

LEAP

NEWSLETTER

NEWSLETTER DEL 15 marzo 2022

GIURISPRUDENZA

Contratti Pubblici e Diritto Amministrativo **3**

Delibera ANAC 23 febbraio 2022, n. 89

TAR Toscana, Sez. I, 25 febbraio 2022, n. 228

Consiglio di Stato, Sez. VI, 24 febbraio 2022, n. 1308

Urbanistica, Edilizia e Diritto Ambientale **12**

TAR Lazio, Roma, Sez. III-ter, 9 febbraio 2022, n. 1575

Delibera ANAC 23 febbraio 2022, n. 89

Massima

Qualora in una procedura aperta per l'affidamento di servizi si verifichi la presentazione di un'unica offerta, non è possibile procedere alla valutazione della stessa, né, tantomeno, all'aggiudicazione a favore dell'unico offerente, in quanto non può ritenersi instaurato l'imprescindibile confronto concorrenziale tra più concorrenti richiesto dalla normativa domestica e comunitaria in materia di contratti pubblici.

Caso di specie

La centrale unica di committenza di un'Unione di Comuni indiceva una procedura aperta ai fini dell'affidamento in concessione, da aggiudicarsi sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dei servizi di gestione di una residenza sanitaria assistenziale. A seguito della presentazione di un'unica offerta, la stazione appaltante riteneva opportuno interpellare l'ANAC, ai sensi dell'art. 211, comma 1, D.Lgs. n. 50/2016, in merito alla possibilità di procedere alla valutazione della stessa e, eventualmente, all'aggiudicazione a favore dell'unico offerente.

Motivi della decisione

L'ANAC si è pronunciata sulla questione con il parere di precontenzioso reso con la delibera n. 89, di data 23 febbraio 2022. In primo luogo, l'Autorità ha rilevato come lo stesso disciplinare di gara richiami la clausola di salvaguardia di cui all'art. 95, comma 12, D.Lgs. n. 50/2016, a norma del quale

“Qualora nessuna offerta risulti conveniente o idonea in relazione all’oggetto del contratto, la Stazione Appaltante si riserva la facoltà di non procedere all’aggiudicazione”. La disposizione citata presuppone, tuttavia, che la stazione appaltante abbia preliminarmente effettuato una valutazione delle plurime offerte presentate, e che, all’esito di detta valutazione, nessuna delle offerte sia risultata adeguata. Tale disposizione non è pertanto idonea a risolvere la questione prospettata dalla stazione appaltante, riguardante, invece, l’opportunità stessa di procedere alla valutazione dell’unica offerta presentata.

Al fine di risolvere il quesito proposto, l’ANAC ha in primo luogo richiamato alcune disposizioni normative previgenti: l’art. 55, comma 4, dell’abrogato Codice dei Contratti Pubblici, D.Lgs. n. 163/2006, secondo cui il bando di gara avrebbe potuto prevedere l’impossibilità di procedere con l’aggiudicazione nel caso di una sola offerta valida, e l’art. 76, comma 2, D.P.R. n. 554/1999, a norma del quale non si sarebbe potuto far luogo ad appalto o a licitazione privata qualora il numero dei candidati qualificati fosse inferiore a tre.

Ciò premesso, l’ANAC ha rilevato come l’attuale Codice dei Contratti Pubblici, D.Lgs. n. 50/2016, nulla preveda in merito all’ipotesi di presentazione di un’unica offerta, apparentemente lasciando un maggiore margine di discrezionalità alle stazioni appaltanti. Tuttavia, a parere dell’Autorità, detto vuoto normativo deve essere colmato ricorrendo alla disposizione di cui all’art. 69, R.D. n. 827/1924, tutt’ora in vigore, il quale prevede che *“L’asta deve rimanere aperta un’ora per la presentazione delle offerte ed è dichiarata deserta ove non ne siano presentate almeno due, salvo il caso in cui l’amministrazione abbia stabilito, avvertendolo nell’avviso d’asta, che, tenendosi l’asta coi sistemi delle offerte segrete, si procede all’aggiudicazione anche se venga presentata una sola offerta”.*

La disposizione del R.D. n. 827/1924 appare del tutto in linea con la *ratio* perseguita dalla disciplina domestica e comunitaria in materia di contratti pubblici, coincidente con la necessità di garantire alle stazioni appaltanti la possibilità di selezionare il migliore contraente attraverso un effettivo confronto concorrenziale delle offerte, possibile soltanto in presenza di una pluralità di partecipanti alla gara. Nell’ipotesi di presentazione di un’unica offerta, dunque, viene meno l’imprescindibile presupposto di un contesto

concorrenziale, con conseguente invalidità dell'intera procedura.

