

La disciplina dell'appalto pubblico alla luce dei recenti chiarimenti forniti dal Consiglio di Stato.

Autore: Milizia Giulia

In: Diritto amministrativo

Lo scorso 21 ottobre il CDS con le sentenze 5098, 5122 e 5160/13 (i testi sono consultabili tramite i links in calce alla presente nota) ha colmato alcune lacune esegetiche degli artt. 37-39, 46, 49, 53 e 76 e del regolamento di attuazione, affrontando interessanti questioni processuali. In particolar modo ha esplicitato le modalità per ravvisare i requisiti di moralità professionale, le modalità di presentazione delle offerte, di scelta del contraente e di impugnazione dell'eventuale sospensione dell'aggiudicazione.

I casi. Nel primo caso "il Provveditorato Interregionale alle Opere Pubbliche per la Lombardia e la Liguria indiceva una gara per l'aggiudicazione, con procedura ristretta e previa presentazione del progetto esecutivo in sede di offerta, di appalto avente ad oggetto le opere di riqualificazione con caratteristiche autostradali della SP 46 Rho - Monza". Una società presentava domanda di partecipazione alla procedura quale mandataria del "costituendo raggruppamento temporaneo di professionisti composto da Ove Arup & Partners International di Londra (mandataria) e dalla società Arup Italia srl di Milano (mandante)". Questa ATI era indicata quale progettista dell'opera, ma la mandante aveva un fatturato pregresso pari a zero in violazione della clausola limitativa della partecipazione dei raggruppamenti verticali, sì che veniva meno il requisito sancito dal combinato disposto degli artt. 65 e 66 DPR 554/99 e 37 Dlgs. 163/06 (s.s.m., Codice dei Contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, più noto come Codice degli appalti pubblici, Ca). Era esclusa e, perciò, ricorreva al Tar Lombardia che annullava il provvedimento negativo confermando l'aggiudicazione (sez. 2018/11). Il Ministero delle Infrastrutture la gravava ed il CDS ha accolto il ricorso con un'approfondita analisi del rapporto tra la legge nazionale ed i principi comunitari in materia.

Nel secondo "il Provveditorato Interregionale per le Opere Pubbliche Campania - Molise, in qualità di stazione unica appaltante delegata dal Comune di Casalnuovo di Napoli, bandiva nel 2012 una procedura aperta da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'affidamento, per

la durata di sette anni, del servizio di raccolta differenziata dei rifiuti e l'igiene urbana da espletare nel Comune di Casalnuovo stesso." Nel bando si chiedeva a pena di esclusione dalla gara "una dichiarazione sostitutiva resa ai sensi del D.P.R. n. 445/2000 "con la quale il concorrente o suo procuratore (...) attesta (...) l'inesistenza a proprio carico di sentenze di condanna passate in giudicato, o di decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure di sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'art. 444 del codice di procedura penale, per i reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale". Il direttore tecnico dell'ATI (rectius della sua capofila) che si era aggiudicato l'appalto era privo di questo requisito di moralità professionale ex art. 37 Ca, sì che era revocata l'aggiudicazione. Si noti che ben due gare andavano deserte a cui l'ATI era invitata ed esclusa per questo motivo. Il Tar Campania 4223/12 convalidava la scelta operata dalla PA, ma il CDS ha ribaltato questa decisione fornendo importanti delucidazioni sulla valutazione di questi requisiti e sulla conseguente esclusione dalla gara. Infine l'ultimo è una lite sullo "affidamento di progettazione esecutiva e di realizzazione lavori per l'irrigazione" in alcuni territori di comuni lucani già decisa dal Tar Basilicata 261/13 che convalidava l'ordinanza cautelare 2713/13. Non si dà atto dei fatti alla base della lite, ma si disquisisce sulle modalità di richiesta e di impugnazione della sospensione dell'affidamento e sulla carenza di legittimazione passiva del Ministero affrontando varie questioni processuali ed esegetiche sulla scorta della giurisprudenza costante e della normativa in materia (Ca, suo regolamento di attuazione e cpa).

