

N. 01370/2013REG.PROV.COLL.
N. 01260/2012 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1260 del 2012, proposto da:

UNICREDIT s.p.a., capogruppo del Gruppo Bancario UNICREDIT, in persona del procuratore pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Andrea Zanetti e Maurizio Brizzolari, con domicilio eletto presso lo studio del secondo, in Roma, via della Conciliazione, n. 44;

contro

Comune di San Giovanni al Natisone, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Annamaria Iervolino ed Enrico Di Ienno, con domicilio eletto presso lo studio del secondo, in Roma, viale Mazzini, n. 33;

nei confronti di

Banca di Cividale s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituito in giudizio;

Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori Servizi e Forniture, in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Friuli-Venezia-Giulia, Trieste, Sezione I, n. 00033/2012, resa tra le parti e concernente l'affidamento del servizio di tesoreria comunale per il triennio 2011-2013, nonché per il risarcimento del danno all'immagine, da quantificare in via equitativa;

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di San Giovanni al Natisone;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Vista la propria ordinanza 27/28 marzo 2012 n. 1271;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 ottobre 2012 il Cons. Antonio Amicuzzi e uditi per le parti gli avvocati Zanetti e Di Ienno;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

Con il ricorso in appello in esame la UNICREDIT s.p.a. ha chiesto l'annullamento e la riforma della sentenza del T.A.R. in epigrafe indicata con la quale è stato respinto il ricorso principale proposto dalla società per l'annullamento dei provvedimenti di esclusione dalla procedura aperta per l'affidamento del servizio di Tesoreria Comunale, per il periodo 1/1/2011-31/12/2013, e sono stati dichiarati inammissibili i motivi aggiunti, con i quali era stato chiesto l'annullamento della determinazione di segnalazione all'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici e dell'incameramento della cauzione provvisoria prestata dalla ricorrente. Inoltre è stato chiesto il risarcimento del danno all'immagine, da quantificare in via equitativa.

A sostegno del gravame sono stati dedotti i seguenti motivi:

1.- Erroneità della sentenza nella parte in cui il T.A.R. ha ritenuto infondati

il primo ed il secondo motivo del ricorso introduttivo.

Il T.A.R. non ha adeguatamente valutato la rilevanza della circostanza che la UNICREDIT Banca s.p.a., all'atto della presentazione della domanda di partecipazione alla gara, era in regola con riguardo al requisito della regolarità tributaria e che la UNICREDIT s.p.a. aveva poi regolarizzato la propria posizione contributiva e fiscale mentre la gara era ancora in corso.

2.- Erroneità della sentenza nella parte in cui il T.A.R. ha giudicato inammissibile il ricorso per motivi aggiunti proposto nel giudizio di primo grado da UNICREDIT s.p.a. sul presupposto che la decisione di segnalare all'Autorità di Vigilanza la esclusione dalla gara non costituisse atto autonomamente lesivo ed autonomamente impugnabile.

3.- E' stata riproposta la impugnazione in via derivata ed in via diretta della segnalazione alla Autorità di vigilanza e dell'incameramento della cauzione provvisoria, che il giudice di primo grado, avendo erroneamente ritenuto che non fosse stata impugnata la escussione di detta cauzione ed avendo dichiarato inammissibile la impugnazione della segnalazione, non ha esaminato.

3.1.- Violazione di legge per violazione e falsa applicazione degli artt. 30 e 48 del d.lgs. n. 163/2006. Violazione di legge per violazione e falsa applicazione dell'allegato II A del d.lgs n. 163/2006. Eccesso di potere per sviamento, illogicità, irragionevolezza ed ingiustizia manifesta. Eccesso di potere per manifesta contraddittorietà intrinseca e estrinseca. Eccesso di potere per travisamento dei fatti. Violazione dei principi di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost.

Il servizio di tesoreria, in quanto svolto gratuitamente, non costituisce appalto di servizi ma una concessione di servizi, sicché non si applicano le disposizioni del codice, salvo quelle espressamente previste, che non includono l'art. 48, che è quindi inapplicabile.

