



**RACCOLTA DI MASSIME SULLA GIURISPRUDENZA
NAZIONALE IN MATERIA DI APPALTI PUBBLICI**

Dossier 3/2013 a cura dell'Osservatorio

4 novembre 2013

OSSERVATORIO DI DIRITTO COMUNITARIO E NAZIONALE SUGLI APPALTI PUBBLICI

ID number in the EU Register of interest representative: **10423745688-62**

www.osservatorioappalti.unitn.eu

Hanno collaborato: Gian Antonio Benacchio, Lucia Carrozza, Alma Chiettoni, Fulvio Cortese, Michele Cozzio, Franco Dallamura, Laura Ghezzi, Andrea Manca, Roberto Margoni, Vittorio Miniero, Andrea Pasini, Paolo Patrito, Marco Sivieri, Anna Simonati, Davide Volpe

INDICE

	<i>Pag.</i>
LA PRESENZA DELL’AFFIDATARIO DI INCARICHI DI PROGETTAZIONE NELL’ORGANIGRAMMA DELL’IMPRESA CONCORRENTE LEDE LA PAR CONDICIO	3
PRINCIPI DI TASSATIVITÀ, PROPORZIONALITÀ E RAGIONEVOLEZZA DELLE CAUSE DI ESCLUSIONE NELLE GARE PUBBLICHE E POTERI DELLA STAZIONE APPALTANTE.....	5
LA REVISIONE PREZZI E LE IPOTESI DI RINNOVO E PROROGA DEI CONTRATTI. AMBITO DI AMMISSIBILITÀ ED ENTITÀ DELLA REVISIONE	8
SULLA QUALIFICAZIONE GIURIDICA DELLE CASSE PREVIDENZIALI DEI LIBERI PROFESSIONISTI E L’APPLICAZIONE DELLE PROCEDURE DELL’EVIDENZA PUBBLICA.....	10
NEL CASO DI PRESTAZIONI RISERVATE AD ISCRITTI AD UN ALBO NON RILEVA LA NATURA DEL RAPPORTO INTERNO TRA IMPRESA CONCORRENTE E PROFESSIONISTA.....	12
IL TERMINE DI COMPROVA DEI REQUISITI SPECIALI DELL’IMPRESA AGGIUDICATARIA DEVE INTENDERSI PERENTORIO SOLO OVE PREVISTO DAL BANDO.....	13
ANCORA SULLA RESPONSABILITÀ OGGETTIVA DELLA PA PER ILLEGITTIMITÀ ACCERTATE IN MATERIA DI APPALTI PUBBLICI.....	14
SE LA STAZIONE APPALTANTE STABILISCE NEL BANDO IL COSTO DELLA MANODOPERA NON PUÒ ESCLUDERE, SENZA PREVENTIVO CONFRONTO, I CONCORRENTI CHE NON LO RISPETTANO	19
PREVALE IL DIVIETO DI COMMISTIONE TRA CRITERI RIGUARDANTI L’AMMISSIONE ALLA GARA E LA VALUTAZIONE DELL’OFFERTA, MA LE NUOVE DIRETTIVE (CHE ATTENUANO IL DIVIETO) SONO PROSSIME ALL’APPROVAZIONE.....	20

LA PRESENZA DELL’AFFIDATARIO DI INCARICHI DI PROGETTAZIONE NELL’ORGANIGRAMMA DELL’IMPRESA CONCORRENTE LEDE LA PAR CONDICIO

Consiglio di Stato, sez. V, 12 febbraio 2013 n. 815 - Pres. Volpe, Est. Franconiero

Appalto di servizi - Affidatario di incarichi di progettazione per conto della stazione appaltante - Presenza nell’organigramma aziendale dell’impresa concorrente - Divieto di partecipazione - Necessità accertamento in concreto

La mera presenza dell’affidatario di incarichi di progettazione per conto della stazione appaltante nell’organigramma aziendale dell’impresa concorrente fornisce indizio, sufficientemente grave e preciso, per ritenere che quest’ultima abbia potuto beneficiare del patrimonio informativo acquisito grazie alla prodromica attività di progettazione.

* * *

L’art. 90, comma 8, del codice dei contratti pubblici vieta a chi è affidatario di incarichi di progettazione per conto della stazione appaltante di partecipare agli appalti o alle concessioni di lavori pubblici, nonché agli eventuali subappalti o cottimi, per i quali abbia svolto la suddetta attività di progettazione, né può parteciparvi un soggetto controllato, controllante o collegato all’affidatario di incarichi di progettazione.

