



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

Dossier a cura dell'Osservatorio

22 maggio 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, Anna Simonati, Michele Cozzio, Alessandra Piconese, Francesca Imarisio, Lucia Carrozza, Alma Chiettini, Mara Bertagnolli, Antonio Cassatella, Paolo Patrio, Luigi Gili, Vittorio Miniello, Alessandro Vetrano

INDICE

	<i>Pag.</i>
PRESUPPOSTI DEL RICORSO ALLA PROCEDURA NEGOZIATA SENZA BANDO E GIUSTIFICAZIONE DELLA SCELTA	3
L'ESISTENZA DI UN'UNICA STRUTTURA ORGANIZZATIVA IN CAPO AL SOGGETTO AFFIDATARIO, IN FORZA DI APPOSITI VINCOLI CONTRATTUALI, NON È QUALIFICABILE COME SUBAPPALTO	4
PRINCIPIO DI CORRISPONDENZA TRA QUOTE DI ESECUZIONE E QUOTE DI QUALIFICAZIONE NELLE ATI: APPLICABILITÀ ANCHE AI CONTRATTI PREGRESSI.....	6
AMMISSIBILI LE VARIANTI MIGLIORATIVE DELL'OFFERTA NEI LIMITI DELL'ALIUD PRO ALIO	8
IL FAVOR PARTECIPATIONIS PREVALE SULL'INOSSERVANZA DELLE PRESCRIZIONI DI GARA IN MANCANZA DI LESIONE DI UN INTERESSE PUBBLICO EFFETTIVO E RILEVANTE	9
LEGITTIMO L'UTILIZZO DELL'ISTITUTO DELL'AVVALIMENTO DA PARTE DEL PROGETTISTA ASSOCIATO ALLA DITTA VINCITRICE.....	11
REVOCA DELL'AGGIUDICIAZIONE DA PARTE DEL NUOVO SOGGETTO APPALTANTE PER NEGLIGENZA COMMESSA NEI CONFRONTI DEL PRECEDENTE SOGGETTO APPALTANTE.....	12
SBAGLIA IL DATORE DI LAVORO CHE AUTOCERTIFICA IL CONTENUTO DEL DOCUMENTO DI VALUTAZIONE DEI RISCHI APPLICANDO LA SEMPLIFICAZIONE DOCUMENTALE DEL D.P.R. 445/2000	14
NON SUSSISTE RESPONSABILITÀ PRECONTRATTUALE SE LA REVOCA IN AUTOTUTELA OPERA "IN FASE BEN ANTERIORE" ALL'INDIVIDUAZIONE DELLA PARTE CONTRAENTE.....	16
LE ASSOCIAZIONI DI VOLONTARIATO PARTECIPANO LEGITTIMAMENTE ALLE GARE PUBBLICHE E NON ALTERANO LA PAR CONDICIO	18
IL REQUISITO DEL CONTROLLO ANALOGO PER L'AFFIDAMENTO <i>IN HOUSE</i> NEL CASO DI SOCIETÀ DI CAPITALI PARTECIPATA DA PIÙ ENTI LOCALI ..	20
GLI OBBLIGHI DI PUBBLICITÀ RIGUARDANTI LE MODIFICHE DELLE DISPOSIZIONI DI GARA.....	22

PRESUPPOSTI DEL RICORSO ALLA PROCEDURA NEGOZIATA SENZA BANDO E GIUSTIFICAZIONE DELLA SCELTA

Consiglio di Stato, sez. III, 8 gennaio 2013, n. 26 - Pres. Lodi, Est. Simonetti

Appalto servizi - Settore della difesa militare - 1. Procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando - Ragioni di natura tecnica - Carattere di eccezionalità - Particolare rigore dei presupposti giustificativi - Necessità del sondaggio ex ante del mercato nel settore - 2. Dichiarazione di inefficacia del contratto - Limiti - Salvaguardia degli effetti - rinvio alla Corte di Giustizia UE

La procedura negoziata senza pubblicazione del bando di gara riveste carattere di eccezionalità rispetto all'obbligo delle amministrazioni aggiudicatrici di individuare il loro contraente attraverso il confronto concorrenziale, per cui la scelta di tale modalità richiede un particolare rigore nella individuazione dei presupposti giustificativi, da interpretarsi restrittivamente, ed è onere dell'amministrazione committente dimostrarne l'effettiva esistenza. Con particolare riferimento all'ipotesi in cui la scelta della procedura sia effettuata per "ragioni di natura tecnica", le quali presuppongono l'esistenza di una sola impresa in grado di eseguire la prestazione oggetto del contratto, va ritenuta la necessità di accertare in via preventiva tale condizione attraverso una puntuale indagine conoscitiva, da effettuarsi anche in ambito europeo.

