



**AGENS**

Agenzia confederale dei Trasporti e Servizi

Roma, 5 settembre 2019  
Prot. n. 127/19//H.19.

Alle Aziende associate

L o r o   S e d i

**OGGETTO:**    Contratti pubblici – Aggiornamenti giurisprudenziali

Si segnalano alle associate tre sentenze adottate nel mese di agosto in materia di contratti pubblici.

**1. Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, sentenza 6 agosto 2019, n. 5597. Aggiudicazione provvisoria – Revoca – Inammissibilità dell'indennizzo ex art. 21 quinquies della legge n. 241/1990 relativo alla revoca di un provvedimento amministrativo.**

Ricordando che la procedura di gara si conclude soltanto con l'aggiudicazione definitiva, il Consiglio di Stato con la sentenza in rassegna (v. Allegato 1) sottolinea che «[...] - *in ragione della natura giuridica di atto provvisorio ad effetti instabili, tipica dell'aggiudicazione provvisoria, e della non tutelabilità processuale di quest'ultima ai sensi degli artt. 21-quinquies e 21-nonies della l. n. 241 del 1990 (ex multis, Consiglio di Stato sez. V, 09/11/2018, n.6323; Cons. Stato, V, 20 agosto 2013, n. 4183) - rientra nel potere discrezionale dell'amministrazione disporre la revoca del bando di gara e degli atti successivi, laddove sussistano concreti motivi di interesse pubblico tali da rendere inopportuna, o anche solo da sconsigliare, la prosecuzione della gara (cfr. Consiglio di Stato sez. V, 09/11/2018, n.6323; Consiglio di Stato sez. V, 04/12/2017, n.5689; Consiglio di Stato sez. III, 07/07/2017, n.3359; Cons. Stato, VI, 6 maggio 2013, n. 2418; in termini, Cons. Stato, IV, 12 gennaio 2016, n. 67).*»

La sentenza precisa che non è configurabile un indennizzo ex art. 21 quinquies della legge n. 241/1990 (Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di



diritto di accesso ai documenti amministrativi) in quanto «*la concorde giurisprudenza amministrativa (ex aliis Consiglio di Stato sez. III, 07/07/2017, n.3359; Consiglio di Stato, Sez. V n. 1559 del 20.4.2016; Sez. III, 04/09/2013, n. 4433) nega, in mancanza di un'aggiudicazione definitiva, la configurabilità dell'indennizzo ex art. 21 quinquies, l. n. 241 del 1990. La natura giuridica di atto provvisorio ad effetti instabili, tipica dell'aggiudicazione provvisoria, spiega la non tutelabilità processuale di quest'ultima ai sensi degli artt. 21-quinquies e 21-nonies della l. n. 241 del 1990 (ex multis, Cons. Stato, V, 20 agosto 2013, n. 4183): la sua revoca (ovvero, la sua mancata conferma) non è infatti qualificabile alla stregua di un esercizio del potere di autotutela, tale cioè da richiedere un raffronto tra l'interesse pubblico e quello privato sacrificato, non essendo prospettabile alcun affidamento del destinatario, dal momento che l'aggiudicazione provvisoria non è l'atto conclusivo del procedimento (cfr. Consiglio di Stato sez. V, 09/11/2018, n.6323).*»

## **2. Tar Toscana, sez. III - sentenza 22 agosto 2019, n. 1195. Offerta che non rispetta i requisiti previsti dal bando – Esclusione dalla gara**

Con tale pronuncia (v. Allegato 2) il Tar ribadisce che il giudizio sull'anomalia dell'offerta «[...] *ha natura globale e sintetica e deve risultare da un'analisi di carattere tecnico delle singole componenti di cui l'offerta si compone, al fine di valutare se l'anomalia delle diverse componenti si traduca in un'offerta "complessivamente" inaffidabile (Cons. Stato, sez. V, 05/03/2019, n. 1538; id., sez. V, 3 aprile 2018, n. 2053).* »

