

22-2017

// **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



È consentita la stampa e la copia per uso esclusivamente personale.

Copyright 2016 by Maggioli S.p.a

Redazione: appaltiecontratti@maggioli.it

Maggioli Editore è un marchio di Maggioli S.p.A.

Azienda con sistema di qualità certificata ISO 9001:94

47822 Santarcangelo di Romagna (RN) – Via del Carpino, 8

Tel 0541 628111 – Fax 0541 622060

Diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica, di riproduzione e di adattamento, totale o parziale con qualsiasi mezzo sono riservati per tutti i paesi.

SOMMARIO 22-2017

Consiglio di Stato

Oneri di sicurezza aziendali - Punteggio numerico Consiglio di Stato sez. V 12/6/2017, n. 2809	5
Valore della concessione Consiglio di Stato sez. III 14/6/2017, n. 2926.....	7
Verifica costo del personale Consiglio di Stato sez. V 12/6/2017, n. 2815	9
Certificazione di qualità Consiglio di Stato sez. V 12/6/2017, n. 2839	9
Riparametrazione punteggi tecnici Consiglio di Stato sez. V 12/6/2017, n. 2852	10
RUP e supporto alla commissione giudicatrice Consiglio di Stato sez. VI 12/6/2017, n. 2865	11
DGUE Consiglio di Stato sez. V 5/6/2017, n. 2675	12
Mancata previsione impegno a rilasciare la garanzia definitiva - Soccorso istruttorio Consiglio di Stato sez. V 5/6/2017, n. 2679	13

TAR

Risarcimento danni e revoca aggiudicazione TAR Sardegna sez. I 14/6/2017, n. 403.....	15
Termine di stipula del contratto TAR Marche sez. I 5/6/2017, n. 432.....	15
Impugnazione aggiudicazione	

TAR Lombardia Milano sez. IV 16/6/2017, n. 1355	16
Concessioni di servizi sotto-soglia - Requisiti - Termini minimi formulazione offerta	
TAR Calabria Catanzaro sez. I 15/6/2017, n. 963.....	18
Bando di gara e onere di immediata impugnazione	
TAR Lazio Roma sez. II ter 15/6/2017, n. 7035.....	20
RTI e corrispondenza tra quote di partecipazione e quote di esecuzione	
TAR Campania Napoli sez. I 14/6/2017, n. 3280	22
Rito appalti	
TAR Campania Napoli sez. I 13/6/2017, n. 3226	24

Corte Costituzionale

Acquisto di beni e servizi senza impegno contabile	
Corte dei conti Sezione giurisdizionale per la Regione Toscana	
23/5/2017, n. 133.....	26
Partenariato pubblico-privato e responsabilità per danno erariale	
Corte dei conti Sezione giurisdizionale per la Regione Emilia Romagna	
23/5/2017, n. 113.....	27

Corte di Giustizia Europea

Servizi finanziari e responsabilità solidale	
Corte di Giustizia Europea sez. III 15/6/2017, n. C-249/16.....	29
Servizi di investimento	
Corte di Giustizia Europea sez. IV 14/6/2017, n. C-678/15.....	29

5 Consiglio di Stato

Oneri di sicurezza aziendali - Punteggio numerico

Consiglio di Stato sez. V 12/6/2017, n. 2809

1. Contratti pubblici - Appalto di servizi di cui all'allegato II B al previgente codice dei contratti pubblici - Non si applica l'art. 87 d.lgs. n. 163 del 200- Assenza di autovincolo della stazione appaltante - Mancata indicazione nell'offerta dei costi di sicurezza aziendali - Non può portare all'esclusione del concorrente, ma impone di specificarli nella successiva fase di verifica della congruità dell'offerta- Adunanza plenaria del Consiglio di Stato 27 luglio 2016, n. 19 2. Contratti pubblici - Procedura di evidenza pubblica- Punteggio numerico attribuito alle offerte tecniche sulla base dei criteri di valutazione - Costituisce motivazione sufficiente - Occorre previa determinazione analitica ed articolata dei criteri di attribuzione dei punteggi

1. Accertato (..) che il servizio in contestazione rientra tra quelli di cui al citato allegato II B al previgente codice dei contratti pubblici, ne segue che ai sensi dell'art. 20 di quest'ultimo si applicano le disposizioni di legge e i principi da esso richiamati, tra cui non rientra l'art. 87 d.lgs. n. 163 del 2006, o quelle ulteriori disposizioni cui il bando o il disciplinare di gara facciano rinvio (in questi termini, ex multis: Cons. Stato, III, 24 febbraio 2016, n. 747; IV, 4 giugno 2014, n. 2853). (..) Pertanto, in applicazione della medesima regola, la procedura di gara in contestazione non può ritenersi soggetta alla norma contenuta nel comma 4 dell'art. 87, poc'anzi citato, che impone alle imprese partecipanti a procedure di affidamento di appalti pubblici di servizi e forniture i costi per la sicurezza aziendale (in senso conforme: Cons. Stato, III, 14 maggio 2015, n. 2388; V, 5 maggio 2016, n. 1796, 10 febbraio 2015, n. 689, 23 ottobre 2014, n. 5228, 6 agosto 2012, n. 4510). A tale specifico riguardo, la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato ha precisato che in assenza di autovincolo della stazione appaltante, l'indicazione nell'offerta dei costi di sicurezza aziendali non può portare all'esclusione del concorrente, ma impone a quest'ultimo di specificarli nella successiva fase di verifica della congruità dell'offerta, allo scopo di consentire alla stazione appaltante di verificare il rispetto di norme inderogabili a tutela dei fondamentali interessi dei lavoratori in relazione all'entità ed alle caratteristiche del servizio (cfr. Cons. Stato, III, 28 settembre 2015, n. 4537, 8 luglio 2014, n. 3484, 21 gennaio 2014, n. 280). Pertanto, lo scorporo di tali oneri aziendali non costituisce elemento essenziale dell'offerta sul piano formale, da indicare a pena di esclusione dalla gara, ma una voce di costo da apprezzare sul piano sostanziale, sotto il profilo della congruità e della sostenibilità economica dell'offerta medesima.

6 Consiglio di Stato

14. Peraltro, con riguardo alla questione dei costi per la sicurezza interna l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con sentenza 27 luglio 2016, n. 19, ha affermato che è illegittima l'esclusione dalla gara in ipotesi di mancato scorporo nell'offerta nelle gare bandite prima del nuovo Codice degli appalti pubblici (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50), laddove l'obbligo di indicazione separata dei costi di sicurezza aziendale non sia stato specificato dalla legge di gara e non sia contestata sul piano sostanziale la congruità di questa voce, così superando il proprio precedente indirizzo contrario (sentenza 20 marzo 2015, n. 3, richiamata dal Consorzio appellante a sostegno delle proprie censure). Il parziale mutamento di giurisprudenza è stato quindi seguito da numerose pronunce successive (Cons. Stato, III, 13 febbraio 2017, n. 590, 18 gennaio 2017, nn. 179 e 194, 17 gennaio 2017, n. 157, 9 gennaio 2017, n. 30; V, 6 aprile 2017, n. 1608, 7 marzo 2017, n. 1073, 20 febbraio 2017, n. 749, 6 febbraio 2017, n. 500, 28 dicembre 2016, n. 5475, 23 dicembre 2016, n. 5444, 22 dicembre 2016, n. 5423, 15 dicembre 2016, n. 5283, 17 novembre 2016, n. 4755, 7 novembre 2016, n. 4646, 11 ottobre 2016, n. 4182; VI, 31 marzo 2017, n. 1496). Ciò precisato, a questa più recente giurisprudenza la Sezione reputa di dare continuità nella presente fattispecie, relativa ad una gara soggetta al previgente codice dei contratti pubblici, in cui la normativa di gara non richiedeva di indicare separatamente tale voce di costo dell'offerta,

