

NEWSLETTER N.20 ANNO VI

16 - 30 novembre 2020



Via Sistina n. 48 - 00187 - Roma
Tel: (+39) 06.69921687
Fax: (+39) 06 .39738792

Via Durini n. 25 - 20122 - Milano
Tel e Fax: (+39) 02.91090173

<https://www.aoerre.com>
email: segreteria@aoerre.com

In evidenza

CONSIGLIO DI STATO, Sez. V – sentenza 27 novembre 2020 n. 7444 – Appalti – *Sull’onere di valutazione di tutti i documenti prodotti dall’operatore economico come giustificativi in sede di verifica dell’anomalia* - Con la sentenza in rassegna, i Giudici di Palazzo Spada hanno ritenuto che sia onere dell’Amministrazione valutare tutti i documenti prodotti dall’operatore economico come giustificativi in sede di verifica dell’anomalia.

Nel caso di specie, la Stazione Appaltante aveva ommesso di valutare un documento in quanto prodotto in extremis.

Tuttavia, il Collegio ha ritenuto che, oltre a non essere tardivo, il documento apportava una modifica, entro i limiti consentiti, delle singole voci dei costi della manodopera e, per l’effetto, doveva comunque essere valutato.

Pertanto, la verifica dell’anomalia non avrebbe potuto prescindere da una completa valutazione anche del documento contestato.

(Giudizio seguito dalla Studio AOR Avvocati).

Appalti pubblici

CONSIGLIO DI STATO, Sez. III – sentenza 17 novembre 2020 n. 7142 – Appalti – *Sull’oggetto del contratto di cooperazione* – Con la sentenza in rassegna, i Giudici di Palazzo Spada hanno ricordato che i contratti di cooperazione non possono avere il medesimo oggetto del contratto di appalto, ma solo prestazioni ad esso complementari e aggiuntive.

In aggiunta, hanno affermato che il contratto di cooperazione non può incidere sul possesso dei requisiti ai fini della partecipazione a una gara. Infatti, la formulazione della lett. c-bis) del comma 3 dell’art. 105 del Codice dei Contratti Pubblici è chiara nell’attribuire rilevanza a tali contratti solo in un momento successivo all’aggiudicazione, in quanto si riferisce ai soggetti affidatari, i quali abbiano, quindi, già dimostrato il possesso dei requisiti in sede di gara.

CONSIGLIO DI STATO, Sez. V – sentenza 19 novembre 2020 n. 7182 – Appalti – *Sulla legittimità del ricorso al criterio del minor prezzo laddove l’affidamento riguardi forniture e servizi che, per la loro natura, non giustificano un confronto concorrenziale* – Con la sentenza in rassegna, i Giudici di Palazzo Spada hanno sostenuto la legittimità del ricorso al criterio del minor prezzo laddove l’affidamento riguardi forniture e servizi che, per la loro natura, non giustificano un confronto concorrenziale.

Il Collegio richiama le Linee Guida Anac n. 2, le quali specificano che il criterio del minor prezzo possa trovare applicazione per servizi e forniture che non siano modificabili su richiesta della Stazione Appaltante o che rispondano a specifici standard, poiché in tali casi un confronto concorrenziale consentirebbe un beneficio quasi nullo per l’Amministrazione.

Il medesimo ragionamento deve estendersi al caso in cui la Stazione Appaltante possa vantare una lunga esperienza per ripetitività nell’acquisto dei medesimi servizi o forniture. Tuttavia, in tali circostanze, la motivazione dell’Amministrazione per giustificare la

scelta del criterio del minor prezzo deve dimostrare che non ne derivi un vantaggio per uno specifico fornitore.

CONSIGLIO DI STATO, Sez. V – sentenza 20 novembre 2020 n. 7237 – Appalti – *Sulla responsabilità precontrattuale della Stazione Appaltante nella procedura di scelta del contraente* – Con la sentenza in rassegna, i Giudici di Palazzo Spada hanno ritenuto che la Stazione Appaltante è soggetta a responsabilità precontrattuale nella scelta del contraente laddove non abbia rispettato l’obbligo di improntare la propria condotta al canone di buona fede e correttezza in ogni fase della trattativa.