L'ANAC ha infine preso in considerazione l'applicabilità al caso di specie dei principi di diritto sanciti in casi analoghi sia dalla stessa Autorità che dalla giurisprudenza di merito. In primo luogo, l'ANAC ha richiamato quanto già affermato in due pareri resi durante la vigenza del vecchio Codice dei Contratti Pubblici, in cui si era espressa a favore della validità dell'aggiudicazione della gara all'unico offerente qualora l'offerta fosse rimasta l'unica a seguito di esclusione o rinuncia degli altri partecipanti e la *lex specialis* di gara espressamente richiamasse la disposizione di cui all'art. 55, comma 4, D.Lgs. n. 163/2006. Il secondo precedente considerato dall'Autorità riguardava una pronuncia del T.A.R. per la Liguria, in cui l'aggiudicazione all'unico offerente era stata ritenuta legittima in quanto determinata dalle esigenze di celerità e snellezza della procedura semplificata nei contratti sotto soglia.

Ebbene, l'ANAC ha ritenuto che le circostanze valorizzate nei precedenti citati non ricorrano nel caso di specie, in cui, da un lato, trattandosi di procedura aperta ai sensi dell'art. 60, D.Lgs. n. 50/2016, non sono ravvisabili particolari esigenze di celerità e snellezza, e, dall'altro lato, la disciplina di gara nulla prevede in merito alla possibilità di procedere ad aggiudicazione nel caso di presentazione di un'unica offerta.

Alla luce di tali considerazioni, l'ANAC ha dunque affermato che, qualora in una procedura aperta si verifici la presentazione di un'unica offerta, non è possibile procedere alla valutazione della stessa, né, tantomeno, all'aggiudicazione a favore dell'unico offerente, in quanto non può ritenersi instaurato l'imprescindibile confronto concorrenziale tra più concorrenti.

TAR Toscana, Sez. I, 25 febbraio 2022, n. 228

Massima

Il principio di immodificabilità del contratto non ha carattere assoluto: purché ciò non sia finalizzato a rimettere in discussione l'originario equilibrio del contratto messo a gara, la stazione appaltante ben può modificare unilateralmente le condizioni dell'affidamento.

Caso di specie

Una società nata per partecipare alla gara avviata per l'affidamento in concessione di servizi di trasporto pubblico locale ha impugnato alcune delibere, adottate successivamente all'aggiudicazione, con le quali la Regione Toscana ha apportato diverse variazioni al contratto di concessione prima ancora della sua stipula. In particolare, attraverso i provvedimenti unilateralmente adottati, l'ente territoriale ha inteso apportare all'instaurando rapporto contrattuale una serie di adeguamenti economici finalizzati a coprire l'aumento del costo delle materie prime e i cali di introito derivanti della situazione emergenziale dovuta alla pandemia da Covid 19.

Secondo la tesi sostenuta dall'operatore economico, attraverso i predetti atti la Regione avrebbe nella sostanza rinegoziato le condizioni contrattuali a favore dell'aggiudicatario ancor prima della stipula del contratto, modificando in tal modo gli assetti posti alla base del confronto concorrenziale con conseguente affidamento senza gara di un contratto

sostanzialmente diverso da quello originariamente oggetto della procedura di evidenza pubblica.

Secondo la ricorrente tale operazione non sarebbe giustificabile alla luce del mutamento della situazione di fatto intervenuta nel periodo intercorso fra la conclusione della gara e la stipula del contratto, posto che - sempre secondo la tesi illustrata dall'operatore economico - se anche tali sopravvenienze avessero inciso sugli equilibri contrattuali la Regione non avrebbe potuto modificare il contratto messo a gara dovendo, invece, indirne una nuova.

Motivi della decisione

Le predette tesi non sono condivise dal Collegio. Secondo il TAR per la Toscana, infatti, il principio di immodificabilità del contratto non ha carattere assoluto.