2. Per l'incontrastata giurisprudenza di questo Consiglio di Stato il punteggio numerico attribuito alle offerte tecniche sulla base dei criteri di valutazione costituisce motivazione sufficiente e tale da impedire l'ulteriore "penetrazione" del sindacato di legittimità del giudice amministrativo nella sfera riservata alle valutazioni discrezionali dell'amministrazione, è altrettanto vero che per la medesima giurisprudenza questa sufficienza richiede che siano determinati preventivamente e in modo chiaro, analitico ed articolato i criteri di attribuzione dei punteggi, così da consentire alla parte – oltre che al giudice - di verificare a posteriori le modalità attraverso le quali il giudizio tecnico si è svolto (cfr., tra le moltissime: Cons Stato, III, 8 novembre 2016, nn. 4650 e 4651, 7 marzo 2016, n. 921; IV, 20 aprile 2016, n. 1556; V, 20 marzo 2017, n. 1228, 30 settembre 2016, n. 3911, 18 gennaio 2016, n. 120). (*)

(*) Riforma sentenza del Tar Abruzzo-Pescara, I, n. 168 del 2016)

Valore della concessione

Consiglio di Stato sez. III 14/6/2017, n. 2926

Concessione - Onere della stazione appaltante di indicare il fatturato generato dalla concessione, ai sensi dell'art. 29 del d.lgs. nr. 163/2006 - Conferma nell'art. 8, comma 2, della direttiva 2014/23/UE e nell'articolo 167 del d.lgs. 50 del 2016- Indubbio che la stima del fatturato non possa essere demandata al concorrente

In conformità alla più recente giurisprudenza, deve ritenersi che, anche nel vigore del previgente d.lgs. nr. 163/2006, sussistesse effettivamente l'onere della stazione appaltante di indicare il fatturato generato dalla concessione, ai sensi dell'art. 29 del citato d.lgs. nr. 163/2006 (cfr. Cons. Stato, sez. V, 20 febbraio 2017, nr. 748; id., sez. III, 18 ottobre 2016, nr. 4343).

6.1. Come infatti a suo tempo evidenziato dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (le cui competenze sono state trasferite all'ANAC dal decreto-legge 24 giugno 2014, nr. 90, convertito con modificazioni nella legge 11 agosto 2014, nr. 114) e dalla richiamata giurisprudenza, in dissenso rispetto all'orientamento più risalente, spetta alla stazione appaltante determinare il valore della concessione e tale valore non può essere computato con riferimento al c.d. "ristorno" e cioè al costo o canone della concessione, ma deve essere calcolato sulla base del fatturato generato dal consumo dei prodotti da parte degli utenti del servizio.

L'art. 29, comma 1, del d.lgs. nr. 163/2006, certamente (e testualmente) applicabile alle concessioni di servizi pubblici, dispone infatti che "...Il calcolo del valore stimato degli appalti pubblici e delle concessioni di lavori o servizi pubblici è basato sull'importo totale pagabile al netto dell'IVA, valutato dalle stazioni appaltanti. Questo calcolo tiene conto dell'importo massimo stimato, ivi compresa qualsiasi forma di opzione o rinnovo del contratto".

E, in relazione a tale disposizione, l'AVCP, nella deliberazione n. 9 del febbraio 2002, ha precisato che "per le concessioni in particolare, nella nozione di 'importo totale pagabile' è sicuramente da ricomprendere il flusso dei corrispettivi pagati dagli utenti per i servizi in concessione. Infatti (...) qualora si tratti di una concessione, non essendovi un prezzo pagato dalla stazione appaltante, ma solo quello versato dagli utenti, sarà quest'ultimo a costituire parte integrante dell'"importo totale pagabile' di cui è fatta menzione nella norma sopra citata; il canone a carico del concessionario potrà, altresì, essere computato ove previsto, ma certamente proprio in quanto solo eventuale non può considerarsi l'unica voce indicativa del valore della concessione". (...) Questa impostazione risulta d'altronde confermata

8 Consiglio di Stato

dall'art. 8, comma 2, della già citata direttiva 2014/23/UE, in base al quale: "...Il valore di una concessione è costituito dal fatturato totale del concessionario generato per tutta la durata del contratto, al netto dell'IVA, stimato dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore, quale corrispettivo dei lavori e dei servizi oggetto della concessione, nonché per le forniture accessorie a tali lavori e servizi. Tale valore stimato è valido al momento dell'invio del bando (...)" . Inoltre, il comma 3 del detto articolo stabilisce che il valore della concessione deve essere calcolato secondo un metodo oggettivo specificato nei documenti della concessione, indicando poi gli stessi elementi di valutazione, consentendo alle imprese di poter verificare anche i criteri utilizzati dalla stazione appaltante per la sua commisurazione. Orbene, se è vero che tale disposizione, il cui contenuto è oggi trasposto nell'art. 167 del decreto legislativo 18 aprile 2016, nr. 50, non è applicabile *ratione temporis* alla fattispecie in esame, la stessa risulta comunque idonea a orientare un'interpretazione delle norme previgenti conforme al diritto europeo, consentendo di escludere anche nell'assetto anteriore che il valore della concessione potesse essere riconnesso *sic et simpliciter* all'importo del canone concessorio (dove la superfluità della questione pregiudiziale che parte appellante ha chiesto fosse sollevata). (..) In ordine, poi, alla determinazione del soggetto gravato da tale onere, al di là del chiaro dato normativo di cui sopra, è indubbio che la stima del fatturato non possa essere demandata al concorrente: l'aspirante aggiudicatario non può infatti desumere tale dato neanche dagli elementi contenuti nel Capitolato speciale, poiché in questa particolare tipologia di servizio è difficile compiere *ab externo* attendibili previsioni di stima.

Al contrario, la stazione appaltante, in quanto soggetto "interno", può attingere a informazioni diverse e ulteriori che certamente rientrano nella sua sfera di controllo, e quindi può più agevolmente desumere il dato da indicare quale valore della concessione, non potendo questo ridursi al solo fatturato del precedente gestore (su cui insiste l'Amministrazione nelle proprie memorie di replica, al fine di sollecitare una rimediazione del più recente indirizzo sopra richiamato e un ritorno all'impostazione precedente). (*)

(*) Riforma della sentenza del Tar Piemonte, I, n. 939 del 2016

9 Consiglio di Stato

Verifica costo del personale

Consiglio di Stato sez. V 12/6/2017, n. 2815

Contratti pubblici - Costo del personale - Costo orario da dimostrare in sede di verifica dell'anomalia - Non va assunto a criterio di calcolo il "monte-ore teorico", comprensivo cioè anche delle ore medie annue non lavorate - Va considerato il "costo reale" (o costo ore lavorate effettive, comprensive dei costi delle sostituzioni) - Costo tabellare medio - È indicativo di quello "effettivo", che include i costi delle sostituzioni cui il datore di lavoro deve provvedere per ferie, malattie e tutte le altre cause di legittima assenza dal servizio

La giurisprudenza di questo Consiglio di Stato afferma in modo costante (ex multis: Cons. Stato, III, 2 marzo 2015, n. 1020, 13 dicembre 2013, n. 5984) che per il costo orario del personale da dimostrare in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta non va assunto a criterio di calcolo il "monte-ore teorico", comprensivo cioè anche delle ore medie annue non lavorate (per ferie, festività, assemblee, studio, malattia, formazione, etc.) di un lavoratore che presti servizio per tutte l'anno, ma va considerato il "costo reale" (o costo ore lavorate effettive, comprensive dei costi delle sostituzioni). Il costo tabellare medio, infatti, è indicativo di quello "effettivo", che include i costi delle sostituzioni cui il datore di lavoro deve provvedere per ferie, malattie e tutte le altre cause di legittima assenza dal servizio (da ultimo: Cons. Stato, III, 2 marzo 2017, n. 974, citata dalla La Lucente nei propri scritti conclusionali).

