CONSUMATORI ITALIANI

Alla Procura della Repubblica Corte di Conti
Regione Campania
Via Piedigrotta, 63, 80122 - Napoli
campania.procura@corteconticert.it

Autorità Nazionale Anticorruzione
c/o Palazzo Sciarra,
Via Minghetti, 10
00187 Roma
protocollo@pec.anticorruzione.it

Oggetto: **ESPOSTO Comune di Mercato San Severino per conferimento concessione riscossione a SOGET SPA per presunta violazione ex art. 51 comma 1 secondo periodo D. lgs. 50/2016.**

L'Associazione Consumatori Italiani Campania APS - Associazione per la difesa dei consumatori, degli utenti e dei cittadini ETS C.F. 95331540633 con sede in Cercola (NA) Via de Gerani n .1 con PEC: presidenza@pec.consumatoritalianicampania.com in persona del suo Presidente p.t. dott.ssa **Simona TALENTO** C.F TLNSMN85A63F839Y, e *adhaesionem et communionem* il Presidente Consumatori Italiani Lombardia APS C.F. 98229920172 dott. Gregorio Pietro D'AMATO con sede in Brescia Via Corfù 59 e domiciliato presso la sede dell'associzione Consumatori Campania, in relazione ed ai sensi del codice del consumo del D. lgs. 206/2005, così come modificato ed integrato dal D. lgs. 10/03/2023 n. 28 in attuazione della direttiva (UE) 2020/1828 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2020, della legge 241/1990, e quale ente portatore di interessi singoli e collettivi dei consumatori, considerato l'art. 97 Cost. e la relativa normativa per le Associazioni ETS dei consumatori rappresenta quanto segue:

i. nei giorni scorsi il la SOGET Spa quale ente riscossore del Comune di Mercato San Severino ha inviato numerosi solleciti di pagamento a cittadini consumatori per mancato pagamento tributi locali tra cui "TARI";
ii. i predetti solleciti di pagamento avvertono che: in caso di mancato pagamento saranno disposte azioni cautelari esecutive su beni mobili ed immobili dei contribuenti che non ottemperino per tempo all'obbligazione così come sollecitata;

iii. attraverso la visione e documentazione reperita dal sito de Comune di Mercato San Severino è stato possibile appurare che l'esecuzione e gestione delle procedure a supporto e successivamente esecutiva alla riscossione è stata aggiudicata ed affidata alla società privata Soget Spa. In relazione alla documentazione reperita è risultato quanto segue:

-Il Comune di Mercato San Severino con bando di gara del 08/11/2022 prot. Gen. 24803 n. bando di gara CIG 9474011932 CPV 79940000-5 (all. 1) quale Convenzione ex art. 30 D.lgs. 50/2016 tra i Comuni Nocera Inferiore, Angri e Mercato San Severino ha provveduto a indire la gara per **l'affidamento in concessione, mediante procedura aperta, del servizio di accertamento e recupero evasione dei tributi comunali, nonché del servizio di riscossione coattiva delle entrate tributarie e patrimoniali del comune di Mercato San Severino a lotto unico per € 927.519,00 (All.1).**

Tale procedura risulterebbe illegittima per la violazione di norme imperative ed inderogabili come stabilito dall'art. 51 comma 1 D. Lgs. 50/2016 applicabile *ratione temporis* (attuale art. 58 D lgs 36/2023), del considerando 2 direttiva 2014/24UE, art. 97 Cost. e art. 1, comma 2/bis L. 07/08/1990 n. 241- 1076, la violazione degli artt. 30, 51 e 66 del D.lgs. n. 50 del 2016 , degli artt. 101 e 102 TFUE, degli artt.1, 3 e 6 della L. n. 241 del 1990 in ragione della violazione dei principi di libera concorrenza e di *par condicio*; violazione dei principi di massima partecipazione alle gare pubbliche, di proporzionalità e di ragionevolezza, eccesso di potere sotto il profilo dello sviamento, dell'illogicità e dell'arbitrarietà con questo motivo gli esponenti contestano la previsione di un unico lotto d'appalto, lamentando che attraverso la suddivisione in più lotti del servizio la Stazione Appaltante avrebbe potuto garantire una maggiore partecipazione degli operatori economici del settore, scindendo le prestazioni; **della direttiva 2014/24/UE** per la violazione del principio di concorrenza. Eccesso di potere sotto il profilo della ragionevolezza e della proporzionalità - Sulla mancata suddivisione in lotti della procedura di gara ed affidamento alla SOGET Spa in qualità di ente riscossore ex art. 53 Dlgs. 1997/446 **del Comune di Mercato San Severino.**

*** * * * ***

MOTIVAZIONE PER CUI SI RITIENE ILLEGITTIMA LA PROCEDURA DI GARA IN BASE ALLA DOCUMENTAZIONE ACQUISITA E PRINCIPI DI DIRITTO E GIURISPRUDENZIALI CONSIDERATI