* * *

Un'impresa, che aveva già rilasciato al Ministero la propria disponibilità a partecipare a procedure di gara nel settore dei servizi telefonici, impugna l'aggiudicazione di un appalto di servizi e forniture mediante procedura negoziata senza bando, censurando l'omessa effettuazione di una gara e la stessa scelta di procedere ad una procedura negoziata senza bando. Sia in primo grado che in appello il giudice amministrativo accoglie le censure della ricorrente, ritenendo insussistenti le ragioni tecniche che, ad avviso dell'amministrazione resistente, avrebbero giustificato l'omessa indizione di una procedura di evidenza pubblica. Ritiene in particolare il giudice d'appello che a tal scopo l'amministrazione avrebbe quantomeno dovuto compiere una preventiva indagine di mercato dalla quale emergesse l'insussistenza dei presupposti per l'indizione della gara, e che tale scelta dovesse essere in ogni caso motivata dalla stazione appaltante.

L'ESISTENZA DI UN'UNICA STRUTTURA ORGANIZZATIVA IN CAPO AL SOGGETTO AFFIDATARIO, IN FORZA DI APPOSITI VINCOLI CONTRATTUALI, NON È QUALIFICABILE COME SUBAPPALTO

TAR Piemonte, Sez. I, 19 dicembre 2012, n.1365 - Pres. Balucani, Est. Pescatore

Concessione di servizi - Disciplina applicabile - Rispetto principi generali TFUE in tema di procedure ad evidenza pubblica - Rapporto associativo del tipo di rete fra gli offerenti - Distinzione dal subappalto - Ammissibilità - Assenza del profilo di autonomia e autorganizzazione

La procedura di concessione di servizi deve avvenire nel rispetto dei principi generali del Trattato (TFUE): trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità; ed è, di regola, sottratta alle disposizioni del Codice Appalti (D. Lgs.163/2006 s.m.i.), salva l'applicazione delle medesime disposizioni per espressa motivazione della Stazione Appaltante.

Prevedendo la lex specialis che la ditta aggiudicataria dovrà realizzare il servizio direttamente o anche tramite ditte controllate, collegate o in rapporto di franchising (anche Centro Operativo), si ritiene conforme alla procedura di gara e ai principi generali del TFUE l'affidamento dello svolgimento del servizio da parte dell'aggiudicataria ai suoi Centri Logistici Operativi indicati nell'offerta di gara, essendo gli stessi privi di qualsiasi autonomia ed autorganizzazione dalla Centrale Operativa aggiudicataria ed avendo quest'ultima presentato la dichiarazione sostitutiva circa il possesso dei requisiti generali di partecipazione (artt. 38 e 39, Codice Appalti).

* * *

Un Comune procede all'aggiudicazione definitiva di una concessione per l'affidamento del servizio relativo all'attività di ripulitura dell'area interessata da incidenti stradali, per il corretto ripristino delle condizioni di sicurezza e viabilità sulle strade di competenza del Comune, con stipula di convenzione per due anni.

La pronuncia in esame richiama alcuni principi consolidati in giurisprudenza comunitaria e nazionale riguardanti in particolare: (i) la qualificazione della concessione di servizi e (ii) la disciplina che regola l'istituto.

In primo luogo, vengono rilevati i requisiti che distinguono la concessione dall'appalto: che il servizio sia rivolto al pubblico, e non direttamente all'Amministrazione, e che (almeno per la parte prevalente) la remunerazione del concessionario derivi dalla gestione del servizio. Pertanto, viene qualificato come concessione di servizi il rapporto con cui il Comune ha affidato ad una società privata il servizio.

In secondo luogo, viene richiamato il principio per cui le concessioni di servizi sono sottratte alle disposizioni del Codice Appalti (l'applicazione delle medesime costituisce un'eccezione da motivare caso per caso) ma sono soggette al rispetto dei principi generali del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea: trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità. Il giudice sottolinea che la lesione dell'imparzialità e della trasparenza deve essere accertata in concreto, non essendo sufficiente la mera potenzialità lesiva della condotta sospetta.

Quanto alla lamentata mancata individuazione dei soggetti costituenti la forma associativa la *lex specialis* prevedeva che la ditta aggiudicataria dovesse assumersi l'impegno di realizzare il servizio direttamente o anche tramite ditte controllate, collegate o in rapporto di franchising. L'aggiudicataria aveva indicato nella propria offerta tecnica i Centri Logistici Operativi e aveva prodotto in atti la copia del contratto di *governance* attraverso il quale questi ultimi accettavano di entrare a far parte dell'organizzazione e della rete integrata predisposta per le attività di ripristino post-incidente. L'offerta era rispondente, dunque, alle prescrizioni della *lex specialis* e non poteva configurarsi nemmeno l'ipotesi di subappalto sostanziale, in forza del quale rientrerebbe nella fattispecie in esame "ogni ipotesi in cui l'appaltatore non esegue le prestazioni con la propria organizzazione, bensì mediante soggetti terzi, giuridicamente ed economicamente distinti". Infatti, nel caso di specie i Centri Logistici Operativi operano sotto il controllo e il coordinamento della Centrale Operativa utilizzano mezzi, attrezzature e Know-how dell'aggiudicataria; quindi, manca in capo agli stessi qualsiasi profilo di autonomia ed autorganizzazione idoneo ad inquadrare il rapporto nello schema di subappalto. In merito alla sussistenza dei requisiti ex artt. 38 e 39 in capo ai soggetti indicati come C.L.O. nella *lex specialis* era ammessa la dichiarazione sostitutiva ai sensi del D.P.R. 445/2000 e l'offerta risultava conforme alle prescrizioni di gara, avendo prodotto i soggetti dei C.L.O. tali dichiarazioni sostitutive.