In proposito il Tar chiarisce inoltre che «[...] *non è configurabile una soglia minima al di sotto della quale l'offerta deve essere considerata anomala, poiché anche un utile modesto può comportare un vantaggio significativo per l'impresa anche in termini di qualificazione per essere aggiudicataria di un determinato appalto, e inoltre l'impresa aggiudicataria può, al fine di giustificare la congruità dell'offerta, rimodulare le quantificazioni dei costi e dell'utile indicate inizialmente nell'offerta, purché non ne risulti una modifica degli elementi compositivi tali da pervenire ad una offerta diversa rispetto a quella iniziale e sempre che l'eccessivo ribasso offerto non influisca negativamente sulla corretta esecuzione del servizio secondo standard di qualità e di valutazione dell'effettiva sostenibilità (Cons. St., sez. V, 12 settembre 2018, n. 5332; id., sez. VI, 5 giugno 2015, n. 2770).*»



Ricorda il Tribunale regionale come sia tuttavia consolidato il principio secondo cui «[...] un utile pari a zero o un'offerta in perdita rendono ex se inattendibile l'offerta economica e il consentire la presentazione di offerte senza adeguato utile finisce con incidere anche sul sistema della libera concorrenza del mercato, vulnerando altresì l'interesse pubblico a che il soggetto aggiudicatario sia in grado di svolgere adeguatamente la prestazione oggetto del contratto (Cons. St., sez. IV, 26 febbraio 2015 n. 963; id., sez. III, 9 luglio 2014 n. 3492; id., sez. V, 22 maggio 2012 n. 2977).»

Con riferimento al principio di tassatività delle cause di esclusione, si legge nella sentenza in rassegna, «[...] va inteso nel senso che l'esclusione dalla gara va disposta anche nel caso in cui siano imposti "adempimenti doverosi" pur senza prevedere espressamente l'esclusione (Cons. St., sez. V, 17/01/2019, n. 430) ovvero l'offerta del concorrente non sia conforme alle specifiche tecniche fissate dalla lex specialis o che, comunque, presuppongono o comportano che lo svolgimento del servizio venga svolto in maniera non corrispondente a quanto stabilito dalla legge di gara (T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 23/01/2019, n. 131; T.A.R. Lazio, sez. II, 21/05/2019, n. 6250).»

«In altre parole – si legge nella sentenza in esame - l'inadeguatezza del progetto proposto dall'impresa offerente rispetto ai requisiti minimi previsti dalla stazione appaltante per il contratto da affidare legittimano l'esclusione dalla gara e non già la mera penalizzazione dell'offerta nell'attribuzione del punteggio, perché determinano la mancanza di un elemento essenziale per la formazione dell'accordo necessario per la stipula del contratto (T.A.R. Emilia Romagna, Parma 10/01/2019, n. 1).»

### **3. Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, sentenza 23 agosto 2019, n. 5834. Avvalimento – Nullità della clausola del bando di gara che impone il possesso dell'attestazione SOA sia all'impresa partecipante sia all'impresa ausiliaria.**

Con la pronuncia in rassegna (v. Allegato 3) il Consiglio di Stato ha considerato nulla la clausola del bando di gara che impone ai concorrenti che ricorrono all'avvalimento, a pena esclusione, di possedere (comunque) una propria attestazione SOA, la certificazione obbligatoria per la partecipazione a gare d'appalto per l'esecuzione di appalti pubblici di lavori che attesta e garantisce il possesso da parte dell'impresa del settore delle costruzioni di tutti i requisiti previsti dalla attuale



normativa in ambito di Contratti Pubblici di lavori.

In particolare, il Collegio si sofferma sulla ratio dell'art. 89 del d.lgs. n. 50 del 2016 (Codice dei contratti pubblici) relativo all'avvalimento, precisando che essa *«deve essere interpretata alla luce della giurisprudenza amministrativa e comunitaria, garantendo la più ampia partecipazione delle imprese alle gare pubbliche; ciò in conformità all'orientamento della giurisprudenza amministrativa consolidatasi in seguito alla decisione dell'Adunanza plenaria di questo Consiglio 4 novembre 2016, n. 23, secondo cui l'avvalimento è stato introdotto nell'ordinamento nazionale "in attuazione di puntuali prescrizioni dell'ordinamento UE", al fine di consentire "l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza nella misura più ampia possibile", secondo quanto chiarito dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione [...], anche con riferimento all'impossibilità di fissare a priori limiti specifici alla possibilità di avvalimento.»*

Restiamo a disposizione per fornire ulteriori approfondimenti.

Cordiali saluti.

p. AGENS

All.