteva avvantaggiarsi uno dei concorrenti per la sua veste di attuale gestore.

In definitiva, pertanto, il giudice ha ritenuto che non fosse violato il principio di segretezza dell'offerta perché la stazione appaltante non aveva reso noti elementi dell'offerta di uno dei concorrenti (o, comunque, idonei a farne conoscere i contenuti), ma dati che gli operatori economici concorrenti erano tenuti a conoscere per poter formulare le proprie offerte in condizione di parità.

A tale *ratio decidendi*, come detto, l'appellante non ha opposto validi argomenti.

7. Con i successivi motivi di appello So.ge.s. si duole che il giudice di primo grado non abbia ritenuto sussistenti i vizi di legittimità prospettati nei motivi di ricorso che avrebbero comportato l'annullamento della procedura di gara e che, dunque, qui ripropone, quali: a) essere stato previsto nel bando di gara, quale criterio di valutazione qualitativo delle offerte, il numero del personale impiegato, e dunque un criterio meramente numerico, in violazione dell'art. 95 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 come si ricava dalla delibera A.n.a.c. del 16 ottobre 2019, n. 927 (sesto motivo: "*Error in iudicando – violazione e falsa applicazione art. 95 d.lgs. 50 del 18.04.2016 – Eccesso di potere*"); b) aver aperto ed esaminato in seduta riservata, anzichè in seduta pubblica, la documentazione prodotta dai concorrenti in seguito a richiesta di integrazione (settimo motivo: "*Error in iudicando – Violazione e falsa applicazione artt. 58 e 95 d.lgs. 50 del 18.04.2016 – Eccesso di potere – Sviamento*"); c) carenza nella composizione della commissione di soggetti esperti nella materia (finanza degli enti locali) oggetto della gara in contrasto con quanto previsto dalla prevalente giurisprudenza (ottavo motivo: "*Error in iudicando – Violazione e falsa applicazione art. 77 D.Lgs. 50 del 18.04.2016 – Eccesso di potere – Sviamento*").

8. I motivi sono infondati.

8.1. Quanto al primo, è corretto qualificare il criterio di valutazione dell'offerta previsto dal bando al 3.a., per i quali erano assegnati punti in ragione del (maggior) numero di addetti allo sportello al pubblico (*front office*), come criterio qualitativo in quanto riconducibile a quelli previsti dall'art. 95, comma 6, lett. e) d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, ossia i criteri che premiano "*l'organizzazione, le qualifiche*

e le esperienze del personale effettivamente utilizzato nell'appalto, qualora possa avere un'influenza significativa sul livello di esecuzione dell'appalto".

8.2. Quanto al secondo, va precisato che 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, con l'ulteriore precisazione, tuttavia, che i suddetti principi vanno necessariamente verificati in stretta aderenza con il regime delle singole procedure selettive onde accertare l'effettiva replicabilità del rischio che mirano a scongiurare. (da ultimo: Cons. Stato, sez. III, 20 gennaio 2021, n. 627).

Nel caso di specie, la modalità telematica di svolgimento della gara, con caricamento della documentazione su piattaforma informatica messa a disposizione dei concorrenti, consentiva 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.

Siffatta modalità di espletamento della procedura di gara è stata ritenuta dalla stessa giurisprudenza idonea a garantire la trasparenza, anche in assenza di seduta pubblica, anche per l'apertura delle offerte tecniche (e di quelle offerte economiche), per la maggiore sicurezza quanto alla conservazione dell'integrità degli atti che offre (cfr. Cons. Stato, sez. III, 5 dicembre 2019, n.8333; III, 13 dicembre 2018, n.7039; III, 15 novembre 2016, n. 4990; Cons. Stato, sez. III, 3 ottobre 2016, n. 4050; Cons. Stato, V, 29 ottobre 2014, n. 5377).

8.3. Infine, relativamente alla composizione della commissione, l'art. 77, comma 1, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, prevede "*Nelle procedure di aggiudicazione di contratti di appalti o di concessioni, limitatamente ai casi di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la valutazione delle offerte*

dal punto di vista tecnico ed economico è affidata ad una commissione giudicatrice, composta da esperti nello specifico settore cui afferisce l'oggetto del contratto".

