

// **Massimario**

Appalti & Contratti

Direttore
Avv. Alessandro Massari

Massime a cura di
Ornella Cutajar e Alessandro Massari

con la collaborazione di
Maurizio Greco e Carla Ragionieri



Sommario

| | |
|--|----|
| Tassatività delle cause di esclusione - Giudizio di verifica..... | 3 |
| Consiglio di Stato sez. VI 15/9/2017, n. 4350..... | 3 |
| Specifiche tecniche..... | 4 |
| Consiglio di Stato sez. III 11/9/2017, n. 4282..... | 4 |
| Avvalimento infragruppo - ATI - Verifica offerte anomale..... | 5 |
| Consiglio di Stato sez. III 13/9/2017, n. 4336..... | 5 |
| Regolarità contributiva..... | 6 |
| Consiglio di Stato sez. V 6/9/2017, n. 4232..... | 6 |
| Misure straordinarie di gestione delle imprese e interdittiva antimafia..... | 6 |
| Consiglio di Stato sez. III 5/5/2017, n. 2085..... | 6 |
| Società partecipate - Impugnazione atti revoca CdA - Giurisdizione..... | 7 |
| Consiglio di Stato sez. V 7/9/2017, n. 4248..... | 7 |
| Rideterminazione canoni concessori..... | 9 |
| Consiglio di Stato sez. V 7/9/2017, n. 4247..... | 9 |
| Gestione servizio rifiuti..... | 9 |
| Consiglio di Stato sez. V 12/9/2017, n. 4304..... | 9 |
| Lex specialis - Giudizio di verifica congruità..... | 11 |
| Consiglio di Stato sez. V 12/9/2017, n. 4307..... | 11 |
| Tassatività delle cause di esclusione..... | 12 |
| TAR Lombardia Milano sez. IV 18/9/2017, n. 1825..... | 12 |
| Accesso difensivo..... | 13 |
| TAR Sicilia Catania sez. III 13/9/2017, n. 2170..... | 13 |
| Avvalimento - Esclusione per perdita requisiti ausiliaria..... | 14 |
| Corte di Giustizia Europea 14/9/2017, n. C-223/16..... | 14 |
| Acquisto di energia in cogenerazione da parte di società pubblica..... | 14 |
| Corte di Giustizia Europea sez. V 13/9/2017, n. C-329/15..... | 14 |

Consiglio di Stato

Tassatività delle cause di esclusione - Giudizio di verifica

Consiglio di Stato sez. VI 15/9/2017, n. 4350

1. Contratti pubblici - Principio di tassatività delle cause di esclusione- Finalizzato a ridurre gli oneri formali gravanti sulle imprese partecipanti a procedure di affidamento- Riduzione della discrezionalità della stazione appaltante nella c.d. (auto)regolamentazione del soccorso istruttorio

2. Contratti pubblici - Giudizio circa l'anomalia o l'incongruità dell'offerta - Costituisce espressione di discrezionalità tecnica- Sindacabile dal giudice amministrativo solo in caso di macroscopica illogicità o di erroneità fattuale

1. Il principio di tassatività in esame è finalizzato a ridurre gli oneri formali gravanti sulle imprese partecipanti a procedure di affidamento, quando questi non siano strettamente necessari a raggiungere gli obiettivi perseguiti attraverso gli schemi dell'evidenza pubblica, conducendo a privare di rilievo giuridico, attraverso la sanzione della nullità testuale, tutte le ragioni di esclusione dalle gare, incentrate non già sulla qualità della dichiarazione, ma piuttosto sulle forme con cui questa viene esternata, in quanto non ritenute conformi a quelle previste dalla stazione appaltante nella *lex specialis* (cfr. *ex plurimis*: sez. V, 23 settembre 2015, n. 4460; Sez. V, 12 novembre 2013, n. 5375; Sez. VI, 18 settembre 2013, n. 4663). Il legislatore ha così ridotto la discrezionalità della stazione appaltante nella c.d. (auto)regolamentazione del soccorso istruttorio, atteso che essa non ha più il potere di inserire nel bando, al di fuori della legge, la previsione che un determinato adempimento sostanziale, formale o documentale sia richiesto a pena di esclusione. In quest'ottica è stata eliminata in radice la possibilità per l'Amministrazione di prescindere dall'onere di una preventiva interlocuzione e di escludere il concorrente sulla base della riscontrata carenza documentale, indipendentemente da ogni verifica sulla valenza "sostanziale" della forma documentale risultata carente (cfr. Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria n. 9 del 2014).

2. Il giudizio circa l'anomalia o l'incongruità dell'offerta costituisce espressione di discrezionalità tecnica, sindacabile dal giudice amministrativo solo in caso di macroscopica illogicità o di erroneità fattuale e, quindi, non può essere esteso ad una autonoma verifica della congruità dell'offerta e delle singole voci.

