

GIURISPRUDENZA

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

L'Adunanza Plenaria si pronuncia sulla responsabilità della PA

Cons. Stato, Ad. Plen., 23 aprile 2021, n. 7

RESPONSABILITÀ DELLA PA – LESIONE INTERESSI LEGITTIMI – ILLEGITTIMITÀ PROVVEDIMENTALE – INOSSERVANZA TERMINE CONCLUSIONE PROCEDIMENTO



Le questioni deferite all'**Adunanza Plenaria** sono sorte in un contenzioso promosso da un'impresa per la condanna della Regione Sicilia al risarcimento dei danni subiti a causa del ritardo con cui l'amministrazione ha autorizzato la realizzazione e gestione di tre impianti fotovoltaici. Il risarcimento è richiesto in quanto a causa del **ritardo** nel rilascio delle autorizzazioni, per le quali l'impresa aveva agito ex art. 117 c.p.a. contro il silenzio e poi in ottemperanza, l'investimento sarebbe divenuto **antieconomico**, per il sopravvenuto divieto di accesso al regime tariffario incentivante a causa dell'abrogazione della norma.

Con una **prima questione** il Consiglio di giustizia amministrativa chiede di stabilire **se la sopravvenienza normativa interrompa il nesso causale** tra l'inerzia dell'amministrazione nel definire i procedimenti autorizzativi originati dalle istanze della società ricorrente e il danno da quest'ultima lamentato a titolo di lucro cessante (o alternativamente quale *chance* di guadagno), consistente nel venir meno dei margini economici realizzabili con il regime incentivante. Le ulteriori questioni deferite riguardano **la misura del danno risarcibile** in conseguenza del ritardo, le quali vengono dal giudice rimettente poste in dipendenza con quella relativa alla **natura della responsabilità della PA (nella specie responsabilità per il ritardo nella conclusione del procedimento)**, se cioè essa abbia natura contrattuale o da fatto illecito.

Il giudice rimettente ha già ritenuto, con efficacia di giudicato interno, che sussistano numerosi elementi della fattispecie:

- a) la **condotta violativa** dell'Amministrazione della regola di conclusione del procedimento amministrativo nel termine;
- b) la **fondatezza della pretesa** concernente il bene della vita;
- c) la **soppravvenienza normativa ostativa** all'ottenimento degli incentivi, che si sarebbero ottenuti se non ci fosse stato ritardo;
- d) la **colpa** dell'Amministrazione.

Vi era, invece, **incertezza sul nesso di causalità** e sulla **misura del danno** da risarcire; questioni che dipendono dalla qualificazione della responsabilità dell'Amministrazione, e dalla conseguente applicabilità del canone della prevedibilità di cui all'art. 1225 c.c., e dalla nozione di danno quale conseguenza immediata e diretta della condotta.

La particolarità della sentenza in commento è data dal fatto che per il giudice rimettente sarebbero maturi i tempi per una assimilazione della responsabilità dell'Amministrazione

alla responsabilità contrattuale e per un apprezzamento del ruolo del rapporto di diritto pubblico sotteso alla nascita dell'obbligazione risarcitoria.

L'Adunanza Plenaria formula i seguenti **principi di diritto** sulle questioni deferite:

a) la responsabilità della PA per lesione di interessi legittimi, sia da illegittimità provvedimento sia da inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento, ha **natura di responsabilità da fatto illecito aquiliano** e non già di responsabilità da inadempimento contrattuale; è pertanto necessario accertare l'ingiustizia del danno (nella responsabilità contrattuale valutazione assorbita dalla violazione della regola contrattuale), che implica che vi sia stata la lesione di un bene della vita spettante, mentre **per la quantificazione delle conseguenze risarcibili** si applicano, in virtù dei richiami operati dall'**art. 2056 c.c.** (da ritenersi un principio generale dell'ordinamento) i criteri limitativi della consequenzialità immediata e diretta (sia per danno emergente che per il lucro cessante) e dell'evitabilità con l'ordinaria diligenza del danneggiato, di cui agli **artt. 1223 e 1227 c.c.**; **non anche il criterio della prevedibilità del danno**, che nel caso in cui manchi il dolo rende risarcibili solo i danni prevedibili nel momento in cui è sorta l'obbligazione, previsto dall'art. 1225 c.c. con riferimento alla responsabilità contrattuale e non richiamato dall'art. 2056 c.c..

