



Informazioni Amministrative ed Approfondimenti

CONFEDERAZIONE DELLE PROVINCIE E DEI COMUNI DEL NORD

Newsletter

14 giugno 2019

IN QUESTO NUMERO

- ◆ La risoluzione del precedente contratto di appalto può sempre giustificare l'esclusione dalla gara, anche qualora sia stata impugnata dall'appaltatore.
- ◆ Le linee guida non vincolanti, al pari delle circolari interpretative, servono unicamente a supportare l'amministrazione e favorire comportamenti omogenei.
- ◆ La stazione appaltante non può imporre l'applicazione di uno specifico CCNL.

SEDE CENTRALE - Piazzale Risorgimento n. 14 - 24128 Bergamo
Tel. 030/40.35.40 . Fax 035/25.06.82 - C.F. 95100580166
www.conord.org conord@conord.org

La risoluzione del precedente contratto di appalto può sempre giustificare l'esclusione dalla gara, anche qualora sia stata impugnata dall'appaltatore.

I fatti di causa traggono origine dall'indizione, da parte di un Comune, di una gara per l'aggiudicazione dell'appalto di refezione scolastica per l'anno scolastico 2017/2018.

Alla citata gara partecipa anche un operatore economico che si era visto risolvere in danno il precedente contratto di appalto di refezione scolastica per via di casi di intossicazione alimentare dovuti alla presenza di colibatteri all'interno dei cibi somministrati in una mensa scolastica, come debitamente accertato anche dall'Agenzia regionale per la protezione ambientale.

Nel prendere parte alla gara menzionata l'operatore economico ha puntualmente dichiarato la precedente risoluzione del contratto, evidenziando però come tale risoluzione contrattuale fosse sub iudice, in quanto contestata in sede giudiziaria dinanzi al Tribunale.

Così stando le cose l'amministrazione aggiudicatrice ha autorizzato l'operatore economico a proseguire la sua partecipazione alla gara d'appalto in questione in quanto l'art. 80, c. 5 lett. c) consente alla stazione appaltante di escludere il concorrente qualora le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione ne abbiano causato la risoluzione anticipata "non contestata in

giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio".

Senonché un operatore economico concorrente contesta tale ammissione sostenendo che la contestazione dinanzi a un giudice civile della risoluzione del contratto non può privare l'amministrazione aggiudicatrice del potere di valutare le precedenti gravi inadempienze e disporre, se del caso, l'esclusione.

Al contrario, però, sia il comune che la controinteressata ritengono che il ricorso proposto dinanzi al Tribunale impedisce all'amministrazione aggiudicatrice di effettuare una qualsivoglia valutazione sulla sua affidabilità.

Il TAR adito, rilevando come la tesi dell'amministrazione resistente non paia destituita di fondamento alla luce dell'art. 80, comma 5, lettera c), del Codice dei contratti pubblici, ritiene tuttavia che il diritto dell'Unione possa tuttavia ostare a una simile disposizione in quanto il potere discrezionale dell'amministrazione aggiudicatrice risulterebbe azzerato in caso di contestazione in giudizio di una precedente risoluzione contrattuale. Al contrario, il diritto dell'Unione parrebbe respingere qualsiasi automatismo in materia di decisione di esclusione facoltativa per grave illecito professionale, atteso che una simile decisione deve necessariamente tenere conto del principio di proporzionalità.

Pertanto il Tribunale amministrativo regionale della Campania decide di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte di giustizia

dell'Unione Europea per domandare se i principi comunitari di tutela del legittimo affidamento e di certezza del diritto, di cui al [Trattato FUE], ed i principi che ne derivano, come la parità di trattamento, la non discriminazione, la proporzionalità e la effettività, di cui alla direttiva [2014/24], nonché la disposizione di cui all'art. 57 comma 4 lettere c) e g) di detta Direttiva, ostino all'applicazione di una normativa nazionale, quale quella italiana derivante dall'art. 80 comma 5 lettera c) del [Codice dei contratti pubblici], secondo la quale la contestazione in giudizio di significative carenze evidenziate nell'esecuzione di un pregresso appalto, che hanno condotto alla risoluzione anticipata di un precedente contratto di appalto, preclude ogni valutazione alla stazione appaltante circa l'affidabilità del concorrente, sino alla definitiva statuizione del giudizio civile, e senza che la ditta abbia dimostrato la adozione delle misure di self cleaning volte a porre rimedio alle violazioni e ad evitare la loro reiterazione.