3.2.- Violazione di legge per violazione e falsa applicazione degli artt. 38,

comma 1, lett. g), del d.lgs. n. 163/2006. Eccesso di potere per sviamento, illogicità, irragionevolezza ed ingiustizia manifesta. Eccesso di potere per manifesta contraddittorietà intrinseca e estrinseca. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e travisamento dei fatti. Violazione dei principi di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost..

L'unica conseguenza normativa per la mancanza dei requisiti di ordine generale – come quello in materia di regolarità contributiva e fiscale – sarebbe l'esclusione dalla gara, mentre la escussione della cauzione e la comunicazione all'Autorità di Vigilanza sarebbero previste solo per la mancanza dei requisiti di capacità economico finanziaria e tecnico-organizzativa. Inoltre la dichiarazione circa la regolarità fiscale sarebbe stata resa in perfetta buona fede.

4.- Sussiste il diritto al risarcimento del danno causato all'immagine della appellante con la segnalazione all'Autorità di Vigilanza della asserita ma insussistente irregolarità fiscale, da liquidare in via equitativa.

Con atto depositato il 23.3.2012 si è costituito in giudizio il Comune di San Giovanni al Natisone, che ha dedotto la infondatezza dell'appello, concludendo per la reiezione.

Con memoria depositata il 24.3.2012 la appellante ha contestato le avverse argomentazioni ed ha sostanzialmente ribadito tesi e richieste.

Con ordinanza 27/28 marzo 2012 n. 1271 la Sezione ha accolto la istanza di sospensione della sentenza impugnata limitatamente alla disposta segnalazione alla Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici.

Con memoria depositata il 28.9.2012 il costituito Comune ha, in particolare, dedotto la infondatezza della impugnazione dell'incameramento della cauzione provvisoria, per mancata impugnazione della "lex specialis" che tanto prevedeva e la inammissibilità e la infondatezza, per mancanza di idonea prova, della richiesta risarcitoria.

Con memorie depositate rispettivamente il 28.9.2012 ed il 4.10.2012 parte

appellante ha ribadito tesi e richieste ed ha replicato alle avverse deduzioni. Alla pubblica udienza del 16.10.2012 il ricorso in appello è stato trattenuto in decisione alla presenza degli avvocati delle parti come da verbale di causa agli atti del giudizio.

DIRITTO

1.- Il giudizio in esame verte sulla richiesta, formulata da UNICREDIT s.p.a., di annullamento o di riforma della sentenza del T.A.R. in epigrafe indicata con la quale è stato respinto il ricorso da essa proposto per l'annullamento dei provvedimenti di esclusione dalla procedura aperta per l'affidamento del servizio di Tesoreria Comunale per il periodo 1/1/2011-31/12/2013 e sono stati dichiarati inammissibili i motivi aggiunti proposti dalla società per l'annullamento della determinazione di segnalazione all'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici e dell'incameramento della cauzione provvisoria prestata dalla ricorrente.

2.- Con il primo motivo di appello è stato dedotto che nella comunicazione della stazione appaltante di esclusione della UNICREDIT s.p.a. è affermato che questa non aveva provato il possesso del requisito della regolarità tributaria di cui all'art. 38, comma 1, lettera g), del d. lgs. n. 163/2006 (che doveva essere posseduto al momento della scadenza del termine di partecipazione e permanere per tutto lo svolgimento della gara) con irrilevanza della regolarizzazione spontanea del debito intervenuta alla data di fusione della UNICREDIT Banca s.p.a. in UNICREDIT s.p.a..

Al riguardo era stata formulata in primo grado la censura che UNICREDIT Banca s.p.a., all'atto della presentazione della domanda di partecipazione alla gara, era in regola con riguardo a detto requisito e non poteva essere a conoscenza di carichi tributari pendenti della UNICREDIT s.p.a. (ad essa succeduta l'1.11.2010), che aveva regolarizzato la propria posizione fiscale mentre la gara era in corso; inoltre era stato dedotto che detti carichi tributari erano irrilevanti a fronte del capitale sociale della

UNICREDIT s.p.a..