Infatti, le regole privatistiche si affiancano a quelle pubblicistiche in ogni fase della trattativa e non solo nella fase successiva all’individuazione del contraente, poiché tutte le fasi sono strettamente connesse in chiave teleologica. La differenza tra i due ambiti non può quindi rinvenirsi nella loro applicazione, bensì nelle sole conseguenze, poiché la violazione delle regole privatistiche determina la responsabilità dell’Amministrazione mentre la violazione di quelle pubblicistiche, di regola, l’invalidità degli atti.

Pertanto, anche nella fase di scelta del contraente l’Amministrazione deve rispettare le regole privatistiche, adottando comportamenti tali da non ledere il legittimo affidamento serbato dal privato, informandolo tempestivamente dell’eventuale esistenza di cause ostative a una positiva conclusione delle trattative.

CONSIGLIO DI STATO, Sez. V – sentenza 20 novembre 2020 n. 7239 – Appalti – *Sull’onere di immediata impugnazione degli atti inerenti alle consultazioni preliminari di mercato* – Con la sentenza in commento, i Giudici di Palazzo Spada hanno negato l’onere di immediata impugnazione degli atti inerenti alle consultazioni preliminari di mercato.

Nel richiamare le Linee Guida Anac in materia, il Collegio ha ricordato come l’acquisizione di informazioni in sede di consultazione del mercato non costituisce una procedura di affidamento, ma è meramente finalizzata a verificare, ad esempio, l’eventuale fungibilità di beni, prestazioni e servizi che potrebbero poi costituire l’oggetto di una eventuale procedura di gara.

Proprio il carattere meramente eventuale di una successiva gara consente all’operatore economico di impugnare le risultanze della consultazione unitamente ai provvedimenti di avvio della gara stessa, in quanto atti ad essi presupposti.

Anche laddove la consultazione determini ex se l’individuazione di requisiti tali da comportare l’eventuale esclusione dell’operatore economico, quest’ultimo ha comunque una mera facoltà di impugnazione immediata degli atti.

CONSIGLIO DI STATO, Sez. V – sentenza 23 novembre 2020 n. 7255 – Appalti – *Sulla astratta correttezza di un’offerta “simbolica”, laddove adeguatamente giustificata dall’operatore economico* – Con la sentenza in rassegna, i Giudici di Palazzo Spada hanno riconosciuto l’astratta correttezza di un’offerta “simbolica”, laddove adeguatamente giustificata dall’operatore economico, eventualmente anche da ragioni di economie di scala.

La valutazione della Stazione Appaltante sulla serietà dell’offerta economica deve, infatti, prendere in considerazione anche che la fornitura richiesta potrebbe riguardare infrastrutture già in possesso

dell'operatore economico, così che l'affidamento del servizio non determini costi aggiuntivi per l'affidatario.

Inoltre, il Collegio ha ricordato come una recente pronuncia della giurisprudenza europea abbia sostenuto che anche un'offerta economica pari a zero non possa implicare l'automatica esclusione ma deve in ogni caso condurre a una verifica dell'anomalia, nella quale l'operatore potrebbe fornire giustificazioni riconducibili anche a ragioni di economie di scala.

CONSIGLIO DI STATO, Sez. V – sentenza 26 novembre 2020 n. 7436 – Appalti – Sulla legittimità di una formula matematica finalizzata a impedire eccessivi ribassi nelle offerte di gara e sulla possibilità di attribuire rilevanza al requisito del volume di fatturato nel settore oggetto di appalto ai fini della valutazione sulla capacità tecnica dell'operatore economico – Con la sentenza in rassegna, i

Giudici di Palazzo Spada hanno sostenuto la legittimità di una formula matematica finalizzata a impedire eccessivi ribassi nelle offerte di gara. Infatti, a differenza di quanto previsto dalla previgente normativa del 2006 e dalla giurisprudenza su di essa formatasi, il nuovo Codice dei Contratti Pubblici impone di preferire la valutazione degli aspetti qualitativi dell'offerta rispetto a quelli strettamente economici.