Infatti, secondo la Corte di Giustizia dell'Unione Europea (sez. VII, sentenza del 7 settembre 2016, in C/549-2014), il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza che ne derivano ostano a che, dopo l'aggiudicazione di un appalto pubblico, la stazione appaltante e l'aggiudicatario apportino alle disposizioni di tale appalto modifiche tali da qualificare detto appalto come diverso da quello iniziale.

Ciò avviene, tuttavia, solo allorquando le modifiche previste abbiano l'effetto:

a) di estendere l'appalto, in modo considerevole, ad elementi non previsti;

b) di alterare l'equilibrio economico contrattuale in favore dell'aggiudicatario;

c) di rimettere in discussione l'aggiudicazione dell'appalto, nel senso che, *“se esse fossero state previste nei documenti disciplinanti la procedura di aggiudicazione originaria, sarebbe stata accolta un'altra offerta oppure avrebbero potuto essere ammessi offerenti diversi”*.

Al di fuori di detta casistica, quindi, anche la giurisprudenza eurocomunitaria ritiene che le modifiche contrattuali successive all'aggiudicazione siano compatibili con i principi dell'ordinamento europeo.

Del resto, i principi affermati dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea hanno trovato attuazione anche nelle direttive e poi nella disciplina interna prevista dal Codice dei contratti pubblici il quale, in particolare, all'articolo 106 ha, fra l'altro, esemplificato quelle che sono le modifiche sostanziali incompatibili con la

trasparenza e la par condicio e ammesso - in via generale - quelle modifiche il cui valore resti al di sotto del 10% dell'importo contrattuale complessivo, salvo che in tal modo si alteri la natura complessiva del contratto.

I Giudici toscano hanno evidenziato, inoltre, come la disciplina delle concessioni preveda una elasticità ancora maggiore (rispetto a quella degli appalti) in tema di rinegoziazione delle condizioni contrattuali: non a caso l'articolo 165 del Codice dei contratti pubblici individua espressamente i rimedi volti a ricalibrare il rapporto negoziale qualora siano intervenuti fatti obiettivi che alterino in misura significativa l'equilibrio fissato dal piano economico finanziario, fra i quali è espressamente contemplata la revisione del contratto: il trasferimento in capo al concessionario del rischio operativo non vale, infatti, a connotare il contratto come contratto aleatorio.

A ciò si aggiunga che, nel caso specifico, le modifiche apportate dalla Regione alla disciplina contrattuale non erano volte, come sostenuto dalla società ricorrente, a modificare l'essenza del contratto - benché non ancora stipulato - quanto piuttosto a mantenerne l'equilibrio per far fronte ad una situazione eccezionale ed imprevedibile (rappresentata dall'emergenza sanitaria da Covid-19 e dall'aumento dei prezzi), non ascrivibile all'ordinario rischio di gestione.

Pertanto, alla luce dei principi qui richiamati il TAR per la Toscana ha rigettato il ricorso e condannato l'operatore economico alla refusione delle spese di lite, in favore di ciascuna delle controparti, per un importo pari a 10.000 euro.

Consiglio di Stato, Sezione VI, 24 febbraio 2022, n. 1308

Massima

Nel contesto delle procedure finalizzate all'aggiudicazione di contratti pubblici, è del tutto legittimo e non comporta novazione della domanda il ricorso, in sede di gara, all'istituto del soccorso istruttorio al fine di consentire a un operatore economico di dimostrare il possesso, *ex ante*, del requisito di capacità economico-finanziaria. In particolare, il ricorso al soccorso istruttorio è legittimo anche qualora, in sede di gara, l'operatore economico abbia precedentemente dichiarato di voler ricorrere all'avvalimento per integrare il medesimo requisito la cui sussistenza è successivamente attestata in proprio.

Caso di specie

Nel contesto di una procedura aperta per affidamento di servizi, una società presentava la propria offerta, dichiarando di voler ricorrere all'istituto dell'avvalimento per sopperire alla carenza sia del requisito di capacità economico-finanziaria che dei requisiti di capacità tecnico-professionale, previsti dal bando di gara. Con un primo provvedimento, la stazione appaltante escludeva la società dalla gara, sulla base del rilievo per cui il contratto di avvalimento prodotto aveva sì ad oggetto l'impegno, da parte dell'ausiliaria, a prestare i requisiti di capacità tecnico-professionale, ma non menzionava il requisito di capacità economico-finanziaria.