Il T.A.R. ha ritenuto i motivi infondati nell'assunto che la dichiarazione sostitutiva della UNICREDIT s.p.a. del 30.11.2010 è stata smentita dalle verifiche effettuate dalla stazione appaltante, il che, a prescindere dalla ignoranza in buona fede delle pendenze e dalla regolarizzazione delle stesse, comportante, quale atto dovuto, l'esclusione.

Ma la circostanza che la Unicredit Banca s.p.a., all'atto della presentazione della domanda di partecipazione alla gara, era in regola con riguardo a detto requisito e che la UNICREDIT s.p.a. ha poi regolarizzato la propria posizione contributiva e fiscale mentre la gara era ancora in corso non poteva essere irrilevante, atteso che la necessità della sussistenza del requisito della regolarità tributaria alla scadenza del termine di presentazione della domanda e la possibilità di accertamento della sussistenza della stessa fino al momento della stipula del contratto non escludono la possibilità di regolarizzazione di inadempienze fiscali sopravvenute e non conoscibili al momento di presentazione della domanda.

Peraltro la esclusione non sarebbe stato un atto dovuto, come erroneamente ritenuto dal primo Giudice, perché il mancato possesso di detto requisito può legittimamente giustificare la esclusione solo se la violazione incida in maniera rilevante sulla globale regolarità tributaria della impresa partecipante e ne pregiudichi irreparabilmente la capacità di essere un contraente serio ed affidabile, mentre nel caso di specie i carichi pendenti avevano un importo assai contenuto ed erano incapaci di agire sulla globale situazione finanziaria dell'Istituto di credito che ha un più che considerevole volume di affari.

2.1.- La Sezione non può condividere le sopra riportate censure, atteso che la regolarità contributiva e fiscale, richiesta come requisito indispensabile per la partecipazione alla gara ai sensi dell'art. 38 del d. lgs. n. 163/2006,

deve essere poi mantenuta per tutto l'arco di svolgimento della gara stessa (Consiglio Stato, sez. IV, 15 settembre 2010, n. 6907) fino al momento dell'aggiudicazione, sussistendo l'esigenza per la stazione appaltante di verificare l'affidabilità del soggetto partecipante alla gara fino alla conclusione della stessa.

Resta pertanto irrilevante un eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione tributaria, seppure ricondotto retroattivamente (Consiglio di Stato, sez. VI, 2 maggio 2011, n. 2580).

Una volta constatata la assenza di detto requisito essenziale per la partecipazione in corso di gara, non è quindi ammissibile alcuna conseguente regolarizzazione postuma, che si tradurrebbe, essenzialmente, in una integrazione dell'offerta proposta, configurandosi perciò come una violazione del principio della par condicio nei riguardi di altri concorrenti che, nei termini imposti, hanno osservato le regole del bando.

Pertanto nel caso di specie, anche se alla originaria partecipante UNICREDIT Banca s.p.a., che era in possesso di detto requisito, è poi subentrata, in data 30.11.2010, la UNICREDIT s.p.a., a seguito di fusione per incorporazione, la modifica soggettiva dell'offerente, pur ammissibile in base all'art. 51 del d. lgs. n. 163/2006, non poteva far venir meno il dovere della subentrante di essere in regola con gli adempimenti di cui trattasi, se non all'epoca di scadenza del termine per la presentazione della offerta, quantomeno all'atto del subentro.

La stazione appaltante è infatti tenuta ad ammettere alle distinte fasi della procedura concorsuale i soggetti subentranti, ma previo accertamento in capo a essi dei requisiti previsti per la partecipazione alla gara.

Non è possibile sostenere che tale accertamento dovrebbe operarsi solo con esclusivo riferimento alla posizione soggettiva del subentrante.

In proposito va evidenziato che la codificazione, ad opera dell'art. 51 del d.lgs. n. 163/2006, dell'opponibilità alla stazione appaltante del nuovo

soggetto subentrante non può essere considerata come una deroga alle regole proprie dell'evidenza pubblica, che esigono la permanenza comunque, in capo alle imprese partecipanti alla gara, dei requisiti di ordine generale e speciale necessari per l'ammissione alla procedura concorsuale.