La pronuncia ha evidenziato che la commistione di ruoli che l’art. 90, comma 8, del codice dei contratti pubblici mira a prevenire è comunque ravvisabile laddove colui che ha svolto incarichi di progettazione per conto della stazione appaltante sia comunque presente, non importa a che titolo, nell’organigramma aziendale dell’impresa concorrente, o in sue società controllanti, partecipanti o di cui si avvale nell’esecuzione dei lavori. Ciò in quanto è proprio la mera presenza a fornire l’indizio, sufficientemente grave e preciso, che nella formulazione dell’offerta la concorrente abbia potuto beneficiare del patrimonio informativo acquisito grazie alla prodromica attività di progettazione.

La circostanza che il professionista avesse, nella specie, partecipato al sopralluogo effettuato dall’ATI concorrente in qualità di consulente del Comune presso l’impianto e la discarica, prodromico allo svolgimento della gara, dimostra incontestabilmente che

l'attività di progettazione dallo stesso svolta è effettivamente riferibile alle opere oggetto della gara in contestazione.

In ogni caso, il conseguimento, da parte della concorrente sospettata di violazione del divieto in questione, del punteggio massimo previsto per l'offerta temporale per la realizzazione dei lavori di adeguamento impiantistico è prova indiziaria di per sé sufficiente per ritenere che vi sia stata un'influenza derivante dalla presenza del progettista nella compagine aziendale, considerato che una dimostrazione ulteriore assumerebbe i caratteri della probatio diabolica circa il fatto che la competizione è stata falsata.

* * *

CONFORMI: Consiglio di Stato, sez. V, 21 giugno 2012 n. 3656 - Pres. Baccharini, Est. Buricelli

PRINCIPI DI TASSATIVITÀ, PROPORZIONALITÀ E RAGIONEVOLEZZA DELLE CAUSE DI ESCLUSIONE NELLE GARE PUBBLICHE E POTERI DELLA STAZIONE APPALTANTE

Tar Lazio, sez. II quater, 19 febbraio 2013 n. 1828 - Pres. Scafuri, Est. Toschei

1. Appalto di servizi – Prescrizioni per la presentazione del plico contenente l’offerta – Inesatta intestazione del plico – Irrilevanza – Violazione principi di tassatività delle cause di esclusione, proporzionalità e ragionevolezza – Illegittimità – Dovere di soccorso.

2. Appalto di servizi – Prescrizioni sulla presentazione del plico contenente l’offerta – Sigillatura idonea a garantire chiusura ermetica ed inalterabile – Violazione principi di tassatività delle cause di esclusione, proporzionalità e ragionevolezza – Esclusione – Illegittimità.

1. In caso di partecipazione in raggruppamento a una gara pubblica è illegittima l’esclusione del costituendo raggruppamento per un mero errore materiale nella intestazione del frontespizio del plico contenente l’offerta quando le indicazioni ivi contenute siano complete - con riferimento ai nominativi dei partecipanti - e chiariscano i ruoli di intervento delle aderenti alla selezione ben potendo la stazione appaltante scegliere di interpretare “in bonam partem” l’irregolarità rilevata ovvero consentire, attraverso il corretto e doveroso esercizio del c.d. potere di soccorso, che il concorrente svolga una integrazione “a chiarimento” (nel caso di specie veniva contestata una inesattezza nella indicazione dei nominativi della mandante e della mandataria sul frontespizio del plico avendone semplicemente invertito le qualità).

2. In una gara pubblica è illegittima l’esclusione dalla medesima di un costituendo raggruppamento per non aver apposto, sulla busta contenente l’offerta, la sigillatura e la controfirma, oltre che sul lembo lasciato aperto dal fabbricante, anche sui lembi chiusi in fabbrica al momento della produzione della medesima, trattandosi di attività superflua ai fini del mantenimento della garanzia della segretezza del contenuto del plico, anche se contemplata espressamente dalla lex specialis.

* * *

Il Ministero per i beni e le attività culturali bandisce una procedura per l’affidamento dei servizi professionali per il restyling del proprio sito istituzionale.

La commissione giudicatrice espelle dalla selezione l'offerta presentata da un costituendo raggruppamento di imprese per aver rilevato due irregolarità:

- una, in violazione alla prescrizione dell'art. 37, comma 12, del Codice dei contratti pubblici, relativa alla indicazione del mittente sul plico presentato e contenute l'offerta (erano stati invertiti erroneamente i ruoli e le qualità delle due società mandante e mandataria);
- l'altra, inerente sempre al plico dell'offerta e, in particolare, al fatto che questo non sarebbe stato confezionato in conformità a quanto prescritto dalla lettera di invito, non presentando la prescritta sigillatura su tutti i lembi, compresi quelli già preincollati dal fabbricante.

L'ATI impugna il verbale di esclusione, insieme con le prescrizioni contenute nella lex specialis di gara, chiedendone l'annullamento previa adozione di misure cautelari.