La responsabilità da inadempimento si fonda, ai sensi dell'art. 1218 c.c., sul non esatto adempimento della prestazione cui il debitore è obbligato in base al contratto.

Un vincolo obbligatorio di analoga portata non è configurabile per la PA che agisca nell'esercizio delle sue funzioni e quindi nel perseguimento dell'interesse pubblico definito dalla norma attributiva, che fonda la causa giuridica del potere autoritativo.

Sebbene a quest'ultimo si contrapponga l'interesse legittimo del privato, **la relazione giuridica che si instaura tra il privato e l'amministrazione** è caratterizzata da due situazioni soggettive entrambe attive, **l'interesse legittimo del privato e il potere dell'amministrazione** nell'esercizio della sua funzione. In questo caso quindi è configurabile non già un obbligo giuridico in capo all'amministrazione, bensì un potere attribuito dalla legge.

Né la fattispecie in esame può essere ricondotta alla dibattuta nozione di **"contatto sociale"**, in quanto la relazione tra privato e amministrazione è configurata in termini di "supremazia", cioè è caratterizzata da un'asimmetria e non da una relazione paritaria.

Depongono nel senso della riconducibilità del danno per lesione di interessi legittimi al modello della responsabilità per fatto illecito, anche **indici normativi di univoca portata testuale**. In particolare, i commi 2 e 4 dell'art. 30 c.p.a. e l'art. 2-bis, c. 1, della l. 241/1990.

La Plenaria precisa, altresì, in merito alla **causalità giuridica** della fattispecie di responsabilità aquiliana e dunque alla delimitazione delle conseguenze risarcibili, che **la mancata sollecitazione del potere di avocazione** previsto dall'art. 2, c. 9-bis e ss, l. 241/1990, così come la mancata proposizione **di ricorsi giurisdizionali** (onere di ordinaria diligenza a carico del privato di attivarsi con ogni strumento procedimentale o processuale utile, salvo attività straordinarie e gravose, a salvaguardare il bene della vita correlato al suo interesse legittimo in modo da delimitare il danno risarcibile) **non** ha rilievo come **presupposto processuale dell'azione risarcitoria** ex art. 2 bis della medesima legge, la quale, al pari dell'azione risarcitoria per illegittimità provvedimento, è ormai svincolata da ogni forma di pregiudiziale amministrativa. La condotta attiva del privato **può invece rilevare come fattore di mitigazione o anche di esclusione del risarcimento** del danno ai sensi dell'art. 30, comma 3, c.p.a. Tale onere di cooperazione in parola può comunque essere ri-

condotto allo schema generale del "concorso del fatto colposo del creditore" previsto dall'art. 1227 del c.c., richiamato dall'art. 2056 c.c..

Gli ulteriori principi delineati dall'adunanza Plenaria nel caso di specie:

b) con riferimento al periodo di vigenza della disposizione sui benefici tariffari, è in astratto ravvisabile **il nesso di consequenzialità immediata e diretta** tra la ritardata conclusione del procedimento autorizzativo e il mancato accesso agli incentivi tariffari quando la mancata ammissione al regime incentivante sia stato determinato da un divieto normativo sopravvenuto che non sarebbe stato applicabile se i termini del procedimento fossero stati rispettati;

c) **con riferimento al periodo successivo alla sopravvenienza normativa**, occorre stabilire se le erogazioni sarebbero comunque cessate, per la sopravvenuta abrogazione della normativa sugli incentivi, nel qual caso il pregiudizio è riconducibile alla sopravvenienza legislativa e non più imputabile all'amministrazione, oppure se l'interessato avrebbe comunque avuto diritto a mantenere il regime agevolativo, in quanto la legge, per esempio, faccia chiaramente salvi, e sottratti quindi all'abrogazione, gli incentivi già in corso di erogazione e fino al termine finale originariamente stabilito per gli stessi;

d) in ogni caso, il danno va liquidato secondo i **criteri di determinazione del danno da perdita di chance**, ivi compreso il ricorso alla liquidazione equitativa, e non può equivalere a quanto l'impresa istante avrebbe lucrato se avesse svolto l'attività nei tempi pregiudicati dal ritardo dell'amministrazione.