Il procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta non mira ad individuare specifiche e singole inesattezze nella sua formulazione, ma, piuttosto, ad accertare in concreto che la proposta economica risulti nel suo complesso attendibile in relazione alla corretta esecuzione dell'appalto; inoltre, al di fuori dei casi in cui il margine positivo risulti pari a zero, non è possibile stabilire una soglia minima di utile al di sotto della quale l'offerta deve essere considerata anomala, poiché anche un utile apparentemente modesto può comportare un vantaggio significativo, sia per la prosecuzione in sé dell'attività lavorativa, sia per la qualificazione, la pubblicità, il curriculum derivanti per l'impresa dall'essere aggiudicataria e aver portato a termine un appalto pubblico (da ultimo, Consiglio di Stato, sez. V, 12 maggio 2017, n. 2228).

Specifiche tecniche

Consiglio di Stato sez. III 11/9/2017, n. 4282

Contratti pubblici - Specifiche tecniche- Precetto di equivalenza - Presidio del canone comunitario dell'effettiva concorrenza - Impone che i concorrenti possano sempre dimostrare che la loro proposta ottempera in maniera equivalente allo standard prestazionale richiesto

In linea di principio di deve ricordare che l'art. 68, all'epoca vigente, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (oggi abrogato ma sostanzialmente riconfluito nell'art. 68 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e s.m.i.) prevedeva, tra l'altro che:

-- le specifiche tecniche dovessero essere "formulate mediante riferimento a specifiche tecniche alle omologazioni tecniche europee, alle specifiche tecniche comuni, alle norme internazionali, ad altri sistemi tecnici di riferimento adottati dagli organismi europei di normalizzazione o, se questi mancano, alle norme nazionali, alle omologazioni tecniche nazionali o alle specifiche tecniche nazionali in materia di progettazione, di calcolo e di realizzazione delle opere e di messa in opera dei prodotti" (lett. a del terzo comma).

-- "Quando si avvalgono della possibilità di fare riferimento alle specifiche di cui al comma 3, lettera a), le stazioni appaltanti non possono respingere un'offerta per il motivo che i prodotti e i servizi offerti non sono conformi alle specifiche alle quali hanno fatto riferimento, se nella propria offerta l'offerente prova in modo ritenuto soddisfacente dalle stazioni appaltanti, con qualsiasi mezzo appropriato, che le soluzioni da lui proposte ottemperano in maniera equivalente ai requisiti definiti dalle specifiche tecniche" (4 co.).

In ordine alla ratio dell'art. 68 del d.lgs. 163/2006, la giurisprudenza ha chiarito che, in attuazione del principio comunitario della massima concorrenza, la norma è diretta a che la ponderata e fruttuosa scelta del miglior contraente non debba comportare ostacoli non giustificati da reali esigenze tecniche.

Il precetto di equivalenza delle specifiche tecniche è un presidio del canone comunitario dell'effettiva concorrenza (come tale vincolante per l'Amministrazione e per il Giudice), ed impone che i concorrenti possano sempre dimostrare che la loro proposta ottempera in maniera equivalente allo standard prestazionale richiesto.

Il comma 4 dell'art. 68 del d.lgs. n.163, laddove prevedeva che le stazioni appaltanti non potessero respingere un'offerta per il motivo che i prodotti e i servizi offerti non erano conformi alle specifiche alle quali hanno fatto riferimento, imponeva che il riscontro delle specifiche tecniche in una gara fosse agganciato non al formale meccanico riscontro della specifica certificazione tecnica, ma al criterio della conformità sostanziale delle soluzioni tecniche offerte.

In definitiva, il riferimento negli atti di gara a specifiche certificazioni tecniche, non consente alla stazione appaltante di escludere un concorrente respingendo un'offerta se questa possiede una certificazione equivalente e se il concorrente dimostra che il prodotto offerto ha caratteristiche tecniche perfettamente corrispondenti allo specifico standard richiesto.

Avvalimento infragruppo - ATI - Verifica offerte anomale Consiglio di Stato sez. III 13/9/2017, n. 4336

- 1. Contratti pubblici - Avvalimento infragruppo - Dichiarazione unilaterale attestante il legame giuridico ed economico esistente nel gruppo – Sufficienza**
- 2. Contratti pubblici - Appalti di servizi - Sistema di qualificazione - Non vige sistema di qualificazione SOA normativo - Discrezionalità stazione appaltante nella fissazione sistemi di qualificazione e misura di ripartizione in sede di ATI.**
- 3. Contratti pubblici - Offerte anomale - Giudizio sull'anomalia dell'offerta - Natura globale e sintetica sulla serietà o meno dell'offerta nel suo insieme- Irrilevanza di eventuali singole voci di scostamento Discrezionalità tecnica- Vaglio del giudice amministrativo sulle giustificazioni presentate dal soggetto sottoposto al giudizio di verifica dell'anomalia dell'offerta - Limitato al riscontro di errori di valutazione evidenti e gravi**

1. Secondo la giurisprudenza più recente, nel caso di avvalimento infragruppo sussiste un onere probatorio e documentale semplificato, non sussistendo neppure l'obbligo di stipulare con l'impresa appartenente allo stesso gruppo un contratto di avvalimento, con il quale l'impresa ausiliaria si obbliga a mettere a disposizione del concorrente le risorse necessarie per tutta la durata del contratto, essendo sufficiente una dichiarazione unilaterale attestante il legame giuridico ed economico esistente nel gruppo (art. 49, comma 2, lett. g) (Cons. Stato Sez. IV 12/1/2017 n. 52)

2. Dopo l'intervento dell'Adunanza Plenaria n. 27/2014 non può dubitarsi che negli appalti di servizi e forniture "non vige ex lege il principio di necessaria corrispondenza tra la qualificazione di ciascuna impresa e la quota della prestazione di rispettiva pertinenza, essendo la relativa disciplina rimessa alle disposizioni della lex specialis della gara". In altri termini, per i servizi e forniture, per i quali non vi è un sistema di qualificazione SOA normativo, spetta alla stazione appaltante decidere se introdurre sistemi di qualificazione e in che misura dispone la ripartizione in sede di ATI.