La disciplina dei raggruppamenti temporanei verticali è applicabile anche a quelli misti? Per questo tipo di ATI è prevista una ripartizione dei requisiti professionali (fatturato minimo, percentuale di attività da svolgere etc.). Gli artt. 65 e 66 DPR 554/99 stabiliscono che "nel caso in cui il prestatore di servizi sia costituito da un raggruppamento temporaneo di professionisti, il capogruppo deve possedere i requisiti ...in misura pari almeno al 40%, mentre la restante percentuale deve essere posseduta cumulativamente dagli altri professionisti". Orbene non si è tenuto conto che questo criterio è riferibile ai soli raggruppamenti orizzontali, mentre è inopponibile a quelli verticali in cui i professionisti sono tenuti a svolgere la sola attività progettuale, mentre gli altri compiti ed i relativi rischi sono a carico dell'ATI mandataria che ha presentato la domanda di partecipazione e poi l'offerta. Si noti, però, che il disciplinare, in deroga a tutto ciò ed al principio comunitario della massima partecipazione, imponeva ai professionisti una diversa percentuale di possesso dei requisiti tecnici e professionali: essi devono "essere posseduti in misura NON superiore al 60% dalla capogruppo e, per il resto, cumulativamente dalle mandanti". La ricorrente, quindi, avrebbe dovuto impugnare questa clausola, cosa che non ha fatto

precludendone il vaglio del G.A.

Esegesi dell'art. 37 Ca e principio di massima partecipazione. Il CDS rileva che nella fattispecie i raggruppamenti verticali sono “invece sempre ammessi a partecipare, ai sensi dell’art. 37 del codice dei contratti e del principio comunitario di massima partecipazione, alle gare che abbiano ad oggetto più prestazioni qualitativamente diverse delle quali alcuni principali e le altre scorporabili. Ha altresì chiarito che le prestazioni principali sono individuabili non solo grazie alla loro esplicita indicazione, ma pure in dipendenza del valore economico che le caratterizza”. Questo principio comunitario sancisce la massima partecipazione alle gare, vietando, perciò, ogni limitazione a questa libertà. Nel nostro caso la lesione di questo diritto è ab origine perché già contenuta nel testo del bando che imponeva questi vincoli e la presenza di “due concorrenti elementi: 1) nessuna prestazione era esplicitamente indicata quale prevalente; 2) quanto ai raggruppamenti temporanei vi era un esplicito riferimento alla necessaria applicazione dell’art. 65 comma 4 del dpr 554/1999” e, dunque, del rispetto della percentuale di possesso dei requisiti (fatturato) sopra indicata.

È possibile disapplicare una clausola contra legem. È palese l’illegittimità di questa statuizione, ma non è possibile disapplicarla in assenza di una specifica impugnazione del bando (è un atto endoprocedimentale, perciò per impugnare i singoli capi è necessario impugnare lo stesso e tutti i provvedimenti ad esso correlati): sul punto, dato che il GA non può valutarlo nel merito, non si può formare alcun giudicato opponibile a terzi. È impossibile anche la disapplicazione ufficiosa, visto che “a) la lex di gara non è fonte del diritto e b) lo strumento della disapplicazione amministrativa è adoperabile solo nell’ambito della giurisdizione esclusiva sempre che sia chiesta la tutela di un diritto soggettivo.”. È inapplicabile anche, “nell’ambito della giurisdizione di legittimità, la disapplicazione della legge processuale nella parte in cui impone l’impugnativa entro termini decadenziali (questa la soluzione fornita dalla Corte di giustizia, 27 febbraio 2003, n. 327) pur dinanzi al posizioni giuridiche comunitariamente protette”: è una soluzione “inidonea a generare qualsivoglia affidamento in una interpretazione, in executivis, favorevole alla partecipazione di raggruppamenti verticali di progettisti” vista la chiara volontà della stazione appaltante. Da ciò sembra desumersi (non è molto chiara la ragione del rigetto del gravame) che l’annullamento della sentenza del Tar e l’aggiudicazione all’ATI è quindi riferibile alla carenza di impugnazione del bando da parte del Ministero ed all’errata qualificazione della natura del raggruppamento dei professionisti.