PRINCIPIO DI CORRISPONDENZA TRA QUOTE DI ESECUZIONE E QUOTE DI QUALIFICAZIONE NELLE ATI: APPLICABILITÀ ANCHE AI CONTRATTI PREGRESSI

Consiglio di Stato, sez. V, 5 dicembre 2012 n. 6243 - Pres. Volpe, Est. Gaviano

Appalto di servizi - Servizio globale di manutenzione del verde pubblico - Requisiti di capacità tecnica - Imprese associate - Requisito posseduto in misura proporzionale alla quota di partecipazione al raggruppamento - Medesima regola di proporzione per gli appalti pregressi

Nelle gare di appalto di servizi, anche alla luce dell'art. 37, comma 13 (Codice Appalti), la sostanziale corrispondenza tra le quote di qualificazione e le quote di partecipazione all'ATI vale anche per i contratti pregressi .

* * *

Un Comune indice una gara per l'affidamento del servizio globale di manutenzione del verde pubblico. Il Consorzio capogruppo di un'A.T.I. partecipante alla gara viene escluso sia per la carenza del prescritto requisito di capacità tecnica, sia per l'omissione della dichiarazione dovuta ai sensi dell'art. 38 d.lgs. n. 163/2006 da due delle quattro consorziate, rispetto ai loro direttori tecnici. Viene impugnata l'esclusione ma, con una sentenza in forma semplificata, il Tribunale adito respinge il ricorso confermando la carenza del prescritto requisito di capacità tecnica del consorzio capogruppo.

Il requisito di capacità tecnica prescritto dalla legge di gara era quello di aver svolto con buon esito, nel quinquennio antecedente la pubblicazione del bando, servizi di gestione e manutenzione del verde, di cui almeno un contratto di importo pari o superiore a € 2.000.000; tale requisito, in caso di imprese associate, doveva essere posseduto, a pena di esclusione, da ciascuna impresa associata, in misura proporzionale alla quota di partecipazione al raggruppamento dichiarata nell'atto di impegno (il Consorzio ricorrente aveva dichiarato la propria quota di partecipazione all'A.T.I. nella misura del 70% e, quindi, la referenza richiesta per tale soggetto ammontava ad euro 1.400.000,00).

Secondo i giudici di appello, nel silenzio della lex specialis e alla luce del disposto dell'art. 37, comma 13, (Codice Appalti), anche per i contratti di appalto pregressi, utili ai fini della dimostrazione del possesso del requisito, che siano stati eseguiti in forma

associata, non può che valere la medesima regola di proporzione alle quote, con la conseguenza che i servizi regolati da tali contratti non possono reputarsi prestati da una semplice associata per l'intero, bensì solo in proporzione alla quota di appalto da questa detenuta sul piano dei rapporti interni in seno all'A.T.I. appaltatrice.

Il Consorzio ha prodotto, nel caso di specie, una certificazione di regolare esecuzione rilasciata da un Comune per un contratto di importo pari a oltre quattro milioni di euro, ma la quota di partecipazione del Consorzio alla relativa A.T.I. era limitata al 25% con la conseguenza che il Consorzio poteva giovare della capacità tecnica espressa dal relativo contratto soltanto per un importo pari a circa un milione di euro e, quindi, inferiore alla soglia sopra ricordata di €1.400.000.

AMMISSIBILI LE VARIANTI MIGLIORATIVE DELL'OFFERTA NEI LIMITI DELL'ALIUD PRO ALIO

Consiglio di Stato, sez. V, 21 dicembre 2012 n. 6615 - Pres. Barra Caracciolo, Est. Lotti

Appalto di lavori - Offerta economicamente più vantaggiosa - Possibilità di presentare varianti progettuali - Emerge da indicazioni del bando di gara - Limiti: aliud pro alio - Presupposti: bene consegnato sia diverso o difetti delle qualità per assolvere alla sua funzione - Limiti: non alterazione elementi essenziali

L'interpretazione degli atti amministrativi, ivi compreso il bando di gara pubblica, soggiace alle stesse regole dettate dall'art. 1362 e ss. c.c. per l'interpretazione dei contratti, tra le quali assume carattere preminente quella collegata all'interpretazione letterale in quanto compatibile con il provvedimento amministrativo.

Ai sensi dell'art. 76 del Codice dei contratti pubblici, le varianti progettuali migliorative riguardanti le modalità esecutive dell'opera o del servizio sono ammesse, purché non si traducano in una diversa ideazione dell'oggetto del contratto incontrando il solo limite della non alterazione degli elementi essenziali dell'oggetto del contratto.