3. Secondo il costante orientamento della giurisprudenza, "Il giudizio sull'anomalia dell'offerta ha natura globale e sintetica sulla serietà o meno dell'offerta nel suo insieme, con conseguente irrilevanza di eventuali singole voci di scostamento. Altresì, non ha per oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze dell'offerta economica, essendo invero finalizzato ad accertare se l'offerta nel suo complesso sia attendibile. In merito al procedimento di verifica dell'anomalia delle offerte, il giudice amministrativo può sindacare le valutazioni compiute dalla pubblica amministrazione sotto il profilo della loro logicità e ragionevolezza e della congruità dell'istruttoria, ma non può operare autonomamente la verifica della congruità dell'offerta presentata e delle sue singole voci, poiché, così facendo, invaderebbe una sfera propria della pubblica amministrazione, in esercizio di discrezionalità tecnica" (cfr., ex multis, Cons. St., Sez. IV, 26 febbraio 2015, n. 963).

"Il procedimento di verifica dell'anomalia di cui agli artt. 86 e 89 del d.lgs n. 163/2006 è avulso da formalismi, è improntato alla collaborazione tra l'offerente e l'amministrazione a mezzo dello strumento del contraddittorio, non ha carattere sanzionatorio e non ha ad oggetto la ricerca di specifiche inesattezze dell'offerta economica, ma mira ad accertare se in concreto l'offerta nel suo complesso sia attendibile e/o affidabile o meno in relazione alla corretta esecuzione del

contratto (cfr. tra le tante, Sez. III 14/12/2012 n.6442; Sez. IV 30/5/2013 n. 5956; Sez. V 18/2/2013 n.973; idem 1574/2013 n. 2063)“(Consiglio di Stato sez. IV 22/6/2016 n. 2751).

Il vaglio del giudice amministrativo sulle giustificazioni presentate dal soggetto sottoposto al giudizio di verifica dell’anomalia dell’offerta è limitato al riscontro di errori di valutazione evidenti e gravi restando per il resto la capacità di giudizio confinata entro i confini dell’apprezzamento tecnico proprio di tale tipo di discrezionalità (cfr. ex plurimis, Cons. Stato A.P. 29/12/2012 n. 36; Sez. V 26/9/2013 n. 4761).

Quanto alla motivazione, nel caso di esito positivo del giudizio di anomalia, la giurisprudenza è costante nel ritenere non necessaria una motivazione analitica (cfr., ex plurimis, Cons. Stato Sez.V 17/1/2014 n. 162). (*)

(*) *Riforma parziale della sentenza del Tar Emilia Romagna-Bologna, Sez. II, n. 1038 del 2016, in particolare nella parte relativa alla quantificazione della condanna alle spese*

Regolarità contributiva

Consiglio di Stato sez. V 6/9/2017, n. 4232

Contratti pubblici - Requisiti generali - Regolarità contributiva - Deve sussistere fin dalla presentazione dell'offerta - Deve permanere per tutta la durata della procedura di aggiudicazione e del rapporto con la stazione appaltante - Irrilevanza di un eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva

Va fatta applicazione del principio, più volte affermato da questo Consiglio, per cui “La regolarità contributiva deve sussistere fin dalla presentazione dell’offerta e permanere per tutta la durata della procedura di aggiudicazione e del rapporto con la stazione appaltante, restando irrilevante un eventuale adempimento tardivo dell’obbligazione contributiva” (Sezione V, 29 aprile 2016 n. 1650, che richiama Cons. Stato, Sez. III, 9 marzo 2016, n. 955, e Ad. plen., 29 febbraio 2016, n. 5 e 6).

Misure straordinarie di gestione delle imprese e interdittiva antimafia.

Consiglio di Stato sez. III 5/5/2017, n. 2085

Contratti pubblici - Informazione prefettizia antimafia - Misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio - Autorità Nazionale Anticorruzione

L’emissione del provvedimento interdittivo antimafia non deve essere necessariamente preceduta dall’adozione delle misure di cui al comma 1 dell’art. 32 del D.L. 90/2014, sicché il Prefetto può legittimamente emettere l’informativa, ricorrendone i presupposti di cui all’art. 91 del D.Lgs.

159/2011, salvo poi, nelle ipotesi di cui al comma 10 dell'art. 32 del D.L. 90/2014, adottare successivamente le misure sostitutive di cui al comma 1 del predetto articolo.