Il superamento del principio della immodificabilità soggettiva dei partecipanti alle gare pubbliche risponde all'esigenza di garantire la libertà contrattuale dell'impresa (nel senso che questa deve poter procedere alla riorganizzazione aziendale senza che possa esserle di pregiudizio lo svolgimento delle gare alle quali abbia partecipato), ma deve ritenersi estraneo alla "ratio" di detto art. 51 l'intento di limitare la fase accertativa del possesso dei requisiti di partecipazione alla gara nei riguardi della sola impresa oggetto di subentro e di escludere la necessità di operare la medesima verifica nei riguardi dell'impresa subentrante.

La disciplina positiva della norma include, invero, l'obbligo per la stazione appaltante di effettuare le puntuali verifiche dirette ad accertare la sussistenza anche in capo all'impresa subentrante dei requisiti soggettivi e oggettivi per la partecipazione alla gara e per l'affidamento della commessa dedotta nell'appalto. sicché, in caso di modificazioni soggettive riguardanti il soggetto partecipante alla gara, l'esistenza dei requisiti previsti per l'ammissione a quest'ultima deve essere posseduta, e quindi accertata, sia nei riguardi dell'impresa interessata dalla vicenda modificativa che dell'impresa subentrante.

Quanto alla doverosità della disposta esclusione osserva la Sezione che, ai sensi dell'art. 38, comma 1, lettera g), del d. lgs. n. 163/2006, ogni violazione, anche di importo esiguo, dà luogo all'esclusione senza che sia consentito all'Amministrazione che ha bandito la gara, e tanto meno al concorrente, valutare la rilevanza e la buona o mala fede del contribuente, giacché tale valutazione - diversamente dalle ipotesi di cui alle lett. e) ed f) del d.lgs. n. 163/2006 - è stata evidentemente effettuata dal legislatore in

ragione dello scopo della norma, tesa a garantire non solo l'affidabilità dell'offerta e nell'esecuzione del contratto, ma anche la correttezza e la serietà del concorrente.

Tale interpretazione della norma è invero fedele al chiaro significato letterale della legge - canone ermeneutico comunque primario ai sensi dell'art. 12 preleggi - a nulla rilevando, per la fattispecie per cui è causa, le modifiche intervenute per effetto del D.L. n. 70/2011, convertito con l. n. 106/2011, inapplicabile nel presente giudizio "ratione temporis", trattandosi di gara bandita (e anche aggiudicata) prima della relativa entrata in vigore (14 maggio 2011).

Lo "ius superveniens" conseguente al sopra citato d.l. può peraltro avvalorare la tesi formulata dal Collegio, perché l'inserimento del requisito della "gravità," accanto a quello confermato della "definitività" della violazione fiscale, costituisce indiretta conferma della non rilevanza dell'entità dell'inadempimento tributario per tutte le gare bandite durante il regime normativo precedente (rientrando nella discrezionalità del legislatore la scelta di elevare la mera regolarità fiscale, definitivamente accertata, a requisito soggettivo di partecipazione).

È invero del tutto ininfluenza la modestia dell'entità del debito definitivamente accertato, non disponendo la stazione appaltante di alcuno spazio per un apprezzamento discrezionale della gravità e del sottostante elemento psicologico della violazione (Consiglio di Stato, sez. V, 10 agosto 2010, n. 5556 e 15 ottobre 2009, n. 6325).

Le censure in esame non possono quindi essere condivise.

3.- Con il secondo motivo di gravame è stata dedotta la erroneità della sentenza impugnata, nella parte in cui è stato giudicato inammissibile il ricorso per motivi aggiunti proposto nel giudizio di primo grado da UNICREDIT s.p.a. in base al rilievo che la sola decisione di segnalare all'Autorità di Vigilanza la esclusione dalla gara non costituiva atto

autonomamente lesivo ed autonomamente impugnabile, ma endoprocedimentale e prodromico all'eventuale provvedimento che detta Autorità, all'esito di specifico procedimento in contraddittorio, avesse ritenuto di adottare.

Ciò in primo luogo perché non è stato considerato che era stato impugnato anche l'incameramento della cauzione provvisoria ed in secondo luogo perché la giurisprudenza più volte ha affermato che l'atto di segnalazione suddetto è autonomamente impugnabile, atteso il suo carattere lesivo, quantomeno sotto il profilo dell'immagine della società.