* * *

IL FAVOR PARTECIPATIONIS PREVALE SULL'INOSSERVANZA DELLE PRESCRIZIONI DI GARA IN MANCANZA DI LESIONE DI UN INTERESSE PUBBLICO EFFETTIVO E RILEVANTE

Consiglio di Stato, sez. V, 10 gennaio 2013, n. 89 - Pres. Volpe, Est. Gaviano

Appalto di servizi - Requisiti di partecipazione – Esclusione - Certificazioni - Da provare sia con dichiarazione sostitutiva sia allegando documento - Indicazioni sovrabbondanti e contraddittorie - Non ravvisabile lesione di interesse pubblico effettivo e rilevante - Favor participationis

L'inosservanza delle prescrizioni del bando circa le modalità di presentazione delle offerte implica l'esclusione dalla gara solo quando vengono in rilievo prescrizioni rispondenti ad un particolare interesse della Pubblica amministrazione appaltante, o poste a garanzia della par condicio dei concorrenti; laddove, invece, non è ravvisabile la lesione di un interesse pubblico effettivo e rilevante deve essere accordata preferenza al favor participationis, in coerenza con l'interesse pubblico al più ampio confronto concorrenziale.

* * *

La pronuncia ha innanzitutto accertato la presenza nel bando di gara di indicazioni sovrabbondanti, se non contraddittorie. In particolare, si chiedeva ai concorrenti: da un lato che il possesso delle certificazioni di qualità ed ambientale, quali requisiti di partecipazione, fosse dichiarato nella domanda di ammissione alla gara con dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà (disposizione presidiata da specifica comminatoria di esclusione); da altro lato, che nel plico della documentazione fosse inserita copia di dette certificazioni (prescrizione, questa, non assistita da specifica comminatoria di esclusione). Inoltre, coerente con la prima prescrizione si presentava il modulo predisposto dalla Stazione appaltante.

Ne consegue che la Stazione appaltante, disponendo della dichiarazione sostitutiva attestante il possesso dei requisiti di partecipazione richiesti, non può escludere il concorrente che non ha introdotto, nella busta della propria documentazione amministrativa, quegli stessi certificati per i quali aveva reso, come prescritto, la predetta dichiarazione sostitutiva.

Inoltre, la pronuncia ha anche affermato che la produzione dei certificati da parte del concorrente che ha comunque già contestualmente attestato con dichiarazione sostitutiva il possesso dei conferenti requisiti, non riveste alcun valore essenziale ma, all'opposto, costituisce un adempimento di dubbia sensatezza.

LEGITTIMO L'UTILIZZO DELL'ISTITUTO DELL'AVVALIMENTO DA PARTE DEL PROGETTISTA ASSOCIATO ALLA DITTA VINCITRICE

TAR Friuli Venezia Giulia, sez. I, 11 gennaio 2013 n. 18 - Pres. ed Est. Zuballi

Appalto di lavori - Centrale a biomasse - Requisiti di qualificazione - Progettista associato all'aggiudicatario - Utilizzo dell'avvalimento - Ammissibilità - Soggetti che eseguono le prestazioni poste in gara - Principi favor participationis e par condicio

Applicando i principi di livello europeo e nazionale, sulla base dell'articolo 49 del Codice Appalti e degli articoli 47 e 48 della direttiva 2004/18/CE, dell'istituto dell'avvalimento possono avvalersi anche i progettisti associati alla ditta vincitrice. In altri termini, l'avvalimento deve ritenersi ammesso anche a favore della figura del professionista che si incarica formalmente di eseguire la progettazione di determinati lavori.

* * *

Un Comune indice una gara per la realizzazione di una centrale alimentata a biomasse per teleriscaldamento che viene aggiudicata ad un raggruppamento di imprese. Altro concorrente proponeva impugnazione sostenendo, tra i vari motivi di gravame, l'illegittimità dell'utilizzo dell'istituto dell'avvalimento quanto a taluni requisiti di partecipazione alla gara, da parte del progettista associato alla ditta vincitrice.

Il collegio, dopo aver ribadito che "in questa materia" è necessario valutare i motivi di ricorso tenendo presente da un lato il principio del *favor participationis* e d'altro lato il principio della *par condicio*, ha concluso per la reiezione dello stesso in quanto, pur consapevole della giurisprudenza contraria, ha ritenuto che rientrando tra i soggetti che eseguono le prestazioni poste in gara, l'avvalimento deve ritenersi ammesso anche a favore della figura del professionista che si incarica formalmente di eseguire la progettazione di determinati lavori.

REVOCA DELL'AGGIUDICAZIONE DA PARTE DEL NUOVO SOGGETTO APPALTANTE PER NEGLIGENZA COMMESSA NEI CONFRONTI DEL PRECEDENTE SOGGETTO APPALTANTE

Consiglio di Stato, sez. III, 4 gennaio 2013 n. 149 - Pres. Lodi, Est. D'Alessio

Appalto di servizi - Esclusione per negligenza, malafede in precedenti prestazioni - Necessità di prestazioni affidate dalla medesima stazione appaltante - Non sussiste - Nuovo soggetto appaltante è successore del precedente (nei cui confronti si è verificata la grave negligenza)

La causa di esclusione dalla stipula dei contratti di appalto contemplata dall'art. 38 comma 1 lett. f) del Codice Appalti trova applicazione non solo nel caso di grave negligenza (o mala fede) commessa nei confronti della stessa stazione appaltante, ma anche nel caso in cui il nuovo soggetto appaltante possa considerarsi il successore del precedente soggetto appaltante (nei cui confronti si è verificata la grave negligenza).