Approfondimento

LA PREVIA ADOZIONE DELLE MISURE STRAORDINARIE DI GESTIONE, SOSTEGNO E MONITORAGGIO DELLE IMPRESE NON COSTITUISCE UN PRESUPPOSTO DI LEGITTIMITÀ DELL'INFORMAZIONE INTERDITTIVA ANTIMAFIA

A cura di Irene Picardi

Con la sentenza in commento, il Consiglio di Stato ha rigettato la tesi sostenuta dall'appellante secondo la quale l'emissione da parte dell'autorità prefettizia della misura definitiva e irreversibile dell'**informazione interdittiva antimafia**, costituente l'*extrema ratio*, non preceduta dall'adozione delle misure graduate e di natura conservativa previste dall'art. 32 del D.L. 90/2014 determinerebbe la **violazione di tale parametro normativo**, nonché dei fondamentali canoni amministrativi di proporzionalità, adeguatezza e ragionevolezza

Al riguardo, si è invece ricordato che le misure di cui all'art. 32, commi 1, 2 e 8, del D.L. 90/2014 **possono essere applicate contestualmente all'adozione dell'interdittiva antimafia e l'intervento sostitutivo dell'autorità prefettizia**, in ipotesi di interdittiva già in atto, è consentito solo nelle ipotesi eccezionali, previste dal comma 10, che giustificano la prosecuzione del rapporto contrattuale, previa "*bonifica*" dell'assetto societario, per preminenti ragioni di interesse generale, al punto che l'attività di temporanea e straordinaria gestione dell'impresa è considerata di "*pubblica utilità*", come chiarisce il comma 4.

Tanto sono preminenti ed eccezionali tali ragioni e tanto esse sono di interesse generale, che il successivo art. 92, comma 2-bis, del D.L.vo 159/2011 prevede che il procedimento, previsto dall'art. 32, comma 1, del D.L. 90/2014, **debba essere avviato obbligatoriamente d'ufficio dal Prefetto**, con la conseguenza che l'impresa interessata è legittimata ad esercitare, nell'ambito di esso, **esclusivamente gli strumenti di partecipazione previsti dagli art. 7, 8 e 10 della l. 241/1990** e non a chiedere l'avvio del procedimento stesso.

In particolare, l'art. 92, comma 2-bis, del D.L.vo 159/2011 prevede che **il Prefetto, adottata l'informazione antimafia interdittiva, verifichi, altresì, la sussistenza dei presupposti per l'applicazione delle misure di cui all'art. 32, comma 10, D.L. 90/2014** e, in caso di esito positivo, ne informi tempestivamente il Presidente dell'Autorità Nazionale Anticorruzione.

Ebbene, la lettura combinata dell'art. 32, comma 10, del D.L. 90/2014 e dell'art. 92, comma 2-bis, del D.L.vo 159/2011, inserito dall'art. 3, comma 1, lett. b), numero 2), del D.L.vo 153/2014, consente di affermare che l'adozione delle misure previste dall'art. 32 **non deve precedere necessariamente l'emissione dell'informativa**, ma anzi che il Prefetto, nell'emettere l'informativa, valuta, anche dopo la sua emissione, la sussistenza dei presupposti eccezionali per l'adozione di tali misure.

Società partecipate - Impugnazione atti revoca CdA - Giurisdizione Consiglio di Stato sez. V 7/9/2017, n. 4248

1. Società partecipate - Atti di un ente pubblico di costituzione, modificazione ed estinzione di una società ed atti conseguenti all'utilizzo del modello societario - Impugnazione - Ripartizione delle competenze

2. Società partecipate - Atti pubblicistici di revoca per giusta causa di membri del consiglio di amministrazione - Impugnazione - Giurisdizione del giudice amministrativo - Sussiste

1. Gli atti di un ente pubblico di costituzione, modificazione ed estinzione di una società esprimono una potestà pubblica e la loro impugnazione è del giudice amministrativo, mentre è del giudice

ordinario la controversia sugli atti conseguenti all'utilizzo del modello societario, attraverso i quali l'ente pubblico esercita i poteri ordinari dell'azionista (cfr. Cons. Stato, V, 18 dicembre 2009, n. 8392 e Cass., SS.UU., ord. 31 luglio 2006, n. 1728).

Nel caso di specie deve farsi applicazione della distinzione – tra atti prodromici ed atti successivi negoziali di carattere societario, i quali vanno tra loro tenuti ben distinti sul piano logico, cronologico e giuridico.

Gli atti prodromici – prettamente pubblicistici e soggetti come tali alla giurisdizione amministrativa – attengono al processo decisionale, che da ultimo si esterna nel compimento di un atto giuridico infra-societario.

Con quest'ultimo atto, pur sempre imputabile all'ente pubblico, l'ente spende la sua capacità di diritto privato e pone in essere un atto societario (ad es. costituzione di una società, acquisto o vendita di quote societarie, modifica o scioglimento della stessa, ecc.).

La richiamata pronuncia nomofilattica, in particolare, afferma che sussiste la “giurisdizione del giudice amministrativo sugli atti unilaterali prodromici ad una vicenda societaria, con cui un ente pubblico delibera di costituire una società, o di parteciparvi, o di procedere ad un atto modificativo o estintivo della società medesima. [...]”.