-Dalla delibera di Consiglio comunale del Comune di Mercato San Severino del 31/05/2022 n. 10 (all. 2) l'Ente ha previsto una duplice funzione di servizi, infatti, è stato deliberato che: "*l'atto di indirizzo per l'affidamento in concessione, mediante procedura aperta, del servizio di accertamento e recupero evasione dei tributi comunali, nonché del servizio di riscossione coattiva delle entrate tributarie e patrimoniali del comune di Mercato San Severino*". Ha deliberato specificatamente: "*Di approvare l'esternalizzazione della gestione delle funzioni relative al servizio di accertamento e di riscossione coattiva delle entrate tributarie e patrimoniali del Comune di Mercato San Severino con affidamento in concessione mediante procedura di gara ai soggetti iscritti nell'Albo di cui all'art. 53 del D. Lgs. 15.12.1997 n. 446, in quanto tale forma di gestione risulta essere più conveniente sotto i profili di economicità, e efficienza, efficacia e funzionalità*"

Così **il disciplinare di gara (all. 3)** all'art. 4 ha previsto un singolo lotto, nonostante nel successivo art. 5 le diverse attività siano state dettagliatamente specificate e, quindi, da dover necessariamente dividere le due procedure **quale attività di supporto all'ente e della riscossione dei tributi**.

Infatti, nel disciplinare art. 5 è previsto:

"*Il presente appalto ha per oggetto le seguenti attività, relative all'affidamento in concessione dei seguenti servizi:*

Servizio S1 *- accertamento e riscossione delle entrate, a seguito di avvisi di accertamenti* ***per omessi/parziali versamenti,*** *relativi a tutte le entrate tributarie ed extratributarie IMU, TARI, ICP/DPA e COSAP per annualità pregresse, Canone Unico Patrimoniale,* ***con gestione del relativo contenzioso;***

Servizio S2 *- accertamento e riscossione delle entrate,* ***per omesse/infedeli dichiarazioni, relative*** *a tutte le entrate tributarie ed extratributarie IMU, TARI, ICP/DPA e COSAP per annualità pregresse, Canone Unico Patrimoniale,* ***con gestione del relativo contenzioso;***

Servizio S3 *- riscossione coattiva di tutte le entrate tributarie ed extratributarie dell'Ente,* ***con gestione del relativo contenzioso***".

E con una remunerazione diversa per le diverse attività sopra indicate: cfr art. 6:

"***Aggio A1****, per i servizi S1 indicati nel capitolato, il valore massimo è 8,00%;*

Aggio A2*, per i servizi S2 indicati nel capitolato, il valore massimo è 15,00%;*

Aggio A3*, per i servizi S3 indicati nel capitolato, il valore massimo è 6,00%".*

Inoltre, **dal Capitolato speciale di appalto (All.4)** all'art.1 è stato previsto:

"*Il presente Capitolato ha per oggetto le seguenti attività, relative all'affidamento in concessione dei seguenti servizi:*

1. accertamento per omesso versamento IMU – TARI – CUP – ICP e COSAP per le annualità non prescritte e gestione del relativo contenzioso;

2. accertamento per omessa/infedele dichiarazione e riscossione coattiva IMU – TARI – CUP, ICP-DPA e COSAP per le annualità non prescritte e gestione del relativo contenzioso;

3. riscossione coattiva degli importi accertati a titolo definitivo e non riscossi relativi a tutte le entrate tributarie ed extratributarie dell'Ente e gestione del relativo contenzioso"

Ed il successivo art. 3 "*Il Concessionario deve effettuare sotto la direzione, il controllo e la collaborazione dell'Ente, le attività di seguito indicate; raggruppate in servizi che dovranno essere espletati garantendo le seguenti attività minime*". Attività ivi esplicitate nel predetto art. 3 che configurano sia un'attività di supporto all'ente e sia la riscossione degli stessi tributi e che si rinvia qui in allegato per brevità e sinteticità espositiva.

Il comune di Mercato San Severino si evidenzia che non ha fatto buon governo e tenuto conto con la procedura di gara *de quo* per l'affidamento della concessione della riscossione e supporto all'attività dell'ente di quanto previsto in base all'attività da svolgere e come già stabilito dall'ANAC con delibera n. **514 del 17 giugno 2020** con la quale ha differenziato **le attività di accertamento e riscossione dei tributi locali affidati** a soggetti privati che contribuisce a demarcare ancora più chiaramente la netta **distinzione tra le attività di semplice supporto agli Uffici Comunali ed della riscossione.** Del resto, anche dopo l'introduzione delle disposizioni della legge finanziaria per il 2020 in materia e quelle di accertamento e riscossione diretta da parte dei privati e, conseguentemente, si è evidenziato che esistono due mercati potenzialmente differenti popolati da operatori economici con strutture organizzative e mezzi economico-finanziari non sempre coincidenti. Cosicché al fine di consentire il corretto dispiegarsi della concorrenza sarebbe opportuno prevedere, salvo casi particolari e per ragioni motivate, due procedure selettive distinte per l'affidamento di tali diverse attività.