Certificazione di qualità

Consiglio di Stato sez. V 12/6/2017, n. 2839

Contratti pubblici - Certificazione di qualità - Finalità - Individuazione - Mancata coincidenza terminologica tra a descrizione dei servizi contenuta nel bando di gara e quella riportata nella certificazione esibita dalla concorrente - Non è causa di esclusione quando il settore ufficiale di accreditamento sia comunque coerente con il contratto da affidare

Per giurisprudenza costante di questo Consiglio di Stato la certificazione di qualità ai sensi delle norme europee UNI EN ISO 9000 garantisce un determinato livello qualitativo della struttura aziendale e dei processi lavorativi, ed in generale di tutti

gli aspetti gestionali dell'impresa, che prescinde dalle dimensioni e dal settore di attività in cui opera quest'ultima (cfr. Cons. Stato, V, 26 giugno 2012, n. 3752; negli stessi termini: Sez. V, 28 ottobre 2015, n. 4937, richiamata dal giudice di primo grado; VI, 14 novembre 2014, n. 5695). In ragione delle caratteristiche ora descritte della certificazione di qualità della serie poc'anzi menzionata, si afferma quindi che la mancata coincidenza terminologica tra la descrizione dei servizi contenuta nel bando di gara e quella riportata nella certificazione esibita dalla concorrente non è causa di esclusione quando il settore ufficiale di accreditamento sia comunque coerente con il contratto da affidare (in questo senso: Cons. Stato, V, 19 giugno 2012, n. 3563).

Riparametrazione punteggi tecnici

Consiglio di Stato sez. V 12/6/2017, n. 2852

Contratti pubblici - Criterio dell'o.e.p.v. - Doppia riparametrazione punteggi tecnici - Non è obbligatoria - Ragioni - Va prevista nella lex specialis

Nel sistema degli appalti pubblici nessuna norma di carattere generale impone, per le gare da aggiudicare con il criterio dell'offerta più vantaggiosa, l'obbligo della stazione appaltante di attribuire alla migliore offerta tecnica in gara il punteggio massimo previsto dalla lex specialis, mediante il criterio della c.d. doppia riparametrazione atteso che nelle gare da aggiudicarsi con detto criterio riparametrazione ha la funzione di ristabilire l'equilibrio fra i diversi elementi qualitativi e quantitativi previsti per la valutazione dell'offerta solo se e secondo quanto voluto e disposto dalla stazione appaltante con il bando, con la conseguenza che l'operazione di riparametrazione deve essere espressamente prevista dalla legge di gara per poter essere applicata e non può tradursi in una modalità di apprezzamento delle offerte facoltativamente introdotta dalla commissione giudicatrice.

Infatti, la discrezionalità che pacificamente compete alla stazione appaltante nella scelta, alla luce delle esigenze del caso concreto, dei criteri da valorizzare ai fini della comparazione delle offerte, come pure nella determinazione della misura della loro valorizzazione, non può non rivestire un ruolo decisivo anche sul punto della c.d. riparametrazione che, avendo la funzione di preservare l'equilibrio fra i diversi elementi stabiliti nel caso concreto per la valutazione dell'offerta (e perciò di assicurare la completa attuazione della volontà espressa al riguardo dalla stazione

appaltante), non può che dipendere dalla stessa volontà e rientrare quindi già per sua natura nel dominio del potere di disposizione ex ante della stessa Amministrazione.

Anche di recente, la Commissione speciale del Consiglio di Stato, nel parere 2 agosto 2016, n. 1767 reso sulle linee guida del codice dei contratti pubblici concernenti il RUP, l'offerta economicamente più vantaggiosa e i servizi di architettura e ingegneria, ha precisato che "poiché nessuna disposizione primaria la impone, la riparametrazione attiene a una scelta discrezionale della stazione appaltante e, per essere legittimamente adottata, conze criterio di computo del punteggio, dev'essere espressamente e chiaramente prevista nel bando" (cfr. punto 2.5).

Anche l'ANAC nella Delibera n. 1005 del 21 settembre 2016 - Linee Guida n. 2, di attuazione del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti "Offerta economicamente più vantaggiosa" ha stabilito che "Quando i punteggi relativi a un determinato criterio sono attribuiti sulla base di subcriteri può accadere che nessun concorrente raggiunga il punteggio massimo previsto; ciò rischia di alterare la proporzione stabilita dalla stazione appaltante tra i diversi elementi di ponderazione, specie quando la valutazione è basata sul metodo aggregativo compensatore. La stazione appaltante procede, se previsto nel bando di gara, alla riparametrazione dei punteggi per riallinearli ai punteggi previsti per l'elemento di partenza. L'operazione di riparametrazione può avvenire sia in relazione ai criteri qualitativi sia in relazione ai criteri quantitativi (laddove non siano previste modalità che consentono di attribuire alla migliore offerta il punteggio massimo) con riferimento ai punteggi relativi ai singoli criteri o, laddove siano previsti, in relazione ai singoli sub-criteri. La stazione appaltante può procedere, altresì, a una seconda riparametrazione dei punteggi ottenuti per la parte tecnica o quella economica, complessivamente considerate. Anche in questo caso condizioni essenziali per procedere alla riparametrazione è che la stessa sia prevista nel bando di gara e che siano chiaramente individuati gli elementi che concorrono a formare la componente tecnica e la componente economica".

RUP e supporto alla commissione giudicatrice

Consiglio di Stato sez. VI 12/6/2017, n. 2865

Contratti pubblici - Commissione giudicatrice - Ruolo del RUP - Può svolgere l'attività istruttoria di supporto ai compiti della commissione e della stazione appaltante

12 Consiglio di Stato

Questo Consiglio ha già avuto modo di affermare che: «nelle gare pubbliche di appalto, per la cui aggiudicazione è stato prescelto il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, competenza esclusiva della commissione è l'attività valutativa, mentre ben possono essere svolte dal responsabile unico del procedimento quelle attività che non implicano l'esercizio di poteri valutativi, tanto in ragione della previsione generale contenuta nell'art. 10 comma 2, del d.lgs. n. 163 del 2006, che affida al responsabile unico del procedimento lo svolgimento di tutti i compiti relativi alle procedure di affidamento, non specificamente attribuiti ad altri organi o soggetti» (Cons. Stato, sez. V, 21 novembre 2014, n. 5760).

Ne consegue che il RUP può svolgere l'attività istruttoria di supporto ai compiti della commissione e della stazione appaltante.

DGUE

Consiglio di Stato sez. V 5/6/2017, n. 2675

Contratti pubblici - DGUE - Natura - Esclusione per carenza requisiti speciali - Va posticipata al momento della comprova del possesso dei requisiti - Disciplina art. 29, c.1, dlgs. 50/2016 - Rapporto con art. 85, c.1, dlgs. 50/2016

In base a quanto disposto dall'art. 85 del codice dei contratti pubblici, le stazioni appaltanti devono accettare, al momento della presentazione delle domande di partecipazione, o delle offerte, il documento di gara unico europeo (DGUE) con cui l'operatore autocertifica il possesso dei requisiti di ordine generale e di ordine speciale. Sembra dunque inferibile dalla disposizione ora ricordata che è preclusa alle stazioni appaltanti la possibilità di richiedere documenti e certificati comprovanti i requisiti a corredo della domanda o dell'offerta.

In via consequenziale appare coerente ritenere che l'eventuale esclusione per difetto dei requisiti speciali (o criteri di selezione) debba essere posticipata al momento della "comprova" del possesso dei requisiti stessi, in quanto altrimenti si determinerebbe un'amputazione del procedimento, mediante anticipazione di un segmento o fase dello stesso, e soprattutto sarebbe consentito un provvedimento di esclusione senza verifica documentale, basato solo su quanto dichiarato nel DGUE.

Né a diverso opinamento induce la disposizione di cui all'art. 29, comma 1, del codice dei contratti pubblici, atteso che si tratta di una norma che detta principi

13 Consiglio di Stato

in materia di trasparenza ed afferma che deve essere pubblicato sul profilo del committente, nella sezione "Amministrazione trasparente", anche il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni all'esito delle valutazioni dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali. Ma nulla aggiunge in ordine alle modalità in cui devono essere valutate le autodichiarazioni contenute nel DGUE che portano a definire la platea dei partecipanti alla gara, senza dunque determinare un conflitto sistematico con l'art. 85, comma 1, dello stesso corpus legislativo, a mente del quale «al momento della presentazione delle domande di partecipazione o delle offerte, le stazioni appaltanti accettano il DGUE, redatto in conformità al modello di formulario approvato con regolamento della Commissione europea». La stessa norma precisa poi che il DGUE «consiste in un'autodichiarazione aggiornata come prova documentale preliminare [...] in cui si conferma che l'operatore economico soddisfa le seguenti condizioni : a) non si trova in una delle situazioni di cui all'art. 80; b) soddisfa i criteri di selezione definiti a norma dell'art. 83; c) soddisfa gli eventuali criteri oggettivi fissati a norma dell'art. 91».