Gli atti prodromici attengono al processo decisionale, che da ultimo si esterna nel compimento di un negozio giuridico societario”.

In particolare, nel caso della figurata costituzione di una società vengono in evidenza aspetti organizzatori, essendo evidente l'incidenza della relativa scelta sulla struttura dell'ente.

2. La decisione della Regione di revocare tre membri del consiglio di amministrazione della partecipata per sostituirli con altri (compreso il presidente) non appare di suo riducibile ad una mera vicenda di carattere infra-societario, dove normalmente (quando il socio che così agisce è un privato) le decisioni prodromiche in sé non rivelano per l'ordinamento generale perché i motivi che le muovono restano nelle intime motivazioni economiche del soggetto imprenditoriale; ma è piuttosto espressione di una valutazione squisitamente pubblicistica (anche se poi troverà esplicazione in attività iure privatorum), di uso del potere discrezionale della pubblica amministrazione e dunque di cura di quegli interessi pubblici che, istituzionalmente, fanno capo a quella amministrazione pubblica. È dunque un atto amministrativo vero e proprio.

Riprova ne è qui, tra l'altro, la circostanza estrinseca che nel caso su cui si controverte la legge regionale riserva tale specifico potere non alla Giunta – organo esecutivo dell'amministrazione cui compete, tra l'altro, il concreto esercizio dei diritti derivanti dalle partecipazioni societarie – bensì proprio al Consiglio regionale, ossia all'organo legislativo e di indirizzo politico dell'ente territoriale.

Il potere di nomina (e quindi di revoca) dei componenti del consiglio di amministrazione esula dalla vicenda societaria in quanto tale, e si risolve piuttosto in un atto amministrativo, prodromico a quella, sul quale il giudice ordinario non può avere competenza perché di suo non concerne o meglio non tocca altrui diritti soggettivi, e dunque chiamato a decidere dell'impugnazione può essere solo il giudice amministrativo.

Rideterminazione canoni concessori

Consiglio di Stato sez. V 7/9/2017, n. 4247

Canoni concessori - Rideterminazione - Controversia - Giurisdizione del giudice amministrativo – Sussiste

La controversia rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo se nell'ambito del petitum sostanziale del ricorso sia richiesto per la risoluzione della controversia un sindacato sui poteri esercitati dall'Amministrazione nell'ambito del rapporto concessorio, precluso al giudice ordinario; ove non vengano in discussione tali poteri, ma si controverta solo in ordine all'individuazione di quale sia la disciplina di rideterminazione del canone in relazione allo specifico atto di concessione, il giudice è chiamato ad un'attività meramente accertativa del presupposto del canone, rientrante, come tale, nella giurisdizione civile (così Cass., SS.UU., 12 ottobre 2011, n. 20939).

Nel caso di specie, in altri termini, la controversia concernente canoni ed indennizzi per occupazione sine titulo non ha un carattere meramente patrimoniale, ma origina dall'esercizio di poteri discrezionali ed in particolare dall'adozione di un provvedimento autoritativo che, in autotutela, ridetermina il canone concessorio in conseguenza di un ricalcolo del valore del suolo e soprattutto del soprassuolo (fabbricati), come emerge chiaramente dalla nota regionale prot. n. GR/03/43/395084 in data 21 luglio 2015.

Gestione servizio rifiuti

Consiglio di Stato sez. V 12/9/2017, n. 4304

1. Servizi pubblici - Rifiuti - Affidamento transitorio da parte dell'amministrazione comunale, in attesa della costituzione dell'ATO e nelle more della gara - Non è precluso

2. Servizi pubblici - Rifiuti - Recesso dalla società e revoca del comune dell'affidamento del servizio con individuazione di una nuova forma di gestione del servizio e successivo affidamento a seguito di procedura di gara - Impegno ad affidare il servizio tramite gara a doppio oggetto, non concretizzato dalla stipula della convenzione con la società - Recesso - Legittimità

1. Non è precluso all'amministrazione comunale il potere di organizzare il servizio, in regime transitorio, in attesa cioè che entri a regime la gestione del medesimo da parte dell'Autorità d'ambito che pacificamente, nel caso di specie, non opera ancora, in quanto non è ancora in grado di svolgere ed esercitare alcuna funzione o attività gestionale .

Il Comune, al momento della scelta di recedere dal contratto con l'appellante e di affidare il servizio pubblico locale alla controinteressata impresa, prima in via transitoria, poi sino al 2018 all'esito della gara pubblica, ha operato una scelta legittima, compatibile con la costituzione dell'ATO.

Infatti, l'art. 34, comma 21, D.L. n. 179-2012 deve essere interpretato nel senso che le amministrazioni non sono private, in regime transitorio, del potere di organizzare il servizio in attesa che entri a regime la gestione del medesimo da parte dell'Autorità d'ambito. Esse, pertanto, in base a considerazioni di opportunità e convenienza sono libere di scegliere se prorogare l'affidamento del servizio con i gestori in essere alle condizioni vigenti, laddove questi siano disponibili, oppure effettuare una nuova gara ad evidenza pubblica.