Con decreto presidenziale viene disposta la sospensione delle operazioni di gara fino alla camera di consiglio fissata per lo svolgimento della fase cautelare.

Il giudice di prima istanza, con sentenza in forma semplificata, accoglie il ricorso ed annulla i provvedimenti impugnati.

Vengono richiamati i principi di rilievo comunitario di massima partecipazione, concorrenza e proporzionalità, preposti a evitare che le esclusioni possano essere disposte a motivo della violazione di prescrizioni meramente formali e rilevato come questi limitino di fatto il potere discrezionale dell'amministrazione appaltante di determinare le regole della gara e, in specie, di introdurre requisiti di partecipazione alla gara, oggettivi e/o soggettivi -ovvero modalità specifiche di partecipazione - ulteriori e maggiormente selettivi rispetto a quelli stabiliti dalle norme; i requisiti e le peculiari modalità partecipative non devono dunque restringere indebitamente l'accesso alla procedura e devono essere giustificati da specifiche esigenze imposte dal peculiare oggetto dell'appalto.

In ragione di questi principi il giudice di prime cure rileva conseguentemente che:

- quanto al primo motivo di esclusione, la presenza di un mero errore materiale nella intestazione del frontespizio del plico, quando le indicazioni ivi contenute siano complete, con riferimento ai nominativi dei partecipanti e chiariscano, in caso di partecipazione in raggruppamento, i ruoli di intervento delle aderenti alla selezione [di modo tale che non possano insorgere dubbi sulla qualità dei soggetti partecipanti non affiorando ipotesi "di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione" (art. 46-bis del Codice dei contratti pubblici)], non può giustificare, di per sé, la sanzione espulsiva del costituendo raggruppamento

concorrente. In tali casi, infatti, la stazione appaltante può scegliere di interpretare “in bonam partem” l’irregolarità rilevata ovvero consentire, attraverso il corretto e doveroso esercizio del c.d. potere di soccorso, che il concorrente svolga una integrazione “a chiarimento” (nel caso di specie infatti il rappresentante legale del costituendo raggruppamento, presente alle operazioni di verifica della corretta predisposizione dei plichi effettuate, aveva immediatamente svelato l’errore materiale in cui le società erano incorse riproducendo sul plico, con sequenza invertita, la denominazione delle due aderenti al costituendo raggruppamento e la qualità con la quale ciascuna di esse partecipava, chiedendo che fosse messo agli atti che nell’intestazione del plico, a causa di un refuso, erano state riportate le qualità di Mandataria e Mandante invertite, affermando altresì che nei documenti contenuti nel plico, le qualità delle due società che si impegnano a costituire l’ATI erano correttamente indicate e documentate”);

- quanto al secondo motivo di esclusione, imporre la sigillatura e la controfirma anche sui lembi chiusi in fabbrica al momento della produzione della busta, è attività superflua ai fini del mantenimento della garanzia della segretezza del contenuto del plico, apparendo sufficiente, la tradizionale chiusura del lembo lasciato aperto dal fabbricante con nastro adesivo trasparente e la sovrastante controfirma. Ne consegue che la previsione della lettera di invito che impone ai partecipanti alla selezione la sigillatura e la controfirma anche dei tre lembi del plico preincollati dal fabbricante, si presenta come palese violazione del disposto dell’art. 46, comma 1-bis, del Codice dei contratti pubblici e quindi nulla.

LA REVISIONE PREZZI E LE IPOTESI DI RINNOVO E PROROGA DEI CONTRATTI. AMBITO DI AMMISSIBILITÀ ED ENTITÀ DELLA REVISIONE

TAR Sardegna, sez. I, 23 gennaio 2013 n. 143 - Pres. Lensi, Est. Manca

Appalto di servizi - Pulizia edifici universitari - 1. Rinnovo del contratto e mera proroga - Distinzione - Revisione prezzi - Solo in ipotesi di proroga - 2. Entità indici di revisione - 3. Interessi di mora - Interessi legali, dalla scadenza del singolo contratto - 4. Rivalutazione monetaria - Inammissibilità: assenza della prova del maggior danno subito rispetto agli interessi legali

Negli appalti di servizi a esecuzione periodica o continuativa l'istituto della revisione prezzi - previsto dall'art. 6 comma 4 della legge 24 dicembre 1993, n. 537 (ora art. 115 del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163) - si applica nella sola ipotesi di proroga e non in caso di rinnovo del contratto; al fine di determinare la corretta entità degli indici di revisione l'incremento percentuale deve essere computato a partire dalla seconda annualità del contratto e sul compenso revisionale si producono interessi legali dalla data di scadenza della singola annualità. Non è, invece, dovuta la rivalutazione monetaria dell'importo dovuto a titolo revisionale in assenza della prova del maggior danno subito rispetto alla misura degli interessi legali.