* * *

A seguito di aggiudicazione della gara d'appalto una Asl stipula un contratto d'appalto, successivamente sospeso a causa del sottaciuto inadempimento di un precedente contratto stipulato con la vecchia stazione appaltante cui la nuova era succeduta. La Asl, quindi, procede alla revoca della aggiudicazione e affida il servizio al secondo in graduatoria. Il precedente aggiudicatario impugna il provvedimento dinanzi al Tar, che accoglie il ricorso. Il Tar ha rilevato che nella fattispecie trova applicazione il principio secondo il quale *“la causa di esclusione contemplata dall'art. 38 comma 1 lett. f) del Codice dei contratti pubblici si applica solo alle negligenze, alla malafede o ai gravi errori commessi nell'esecuzione di prestazioni affidate dalla medesima stazione appaltante, e non anche da diverse amministrazioni”*.

Di contrario avviso è il Consiglio di Stato dinanzi al quale la sentenza è stata appellata. A parere del giudice di secondo grado si ritiene che la disposizione normativa richiamata (art. 38, comma 1 lett. f), del Codice Appalti debba trovare applicazione non solo nel caso di grave negligenza (o mala fede) commessa nei confronti della stessa stazione appaltante, ma anche nel caso in cui il nuovo soggetto appaltante possa considerarsi il successore del precedente soggetto appaltante (nei cui confronti si è verificata la grave negligenza). Quindi, se due (o più) Asl si fondono in una nuova

Azienda sanitaria la grave negligenza commessa nei confronti di una delle Asl fuse può determinare, a seguito di motivata valutazione della nuova stazione appaltante, l'esclusione da una nuova gara dell'impresa nei cui confronti era stato accertata (dalla precedente Asl) la grave negligenza.

Quanto ai presupposti per l'applicazione della indicata disposizione, che si giustifica con la necessità di garantire, fin dal momento genetico, l'elemento fiduciario nei rapporti contrattuali della pubblica amministrazione, si è affermato che non è necessario un definitivo accertamento, in sede amministrativa o giurisdizionale, della responsabilità del contraente per l'inadempimento riguardante il precedente rapporto contrattuale, essendo sufficiente la valutazione fatta dalla stessa amministrazione sulla rilevanza della precedente risoluzione per inadempimento contrattuale, determinata da grave negligenza (o malafede) nell'esercizio delle prestazioni affidate (Consiglio di Stato, sez. V, 25 maggio 2012, n. 3078, 21 giugno 2012 n. 3666).

L'esclusione non è quindi automatica, in presenza degli indicati presupposti, ma deve essere il risultato di una "motivata valutazione". La giurisprudenza ha, peraltro, chiarito che la motivazione può essere costituita anche dal semplice riferimento all'episodio contestato, in base ad un'attività di mero riscontro della fattispecie concreta con quella astratta (Consiglio di Stato, Sez. VI, 15 maggio 2012 n. 2761).

La valutazione della gravità dei pregressi inadempimenti ha comunque natura discrezionale ed è soggetto al sindacato del giudice amministrativo nei soli limiti della manifesta illogicità, irrazionalità o errore sui fatti (Consiglio di Stato, sez. V, 25 maggio 2012, n. 3078 cit.).

SBAGLIA IL DATORE DI LAVORO CHE AUTOCERTIFICA IL CONTENUTO DEL DOCUMENTO DI VALUTAZIONE DEI RISCHI APPLICANDO LA SEMPLIFICAZIONE DOCUMENTALE DEL D.P.R. 445/2000

TAR Puglia, Lecce, sez. II, 14 dicembre 2012, n. 2056 - Pres. Costantini, Est. Marotta

Appalto di servizi - Lavanolo - Lex specialis - Obbligo presentazione del documento di valutazione dei rischi - A pena di esclusione - Ammissibilità - Sicurezza dei lavoratori - Non inutile aggravio procedimentale - Surroga con dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà - Inammissibilità

La predisposizione del documento di valutazione dei rischi da parte dell'imprenditore partecipante ad una procedura ad evidenza pubblica non può ricondursi alla nozione di fatto notorio, atteso che si tratta di circostanza nota al solo interessato e , al più, al suo circuito organizzativo, esulando senz'altro da un patrimonio di notizie facilmente conoscibili da chiunque. Se si ammettesse la possibilità per il concorrente di attestare, in regime di autocertificazione, di avere redatto il documento di valutazione dei rischi, si offrirebbe all'operatore economico un comodo strumento per eludere la regola della obbligatoria predisposizione del documento, sancita addirittura a pena di incorrere nei rigori della sanzione penale dall'art 55 del d.lgs 81/2008.

* * *

Viene impugnata la delibera con la quale il Direttore generale dell'ASL ha aggiudicato l'appalto avente ad oggetto la fornitura del servizio di lava nolo per la durata di tre anni di divise per il personale del settore. In particolare viene censurato il comportamento dell'aggiudicataria che avrebbe formulato mediante autocertificazione il DVR. In effetti la documentazione di gara non consentiva alcun adempimento alternativo alla presentazione del documento di valutazione dei rischi, né la possibilità di attestarne l'esistenza mediante dichiarazione sostitutiva di certificazione, ex art.46 dpr 445/2000.