2. È legittimo il recesso del comune dalla società (a partecipazione mista con socio individuato attraverso gara a doppio oggetto) affidataria del servizio, con individuazione di una nuova forma di gestione del servizio e successivo affidamento a seguito di procedura di gara.

Nel caso di specie, il modulo gestorio del Comune e degli altri 28 comuni soci del bacino prevedeva un affidamento del servizio all'appellante sulla base di una convenzione di funzioni ex art. 30 d.lgs. n. 267-2000, stipulate tra i Comuni soci della società appellante stessa. L'art. 4, comma 4, di detta convenzione prevedeva che i singoli contratti venivano stipulati singolarmente dai comuni convenzionati, contratto di servizio che però non è mai stato stipulato con il Comune: manca quindi l'atto effettivo con cui il servizio sarebbe stato affidato alla società appellante.

In tale situazione, pertanto, legittimamente il Comune appellato ha revocato prima gli atti di giunta con i quali, in assenza dei presupposti (mancanza del contratto di servizio), si fondava l'affidamento del servizio alla società appellata e poi gli atti di consiglio, con i quali aveva preso l'impegno di affidare il servizio alla stessa al termine della gara a doppio oggetto.

Del resto, non può negarsi la possibilità di recedere dal predetto accordo, rientrando nella funzione di amministrazione attiva il generale potere di revoca del provvedimento amministrativo, del quale l'accordo ha il contenuto e al quale è sottesa la cura dell'interesse pubblico, per cui è affievolita la forza vincolante di una convenzione sottoscritta da soggetti pubblici ed è reso inapplicabile il principio civilistico per il quale il contratto ha forza di legge tra le parti.

Infatti, il potere di recedere nel pubblico interesse dagli accordi amministrativi, non rappresenta altro se non la particolare configurazione che la potestà di revoca assume quando il potere amministrativo è stato esercitato mediante un accordo iniziale anziché in forma unilaterale (cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 15 luglio 2013, n. 3861).

Nel caso in esame, peraltro, l'amministrazione comunale ha deciso di adottare provvedimenti idonei a conseguire, da un lato, un risparmio di spesa e, dall'altro, un risultato migliore in termini di incremento della percentuale di raccolta differenziata; si tratta, com'è evidente, di una decisione attinente all'ambito della discrezionalità amministrativa, il cui sindacato è consentito solo nei limiti della manifesta irragionevolezza, illogicità o arbitrarietà che nella specie non si rinvergono.

Il ricorso alle acquisizioni in economia ex art. 125 d.lgs. n. 163-2006 è consentito anche nelle ulteriori ipotesi elencate al comma 10 dell'art.125: a) risoluzione di un precedente rapporto contrattuale, o in danno del contraente inadempiente, quando ciò sia ritenuto necessario o conveniente per conseguire la prestazione nel termine previsto dal contratto; b) necessità di completare le prestazioni di un contratto in corso; c) prestazioni periodiche di servizi, forniture, a seguito della scadenza dei relativi contratti nelle more dello svolgimento delle ordinarie procedure di scelta del contraente nella misura strettamente necessaria; d) urgenza determinata da eventi oggettivamente imprevedibili, al fine di scongiurare situazioni di pericolo per persone, animali o cose, ovvero per l'igiene e salute pubblica, ovvero per il patrimonio storico, artistico, culturale. Il Comune ha operato nell'ambito delle due situazioni previste alle lettere c) e d) del comma 10 dell'art. 125, specificando la temporaneità dell'affidamento in attesa della predisposizione del bando di gara e intervenendo comunque per far fronte ad una situazione d'urgenza. Nel caso di specie, è stato infatti correttamente motivato che il servizio svolto dalla società appellante è stato carente sotto svariati punti di vista tali da non consentire più, senza danno, l'affidamento del servizio e che, in mancanza il Comune sarebbe stato privato di un servizio pubblico fondamentale, con gravi disagi per tutta la collettività, pericolo che si è scongiurato ricorrendo proprio a tale forma di affidamento.

Lex specialis - Giudizio di verifica congruità

Consiglio di Stato sez. V 12/9/2017, n. 4307

1. Contratti pubblici - Regole della lex specialis - Vincolano sia i concorrenti, sia la stessa amministrazione - Assenza margini di discrezionalità nel dar loro concreta attuazione- Va preclusa qualsiasi lettura che non sia in sé giustificata da un'obiettiva incertezza del loro significato letterale

2. Contratti pubblici - Giudizio di verifica offerta anomala- Non ha per oggetto la ricerca di specifiche inesattezze o incongruenze di taluni giustificativi - E' finalizzata a verificare se l'offerta, nel suo complesso, sia congrua.

1. Le regole della *lex specialis* di gara vincolano sia i concorrenti, sia la stessa amministrazione, che non conserva margini di discrezionalità nel dar loro concreta attuazione. Il rigore formale che caratterizza la disciplina delle procedure di gara risponde, per un verso, ad esigenze pratiche di certezza e speditezza, e per altro verso alla necessità di garantire l'imparzialità dell'azione amministrativa, inclusa la parità di condizioni tra i concorrenti. Ne scaturisce che solo in presenza di una equivoca formulazione della lettera di invito o del bando di gara può ammettersi un'interpretazione diversa da quella letterale (Cons. Stato, V, 2 agosto 2010, n. 5075).