Requisiti di moralità professionale. “Assume, al riguardo, che il potere di valutazione della P.A. in relazione alle cause di esclusione individuate dall’art. 38 del Codice dei contratti pubblici, “può esercitarsi sulla base dell’esistenza di due concorrenti presupposti, la gravità del reato e la sua incidenza sulla moralità professionale”. Per cui “l’assenza di uno dei due presupposti rende.....irrilevante l’eventuale sussistenza dell’altro e, al contempo, ognuno di essi richiede, ai fini dell’esclusione dell’impresauna specifica valutazione e motivazione da parte della stazione appaltante”, con la conseguenza che “l’omissione di qualsiasi processo valutativo e motivazionale ,anche su di uno solo dei citati presupposti ,rende di per sé illegittimo il provvedimento di esclusione”.”. Deve essere, perciò, sempre fatta una valutazione discrezionale e critica degli stessi e del parere dell’Avvocatura di Stato: questa preclusione è inopponibile se la gravità del reato o la sua incidenza sulla moralità professionale del concorrente non coesistono. Nella fattispecie la PA ha commesso un errore grave aderendo a detto parere che ““sbrigativamente pretende di far refluire nel relativo cono applicativo la fattispecie in esame in ragione semplicemente della tipologia di reato, cioè della sua inerenza all’oggetto dell’appalto nonché della recidiva, senza affatto considerare altri elementi e circostanze emergenti ex actis (la riconosciuta tenuità del fatto,la incensuratezza del...nello specifico settore di attività, la risalenza temporale del fatto,ecc.) e trascurando perfino di approfondire la portata di taluni dati (come, per es. , la natura ultraquinquennale della recidiva e la sua qualificazione come recidiva semplice)”.

Modalità di esecuzione della verifica dei requisiti morali. “E non v’è dubbio, peraltro, che l’amministrazione nel valutare tali elementi, pur non potendo prescindere dalla vincolatività della sentenza quanto ai fatti accertati dal giudice penale, debba comunque acclarare in via autonoma la sussistenza della gravità e della incidenza del reato commesso, tenendo conto anche degli spazi non coperti dal giudicato che pure emergano in maniera obiettiva ed inequivoca. Il giudice penale, invero, accerta i fatti per sussumerli in una fattispecie astratta di reato ai fini dell’applicazione della pena, mentre la stazione appaltante deve valutare il precedente penale ai fini di salvaguardare l’esigenza di non avere rapporti contrattuali con appaltatori inaffidabili, che non garantiscano, cioè, una adeguata moralità professionale.”. L’analisi della PA deve essere, però, autonoma e discrezionale e deve far emergere chiaramente la sussistenza di questi limiti cosa che non è stata fatta nella nostra ipotesi.

L’inerenza del reato all’oggetto dell’appalto non comporta automaticamente la carenza di professionalità. Un altro grave errore è stato l’assenza di una valutazione critica con altri elementi

favorevoli al direttore tecnico dell'ATI quali "la riconosciuta tenuità del fatto, la incesuratezza del condannato in tale settore, nonché la risalenza temporale del fatto", sussumendo la nostra ipotesi "la fattispecie in esame nell'ambito di applicazione dell'art. 38, comma 1, lett. c) del Codice dei contratti pubblici in ragione della semplice inerenza del reato all'oggetto dell'appalto. Così l'inerenza del reato rispetto all'oggetto dell'appalto, se è il presupposto necessario della incidenza del reato stesso sulla moralità professionale del condannato, certamente non la esaurisce né con questa si identifica. In altri termini, l'inerenza non è di per sé elemento sufficiente per poter oggettivamente ritenere che il reato commesso sia incidente sulla moralità professionale, né tanto meno di effettiva gravità."

La recidiva non implica l'automatica carenza di professionalità. Stesso discorso per la recidiva, tanto più che era applicata ad un reato diverso dalla gestione non autorizzata di rifiuti. "L'istituto della recidiva, infine, nella formulazione introdotta dalla legge n. 251 del 2005 (c.d. legge Cirielli) è applicabile esclusivamente ai delitti non colposi e non alle contravvenzioni: nel caso di specie si tratta, giustappunto, di contravvenzione per cui l'amministrazione, indipendentemente dalla applicazione fattane dal giudice penale, doveva autonomamente valutare, in sede amministrativa, la possibile inoperatività della richiamata recidiva rispetto alla fattispecie di reato in esame". In questo come negli altri casi la stazione appaltante ha omesso il dovuto controllo autonomo ed esaustivo di tutti questi elementi, altrimenti si sarebbe accorta dell'assenza di tali presupposti per contestare la carenza di moralità professionale.

