

Pubblicato il 26/04/2021

**N. 03374/2021 REG.PROV.COLL.**  
**N. 05905/2020 REG.RIC.**



**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 numero di registro generale 5905 del 2020, proposto da Municipia s.p.a., in proprio e in qualità di mandataria di Rti con Servicenet 21 s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Elia Barbieri, Marco Sica, Stefano Vinti e Mariano Protto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*contro*

Provincia di Lucca, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Roberto Righi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*nei confronti*

Megasp s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Stefania Lago e Andrea Manzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Ge.Fi.L.-Gestione Fiscalità Locale s.p.a., Velocar s.r.l., non costituite in giudizio;

*per la riforma*

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Toscana (Sezione Prima) n. 00698/2020, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia di Lucca e della Megasp s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, Cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza del giorno 4 febbraio 2021 il Cons. Alberto Urso e uditi per le parti, con modalità da remoto, gli avvocati Barbieri, Sica, Protto, Righi e Manzi, come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

1. Con bando del 24 giugno 2019 la provincia di Lucca indiceva procedura di gara con modalità telematica per l'affidamento dell'accordo quadro per il noleggio e l'installazione di strumenti di rilevazione a distanza degli eccessi di velocità, nonché per l'acquisizione dei servizi di gestione integrata del processo sanzionatorio, di rappresentanza legale nel contenzioso e di riscossione coattiva a mezzo ingiunzione fiscale.

Risultava aggiudicatario della procedura il Rti capeggiato dalla Municipia s.p.a., odierna appellante.

2. Avverso il provvedimento di aggiudicazione e gli altri atti di gara proponeva ricorso la Megasp s.r.l., in proprio e quale mandataria del Rti secondo classificato in graduatoria.

3. Il Tribunale amministrativo adito, nella resistenza della Provincia di Lucca e della Municipia, dopo aver accolto con ordinanza n. 97 del 2020 l'istanza d'accesso della ricorrente, accoglieva anche il ricorso annullando i provvedimenti gravati e dichiarando il Rti capeggiato dalla Megasp aggiudicatario della procedura, fatto salvo l'esito dei controlli previsti dalla legge.

4. Avverso la sentenza ha proposto appello la Municipia s.p.a. deducendo:

I) violazione del disciplinare di gara e del capitolato speciale di appalto, nonché degli altri atti di gara; errore manifesto nell'apprezzamento dei fatti; illogicità manifesta;

II) violazione del disciplinare di gara e del capitolato speciale di appalto, nonché degli atti di gara; violazione e falsa applicazione dell'art. 4-*bis* l. n. 247 del 2012; errore manifesto nell'apprezzamento dei fatti;

III) violazione del disciplinare di gara e del capitolato speciale di appalto, nonché degli atti di gara; errore manifesto nell'apprezzamento dei fatti sotto diverso profilo;

IV) violazione del disciplinare di gara e del capitolato speciale di appalto, nonché degli atti di gara; errore manifesto nell'apprezzamento dei fatti sotto ulteriore profilo;

V) violazione e falsa applicazione dell'art. 89, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016 in relazione all'art. 53, comma 1, d.lgs. n. 44 del 1997; violazione del disciplinare di gara e del capitolato speciale di appalto; errore manifesto nell'apprezzamento dei fatti;

VI) violazione e falsa applicazione dell'art. 89, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016;

VII) violazione e falsa applicazione dell'art. 84, comma 9, d.lgs. n. 50 del 2016.

5. S'è costituita in giudizio la Provincia di Lucca chiedendo l'accoglimento dell'appello, al quale resiste invece la Megasp riproponendo anche *ex art.* 101, comma 2, Cod. proc. amm. il motivo di ricorso rimasto assorbito in primo grado, col quale si deduce la violazione o falsa applicazione dell'art. 89 d.lgs. n. 50 del 2016; violazione o falsa applicazione dell'art. 88 d.P.R. n. 207 del 2010; violazione o falsa applicazione della *lex specialis* (disciplinare di gara, artt. 3 e 4); eccesso di potere sotto i profili del difetto di istruttoria, del difetto di motivazione, dell'erroneità del presupposto e della manifesta illogicità e irragionevolezza; sintomi di sviamento.

