Consiglio di Stato, sezione quinta, sentenza n. 3538 del 6 maggio 2021

Bando di gara – Obbligo di pagamento di un corrispettivo alla Asmel – Illegittimità – Lesione della concorrenza

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 8965 del 2020, proposto da

A.N.A.C. - Autorità nazionale anticorruzione, in persona del Presidente in carica, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

contro

Comune di, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dagli avvocati, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. in Roma, via delle

..... s.r.l., non costituita in giudizio;

nei confronti

Asmel Consortile s.c.a r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avvocato, con domicilio eletto presso studio in Roma, via

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania (Sezione Prima) n. 03982/2020, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di e di Asmel Consortile s.c.a r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 aprile 2021 il Cons. Federico Di Matteo e uditi per le parti gli avvocati, in collegamento da remoto;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con bando di gara pubblicato in Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana del 29 novembre 2019, il Comune di indicava una procedura di *project financing* per l'affidamento in concessione degli interventi di messa in sicurezza, adeguamento, eliminazione inquinamento luminoso e efficientamento energetico degli impianti di pubblica illuminazione.

L'Asmel consortile s.c.a r.l., della quale il Comune di è socia, era individuata quale centrale di committenza ausiliaria con il compito di gestire le varie fasi della procedura mediante piattaforma telematica.

1.1. Il disciplinare di gara, al punto A.19 (pag. 61), prevedeva un "*Atto unilaterale d'obbligo debitamente compilato e sottoscritto*" da trasmettere unitamente alla domanda di partecipazione; più esattamente, era previsto che: "*L' Operatore Economico – in caso di aggiudicazione - si obbliga a pagare alla Centrale di Committenza "Asmel Consortile S. c. a r.l.", prima della stipula del contratto, il corrispettivo dei servizi di committenza e di tutte le attività di gara non escluse dal comma 2-bis dell'art.41 del D.lgs. n. 50/2016 dalla stessa fornite, una somma pari all' 1% oltre iva dell'importo complessivo posto a base di gara, pari ad € 11.630,64 oltre IVA. Inoltre, l'operatore economico, in caso di aggiudicazione, si impegna a rimborsare alla centrale di committenza le spese di pubblicità obbligatoria in G.U.R.I. e su 2 quotidiani ai sensi*

del citato comma 2 dell'art. 5 del Decreto ministeriale infrastrutture e trasporti 2 dicembre 2016. La presente obbligazione costituisce elemento essenziale dell'offerta. La stessa, a garanzia della validità dell'offerta, dovrà essere prodotta all'interno della cartella .zip della documentazione Amministrativa utilizzando il modello "All.1 - Atto Unilaterale d'Obbligo" e sottoscritta dal concorrente. Si evidenzia che l'obbligazione, essendo parte integrante dell'offerta economica, è da considerarsi elemento essenziale dell'offerta presentata e pertanto, in mancanza della stessa, l'offerta sarà considerata irregolare ai sensi dell'art. 59, comma 3 del D. Lgs. n. 50/2016".

1.2. Avuto conoscenza del bando e del contenuto del disciplinare di gara riportato, l'A.n.a.c. – autorità nazionale anticorruzione inviata al Comune di il parere motivato 15 gennaio 2020, n. 21 ai sensi dell'art. 211 (*Pareri di precontenzioso dell'ANAC*), comma 1-bis) d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 del, con il quale segnalava i vizi di legittimità riscontrati negli atti di gara per consentire alla stazione appaltante “*in un'ottica di collaborazione istituzionale*” di adeguare la documentazione di gara ai rilievi formulati, assegnando, a tal fine, il termine di 15 giorni dalla ricezione del parere per agire in conformità, ed avvertendo che, in mancanza, avrebbe proceduto all'impugnazione degli atti di gara.

