

## GIURISPRUDENZA

*Le pronunce riportate di seguito sono visualizzabili per esteso attraverso le banche dati pubblicamente consultabili*

**Se difettano i requisiti in capo a un'impresa consorziata partecipante a un lotto, è legittimo disporre l'esclusione del consorzio stabile da tutti i lotti in gara?**

*Cons. Stato, sez. V, 2 febbraio 2021, n. 964*

CONSORZIO STABILE – IMPRESE CONSORZiate – OPERATORE ECONOMICO UNITARIO – ASSENZA REQUISITI ORDINE GENERALE – ESCLUSIONE



Un'Amministrazione bandiva una procedura di gara con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa per la conclusione di un accordo-quadro per la fornitura del servizio di manutenzione degli impianti di sicurezza di alcuni uffici, suddividendo l'appalto in sei lotti territoriali autonomi. Un **consorzio stabile**, avendo presentato la migliore offerta, risultava aggiudicatario di due lotti. Tuttavia, all'esito delle verifiche svolte in merito al possesso dei requisiti di ordine generale, a carico di due consorziate – individuate come esecutrici per un lotto – risultavano violazioni tributarie definitivamente accertate.

L'Amministrazione annullava l'aggiudicazione disposta in favore del consorzio, ma con riferimento ad entrambi i lotti. Il consorzio insorgeva quindi innanzi al TAR competente, sottolineando che dai documenti presentati in gara fosse possibile evincere con certezza quali imprese consorziate fossero state designate per l'uno e per l'altro lotto, lamentando altresì la mancata attivazione del soccorso istruttorio da parte dell'Amministrazione per richiedere eventuali chiarimenti sul punto.

I giudici dell'appello, nella loro disamina della fattispecie concreta, fissano innanzitutto il *thema decidendum*, ossia *“stabilire se sia conforme alle disposizioni che regolano la partecipazione di un consorzio stabile ad una procedura di gara suddivisa in lotti la decisione della stazione appaltante di disporre l'esclusione del consorzio dall'intera procedura per aver accertato la carenza dei requisiti generali di partecipazione relativamente ad imprese indicate come esecutrici di un singolo lotto. Nel caso di specie, accertata la grave irregolarità tributaria di (due delle) imprese esecutrici del lotto sei, la stazione appaltante ha disposto l'esclusione del Consorzio da tutti i lotti per i quali aveva presentato domanda di partecipazione (e, quindi, anche dal lotto cinque)”*.

Per consolidato orientamento giurisprudenziale, il consorzio stabile *“è un soggetto giuridico autonomo, costituito in forma collettiva e con causa mutualistica, che opera in base a uno stabile rapporto organico con le imprese associate, il quale si può giovare, senza necessità di ricorrere all'avvalimento, dei requisiti di idoneità tecnica e finanziaria delle consorziate stesse, secondo il criterio del 'cumulo alla rinfusa'”*. Dunque è il consorzio che **domanda di essere ammesso alla procedura** ed è il consorzio che **stipula il contratto** con l'Amministrazione in nome proprio, ma per conto delle consorziate cui affida l'esecuzione del servizio. Da ciò discende che il consorzio stabile si presenta alla procedu-

ra come **operatore economico unitario**, anche se in ipotesi la gara sia suddivisa in lotti, come nel caso in esame, diventando quindi irrilevante stabilire se una gara suddivisa in lotti sia qualificabile come unica gara ovvero come più gare per quanti sono i lotti. Non sarebbe dunque accoglibile la tesi secondo cui il consorzio stabile possa essere escluso da un lotto, ma rimanere in gara per gli altri lotti; ciò in quanto, ragionando altrimenti, non sarebbe più un operatore economico unitario, ma "**moltiplicabile**" in ragione delle consorziate indicate come esecutrici.

Tale conclusione, infatti, sarebbe in contrasto con il **principio** che si evince indirettamente dall'**art. 47, c. 7**, del d.lgs. 50/2016, che **vieta** alle consorziate di partecipare in maniera **autonoma** alla **stessa procedura** di gara. La *ratio* è proprio quella di **evitare** che il consorzio possa **avvantaggiarsi** della sua peculiare composizione per eludere la regola generale che impone il possesso dei requisiti di ordine generale in capo a tutte le imprese con cui l'Amministrazione viene in rapporto. Ne consegue la legittimità della scelta operata dalla stazione appaltante di escludere il consorzio stabile ricorrente da entrambi i lotti per i quali era risultato aggiudicatario.