6. Sulla discussione delle parti all'udienza del 4 febbraio 2021, tenuta con modalità da remoto come da verbale, la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

1. Col primo motivo l'appellante censura la sentenza nella parte in cui afferma l'inclusione nell'oggetto dell'appalto di attività di rappresentanza legale in giudizio, con conseguente presupposizione del possesso di titolo professionale coincidente con l'iscrizione all'albo forense: la *lex specialis* non contempla in realtà una siffatta prestazione, sicché non può invocarsi sulla base di essa l'applicazione nella specie dell'art. 89, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016, e perciò lo svolgimento diretto del servizio da parte dell'ausiliaria che presta il requisito tecnico-professionale in favore della mandante del Rti.

1.1. Col secondo motivo l'appellante prosegue nel censurare la sentenza deducendo che, se anche l'iscrizione all'albo degli avvocati fosse stata necessaria ai fini dello svolgimento di una parte dell'attività oggetto di affidamento, essa non figura comunque fra i requisiti di gara, sicché non può essere pretesa in capo ai concorrenti: neppure per tale via può perciò inferirsi la necessaria esecuzione diretta dell'attività da parte dell'ausiliaria *ex* art. 89, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016; in ogni caso, l'esercizio della professione forense è in radice precluso alle società, e d'altra parte la stessa Megasp prevede, nella propria offerta, l'affidamento a terzi del vero e proprio patrocinio legale, di talché il ricorso dovrebbe ritenersi persino inammissibile in radice per difetto d'interesse, considerato che in capo alla ricorrente risulterebbe integrato il medesimo vizio da questa invocato avverso la Municipia.

1.2. Col sesto motivo l'appellante censura la sentenza in relazione all'accolta nozione di "esperienze professionali pertinenti" posta a fondamento della necessaria prestazione diretta *ex* art. 89, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016 del servizio da parte dell'ausiliaria, atteso che in realtà la suddetta nozione va ricondotta alle sole prestazioni connotate da chiara infungibilità e diretto legame col possesso di un titolo professionale: il che è da escludere nel caso di

specie, anche in considerazione del fatto che il requisito di gara è costituito dall'aver prestato servizi analoghi per un determinato fatturato; anche in tale prospettiva, dunque, l'art. 89, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016 non può trovare applicazione, non potendo perciò essere predicato il necessario svolgimento diretto dell'attività da parte dell'ausiliaria. D'altra parte, in caso di ravvisata inadeguatezza del contratto di avvalimento per mancata esplicitazione dello svolgimento in proprio dell'attività da parte dell'ausiliaria, anziché disporre l'esclusione *sic et simpliciter* del Rti aggiudicatario si sarebbe dovuto consentire di emendare il contratto, analogamente a quanto previsto dall'art. 89, comma 3, d.lgs. n. 50 del 2016 in tema di sostituzione dell'ausiliaria.

1.3. I tre motivi, che possono essere esaminati congiuntamente in ragione della loro connessione, sono fondati nei termini e per le ragioni che seguono.

1.3.1. Occorre premettere che l'oggetto dell'affidamento è costituito in specie da “A) Noleggio e [...] installazione di n. 2 strumenti di rilevazione a distanza degli eccessi di velocità; B) Acquisizione del servizio di gestione integrata del processo sanzionatorio; C) Acquisizione del servizio di gestione di rappresentanza legale nel contenzioso; D) Acquisizione del servizio di riscossione coattiva a mezzo ingiunzione fiscale” (art. 1 del disciplinare).

La categoria principale “72300000. Servizi di elaborazione dati” si compone, in particolare, della “Acquisizione del servizio di gestione integrata del processo sanzionatorio”, “Acquisizione del servizio di gestione di rappresentanza legale nel contenzioso” e “Acquisizione del servizio di riscossione coattiva a mezzo ingiunzione fiscale”.