La società presentava istanza di autotutela, deducendo di possedere in proprio il requisito di capacità economico-finanziaria - così come risultante dai bilanci allegati - e di non necessitare, pertanto, di ricorrere all'avvalimento in relazione a detto requisito. Conseguentemente, la

stazione appaltante annullava in autotutela il provvedimento di esclusione, disponendo la riammissione della società alla procedura e, infine, aggiudicando la gara a suo favore.

La società seconda graduata impugnava il provvedimento di aggiudicazione, lamentando, tra l'altro, l'illegittimo ricorso, da parte della stazione appaltante, all'istituto del soccorso istruttorio, sostanziantesi nella rettifica della domanda di partecipazione sotto il profilo dell'afferenza del contratto di avvalimento al solo requisito di capacità tecnico-professionale, e nella produzione tardiva di documentazione essenziale: tali circostanze avrebbero comportato, di fatto, una novazione della domanda, contrastante con il principio della perentorietà del termine di presentazione delle offerte.

Investito della questione, il T.A.R. per la Campania annullava il provvedimento di aggiudicazione, dichiarando altresì l'inefficacia del contratto.

Motivi della decisione

Il Consiglio di Stato, chiamato a pronunciarsi sulla questione a seguito dell'impugnazione, da parte della società aggiudicataria, della sentenza del T.A.R. per la Campania, ha innanzitutto ribadito come, secondo costante giurisprudenza, il soccorso istruttorio di cui all'art. 6, comma 2, lett. b), L. n. 241/1990, costituisce non una mera facoltà dell'amministrazione, bensì un suo vero e proprio obbligo, che impone al responsabile del procedimento di *"chiedere il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erronee o incomplete"*.

Il soccorso istruttorio è un istituto posto a presidio del principio di massima collaborazione possibile tra privato e amministrazione pubblica, oltre che del comune interesse alla definizione del procedimento: da ciò discende come l'esclusione da una procedura amministrativa per motivi di carattere squisitamente formale è possibile solo se giustificata dall'esigenza di tutelare contrapposti valori giuridici.

Il Consiglio di Stato ha successivamente esaminato l'estensione del principio in esame - destinato a spiegare la propria massima portata applicativa nei procedimenti non comparativi - nel contesto delle procedure selettive, ove lo stesso è soggetto al necessario bilanciamento tra i due contrapposti principi di massima partecipazione e di *par condicio* tra i concorrenti. Se il previgente orientamento

giurisprudenziale distingueva tra regolarizzazione, generalmente ammessa, e integrazione documentale, viceversa esclusa, l'attuale approdo interpretativo consente, con riferimento alle procedure ad evidenza pubblica, un generale ricorso al soccorso istruttorio, ammesso, pertanto, anche ai fini dell'integrazione documentale.

L'art. 83, comma 9, D.Lgs. n. 50/2016, ha recepito questi principi, stabilendo che il soccorso istruttorio, nelle procedure finalizzate all'aggiudicazione di contratti pubblici, può essere utilizzato per sanare le carenze di qualsiasi elemento formale - e mai sostanziale - della domanda, purché non afferiscano all'offerta economica e a quella tecnica o siano tali da non consentire l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa.

Il Consiglio di Stato ha inoltre precisato come l'attuale disciplina del soccorso istruttorio si ponga del tutto in linea con la *ratio* delle procedure ad evidenza pubblica, consistente nell'esigenza di selezionare il contraente più idoneo all'esecuzione delle prestazioni oggetto dell'affidamento, senza d'altra parte alterare in alcun modo il leale confronto competitivo.

Alla luce di queste considerazioni e con riferimento al caso di specie, il Consiglio di Stato ha affermato la legittimità del ricorso, da parte della stazione appaltante, all'istituto del soccorso istruttorio: ciò ha concesso, infatti, alla società poi risultata aggiudicataria di documentare il possesso di un proprio requisito - il fatturato - posseduto *ex ante*, senza che ciò abbia comportato alcuna modificazione della domanda già presentata.

TAR Lazio, Roma, Sez. III- ter, 9 febbraio 2022, n. 1575

Massima

Il divieto di artato frazionamento, costituendo un principio generale dell'ordinamento, opera a prescindere da un'espressa previsione normativa e, pertanto, può ritenersi applicabile a tutti gli impianti che percepiscono incentivi per la produzione di energia da fonti rinnovabili; la *ratio* di tale divieto è infatti il perseguimento del contenimento e la riqualificazione della spesa pubblica che, quale obiettivo di rilevanza eurounitaria, non può determinare alcuna violazione dei principi di eguaglianza e libera concorrenza.