\* \* \* \* \*

**I CAM quali fonti di obblighi immediatamente cogenti per la stazione appaltante e la natura non immediatamente escludente delle clausole della *lex specialis* che vi danno applicazione**

*Cons. Stato, sez. V, 3 febbraio 2021, n. 972*

**IMPUGNAZIONE – CLAUSOLE IMMEDIATAMENTE ESCLUDENTI – INTERESSE STRUMENTALE – ART. 34 DEL D.LGS. N. 50/2016 – CAM D.M. 7 MARZO 2012**



La sentenza in commento trae origine da una procedura ad evidenza pubblica da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'affidamento del servizio di energia termica per degli immobili comunali, comprensivo della fornitura di beni, servizi e lavori necessari a mantenere le condizioni di comfort degli edifici. Tale procedura è stata interessata da due ricorsi riuniti, da parte della prima aggiudicataria esclusa in anomalia e da parte dell'impresa quarta classificata, il cui ricorso volto ad ottenere la riedizione della gara è stato accolto dal giudice di prima istanza con dichiarazione di improcedibilità della prima impugnazione, annullamento dei provvedimenti contestati ed obbligo per la stazione appaltante di procedere alla ripubblicazione della procedura; giudizio poi appellato davanti al Consiglio di Stato, che si è pronunciato con la sentenza ora in esame.

Con il ricorso accolto in primo grado si lamentava, tra le varie censure, la violazione e falsa applicazione degli artt. 34 e 71 del Codice dei contratti pubblici e del d.m. 7 marzo 2012 (G.U. n. 74 del 28 marzo 2012), dolendosi che la legge di gara fosse in contrasto con i criteri ambientali minimi, sia per quanto riguarda l'erronea individuazione della fattispecie (A o B – tipizzate nel decreto) in cui sussumere il servizio oggetto di gara, sia, conseguentemente, con riguardo alla prevista durata del servizio (10 anni) ed alla violazione degli obblighi informativi, che non consentiva la presentazione di un'offerta completa ed adeguata.

Diverse le questioni giuridiche affrontate nel provvedimento in narrativa.

In *primis* l'eventuale natura **immediatamente escludente** delle clausole ritenute viziate dalla quarta classificata, ai fini dell'eventuale irricevibilità e inammissibilità del suo ricorso: il Collegio ricorda le Adunanze plenarie n. 1 del 2003 e n. 4 del 2018, che sanciscono l'immediata impugnabilità dei bandi che contengano clausole impeditive della partecipazione; laddove invece le clausole non siano immediatamente impeditive l'interessato non ha l'onere della loro immediata impugnazione, dal momento che egli non sa ancora se l'astratta o potenziale illegittimità della clausola si risolverà in danno della sua partecipazione. La **partecipazione** e la **presentazione della domanda**, poi, **non costituiscono acquiescenza** e non impediscono un eventuale ricorso.

Secondo un consolidato indirizzo giurisprudenziale, vanno **immediatamente impugnate**, in quanto **immediatamente e direttamente lesive**, le previsioni dei requisiti soggettivi di partecipazione (che escludono *ex se* la possibilità di partecipare alla gara) oppure quelle altre clausole che, anche se non soggettive, abbiano la portata di precludere ogni utile partecipazione alla gara (quali quelle impositive di oneri incomprensibili o sproporzionati o che rendono la partecipazione irragionevolmente difficoltosa o impossibile o che, ancora, impongono condizioni negoziali eccessivamente onerose o non convenienti).

Nel caso in esame le contestate previsioni di gara **non riguardavano requisiti soggettivi di partecipazione** immediatamente escludenti, concernendo invece la struttura del contratto e riferendosi ad obblighi informativi violati gravanti in capo alla stazione appaltante in virtù di un'errata applicazione dei CAM. Conseguentemente, la lesione lamentata si era concretizzata solo all'esito della valutazione dell'offerta che aveva evidenziato l'insufficienza informativa, il correlato svantaggio competitivo, il mancato rispetto della *par condicio* per le informazioni di cui disponeva l'uscente, con l'attribuzione di un punteggio non utile per l'aggiudicazione. In definitiva, **la contestazione** aveva riguardato la **regolarità ab imis dell'intera gara**, che non aveva consentito la possibilità di concorrere consapevolmente con offerta corrispondente alle esigenze della stazione appaltante. Il **vulnus** si era, dunque, fatto **attuale e concreto solo per effetto dell'aggiudicazione**. Le dedotte violazioni e la falsa applicazione dei CAM non hanno impedito né reso estremamente difficoltosa la partecipazione alla gara, bensì l'hanno falsata.

Il Collegio si occupa poi della questione riguardante **l'interesse ad impugnare della quarta classificata**, affermando che tale circostanza (la collocazione nella graduatoria) non esclude di per sé la sussistenza di un interesse concreto ed attuale all'impugnazione dell'aggiudicazione e degli atti di gara, potendo far valere l'**interesse strumentale alla riedizione della gara, sufficiente**, secondo il consolidato indirizzo giurisprudenziale ai fini dell'ammissibilità dell'impugnativa.