Il servizio **di riscossione** dei tributi comunali degli enti locali può essere affidato in concessione solo se ricorrono le condizioni previste dal legislatore, che sono tutte riconducibili al principio del necessario trasferimento in capo al concessionario del c.d. rischio operativo. Tale rischio, tuttavia, considerando, generalmente, l'assenza di un prezzo al mercato, l'anelasticità della domanda all'aggio

praticato, il carattere prevalentemente strumentale dell'attività prestata dall'agente della riscossione e l'entità ridotta di rischio sopportato, è difficilmente rinvenibile.

Diversamente quando si tratta **di accertamento e recupero evasione dei tributi comunali quale attività a supporto del comune (si v. in allegato delibera CC, disciplinare di gara e contratto di appalto)** per il quale l'affidamento del servizio di che trattasi non si qualifica, in alcun modo, come esercizio di funzione pubblica e, in riferimento alla stessa, in quanto il Comune mantiene la titolarità, la direzione ed il controllo di tutti i processi (s. art. 3 del Capitolato di gara) per cui sono richiesti tali servizi e **non deve intendersi riferita al servizio in concessione della riscossione coattiva**.

In relazione a quanto evidenziato poc'anzi l'ANAC con la citata delibera n. **514/2020** ha ricordato che, comunque, e richiamando altresì il Comunicato del Presidente ANAC del 22.12.2015, in ordine alla riconducibilità nel tipico modulo concessorio degli affidamenti dei servizi di accertamento e riscossione delle entrate degli enti locali ha ritenuto che, in generale: "*l'assenza di un prezzo al mercato, l'inelasticità della domanda all'aggio praticato, il carattere prevalentemente strumentale dell'attività prestata dall'agente della riscossione e l'entità ridotta di rischio sopportato dallo stesso fanno propendere per la natura di appalto degli affidamenti in parola*", e ciò essenzialmente perché "non sembra rinvenibile il trasferimento del cd. "rischio di domanda" (ossia, il rischio che la domanda dei servizi sia superiore o inferiore al previsto) dal momento che la domanda di tali servizi proviene dagli enti locali e non dai privati, soggetti all'imposta. Inoltre, non sussiste in capo ai privati la facoltà di scegliere se avvalersi o meno di quel servizio, dal momento che gli stessi "soggiacciono" a tale servizio, trattandosi appunto di imposte e/o tasse che devono essere versate in presenza dei presupposti di legge. Non sembra, quindi, sussistere neppure il rischio sul lato dell'offerta (ossia, il rischio che la fornitura di servizi non corrisponda alla domanda).

Ricorda ancora l'ANAC – come precisato nel Comunicato del Presidente 2015 – potrebbe essere diverso: "*il caso della riscossione coattiva, per la quale la natura e l'entità del rischio trasferito potrebbero comportare la possibilità che l'affidatario non riesca a recuperare, neppure nel caso di gestione virtuosa del servizio, gli oneri necessari per l'approntamento e l'affinamento di strumenti e procedure impegnativi, che obbligano l'operatore economico ad investimenti significativi in strumenti informatici e reperimento o formazione di figure professionali di alto profilo*"; cosicché "*In tale situazione, assume particolare valenza la modalità di calcolo dell'aggio riconosciuto all'operatore economico (se in percentuale sulle somme accertate oppure su quelle riscosse; se è*

previsto o meno un minimo garantito all'amministrazione) e la relativa quantificazione in relazione ai costi presunti da sostenere per l'esecuzione dei servizi".

Ma ancora più esplicita e chiara è stata l'ANAC con delibera **n. 448 del 28 settembre 2022** dove, citando e richiamando gli arresti del Consiglio di Stato, in cui è stato stabilito che la giurisprudenza ha osservato che: "*frequentemente i Comuni affidano la riscossione dei loro tributi, che non risultano versati dai contribuenti, a società esterne specializzate, denominate "concessionari della riscossione*". Queste società sono, di solito, confuse con le società di recupero crediti, pur svolgendo un'attività che si distingue notevolmente da queste per delle differenze per nulla trascurabili. Infatti, occorre rilevare che l'attività di recupero stragiudiziale dei crediti, o come vengono semplicemente chiamate di "recupero crediti", viene svolta da soggetti che risultano essere in possesso di apposita licenza istituita dall'art. 115 del TULPS.