Mancata previsione impegno a rilasciare la garanzia definitiva - Soccorso istruttorio

Consiglio di Stato sez. V 5/6/2017, n. 2679

Contratti pubblici - Garanzia provvisoria - Mancata previsione impegno a rilasciare la garanzia definitiva - Soccorso istruttorio - Ammissibilità

Come nel caso di insufficienza dell'importo, la mancata previsione nella cauzione provvisoria presentata in sede di gara dell'impegno a rilasciare la cauzione definitiva a tutte le partecipanti ad un raggruppamento temporaneo di imprese consiste in una mera incompletezza, che ben si presta ad essere regolarizzata con una successiva dichiarazione del garante, su richiesta della stazione appaltante di estensione soggettiva della garanzia in questione. In particolare, questa incompletezza emerge quando si accerti a posteriori che le imprese mandanti risultano meritevoli di credito (di firma) al pari della mandataria, attraverso l'intestazione anche a loro della cauzione provvisoria, al pari di quanto consentito per cauzioni provvisorie di importo insufficiente rispetto a quello minimo di legge ex art. 75, comma 1, d.lgs. n. 163 del 2006.

14 Consiglio di Stato

Sotto il profilo ora evidenziato la carenza ha dunque natura meramente formale, cui non corrisponde alcuna inaffidabilità sul piano sostanziale.

Infatti, alla luce delle considerazioni finora svolte l'esclusione immediata dalla gara, senza possibilità di sanatoria attraverso l'esercizio del potere di soccorso istruttorio ai sensi dell'art. 46, comma 1, del previgente Codice dei contratti pubblici, si palesa come conseguenza sproporzionata rispetto agli interessi vantati dalla stazione appaltante circa l'affidabilità patrimoniale del proprio futuro affidatario.

Risarcimento danni e revoca aggiudicazione

TAR Sardegna sez. I 14/6/2017, n. 403

Risarcimento danni - Contratti della Pubblica amministrazione - Aggiudicazione - Revoca Conseguente ad informativa antimafia - Annullamento in sede giurisdizionale - Istanza risarcitoria - Intervenuta cessione d'azienda - Difetto di legittimazione della società cedente

E' inammissibile per difetto di legittimazione attiva, la domanda di risarcimento dei danni subiti per effetto dell'informativa antimafia e della conseguente revoca dell'aggiudicazione dell'appalto di lavori, successivamente annullati in sede giurisdizionale, ove – prima della revoca dell'aggiudicazione – sia intervenuta cessione del ramo d'azienda. (1)

(1) Ha chiarito il Tar che la cessione dell'azienda, infatti, comporta (ai sensi dell'art. 2558, comma 1, cod. civ.) il trasferimento al cessionario dei rapporti contrattuali relativi all'azienda e, soprattutto, di ogni credito verso terzi relativo all'azienda stessa, per effetto di quanto previsto dall'art. 2559, comma 1, cod. civ., secondo cui "La cessione dei crediti relativi all'azienda ceduta, anche in mancanza di notifica al debitore o di sua accettazione, ha effetto, nei confronti dei terzi, dal momento dell'iscrizione del trasferimento nel registro delle imprese". Regime giuridico che opera senz'altro anche in relazione ai crediti da fatto illecito, come chiarito dalla Corte di cassazione (sez. III, 31 luglio 2012, n. 13692) secondo cui "Tra i crediti che, nel caso di cessione d'azienda, si trasferiscono automaticamente al cessionario rientrano anche quelli derivanti da fatti illeciti commessi in danno dell'impresa cedente, a nulla rilevando che gli stessi consistano nella lesione di interessi legittimi pretensivi od oppositivi per condotta illegittima della p.a."

Termine di stipula del contratto

TAR Marche sez. I 5/6/2017, n. 432

Contratti pubblici - Annullamento in autotutela o in sede giudiziaria o la revoca dell'aggiudicazione - Termine di sessanta giorni per la stipula del contratto - Non decorre sempre e comunque dalla prima aggiudicazione - Esso sarebbe già irrimediabilmente decorso nella gran parte dei casi in cui l'aggiudicazione sia oggetto di annullamento o revoca

Il legislatore non poteva ignorare che nella materia degli appalti pubblici l'annullamento (in autotutela o in sede giudiziaria) o la revoca dell'aggiudicazione costituiscono eventi abbastanza frequenti e che molto spesso le posizioni dell'aggiudicatario e del secondo graduato subiscono veri e propri "ribaltoni" all'esito del giudizio di primo e di secondo grado, laddove si volesse ritenere che il termine in parola [di sessanta giorni per la stipula del contratto] decorra sempre e comunque dalla prima aggiudicazione esso sarebbe già irrimediabilmente decorso nella gran parte dei casi in cui l'aggiudicazione sia oggetto di annullamento o revoca (il che esporrebbe le stazioni appaltanti al rischio di vedersi revocare ad nutum il consenso negoziale, con conseguente ritardo nella stipula del contratto e nell'avvio dell'esecuzione dell'appalto); (...) il comportamento malizioso della stazione appaltante che, al fine di coprire le proprie inefficienze organizzative e di poter disporre per intero del termine di 60 giorni, reiteri più volte un'aggiudicazione troverebbe sicura sanzione in sede giudiziaria, dovendo l'annullamento di un precedente atto fondarsi su una motivazione congrua e verificabile da parte del giudice. In sostanza, sarebbe ben difficile per una stazione appaltante annullare o revocare un'aggiudicazione in assenza di una reale motivazione e al solo scopo di non far decorrere il termine di cui all'art. 11, comma 9, del D.Lgs. n. 163/2006. Ma una norma giuridica non può essere interpretata tenendo conto di situazioni patologiche e sporadiche rispetto alle quali esistono adeguati mezzi di tutela.

Impugnazione aggiudicazione

TAR Lombardia Milano sez. IV 16/6/2017, n. 1355

Contratti pubblici - Procedura di evidenza pubblica - Aggiudicazione provvisoria - Facoltatività dell'immediata impugnazione - Diviene improcedibile, laddove risulti poi omessa l'impugnazione dell'aggiudicazione definitiva - Perimetro delle censure indirizzabili contro l'aggiudicazione definitiva se impugnata l'aggiudicazione provvisoria - Si riduce agli eventuali vizi propri dell'aggiudicazione definitiva o, al più, ai vizi di diversi atti del procedimento sopravvenuti all'aggiudicazione provvisoria

In ordine alla scelta processuale di impugnare direttamente l'aggiudicazione provvisoria, la giurisprudenza ha precisato da tempo che si tratta di un'impugnazione sicuramente ammissibile, ma non necessaria, nel senso che è facoltativamente rimessa alla decisione della parte pregiudicata, seppure interinalmente, dalla de-

terminazione provvisoria; in effetti, tale parte ben potrebbe rinviare al momento dell'impugnazione dell'aggiudicazione definitiva la proposizione delle censure riferibili all'aggiudicazione provvisoria (cfr. ex aliis Consiglio di Stato, 08 settembre 2008, n. 4241).

Del resto, la facoltatività dell'immediata impugnazione dell'aggiudicazione provvisoria comporta che il gravame divenga improcedibile, laddove risulti poi omessa l'impugnazione dell'aggiudicazione definitiva, perché solo con questa si conclude il procedimento e si consolida la lesione subita dal concorrente non aggiudicatario. Nondimeno, qualora il ricorrente abbia deciso di seguire la strada facoltativa della diretta impugnazione dell'aggiudicazione provvisoria, "doppiando" poi l'impugnazione mediante la proposizione di un gravame anche avverso l'aggiudicazione definitiva, si pone il problema del rapporto tra i detti due mezzi in punto di proponibilità delle censure e relative preclusioni.