Limiti all'istanza di accesso documentale del concorrente escluso

TAR Lazio, sez. I-quater, 27 aprile 2021, n. 4875

CONCORRENTE ESCLUSO – ACCESSO DOCUMENTALE – CONTROLLO GENERALIZZATO SU OPERATO DELLA PA – LIMITI



Con la pronuncia in esame, il **TAR Lazio** si sofferma sui **limiti all'ostensibilità** degli **atti di una procedura di gara** a favore del **concorrente escluso**.

La sentenza trae origine da un ricorso presentato da un operatore economico, escluso da una procedura di gara per la mancanza di un requisito di partecipazione e per la difformità tecnica del prodotto offerto, avverso il **silenzio rigetto** formatosi in relazione alla sua **istanza di accesso a tutti gli atti e provvedimenti relativi alla procedura** (ivi comprese le offerte tecniche ed economiche degli altri concorrenti).

Il TAR del Lazio, pertanto, a fronte dell'impugnativa promossa dall'operatore economico escluso, ha richiamato nel provvedimento in esame una serie di **principi generali** in merito all'accessibilità ai documenti di gara.

In particolare il Collegio, sulla scorta di quanto previsto dalla normativa vigente (**artt. 22 e ss. l. 241/1990** e **art. 53 d.lgs. 50/2016**), ha affermato che la domanda di accesso documentale nei procedimenti di evidenza pubblica deve avere un **oggetto determinato** (o quantomeno **determinabile**) e non può essere generica, traducendosi,

altrimenti, in uno strumento di **controllo generalizzato** dell'operato della Pubblica Amministrazione.

Non basta, infatti, dimostrare un generico interesse alla tutela dei propri interessi giuridicamente rilevanti, ma occorre evidenziare in **modo puntuale** e **specifico** le finalità che l'accesso stesso è diretto a soddisfare, la "**necessità**" dei documenti richiesti ai fini della **tutela dei propri interessi** in modo da consentire il vaglio di questo **nesso di strumentalità** e, quindi, l'astratta pertinenza della documentazione richiesta con la **situazione giuridica finale da tutelare** (in tal senso Cons. Stato, Sez. V, 21 agosto 2020, n. 5167).

Come chiarito peraltro dall'**Adunanza plenaria** (n. 4 del 2021), l'accesso difensivo richiede un **nesso di strumentalità**, diretto e inequivoco, tra la situazione giuridica finale di cui si chiede tutela (nel caso di specie l'affidamento del contratto) e il documento di cui si chiede l'ostensione.

Poste tali premesse il Collegio ha **respinto** il ricorso, non ritenendo giustificata un'istanza di accesso alla generalità degli atti della procedura effettuata da parte di un **soggetto escluso** dalla gara.

Procedure telematiche: il rischio di illeggibilità di un documento caricato sulla piattaforma grava sul concorrente

TAR Lombardia, sez. IV, 7 maggio 2021, n. 1147

PROCEDURE TELEMATICHE – ILLEGGIBILITÀ RELATIVA DEL DOCUMENTO – RISCHIO – GRAVA SUL CONCORRENTE – LEGITTIMITÀ ESCLUSIONE



Il TAR della Lombardia ribadisce il principio secondo cui le **conseguenze** derivanti dalla **mancata apertura di un file**, caricato sulla piattaforma in uso nell'ambito di una procedura di gara, **gravano sul concorrente**. Nella fattispecie sottoposta all'attenzione dei giudici, un concorrente era stato escluso in quanto il file riportante l'offerta tecnica, ad eccezione della prima pagina, non conteneva alcun testo.

Secondo la società che era stata esclusa, tuttavia, "*il fatto che il file sia stato aperto e sia risultato parzialmente illeggibile comporterebbe che non si tratterebbe di un caso di illeggibilità assoluta dell'offerta, bensì di **non leggibilità relativa**, ovvero sia unicamente dovuta ad un cattivo utilizzo del software di lettura a disposizione della commissione di gara o, comunque, all'impiego di software non adatto all'apertura del file in disamina, oppure all'eventuale "corruzione" del file avvenuta successivamente alla corretta conclusione del relativo "upload" mediante la piattaforma*". La ricorrente, in definitiva, contestava che il seggio di gara avrebbe potuto attivare il soccorso istruttorio sotto forma di lettura della pagina con altri software, diversi da quelli in uso. Nel corso dell'istanza cautelare era stato richiesto dai giudici anche il deposito di una **relazione tecnica** da parte del gestore della piattaforma, al fine di evidenziare eventuali anomalie intervenute sul sistema in pendenza del termine di scadenza di presentazione delle offerte. La relazione, mediante la produzione dei **log di sistema**, ha escluso tuttavia malfunzionamenti imputabili alla piattaforma tali da poter influire sulla leggibilità del file inviato dalla ricorrente.