Di contro, i "concessionari della riscossione" sono soggetti abilitati a svolgere l'attività di recupero dell'insoluto, cosiddetta coattiva, in base all'iscrizione all'Albo di cui all'art. 53 del d. lgs. n. 446 del 1997, ossia dotati di una serie di poteri che possono più agevolmente indurre il contribuente inadempiente al pagamento di quanto dovuto ed il processo di riscossione, in questo caso, prende l'avvio con l'invio di un'ingiunzione di pagamento, come appunto l'avviso di messa in mora, al quale potrà fare seguito, nell'ipotesi in cui il debitore non ottemperi al pagamento, l'emissione di atti molto più invasivi a carico di quest'ultimo" (Comm. trib. regionale Sicilia Palermo Sez. VIII, Sent., 24 febbraio 2020, n. 1156). Pertanto, l'ANAC ha stabilito che data la distinzione tra l'attività di accertamento e riscossione da un lato e le attività di supporto e propedeutiche dall'altro, a cui corrisponde l'esistenza di due mercati potenzialmente diversi, **occorre inserire all'interno del bando le motivazioni <u>della mancata suddivisione della gara in lotti</u>**, fattispecie che non si rilevano come previsto dal menzionato art. 51 L. 50/2016 né nel bando di gara o nella lettera di invito nonché da tutti i documenti afferenti alla gara e delibera di Consiglio Comunale.

Tale principio, ricorda l'ANAC come recepito all'ex art. 51 del d.lgs. 50/2016, *ratione temporis* ed ora (dal 01/04/2023) dall'art. 58 del Dlgs. 36/2023**, non costituisce una regola inderogabile**, in quanto la norma consente alla stazione appaltante di derogarvi **<u>per giustificati motivi</u>**, **<u>che devono però essere puntualmente espressi nel bando o nella lettera di invito, proprio perché il precetto della ripartizione</u> <u>in lotti è funzionale alla tutela della concorrenza</u>** (Cons. Stato, Sez. V, 7 febbraio 2020, n. 973).

L'adozione dell'opzione del lotto unico risulta ragionevole in particolare laddove la scelta sia **adeguatamente motivata e la commessa interessi servizi omogenei** (Cons. Stato, Sez. V, 5 aprile 2022, n. 2517).

Pertanto, conclude l'ANAC con la deliberazione 448/2022 che: "*Data la distinzione tra l'attività di accertamento e riscossione da un lato e le attività di supporto e propedeutiche dall'altro, a cui corrisponde l'esistenza di due mercati potenzialmente diversi, occorreva inserire all'interno del bando le motivazioni della mancata suddivisione della gara in lotti*".

A quanto stabilito dall'ANAC ha dato una interpretazione ancora più restrittiva e esaustiva la **Sentenza del Consiglio Stato, Sez. III, Sent., (data ud. 26/09/2024) 11/10/2024, n. 8171** dove è stato stabilito che la non suddivisione in lotti risulta: anzitutto non coerente con il paradigma normativo relativo all'istituto della suddivisione in lotti (art. 51 D.lgs. n. 50 del 2016), avuto riguardo alla specifica fattispecie dedotta.

Come si rileva dai documenti allegati **delibera di Consiglio Comunale 10/2022, bando di gara, disciplinare di gara, contratto di appalto, lettera invito ed i suoi allegati a) b) c) e d), formulario per il documento di gara unico europeo e quadro economico non vi è alcuna giustificazione e motivazione della mancata suddivisione lotti, adottando, invece, un lotto unico.**

Il "principio della suddivisione in lotti, gli esponenti ritengono che può essere derogato solo attraverso una motivazione appropriata e completa" e ciò in base agli insegnamenti TAR Veneto, Sez. II, 14 gennaio 2019, n. 36, Cons. St., Sez. V, 3 aprile 2018, n. 2044; Tar Sicilia, Palermo, Sez. I, 28 maggio 2018 n. 1202; Cons. St, Sez. VI, 12 settembre 2014, n. 4669.

- Aderendo a quanto le corti/tribunali regolatrici in merito hanno già stabilito in quanto **la suddivisione in lotti costituisce un principio generale, oggetto di una presunzione *iuris tantum***, in forza della quale l'estensione della platea delle piccole e medie imprese partecipanti ad una procedura attinente l'aggiudicazione di contratti pubblici costituisce uno strumento essenziale per realizzare gli interessi pubblici che governano la disciplina degli appalti, ma qualora specifiche esigenze lo richiedano la stazione appaltante deve ritenersi pienamente legittimata ad adottare la scelta organizzativa ritenuta più coerente con una equilibrata composizione dell'assetto degli interessi coinvolti (Cons. St., n. 4289 del 3 luglio 2020, Cons. St., sez. V, 11 gennaio 2018, n.123; sez. III, 12 febbraio 2020, n. 1076, Cons. St., sez. VI, 12 settembre 2014, n. 4669, sez III, 12 febbraio 2020 n. 1076). Tuttavia, tale

discrezionalità deve essere esercitata entro i confini ampi ma netti della ragionevolezza e proporzionalità delle scelte pubbliche, e secondo modalità che garantiscano il rispetto degli inderogabili principi di trasparenza ed imparzialità. Ciò comporta che, se l'amministrazione aggiudicatrice decide di non suddividere l'appalto in lotti è tenuta ad esplicitare le ragioni di tale scelta nel bando o nella lettera di invito e nei documenti di gara (ex ***multis Cons. St., sez. V, 7 febbraio 2020, n. 973; 26 giugno 2017, n. 3110; sez. III, 21 marzo 2019, n. 1857)***.