* * *

Un'Amministrazione stipula con un Consorzio, aggiudicatario della gara d'appalto per l'affidamento del servizio di pulizia degli edifici dell'Amministrazione medesima, un contratto di durata triennale seguito da tre successivi accordi tra le parti per un complessivo allungamento del periodo contrattuale di ulteriori diciannove mesi circa. Stante la clausola espressa di revisione dei prezzi contenuta nel contratto, l'Amministrazione concede l'incremento revisionale per il secondo anno contrattuale e, con riguardo alla quantificazione degli importi revisionali per gli anni successivi, continua ad applicare il medesimo incremento del primo anno per il solo triennio contrattuale.

Ricorre il Consorzio, con un unico motivo, chiedendo l'accertamento del diritto di ottenere una somma a titolo di compenso revisionale, oltre ad interessi di mora e rivalutazione monetaria in applicazione dell'istituto della revisione prezzi.

L'Amministrazione resistente si costituisce in giudizio per sostenere la corretta applicazione dell'incremento per l'iniziale durata del contratto e precisa di essere addivenuta con il Consorzio, in seguito alla scadenza del contratto di appalto, a plurimi rinnovi del contratto medesimo, di durata inferiore all'anno, per i quali non sarebbe possibile procedere all'adeguamento dell'importo.

Il Collegio giudicante nel delineare il quadro giuridico di riferimento, afferma innanzitutto che, mentre in caso di rinnovo la P.A. dà luogo ad una nuova negoziazione con il medesimo soggetto, che può concludersi con l'integrale conferma delle precedenti condizioni o con la modifica di alcune di esse in quanto non più attuali, in ipotesi di mera proroga si conviene soltanto il differimento del termine finale del rapporto, il quale rimane per il resto regolato dall'atto originario. Conseguentemente la revisione prezzi si applica nella sola ipotesi di proroga contrattuale e l'incremento deve essere rapportato all'originaria data di aggiudicazione della gara.

Attraverso l'analisi degli elementi che, in concreto, disciplinano gli accordi intervenuti tra le parti (quali ad es. la comune intenzione delle parti desumibile dalla terminologia da essi adoperata, il dato oggettivo della mancata rinegoziazione delle condizioni contrattuali, l'assenza di una rinnovata istruttoria dell'Amministrazione circa l'attualità e la convenienza delle condizioni esistenti) l'organo giudicante configura gli accordi intervenuti quali proroghe e, riconoscendo la fondatezza della domanda attorea, sancisce il diritto ad ottenere un compenso a titolo revisionale.

Al fine di determinare la corretta entità degli indici di revisione, il Collegio dispone quindi che l'incremento percentuale debba essere computato a partire dalla seconda annualità del contratto e, trattandosi di debito di valuta liquidabile con applicazione di una mera formula matematica, statuisce la produzione degli interessi legali sul compenso revisionale dalla data di scadenza del singolo anno di contratto per il quale esso è dovuto e fino alla data di effettivo soddisfo.

Non viene accolta, invece, la domanda concernente la rivalutazione monetaria dell'importo dovuto a titolo revisionale, in assenza della prova, da parte del ricorrente, del maggior danno subito rispetto alla misura degli interessi legali.

SULLA QUALIFICAZIONE GIURIDICA DELLE CASSE PREVIDENZIALI DEI LIBERI PROFESSIONISTI E L'APPLICAZIONE DELLE PROCEDURE DELL'EVIDENZA PUBBLICA

TAR Lazio, Roma, sez. III, 15 febbraio 2013, n. 1716 – pres. Bianchi, est. Dongiovanni

Appalto di lavori - Casse di previdenza dei liberi professionisti - Natura giuridica - Organismo di diritto pubblico - Obbligo procedura ad evidenza pubblica - Annullamento procedura - Risarcimento danni da 'contatto sociale qualificato' - Irrilevanza soglia di consolidamento dell'affidamento

Nei procedimenti di gara per la scelta del contraente, le amministrazioni (come le casse di previdenza dei liberi professionisti che sono organismo di diritto pubblico) conservano il potere di annullare in via di autotutela la procedura e le singole operazioni di gara. Né il provvedimento di aggiudicazione definitiva, tanto meno quello di aggiudicazione provvisoria, ostano all'esercizio di siffatto potere, fatto salvo il rispetto dei principi di buona fede e correttezza e della tutela dell'affidamento ingenerato.

* * *

Il vincitore della procedura di selezione indetta dalla Cassa Italiana di Previdenza ed Assistenza dei Geometri Liberi Professionisti avente ad oggetto i lavori di manutenzione straordinaria della sede della Cassa stessa ha chiesto al giudice amministrativo il risarcimento dei danni derivanti dall'annullamento in autotutela dell'intera procedura di selezione.