La Corte rileva così, con la sentenza 19 giugno 2019, c 41-2018, come la facoltà di cui dispone qualsiasi amministrazione aggiudicatrice di escludere un offerente da una procedura di aggiudicazione di appalto è destinata in modo particolare a consentirle di valutare l'integrità e l'affidabilità di ciascuno degli offerenti, come dimostrano l'articolo 57, paragrafo 4, lettere c) e g), nonché il considerando 101 della direttiva 2014/24.

Infatti, questi due motivi di esclusione si basano su un elemento essenziale del

rapporto tra l'aggiudicatario dell'appalto e l'amministrazione aggiudicatrice, vale a dire l'affidabilità del primo, sulla quale si fonda la fiducia che vi ripone la seconda. In tal senso, il considerando 101, primo comma, della direttiva in parola prevede che le amministrazioni aggiudicatrici possono escludere gli «operatori economici che si sono dimostrati inaffidabili», mentre il suo secondo comma prende in considerazione, nell'esecuzione degli appalti pubblici precedenti, «comportamenti scorretti che danno adito a seri dubbi sull'affidabilità dell'operatore economico».

Inoltre, ai sensi dell'articolo 57, paragrafo 5, della direttiva 2014/24, le amministrazioni aggiudicatrici devono poter escludere un operatore economico «in qualunque momento della procedura» e non solo dopo che un organo giurisdizionale ha pronunciato la sua sentenza, il che costituisce un indizio ulteriore della volontà del legislatore dell'Unione di consentire all'amministrazione aggiudicatrice di effettuare la propria valutazione sugli atti che un operatore economico ha commesso o omesso di compiere prima o durante la procedura di aggiudicazione di appalto, in uno dei casi previsti all'articolo 57, paragrafo 4, della direttiva in questione.

Pertanto, la Corte ritiene che una disposizione nazionale quale l'articolo 80, comma 5, lettera c), del Codice dei contratti pubblici non è idonea a preservare l'effetto utile del motivo facoltativo di esclusione previsto

dall'articolo 57, paragrafo 4, lettera c) o g), della direttiva 2014/24 e, pertanto, occorre dichiarare che tale disposizione deve essere interpretata nel senso che osta a una normativa nazionale per cui la contestazione in giudizio della decisione di risolvere un contratto di appalto pubblico assunta da un'amministrazione aggiudicatrice per via di significative carenze verificatesi nella sua esecuzione impedisca all'amministrazione aggiudicatrice, nell'ambito di una nuova gara d'appalto, di effettuare una qualsiasi valutazione, nella fase della selezione degli offerenti, sull'affidabilità dell'operatore cui la suddetta risoluzione si riferisce.

Le linee guida non vincolanti, al pari delle circolari interpretative, servono unicamente a supportare l'amministrazione e favorire comportamenti omogenei.

Con le Linee Guida n. 11 l'ANAC ha fornito "Indicazioni per la verifica del rispetto del limite di cui all'articolo 177, comma 1, del codice, da parte dei soggetti pubblici o privati titolari di concessioni di lavori, servizi pubblici o forniture già in essere alla data di entrata in vigore del codice non affidate con la formula della finanza di progetto ovvero con procedure di gara ad evidenza pubblica secondo il diritto dell'Unione Europea".