In relazione a tale categoria il Rti aggiudicatario (segnatamente, la mandante Servicenet 21 s.r.l.) ha fatto ricorso ad avvalimento, in specie per l'assunzione del requisito consistente nell'aver prestato “servizi analoghi a quelli oggetto della presente procedura negli ultimi tre anni in misura non inferiore all'importo massimo per cui sarà stipulato l'accordo quadro per la categoria principale (72300000- Servizi di elaborazione dati)”.

Al riguardo, la sentenza, dopo aver considerato il requisito di gara nell'ambito delle "esperienze professionali pertinenti", riconoscendo per tale via l'applicabilità dell'art. 89, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016 (su cui v. *infra*, sub § 1.3.3), ha ritenuto che in ogni caso, poiché l'attività messa a bando ricomprende la "*rappresentanza legale nel contenzioso*", essa implica *ex se* titoli di studio e professionali riconducibili all'allegato XVII, parte II, lett. f), d.lgs. n. 50 del 2016, per i quali l'art. 89, comma 1, secondo periodo, d.lgs. n. 50 del 2016 impone l'esecuzione diretta del servizio da parte dell'ausiliaria che presti i requisiti di capacità: in assenza d'una siffatta previsione nel contratto d'avvalimento, che stabilisca lo svolgimento diretto dell'attività da parte dell'ausiliaria che mette a disposizione il requisito, lo stesso avvalimento non soddisferebbe nella specie il requisito medesimo.

Le doglianze mosse all'appellante in relazione a tale capo della sentenza sono condivisibili.

1.3.2. L'art. 89, comma 1, secondo periodo, d.lgs. n. 50 del 2016 prevede: «*Per quanto riguarda i criteri relativi all'indicazione dei titoli di studio e professionali di cui all'allegato XVII, parte II, lettera f), o alle esperienze professionali pertinenti, gli operatori economici possono [...] avvalersi delle capacità di altri soggetti solo se questi ultimi eseguono direttamente i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste*».

La disposizione impone lo svolgimento diretto dell'attività da parte dell'ausiliaria che presti il requisito in presenza di «*criteri relativi all'indicazione dei titoli di studio e professionali di cui all'allegato XVII, parte II, lettera f)*» (i.e., «*titoli di studio e professionali del prestatore di servizi o dell'imprenditore o dei dirigenti dell'impresa [...]*»), ovvero ad «*esperienze professionali pertinenti*».

Nel caso di specie, la *lex specialis* non richiede alcun "titolo di studio o professionale" al di fuori della "*iscrizione all'albo nazionale ex art. 53, comma 1, del D.Lgs. 15 dicembre 1997, n. 446*", indicata fra i requisiti di capacità tecnico-professionale dall'art. 3 del disciplinare.

D'altra parte, l'oggetto dell'attività di "*rappresentanza legale nel contenzioso*" ricompresa nell'affidamento, come risulta dal capitolato speciale non include

la prestazione di attività di patrocinio legale diretto da parte dell'affidatario, ma riguarda piuttosto la gestione del contenzioso e il compimento di varie attività ad esso relative (es., attività di notifica, inserimento dati nel *software* gestionale, reportistica periodica, etc.), mentre il vero e proprio patrocinio e l'attività processuale sono demandate a un "*legale incaricato*".

Né rileva, in senso contrario, la circostanza che l'art. 10 commisuri il corrispettivo al "*numero di contenziosi gestiti*", trattandosi pur sempre di "gestione" - non già rappresentanza processuale diretta - di cause, il cui numero è assunto a parametro per la determinazione del corrispettivo.

Per tali ragioni, né la *lex specialis* richiede "titoli di studio o professionali" ex art. 89, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016 diversi dall'iscrizione all'albo ex art. 53 d.lgs. 446 del 1997, né tanto meno questi possono essere *sic et simpliciter* tratti dall'oggetto dell'affidamento, che non include invero un'attività di patrocinio legale vero e proprio, né comunque menziona eventuali titoli presupposti.

Per questo, inconferente è il riferimento all'art. 89, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016 - e alla necessaria prestazione in proprio dell'attività dall'ausiliaria - in difetto del presupposto consistente nella previsione di un requisito in termini di "titolo di studio o professionale" come invece affermato dalla sentenza.