1.3. Riteneva l'A.n.a.c. che il previsto meccanismo di remunerazione delle prestazioni della centrale di committenza a carico del futuro aggiudicatario, non solo non fosse supportato da puntuale base normativa, ma si ponesse anche in contrasto con gli art. 73, comma 4, d.lgs. n. 50 del 2016 (e art. 5 d.m. Ministro delle infrastrutture e dei trasporti 2 dicembre 2016), che limitano gli importi rimborsabili da parte dell'aggiudicatario alle sole spese di pubblicazione e con l'art. 41, comma 2 – bis, d.lgs. n. 50 del 2016, che espressamente vieta di porre a carico dei concorrenti eventuali costi connessi alla gestione delle piattaforme telematiche.

Più in generale, la clausola del disciplinare era considerata priva di copertura legislativa e per questo in contrasto con l'art. 23 Cost. secondo cui “*Nessuna prestazione personale può essere imposta se non in base alla legge*”.

Inoltre, qualificando l'obbligo di pagamento del corrispettivo quale elemento essenziale dell'offerta, in mancanza del quale sarebbe stata disposta l'esclusione del corrente, riteneva l'Autorità fosse stata introdotta una misura ingiustificatamente restrittiva della partecipazione alle gare, con conseguenti danni alla concorrenza e, potenzialmente, al pubblico erario, oltre che una clausola escludente ulteriore rispetto a quelle tipizzate in violazione dell'art. 83, comma 8, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

1.4. Il Comune replicava con nota del 27 gennaio 2020 nella quale si limitava a far proprie le deduzioni di Asmel che venivano congiuntamente trasmesse all'Autorità e nelle quali era contestata con varie argomentazioni la motivazione del parere.

2. Preso atto della volontà del Comune di non conformarsi al parere, l'A.n.a.c. proponeva ricorso al Tribunale amministrativo regionale per la Campania con il quale domandava l'annullamento del bando di gara, del disciplinare di gara, dell'atto unilaterale di obbligo (unitamente alla determina a contrarre, al piano economico finanziario e allo schema di convenzione).

Il ricorso era articolato in un unico motivo nel quale erano riportate le ragioni di illegittimità del disciplinare di gara già esposte nel parere n. 21 del 2020.

2.1. Nella resistenza del Comune di e di Asmel Consortile s.c.a.r.l., il giudice di primo grado, con la sentenza della Sezione prima, 23 settembre 2020, n. 3982, respingeva il ricorso, con compensazione delle spese tra le parti in causa.

Il tribunale:

- preliminarmente, respingeva l'eccezione di inammissibilità del ricorso per difetto di legittimazione attiva dell'A.n.a.c. per aver l'Autorità impugnato il bando di gara per violazione delle norme in materia di contratti pubblici nell'esercizio di un *“ordinario potere di azione, riconducibile alla giurisdizione a tutela di situazioni giuridiche soggettive individuali qualificate e differenziate benchè soggettivamente riferite ad un'autorità pubblica”*, così come previsto dal considerando n. 122 della direttiva 2014/24/UE;

- riteneva, tuttavia, infondato il ricorso per aver l'Autorità richiesto la caducazione dell'intero bando di gara, sebbene le sue doglianze, anche qualora fossero state ritenute fondante, avrebbe comportato, al più, l'espunzione della clausola ritenuta illegittima dal bando di gara;

- aggiungeva che, in ogni caso, la clausola non era lesiva della concorrenza, potendo comportare un pregiudizio esclusivamente nei confronti dell'aggiudicatario, considerato l'esiguo importo dovuto come corrispettivo richiesto, peraltro, solo in caso di aggiudicazione e non quale condizione per la partecipazione alla procedura di gara (è richiamato, a sostegno, il precedente del Consiglio di Stato, 19 maggio 2020, n. 3173).

2.2. Propone appello l'A.n.a.c.; si è costituito il Comune di e Asmel consortile soc. coop. a r. l. che hanno concluso per il rigetto dell'appello.

A.n.a.c. e Asmel consortile s.c.a r.l. hanno depositato memorie *ex art. 73*, comma 1, cod. proc. amm., cui il Comune ha replicato.