Conseguentemente con il terzo motivo di appello sono stati riproposti i motivi formulati in primo grado contro la segnalazione alla Autorità di Vigilanza e non esaminati per erronea declaratoria di inammissibilità del motivo, di violazione e falsa applicazione degli artt. 30 e 48 del d.lgs. n. 163/2006, nonché dell'allegato II A del d.lgs n. 163/2006, di eccesso di potere e di violazione dei principi di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost.. Ciò in quanto il servizio di tesoreria, essendo svolto gratuitamente, non costituirebbe appalto di servizi ma concessione di servizi, con impossibilità di applicazione delle disposizioni del d. lgs. n. 163/2006, salvo quelle espressamente previste (che non includono l'art. 48), che sarebbe quindi inapplicabile alla fattispecie.

3.1.- Il motivo è infondato.

La segnalazione all'Autorità di vigilanza dell'esclusione di un'impresa da una gara non produce direttamente un effetto lesivo, ma costituisce l'atto di promovimento di un procedimento in contraddittorio.

Nel caso di esclusione per motivi diversi dal fatto di aver reso dichiarazioni false (art. 8, comma 2, lett. r) del d.p.r. n. 207 del 2010), essa stessa costituisce avviso di procedimento che consente all'impresa di presentare all'Autorità proprie deduzioni, ad esempio circa l'avvenuta impugnazione del provvedimento di esclusione (cfr. AVCP, determinazione n. 1 del 2008).

Nel caso di esclusione per dichiarazioni false (art. 8, comma 2, lett. s) del d.p.r. n. 207 del 2010), è l'Autorità stessa che comunica all'impresa l'avviso di procedimento ai fini dell'iscrizione nel Casellario informatico e dell'eventuale irrogazione della sanzione pecuniaria (cfr. AVCP, determinazione n. 1 del 2010).

La lesione si determina, dunque, con l'iscrizione della notizia nel casellario informatico (o con l'irrogazione della sanzione pecuniaria da parte dell'Autorità) e a seguito di un procedimento in contraddittorio nel quale l'impresa può presentare proprie deduzioni.

Il fatto che la misura di pubblicità incida su un interesse oppositivo, come quello concernente l'onore della persona, la cui lesione richiede come misura riparatoria la reintegrazione, non può sovvertire il principio processuale secondo cui l'interesse a ricorrere deve essere attuale.

4.- Con il quarto motivo di gravame è stato riproposta la impugnazione in via derivata ed in via diretta dell'incameramento della cauzione provvisoria, che il giudice di primo grado, avendo erroneamente ritenuto che non fosse stata impugnata, non ha esaminato.

Secondo l'appellante l'unica conseguenza normativa per la mancanza dei requisiti di ordine generale - come quello in materia di regolarità contributiva e fiscale - sarebbe l'esclusione dalla gara, mentre la escussione della cauzione (e anche la comunicazione all'Autorità di Vigilanza) sarebbe stabilita solo in caso di mancanza dei requisiti di capacità economico finanziaria e tecnico-organizzativa. Inoltre la dichiarazione circa la regolarità fiscale sarebbe stata resa in perfetta buona fede, stante la circostanza che il Gruppo Bancario UNICREDIT, in data 1.11.2010, è stato oggetto di un procedimento di riorganizzazione con incorporazione di tutte le banche del gruppo e che la dichiarazione è stata resa il 30.11.2010, quindi solo qualche giorno dopo tale operazione societaria, periodo di tempo insufficiente a garantire la circolazione all'interno della società di tutte le informazioni

circa la situazione fiscale delle società incorporate.

4.1.- Osserva al riguardo la Sezione che effettivamente il Giudice di primo grado ha ommesso di esaminare la censura formulata con i motivi aggiunti riguardo alla dedotta illegittimità del disposto incameramento della cauzione provvisoria, sicché per il principio devolutivo dell'appello affermato dall'art. 101 comma 1, del c.p.a., essa, in quanto riproposta formalmente, deve essere in questa sede esaminata.