Solo la PA che ha bandito la gara d'appalto può essere citata in giudizio. La terza sentenza qui annotata, infatti, ha rilevato che l'unica parte ad avere la legittimazione passiva a stare in giudizio, ex art. 42 cpa, era l'ente che ha indetto la procedura di affidamento e non la Regione Basilicata nè i Ministeri delle Infrastrutture e dei Trasporti e dell'Ambiente e delle Politiche agricole.

Come si fa valere la violazione di un giudicato interno nel processo amministrativo? È regola generale che una volta che si è formato un giudicato (definitivo od interno, id est relativo ad una singola questione- come nella fattispecie-) esso vincolerà le decisione del giudice che vi si dovrà attenere. La sospensione, dovuta all'ordinanza cautelare del Tar, è una causa legale di sospensione del processo e postulerebbe "al pari di qualsiasi altra questione pregiudiziale rispetto al merito della controversia, un accertamento in ordine all'esistenza dei relativi presupposti giuridici. I presupposti ora detti attengono al

rispetto delle norme sul processo, la cui violazione legittima, nel giudizio civile, la proposizione del ricorso per Cassazione per error in procedendo ai sensi dell'art. 360, n. 4), cod. proc. civ. (in questo senso Cass. 1 agosto 2007, n. 16992; 7 luglio 2001, n. 9261).

Nel processo amministrativo, per contro, l'errore in questione è invece rimediabile attraverso l'appello, al pari di qualsiasi altra violazione di norme processuali commessa in primo grado e come si ricava, inoltre dallo specifico rinvio al codice di procedura civile - e dunque anche all'interpretazione che di questo ne dà la Suprema Corte - contenuto nell'art. 79, comma 1, del codice di cui al d.lgs. n. 104/2010, concernente proprio l'istituto della sospensione (il cui 3 comma, è ancora il caso di aggiungere, contempla espressamente l'appello per le ordinanze di sospensione necessaria, in adattamento al rimedio del regolamento necessario di competenza, previsto invece dall'art. 42 cod. proc., implicitamente confermando, per il resto, l'applicabilità delle norme e dei principi operanti in ambito processualcivilistico).”.

Se l'errore è fatto valere con una memoria? Il ricorso è improcedibile, perché questa è l'unica modalità per eccepirlo. “A questo riguardo, si deve osservare che la suddetta statuizione di improcedibilità non è per nulla assimilabile ad un omesso esame o ad una dichiarazione di assorbimento, le quali sole legittimano ex art. 101, comma 2, cod. proc. amm. la riproposizione in appello dei motivi mediante memoria. La dichiarazione in questione, infatti, trae il proprio fondamento dal riscontro del sopravvenuto difetto di interesse alla pronuncia nel merito di una domanda (art. 35, comma 1, lett. c, cod. proc. amm.), dando luogo, dunque, ad una soccombenza su una questione pregiudiziale, ostativa all'esame nel merito. Si tratta più precisamente di una soccombenza virtuale, visto l'esito negativo dell'altrui impugnazione, ma che è destinata ad concretizzarsi una volta riproposta quest'ultima mediante appello principale, rendendo conseguentemente necessaria l'incrociata contro-impugnazione nelle suddette forme dell'appello incidentale, al fine di impedire la formazione del giudicato interno sulla questione negativamente risolta in primo grado.”.

Come deve essere proposto l'appello? L'Adunanza plenaria del CDS 10/11 ha imposto un preciso e dettagliato onere di critica: “si impone al fine di devolvere al giudice d'appello il punto sfavorevolmente risolto in prime cure. Onere oggi positivizzato nel citato comma 1, dell'art. 101 del codice del processo

(mentre all'epoca della citata decisione dell'organo di nomofilachia era applicabile l'art. 342 cod. proc. civ.) e più volte ribadito delle Sezioni di questo Consiglio di Stato (solo per citare le più recenti decisioni che si iscrivono in questo indirizzo: Sez. IV, 17 settembre 2013, n. 4628; 17 settembre 2013, n. 4613; 10 luglio 2013, n. 3674; 1 luglio 2013, n. 3534; 26 marzo 2013, n. 1698; Sez. V, 17 settembre 2012 n. 4915; 27 marzo 2013, n. 1824; Sez. VI, 28 giugno 2013, n. 3528)". Nella fattispecie ciò non è stato fatto, perché la ricorrente si è limitata ad un'asettica critica delle motivazioni della sentenza di prime cure in aperta violazione del principio di specificità dei motivi d'appello. Inoltre sono domande nuove in quanto non contenute nell'originario ricorso e come tali inammissibili.