Si tratta di stabilire se il ricorrente possa decidere quali censure proporre avverso il provvedimento provvisorio, differendo la proposizione di altre contestazioni, già conosciute, al momento dell'impugnazione dell'aggiudicazione definitiva, ovvero se debba concentrare nel giudizio avverso l'aggiudicazione provvisoria tutte le censure già proponibili, perché supportate dalla conoscenza degli atti ad esse sottesi. Sul punto la giurisprudenza ha affermato il principio (cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 07 novembre, 2014, n. 5497, che conferma anche sul punto T.A.R. Lombardia Milano, sez. III, n. 2681/2013; Consiglio di Giustizia Amministrativa, 28 luglio 2011, n. 519; Consiglio di Stato, sez. VI, 04 aprile 2008, n. 1434) per cui "la parte che sceglie la via dell'immediata contestazione dell'aggiudicazione provvisoria è comunque tenuta a rispettare il termine perentorio di impugnativa e, pertanto, ha l'onere di dedurre, nei confronti degli atti conosciuti al momento della proposizione del ricorso diretto contro l'aggiudicazione provvisoria, tutti i motivi di doglianza. Da ciò discende che, in occasione dell'impugnazione dell'aggiudicazione definitiva, la parte ricorrente non potrà dedurre contro gli atti indittivi ulteriori motivi che avrebbe potuto proporre in precedenza. Il perimetro delle censure indirizzabili contro l'aggiudicazione definitiva - quando, si ribadisce, sia stata già impugnata quella provvisoria - si riduce pertanto agli eventuali vizi propri di detto ultimo atto o, al più, ai vizi di diversi atti del procedimento sopravvenuti all'aggiudicazione provvisoria. In occasione dell'impugnazione dell'aggiudicazione definitiva, la parte che abbia già proposto ricorso contro quella provvisoria potrà inoltre dedurre anche motivi relativi agli atti già avversati, ma alla sola condizione che siffatti ulteriori motivi trovino giustificazione e fondamento in circostanze non precedentemente conosciute". Siffatto condivisibile principio tende ad evitare strategie defensionali dilatorie, mi-

ranti a parcellizzare le impugnazioni, proponendo in via differita motivi di censura che avrebbero potuto essere prospettati immediatamente e nasce dalla constatazione che, eletta la facoltativa via di gravare immediatamente l'aggiudicazione provvisoria, non v'è ragione alcuna di consentire all'impugnante la possibilità di postergare ad un momento successivo censure già precedentemente proponibili, anche mediante ricorso per motivi aggiunti (cfr. in particolare, Consiglio di Stato, sez. IV, 07 novembre, 2014, n. 5497).

Concessioni di servizi sotto-soglia - Requisiti - Termini minimi formulazione offerta

TAR Calabria Catanzaro sez. I 15/6/2017, n. 963

1. Contratti pubblici - Concessione di servizi sottosoglia- Previsione di requisiti di partecipazione, di natura economico-finanziaria manifestamente sproporzionati "per eccesso" rispetto ai contenuti della gara- Applicabilità dei principi generali di cui all'articolo 30 d.lgs. 50 del 2016- Onere di immediata impugnazione

2. Contratti pubblici - Concessione di servizi sottosoglia- Valore complessivo del servizio solo "stimato" - Previsione di un fatturato tre volte maggiore del valore stimato - Non risulta manifestamente irragionevole - Fulcro della concessione - Trasferimento in capo al concessionario del rischio operativo

3. Contratti pubblici - Concessione di servizi sottosoglia - Si applicano solo i principi di cui all'art. 30 D.lgs. 50/2016 e non le norme di dettaglio, quale è certamente configurabile quella prevista dall'art.173 co. 2 D.Lgs. 50/2016

1. La previsione di requisiti di partecipazione, di natura economico-finanziaria nel caso di specie, vale a perimetrare la platea dei potenziali partecipanti, e se tali requisiti sono manifestamente sproporzionati "per eccesso" rispetto ai contenuti della gara, il bando di gara ha una immediata efficacia lesiva, incidendo sull'interesse attuale alla partecipazione (cfr. Cons. St., Ad Plen. 29 gennaio 2003, n. 1; Cons. St., sez. IV, 13 marzo 2014, n. 1243). Va ancora premesso che i principi generali in materia di procedure ad evidenza pubblica si rinvergono oggi nell'art. 30 del decreto legislativo n. 50/2016, applicabile anche alle concessioni di servizi sottosoglia, come quella oggetto della gara in controversia, il quale prevede, da un lato, che l'affidamento e l'esecuzione di appalti di opere, lavori, servizi, forniture e conces-

sioni "garantisce la qualità delle prestazioni e si svolge nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza" (co. 1); dall'altro, che "le stazioni appaltanti non possono limitare in alcun modo artificiosamente la concorrenza allo scopo di favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori economici o, nelle procedure di aggiudicazione delle concessioni, compresa la stima del valore, taluni lavori, forniture o servizi" (co. 2). Cosicché, fermo restando il potere dell'amministrazione di prevedere requisiti di capacità anche particolarmente rigorosi o superiori a quelli previsti dalla legge, è invece esercitabile il sindacato giudiziale, attivato con l'impugnazione immediata del bando di gara, qualora tali requisiti siano manifestamente sproporzionati, discriminanti e abnormi, in relazione all'oggetto complessivo del contratto e delle sue peculiarità.

2. La doglianza concernente la presunta irragionevolezza del requisito del fatturato triennale, quale dimostrazione della potenziale capacità economico-finanziaria dell'operatore non è fondata. Nel caso di specie, la valutazione di manifesta sproporzionalità deve tener conto di due fattori: il valore complessivo del servizio messo a gara, pari a 65.000 euro, e la circostanza che, trattandosi di una concessione di servizi e non di un appalto, tale valore è solo "stimato", ovvero "calcolato ai sensi degli artt. 35 e 167 del D.lgs. 50/2016 (...) sulla base di una stima presunta (desunta dai dati storici) del numero annuo di interventi da effettuare, al netto degli interventi senza individuazione del veicolo responsabile, sulle strade di competenza dell'ente" (non essendo peraltro vincolante l'art. 167 D.Lgs. 50/2016, trattandosi di una concessione sotto soglia).

La previsione di un fatturato tre volte maggiore del valore stimato non risulta manifestamente irragionevole, considerato che il fulcro della concessione è il trasferimento in capo al concessionario del rischio operativo e che, sotto questo profilo, il fatturato globale ottenuto in un triennio di svolgimento di servizi analoghi a quelli messi a gara contribuisce a garantire l'affidabilità del contraente, ai fini del raggiungimento dell'equilibrio economico-finanziario nell'intero periodo di efficacia del servizio.

3. E' infondato il motivo con cui la ricorrente deduce la violazione degli artt. 60 e 173 del D. Lgs. 50/2016, disciplinanti i termini minimi per la formulazione dell'offerta. Pur volendo qualificare tale clausola come immediatamente lesiva, poiché termini temporali stringenti renderebbero complessa e difficoltosa la consapevole partecipazione alla competizione, va osservato che:

a) trattandosi di una concessione ben al di sotto della soglia comunitaria (pari ad euro 5.225.000 ex art. 35 D.Lgs. 50/2017), alla stessa si applicano solo i principi di cui all'art. 30 D.lgs. 50/2016 (..) e non le norme di dettaglio, quale è certamente

configurabile quella prevista dall'art.173 co. 2 D.Lgs. 50/2016;

b) in concreto, non avendo l'oggetto di gara un contenuto particolarmente complesso, la previsione di ventinove giorni – tanti intercorrono tra la data di pubblicazione del bando e il termine per l'offerta – in luogo dei trenta stabiliti per le concessioni sopra soglia non è qualificabile come "eccessivamente gravosa" o manifestamente irragionevole.