Il Consiglio di Stato ha poi affrontato il motivo di censura attinente al merito della controversia, in cui l'appellante ha contestato l'interpretazione fornita dal TAR dell'**art. 34 del d.lgs. 50/2016** e delle prescrizioni di cui al **d.m. contenente i CAM applicabili**, deducendo l'erroneità della sussunzione della fattispecie in esame. Secondo l'appellante, le disposizioni indicate non erano tali da costringere l'Amministrazione tra le sole due alternative (A o B) delineate nel d.m. 7 marzo 2012 e d'altra parte la *lex specialis* era stata delineata in modo coerente alle esigenze dell'Amministrazione e alle prescrizioni normative.

Anche tale doglianza è stata respinta, affermando che l'art. 34, c. 1, del d.lgs. 50/2016, **impone** alle stazioni appaltanti **l'obbligo di perseguire "gli obiettivi ambientali previsti dal Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione"**, indicando quale **strumento giuridico** adeguato a tale fine

“l’inserimento, nella documentazione progettuale e di gara, almeno delle **specifiche tecniche** e delle **clausole contrattuali** contenute nei criteri ambientali minimi adottati con decreto del Ministro dell’ambiente e della tutela del territorio e del mare”. I **criteri ambientali minimi** rappresentano, infatti, gli strumenti per il perseguimento degli **obiettivi ambientali**, tant’è che il secondo comma dell’art. 34 dispone che essi e **in particolare “i criteri premianti sono tenuti in considerazione anche ai fini della stesura dei documenti di gara per l’applicazione del criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa”**. Secondo il Consiglio di Stato tali disposizioni non sarebbero mere norme programmatiche, ma **obblighi immediatamente cogenti** per le stazioni appaltanti, come si desumerebbe dal terzo comma dell’art. 34, il quale sancisce che “l’obbligo di cui ai commi 1 e 2 si applica per gli affidamenti di qualunque importo, relativamente alle categorie di forniture e di affidamenti di servizi e lavori oggetto dei criteri ambientali minimi adottati nell’ambito del citato Piano d’azione”.

Il d.m. 7 marzo 2012, nel dettare i criteri ambientali minimi da inserire nei bandi di gara della PA per l’acquisto di servizi energetici per gli edifici, ha anche introdotto una *summa divisio* tra criteri applicabili, distinguendo un “caso A”, quando la stazione appaltante non dispone di dati sugli impianti e sugli edifici sufficienti a stabilirne la conformità alle leggi vigenti, ed un “caso B”, quando la stazione appaltante dispone già di diagnosi e certificazioni energetiche degli impianti e degli edifici e la procedura d’appalto è finalizzata a stipulare un contratto di servizio energia. Le **fattispecie (A e B)** individuate **si differenziano quantitativamente e qualitativamente** tra di loro e **tale diversità si riverbera anche sui presupposti della gara, sulla documentazione** da porre a base della stessa e **sugli obblighi informativi** posti a carico della stazione appaltante per consentire un confronto concorrenziale e la formulazione di un’offerta completa, adeguata e consapevole.

La **stazione appaltante** non solo è **obbligata a perseguire gli obiettivi** di sostenibilità ambientale, ma vi deve, altresì, procedere **secondo le modalità ed i criteri ambientali minimi stabiliti** dal più volte citato d.m. 7 marzo 2012: le due fattispecie alternative ivi delineate non rappresentano infatti soltanto due modelli ideali di modalità di perseguimento degli obiettivi, ma anche i due soli modelli concreti da utilizzare; è perciò illegittima una *lex specialis* contenente elementi dell’uno e dell’altro, in contrasto con il **principio di legalità dell’azione amministrativa**.

\*\*\*\*\*

## Il potere del giudice amministrativo di regolare gli effetti di dichiarazione di inefficacia del contratto

TAR Lazio, sez. II-bis, 11 febbraio 2021, n. 1737

GIUDICE AMMINISTRATIVO – ANNULLAMENTO AGGIUDICAZIONE – DICHIARAZIONE INEFFICACIA CONTRATTO – MODULAZIONE EFFETTI – BILANCIAMENTO



Una società, giunta seconda graduata in una procedura per l’affidamento dei servizi di assistenza domiciliare bandita da un Ente locale, proponeva **ricorso** contro l’aggiudicazione disposta in favore della prima graduata, lamentando in particolare lo svolgimento erroneo del procedimento di **valutazione di anomalia**

**dell'offerta** da parte dell'Amministrazione. Il TAR, riscontrando i suddetti profili di illegittimità, accoglieva il ricorso, disponendo così l'**annullamento** dei provvedimenti assunti nell'ambito del suddetto procedimento e, di conseguenza, dell'aggiudicazione disposta in favore del primo concorrente in graduatoria.