D'altra parte, come già evidenziato, un siffatto (non previsto) requisito non può neppure essere implicitamente inferito dall'attività in sé, tanto più che i servizi sono associati nella specie a una categoria priva di relazione con l'attività professionale legale *stricto sensu*, e afferente piuttosto a quella organizzativo-gestionale del processo sanzionatorio, ingiuntivo e di riscossione, nonché del contenzioso (*i.e.*, categoria n. "72300000. *Servizi di elaborazione dati*").

1.3.3. Parimenti fondata è la doglianza inerente all'applicazione dell'art. 89, comma 1, secondo periodo, d.lgs. n. 50 del 2016 in relazione alle «*esperienze professionali pertinenti*».

La sentenza afferma al riguardo che il requisito oggetto di avvalimento (*i.e.*, "*aver prestato servizi analoghi a quelli oggetto della presente procedura negli ultimi tre anni*

*in misura non inferiore all'importo massimo per cui sarà stipulato l'accordo quadro per la categoria principale (72300000-Servizi di elaborazione dati))*" possa ben rientrare in tale nozione, e come tale postuli il necessario svolgimento diretto dell'attività da parte dell'ausiliaria che trasferisca il requisito.

In senso contrario - accogliendo la doglianza all'uopo formulata dalla Municipia - occorre osservare quanto segue.

Nella specie il requisito suindicato è chiaramente qualificato dalla *lex specialis* alla stregua di "*requisito di capacità tecnico-professionale*" (cfr. l'art. 3 del disciplinare).

Il che non implica tuttavia l'applicazione, *sic et simpliciter*, della previsione dell'art. 89, comma 1, secondo periodo, d.lgs. n. 50 del 2016.

Al riguardo, proprio in relazione a una fattispecie inerente al requisito di aver eseguito pregressi contratti per un dato importo, la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato ha chiarito che "*ad una piana lettura del divisato dato normativo è di tutta evidenza come il meccanismo sostitutivo [...] abbia una portata circoscritta a determinati e ben individuati requisiti ('...si avvalga di altri soggetti per sopperire alla mancanza di titoli di studio e professionali di cui all'allegato XVII, parte II, lettera f) o di esperienze professionali pertinenti') e la valenza eccezionale della disposizione suindicata preclude l'estensione del suo ambito operativo a fattispecie diverse da quelle ivi espressamente contemplate*" (Cons. Stato, III, 9 marzo 2020, n. 1704, che, al di là dell'oggetto dell'appalto, afferma il principio in sé, interpretando la disposizione dell'art. 89, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016). Alla luce di ciò, in relazione al suddetto requisito, la richiamata giurisprudenza concludeva nella specie: "*le prestazioni relative all'appalto [...] in rilievo non rivelano caratteri infungibili e, dunque, non richiedono la spendita di alcun 'titolo di studio' e/o di alcuna 'esperienza professionale pertinente', ovvero di capacità non agevolmente trasferibili con la messa a disposizione che discende dall'avvalimento qui in rilievo*".

Del resto, i requisiti di esperienza possono ben formare oggetto di avvalimento ordinario (cfr. Cons. Stato, V, 19 luglio 2018, n. 4396; cfr. anche Id., 23 luglio 2018, n. 4440, che pure esamina la questione nella prospettiva



dell'art. 89, comma 4, d.lgs. n. 50 del 2016), proprio perché l'esperienza in sé - anche al di fuori dell'ipotesi *ex* art. 89, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016 - può essere richiesta fra i requisiti di capacità tecnico professionale (cfr. l'art. 83, comma 6, d.lgs. n. 50 del 2016).

In tale contesto, va escluso che l'aver eseguito servizi pregressi per un dato importo, anche laddove prescritto fra i requisiti di natura tecnico-professionale, valga a configurare *sic et simpliciter* una «*esperienza professionale pertinente*» ai sensi dell'art. 89, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016, con conseguente prestazione diretta dell'attività da parte dell'ausiliaria (cfr., al riguardo, Cons. Stato, IV, 17 dicembre 2020, n. 8111).