Il Tribunale accoglie il ricorso e precisa che nella fattispecie non ricorrono i presupposti per una autocertificazione, la quale, in ogni caso, non potrebbe avere ad oggetto la predisposizione del documento di valutazione dei rischi ma, semmai, e in una chiara logica di "favor" per il bene della salute e della sicurezza dei lavoratori, l'effettuazione della valutazione dei rischi. "Questo vuol dire", chiarisce ancora il Tribunale, "che il

datore di lavoro non può limitarsi- come è avvenuto nella specie- ad autocertificare la redazione del documento di valutazione dei rischi ma deve rendere ragione, quantomeno, delle principali operazioni che gli hanno permesso di individuare i fattori di maggiore esposizione a rischio all'interno della propria organizzazione imprenditoriale, pur se in regime agevolato di autocertificazione". Al riguardo viene anche confermato che "la natura derogatoria e, anzi, il carattere eccezionale e transitorio della disciplina che permette al datore di lavoro di utilizzare, a date condizioni, una modalità alternativa alla materiale elaborazione del documento di valutazione dei rischi costituiscono elementi di indubbio valore ermeneutico per avvalorare la tesi del carattere assolutamente inderogabile della previsione del bando di gara, e della inutilità di un comportamento alternativo del concorrente alla gara".

NON SUSSISTE RESPONSABILITÀ PRECONTRATTUALE SE LA REVOCA IN AUTOTUTELA OPERA “IN FASE BEN ANTERIORE” ALL’INDIVIDUAZIONE DELLA PARTE CONTRAENTE

TAR Liguria, sez. II, 8 gennaio 2013 n. 35 - Pres. Caputo, Est. D’Alessandri

Appalto di servizi - Illegittimità del provvedimento di esclusione - Revoca in autotutela prima dell’apertura delle offerte economiche - Richiesta risarcimento danni - Perdita di chance - Assenza di pregiudizio suscettibile di ristoro - Probabilità aggiudicazione inferiore al 50% - Irrisarcibilità

In presenza d’atto d’autotutela, pienamente efficace perché non impugnato, e senza che la ricorrente sia stata individuata come aggiudicataria, né si conosca il contenuto dell’offerta presentata in gara, difettano in fatto i presupposti per configurare la responsabilità precontrattuale in capo alla stazione appaltante: fra tutti l’effettiva sussistenza di posizione giuridica qualificata della ricorrente quale parte contraente.

* * *

La stazione appaltante dopo l’accertamento dell’illegittimità dell’esclusione, ma prima di aprire le offerte economiche, ha revocato gli atti della procedura di gara. L’atto di revoca della procedura di gara non è stato impugnato. Sicchè, precisa il giudice, in assenza del provvedimento di aggiudicazione, senza nemmeno conoscere il contenuto dell’offerta economica presentata dalla ricorrente, non è affatto invocabile l’orientamento giurisprudenziale che ha affermato non essere ostativo al risarcimento del danno in materia di procedure ad evidenza pubblica l’intervento di un atto di revoca assunto in via di autotutela ancorchè quest’ultimo sia legittimo (Cons. Stato Sez. IV, 7-02-2012, n. 662). Né per la stessa ragione è utilmente applicabile l’indirizzo a mente del quale non costituisce ostacolo al riconoscimento della responsabilità patrimoniale dell’ente, la mancata impugnazione del provvedimento di revoca (T.A.R. Puglia Bari Sez. I, 19-10-2011, n. 1552; Cons. Stato Sez. VI, 5-9-2011, n. 5002). Aggiungasi che l’Amministrazione ha esercitato la potestà di autotutela in fase ben anteriore all’individuazione della parte contraente, sicché in difetto di gravame, la revoca esplica i propri effetti senza che sia invocabile il regime della responsabilità precontrattuale in ordine al comportamento scorretto tenuto dall’amministrazione.

La c.d. perdita di chance su cui la ricorrente fonda la domanda di risarcimento del danno presuppone l'effettiva sussistenza d'aspettativa giuridica qualificata alla conclusione del contratto d'appalto, che nel caso in esame difetta in assoluto posto che la procedura s'è arrestata senza che sia stata conosciuto il contenuto dell'offerta economica.

* * *

CONFORMI: Consiglio di Stato, sez. V, 16 marzo 2011 n. 1627

LE ASSOCIAZIONI DI VOLONTARIATO PARTECIPANO LEGITTIMAMENTE ALLE GARE PUBBLICHE E NON ALTERANO LA PAR CONDICIO

Consiglio di Stato, sez. VI, 23 gennaio 2013 n. 387 - Pres. Giovannini, Est. De Nictolis

Appalto di servizi - Laboratori per la valorizzazione ambientale, tradizioni, mestieri e identità locali - Partecipazione in ATI - Associazione di volontariato senza scopo di lucro - Nozione di operatore economico - Assenza fine di lucro - Non è ostativa della partecipazione ad appalti pubblici

L'assenza di fine di lucro non è di per sé ostativa della partecipazione ad appalti pubblici, come ha affermato la Corte di giust., secondo cui l'assenza di fini di lucro non esclude che associazioni di volontariato esercitino un'attività economica e costituiscano imprese ai sensi delle disposizioni del trattato relative alla concorrenza [C. giust. CE, sez. III, 29 novembre 2007 C-119/06]. Quanto, in particolare, alle associazioni di volontariato, ad esse non è precluso partecipare agli appalti, ove si consideri che la legge quadro sul volontariato, nell'elencare le entrate di tali associazioni, menziona anche le entrate derivanti da attività commerciali o produttive svolte a latere, con ciò riconoscendo la capacità di svolgere attività di impresa.