Come precisato dai giudici, in linea generale all'accoglimento del ricorso dovrebbe conseguire in maniera automatica anche la **dichiarazione di inefficacia del contratto medio tempore** stipulato. Tuttavia *“attesa la particolare importanza sociale degli interessi tutelati dal procedimento di gara, avente ad oggetto prestazioni di servizio di assistenza a favore di persone svantaggiate (attuative di doveri di solidarietà aventi rilievo costituzionale) in un territorio particolarmente ampio, è opportuno disporre che tale inefficacia abbia decorrenza dal termine di trenta giorni dalla comunicazione della presente sentenza o sua notifica a cura di parte, intendendosi risolto da tale momento, ma con salvezza delle prestazioni rese nel frattempo (così da consentire all'Amministrazione di poter riesaminare le offerte ed adottare le determinazioni necessarie ad assicurare la continuità del servizio senza soluzione di continuità, anche nel caso in cui, all'esito delle rinnovate operazioni di gara, dovesse subentrare la odierna ricorrente alla controinteressata)”*.

Dal punto di vista processuale, il Collegio ha precisato, con una breve ma interessante disamina, che – sulla scorta di quanto affermato dall'Adunanza plenaria (sentenza 22 dicembre 2017, n. 13) – è pacifica in giurisprudenza la possibilità per il giudice amministrativo di **modulare gli effetti della dichiarazione di inefficacia** del contratto, in ragione degli interessi dedotti in giudizio.

È vero che l'**art. 122 del codice del processo amministrativo** (d.lgs. 104/2010) conferisce al giudice la possibilità di modulare gli effetti della dichiarazione di inefficacia del contratto di appalto, in conseguenza dell'annullamento dell'aggiudicazione con effetti costitutivi dell'assetto di interessi *“nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara”*; cionondimeno, va trovato il necessario coordinamento anche con l'**art. 34** del medesimo codice *“che consente di adottare le misure necessarie a tutelare le situazioni giuridiche dedotte in giudizio e che, attesa la sua valenza generale ed atipica, non c'è ragione di escludere dal rito appalti, risolvendosi essa in uno strumento di effettività di tutela che si affianca armonicamente alla statuizione prevista dall'art. 122 (e che, a ben vedere, ne integra una ipotesi applicativa tipica) la cui natura costitutiva ne risulta così ampliata”*. Quello che viene svolto è un vero e proprio bilanciamento di interessi contrapposti, che sono da una parte quello di garantire l'interesse pubblico alla continuità di un servizio essenziale e, dall'altra, quello dell'operatore economico di subentrare all'originario concorrente individuato come aggiudicatario per la parte del contratto ancora eseguibile.

## DIALOGO TRA CORTI

*Le pronunce riportate di seguito sono visualizzabili per esteso attraverso le banche dati pubblicamente consultabili*

All'Adunanza plenaria la possibilità per l'appaltatore di percepire, in caso di recesso dell'Amministrazione per sopraggiunta informazione interdittiva antimafia, il compenso revisionale contrattualmente previsto per le opere già eseguite

*Cons. Giust. Amm., ord. 22 gennaio 2021, n. 48*

FASE ESECUTIVA – RECESSO – INFORMAZIONE INTERDITTIVA ANTIMAFIA – PAGAMENTO OPERE ESEGUITE – ARTT. 92 E 94, D.LGS. 159/2011 – COMPENSO REVISIONALE CONTRATTUALMENTE PREVISTO – RIMESIONE ADUNANZA PLENARIA

Con l'**ordinanza** in commento, il **Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana** rimette all'**Adunanza plenaria del Consiglio di Stato** la **questione pregiudiziale** se gli **artt. 92 e 94**, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, nel fare salvo, per il caso di recesso dal contratto d'appalto per sopravvenuta informazione interdittiva antimafia a carico del privato contraente, il **pagamento del valore delle opere già eseguite**, implicino il **riconoscimento** all'appaltatore medesimo della possibilità di percepire, proprio per le opere già eseguite, anche il **compenso revisionale** contrattualmente previsto.

Va in primo luogo ricordato che gli artt. 92 e 94 del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, fanno salvo, per il caso di recesso contrattuale per sopraggiunta informazione interdittiva antimafia a carico del privato contraente, il **pagamento del valore delle opere già eseguite** nonché il rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione del rimanente, **nei limiti delle utilità conseguite**. Il limite delle *"utilità conseguite"*, per quanto testualmente riferibile anche al *"valore delle opere già eseguite"*, sembra presentare un effettivo **ruolo pratico**, almeno per gli appalti di servizi, non tanto rispetto al detto "valore", quanto soprattutto rispetto al **rimborso delle spese** sostenute in funzione dell'**esecuzione residua**.

La previsione legislativa della salvezza del valore delle opere eseguite sembra, quindi, finalizzata essenzialmente a **preservare**, per il periodo in cui il contratto d'appalto abbia trovato attuazione, il **rispetto del relativo sinallagma**. La salvezza imposta dalla legge sul punto del *"pagamento del valore delle opere già eseguite"*, stante la sua *ratio* di salvaguardia dell'equilibrio del sinallagma per evitare ingiustificati arricchimenti, sembra peraltro possedere una valenza attributiva di una **tutela piena**.