All'udienza del 22 aprile 2021 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Preliminarmente all'esame dei motivi di appello proposto dall'A.n.a.c. è necessario esaminare l'eccezione di improcedibilità dell'appello formulata da Asmel nella sua memoria per mancata impugnazione della determinazione dirigenziale del 18 novembre 2020, n. 339 con la quale è stata disposta l'aggiudicazione definitiva della gara in favore dell'operatore economico NC Impianti s.r.l..

Sostiene l'appellata che la mancata estensione dell'impugnazione all'atto conclusivo della procedura di gara farebbe venir meno l'interesse dell'A.n.a.c. all'annullamento del bando di gara, poiché, se anche l'appello fosse accolto e il bando annullato, non ne sarebbero travolti i successivi provvedimenti, ivi compresa proprio l'aggiudicazione.

Aggiunge che tale profilo, di mancata estensione dell'impugnazione, rileva anche sul piano del contraddittorio, essendo l'annullamento del bando in caso di accoglimento dell'appello, destinato a spiegare effetti pregiudizievoli nella sfera di un terzo, rimasto estraneo al processo, vale a dire proprio l'operatore economico aggiudicatario.

1.1. L'eccezione è infondata.

1.1.1. È orientamento diffuso in giurisprudenza che l'annullamento del bando comporti l'automatica caducazione del provvedimento di aggiudicazione secondo lo schema della invalidità ad effetto caducante, con la conseguenza che il ricorrente avverso il bando di gara non è tenuto ad impugnare anche il provvedimento di aggiudicazione (cfr. da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 27 luglio 2020, n. 4758; III, 18 dicembre 2018, n. 7130; III. 5 dicembre 2016, n. 5112).

Due le ragioni che sorreggono siffatta ricostruzione: la prima attiene al rapporto di presupposizione – consequenzialità immediata, diretta e necessaria tra il bando di gara e gli atti in sequenza procedurale, e tra questi, in particolare, il provvedimento di aggiudicazione, tale per cui quest'ultimo non potrebbe logicamente continuare ad esistere (e produrre i suoi effetti) venuto meno il primo sul quale si fondano le determinazioni che lo stesso contiene e dal quale, in ultima analisi, dipende (secondo la regola generale che si ricava dall'art. 336, comma 2, cod. proc. civ.).

In secondo luogo, per essere l'interesse a ricorrere avverso il bando di gara diretto ad ottenere la ripetizione della procedura (c.d. interesse strumentale), con la conseguenza che esso logicamente precede e, in caso di accoglimento, inevitabilmente prevale sull'interesse a conservare l'aggiudicazione della gara pena la privazione di effettività della tutela giurisdizionale (in contrasto con l'art. 24 Cost. ed art. 1 cod. proc. amm., oltre che, con specifico riferimento alla materia dei contratti pubblici, i principi della direttiva ricorsi); è questa la ragione, peraltro, per la quale si esclude che il medesimo effetto caducante dell'aggiudicazione si produca

nel caso in cui sia stato impugnato il provvedimento di esclusione dalla procedura di gara (cfr. cfr. Cons. Stato, V, 28 marzo 2018, n. 1935; V, 16 luglio 2018, n. 4304; V, 25 febbraio 2016, n. 754; V, 23 dicembre 2016, n. 5445; V, 19 luglio 2013, n. 3940; 23 aprile 2014, n. 2063).

1.1.2. Quanto in ultimo detto vale ancor maggiormente se il ricorso è proposto da un'autorità pubblica a tutela della concorrenza con la finalità di ottenere la ripetizione della procedura di gara con altre regole.

L'attribuzione legislativa all'A.n.a.c. della legittimazione ad impugnare i bandi di gara ex art. 211, comma 1 – *bis*) d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 è espressiva della prevalenza che lo stesso legislatore attribuisce alla tutela dell'interesse pro-concorrenziale (e, in generale, al rispetto delle norme in materia di contratti pubblici) sugli altri interessi, pubblici (la celere individuazione del contraente cui affidare l'opera, il servizio o la fornitura) e privati (la conservazione dell'aggiudicazione) coinvolti nella medesima vicenda amministrativa (e, dunque, nel giudizio); diversamente, il legislatore avrebbe lasciato alla libera valutazione degli operatori economici se impugnare un bando di gara illegittimo, assumendo possibile che, in un caso specifico, possa aversi una procedura di gara, e dunque, al termine di essa, un'aggiudicazione, conseguente ad un bando illegittimo.