Le preminenti esigenze di certezza connesse allo svolgimento delle procedure concorsuali di selezione dei partecipanti impongono di ritenere di stretta interpretazione le clausole del bando di gara: ne va perciò preclusa qualsiasi lettura che non sia in sé giustificata da un'obiettiva incertezza del loro significato letterale. Secondo la stessa logica, sono comunque preferibili, a garanzia dell'affidamento dei destinatari, le espressioni letterali delle varie previsioni, affinché la via del procedimento ermeneutico non conduca a un effetto, indebito, di integrazione delle regole di gara aggiungendo significati del bando in realtà non chiaramente e sicuramente rintracciabili nella sua espressione testuale (cfr. Cons. Stato, IV, 5 ottobre 2005, n. 5367; V, 15 aprile 2004, n. 2162).

Nella lettura delle clausole del bando per l'aggiudicazione di un contratto pubblico deve darsi, pertanto, prevalenza alle espressioni letterali ivi contenute, escludendo ogni integrazione interpretativa che porti pretesi significati e ingeneri incertezze nell'applicazione (Cons. Stato, V, 19 settembre 2011, n.5282; V, 30 agosto 2005, n. 4413).

Un tal modo di procedere vale anche in tema di "servizi analoghi", dove occorre temperare l'esigenza di selezionare un imprenditore ben qualificato con quella di assicurare la massima partecipazione alle gare pubbliche, ad evitare il cristallizzarsi di situazioni di oligopolio o monopolio (Cons. Stato, V, 25 giugno 2014, n. 3220). (*)

2. E' consolidato principio giurisprudenziale che la verifica di anomalia non ha per oggetto la ricerca di specifiche inesattezze o incongruenze di taluni giustificativi, ma è finalizzata a verificare se l'offerta, nel suo complesso, sia congrua (*ex multis*, Cons. Stato, V, 12 maggio 2017, n. 2228; III, 6 febbraio 2017, n. 514; V, 17 novembre 2016, n. 4755).

(*) Riforma della sentenza del Tar Lazio – Roma, Sezione III n. 323/2017

Tassatività delle cause di esclusione

TAR Lombardia Milano sez. IV 18/9/2017, n. 1825

Contratti pubblici - Lex specialis - Disciplina di gara equivoca - Conseguente errore materiale nella formulazione dell'offerta economica - Soccorso istruttorio

La disciplina di gara è oggettivamente equivoca nella parte in cui individua le modalità della formulazione dell'offerta economica, perché non chiarisce se si tratta di un'offerta da parametrare al triennio di durata minima del contratto o a ciascun anno di durata del contratto stesso.

Invero, il disciplinare di gara individua l'ammontare complessivo del contratto di appalto in riferimento al periodo di durata triennale dell'appalto "indicato all'art. 2 comma 1 del Capitolato d'Appalto", pari a euro 2.374.620,00 (oltre IVA) e richiede a ciascun concorrente di formulare un "prezzo complessivo" per il triennio "comprensivo di tutte le attività: interventi e prestazioni previste nel capitolato e nel progetto tecnico" prevedendo altresì la facoltà di ripetizione dei servizi analoghi.

La relazione tecnico-illustrativa al disciplinare di gara, redatta ai sensi dell'art. 23 comma 14 e 15 del d.lgs. n. 50/2016 e s.m.i., costituente "parte integrante della legge di gara" (art. 1), indica il valore complessivo dell'appalto in 3 anni (ripetibile) e precisa con riguardo alla formulazione dell'offerta economica che "al prezzo complessivo più favorevole sarà attribuito il punteggio massimo" di 20 punti.

Per contro, il modello di offerta economica allegato alla lex specialis, richiamando il punto 13 del disciplinare, richiede ai concorrenti di indicare il valore dell'importo annuo per le tre attività che costituivano l'oggetto del contratto, senza fare riferimento al prezzo complessivo dell'appalto su base triennale posto a base d'asta.

In tale contesto, è evidente che proprio la difformità tra le previsioni della legge di gara e il modello di offerta economica ha, secondo ordinari criteri di verosimiglianza, indotto in errore il RTI Aias di Milano/Libera Compagnia di Arti e Mestieri, che ha ritenuto di esporre nella propria offerta economica il prezzo complessivo riferito al triennio e non al singolo anno.

Si tratta di un mero errore materiale, immediatamente percepibile dalla stazione appaltante in base al contenuto dell'offerta presentata dalla ricorrente, specie considerando che proprio la ricorrente ha, in sede di chiarimenti, esplicitato all'amministrazione di essere incorsa in siffatto errore.

Del resto, non vi è alcuna incertezza in ordine al contenuto dell'offerta economica, atteso che la semplice divisione dell'importo complessivo per i tre anni di durata prevista del contratto rende immediatamente percepibile il valore annuale dell'offerta.