La norma, invero, se da un lato indubbiamente si presta a giustificare la ritenzione del corrispettivo contrattuale che fosse stato già conseguito dal privato per le *"opere già eseguite"*, dall'altro dovrebbe valere, nello stesso modo, anche a permettere all'impresa, che abbia eseguito delle opere non ancora remunerate, di conseguire il **corrispettivo** per esse contrattualmente previsto, ove lo stesso **non fosse stato ancora erogato**.

Il sopravvenire dell'**informazione interdittiva**, pur cagionando una condizione d'incapacità, non dovrebbe perciò ostare alla possibilità, per il soggetto interdetto, di agire in giudizio per la percezione del corrispettivo contrattuale riflettente le prestazioni in precedenza regolarmente rese. Ed è proprio in questa sede che si discute della possibilità per il privato di **ottenere il compenso revisionale** per il periodo di svolgimento contrattuale **anteriore al recesso**. La controversia richiede quindi di stabilire se la revisione dei prezzi costituisca o meno parte integrante del corrispettivo contrattuale.

L'**art. 44 della legge 23 dicembre 1994, n. 724**, nel riformulare l'art. 6 della legge 24 dicembre 1993, n. 537, ne ha ribadito la regola per cui *"tutti i contratti ad esecuzione periodica o continuativa debbono recare una clausola di revisione periodica del prezzo"*, precisando che la revisione viene operata sulla base di un'istruttoria condotta dai dirigenti responsabili dell'acquisizione di beni e servizi sulla base dei dati di cui al c. 6. Tale regola è transitata successivamente nell'**art. 115 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163**, che difatti recita: *"tutti i contratti ad esecuzione periodica o continuativa relativi a servizi o forniture debbono recare una clausola di revisione periodica del prezzo. La revisione viene operata*

*sulla base di una istruttoria condotta dai dirigenti responsabili dell'acquisizione di beni e servizi sulla base dei dati di cui all'articolo 7, c. 4, lettera c) e c. 5."*

Ora, la giurisprudenza della **Corte di cassazione** afferma che le posizioni soggettive del privato riflettenti l'applicazione della clausola di revisione dei prezzi si collocano in un'area di rapporti nella quale l'Amministrazione agisce esercitando **poteri pubblicistici**, giacché la normativa prevede che *"la revisione venga operata sulla base di una istruttoria condotta unilateralmente da soggetti appartenenti alla pubblica amministrazione in base a criteri dettati dalla legge e, quindi, a seguito di un procedimento amministrativo, che necessariamente deve essere seguito da un provvedimento amministrativo di riconoscimento o di diniego del diritto ad un maggior compenso a titolo di revisione prezzi"* (Cass. civ., SS.UU., 17 aprile 2009, n. 9152).

Anche la giurisprudenza amministrativa inquadra peraltro l'operatività dell'istituto nell'area del **potere e del diritto pubblico**. Detta revisione serve difatti a raggugliare con pienezza la remunerazione contrattuale dell'appaltatore al valore della prestazione resa dal medesimo all'Amministrazione. E la tesi di parte privata che ne riconduce la funzione proprio a una ridefinizione del corrispettivo pattuito, tesa a mantenere l'equilibrio delle prestazioni e ristabilire il sinallagma, trova anch'essa pieno riscontro nella giurisprudenza, oltre che già nella stessa denominazione tradizionale dell'istituto.

\* \* \* \* \*

**Per la Corte di giustizia la FIGC potrebbe essere considerata "organismo di diritto pubblico", se sottoposta ad un controllo effettivo del CONI**  
*CGE, sez. IV, 3 febbraio 2021, cause riunite C-155/19 e C-156/19*

RINVIO PREGIUDIZIALE – APPALTI PUBBLICI – PROCEDURA DI AFFIDAMENTO – DIRETTIVA 2014/24/UE – ART. 2, PAR. 1, PUNTO 4 – ORGANISMO DI DIRITTO PUBBLICO – SODDISFACIMENTO INTERESSE GENERALE – VIGILANZA DELL'AUTORITÀ O DI ALTRO ORGANISMO DI DIRITTO PUBBLICO SULLA GESTIONE

La Federazione Italiana Giuoco Calcio (FIGC) ha organizzato una procedura negoziata per l'affidamento dei servizi di facchinaggio al seguito delle squadre nazionali di calcio. All'esito di tale procedura, uno degli offerenti invitati a partecipare alla procedura stessa, al quale però l'appalto non è stato attribuito, ha presentato dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio un ricorso per contestare le modalità di svolgimento di tale procedura. Secondo detto offerente, la FIGC deve essere considerata come un **organismo di diritto pubblico** e avrebbe dunque dovuto rispettare le regole di pubblicità previste dalla normativa in materia di appalti pubblici. Poiché il TAR ha accolto il ricorso e annullato l'affidamento dell'appalto in questione, la FIGC e il soggetto cui essa aveva affidato l'appalto hanno entrambi proposto appello dinanzi al Consiglio di Stato contro la decisione di detto Tribunale.