- In sostanza il Codice dei contratti pubblici prescrive un modello organizzativo standard, incentrato sul principio della suddivisione in lotti, che tuttavia non può considerarsi una regola inderogabile, giacché viene riconosciuta all'Amministrazione aggiudicatrice la possibilità di optare per un assetto alternativo qualora si riveli più coerente con le caratteristiche dell'appalto e con le esigenze pubbliche.

La scelta della stazione appaltante circa la suddivisione in lotti di un appalto pubblico presuppone complesse e articolate valutazioni di carattere tecnico-economico in relazione alle caratteristiche dell'oggetto di affidamento ed un equilibrato bilanciamento degli interessi pubblici e privati coinvolti dal procedimento di appalto (***Cons. St., sez. VI, 02 gennaio 2020, n.25; Cons. St., sez. III, 13 novembre 2017, n. 5224).***

Il Comune di Mercato San Severino non ha minimamente dato alcuna motivazione della deroga generale della gara a lotto unico rispetto a quella prevista per legge (ex art 51) in più lotti, nei documenti sopra richiamati ciò non vi è traccia alcuna. **Una non** giustificazione e motivazione la ritroviamo solo nella **determina dirigenziale n 633 del 08/11/2022 (**all.5) e qui allegata dove a pag. 2 in maniera meramente aerea e con una mera ripetizione semantica della norma di cui all'art. 51 rappresenta che:

"*la stazione appaltante non ha potuto effettuare una suddivisione in lotti, al fine di evitare problematiche (tecniche e amministrative) nella fase di gestione esecutiva dell'appalto qualora la prestazione appaltata venisse erogata da differenti centri di imputazione*".

A prescindere che la giustificazione e motivazione **la si doveva ritrovare nel bando o lettera d'invito** e non nella determina dirigenziale che, oltretutto, è viziata per eccesso di potere in quanto doveva specificatamene essere delegata all'adozione di lotto unico invece che come standard normativo in più lotti dal Consiglio Comunale con la richiamata delibera n. 10/2022. La precitata

delibera non specifica nulla pertanto avrebbe dovuto seguire il modello organizzativo standard nella suddivisione **in lotti e non adottare *inaudita altera parte* la determina con lotto unico**.

Già il Consiglio di Stato osserva con il conforto della giurisprudenza prevalente, che sebbene sia indubbio che la suddivisione in lotti rappresenti uno strumento posto a tutela della concorrenza sotto il profilo della massima partecipazione alle gare, **è altrettanto indubbio che tale principio non costituisca un precetto inviolabile,** assumendo invero la natura di principio generale adattabile alle peculiarità del caso di specie (Cons. Stato, sez. V, 11/01/2018, n. 123; Sez. III, 12/02/2020, n. 1076); esso è, pertanto, **derogabile, seppur attraverso una decisione che deve essere adeguatamente motivata**(cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 12 settembre 2014, n. 4669, Sez III, n. 1076/2020 cit.

Per quanto attiene invece al primo principio della suddivisione in lotti, il Collegio, applicando le linee ermeneutiche di consolidata giurisprudenza, ritiene che la preferenza per la suddivisione in lotti, è applicabile in quanto diretta a favorire la partecipazione alle gare delle piccole e medie imprese, come recepito all'**art. 51 d.lgs. n. 50 del 2016**, ma non costituisce una regola inderogabile: **la norma infatti consente alla stazione appaltante di derogarvi per giustificati motivi, che devono essere puntualmente espressi nel bando o nella lettera di invito**, essendo il precetto della ripartizione in lotti funzionale alla tutela della concorrenza (es. Cons. Stato, V, 7 febbraio 2020, n. 973; 26 giugno 2017, n. 3110; Sez. III, 21 marzo 2019, n. 1857).

Ed **ultimamente Cons. Stato, Sez. III, 11/10/2024, n. 8171** e che risulta anzitutto non coerente il lotto unico sovrapponibile al caso *de quo* con il paradigma normativo relativo all'istituto della suddivisione in lotti (art. 51 D.lgs. n. 50 del 2016), avuto riguardo alla specifica fattispecie dedotta.