Ritenere, allora, come sostenuto dall'appellato, che l'A.n.a.c. fosse tenuta estendere l'impugnazione anche al provvedimento di aggiudicazione significherebbe ammettere che i diversi interessi, quella alla tutela della concorrenza e quello alla conservazione del provvedimento di aggiudicazione, siano sullo stesso piano, in evidente contrasto con la chiara indicazione normativa.

1.1.3. Vero quanto sopra ne deriva che nel giudizio di impugnazione del bando di gara proposto dall'A.n.a.c., unico contraddittore necessario è la stazione appaltante che ha adottato il bando, non invece l'operatore economico che, conclusasi la procedura, sia risultato aggiudicatario.

Questi è vero subisce gli effetti del giudicato di annullamento del bando per la caducazione automatica del provvedimento di aggiudicazione, ma tale situazione ne fa un contointeressato c.d. sopravvenuto cui è consentito l'intervento nel processo ai sensi dell'art. 28, comma 2, cod. proc. amm. (anche ai sensi dell'art. 109, comma 2, cod. proc. amm., cfr. Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giuris. 5 agosto 2020, n. 701), non una parte necessaria del giudizio cui debba essere esteso obbligatoriamente il contraddittorio (cfr. Cons. Stato, sez. III, 3 agosto 2016, n. 3518, sulla posizione del controinteressato sopravvenuto nel processo), senza considerare che, nel caso di specie, a NC Impianti s.r.l. è stato notificato il ricorso in appello da A.n.a.c..

1.1.4. In conclusione, l'eccezione di improcedibilità del ricorso per sopravvenuta carenza di interesse in ragione della mancata estensione dell'impugnazione al provvedimento di aggiudicazione è infondata, come pure è infondata l'altra eccezione pregiudiziale di rito sollevata dall'appellata, di inammissibilità del ricorso per formazione del giudicato interno su un capo non impugnato e decisivo per la risoluzione della controversia, poiché, come si avrà modo di esporre subito l'A.n.a.c. ha contestato tutte le argomentazioni spese dal giudice di primo grado per respingere il ricorso, ivi comprese l'asserita carenza di profili di illegittimità della clausola.

2. Con il primo motivo di appello, l'A.n.a.c., contestando “*Violazione e falsa applicazione degli artt. 23 della Costituzione, 211, 41, comma 2 bis e 83, comma 8, del D.Lgs. n. 50/2016. Erronea ricostruzione dei fatti. Vizio di motivazione*”, da un lato, lamenta erronea interpretazione delle norme attributive della sua legittimazione all'impugnazione dei bandi di gara per aver il giudice ritenuto che le fosse impedito denunciare violazioni (delle norme in materia di contratti pubblici) idonee, se accertate, all'annullamento solo parziale del bando (ovvero di una sua singola disposizione) e, dall'altro, denuncia errore di fatto per aver affermato che l'impugnazione fosse stata rivolta la bando di gara “*nella sua interezza*”, laddove, invece, sia pure in via subordinata, aveva domandato, sia nel ricorso introduttivo che

nella memoria depositata per l'udienza di merito, l'annullamento delle singole clausole del bando.

In ogni caso, comunque, l'Autorità contesta lo stesso approccio del giudice di primo grado alle questioni controverse considerato che la caducazione dell'intero bando era legittimamente richiesta per essere la clausola idonea a condizionare gli operatori economici a partecipare alla procedura, determinando l'insorgere di un'obbligazione, di valore non trascurabile, in capo ad un soggetto privato, Asmel consortile e, dunque, con la finalità di ottenere la ripetizione dell'intera procedura di gara.