Quanto al rischio di alterare la par condicio tra i concorrenti ammettendo alle gare soggetti che fruiscono di finanziamenti va rilevato che:

- a) il diritto comunitario non impedisce la partecipazione agli appalti di enti senza fini di lucro;*
- b) il diritto comunitario consente che possa partecipare a un gara di appalto un soggetto che fruisce di aiuti di Stato, e che in virtù di tali aiuti sia in grado di proporre un'offerta più bassa di quella di altri concorrenti, a condizione che si tratti di aiuto di Stato lecito (v. ora art. 87, c. 5, d.lgs. n. 163/2006); se ne desume che è legittimato a partecipare ad una gara un soggetto che fruisce di finanziamenti pubblici, se lecitamente conseguiti;*
- c) occorrere la prova concreta che l'organizzazione sia in una posizione di vantaggio (Cons. St., sez. VI, 30 giugno 2009 n. 4236).*

* * *

Viene impugnata l'aggiudicazione di un appalto di servizi per l'istituzione di laboratori di azione per la valorizzazione ambientale bandito da un Ente Parco. Il ricorrente lamenta che il raggruppamento aggiudicatario avrebbe dovuto essere escluso dalla procedura, non potendo la mandataria del raggruppamento partecipare a gare di appalto in quanto ente senza scopo di lucro. Il Consiglio di Stato, ribaltando le considerazioni della sentenza di primo grado, attribuisce la qualifica di operatore economico anche alle associazioni di volontariato, nel solco della ormai consolidata giurisprudenza europea in materia.

La pronuncia offre l'occasione per chiarire che non c'è violazione della *par condicio* causata dalla fruizione di sovvenzioni pubbliche: infatti non soltanto occorre dimostrare tale posizione di vantaggio, ma lo stesso diritto comunitario non pone divieti alla partecipazione agli appalti di enti senza fini di lucro, prevedendo invece la possibilità per qualsiasi soggetto percettore di aiuti di Stato, purché leciti, di concorrere nelle procedure di evidenza pubblica.

IL REQUISITO DEL CONTROLLO ANALOGO PER L’AFFIDAMENTO *IN HOUSE* NEL CASO DI SOCIETÀ DI CAPITALI PARTECIPATA DA PIÙ ENTI LOCALI

TAR Toscana, 20 dicembre 2012, n. 2090 - Pres. Buonvino, Est. Grauso

Appalto di lavori - Rapporto in house - Presupposti - Controllo analogo - Pluralità di soci pubblici con quote minoritarie - Sufficiente controllo pubblico esercitato dagli enti nella loro totalità - Irrilevanza verifica della posizione di ogni singolo ente - Indicatori del controllo dei soci rispetto agli obiettivi strategici

Nel caso di affidamento in house conseguente alla istituzione da parte di più enti locali di una società di capitali da essi interamente partecipata per la gestione di un servizio pubblico, il controllo, analogo a quello che ciascuno di essi esercita sui propri servizi, deve intendersi assicurato anche se svolto non individualmente ma congiuntamente dagli enti associati, deliberando se del caso anche a maggioranza, ma a condizione che il controllo sia effettivo, dovendo il requisito del controllo analogo essere verificato secondo un criterio sintetico e non atomistico, sicché è sufficiente che il controllo della mano pubblica sull'ente affidatario, purché effettivo e reale, sia esercitato dagli enti partecipanti nella loro totalità, senza che necessiti una verifica della posizione di ogni singolo ente

* * *

La vicenda riguarda una società a totale partecipazione pubblica costituita da ventiquattro amministrazioni locali per la gestione di attività inerenti i settori del gas, dell’acqua, dell’energia, dell’informatica e delle telecomunicazioni. L’azionista di maggioranza aveva deliberato di recedere da un contratto di servizi affidato alla società ritenendo insussistente il presupposto del “controllo analogo” che, a suo tempo, era stato affidato direttamente alla società quale soggetto operante *in house*. La sentenza richiama la consolidata giurisprudenza europea e nazionale in tema di *in house* e precisa che gli indici rivelatori del controllo riservato ai soci rispetto agli obiettivi strategici ed alle decisioni più rilevanti della società (cfr. Corte Giustizia CE, Sez. II, 17 luglio 2008, C-371/05) sono rappresentati dalla devoluzione all’assemblea, da parte dello statuto societario, delle scelte aventi ad oggetto l’approvazione del piano industriale annuale e pluriennale, inclusi i budget economici, gli investimenti e le politiche finanziarie, e la