La natura dell'errore e la sua immediata riconoscibilità da parte dell'amministrazione, imponeva a quest'ultima di rettificare materialmente l'offerta della ricorrente, anche alla luce delle chiare spiegazioni fornite da quest'ultima in sede di gara, atteso che non si trattava di modificare il contenuto dell'offerta, ma solo di rapportarla, con una semplice operazione aritmetica, a ciascun anno di durata dell'appalto.

Sotto altro profilo, la circostanza che l'errore non intacchi un profilo essenziale dell'offerta, né la renda in qualche modo incerta e sia, anzi, immediatamente percepibile quale svista materiale,

esclude la riconducibilità dell'errore stesso ad una delle tassative cause di esclusione previste dal d.l.vo n. 50/2016.

Accesso difensivo

TAR Sicilia Catania sez. III 13/9/2017, n. 2170

Contratti pubblici - Accesso difensivo - Legittimo per la verifica da parte dell'impresa di settore della correttezza dell'operato dell'impresa concorrente in atto esecutrice della fornitura

Questa Sezione (cfr. TAR Catania, III, 3.5.2017, n. 924) ha ribadito che debba essere escluso che si <<sia in presenza di una fattispecie di accesso preordinato ad un controllo generalizzato dell'operato dell'Amministrazione ovvero di carattere emulativo, in quanto la ricorrente "è una impresa del settore che ben può difendere le proprie aspettative di stipula di futuri contratti di appalto anche mediante la verifica della correttezza dell'operato dell'impresa concorrente in atto esecutrice della fornitura">>.

A *fortiori*, nell'ipotesi in cui vi sia un processo incardinato e ove si deduca che gli atti richiesti servano per sostenere le difese ivi introdotte.

In questo caso, la valutazione della rilevanza della richiesta, anche nella forma della legittimazione ad agire, tranne nelle ipotesi di evidente e conclamata insussistenza dell'interesse, costituisce, ove resa nella fase processuale relativa all'accesso, una sorta di anticipazione sull'esito del giudizio di merito rispetto al processo asservito principale.

Tale giudizio è ben possibile, ad avviso del Collegio, ove la domanda di annullamento del diniego dell'accesso o l'accesso stesso sia contenuto, così come contemplato all'art. 116 c.p.a., nel corpo del ricorso principale, posto che la questione è rimessa allo stesso giudice chiamato a definirla nel suo complesso e, quindi, anche nel merito.

Considerate le motivazioni del diniego, la sussistenza di un giudizio principale deciso in fase cautelare non serve a far perdere l'interesse al ricorso volto all'accesso agli atti allo stesso collegato, posto che, come è possibile, al di là della probabilità che questo accada, l'esito finale può essere diverso e, come tale, comunque richiedere gli atti di cui si è negata l'ostensione.

Inquadrata la questione in termini generali, rileva il Collegio che non può dirsi sussista una richiesta volta a indagare sull'operato in generale dell'Amministrazione, ove la stessa sia rivolta (come nel caso di specie) a conoscere le eventuali proroghe del servizio di cui si tratta (al fine di definire, secondo la prospettazione di parte ricorrente, la consistenza del rapporto e, quindi, allo scopo di stabilire il corretto procedimento di gara) e, sempre al medesimo fine, la documentazione contabile conseguente, con l'avvertenza che quest'ultima dovrà essere ostesa nei limiti di interesse, con occultamento dei dati relativi alla destinataria non utili per l'interesse manifestato in ricorso.

Corte di Giustizia Europea

Avvalimento - Esclusione per perdita requisiti ausiliaria

Corte di Giustizia Europea 14/9/2017, n. C-223/16

Appalti pubblici - Direttiva 2004/18/CE - Articolo 47, paragrafo 2, e articolo 48, paragrafo 3 - Offerente che si avvale delle capacità di altri soggetti al fine di soddisfare i requisiti dell'amministrazione aggiudicatrice - Perdita delle capacità richieste da parte di tali soggetti - Normativa nazionale che prevede l'esclusione dell'offerente dalla gara e l'aggiudicazione dell'appalto a un concorrente» - Non contrasta con la direttiva 2004/18/CE

L'articolo 47, paragrafo 2, e l'articolo 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a una normativa nazionale che esclude la possibilità per l'operatore economico, che partecipa a una gara d'appalto, di sostituire un'impresa ausiliaria che ha perduto le qualificazioni richieste successivamente al deposito della sua offerta, e che determina l'esclusione automatica del suddetto operatore.

Acquisto di energia in cogenerazione da parte di società pubblica

Corte di Giustizia Europea sez. V 13/9/2017, n. C-329/15

Rinvio pregiudiziale - Aiuti di Stato - Nozione di "aiuti concessi dagli Stati o mediante risorse statali" - Obbligo per una società di capitali del settore energetico, detenuta interamente dallo Stato, di acquistare energia prodotta in cogenerazione con la produzione di calore

L'articolo 107, paragrafo 1, TFUE deve essere interpretato nel senso che una misura nazionale, come quella di cui al procedimento principale, che impone ad alcune società sia private che pubbliche un obbligo di acquisto di energia elettrica derivante dalla cogenerazione non costituisce un intervento dello Stato o effettuato mediante risorse statali.