Dinanzi al Consiglio di Stato, le parti hanno, in particolare, contestato la premessa secondo cui la FIGC dovrebbe essere qualificata come «organismo di diritto pubblico». Alla luce di tali circostanze, il Consiglio di Stato ha deciso di sottoporre alla Corte di giustizia due questioni pregiudiziali vertenti sull'interpretazione della direttiva in materia di affidamento degli appalti pubblici (n. 2014/24, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici).

La Corte ha chiarito che la **FIGC**, pur avendo natura giuridica di **associazione di diritto privato**, può legittimamente perseguire **esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale**. Tali esigenze di interesse generale sono quelle che la normativa nazionale le assegna in un elenco tassativo. Qualora la FIGC ne assicuri l'effettiva realizzazione, essa può essere considerata come **“istituita per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale”**, a nulla rilevando che persegue anche altre attività (che costituirebbero la maggior parte di quelle poste in essere) e che tali altre attività sarebbero autofinanziate.

Ma per poter essere considerata a tutti gli effetti un organismo di diritto pubblico, la FIGC dovrebbe rientrare in una delle tre fattispecie alternative elencate **dall'art. 2, par. 1, punto 4, lettera c), della direttiva 2014/24**: rimane cioè la questione del controllo da parte di **un'autorità pubblica**, come, nel caso di specie, il **CONI**.

Secondo la Corte, il CONI sarebbe un'Amministrazione pubblica incaricata, essenzialmente, di dettare regole in materia sportiva, di verificare la loro corretta applicazione e di intervenire unicamente a livello dell'organizzazione delle competizioni e della preparazione olimpica, senza disciplinare l'organizzazione e la pratica nel quotidiano delle diverse discipline sportive e pertanto **non può essere considerata**, di primo acchito, come un **organo gerarchico capace di controllare e di dirigere** la gestione delle federazioni sportive nazionali. Inoltre, l'autonomia di gestione conferita alle Federazioni sportive nazionali in Italia sembra non prefigurare l'esistenza di un controllo attivo del CONI esteso al punto che quest'ultimo sarebbe in grado di influire sulla gestione di una Federazione sportiva nazionale come la FIGC, segnatamente in materia di affidamento di appalti pubblici.

Nondimeno, secondo la Corte, tale presunzione può essere rovesciata qualora sia dimostrabile che i diversi poteri di cui il CONI è dotato nei confronti della FIGC hanno come effetto di creare una **dipendenza** di tale Federazione ad esso al punto tale che quest'ultimo possa influire sulle decisioni della Federazione suddetta in materia di appalti pubblici. Dovrà quindi essere **il giudice del rinvio** a verificare, sulla scorta delle indicazioni fornite dalla Corte, l'esistenza di un controllo attivo del CONI sulla gestione della FIGC e la possibilità di un'influenza sulle decisioni di quest'ultima in materia di appalti pubblici: l'analisi dei diversi poteri di cui il CONI è investito nei confronti della FIGC dovrà pertanto essere oggetto di una **valutazione d'insieme**.

Per ultimo la Corte rileva che, nell'ipotesi in cui si concludesse che il CONI controlla la gestione delle Federazioni sportive nazionali, il fatto che queste ultime possano esercitare – in virtù della loro partecipazione maggioritaria ai principali organi del CONI – un'influenza sull'attività di quest'ultimo è pertinente soltanto qualora sia possibile dimostrare che ciascuna delle Federazioni sportive nazionali, singolarmente presa, è in grado di esercitare un'influenza significativa sul controllo di gestione esercitato dal CONI nei confronti della Federazione stessa, sicché **tale controllo venga neutralizzato** e tale Federazione ritrovi così il dominio sulla propria gestione.

## DOTTRINA, PRASSI E NOTIZIE

*I contributi sottolineati, liberamente accessibili, sono visualizzabili per esteso cliccando in corrispondenza degli estremi*

### L'angolo della dottrina

Segnaliamo i seguenti contributi in materia di contratti pubblici, con le relative indicazioni per il loro reperimento:



### GIORNALE DI DIRITTO AMMINISTRATIVO

(i dipendenti APAC accedono ai contenuti su [www.edicolaprofessionale.com/gda](http://www.edicolaprofessionale.com/gda) con le credenziali note)

- D. CAPOTORTO, **Clausole sociali e moral hazard: la regolazione che punisce il virtuoso e premia l'opportunist**, 2021, 1, 47;
- M. FERRANTE, **Il dies a quo per l'impugnazione degli atti di gara**, 2021, 1, 90.
- F. SPANICCIATI, **La Consulta e l'incerta applicazione del principio di precauzione e del diritto emergenziale**, 2021, 1, 67.

