

Pubblicato il 30/08/2023

N. 08065/2023REG.PROV.COLL.
N. 01696/2023 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 Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1696 del 2023, proposto dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, in persona del Presidente del Consiglio *pro tempore*, rappresentato e difeso *ex lege* dall'Avvocatura generale dello Stato, con domicilio in Roma, via dei Portoghesi, 12;

contro

Fhenix a.p.s., in proprio e quale mandataria dell'ATS denominata “*Tutta la mia città*” con Millenni@Ls Ets a.p.s., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentate e difese dall'avvocato Mario Barretta, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Associazione Genitori Luigi e Zelia Martin, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sezione I, n. 17581 del 27 dicembre 2022

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Fhenix a.p.s. con Millenni@Ls Ets

a.p.s.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 1 giugno 2023 il consigliere Ofelia Fratamico;

Viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue

FATTO e DIRITTO

1. L'oggetto del presente giudizio è costituito

- dal decreto n. 815/2021, notificato il 17 dicembre 2021, con cui la Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento politiche giovanili e servizio civile universale per il sostegno finanziario di attività di natura sociale e coesiva ha disposto la decadenza dell'ATS "*Tutta la mia città*" formata da Fhenix a.p.s. e da Millenni@ls Ets a.p.s. dal beneficio del finanziamento riconosciuto con decreto dipartimentale n. 622 del 27 ottobre 2020 in relazione al bando "Fermenti";

- dal medesimo bando "Fermenti", pubblicato in data 30 marzo 2019, e da ogni altro atto preparatorio, consequenziale o comunque connesso della procedura.

2. Tali provvedimenti sono stati impugnati dalla Fhenix a.p.s., in proprio e quale mandataria della predetta ATS dinanzi al T.a.r. per il Lazio per i seguenti motivi:

a) eccesso di potere, irragionevolezza, illogicità, carente e/o perplessa motivazione, travisamento di fatto, violazione e/o falsa applicazione dell'art. 18 del bando;

b) eccesso di potere, irragionevolezza, illogicità, disparità di trattamento, contraddittorietà, sviamento, violazione e/o falsa applicazione degli artt. 4 e 101 d.lgs. 117/2017, violazione e/o falsa applicazione degli artt. 45 e ss. d.lgs. 117/2017;

c) violazione e/o falsa applicazione degli artt. 4 e 101 d.lgs. 117/2017,

violazione e/o falsa applicazione degli artt. 45 e ss. d.lgs. 117/2017, violazione e/o falsa applicazione dell'art. 3 del bando.

3. Il T.a.r. per il Lazio, con la sentenza n. 17581 del 27 dicembre 2022, ha accolto il ricorso, ritenendo che le risposte dell'Amministrazione ai quesiti frequenti (FAQ), pur non avendo pacificamente efficacia innovativa della *lex specialis*, contribuirono “a fornire utili indicazioni di carattere applicativo sulle regole date” e non potessero essere considerate “*tamquam non essent*”. Le risposte ai quesiti poi cancellate (B27 e B28) dal sito della Presidenza - che facevano riferimento alla possibilità di partecipazione alla procedura di una ATS formata da due soggetti di cui uno solo iscritto nel registro regionale delle associazioni di promozione sociale - ben potevano quindi essere utilizzate quale ausilio all'interpretazione del bando in senso favorevole alla parte ricorrente, essendo la Fhenix già in possesso del suddetto requisito al momento della scadenza del bando ed essendosi la seconda associazione iscritta appena possibile - anche se successivamente al termine previsto per l'inoltro delle domande di partecipazione, alla procedura, in quanto il registro della Regione Campania richiedeva per procedere all'iscrizione almeno un anno di previa attività dell'ente.

4. La Presidenza del Consiglio dei Ministri ha chiesto al Consiglio di Stato l'annullamento e/o la riforma, previa sospensione in via cautelare dell'esecutività, di tale pronuncia, affidando il suo appello a tre motivi così rubricati:

I - violazione e falsa applicazione dell'art. 3, commi 1 e 11 della *lex specialis*, degli artt. 4 e 101 d.Lgs. n. 117/2017 e degli artt. 46 e 47 d.P.R. n. 445/2000;

II - erroneità della sentenza per violazione di legge anche con riferimento all'interpretazione delle FAQ, violazione e falsa applicazione del principio della *par condicio*, travisamento dei fatti;

III - erroneità della sentenza per difetto di motivazione, illogicità, contraddittorietà.

5. Si è costituita in giudizio la Fhenix aps, eccependo l'inammissibilità, l'improcedibilità e nel merito, in ogni caso, l'infondatezza dell'appello.

6. Con ordinanza n. 1095 del 17 marzo 2023 è stata accolta l'istanza di sospensione in via cautelare dell'esecutività della sentenza appellata.