Come precisato dalla stessa ANAC nel relativo "incipit" la parte I delle Linee Guida impugnate contiene indicazioni di natura interpretativa, rese ai sensi

dell'articolo 213, comma 2, del Codice, al fine di favorire la corretta ed omogenea applicazione della normativa mentre la parte II, invece, contiene indicazioni operative, rese ai sensi dell'articolo 177, comma 3, aventi carattere vincolante.

Così stando le cose, un operatore economico ritiene tuttavia che le Linee Guida determinerebbero l'obbligo, per i concessionari, di affidare con procedure ad evidenza pubblica anche le prestazioni che essi attualmente eseguono direttamente, con impiego di mezzi propri e di maestranze alle loro dipendenze: per tale ragione l'adeguamento richiesto determinerebbe la necessità di dismettere parte del patrimonio e di licenziare un gran numero di dipendenti, senza garanzia alcuna che essi possano essere ripresi in carico dai futuri affidatari delle prestazioni. Viene inoltre sottolineato che a causa del già avvenuto decorso del termine di 24 mesi fissato ai concessionari per adeguarsi alle relative previsioni, già all'attualità, essa, come gli altri concessionari che si trovano in analoga situazione, rischia di essere sanzionata dagli enti concedenti mediante l'applicazione di penali contrattuali.

Ritenendo pertanto di essere lesa dalle citate Linee Guida, la società decide di impugnarle direttamente deducendone la illegittimità per varie ragioni, riconducibili a non conformità all'art. 177 del D. L.vo 50/2016, al quale pure pretendono di dare applicazione, ovvero, alternativamente, ad illegittimità costituzionale dello stesso art. 177, ove

interpretato nel senso indicato dalle Linee Guida n. 11.

In particolare la ricorrente precisa di essere legittimata alla impugnazione e di avervi interesse: infatti, malgrado la dichiarata portata interpretativa delle previsioni contenute nella parte I delle Linee Guida, esse avrebbero comunque portata precettiva e vincolante, in difetto della quale, del resto, neppure le previsioni contenute nella parte II potrebbero avere la portata vincolante, che pure viene loro dichiaratamente attribuita.

Si contesta, quindi, che l'Anac abbia occupato spazi di regolazione non autorizzati dalla fonte primaria.

Il TAR Lazio ritiene però, con la sentenza n. 8091/2019, che le Linee Guida impugnate non abbiano immediata portata lesiva.

Come si legge nell'“incipit” delle Linee Guida impugnate – Anac ha ritenuto di emanare “linee guida” meramente interpretative della norma primaria sulla base dell'art. 213, comma 2, del D. L.vo 50/2016.

Il Collegio osserva che è stato più volte affermato che “linee guida non vincolanti” (le quali traggono la propria fonte di legittimazione nella generale previsione di cui al comma 2 dell'articolo 213 del nuovo “Codice dei contratti”), lungi dal fissare regole di carattere prescrittivo, si atteggiano soltanto quale strumento di “regolazione flessibile”, con funzione ricognitiva di principi di carattere generale e di ausilio interpretativo alle amministrazioni cui

sono rivolte (cfr. Cons. Stato, sez. V, 22 ottobre 2018, n. 6026).

Dunque, le “linee guida non vincolanti” non presentano una portata immediatamente lesiva, assolvendo allo scopo, al pari delle circolari interpretative, di supportare l'amministrazione e favorire comportamenti omogenei.

Pertanto viene affermato che le previsioni contenute nella parte I delle Linee Guida dell'ANAC, n. 11, non hanno portata lesiva e non sono, quindi, immediatamente impugnabili.