Il TAR Lazio (Roma) ha rigettato la domanda risarcitoria, evidenziando che:

- 1) l'annullamento era stato disposto in esecuzione di una sentenza del TAR Lazio (Roma, n. 30034/2010), che, previa disapplicazione dell'art. 1, comma 10-ter, del D.L. n. 162 del 2008, ha qualificato le casse di previdenza dei liberi professionisti quali organismi di diritto pubblico con conseguente obbligo di assoggettamento alla disciplina dettata dal Codice dei contratti pubblici (cfr. anche AVCP, segnalazione 3 febbraio 2011);
- 2) il provvedimento di annullamento è stato finalizzato all'indizione di una nuova procedura di gara in linea con le previsioni del Codice dei contratti pubblici ed è dunque legittimo;

3) la Pubblica amministrazione ha sempre il potere di annullare in autotutela i provvedimenti di aggiudicazione provvisoria e definitiva, a patto di motivare il provvedimento di annullamento;

4) nessun affidamento si è ingenerato nel ricorrente vista la scansione temporale degli eventi (aggiudicazione “provvisoria” della “gara”: 7/7/2010; pubblicazione della sentenza del TAR Lazio n. 30034/2010: 4/8/2010; provvedimento di annullamento in autotutela: 15/9/10);

5) sebbene, dopo la comunicazione di aggiudicazione del 21 luglio 2010, possa essersi ingenerato nel vincitore un affidamento nella definitiva conclusione della procedura, tale affidamento non ha tuttavia raggiunto una soglia di consolidamento sufficiente per poter trovare tutela in sede risarcitoria in quanto la condotta della Cassa è stata comunque tempestiva e dettata da legittime ragioni.

* * *

SUL TEMA INTRODUCE ELEMENTI DI INNOVAZIONE: Corte di Giustizia UE, 12 settembre 2013, C 526/13, *GmbH & Co. KG v. Artzammer Westfalen-Lippe*

NEL CASO DI PRESTAZIONI RISERVATE AD ISCRITTI AD UN ALBO NON RILEVA LA NATURA DEL RAPPORTO INTERNO TRA IMPRESA CONCORRENTE E PROFESSIONISTA

TAR Liguria, sez. II, 20 febbraio 2013 n. 314 - Pres. Caruso, Est. De Carlo

Appalto di servizi - Requisiti di partecipazione - Esclusione - Certificazioni - Dichiarazione sostitutiva - Indicazioni sovrabbondanti e contraddittorie - Favor participationis

Quando in un appalto pubblico l'oggetto è costituito in tutto o in parte da prestazioni professionali riservate ad iscritti ad un particolare Albo, i soggetti partecipanti alla gara devono essere in condizione di avvalersi delle prestazioni di tale tipo di professionisti non rilevando il rapporto interno tra l'impresa partecipante ed il professionista.

* * *

Una Fondazione indiceva una gara per l'affidamento dell'appalto del servizio di elaborazione delle buste paga che viene aggiudicata ad una società di capitali. Altro concorrente proponeva ricorso giurisdizionale, lamentando, in particolare, che l'aggiudicataria era una società non costituita esclusivamente da professionisti iscritti ad albi, iscrizione che era richiesta per l'espletamento di parte delle prestazioni oggetto di gara. La ricorrente censurava altresì la mancata presentazione da parte della controinteressata della dichiarazione prevista dall'art. 38 D.Lgs. 163/2006 relativa a procuratori ad negotia.

Tali doglianze non sono state ritenute meritevoli di accoglimento.

Quanto alla prima censura, è da ritenersi necessario e sufficiente ai fini della legittimità della partecipazione alla gara che la concorrente possa avvalersi delle prestazioni di professionisti iscritti ad un albo, a maggior ragione qualora, come nel caso di specie, le prestazioni richieste siano solo parzialmente riservate a tali professionisti.

Nessun rilievo trova neppure la censura di cui alla violazione dell'art. 38, ritenendo il collegio che la qualifica dell'amministratore dotato di poteri sia da valutarsi con riferimento alla posizione formale del singolo nell'organizzazione dell'impresa e non sulla base di indagini sostanzialistiche.

IL TERMINE DI COMPROVA DEI REQUISITI SPECIALI DELL'IMPRESA AGGIUDICATARIA DEVE INTENDERSI PERENTORIO SOLO OVE PREVISTO DAL BANDO.