Ripropono, poi, con il secondo motivo dell'appello, le ragioni, già contenute nel parere n. 21 del 2020 e, successivamente, riportate nel ricorso di primo grado, per le quali la clausola del bando si poneva in contrasto con l'art. 23 Cost, con gli articoli 41, comma 2 bis e 83, comma 8 del codice dei contratti pubblici.

2.1. I motivi sono fondati.

2.1.1. Preliminarmente va detto, quanto alle censure contenute nel primo motivo di appello, che, a prescindere dall'eventuale proposizione in via subordinata della domanda di annullamento delle singole clausole del bando – effettivamente contenuta nel ricorso di primo grado – l'interesse pubblico per il quale è data legittimazione ad A.n.a.c. di impugnare i bandi di gara ex art. 211, comma 1 – *bis*) del codice dei contratti pubblici è realizzato solo a condizione che, accolto il ricorso, sia annullato l'intero bando e di seguito disposta la riedizione della procedura di gara con altre regole.

La vicenda *de qua* è in tal senso esemplificativa: come ben evidenziato dall'Autorità appellante, la clausola contestata, imponendo al concorrente di impegnarsi, a pena di esclusione, a corrispondere una somma a titolo di corrispettivo per le attività di committenza e le altre attività svolte da Asmel consortile in percentuale sull'importo complessivo posto a base di gara, operava una restrizione della concorrenza, poiché è evidente che, in forza di tale previsione, il corrispettivo contrattuale sarebbe

risultato, sia pure indirettamente, decurtato della predetta somma e sarebbe stato ben possibile che, per ragioni di economia aziendale, proprie di ciascun impresa, il servizio da prestare potesse risultare in prospettiva non più remunerativo (o non adeguatamente remunerativo) e così indurre un operatore economico a non prendere parte alla procedura.

Già solo per questa ragione il ricorso dovrebbe dirsi fondato, considerato che, come si è già in precedenza accennato il principio di massima partecipazione in ottica pro-concorrenziale è espressamente previsto dall'art. 30, comma 1, del codice dei contratti pubblici come *Grundnorm* che permea di sé l'intera disciplina dei contratti pubblici e le singole regole che la compongono.

2.1.2. La clausola contestata, però, è illegittima anche per altre ragioni: non tanto, o non solo, perché contrasta con l'art. 41, comma 2 – bis) del codice dei contratti pubblici, come ritenuto da questa Sezione nella sentenza 3 novembre 2020, n. 6787, ma specialmente perché comporta effettivamente l'imposizione di una prestazione a carico del privato in assenza di previa disposizione di legge, come richiesto dall'art. 23 Cost..

Occorre al riguardo tener conto del fatto che, come specificato dalla stessa società appellata (a pag. 16 della sua memoria), il Comune di Vairano Paternora (con la determina di indizione della procedura n. 271 del 2019) aveva delegato ad Asmel numerose e diverse attività strumentali all'espletamento della procedura di gara (e, per questo, qualificati di committenza ausiliaria) e non solamente la gestione della piattaforma telematica da utilizzare per le comunicazioni tra la stazione appaltante e gli offerenti.

Del costo di questi servizi, dunque, avrebbe dovuto farsi carico la stazione appaltante che ne beneficiava direttamente: la clausola che prevedeva che fosse l'aggiudicatario a remunerare la centrale di committenza in misura percentuale rispetto all'importo a base di gara aveva, dunque, l'effetto di traslare il peso

economico del servizio dall'amministrazione al privato; essa, pertanto, costituiva nei fatti una prestazione imposta per contrattare con l'amministrazione senza che la stessa trovi copertura in espressa norma di legge (cfr. Corte cost., 15 novembre 2017, n. 240; 13 luglio 2017, n. 174, 7 aprile 2017, n. 69, ma specialmente 10 giugno 1994, n. 236; Cons. Stato, sez. V, 7 ottobre 2009, n. 6167).