7. Con memoria depositata il 28 aprile 2023 l'appellata ha ulteriormente illustrato le proprie difese.

8. All'udienza pubblica del 1° giugno 2023 la causa è stata, infine, trattenuta in decisione.

9. Nel suo appello la Presidenza del Consiglio ha evidenziato come le previsioni del bando - che stabilivano due diverse procedure in relazione a due differenti tipologie di partecipanti (Gruppi informali e ATS) – fossero chiare e specifiche sui requisiti richiesti per ciascuna delle due categorie di concorrenti e come qualsiasi diversa interpretazione rispetto a quella seguita dall'Amministrazione, nel senso della decadenza della parte appellante dal beneficio, finisse per ledere il principio di parità delle parti.

9.1. Le FAQ che parevano consentire in qualche modo la partecipazione di soggetti al loro interno non totalmente provvisti del suddetto requisito (B27 e B28 - successivamente espunte dal sito istituzionale) non potevano, poi, considerarsi in alcun modo una fonte del diritto, essendo al massimo utilizzabili ai fini interpretativi della *lex specialis*, quando non contrastanti con essa, e fondare la buona fede soggettiva.

9.2. Non essendo in possesso al momento della scadenza del bando di tutti i requisiti prescritti, tra cui la qualifica di ente del terzo settore per ciascuno dei suoi componenti, (determinata dall'iscrizione nei relativi registri) l'ATS in questione, secondo l'Amministrazione, sarebbe stata, dunque, legittimamente esclusa dalla procedura, con conseguente erroneità ed ingiustizia della sentenza del T.a.r. che aveva annullato tale provvedimento.

10. A prescindere dall'esame delle eccezioni di inammissibilità dell'appello, nel quale a detta della Fhenix a.p.s. l'Amministrazione avrebbe argomentato le proprie difese *“non già contestando la sentenza impugnata, ma riaprendo ed integrando il contenuto motivazionale dell'atto gravato in prime cure attraverso l'esposizione di ulteriori presupposti di fatto e ragioni giuridiche a pretesa giustificazione della decisione assunta ... nel provvedimento...”*, le suesposte censure non sono fondate e devono essere respinte, alla luce della particolarità della presente fattispecie.

10.1 Sul valore delle risposte fornite dall'amministrazione alle cd. *Frequently Asked Questions* (FAQ), il Collegio intende muoversi in coerenza con la approfondita riflessione sul valore delle FAQ sviluppata da questo Consiglio in sede consultiva, mediante un recente parere (Cons. Stato, sez. I, parere del 20 luglio 2021, n. 1275) nel quale si sottolinea che *“...in linea generale, occorre prendere atto del sempre maggiore ricorso da parte delle pubbliche amministrazioni alle Frequently Asked Questions (FAQ), già note, in precedenza, nell'ambito dell'e-commerce e dei servizi sul web. Si tratta di una serie di risposte alle domande che sono state poste (o potrebbero essere poste) più frequentemente dagli utilizzatori di un certo servizio. In tal modo viene data risposta pubblica, su un sito web, a interrogativi ricorrenti, sì da chiarire erga omnes e pubblicamente le questioni poste con maggiore frequenza. Il ricorso alle FAQ, evidentemente, è normalmente da ricondurre a esigenze di trasparenza dell'attività della pubblica amministrazione e di economicità della medesima. Sotto questo secondo aspetto, il carattere ricorrente di taluni temi o interrogativi induce il titolare del sito (in questo caso: l'amministrazione) a soddisfare in via preventiva le esigenze di chiarimento dei destinatari principali dell'attività. Nello stesso periodo contrassegnato dalle limitazioni dovute alla diffusione del COVID 19, le risposte alle FAQ da parte della pubblica amministrazione hanno conosciuto un rilievo e una*

notorietà in precedenza sconosciute, con l'obiettivo di offrire elementi di chiarezza ai fini interpretativi e applicativi di disposizioni che si potevano, in astratto, prestare a diversi esiti finali. Tuttavia, non si può neppure dimenticare che le FAQ sono sconosciute all'ordinamento giuridico, in particolare all'art. 1 delle preleggi al codice civile. Esse svolgono una funzione eminentemente pratica né, in genere, indicano elementi utili circa la loro elaborazione, la procedura o i soggetti che ne sono i curatori o i responsabili. Non sono pubblicate a conclusione di un procedimento predefinito dalla legge. È quindi da escludere che le risposte alle FAQ possano essere assimilate a una fonte del diritto, né primaria, né secondaria. Neppure possono essere considerate affini alle circolari, dal momento che non costituiscono un obbligo interno per gli organi amministrativi. In difetto dei necessari presupposti legali, esse non possono costituire neppure atti di interpretazione autentica. Tuttavia, non può essere sottovalutato l'effetto che le risposte alle FAQ producono sui destinatari, a partire dall'affidamento nei confronti di chi (l'amministrazione) fornisce le risposte. In definitiva, le risposte alle FAQ, pur nella loro atipicità, si pongono a metà strada tra le disposizioni di carattere normativo, per loro natura (almeno di regola) generali e astratte e inidonee quindi a prevedere ogni loro possibile applicazione concreta, e il singolo esercizio della funzione amministrativa da parte di una pubblica amministrazione. Essenziali criteri di affidamento del cittadino nella pubblica amministrazione richiedono tuttavia di tenere conto dell'attività svolta dall'amministrazione stessa con la pubblicazione delle FAQ sul proprio sito istituzionale. Fatta questa premessa, si può agevolmente riconoscere che vale per le risposte alle FAQ quanto enucleato dal Consiglio di Stato con riferimento alle gare di appalto: «chiarimenti in ordine alla valenza di alcune clausole della *lex* di gara dal significato poco chiaro, essendo forniti dalla stazione appaltante anteriormente alla presentazione delle offerte, non