Il punteggio è di per sé una motivazione. La giurisprudenza costante, anche in tema di concorsi pubblici ed esami di abilitazione, concorda sul fatto che il punteggio numerico assegnato a ciascun partecipante è di per sé una motivazione sufficiente a spiegare la scelta della PA, perché è in grado di consentire la comprensione dell'iter decisivo della stessa (CDS 95,1169 e 3059/13).

La variazione del listino prezzi è vietata od è una miglioria dell'offerta? L'art. 119 DPR 207/10 (Regolamento di attuazione), rubricato "aggiudicazione al prezzo più basso determinato mediante prezzi unitari", è richiamato dal bando e vieta la presentazione di offerte indeterminate pena l'esclusione dalla gara. Infatti, come rileva il Tar "legge di gara non imponeva alcuna modificazione della lista prezzi in relazione alle proposte migliorative, non potendo valorizzarsi a questo fine il richiamo al citato art. 119 del d.p.r. n. 207/2010, giacché l'obbligo da essa imposto ai concorrenti di verificare le voci delle lavorazioni e forniture di cui si compone l'offerta attiene alla corrispondenza di queste con gli elaborati progettuali a base di gara, ma non si estende alle migliorie offerte. Gli oneri economici rivenienti da queste ultime - secondo il giudice di primo grado - "trovano compensazione all'interno dell'offerta economica presentata senza che per questa ragione l'offerta possa ritenersi indeterminata o generica", pena altrimenti la disomogeneità delle basi su cui la stazione appaltante è tenuta ad effettuare le proprie valutazioni e l'impossibilità di determinare il corrispettivo finale nel caso in cui la medesima stazione appaltante non accetti le migliorie." Ergo l'offerta era regolare e questa critica, come le altre doglianze sulla presunta carenza e/o tardiva presentazione di documenti (certificati obbligatori etc.), è stata rigettata.

Come si formula il ribasso? Il CDS ha ritenuto queste variazioni mere soluzioni migliorative dell'offerta

e come tali lecite. Ha rigettato ogni censura sulla violazione della disposizione del bando che regolava le modalità di offerte al ribasso. Infatti “Da tale norma di *lex specialis* si evince che il metodo di ribasso utilizzato ai fini dell’attribuzione del punteggio per l’offerta economica è quello sull’elenco dei prezzi unitari, previsto dall’art. 118 del regolamento di esecuzione del codice dei contratti in alternativa a quello sull’importo dei lavori, e disciplinato dal successivo art. 119, richiamato appunto dal disciplinare, il quale si caratterizza per la presentazione sulla base della lista delle lavorazioni e forniture predisposta dalla stazione appaltante per la gara.

Il comma 5 dell’art. 119, relativo tra l’altro agli appalti di progettazione ed esecuzione, prevede quindi l’obbligo per gli offerenti “di controllare le voci riportate nella lista attraverso l’esame degli elaborati progettuali”, al fine di “integrare o ridurre le quantità che valuta carenti o eccessive e ad inserire le voci e relative quantità che ritiene mancanti, rispetto a quanto previsto negli elaborati grafici e nel capitolato speciale nonché negli altri documenti che è previsto facciano parte integrante del contratto, alle quali applica i prezzi unitari che ritiene di offrire”. La verifica di corrispondenza imposta dalla norma regolamentare in esame si effettua e si esaurisce tra le lavorazioni offerte e quelle invece presenti negli elaborati progettuali posti a gara e non è in alcun modo funzionale all’evidenziazione delle migliorie risultanti dall’offerta tecnica. L’obbligo di cui costituisce oggetto, infatti, ha la finalità, per le opere a corpo - come appunto quelle previste nella suddetta tipologia di appalti, ai sensi dell’art. 53, commi 2, lett. b), e 4, d.lgs. n. 163/2006 - di impegnare la concorrente alla loro realizzazione, “restando fisso ed invariabile l’importo indicato nella lista prezzi” (§ E, pag. 13 del disciplinare di gara). A tal fine, il ridetto art. 119, comma 5, pedissequamente richiamato dal disciplinare, impone alle imprese offerenti la dichiarazione di impegno “che l’indicazione delle voci e delle quantità non ha effetto sull’importo complessivo dell’offerta che, seppure determinato attraverso l’applicazione dei prezzi unitari offerti alle quantità delle varie lavorazioni, resta fisso ed invariabile”.