I giudici lombardi hanno ricordato che, per giurisprudenza consolidata, è compito dei concorrenti **accertare l'integrità e leggibilità** dei documenti prima di effettuare la trasmissione della propria offerta; qualora venga richiesto l'invio di file in formati PDF, *“le regole dell'ordinaria diligenza impongono che i file che compongono l'offerta siano apribili con tutti i programmi in comune commercio”*. Nell'eventualità in cui i file inviati possano essere aperti solo con programmi diversi, è onere del concorrente **specificare** in sede di offerta quali sono i **programmi da utilizzare**. Né può ritenersi che, nel caso di specie, la stazione appaltante avesse l'onere di attivare il soccorso procedimentale, anche inteso nel senso più blando di attivarsi per acquisire notizie in merito all'apertura del file.

Ad avviso del Collegio, in altre parole, i problemi di apertura dei file del singolo concorrente non sono facilmente distinguibili da quelli di impossibilità di apertura dei file *tout court*, pertanto sarebbe un **onere sproporzionato** per l'Amministrazione imporle di risalire alle cause del difetto del file e di dotarsi di tutti i programmi che il presentatore dell'offerta ritenga possano risolvere il problema di apertura del suo documento.

NORMATIVA

Gli appalti pubblici nell'emergenza da Covid-19: ultime modifiche alla normativa provinciale

Con la legge provinciale 23 aprile 2021, n. 6, pubblicata sul Numero Straordinario n. 1 al B.U. n. 16 del 23 aprile 2021, sono state introdotte **modificazioni** alla **legge provinciale n. 2 del 2020** avente ad oggetto “Misure urgenti di sostegno per le famiglie, i lavoratori e i settori economici connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19 e altre disposizioni” e alla **legge provinciale n. 2 del 2016** di recepimento delle direttive europee in materia di contratti pubblici.

Il commento delle disposizioni di recente introdotte è disponibile al seguente link: <https://contrattipubblici.provincia.tn.it/Normativa/Leggi-regolamenti-e-atti-provinciali>

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 con le credenziali note)

- R. PEREZ, ***Legge 30 dicembre 2020, n. 178. La legge di bilancio 2021 e i condizionamenti europei e nazionali***, 2021, 2, 173;
- G. SGUEO, ***La democrazia digitale***, 2021, 2, 262;
- G. VESPERINI, ***L'agenda per la semplificazione 2020-2023***, 2021, 2, 151.

URBANISTICA E APPALTI

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

- A. AMORE, *Il piano economico finanziario nelle concessioni di servizi*, 2021, 2, 229;
- E. CARLONI, *Il ricalcolo della soglia di anomalia nelle procedure di gara con inversione procedimentale*, 2021, 2, 255;
- A. DI MARIO, *La gara per l'affidamento della concessione di servizi ed i lavori complementari tra affidamento a terzi e subappalto*, 2021, 2, 269.

* * * * *

Il principio di suddivisione in lotti e la tassatività delle clausole di esclusione: le conferme dell'ANAC

Con istanza di parere precontenzioso di cui all'art. 211, c. 1, del Codice dei contratti pubblici (delibera ANAC 5 maggio 2021, n. 357), un operatore economico lamentava l'erronea esclusione da una procedura negoziata, indetta dalla Regione Molise, per l'affidamento del servizio di pubblicità legale degli estratti dei bandi e degli avvisi di gara sui quotidiani nazionali e locali, come previsto dalla legge. Come noto, infatti, il d.m. 2 dicembre 2016 dispone la **pubblicazione per estratto** dei bandi o degli avvisi, nonché degli avvisi di aggiudicazione, su quotidiani nazionali e locali allo scopo di garantire adeguati livelli di **trasparenza** e di **conoscibilità** delle procedure di gara e di favorire la concorrenza attraverso la più ampia partecipazione delle imprese interessate, anche nelle realtà territoriali locali.

L'Amministrazione regionale bandiva quindi la relativa procedura, **in unico lotto**, indicando nella *lex specialis* di gara la **rosa delle testate giornalistiche** all'interno della quale i concorrenti avrebbero dovuto scegliere, **a pena di esclusione**, i periodici nazionali e locali verso cui si sarebbero impegnati a trasmettere i documenti oggetto di pubblicazione. La società istante formulava offerta solo per i quotidiani nazionali, sicché veniva **esclusa** dalla stazione appaltante.