Tar Lazio, Roma, sez. II quater, 28 febbraio 2013 n. 2180 - Pres. Scafuri, Est. Maddalena

Appalto misto - Progettazione ed esecuzione - 1. Verifica requisiti - Controllo definitivo su aggiudicataria e seconda classificata - Termine presentazione - Discrezionalità amministrazione - Natura ordinatoria - Ratio - 2. Servizi valutabili - Differenza se committenti privati o pubblici - Se privati occorre l'esecuzione dei lavori

La natura del termine entro il quale l'impresa aggiudicataria deve dare dimostrazione dei requisiti non può ritenersi sulla base del solo dato normativo alla stregua di termine perentorio, bensì – in linea di principio – solo di termine sollecitatorio. Ciò non preclude alla stazione appaltante, in caso di esigenze di celerità, la possibilità di qualificare come perentorio il termine; in tali casi la perentorietà del termine deve essere espressamente sancita nel bando o nella lettera di invito.

* * *

PARZIALMENTE DIFFORME: Consiglio di Stato, sez. VI, 8 marzo 2012, n. 1321

ANCORA SULLA RESPONSABILITÀ OGGETTIVA DELLA PA PER ILLEGITTIMITÀ ACCERTATE IN MATERIA DI APPALTI PUBBLICI

Consiglio di Stato, sez. V, 18 febbraio 2013 n. 966 - Pres. Caringella, Est. Bianchi

Appalto di lavori - Annullamento aggiudicazione per via giudiziale - Risarcimento per equivalente e tutela in forma specifica - Principio comunitario dell'effettività della tutela - Impatto su ordinamento interno - Configurazione responsabilità oggettiva PA - Risarcimento - Presupposti

La regola comunitaria in materia di risarcimento del danno per illegittimità accertate in materia di appalti pubblici (ad es. avere assunto provvedimenti lesivi di interessi legittimi) configura una responsabilità oggettiva, sottratta ad ogni possibile esimente, poiché derivante da principio generale funzionale a garantire la piena ed effettiva tutela degli interessi delle imprese, a protezione della concorrenza nel settore degli appalti pubblici.

Tale regola non può essere circoscritta ai soli appalti comunitari ma deve estendersi, in quanto principio generale di diritto comunitario, a tutto il campo degli appalti pubblici, nei quali i principi di diritto comunitario hanno diretta rilevanza ed incidenza, non fosse altro che per il richiamo che ad essi viene fatto dal nostro legislatore nel Codice appalti (art 2 d. lgs. 163 / 06).

* * *

La fattispecie riguarda il tema della responsabilità della Pubblica Amministrazione a seguito di aggiudicazione illegittima e il conseguente diritto al risarcimento dei danni da parte del concorrente pretermesso. Il giudice di prime cure ha escluso tale responsabilità ritenendo insussistente il profilo soggettivo della colpa della stazione appaltante, qualificato come “errore scusabile” e perciò negando le richieste dell’impresa non aggiudicataria. In sede di ricorso, il Collegio giudicante riconosce le ragioni dell’impresa fondandole sull’applicazione della recente giurisprudenza comunitaria - sentenza del 30 settembre 2010, C314/09, Corte di Giustizia dell’Unione Europea (cfr. anche Consiglio di Stato, sez. IV, 31 gennaio 2012, n. 482) - la quale stabilisce che il diritto ad ottenere il risarcimento del danno da una Amministrazione pubblica che abbia violato le norme sulla disciplina degli appalti non sia subordinato al carattere colpevole

di tale violazione. Di seguito si riporta la parte più significativa, con riferimento al tema segnalato, della sentenza del Consiglio di Stato.

Secondo la Corte di Giustizia, il rimedio risarcitorio previsto dall'art. 2, n. 1, lett. c), dell'originaria direttiva 89/665/CEE può costituire, se del caso, un'alternativa procedurale compatibile con il principio di effettività delle garanzie offerte soltanto a condizione che la possibilità di riconoscere un risarcimento in caso di violazione delle norme sugli appalti pubblici non sia subordinata alla constatazione dell'esistenza di un comportamento colpevole tenuto dall'Amministrazione aggiudicatrice.

Poco importa per il giudice comunitario, che un ordinamento nazionale non faccia gravare sul ricorrente l'onere della prova dell'esistenza di una colpa dell'Amministrazione aggiudicatrice, ma la presuma a carico della stessa; infatti, dal momento in cui si consente a quest'ultima di vincere la presunzione di colpevolezza su di essa gravante, si genera ugualmente il rischio che il ricorrente pregiudicato da una decisione illegittima di un'Amministrazione aggiudicatrice venga comunque privato del diritto di ottenere un risarcimento per il danno causato da tale decisione, nel caso in cui l'Amministrazione riesca a vincere la suddetta eventuale presunzione di colpevolezza.