L'indicata disposizione - rispetto alla quale si pone in linea di sostanziale continuità il successivo art. 58 del D.lgs. n. 36 del 2023 : si veda sul punto la Relazione al Codice, piuttosto esplicita in tal senso - chiarisce che rispetto all'interesse al risultato che l'amministrazione si propone di soddisfare attraverso il contratto, la suddivisione in lotti avente una funzione meramente pro concorrenziale: non soltanto estranea all'interesse predetto, ma anzi con esso potenzialmente confliggente.

Il valore o interesse antagonista, rispetto al favor per le piccole e medie imprese che induce alla suddivisione, è dato sia dalle esigenze connesse alla funzionalità organizzativa (e, in genere, alla funzionalità della prestazione contrattuale rispetto all'interesse pubblico ad essa sotteso), sia dalla convenienza economica per la stazione appaltante.

In questo senso il **"considerando" 2 della direttiva 2014/24/UE** pone fra gli obiettivi della disciplina europea dell'appalto pubblico un "uso più efficiente possibile dei finanziamenti pubblici" e l'accrescimento dell'"efficienza della spesa pubblica".

In altre parole, la scelta di suddividere in lotti, funzionale a favorire l'accesso delle piccole e medie imprese alle gare, non è - rispetto all'interesse portato dall'Amministrazione nella vicenda negoziale - "naturale", ma al contrario artificiale, e può cozzare con l'interesse pubblico al raggiungimento del risultato avuto di mira dalla stazione appaltante.

La causa negoziale nella quale si sostanzia l'interesse dell'Amministrazione all'approvvigionamento si coglie dunque solo avendo riguardo all'intera operazione amministrativa e contrattuale.

Date le superiori premesse normative, due argomenti risultano nel caso di specie dirimenti nel senso di escludere una visione atomistica dell'unico lotto di gara.

Si tratta di una vicenda che, in combinato con la sopra richiamata natura della suddivisione, non ha avuto riguardo a profili dotati di reali attributi di autonomia in relazione a ciascun lotto sulla rilevanza funzionale dei criteri minimi per i servizi richiesti in sede di perimetrazione della prestazione negoziale, e sulla connessa qualificazione dell'interesse dell'amministrazione rispetto al contratto di appalto, (si vedano, ex multis, le sentenze di Cons Stato Sez. III n. 8773/2022 e n. 4701 del 2024).

Diversamente argomentando verrebbe alterato il delicato bilanciamento che l'ordinamento ha posto - nella disciplina della suddivisione in lotti - fra esigenze pro-concorrenziali ed interesse pubblico sotteso alla commessa: e verrebbe vanificata la protezione normativa accordata alla primarietà - quanto meno sul piano eziologico - di quest'ultimo rispetto a quello relativo all'accesso delle imprese al mercato.

La suddivisione in lotti di una gara ha una funzione pro-concorrenziale e non modifica l'unitarietà dell'oggetto della procedura di affidamento.

I bandi di gara, al pari di quelli di concorso, pur non avendo natura regolamentare, né normativa, sono atti amministrativi generali in quanto rivolti a una platea di destinatari non individuabile *ex ante*, ossia a tutti coloro che possono essere interessati a partecipare alla procedura competitiva e che in fatto vi parteciperanno. La differenza tra gli atti regolamentari e gli atti amministrativi generali è individuabile proprio nel fatto che, mentre per i primi i destinatari sono indeterminabili sia a priori che *ex post*, per i secondi lo sono solo a priori (Conferma con diversa motivazione T.A.R. Veneto, n. 417/2024, n. 419/2024 e n. 418/2024).

Del resto, l'arresto del Tar veneto n. 417/2024 ha individuato come "oggettivo" l'art. 51 D.lgs. n. 50 del 2016, nel prevedere, nel rispetto della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici, che sia nei settori ordinari che nei settori speciali, al fine di favorire l'accesso delle microimprese, piccole e medie imprese, le stazioni appaltanti suddividono gli appalti in lotti funzionali ovvero in lotti prestazionali in conformità alle categorie o specializzazioni nel settore dei lavori, servizi e forniture. 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. Nel caso di suddivisione in lotti, il relativo valore deve essere adeguato in modo da garantire l'effettiva possibilità di partecipazione da parte delle microimprese, piccole e medie imprese. È fatto divieto alle stazioni appaltanti di suddividere in lotti al solo fine di eludere l'applicazione delle disposizioni del presente codice, nonché di aggiudicare tramite l'aggregazione artificiosa degli appalti.

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. Le stazioni appaltanti possono, anche ove esista la possibilità 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. Le stazioni appaltanti possono aggiudicare appalti che associano alcuni o tutti i lotti al medesimo offerente, qualora abbiano specificato, nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse, che si riservano tale possibilità e indichino i lotti o gruppi di lotti che possono essere associati, nonché le modalità mediante cui effettuare la valutazione comparativa tra le offerte sui singoli lotti e le offerte sulle associazioni di lotti.