Bando di gara e onere di immediata impugnazione

TAR Lazio Roma sez. II ter 15/6/2017, n. 7035

Contratti pubblici - Procedura di evidenza pubblica- Bando immediatamente impugnabile qualora vi siano clausole escludenti che rendano oggettivamente difficoltosa o addirittura impossibile una esatta ponderazione dell'offerta - Fattispecie - Contestazione del piano economico-finanziario adottato dalla amministrazione - Aspetto valutabile a conclusione della gara - Non vi è immediata lesività

Occorre premettere che il Collegio è consapevole del fatto che la più recente giurisprudenza (v. da ultimo Cons. Stato, sez. IV, 11 ottobre 2016, n. 4180) aderisce a una concezione "ampliativa" della nozione di "clausole del bando immediatamente escludenti", individuate con riferimento non solo a quelle afferenti ai requisiti soggettivi, ma anche a quelle "attinenti alla formulazione dell'offerta, sia sul piano tecnico che economico laddove esse rendano (realmente) impossibile la presentazione di una offerta".

La giurisprudenza sopra citata, pertanto, ritiene che "l'illegittimità di regole inidonee a consentire una corretta e concorrenziale offerta economica incide direttamente sulla formulazione dell'offerta, impedendone la corretta e consapevole elaborazione, sicché la lesività della stessa disciplina di gara va immediatamente contestata, senza attendere l'esito della gara per rilevare il pregiudizio che da quelle previsioni è derivato, ed anzi nemmeno sussiste l'onere di partecipazione alla procedura di colui che intenda contestarle, in quanto le ritiene tali da impedirgli l'utile presentazione dell'offerta e, dunque, sostanzialmente impeditiva della sua partecipazione alla gara".

Si afferma dunque che il bando è immediatamente impugnabile qualora vi siano clausole: "impediscono, indistintamente per tutti i concorrenti, una corretta e consapevole elaborazione delle proposte individuali, pregiudicando così il corretto

esplicarsi della gara.” (Cons. Giust. Amm. Sic., 20-12-2016, n. 474); che impongano, ai fini della partecipazione, oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale (si veda Cons. Stato sez. IV, 7 novembre 2012, n. 5671); che rendano la partecipazione incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile (così la Adunanza Plenaria n. 3 del 2001);

che contengano disposizioni abnormi o irragionevoli che rendano impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara; ovvero prevedano abbreviazioni irragionevoli dei termini per la presentazione dell’offerta (cfr. Cons. Stato sez. V, 24 febbraio 2003, n. 980); che rechino l’imposizione di obblighi *contra ius* (es. cauzione definitiva pari all’intero importo dell’appalto: Cons. Stato, sez. II, 19 febbraio 2003, n.2222); che manchino della prescritta indicazione nel bando di gara dei costi della sicurezza “non soggetti a ribasso” (cfr. Cons. Stato, sez. III, 3 ottobre 2011 n. 5421).

Si ritiene pertanto immediatamente impugnabile una clausola del bando che renda oggettivamente difficoltosa o addirittura impossibile una esatta ponderazione dell’offerta (Cons. Stato Sez. III, 18-10-2016, n. 4343);

Nel caso di specie, tuttavia, proprio facendo applicazione dei principi indicati da tale orientamento giurisprudenziale ampliativo, non si ravvisa una immediata lesività del bando, in quanto la partecipazione del ricorrente Consorzio non è impedita (come dimostra la circostanza che esso abbia presentato la sua offerta) né la formulazione dell’offerta risulta effettivamente impossibile.

Non sono, infatti, prospettati dubbi sulla ponderabilità dell’offerta né sulla possibilità del calcolo di convenienza tecnica ed economica di essa ai fini della partecipazione alla gara. Né sono indicate dal Consorzio ricorrente clausole che impediscano la formulazione consapevole dell’offerta o impongano obblighi *contra ius*.

Ciò che parte ricorrente unicamente lamenta è la non remuneratività dell’offerta, secondo le condizioni dettate dal bando, in quanto sarebbero stati sovrastimati i ricavi e fatto riferimento alle tariffe massime. La prestazione, cioè, sarebbe secondo parte ricorrente antieconomica, in quanto giocoforza soggetta sia a ribasso d’asta che a esborsi ulteriori.

In sostanza, il Consorzio ricorrente contesta il piano economico-finanziario adottato dalla amministrazione e ritiene che, pur trattandosi di una concessione per l’aggiudicazione di un servizio, con allocazione del rischio in capo al concessionario, mancherebbe l’equilibrio economico/finanziario che costituisce presupposto per una corretta allocazione del rischio in questi casi. (..) Dunque, se la proposta della amministrazione possa o meno consentire la presentazione di offerte da parte

degli operatori del mercato e se essa possa o meno stimolare la competizione concorrenziale e quindi anche (eventualmente) innalzare la percentuale di rischio che il concorrente è disposto ad assumere, è un aspetto che può essere valutato solo all'esito della conclusione della gara, alla luce della la risposta del mercato.

RTI e corrispondenza tra quote di partecipazione e quote di esecuzione

TAR Campania Napoli sez. I 14/6/2017, n. 3280

Contratti pubblici - Appalti di servizi e forniture - Partecipazione RTI - Venir meno dell'obbligo di corrispondenza fra quote di partecipazione e quote di esecuzione - Ciascuna impresa raggruppata va, comunque, qualificata per la parte di prestazioni che si impegna ad eseguire, nel rispetto delle speciali prescrizioni e modalità contenute nella normativa di gara

- Con riferimento al sistema previgente alla disciplina dettata dal nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016), la giurisprudenza aveva chiarito che, tenuto conto sia delle modifiche all'art. 37 comma 13, del d.lgs. n. 163/2006 ad opera del d.l. n. 95/2012, conv. in l. n. 135/2012 (che aveva limitato ai soli lavori la corrispondenza tra la quota di partecipazione al RTI e la quota di esecuzione dell'appalto), ma soprattutto tenuto conto dell'intervenuta abrogazione dell'intero comma, ad opera del d.l. n. 47/2014, conv. in l. n. 80/2014, era da considerarsi venuto meno l'obbligo di corrispondenza fra quote di partecipazione e quote di esecuzione degli appalti di servizi e forniture (cfr., ex multis, Cons. Stato, ad. plen., n. 27/2014; sez. V, n. 786/2016; n. 3666/2016; TAR Campania, Napoli, sez. V, n. 2758/2015; TAR Sicilia, Catania, sez. IV, n. 2087/2015; TAR Lazio, Roma, sez. II, n. 787/2017);

- anche l'art. 48, comma 4, del d.lgs. n. 50/2016 (nella versione applicabile, ratione temporis, alla fattispecie in esame) si limita a stabilire che "nel caso di forniture o servizi nell'offerta devono essere specificate le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati", mentre il successivo art. 83, comma 8, si limita a stabilire che (tra l'altro) per i raggruppamenti temporanei di imprese "nel bando sono indicate le eventuali misure in cui gli stessi requisiti devono essere posseduti dai singoli concorrenti partecipanti" e che "la mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria";

- l'indirizzo giurisprudenziale dianzi richiamato, valevole anche con riferimento alla disciplina vigente, nel sancire il venir meno dell'obbligo di corrispondenza fra quote di partecipazione e quote di esecuzione degli appalti di servizi e forniture, aveva, peraltro, precisato che ciascuna impresa raggruppata va, comunque, qualificata per la parte di prestazioni che si impegna ad eseguire, nel rispetto delle speciali prescrizioni e modalità contenute nella normativa di gara;
- ora, la statuizione secondo cui ciascuna impresa debba essere qualificata per la parte di prestazioni che si impegna ad eseguire, nel rispetto delle speciali prescrizioni e modalità contenute nella normativa di gara, non significa che, per tal via, possa recuperarsi il principio – dequotato da Cons. Stato, ad. plen., n. 7/2014 e n. 27/2014 – della corrispondenza percentuale tra quote di partecipazione, quote di esecuzione e requisiti idoneativi;
- viceversa, ciò che si vuole evidenziare è che il possesso dei requisiti speciali di partecipazione possa attestarsi su una soglia minima, senza che a tale soglia debba necessariamente corrispondere l'entità delle quote di partecipazione al RTI, per converso rientrando nella piena disponibilità degli associati (cfr. Cons. Stato, n. 374/2015), purché, naturalmente, la formula adottata sia conforme alle prescrizioni e modalità contemplate al riguardo dalla lex specialis;
- a tale ultimo proposito, è stato osservato che: “Nel settore dei servizi, in mancanza di una predeterminazione normativa o regolamentare dei requisiti di capacità tecnico-organizzativa ed economico-finanziaria (ben diversi dai requisiti soggettivi ed oggettivi di partecipazione che ciascuna impresa deve possedere) spetta alla stazione appaltante il compito di definire nella lex specialis, in relazione al contenuto specifico della prestazione, i requisiti di idoneità che devono essere posseduti dalle imprese componenti il raggruppamento. L'art. 37, comma 4, del Codice dei contratti si limita a stabilire che nel caso di forniture o servizi nell'offerta devono essere specificate le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati, senza nulla aggiungere in ordine ai requisiti di qualificazione sul piano tecnico professionale o della dimostrazione della capacità economica. Ed invero, la relativa disciplina normativa non prescrive quale quota percentuale minima dei requisiti di qualificazione e/o di capacità deve essere posseduta da ciascuna impresa che partecipi all'appalto riunita in raggruppamento temporaneo, affidando le relative determinazioni alla discrezionalità della singola stazione appaltante” (Cons. Stato, sez. VI, n. 18/2015)