Pertanto, ben può la formula matematica essere impiegata per evitare che le offerte economiche dei concorrenti determinino una eccessiva riduzione della qualità della prestazione offerta.

In aggiunta, i Giudici di Palazzo Spada hanno riconosciuto la possibilità di attribuire rilevanza al requisito del volume di fatturato nel settore oggetto di appalto ai fini della valutazione sulla capacità tecnica dell'operatore economico.

CONSIGLIO DI STATO, Sez. V – sentenza 26 novembre 2020 n. 7438 – Appalti – Sul possesso dei requisiti richiesti ai fini della partecipazione a una procedura di gara entro il termine di presentazione dell'offerta – Con la sentenza in commento, i Giudici di Palazzo hanno ricordato che i requisiti richiesti ai fini della partecipazione a una procedura di gara devono essere posseduti entro il termine di presentazione dell'offerta.

Invece, nel caso di specie, il bando impugnato aveva imposto il possesso dei requisiti al momento dell'indizione della gara.

Tuttavia, tale clausola contrasta, innanzi tutto, con il dato normativo che prevede un termine minimo per la presentazione delle offerte proprio per consentire agli operatori di prendere conoscenza di tutte le necessarie informazioni.

In secondo luogo, una previsione di tal genere non consente di favorire una più ampia partecipazione alle procedure di gara, poiché priva gli operatori economici del tempo occorrente per programmare la propria attività in funzione dell'appalto, impedendo agli stessi di procurarsi i requisiti richiesti entro il termine di presentazione delle offerte.

Il Collegio conclude ricordando come potrebbe ritenersi legittima la previsione di un possesso dei requisiti più risalente nel tempo, ma ciò deve essere funzionale a valorizzare il profilo esponenziale e comunque nel rispetto dei principi di adeguatezza e proporzionalità.

CONSIGLIO DI STATO, Sez. V – sentenza 27 novembre 2020 n. 7462 – Appalti – Sui presupposti necessari per l'applicazione del cd. divieto di pantouflage – Con l'ordinanza in rassegna, i Giudici di Palazzo Spada hanno ricordato che il cd. divieto di pantouflage sia

circoscritto ai soli soggetti che abbiano esercitato poteri autoritativi o negoziali per conto di Pubbliche Amministrazioni o enti privati sotto il controllo pubblico.

Nel caso di specie, due ex dipendenti avevano svolto compiti esecutivi variabili e non complessi e comunque di livello inferiore rispetto anche alle mansioni di operai ex qualificati, categoria nella quale erano formalmente inquadrati.

Pertanto, in tali circostanze il divieto imposto dalla normativa non può trovare applicazione, mancando l'esercizio del potere autoritativo o negoziale.

TAR FIRENZE, Sez. II – sentenza 18 novembre 2020 n. 1441 - Appalti – *Sul rispetto del principio di rotazione dei Commissari di gara laddove la composizione della medesima Commissione segue di due anni una precedente nomina* - Con la sentenza in rassegna, i Giudici Toscani hanno ritenuto che il principio di rotazione dei Commissari di gara sia rispettato anche laddove la composizione della medesima Commissione segue di due anni una precedente nomina. Il Collegio ricorda che, nelle more della predisposizione della normativa in tema di Albo dei Commissari di gara, non vi sia a livello legislativo l'indicazione di uno specifico termine al quale rapportare il principio di rotazione. Ciononostante, la deliberazione ANAC n. 620 del 2016 ha previsto un divieto di ricoprire analogo incarico per i due anni seguenti alla data di nomina.