La decisione, pur non introducendo elementi di novità rispetto ad altra precedente decisione della stessa Corte in data 14 ottobre 2004, C 275/03, che aveva sanzionato lo Stato del Portogallo per aver subordinato la condanna al risarcimento dei danni cagionati da violazioni del diritto comunitario in materia di pubblici appalti all'allegazione della prova, da parte dei danneggiati, che gli atti illegittimi dello Stato o degli enti di diritto pubblico fossero stati commessi colposamente o dolosamente, ribadisce in modo chiaro e univoco che, in materia di appalti pubblici, da un lato non possa gravare sul ricorrente danneggiato l'onere di provare che il danno derivante dal provvedimento amministrativo illegittimo sia conseguenza di una colpa dell'Amministrazione; dall'altro lato, che non possa l'Amministrazione sottrarsi all'obbligo di risarcire i danni cagionati da un suo provvedimento illegittimo adducendo l'inesistenza a proprio carico di elementi di dolo o di colpa.

In altre parole, la regola comunitaria vigente in materia di risarcimento dei danno per illegittimità accertate in materia di appalti pubblici per avere assunto provvedimenti illegittimi lesivi di interessi legittimi configurerebbe una responsabilità non avente natura né contrattuale né extracontrattuale, ma oggettiva, sottratta ad ogni possibile esimente, poiché derivante da principio generale funzionale a garantire la piena ed effettiva tutela degli interessi delle imprese, a protezione della concorrenza, nel settore degli appalti pubblici.

Intesa in questo senso, è dunque evidente che tale regola non può essere circoscritta ai soli appalti comunitari ma deve estendersi, in quanto principio generale di diritto comunitario in materia di effettività della tutela, a tutto il campo degli appalti pubblici, nei quali i principi di diritto comunitario hanno diretta rilevanza ed incidenza, non fosse altro che per il richiamo che ad essi viene fatto dal nostro legislatore nel Codice appalti (art 2 d. lgs. 163 / 06).

La sistematica della colpa si trova oggi, quindi, a dover essere rimeditata non solo in generale, alla luce della novella azione di condanna al risarcimento positivizzata dal Codice del processo amministrativo (ex art. 30), questione che esula dal perimetro del presente giudizio; ma soprattutto, come detto, in relazione alla responsabilità civile della P.A. nel campo degli appalti pubblici, rispetto al quale il giudice comunitario ha mostrato di confermare l'orientamento invalso già a partire dalla pronuncia resa in occasione del caso *Brasserie du pêcheur - Factortame* (CGE 5 marzo 1996, Cause riunite C46/93 e C48/93), secondo cui si deve configurare la responsabilità in senso oggettivo, atteso che il rimedio risarcitorio contemplato dalla direttiva 89/665/CEE può effettivamente rivelarsi un efficace mezzo di ristoro soltanto a condizione che la possibilità di riconoscere un risarcimento in caso di violazione delle norme sugli appalti pubblici non sia subordinata alla constatazione dell'esistenza di un comportamento colpevole tenuto dall'Amministrazione aggiudicatrice.

In questo modo si conferisce massima importanza ai principi di equivalenza e, soprattutto, di effettività, garantendo nel contempo in tutto il territorio dell'Unione un'uniforme disciplina degli appalti pubblici.

L'effettività del comando normativo non viene perseguita attraverso prescrizioni di regolazione dei procedimenti amministrativi, ma avviene attraverso il versante delle garanzie, giurisdizionali o paragiurisdizionali: la direttiva 89/665, nei suoi considerando (e ancor più le successive direttive di codificazione attualmente vigenti, nonché la nuova direttiva ricorsi 66/2007/CE), rileva l'assenza, sia sul piano dei diritti nazionali che su quello del diritto comunitario, di adeguati strumenti di garanzia dell'applicazione effettiva della normativa comunitaria in materia di appalti pubblici, determinando un freno alla partecipazione delle imprese comunitarie alle gare e, dunque, incidendo sulla libera circolazione dei servizi.

Il fatto che manchino rimedi validi ed efficaci avverso le violazioni del diritto comunitario riduce la concorrenza comunitaria e determina un allontanamento dai fini del Trattato, improntata in questo settore ai principi della massima concorrenza e della non discriminazione.

La disciplina comunitaria della concorrenza è rivolta, infatti, essenzialmente alla tutela delle posizioni soggettive delle imprese, cui dovrebbe corrispondere in capo alla Pubblica Amministrazione l'obbligo di tenere un corretto comportamento verso i concorrenti alle gare pubbliche; tale intento rischierebbe con ogni probabilità di essere frustrato da una disciplina nazionale che subordinasse l'ottenimento del risarcimento dei danni, da parte dell'offerente offeso, al previo positivo riscontro dell'elemento soggettivo della responsabilità della Pubblica Amministrazione.

L'ordinamento comunitario dimostra che ciò che rileva è l'ingiustizia del danno e non l'elemento della colpevolezza; ciò determina ipso facto la creazione di un diritto amministrativo comune a tutti gli Stati membri nel quale i principi che si elaborano a livello comunitario, in applicazione dei Trattati, trovano humus negli ordinamenti interni, e costituiscono una sorta di sussunzione unificante di regole riscontrabili in tali ordinamenti.