Rito appalti

TAR Campania Napoli sez. I 13/6/2017, n. 3226

Processo amministrativo - Rito appalti - Rito superaccelerato - Documenti, memorie e repliche- deposito - Termine - Art. 120, comma 6 bis, c.p.a. - Si estende alle udienze camerali e pubbliche. 2. Processo amministrativo - Rito appalti - Ricorso incidentale - Avverso ammissione ricorrente principale - Dies a quo del termine di notifica - Individuazione

1. Il termine di 6 giorni liberi previsti per il deposito dei documenti, delle memorie e delle eventuali repliche dall'art. 120, comma 6 bis, c.p.a riguarda sia l'ipotesi di trattazione del giudizio in udienza pubblica che in camera di consiglio del c.d. rito superaccelerato in materia di appalti pubblici (1).
2. Il termine di trenta giorni per proporre ricorso incidentale avverso l'ammissione in gara del concorrente - ricorrente principale non decorre dalla notifica del ricorso principale ma dalla data di ammissione in gara del concorrente (2).

 (1) Ha affermato il Tar che posto che nel comma 6 bis dell'art. 120 c.p.a. figurano disposizioni che riguardano pacificamente l'udienza pubblica (cfr. secondo periodo) ed altre che, viceversa, disciplinano la camera di consiglio (primo periodo e parte finale dell'ultimo periodo), non può che ritenersi che tale disposizione estenda ad entrambe le ipotesi di rito la previsione sui termini di deposito dei documenti, delle memorie e delle eventuali repliche (rispettivamente di 10, 6 e 3 giorni liberi). Laddove il legislatore, nell'ultimo periodo del citato comma 6 bis, ha utilizzato il termine "udienza", ha inteso riferirsi sia all'udienza pubblica che all'udienza camerale, tenuto conto dell'esigenza di speditezza del nuovo rito che impone la previsione, in ogni caso e a prescindere dalle formalità del giudizio, di termini chiari e ridotti per il deposito di atti processuali. Peraltro, a conferma di tale ermeneutica, si osserva che il comma 9 del medesimo art. 120 c.p.a. prevede un unico termine processuale per il deposito della sentenza (7 giorni), disponendo espressamente che esso si applica sia nel caso dell'udienza pubblica che della camera di consiglio, uniformando così la disciplina dei termini processuali in entrambe le ipotesi di possibile sbocco del rito c.d. "super speciale" in materia di appalti pubblici.

(2) Ad avviso del tar una diversa ermeneutica non può trarre argomenti interpretativi dal comma 6 bis dell'art. 120 c.p.a. ("La camera di consiglio o l'udienza possono essere rinviate solo in caso di esigenze istruttorie, per integrare il contraddittorio,

per proporre motivi aggiunti o ricorso incidentale”) che, nel contemplare espressamente la possibilità di proporre ricorsi incidentali, potrebbe far propendere, ad una prima lettura, per la permanenza del potere di articolare in sede di gravame incidentale, vizi afferenti l’ammissione alla gara del ricorrente principale anche dopo il decorso del termine fissato dal comma 2 bis. In senso contrario, si osserva che detta disposizione in realtà si riferisce ai gravami incidentali che hanno ad oggetto, non vizi di legittimità del provvedimento di ammissione alla gara, ma un diverso oggetto (es. *lex specialis* ove interpretata in senso presupposto dalla ricorrente principale) poiché, diversamente opinando, si giungerebbe alla conclusione non coerente con il disposto di cui al comma 2 bis di consentire l’impugnazione dell’ammissione altrui oltre il termine stabilito dalla novella legislativa. Dunque si violerebbe il comma 2 bis citato e, soprattutto, la ratio sottesa al nuovo rito superspeciale che, come sottolineato dal Consiglio di Stato (parere n. 782/2017 sul decreto correttivo al codice degli appalti pubblici) è anche quello di “neutralizzare per quanto possibile ...l’effetto “perverso” del ricorso incidentale (anche in ragione della giurisprudenza comunitaria e del difficile dialogo con la Corte di Giustizia in relazione a tale istituto)”.

Acquisto di beni e servizi senza impegno contabile

Corte dei conti Sezione giurisdizionale per la Regione Toscana 23/5/2017, n. 133

Enti locali - Debiti fuori bilancio - Obbligazioni contratte per acquisto di beni e servizi senza atto di impegno contabile registrato sul competente capitolo di bilancio ovvero senza attestazione di copertura finanziaria - Non vincolano l'Amministrazione, bensì intercorrono tra il terzo e l'amministratore o funzionario che le ha stipulate e/o ne ha consentito l'esecuzione - Danno erariale - Sussiste

Nell'ordinamento degli enti locali le obbligazioni contratte per acquisto di beni e servizi senza atto di impegno contabile registrato sul competente capitolo di bilancio ovvero senza attestazione di copertura finanziaria non vincolano l'Amministrazione, bensì intercorrono tra il terzo e l'amministratore o funzionario che le ha stipulate e/o ne ha consentito l'esecuzione (art. 23 D.L. n. 66/1989, riprodotto nell'art. 37 D.Lgs. 77/1995 e nell'art. 191 D.Lgs. n.267/2000), né vi è una parte "riconoscibile" o "riconosciuta" da parte dell'Ente che avrebbe potuto sanare l'assenza dell'atto di impegno con esperibilità da parte del privato di un'azione di indebito arricchimento antecedentemente non consentita (cfr. Sez. I Centr. 27 marzo 2008 n. 7966).

Rappresenta uno scorretto uso delle risorse finanziarie, con conseguenziale danno erariale, la violazione da parte del sindaco del corretto iter formale giuridico contabile destinato ad evitare nel previo impegno di spesa, relativamente ad obbligazioni contratte per acquisto di beni e servizi.

In altri termini, nel caso di specie il convenuto ha assunto, con condotta gravemente colposa, un'iniziativa che non solo può qualificarsi estranea alle finalità istituzionali assegnate dalla legge, in conseguenza della decisione di impegnare i fondi pubblici per la pubblicazione del volume in assenza dei presupposti previsti dalla richiamata normativa, ma ha agito anche in assenza di un impegno di spesa violando i doverosi passaggi procedurali giuscontabili comportamento sanzionato sistematicamente dalla giurisprudenza contabile (cfr. Sez. I Centr. 18 gennaio 2016 n.22 e Sez. II Centr. 5 aprile 2002 n.114), con conseguenziale assunzione di un debito fuori bilancio causativo di un danno erariale.

Va, pertanto, dichiarato danno ingiusto il pagamento – a titolo di debito fuori bilancio - delle somme richieste per prestazioni non collegate all'esercizio di funzioni o servizi di competenza dell'ente e delle somme cui non corrisponda un "arricchimento" dell'ente ai sensi dell'art. 2041 c.c..