Finalità delle norme e della verifica. “La ratio della disciplina in esame è quella di mantenere inalterato il funzionamento del metodo di selezione del ribasso sull’elenco dei prezzi unitari posti a base di gara, tipico dei contratti da stipulare a misura (art. 118, comma 1, lett. a, d.p.r. n. 207/2010), nei contratti da stipulare necessariamente a corpo come gli appalti di progettazione ed esecuzione, in virtù dell’art. 53, commi 2, lett. b), e 4, d.lgs. n. 163/2006, sopra citato”. Questa verifica è volta, perciò, a vagliare la serietà e la correttezza delle singole offerte e l’appalto sarà aggiudicato a chi ha proposto il maggior ribasso.

“Come ripetutamente affermato dalla giurisprudenza amministrativa, infatti, attraverso quest’ultimo metodo di selezione del contraente si persegue proprio lo scopo di ricercare nel mercato soluzioni tecniche migliorative all’idea progettuale elaborata dall’amministrazione, e sulle quali il confronto competitivo è destinato a svolgersi, purché le soluzioni offerte restino nell’ambito delle caratteristiche fondamentali del progetto posto a base di gara (C.d.S, Sez. IV, 11 febbraio 1999, n. 149; Sez. V, 9 febbraio 2001, n. 578; 11 luglio 2008, n. 3481; 12 febbraio 2010, n. 743; 13 gennaio 2011, n. 171). Il che è a dirsi a fortiori nelle procedure in cui a gara vi sia non solo l’esecuzione dei lavori ma anche la loro progettazione, come nel caso di specie.”. In breve non è possibile modificare gli aspetti tecnici, ma solo i prezzi, tanto più che la PA dovrà fare un’ulteriore comparazione tra le offerte economiche dei concorrenti ed i prezzi unitari stabiliti per quelle singole voci. Alla luce di tutto ciò le variazioni apportate dalla controinteressata sono lecite, perché mere soluzioni migliorative dell’offerta, mentre se avessero riguardato gli aspetti tecnici sarebbero state vietate in assenza di un espresso ordine della PA ex art. 76 Ca. In breve è una valutazione comparativa simile a quella prevista per l’appalto-concorso.

Infine sono prive di pregio le critiche sulla presunta indeterminatezza dell’offerta per l’assenza di una voce relativa ai trasporti, allo smaltimento ed alla riutilizzazione del materiale di scavo delle cave, perché la controinteressata ha analizzato questi argomenti dettagliatamente nella relazione di accompagnamento dell’offerta in ossequio degli artt. 184Dlgs 152/06 (Codice dell’ambiente).

Si rinvia ai testi per l’eventuale ulteriore approfondimento di queste e delle altre questioni affrontate dalle presenti sentenze.

Per consultare le sentenze in analisi clicca qui:

http://www.giustizia-amministrativa.it/DocumentiGA/Consiglio%20di%20Stato/Sezione%204/2011/2011109048/Provvedimenti/201305098_11.XML

http://www.giustizia-amministrativa.it/DocumentiGA/Consiglio%20di%20Stato/Sezione%205/2012/201208975/Provvedimenti/201305122_11.XML

http://www.giustizia-amministrativa.it/DocumentiGA/Consiglio%20di%20Stato/Sezione%205/2013/201304116/Provvedimenti/201305160_11.XML

<https://www.diritto.it/la-disciplina-dell-appalto-pubblico-alla-luce-dei-recenti-chiarimenti-forniti-dal-consiglio-di-stato/>