Ha censurato il concorrente escluso, da una parte, la scelta dell'affidamento in unico lotto (a svantaggio di alcuni operatori del mercato, poiché ad esempio non tutte le concessionarie di pubblicità gestiscono quotidiani sia nazionali che locali) e, dall'altra, la selezione **aprioristica** dei periodici da parte dell'amministrazione aggiudicatrice (in quanto illogica e a portata escludente).

Nell'esprimere il proprio parere, l'Autorità conferma come il principio di cui all'art. 51 del Codice in tema di **suddivisione in lotti** possa subire **deroghe**, purché *“attraverso una decisione che deve essere adeguatamente **motivata** ed espressione di scelta discrezionale, sindacabile soltanto nei limiti della ragionevolezza e proporzionalità, oltre che dell'adeguatezza dell'istruttoria”*.

Quanto ai profili di doglianza attinenti alla **clausola di esclusione** prevista dall'invito, l'ANAC rileva che nel Codice dei contratti pubblici e nel decreto di attuazione sopra citato non si rinvencono specifici richiami in ordine alla necessaria indicazione che le stazioni appaltanti forniscano una selezione delle testate giornalistiche. La previsione di una simile clausola, con l'espressa previsione dell'esclusione in caso di mancata osservanza, è da ritenersi quindi in contrasto con il **principio di tassatività** delle clausole di esclusione di cui all'art. 83, c. 9, del Codice, anche secondo l'interpretazione più ampia fornita da Consiglio di Stato e ANAC, secondo cui *“sono ammesse clausole escludenti*

*qualora l'adempimento dalle stesse descritte sia previsto come **doveroso** dal Codice o da altre norme di settore, al di là dell'espressa previsione di una sanzione espulsiva".*

Nel caso di specie, quindi, l'Amministrazione non poteva fornire un elenco preordinato di testate giornalistiche, se non come **indicazione di massima**. Il mancato rispetto dell'elenco in questione non può quindi avere un effetto escludente, ricadendo "sui concorrenti la possibilità di scelta e di indicazione delle testate, fermo restando l'obbligo di rispettare le caratteristiche richieste".

Nuova funzionalità di SAP SRM per la gestione automatica della valutazione delle offerte anomale mediante analisi prezzi

A seguito dell'entrata in vigore dell'art. 63-bis e del relativo allegato N-bis del d.P.P. 11 maggio 2012, n. 9-84/Leg., è stata rilasciata una **modifica alla piattaforma trentina di e-procurement SAP SRM** che consente alle amministrazioni aggiudicatrici, ove richiesto dalla norma, di **gestire in maniera automatica le operazioni di valutazione delle offerte anomale mediante analisi dei prezzi**.

Tale funzionalità è disponibile, nella sezione "Apertura buste" del sistema, per tutte le **procedure di lavori a prezzi unitari** create tramite il modello "MES Corpo" o "MES Misura". In particolare, al termine dell'apertura buste e dopo la generazione della graduatoria, è possibile procedere al calcolo degli indicatori della sostenibilità economica di ciascuna offerta. A seguire, il sistema individua ed esclude in automatico le offerte anomale secondo i criteri stabiliti dalla norma e determina, conseguentemente, l'operatore economico aggiudicatario della procedura di gara, fatte salve le verifiche circa il possesso dei requisiti di partecipazione dichiarati nel corso della procedura di affidamento. Tali operazioni sono sintetizzate all'interno del verbale di gara.

Infine, la piattaforma permette di scaricare un file Excel di riepilogo dei calcoli elaborati in applicazione dell'algoritmo previsto dal regolamento e, qualora necessario, di resettare l'intero processo di calcolo automatico dell'anomalia. Per maggiori dettagli circa le modalità di gestione automatica della valutazione delle offerte anomale sulla piattaforma di gara SAP SRM si rimanda al manuale "Gare telematiche – Stazioni appaltanti", disponibile all'interno della sezione "Manualistica" della piattaforma e sul sito www.mercurio.provincia.tn.it/areaEnti/doc/Manuale_gestione_gare.pdf.

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

**Silvia Cuel, Stefania Federici, Federica Fiore, 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 - 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'Agenzia 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'Agenzia 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.