Partenariato pubblico-privato e responsabilità per danno erariale

Corte dei conti Sezione giurisdizionale per la Regione Emilia Romagna

23/5/2017, n. 113

Contratti pubblici - Partenariato pubblico-privato - Delibera di autorizzazione della società controllata dal comune a partecipare ad una società di progetto prevista nell'ambito di una concessione di progettazione, costruzione e gestione di un'infrastruttura di trasporto rapido di massa, in violazione delle norme richiedenti l'evidenza pubblica per la scelta del partner privato - Responsabilità per danno erariale - Sussiste

L'azione erariale, avente ad oggetto gli effetti prodotti dalla decisione del Comune (assunta con deliberazione di giunta comunale) di autorizzare la propria controllata a partecipare ad una società di progetto prevista nell'ambito di una concessione di progettazione, costruzione e gestione di un'infrastruttura di trasporto rapido di massa, si palesa fondata e, come tale, va accolta.

Conseguentemente, va affermata la responsabilità per danno erariale a carico di un sindaco e di sette assessori, nonché del dirigente comunale firmatario del parere di regolarità tecnica, non motivato e non supportato da adeguata istruttoria.

Il momento genetico da cui si origina il danno erariale, è costituito dalla delibera di giunta comunale, con la quale si scaricava tutto il rischio imprenditoriale relativo alla gestione della concessione sulla società pubblica ATC. Reputa il Collegio che la delibera di giunta gli atti attuativi e consequenziali (partecipazione di Adella società controllata nella società di progetto e contestuale stipula dei patti parasociali con) hanno sicuramente determinato una radicale mutamento delle condizioni economiche in favore dell'aggiudicatario. In tale senso è da rimarcare che, fino alla decisione formalizzata dalla giunta, il Comune non aveva mai preso in considerazione la possibilità che la società controllata partecipasse alla gara o comunque che potesse rivestire un ruolo di gestore dell'infrastruttura. Ciò risulta documentalmente dalle chiare relazioni previsionali e programmatiche approvate dal Consiglio Comunale, unitamente ai bilanci di previsione per gli anni dal 2005 al 2009.

In ordine alla peculiare posizione assunta dalla società pubblica e sulle modalità della sua cooptazione nella fase post contrattuale, la stessa relazione ANAC prot. n.0138686 del 9.12.2014, evidenzia che la "possibilità di associare (liberamente) al Concessionario una società interamente pubblica partecipata significativamente dallo stesso Concedente ed altri soggetti pubblici, è una circostanza particolarmente appetibile per i concorrenti laddove offre indubabilmente maggiori garanzie sotto ovvi profili, dall'accesso al credito, al sistema delle garanzie e fino ai

vantaggi informativi. Dunque, operando la cooptazione del socio pubblico senza la copertura del bando di gara, si viola il principio della parità di condizioni dei concorrenti di cui all'art. 2, comma 1 del Dlgs 163 del 2006".

Se è pur vero che l'affidamento diretto di lavori o servizi di gestione da parte della società di progetto a un proprio socio, è esplicitamente ammesso dal comma 2, art.156, d.lgs. n.163/2006, nel caso di specie, l'affidamento al socio pubblico della gestione della concessione ha di fatto realizzato la costituzione di una società di progetto c.d. mista, senza previo espletamento di una procedura di evidenza pubblica, avente ad oggetto, sia la scelta del partner privato in qualità di socio, sia l'attribuzione al medesimo "dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio": nella fattispecie, al contrario, detti compiti gestionali sono stati "fatti gravare" sul socio pubblico. Sia la delibera di giunta comunale sia, in via consequenziale, l'atto costitutivo, lo statuto ed i patti parasociali della società di progetto si sono posti altresì, in palese disallineamento con l'art.1, c.2, del codice dei contratti pubblici: "Nei casi in cui le norme vigenti consentono la costituzione di società miste per la realizzazione e/o gestione di un'opera pubblica o di un servizio, la scelta del socio privato avviene con procedure di evidenza pubblica".

Il meccanismo di ingresso della società controllata dal Comune nella società di progetto, ha comportato esiti del tutto difformi dal modello di partenariato pubblico privato c.d. istituzionalizzato, di cui all' (allora) vigente art.23-bis, d.l. n.112/2008, conv. 1.n.133/2008, come modificato dall'art.15 del decreto-legge convertito con modificazioni dalla L. 20 novembre 2009, n. 166 (in S.O. n. 215, relativo alla G.U. 24/11/2009, n. 274), operante *ratione temporis* (26.09.2009).

Tutto ciò, soprattutto, in contrasto con il dettato dell'art. 156 del D.lgs. 163/2006, non consentendo espressamente tale norma la cooptazione del socio pubblico post-aggiudicazione, come ribadito dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici con il più volte richiamato provvedimento n.18/2013 "...La facoltà di ingresso della società comunale [...] e della Pubblica Amministrazione più in generale, nonché lo smobilizzo del Concessionario dalla società di progetto non è prevista nel bando di gara per la scelta del Concessionario".

Il danno erariale contestato è causalmente riconducibile al predetto, illecito, comportamento, formalizzatosi anche nella espressione di un parere di regolarità tecnica, non motivato e non supportato da adeguata istruttoria.

Gli atti ed i comportamenti contestati ai convenuti sono risultati, altresì, connotati da grave negligenza e imprudenza, come emerso da una pluralità di indici gravi, precisi e concordanti ai sensi dell'art.2729 c.c.

Servizi finanziari e responsabilità solidale

Corte di Giustizia Europea sez. III 15/6/2017, n. C-249/16

Rinvio pregiudiziale - Competenza giurisdizionale in materia civile e commerciale - Regolamento (UE) n. 1215/2012 - Articolo 7, punto 1 - Nozioni di "materia contrattuale" e di "contratto di prestazione di servizi" - Azione di regresso tra i condebitori in solido di un contratto di mutuo - Determinazione del luogo di esecuzione del contratto di mutuo

1. L'articolo 7, punto 1, del regolamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2012, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, deve essere interpretato nel senso che un'azione di regresso tra i condebitori in solido di un contratto di mutuo rientra nella «materia contrattuale» ai sensi di tale disposizione.

2. L'articolo 7, punto 1, lettera b), secondo trattino, del regolamento n. 1215/2012 deve essere interpretato nel senso che un contratto di mutuo, come quello di cui trattasi nel procedimento principale, concluso tra un istituto di credito e due condebitori in solido, va qualificato come «contratto di prestazione di servizi» ai sensi di tale disposizione.

3. L'articolo 7, punto 1, lettera b), secondo trattino, del regolamento n. 1215/2012 deve essere interpretato nel senso che, qualora un istituto di credito abbia erogato un mutuo a due condebitori solidali, il «luogo, situato in uno Stato membro, in cui i servizi sono stati o avrebbero dovuto essere prestati in base al contratto», ai sensi di tale disposizione, è, salvo accordo contrario, quello della sede di tale istituto, e ciò anche ove si tratti di determinare la competenza territoriale del giudice chiamato a conoscere dell'azione di regresso tra i condebitori.

Servizi di investimento

Corte di Giustizia Europea sez. IV 14/6/2017, n. C-678/15

Rinvio pregiudiziale - Direttiva 2004/39/CE - Mercati degli strumenti finanziari - Articolo 4, paragrafo 1, punto 2 - Nozione di "servizi di investimento" - Allegato I, sezione A, punto 1 - Ricezione e trasmissione di ordini riguardanti uno o più strumenti finanziari - Eventuale inclusione dell'intermediazione finalizzata alla conclusione di un contratto di gestione di portafoglio

L'articolo 4, paragrafo 1, punto 2, della direttiva 2004/39/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 aprile 2004, relativa ai mercati degli strumenti finanziari, che modifica le direttive 85/611/CEE e 93/6/CEE del Consiglio e la direttiva 2000/12/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 93/22/CEE del Consiglio, letto in combinato disposto con l'allegato I, sezione A, punto 1, di tale direttiva, deve essere interpretato nel senso che il servizio di investimento consistente nella ricezione e nella trasmissione di ordini riguardanti uno o più strumenti finanziari non comprende l'intermediazione finalizzata alla conclusione di un contratto avente ad oggetto un'attività di gestione di portafoglio.