La giurisprudenza amministrativa ha precisato:

- che la predetta disposizione non impone una rigida corrispondenza tra competenza dei membri della commissione e ambiti materiali che concorrono alla integrazione del complessivo oggetto del contratto;

- che la competenza ed esperienza richieste ai commissari deve essere riferita ad aree tematiche omogenee, e non anche alle singole e specifiche attività oggetto dell'appalto (cfr. Cons. Stato, sez. V, 1 ottobre 2018, n. 5603).

- che, d'altra parte, è preferibile che a fronte componenti con competenza nel settore "primario" cui si riferisce l'oggetto dell'appalto, ve ne siano altri con competenze in settori "secondari" che interferiscono e intersecano il primo (cfr. Cons. Stato, sez. III, 24 aprile 2019, n.2638), ovvero, non soltanto di natura tecnica, ma amministrativa e gestionale (cfr. Cons. Stato, sez. III, 28 giugno 2019, n. 4458);

- che, in breve, la legittima composizione della commissione presuppone la prevalente, seppure non esclusiva, presenza di membri esperti del settore oggetto dell'appalto (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 18 giugno 2018, n. 3721), per cui il requisito della competenza dell'organo collegiale può ritenersi concretamente soddisfatta allorché due dei suoi tre componenti siano portatori di una specifica competenza nel settore in cui il singolo appalto si riferisce ed il terzo membro vanti comunque una competenza tecnica generale in materia di pubbliche gare (Cons. Stato, sez. III, 6 novembre 2019, n. 7595);

- che la competenza tecnica dei commissari di gara non deve essere necessariamente desunta da uno specifico titolo di studio, potendo, invece, risultare anche da attività espletate e da incarichi svolti in precedenza (cfr. Cons. Stato, sez. III, 23 dicembre 2019, n. 8700).

È, invece, dibattuto se proposto un motivo di ricorso incentrato sulla (illegittima) composizione della commissione, il ricorrente sia tenuto, altresì, a dar prova che tale carenza di competenze abbia influito sulla valutazione delle offerte, e in particolare, della sua offerta, poiché, a fronte di pronunce

che tanto ritengono (cfr. Cons. Stato, sez. III, 30 ottobre 2019, n. 7446), altre ve ne sono per le quali le censure volte a contestare il procedimento di nomina della Commissione giudicatrice sono ammissibili anche quando non sia stato dimostrato che la procedura, ove governata da una Commissione in differente composizione, avrebbe avuto un esito diverso, essendo pacifico che la prova di resistenza non debba essere offerta da colui che deduca vizi diretti ad ottenere l'annullamento e la successiva rinnovazione dell'intera procedura (Cons. Stato, sez. V, 5 novembre 2019, n. 7557), anche perché non si comprende quale possa essere la prova esigibile in capo al concorrente considerato che i giudizi della commissione presentano una inscindibile componente di opinabilità (cfr. Cons. Stato, sez. III, 9 dicembre 2020, n. 7832).

Alla luce delle indicazioni giurisprudenziali richiamate merita conferma la sentenza di primo grado per aver respinto il motivo di ricorso formulato dalla So.ge.s.: indubbia la competenza relativa allo specifico settore oggetto di appalto del presidente della commissione, responsabile del settore finanziario del Comune di Boscotrecase, nondimeno dotati di adeguate competenze erano anche gli altri due componenti, per essere a capo di settori – l'uno, Pianificazione territoriale, lavori pubblici e commercio del Comune di Melito e l'altro, Urbanistica del Comune di Napoli – strettamente interessati dall'imposizione tributaria comunale, e, comunque, di primario rilievo da punto di vista delle funzioni amministrative dell'ente comunale; essi, pertanto, erano certamente in grado di valutare in ragione dei criteri previsti dal bando di gara la migliore offerta proposta dai concorrenti.

9. In conclusione, l'appello va respinto con assorbimento dei motivi di ricorso riproposti da Municipia s.p.a. e la sentenza di primo grado integralmente confermata.

10. Le spese del giudizio seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

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

Condanna So.ge.s.Società Gestione servizi s.p.a. al pagamento delle spese del giudizio, che liquida per ciascuna parte in € 5.000,00 oltre accessori e spese di legge, a favore del Comune di Melito di Napoli e di Municipia s.p.a..

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 15 dicembre 2020 tenuta con le modalità di cui all'art. 4, ultimo comma, 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