L'ASSOCIAZIONE CONUSMATORI ITALINI interpretando sistematicamente e facendo buon insegnamento dalle disposizioni che precedono emerge chiaramente come la divisione in lotti possa concernere tanto un appalto "unico", sul piano oggettivo e/o soggettivo, quanto una gara bandita da una centrale di committenza in favore di una pluralità di stazioni appaltanti, ognuna delle quali destinata a stipulare un contratto autonomo con il contraente vincitore di un determinato "lotto".

CONSUMATORI ITALIANI CAMPANIA ETS
Associazione per la difesa dei consumatori, degli utenti e dei cittadini
Via dei Gerani, 1 – 80040 Cercola (NA)
info@consumatoritalianicampania.com
presidenza@pec.consumatoritalianicampania.com
C.F. 95331540633

Per essere estremamente esemplificativi, non è un "servizio" o "una fornitura" divisa in lotti, ma sono tanti contratti di servizio o fornitura, ciascuno corrispondente ad un lotto di gara (che potrebbe costituire una gara autonoma), la cui gestione, nella fase di evidenza pubblica, per la scelta del contraente, viene effettuata, in modo accentrato, dalla centrale di committenza.

Anche l'esame del diritto europeo dei contratti pubblici non pare condurre a soluzioni differenti da quella sopra esposta.

L'art. 46 della direttiva 2014/24/UE (e similmente l'art. 65 dir. 2014/25/UE, riferimento al considerando 79 della direttiva 2014/24/UE (corrispondente al considerando 88 della dir. 2014/25/UE), e del considerando 78 (corrispondente al considerando 87 della dir. 2014/25/UE).

Infatti, il Consiglio di Stato Sez. V, 29/02/2024, n. 1956 ha stabilito che i commi 2 e 3 dell'art. 51 del D.lgs. n. 50 del 2016 introducono la facoltà (non l'obbligo) per le stazioni appaltanti di introdurre un vincolo di partecipazione o un vincolo di aggiudicazione. La disciplina pertanto consente, non impone, di considerare congiuntamente le procedure dei diversi lotti per alcuni aspetti e specificamente al fine di imporre un vincolo di partecipazione. Quindi sussiste l'obbligo (tendenziale) di suddividere in lotti funzionali e prestazionali la gara ma non anche quello di riservare taluni lotti medesimi alle PMI. Di qui la presenza di una facoltà distributiva (pro-concorrenziale) e non di un obbligo distributivo" in tal senso.

L'Unione europea ha introdotto nella materia i principi dell'apertura del mercato e della tutela della concorrenza. Ciò in particolare è stato sugellato dalle direttive **2004/17/CE e 2004/18/CE** e dalla sentenza **Stadz Graz (CGUE, sez. III, 30 settembre 2010, C-314**), che, resa in materia di appalti pubblici, ha innestato un caso di responsabilità senza colpa dell'Amministrazione per violazione di regole poste a tutela del mercato. L'obiettivo principale delle norme del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici è l'apertura a una concorrenza non falsata in tutti gli Stati membri (CGUE, sez. V, 8 maggio 2014, C-15/13). Divengono, almeno in un primo periodo, recessive le esigenze dell'erario. E ciò tanto più se si considera che viene dettato "l'obbligo di qualsiasi amministrazione aggiudicatrice di applicare le norma pertinenti del diritto dell'Unione" e che "qualsiasi deroga all'applicazione di tale obbligo va dunque interpretata restrittivamente" (CGUE, sez. V, 8 maggio 2014, C-15/13).

Le direttive del 2014 (n. 2014/23/UE, n. 2014/24/UE e n. 2014/25/UE) consolidano il trend già inaugurato in passato, volto a perseguire una dimensione di politica economica *(rectius* di creazione del mercato interno) degli appalti pubblici (in senso economico, ambientale e sociale).

L'operazione determina la suddivisione di una gara che potrebbe essere gestita come gara unica in più procedure distinte.

La ratio è quella di consentire una maggiore partecipazione, visto il moltiplicarsi dell'offerta pubblica e l'individuazione di forme di affidamento maggiormente accessibili (alle piccole e medie imprese) in quanto ad oggetto più limitato. Così facendo la suddivisione in lotti aumenta la partecipazione affiancando a operatori forti (che parteciperebbero anche in caso di gara unitaria) le piccole e medie imprese (che sono nelle condizioni di partecipare solo a singoli lotti).

La misura, di per sé sola, non assicura il raggiungimento dell'obiettivo, cioè la partecipazione delle piccole e medie imprese, oltre che degli operatori di più grandi dimensioni, essendo altrettanto rilevante il *quomodo* della suddivisione, cioè la perimetrazione dei lotti.