costituiscono un'indebita, e perciò illegittima, modifica delle regole di gara, ma una sorta d'interpretazione autentica, con cui l'Amministrazione chiarisce la propria volontà provvedimentale, in un primo momento poco intelligibile, precisando e meglio delucidando le previsioni della *lex specialis*>> (Consiglio di Stato, Sez. IV, 21 gennaio 2013, n. 341; Sez. III, n. 290/2014). Per quanto non vincolanti, le FAQ orientano i comportamenti degli interessati e non possono essere considerate *tamquam non essent*.”

10.2 Nello specifico caso di specie, la richiamata valenza delle FAQ - che avevano espressamente ammesso la possibilità di partecipazione alla procedura anche della ATS ricorrente (nella quale un solo soggetto, Fhenix a.p.s., era in possesso dell'iscrizione nel registro regionale delle associazioni di promozione sociale alla scadenza del termine di presentazione delle domande) - viene rafforzata e in qualche modo integrata dalla considerazione del meccanismo peculiare del registro regionale della Campania, che richiedeva che ogni associazione, per ottenere l'iscrizione, fosse già attiva da un anno.

Orbene, in base a tale sistema, la Millenni@ls ets, costituita nel 2018 in applicazione delle disposizioni di cui al Codice del terzo settore (d.lgs. n. 117/2017) e attualmente regolarmente iscritta con decreto n. 76 del 3/2/2021 della Giunta regionale della Campania al registro regionale delle associazioni di promozione sociale, si trovava, alla scadenza del termine per la presentazione delle domande fissato dal bando, nell'impossibilità non solo di fatto, ma anche giuridica di conseguire tempestivamente il richiesto requisito, poiché il regolamento regionale n. 7 del 12 ottobre 2011, rilevante nella fase transitoria di istituzione del RUNTS (Registro unico nazionale del terzo settore), prescriveva per l'inclusione nel registro regionale un anno di precedente operatività dell'associazione.

10.3. Con la risposta al quesito B27 - per cui “...*una costituenda ATS (in cui partecipassero)... una Cooperativa sociale iscritta ai registri nazionale e*

regionale e una Associazione di promozione sociale non iscritta al registro regionale ... (avrebbe potuto) presentare validamente la domanda di partecipazione” – l’Amministrazione risultava aver posto rimedio a tale tipologia di criticità, determinata dalla disciplina transitoria e dalla mancanza di coordinamento di tutte le disposizioni normative in materia di terzo settore, con una soluzione peraltro confermata anche dalla precisazione fornita da un’altra FAQ (B 28), secondo la quale “uno dei due enti della ATS (poteva anche)... essere di nuova costituzione”.

10.4. Le considerazioni che precedono conducono, dunque, il Collegio a condividere per le già ricordate peculiarità del caso, l’interpretazione già accolta dal T.a.r. per il Lazio nella sentenza appellata che, lungi dal comportare una illegittima disparità di trattamento tra gli enti partecipanti alla procedura, distinti in ATS e Gruppi informali – come dedotto in via generale ed astratta dall’Amministrazione – risulta, invece, idonea a garantire in concreto il rispetto del principio di massima partecipazione e di apertura delle procedure di gara e a neutralizzare le eventuali discrasie tra le discipline di iscrizione ai registri regionali, potenziale fonte di discriminazioni tra associazioni che sono espressione di diverse realtà territoriali.

11. In conclusione l’appello deve essere, perciò, come anticipato, respinto.

12. Per la particolarità e novità delle questioni trattate sussistono giusti motivi per disporre la compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione quarta), definitivamente pronunciando sull’appello, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Compensa le spese.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 1 giugno 2023

con l'intervento dei magistrati:

Luigi Carbone, Presidente

Luca Monteferrante, Consigliere

Fabrizio Di Rubbo, Consigliere

Ofelia Fratamico, Consigliere, Estensore

Paolo Marotta, Consigliere

L'ESTENSORE

Ofelia Fratamico

IL PRESIDENTE

Luigi Carbone

IL SEGRETARIO