### URBANISTICA E APPALTI

(i dipendenti APAC accedono ai contenuti su [www.edicolaprofessionale.com/urbapp](http://www.edicolaprofessionale.com/urbapp) con le credenziali note)

- L. CIONI, **E-procurement: cosa succede in caso di malfunzionamento del sistema informatico?**, 2020, 6, 807;
- A. DI CAGNO, **Il limite alla quota del subappalto tra ordinamento nazionale ed europeo**, 2020, 6, 859;
- A. MEALE, **L'istituto dell'avvalimento e il ruolo del progettista esterno**, 2020, 6, 818.

\*\*\*\*\*

#### A PROPOSITO DI... PROCEDURE TELEMATICHE – La mancata trasmissione del PEF in formato Excel (.xls) rende legittima la revoca della dichiarazione di pubblico interesse

Il TAR Lombardia – sede di Brescia si è occupato, in una recente sentenza (sez. II, 30 settembre 2020, n. 673), di una tematica di rilievo nell'ambito degli investimenti da eseguire in concessione mediante finanza di progetto. Tale sentenza tratta il caso di un'impresa che aveva presentato ad una Amministrazione comunale una **proposta ad iniziativa privata ai sensi dell'art. 183, c. 15, del d.lgs. 50/2016** per la gestione calore degli immobili comunali e per la realizzazione di opere di manutenzione straordinaria di efficientamento energetico, poi dichiarata di pubblico interesse con apposita delibera della Giunta comunale.

Nel corso delle verifiche di fattibilità, l'Amministrazione ha invitato il proponente a **presentare il piano economico finanziario (PEF) in formato Excel (.xls)**, con formule di calcolo editabili. L'impresa aveva però comunicato il rifiuto della società di consulenza, proprietaria dello specifico applicativo di calcolo in formato .xls, di trasmettere il PEF in formato editabile, in quanto questo avrebbe comportato al tempo stesso la cessione del file sorgente del programma commerciale con **conseguente perdita di un know how aziendale** indispensabile per tutelare la partecipazione alla futura gara per l'affidamento in concessione del servizio.

Preso atto del mancato invio di quanto richiesto, il Comune ha revocato la deliberazione della Giunta con cui dichiarava di pubblico interesse la proposta, sostenendo che la conoscenza delle formule di calcolo, possibile solo se trasmesse in formato editabile, era **indispensabile per stabilire** (i) se l'operazione di partenariato

pubblico-privato fosse **neutra ai fini della contabilizzazione nel bilancio** comunale (*off-balance sheet*) o se al contrario producesse indebitamento da riportare in bilancio; (ii) se vi fosse un'**effettiva allocazione del rischio** in capo all'operatore economico; (iii) se il canone annuo a carico del Comune rimanesse **al di sotto della soglia del 49%** del costo dell'investimento complessivo, come previsto dall'art. 180, c. 6, del d.lgs. 50/2016.

Il ricorso avverso la revoca proposto dall'impresa è stato dichiarato estinto dal TAR, per rinuncia del ricorrente. Tuttavia, nella citata sentenza, il giudice amministrativo ha formulato alcune considerazioni in relazione al caso di specie che possono essere estese, in generale, alle operazioni di partenariato pubblico privato. In particolare:

- la richiesta di analizzare il PEF con le formule in formato editabile è giustificata dall'esigenza di **comprendere il bilanciamento degli oneri tra il soggetto pubblico e quello privato** all'interno della proposta di finanza di progetto;
- una volta ricevuta la proposta, l'Amministrazione è tenuta a **svolgere un esame approfondito della stessa**, valutando le conseguenze del proprio impegno, il rispetto dei vincoli di legge, la neutralità in relazione al proprio bilancio e l'effettiva allocazione del rischio operativo sul partner privato;
- le **ipotesi di redditività su cui si basa il piano economico-finanziario**, a partire dalle formule di calcolo con le quali sono definite, devono **essere perfettamente trasparenti** in quanto destinate a confluire nell'accordo di partenariato;
- la posizione del proponente e le **competenze professionali** trasfuse nel file sorgente del PEF devono comunque essere **tutelate** nella successiva gara **rispetto a possibili atteggiamenti opportunistici** di altri soggetti economici intenzionati ad appropriarsi di un *know how* specifico. Tale risultato può essere perseguito attraverso un accordo di (parziale) non divulgazione di quanto è ritenuto essere una specifica conoscenza aziendale meritevole di tutela.

\* \* \* \* \*

### La forma di partecipazione alla gara e il suo carattere vincolante in sede esecutiva

Con apposito parere precontenzioso (cfr. delibera 20 gennaio 2021, n. 29), l'**ANAC** si occupa del carattere vincolante della **forma di partecipazione** alla gara, dichiarata in sede di domanda, anche nella **fase esecutiva** del contratto.