Che il mercato interno richieda il confronto concorrenziale fra più imprese possibili è testimoniato dal fatto che la Corte di giustizia, decidendo in merito alla partecipazione di più società di un gruppo (alla medesima gara), ha affermato che: "*è nell'interesse del diritto comunitario che venga garantita la partecipazione più ampia possibile di offerenti ad una gara d'appalto*" (sez. IV, 19 maggio 2009, C-538/07, richiamata nell'ambito della procedura di infrazione n. 2018/2273).

Ha poi aggiunto che: "*sarebbe contraria ad un'efficace applicazione del diritto comunitario l'esclusione sistematica delle imprese tra loro collegate dal diritto di partecipare ad una medesima procedura di aggiudicazione di appalto pubblico*". Una soluzione siffatta, infatti, ridurrebbe notevolmente la concorrenza. Non si può pertanto estendere il divieto di partecipazione "alle situazioni in cui il rapporto di controllo tra le imprese interessate rimane ininfluente sul comportamento di queste ultime nell'ambito di siffatte procedure" (CGUE, sez. IV, 19 maggio 2009, C-538/07).

Va osservato che facendo buon governo ed insegnamento a quanto stabilito dal Consiglio di Stato, Sez. III, Sent., data ud. 03/11/2022) 23/11/2022, n. 10301 e mutuando da tale arresto i principi generali non aver suddiviso **la gara in lotti sia pervenuto l'ente -Comune di Mercato San Severino - ad una sostanziale disapplicazione *della lex specialis* del concorso**.

In tal caso violando il rigoroso principio formale della *lex specialis*, posto a garanzia dei principi di cui all' art. 97 della Costituzione (si veda in termini, la più recente Cons. Stato, Sez. IV, 15.12.2020, n. 8031). In questa ottica il chiarimento richiesto dall'art. 51 D.lgs 50/2016 della motivazione della mancata suddivisione in lotti per potersi collocare nella fisiologica dinamica delle procedure di

affidamento, deve potersi qualificare come una sorta di interpretazione autentica che svolge e rende espliciti i contenuti di clausole della *lex specialis* (bando o disciplinare di gara o capitolato tecnico).

Il limite del carattere necessariamente non integrativo né modificativo della disposizione di gara oggetto (limite che deriva dai principi di trasparenza, pubblicità e "par condicio" nelle gare di appalto quali presidi di matrice comunitaria della regolarità delle procedure di affidamento) **impone che la motivazione non assurga a mera indicazione semantica della clausola secondo uno dei suoi possibili significati, a cui si perviene proprio all'esito dell'attività motivazionale correttamente svolta.**

E da fornirsi come previsto per legge (bando o disciplinare di gara o capitolato tecnico) e non determina dirigenziale che, peraltro, non ha fornito ma che ha anzi compiuto un eccesso di potere arrogandosi il diritto di adottare un lotto unico e non in più lotti non essendo stata delegata dal Consiglio Comunale a tal fine la responsabile del servizio.

Pertanto, si ritine nulla la procedura di gara e gli atti conseguenziale con grave danno per l'Ente Comunale di cui queste Autorità vorranno rilevare e sanzionare i responsabili.

Si chiede di essere informati all'esito dell'attività istruttoria/esito da parte dei su menzionati On.li Enti.

Si allegano:

1) Bando di Gara del 08/11/2022 prot. Gen. 24803 bando di gara CIG 9474011932 CPV 79940000-5;
2) delibera di Consiglio comunale del Comune di Mercato San Severino del 31/05/2022 n. 10;
3) disciplinare di gara;
4) Capitolato speciale di appalto;
5) determina dirigenziale n 633 del 08/11/2022;
6) lettera invito ed i suoi allegati:
    a) istanza partecipazione;
    b) dichiarazione integrativa;
    c) offerta economica;
    d) patto integrità;
    e) formulario per il documento di gara unico europeo;
    f) quadro economico.

CONSUMATORI ITALIANI CAMPANIA ETS
Associazione per la difesa dei consumatori, degli utenti e dei cittadini
Via dei Gerani, 1 – 80040 Cercola (NA)
info@consumatoritalianicampania.com
presidenza@pec.consumatoritalianicampania.com
C.F. 95331540633

CONSUMATORI ITALIANI

Cercola, 16 maggio 2025

Il presidente Consumatori Italiani Campania APS

Dott.ssa Simona TALENTO

Simona
Talento
16.05.2025
14:43:28
GMT+02:00

Cercola-Brescia 16 maggio 2025

adhaesionem et communionem

Il Presidente Consumatori Italiani Lombardia APS

Dott. Gregorio Pietro D'Amato

D'Amato
Gregorio
Pietro
16.05.2025
13:47:12
GMT+01:00

CONSUMATORI ITALIANI CAMPANIA ETS
Associazione per la difesa dei consumatori, degli utenti e dei cittadini
Via dei Gerani, 1 – 80040 Cercola (NA)
info@consumatoritalianicampania.com
presidenza@pec.consumatoritalianicampania.com
C.F. 95331540633