L'art. 16 *bis* R.d. 18 novembre 1923 n. 2440, come modificato dall'art. 1 l. n. 27 dicembre 1975, n. 790 invocato dalle appellate quale base normativa della prestazione contrattuale imposta, infatti, si riferisce a tutt'altre spese, vale a dire a quelle che vengono definite le spese contrattuali, in quanto strettamente connesse proprio alla stipulazione del contratto, quali le spese di copia, di stampa, carta bollata *“e tutte le altre inerenti ai contratti”*. Si tratta, dunque, di costi che differiscono completamente da quelli che la clausola in questione era diretta a remunerare e che, peraltro, confermano la necessità di una previa disposizione di legge, mancante per le spese di cui si discute nel presente giudizio.

2.1.3. Occorre, da ultimo, soffermarsi sui precedenti invocati dalle appellate a supporto della legittimità della clausola del bando; si anticipa che nessuno di essi vale a dar sostegno a detta conclusione.

In particolare, la sentenza di questa Sezione, 19 maggio 2020, n. 3173, citata anche dal giudice di primo grado, non si è occupata della questione della legittimità delle clausole dei bandi che prevedano il pagamento di un corrispettivo ad Asmel per i servizi di centrale di committenza, ma della loro natura per giungere ad escludere che ad esse possa essere assegnata la qualificazione di clausole c.d. escludenti, la cui impugnazione è consentita agli operatori economici interessati alla procedura anche senza attendere il provvedimento di impugnazione.

La Sezione è giunta a tale conclusione per aver ritenuto che l'eventuale esclusione sarebbe, in tal caso, conseguente ad una manifestazione (contraria) di volontà dell'operatore e non dovuta ad un obiettivo impedimento come nel caso delle

clausole escludenti proprio per l'obiettivo possibilità di conformarsi alla normativa, circostanza che impedisce la sussistenza di una lesione giuridica immediata, destinata, invece, a concretizzarsi con l'aggiudicazione.

E' fin troppo evidente che simile preoccupazione in punto di ammissibilità dell'impugnazione anticipata della clausola non si pone affatto nel presente giudizio, per essere stato lo stesso avviato dall'autorità pubblica cui è assegnata per legge la legittimazione ad impugnare i bandi di gara violativi delle norme in materia di contratti pubblici.

2.1.4. Sulla medesima linea interpretativa si è posto l'altro precedente citato dall'appellato, la sentenza di questa Sezione, 17 marzo 2021, n. 2276, che trattando della medesima questione della impugnabilità immediata di siffatta clausola, è pervenuta alle medesime conclusioni del precedente n. 3173 del 2010, cui ha aggiunto solamente la considerazione per la quale siffatta clausola non poteva rientrare in quelle che rendono impossibile/difficile la formulazione dell'offerta e per le quali secondo l'Adunanza plenaria 26 aprile 2018, n. 4, in deroga ai principi generali è consentita l'impugnazione immediata.

In tal senso, la Sezione ha rilevato la "*portata preliminare dell'obbligo*" e la "*non rilevante entità dell'importo da corrispondere*"; si è, dunque, ancora fuori dalle questioni esaminate nel presente giudizio.

2.2. In conclusione, l'appello dell'A.n.a.c. va accolto e la sentenza di primo grado integralmente riformata con accoglimento del ricorso di primo grado ed annullamento del bando di gara e di tutti gli atti della procedura evidenziale.

3. La novità delle questioni affrontate nel giudizio giustifica la compensazione delle spese del doppio grado del giudizio tra le parti in causa.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per gli effetti,

in riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania n. 3982/2020, accoglie il ricorso di primo grado di A.n.a.c. ed annulla i provvedimenti impugnati.

Compensa tra tutte le parti in causa le spese del doppio grado del giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 22 aprile 2021 tenuta con la modalità di cui all'art. 4, primo comma, d.l. 30 aprile 2020, n. 28 cui rinvia l'art. 5 d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, con l'intervento dei magistrati

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

IL SEGRETARIO