Solo in presenza di un'esperienza professionale *strictu sensu*, cioè collegata o pertinente al possesso di titoli di studio o «*professionali*» la previsione dell'art. 89, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016 può trovare applicazione, non già in presenza di un qualsivoglia requisito basato su una pregressa esperienza operativa od economico-imprenditoriale del concorrente.

Il che è coerente del resto con l'interpretazione che considera la prescrizione dell'esecuzione diretta dell'attività da parte dell'ausiliaria limitata a casi particolari (cfr. Corte di giustizia, 7 aprile 2016, causa C-324/14, che rimanda nella specie all'apprezzamento del giudice nazionale la verifica circa l'integrazione dei presupposti per far ricorso a normale avvalimento, oppure poter esigere l'esecuzione diretta da parte dell'ausiliaria), pena l'obliterazione della natura e del significato proprio del contratto di avvalimento, che consiste non già nell'associare altri nell'esecuzione del contratto in affidamento, bensì nell'acquisire in prestito le risorse altrui per svolgere in proprio la prestazione a favore della stazione appaltante; e in tal senso s'è espressa del resto anche la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato su richiamata (Cons. Stato, n. 1704 del 2020, cit., dopo qualche incertezza e diversità di prospettiva di cui v'è traccia in Cons. Stato, V, 3 aprile 2019, n. 2191).

Di qui la conclusione per cui la necessaria esecuzione diretta dell'ausiliaria è da ritenere limitata ai casi in cui quest'ultima metta a disposizione titoli

professionali o di studio (indicati dall'allegato XVII parte II lett. *f*) che non possono essere trasferiti al concorrente in quanto strettamente personali, ovvero qualora siano richieste fra i requisiti esperienze professionali maturate proprio in virtù della spendita dei predetti titoli di studio o professionali, esperienze anch'esse da ritenersi espressive di capacità personali non trasmissibili.

1.4. In virtù di quanto suesposto si appalesa la fondatezza delle ragioni di doglianza dell'appellante, atteso che nel caso di specie non è ravvisabile, fra i requisiti di gara, né il possesso del titolo professionale dell'iscrizione all'albo degli avvocati (o altro titolo professionale diverso dall'iscrizione all'albo *ex art.* 53, comma 1, d.lgs. n. 446 del 1997), né tanto meno una «*esperienz[a] professional[e] pertinent[e]*» a norma dell'art. 89, comma 1, secondo periodo, d.lgs. n. 50 del 2016.

Di qui l'assenza del presupposto applicativo di tale disposizione, su cui la sentenza ha fondato l'accoglimento del ricorso a fronte della mancata previsione, in sede di avvalimento, dello svolgimento diretto dell'attività da parte dell'ausiliaria.

1.5. L'accoglimento del primo, secondo e sesto motivo d'appello nei termini suindicati ha carattere dirimente, valendo di per sé alla riforma della sentenza - salvo l'esame della doglianza riproposta dalla Megasp, che si anticipa essere infondata - con assorbimento degli altri motivi di gravame, e in specie del terzo e quarto, incentrati sulla ripartizione delle attività nell'ambito del Rti e sull'applicazione della nozione di “*servizi analoghi*”, nonché il quinto relativo all'oggetto dell'avvalimento, espressamente proposto dall'appellante in via subordinata, e il settimo relativo all'esperibilità del soccorso istruttorio; parimenti può prescindersi dall'eccezione sollevata da Megasp in ordine all'inammissibilità dei nuovi documenti prodotti in appello dalla Municipia, attesa la loro irrilevanza ai fini del decidere.

2. Con unico motivo di ricorso riproposto, la Megasp deduce la nullità o inadeguatezza del suddetto avvalimento fra la mandante Servicenet 21 s.r.l. e

l'ausiliaria, con il quale si prevede il trasferimento di solo personale - non anche di mezzi e *know-how* - peraltro in misura e qualità insufficiente, trattandosi di due sole risorse, neppure nominativamente indicate, una delle quali avente un profilo "*junior*".

2.1. Il motivo non è condivisibile, ciò che consente peraltro di prescindere dall'esame delle eccezioni preliminari sollevate dalla Municipia, salvo quanto di seguito esposto in relazione al merito della doglianza.