TAR CAMPANIA - NAPOLI, Sez. VII – sentenza 24 novembre 2020 n. 5499 - Appalti – *Sulla legittimità della clausola con la quale si richiede la disponibilità del centro di cottura quale requisito di partecipazione a una gara per l'affidamento del servizio di refezione scolastica* - Con la sentenza in commento, i Giudici Campani hanno ritenuto annullabile e non nulla la clausola con la quale si richiede la disponibilità del centro di cottura quale requisito di partecipazione a una gara per l'affidamento del servizio di refezione scolastica. Infatti, la disponibilità del centro rientra tra i livelli minimi di capacità tecnica e, pertanto, tale requisito non può ritenersi nullo. Tale circostanza non preclude un giudizio in termini di annullabilità, laddove il concorrente abbia impugnato la clausola del bando entro i trenta giorni dalla sua pubblicazione, in quanto avente carattere escludente. Al contrario, nel caso di specie, il ricorrente aveva contestato la legittimità del requisito entro il diverso termine decadenziale previsto per l'impugnazione dell'aggiudicazione della gara.

TAR CAMPANIA - NAPOLI, Sez. V – sentenza 27 novembre 2020 n. 5595 - Appalti – *Sui presupposti ed i limiti di applicazione del quinto d'obbligo* - Con la sentenza in esame, i Giudici Campani hanno sostenuto che la facoltà della Stazione Appaltante di ampliare quantitativamente l'oggetto del contratto nei limiti del quinto possa essere esercitata solo in caso di circostanze imprevedibili e sopravvenute nel corso dell'esecuzione. In particolare, ad avviso del Collegio, nel consentire a una delle parti di modificare l'oggetto del contratto, lo ius variandi rappresenta non solo una deroga al generale principio previsto dall'art. 1372 c.c. per cui "il contratto ha forza di legge tra le parti" ma, soprattutto, una deroga all'obbligo di indizione di una nuova procedura di gara.

Servizi di interesse economico generale

Pertanto, la facoltà prevista dal comma 12 dell'art. 106 del Codice dei Contratti Pubblici non può mai essere esercitata al fine di rimediare a un errore della Stazione Appaltante nell'originaria individuazione del proprio fabbisogno o per eludere l'obbligo di indizione di una nuova procedura di gara.

CONSIGLIO DI STATO, Sez. IV – ordinanza 18 novembre 2020 n. 7161 – Affidamenti in house – *Sul permanere del possesso del requisito del controllo analogo congiunto* – Con l'ordinanza in rassegna, i Giudici di Palazzo Spada hanno rimesso alla Corte di Giustizia la questione sulla compatibilità comunitaria dell'affidamento diretto di un servizio di interesse generale (rifiuti) ad una società che non abbia (più) il requisito del controllo analogo congiunto, dopo una legittima operazione societaria di aggregazione, svolta tramite procedura ad evidenza pubblica.

Nel caso di specie, il Consiglio di Stato, dopo aver ripercorso la normativa comunitaria e nazionale in materia di affidamento in house ed aver sottolineato che nella giurisprudenza interna non esistono precedenti in termini, invita la Corte a pronunciarsi sul seguente quesito:

“se l'art. 12 della direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014 osti ad una normativa nazionale la quale imponga un'aggregazione di società di servizi pubblici locali di rilevanza economica, a seguito della quale l'operatore economico succeduto al concessionario iniziale a seguito di operazioni societarie effettuate con procedure trasparenti, comprese fusioni o acquisizioni, prosegua nella gestione dei servizi sino alle scadenze previste, nel caso in cui:

- (a) il concessionario iniziale sia una società affidataria in house sulla base di un controllo analogo pluripartecipato;
- (b) l'operatore economico successore sia stato selezionato attraverso una pubblica gara;
- (c) a seguito dell'operazione societaria di aggregazione i requisiti del controllo analogo pluripartecipato più non sussistano rispetto a taluno degli enti locali che hanno in origine affidato il servizio di cui si tratta.”