verifica dei risultati, insieme ad ogni altra decisione significativa per la vita della società; nonché di poteri di indirizzo, coordinamento e controllo sulle specifiche attività affidate dai Comuni alla società medesima, poteri regolamentati di volta in volta dal relativo disciplinare di servizio. Allo stesso tempo, lo statuto riserva all'assemblea dei soci l'approvazione del piano programmatico di indirizzo e di sviluppo predisposto dal consiglio di amministrazione e l'autorizzazione preventiva sulle operazioni di cessione d'azienda o di rami d'azienda, di acquisto di partecipazioni di valore superiore al 2% del patrimonio netto in altre società aventi oggetto non affine, e l'assunzione e dismissione di partecipazioni di controllo in società, enti e associazioni, risultandone in tal modo soddisfatto il requisito del controllo sulle decisioni strategiche della società e, segnatamente, di quelle destinate a riflettersi sull'attività della società stessa.

GLI OBBLIGHI DI PUBBLICITÀ RIGUARDANTI LE MODIFICHE DELLE DISPOSIZIONI DI GARA

TAR Puglia, Lecce, 15 gennaio 2013, n. 52 - Pres. Trizzino, Est. Caprini

Appalto di servizi - Forme di pubblicità - Contenuto minimo e tassativo - Sito web della stazione appaltante - Pubblicità aggiuntiva - Ammissibilità - Effetti giuridici - Decorrenza termini di presentazione - Modifiche alle disposizioni di gara - Solo forme di pubblicità obbligatoria o equivalenti a quelle iniziali

Qualsiasi avviso che modifichi le disposizioni di gara, per produrre effetti giuridici vincolanti “erga omnes”, deve essere reso noto seguendo le modalità di pubblicità obbligatorie ovvero utilizzando le medesime forme attraverso le quali è stata data pubblicità al bando.

Gli obblighi di pubblicità della stazione appaltante hanno un contenuto minimo tassativo e devono comprendere anche gli elementi ulteriori aggiuntivi idonei a dare una chiara rappresentazione del contenuto del contratto da aggiudicare.

* * *

La fattispecie riguarda una procedura per l'affidamento di un appalto di servizi. Nel corso della gara l'Amministrazione, preso atto dell'entrata in vigore del c. 3 bis dell'art. 81 del d.lgs. n. 163/2006, ha modificato le modalità di proposizione e di valutazione dell'offerta economica dandone comunicazione sul proprio sito web, con ciò ritenendo di applicare correttamente l'art. 66 comma 15 del Codice Appalti.

La norma in questione dispone che “*le stazioni appaltanti possono prevedere forme aggiuntive di pubblicità diverse da quelle di cui al presente articolo, e possono altresì pubblicare in conformità ai commi che precedono avvisi o bandi concernenti appalti pubblici non soggetti agli obblighi di pubblicazione previsti dal presente articolo. Tuttavia gli effetti giuridici che il presente codice o le norme processuali vigenti annettono alla data di pubblicazione al fine della decorrenza di termini, derivano solo dalle forme di pubblicità obbligatoria e dalle relative date in cui la pubblicità obbligatoria ha luogo*”.

Il giudice ritiene che la forma di pubblicità prescelta (avviso sul sito web) è inadatta a modificare la “*lex specialis*” di gara, in quanto in violazione della forma di pubblicità

obbligatoria e non resa nota nelle medesime forme attraverso le quali è stata data pubblicità al bando.

Nella sentenza viene osservato che il Codice Appalti indica una misura minima di forme obbligatorie di pubblicità (pubblicazione sulla G.U.R.I e sulla G.U.C.E. nonché su almeno due quotidiani a diffusione nazionale e altrettanti a maggiore diffusione locale) che l'Amministrazione appaltante deve realizzare nel rispetto dei principi di trasparenza, buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa, fissati dall'art. 97 Cost. Detti principi esigono la massima divulgazione degli avvisi e dei bandi di gara per consentire la più ampia partecipazione dei soggetti interessati, unico strumento per l'individuazione del miglior contraente possibile.

Viene altresì rilevato che la norma attribuisce all'Amministrazione, in ragione dell'importanza o della rilevanza economica dei lavori, la discrezionalità di procedere a ulteriori forme di pubblicità aggiuntive, quali la pubblicazione sul sito internet della stazione appaltante, ma, di per sé, questa non è sufficiente. Di conseguenza gli obblighi di pubblicità della stazione appaltante hanno un contenuto minimo tassativo e devono comprendere anche gli elementi ulteriori aggiuntivi idonei a dare una chiara rappresentazione del contenuto del contratto da aggiudicare. Il disposto normativo non può però essere interpretato restrittivamente, a pena di tradire la "ratio" intrinseca dell'apertura alla concorrenza.

Infine il Tribunale precisa che la sola pubblicazione sul sito web appare tanto più immotivata quando si consideri che la pubblicazione del primo bando di gara era avvenuta sia sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica, che su quella dell'UE, e che il nuovo avviso non ha mutato solo le modalità di presentazione delle offerte, ma ha dettato anche una nuova "lex specialis" con riferimento ai possibili contenuti delle offerte.