2.1.1. Occorre premettere che, come pacifico fra le parti, la mandante Servicenet ha assunto nell'ambito del Rti il 30% dei servizi, fra cui, nella prestazione principale, l'intera attività di gestione integrata del processo sanzionatorio (oltre ad aver fornito, peraltro, requisiti per il 33% della prestazione principale e il 100% della secondaria).

In tale contesto, il requisito oggetto di avvalimento consiste, come già posto in risalto, nell'"*aver prestato servizi analoghi a quelli oggetto della presente procedura negli ultimi tre anni in misura non inferiore all'importo massimo per cui sarà stipulato l'accordo quadro per la categoria principale (72300000- Servizi di elaborazione dati)*": trattasi di un requisito d'esperienza maturato in relazione a un dato importo di fatturato, espressamente concepito dalla *lex specialis* in termini di requisito di capacità tecnico-professionale.

In relazione a ciò, a prescindere dalla giurisprudenza che declina il grado di dettaglio che il contratto d'avvalimento deve presentare in ragione del suo oggetto (*i.e.*, a seconda che afferisca a "*requisiti generali (requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico-organizzativo, ad es. il fatturato globale o la certificazione di qualità) e risorse*": cfr. Cons. Stato, V, 26 novembre 2018, n. 6690; 16 luglio 2018, n. 4329; 10 aprile 2020, n. 2359), è assorbente rilevare nella specie che non può ravvisarsi alcuna invalidità per omessa indicazione delle risorse trasferite, che sono effettivamente indicate nel contratto, seppur non nominativamente (*i.e.*, una risorsa *junior* con qualifica di "*assistant per funzioni operative*" e una risorsa *senior* con qualifica di "*coordinamento delle attività*").

L'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato ha chiarito in proposito che i principi applicabili in ordine ai requisiti dell'oggetto del contratto di avvalimento coincidono con quelli civilistici che ne predicando la determinatezza o determinabilità (Cons. Stato, Ad. plen., 4 novembre 2016, n. 23); e il che non può ritenersi in specie disatteso, giacché il richiamo alle caratteristiche e profili professionali dei lavoratori esclude che possa ritenersi l'oggetto contrattuale dell'avvalimento effettivamente indeterminato.

Quanto all'adeguatezza, occorre tener conto del fatto che - seppur a fini tecnico-professionali - viene prescritta dal requisito di gara e forma oggetto dell'avvalimento controverso una esperienza in ordine alla prestazione d'un servizio; e la ricorrente non fornisce specifica evidenza che, sulla base delle risorse messe a disposizione alla Servicenet, tale esperienza possa ritenersi non effettivamente trasfusa a beneficio di quest'ultima, e insufficiente all'integrazione del requisito. D'altra parte, proprio perché afferente a profili di esperienza, il requisito non impedisce che il servizio di gestione del processo sanzionatorio demandato alla Servicenet venga prestato anche servendosi dell'apparato tecnico-aziendale di quest'ultima, salvo l'imprescindibile utilizzo delle risorse rivenienti dall'avvalimento.

In tale contesto, venendo in rilievo un profilo di adeguatezza dell'avvalimento rispetto a un requisito tecnico-professionale, non può che prospettarsi un apprezzamento di discrezionalità tecnica dell'amministrazione, il quale non si appalesa in specie irragionevole o altrimenti illegittimo.

Per tali ragioni, la doglianza è infondata e va respinta.

3. In conclusione, l'appello va accolto e, in riforma della sentenza impugnata, va respinto il ricorso di primo grado, incluso il motivo qui riproposto *ex art.* 101, comma 2, Cod. proc. amm.

3.1. Le spese del doppio grado di giudizio vanno compensate, stante la complessità delle questioni trattate e la non univocità dell'interpretazione giurisprudenziale su alcune di esse.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso di primo grado.

Compensa le spese del doppio grado di giudizio fra le parti.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 4 febbraio 2021, tenuta da remoto ai sensi dell'art. 25 d.-l. n. 137 del 2020, conv. in l. n. 176 del 2020, con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Raffaele Prosperi, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**Alberto Urso**

**IL PRESIDENTE**

**Francesco Caringella**

**IL SEGRETARIO**