La inadeguatezza della motivazione della sentenza impugnata, se anche dimostrata, non ne impone tuttavia ex se la riforma, in quanto il carattere devolutivo dell'appello, che non è rimedio impugnatorio ma gravame, comporta la necessità di riesaminare comunque il “thema decidendum” del giudizio di primo grado, operazione che ben può condurre a conclusioni identiche a quelle raggiunte dal primo grado (Consiglio di Stato, sez. III, 4 maggio 2012, n. 2595).

Le riproposte censure vanno quindi esaminate nel merito.

L'affidamento del servizio di tesoreria comunale consiste in una concessione di servizi per la quale opera l'art. 30 del d.lgs. n. 163 del 2006, che, salvo quanto ivi previsto, esclude l'applicazione delle disposizioni del Codice dei Contratti, quindi anche dell'art. 48, oltre che nella parte in cui prevede la segnalazione alla Autorità di vigilanza, anche in quella in cui prevede l'incameramento della cauzione provvisoria.

Tuttavia nel caso di specie il bando di gara, all'art. 4, punto 5, non impugnato, espressamente stabiliva che, a garanzia dell'eventuale danno precontrattuale cagionato alla stazione appaltante, dovesse essere fornita una garanzia anche nella forma della cauzione; ciò implicitamente comportava la escussione della stessa nel caso che se ne verificassero le condizioni, sicché ben poteva, sussistendo il presupposto dell'accertamento della irregolarità contributiva, esserne disposto l'incameramento.

Nel merito la legittimità della esclusione della società appellante esclude

innanzi tutto che l'incameramento sia viziato da illegittimità derivata.

La censura è comunque infondata anche laddove deduce vizi propri del provvedimento, atteso che l'incameramento della cauzione è un effetto strettamente connesso e consequenziale all'accertata irregolarità contributiva e, ai sensi dell'art. 48, d.lg. 12 aprile 2006 n. 163, è una conseguenza sanzionatoria del tutto automatica del provvedimento di esclusione, come tale non suscettibile di alcuna valutazione discrezionale con riguardo ai singoli casi concreti e, in particolare, alle ragioni meramente formali ovvero sostanziali che l'Amministrazione abbia ritenuto di porre a giustificazione dell'esclusione medesima (Consiglio di Stato, sez. V, 10 settembre 2012, n. 4778), con irrilevanza della dedotta buona fede.

Ai fini dell'applicazione della sanzione consistente nell'incameramento della cauzione unico presupposto determinante (e dunque assorbente) è rappresentato dall'esclusione, sicché, essendone stata nel caso di specie riconosciuta la legittimità, pienamente legittimo appare la disposta escussione.

Inoltre va esclusa la fondatezza anche delle ulteriori censure della parte appellante, perché la possibilità per la stazione appaltante d'incamerare la cauzione provvisoria, discendendo anche dall'art. 75 comma 6, del d.lgs. n. 163/2006, riguarda tutte le ipotesi di mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario, intendendosi per tale qualunque ostacolo alla stipulazione a lui riconducibile, e quindi non solo il rifiuto di stipulare il contratto o il difetto di requisiti speciali, ma anche il difetto di requisiti generali di cui al precedente art. 38 (Consiglio di Stato, ad. plen., 4 maggio 2012, n. 8).

In conclusione le censure in esame non sono suscettibili di accoglimento.

5.- E' stato infine chiesto il risarcimento del danno causato all'immagine della appellante con la segnalazione all'Autorità di Vigilanza della asserita ma insussistente irregolarità fiscale, dovuto a prescindere dalla esistenza

della colpa, da liquidare in via equitativa.

5.1.- La domanda è infondata, in quanto, come già osservato, la segnalazione all'Autorità di vigilanza non è atto lesivo, bensì invece atto di promovimento di un successivo procedimento in contraddittorio

6.- L'appello deve essere conclusivamente respinto.

8.- Nella complessità e parziale novità delle questioni trattate il collegio ravvisa eccezionali ragioni per compensare, ai sensi degli artt. 26, comma 1, del c.p.a. e 92, comma 2, del c.p.c., le spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente decidendo, rigetta l'appello.

Compensa integralmente le spese del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 ottobre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Stefano Baccharini, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere

Manfredo Atzeni, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 06/03/2013

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)