Caso di specie

Con ricorso al TAR Lazio, Roma, una società costituita per la promozione e lo sviluppo di attività in campo energetico ha impugnato il provvedimento con cui il Gestore dei Servizi Energetici - GSE ha rigettato la propria richiesta di accesso ai meccanismi di incentivazione degli impianti a fonti rinnovabili diversi dai fotovoltaici per l'intervento di nuova costruzione di un impianto di generazione di energia elettrica da fonte eolica da essa presentata. Tale diniego si fondava sulla contestazione operata dal GSE tale per cui l'impianto della società ricorrente e un diverso impianto detenuto da un'altra società nella stessa zona territoriale fossero in realtà riconducibili ad un'unica iniziativa imprenditoriale, ritenendo in questo modo di aver riscontrato "*plurimi elementi*

indicativi di un artato frazionamento della potenza degli impianti”.

Motivi della decisione

Il TAR Lazio, Roma, ha innanzitutto evidenziato come il preambolo del D.M. del 23 giugno 2016, disciplinante le modalità di accesso agli incentivi di cui all’istanza presentata dalla società ricorrente, affermi che il divieto di artato frazionamento costituisce *“un principio generale dell’ordinamento”*, il quale opera *“a prescindere da un’espressa previsione normativa e, pertanto, può ritenersi applicabile a tutti gli impianti che percepiscono incentivi per la produzione di energia da fonti rinnovabili”*. In particolare, l’art. 5, comma 2, lett. b) del citato decreto precisa che *“più impianti alimentati dalla stessa fonte, nella disponibilità del medesimo produttore o riconducibili, a livello societario, a un unico produttore e localizzati nella medesima particella catastale o su particelle catastali contigue si intendono come unico impianto, di potenza cumulativa pari alla somma dei singoli impianti”*.

Secondo il giudice amministrativo, la *ratio* delle suddette disposizioni risiederebbe nell’esigenza di evitare che i soggetti responsabili degli impianti produttivi di energia da fonti rinnovabili possano, in violazione del criterio dell’inversa proporzionalità tra la potenza dell’impianto e il livello di incentivazione, mediante, appunto, un *“artato frazionamento”*, eludere le soglie di potenza per le quali, ai fini dell’ammissione agli incentivi, è prevista l’iscrizione al registro ovvero la partecipazione all’asta e conseguentemente beneficiare degli incentivi avvalendosi della procedura di accesso diretto, prevista dal D.M. del 2016 esclusivamente per gli impianti eolici con potenza fino a 60kW, nonché delle tariffe maggiormente remunerative previste dal suddetto decreto per gli impianti di potenza minore appartenenti a tale categoria.

Analizzando il caso in esame, il TAR Lazio, Roma, ha ritenuto che la ricostruzione fattuale e gli elementi adottati dal GSE quali indicatori di un’ipotesi di artato frazionamento degli impianti - consistenti nella (i) sussistenza di *“un sostanziale collegamento societario”* tra le due società titolari dei due diversi impianti in ragione della presenza del medesimo amministratore cui spettavano poteri decisionali relativi all’ordinaria amministrazione e gestione delle due società; (ii) circostanza che i due impianti ricadessero nella medesima particella

catastale; e (iii) coincidenza delle date di autorizzazione, voltura dei titoli autorizzativi e inizio lavori per entrambi gli impianti - fossero del tutto ragionevoli ed esenti da censure.

In conclusione, il TAR Lazio, Roma - rigettando la lamentata illegittimità del D.M. 23 giugno 2016 in quanto la *ratio* del divieto di artato frazionamento previsto da tale decreto si sostanzierebbe nel perseguimento del contenimento e la riqualificazione della spesa pubblica che, pertanto, quale obiettivo di rilievo eurounitario, non potrebbe determinare alcuna violazione dei principi di eguaglianza e libera concorrenza - ha respinto il ricorso e confermato il provvedimento di diniego del GSE sull'istanza di ammissione agli incentivi presentata dalla società ricorrente.

Leap è un progetto editoriale a cura dello Studio Legale Lipani, Catricalà & Partners. È vietata ogni distribuzione non autorizzata.

© Copyright 2020 | Lipani Catricalà & Partners

LEAP

N E W S L E T T E R