Nel merito la stazione appaltante aveva aggiudicato una procedura negoziata per l'affidamento di un servizio ad un concorrente che, in sede di gara, aveva dichiarato di partecipare come **operatore economico individuale**, senza dichiarare la volontà di subappaltare parte del servizio ad altri operatori. Tuttavia, a seguito dell'avvio dell'esecuzione del servizio, la stazione appaltante era venuta a conoscenza della circostanza che la **ditta esecutrice** del contratto fosse **diversa** dall'**aggiudicataria**; quest'ultima, nel rendere i necessari chiarimenti alla stazione appaltante, dichiarava che la ditta di fatto esecutrice fosse una concessionaria di zona dell'aggiudicataria, che agiva in nome e per conto di questa, in virtù di un **contratto di rete** in essere tra le parti.

Con apposita istanza, pertanto, la stazione appaltante chiedeva ad ANAC di esprimere un parere sulla natura di contratto di servizi dell'accordo stipulato tra l'aggiudicataria e la ditta esecutrice del servizio, al fine di accertare se nel caso di specie potesse configu-

rarsi una forma di partecipazione alla gara come **aggregazione tra imprese** ai sensi dell'**art. 45** del Codice degli appalti.

Il c. 2 dell'art. 45, in particolare, indica tra i soggetti rientranti nella definizione di **operatori economici ammessi** a partecipare alle procedure di affidamento anche le "aggregazioni tra le imprese aderenti al contratto di rete ai sensi dell'art. 3, comma 4-ter, del D.L. 10 febbraio 2009 n. 5, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 aprile 2009, n. 33".

Secondo la citata normativa, il **contratto di rete** è definito come l'**accordo** con cui **due o più imprenditori**, per accrescere individualmente e collettivamente la propria competitività e la propria capacità innovativa, si obbligano sulla base di un programma comune a collaborare in forme e in ambiti predeterminati ovvero a scambiarsi informazioni o prestazioni o ancora a esercitare in comune una o più attività rientranti nell'oggetto della propria impresa, anche non creando un organo con poteri di gestione e rappresentanza, né un fondo patrimoniale comune e mantenendo la propria **individualità**.

Ciò posto, ai fini della partecipazione alle gare, come sottolinea ANAC, è necessario che gli operatori economici che collaborano alla rete sottoscrivano **tutti** l'offerta e quindi manifestino la propria volontà alla stazione appaltante di partecipare.

Nel caso di specie, l'Autorità ritiene che **non** trovi **applicazione** l'art. 45, c. 2, sulle aggregazioni di imprese, allorché l'aggiudicataria abbia dichiarato di partecipare alla gara come **operatore singolo**, obbligandosi in tal modo ad eseguire **personalmente** le prestazioni oggetto dell'affidamento.

Diversamente opinando, rileva ANAC, nella fattispecie vi sarebbe una vistosa violazione del **principio di personalità nell'esecuzione dell'appalto**, in spregio alle condizioni a cui l'operatore si è obbligato in sede di partecipazione alla gara, con conseguente pregiudizio per gli interessi pubblici che presiedono all'aggiudicazione e all'esecuzione degli affidamenti di cui all'art. 30 del Codice degli appalti.

In conclusione, pertanto, *"laddove un operatore economico abbia dichiarato di partecipare alla gara in **forma individuale**, senza peraltro indicare la volontà di subappaltare il servizio o sue parti a terzi, non [è] invocabile a posteriori l'art. 45, c. 2, lett. f) del Codice (che consente la partecipazione ad aggregazioni di imprese aderenti ad un contratto di rete), ma la società **aggiudicataria** è tenuta ad **eseguire** l'appalto **personalmente**".*

---

Rassegna di giurisprudenza, normativa, dottrina e notizie cui hanno collaborato, in questo numero:

Vincenzo Castello, Stefania Federici, Federica Fiore, Federica Migliore,

Laura Piccoli, Chiara Salatino, Leopoldo Zuanelli Brambilla

Provincia autonoma di Trento - Agenzia provinciale per gli Appalti e Contratti (APAC) - via Dogana n. 8  
38122 Trento (TN) - Tel 0461/496494 - Fax 0461/496422 - [apac@provincia.tn.it](mailto:apac@provincia.tn.it) - [www.appalti.provincia.tn.it](http://www.appalti.provincia.tn.it)

\* \* \* \* \*

Crediti immagini: <https://pixabay.com/es>



La rassegna si configura esclusivamente come uno strumento di lavoro e non rappresenta in alcun modo gli orientamenti operativi dell'Agazia provinciale per gli Appalti e Contratti e dei Servizi che ne dipendono. Nonostante la cura nel reperire, analizzare e diffondere i dati, in nessun caso l'Agazia potrà essere ritenuta responsabile di danni, di qualsiasi natura, causati direttamente o indirettamente dalla consultazione e dall'utilizzo dei suoi contenuti, nonché dall'affidamento degli utenti sui medesimi. Inoltre, alcune informazioni sono collegate a siti esterni rispetto ai quali APAC non ha alcun controllo e pertanto, analogamente, non può assumersi responsabilità.

---