In questo processo di astrazione è inevitabile che i principi di diritto interno vengano sostituiti da principi caratterizzati da più larga acquisizione, poiché il ravvicinamento e l'armonizzazione normativa premia il principio maggiormente condiviso, come è quello della responsabilità piena della P.A. senza aree di franchigia.

Peraltro, l'assenza, nella disciplina comunitaria degli appalti, di qualsivoglia riferimento ad un'indagine in ordine all'elemento soggettivo della responsabilità, lungi dall'essere una dimenticanza, si spiega ponendo mente al fatto che, di norma, la via del risarcimento per equivalente viene percorsa qualora risulti preclusa quella della tutela in forma specifica; la reintegrazione in forma specifica rappresenta, peraltro, in ambito amministrativo l'obiettivo tendenzialmente primario da perseguire e il risarcimento per equivalente costituisce invece una misura residuale, di norma subordinata all'impossibilità parziale o totale di giungere alla correzione del potere amministrativo, come dimostra, d'altra parte, anche la vicenda giurisprudenziale e normativa relativa alla dichiarazione di inefficacia del contratto d'appalto, come da ultimo risolta per effetto del d.lgs. n. 53/2010, le cui previsioni sono confluite nel Codice del processo amministrativo agli artt. 121 e ss. In tal modo, dunque, il ricorrente che non ottiene direttamente il bene della vita a cui aspira, ossia la riedizione della gara o l'aggiudicazione definitiva può aspirare alla monetizzazione del pregiudizio subito; se, tuttavia, anche tale ultima via di ristoro venisse resa impraticabile o assolutamente impervia, il privato rischierebbe di restare sprovvisto di qualsiasi forma di tutela.

Quanto prefigurato è esattamente ciò che accade qualora una normativa nazionale subordini il risarcimento del danno al positivo riscontro della colpa della stazione appaltante.

SE LA STAZIONE APPALTANTE STABILISCE NEL BANDO IL COSTO DELLA MANODOPERA NON PUÒ ESCLUDERE, SENZA PREVENTIVO CONFRONTO, I CONCORRENTI CHE NON LO RISPETTANO

TAR Toscana, Firenze, sez. I, 28 gennaio 2013, n. 133 - Pres. Buonvino, Est. Giani

Appalto di lavori - Anomalia dell'offerta - Costo manodopera inferiore al costo stimato PA - Lex specialis: costo non soggetto a ribasso - Esclusione automatica - Illegittimità - Necessità di contraddittorio - Disapplicazione norme del bando e di legge per violazione regole europee

L'esclusione in via automatica di un'offerta a causa del superamento del costo della manodopera come stimato dalla stazione appaltante, senza possibilità che il singolo operatore economico giustifichi in concreto le ragioni dello scostamento, è da ritenere in contrasto con il diritto comunitario e deve conseguentemente essere disapplicata dal giudice nazionale.

La normativa europea è esplicita nel prevedere, anche con riferimento al rispetto della normativa lavoristica, che la stazione appaltante richieda agli operatori economici partecipanti alla selezione giustificazioni in ordine all'ammontare delle offerte dagli stessi presentate e implica quindi la illegittimità comunitaria della disciplina interna laddove consente l'esclusione automatica delle offerte per superamento dei costi della manodopera unilateralmente fissati dalla stazione appaltante.

* * *

PREVALE IL DIVIETO DI COMMISTIONE TRA CRITERI RIGUARDANTI L'AMMISSIONE ALLA GARA E LA VALUTAZIONE DELL'OFFERTA, MA LE NUOVE DIRETTIVE (CHE ATTENUANO IL DIVIETO) SONO PROSSIME ALL'APPROVAZIONE

TAR Veneto, sez. I, 28 febbraio 2013 n. 285 - Pres. Amoroso, Est. Coppari

Appalto di servizi - Ristorazione - Valutazione dell'offerta - Requisiti oggettivi - Requisiti soggettivi inerenti la precedente attività del concorrente - Divieto di commistione - Violazione, illegittimità - Eccessiva valorizzazione criteri di natura soggettiva - Caratteristiche legate all'esperienza dell'impresa - Lesione par condicio

In sede di valutazione dell'offerta tecnica, la scelta di valorizzare in via prevalente elementi riguardanti le caratteristiche ancorate all'esperienza maturata dalla società e al livello di capacità e professionale già raggiunto, fa rinvio a criteri di natura soggettiva ovvero sia ad aspetti che, in quanto tali, possono legittimamente rilevare solo in sede di qualificazione alla gara, quali criteri di ammissione alla stessa e non di valutazione dell'offerta.

* * *