Peraltro, anche per quanto riguarda la parte II delle linee guida, autoqualificatasi “vincolante”, con la quale sono specificati taluni obblighi in capo al concedente e ai concessionari anche in relazione alla pubblicazione di dati riguardanti la concessione, l'atto di regolazione dell'Anac non presenta carattere immediatamente lesivo. Infatti, gli operatori economici che ritengano di non doversi adeguare alle indicazioni ivi contenute in ragione della peculiarità del rapporto concessorio non incorrono immediatamente nella sanzione: l'art. 177, comma 3, infatti, con norma a carattere chiaramente vincolante, da una parte stabilisce che le sanzioni vengono applicate dagli enti concedenti solo quando una “situazione di squilibrio” sia constatata per due anni consecutivi, d'altra parte prevede che la verifica delle situazioni di squilibrio deve essere effettuata annualmente: è evidente che l'esito di siffatta verifica annuale deve necessariamente sfociare in un formale atto dell'ente concedente, il quale dovrà

rendere il concessionario edotto delle ragioni per cui l'amministrazione ritiene comunque applicabile nei suoi confronti l'articolo 177, nonché dell'eventuale esito sfavorevole della verifica e della riscontrata situazione di squilibrio, in modo da consentirgli di porre rimedio alla situazione e di evitare la sanzione l'anno successivo.

Sarà dunque con tale atto – e non direttamente attraverso le Linee Guida, per quanto vincolanti – che sorgerà per tali operatori l'interesse concreto a sollecitare un controllo giurisdizionale sulla corretta applicazione ed interpretazione dell'art. 177, e ciò in tempo utile prima di essere attinti dalla sanzione.

La stazione appaltante non può imporre l'applicazione di uno specifico CCNL.

Una Centrale Unica di Committenza (CUC) indiceva per conto di un Comune una procedura aperta per l'affidamento del servizio di igiene urbana nel territorio comunale, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Alla procedura prendeva parte anche un RTI, la cui offerta si classificava prima nella graduatoria provvisoria redatta dopo l'apertura delle offerte e, pertanto, veniva successivamente sottoposta a verifica di anomalia ai sensi dell'art. 97 comma 3 del D.Lgs. 50/2016.

A conclusione del sub-procedimento, tuttavia, il raggruppamento veniva

escluso in ragione dell'asserita illegittimità della scelta di applicare al proprio personale il contratto collettivo (CCNL) Multiservizi, reputato dalla commissione inidoneo all'appalto giacché l'inquadramento secondo il CCNL Multiservizi sarebbe incoerente con le attività lavorative da svolgere, visti i profili professionali del personale da adibire all'esecuzione del servizio appaltato.

La determina dirigenziale con cui veniva disposta l'esclusione viene così impugnata e dichiarata illegittima dal TAR Milano con la sentenza n. 1443/2019 per le seguenti ragioni di diritto.

L'art. 14 comma 2 del capitolato speciale d'appalto prevede che il personale sarà gestito nel rispetto del contratto di lavoro di categoria per il personale dipendente da Imprese esercenti servizi di igiene ambientale, smaltimento rifiuti.

L'allegato "F" al CSA contiene poi l'elenco del personale soggetto a passaggio dalla ditta uscente a quella entrante e si tratta di dodici lavoratori con qualifica di operaio, con mansioni di operatore ecologico, cui è applicato il CCNL Gas Acqua.

Il responsabile unico del procedimento (RUP), nel corso del subprocedimento di verifica dell'anomalia, sosteneva che il CCNL Multiservizi non sarebbe stato in linea con la documentazione di gara e che l'appaltatore avrebbe dovuto applicare obbligatoriamente al proprio personale il CCNL Fise Assoambiente.

Al contrario, però, il TAR Milano ritiene che la pretesa dell'amministrazione di applicare uno specifico CCNL – vale a

dire quello Fise Assoambiente – appare manifestamente priva di pregio, non esistendo alcuna norma – di rango legislativo o della lex specialis di gara – che obblighi l'appaltatore all'adozione di tale CCNL.

Infatti, l'art. 30 comma 4 del codice prevede l'applicazione del contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni stipulato dalle associazioni datoriali e dei lavoratori maggiormente rappresentative, senza però imporre alcun specifico contratto collettivo.

La giurisprudenza amministrativa, anche con recenti pronunce, ha ribadito (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, n. 3487/2019), che la legge di gara non può imporre a pena di esclusione l'applicazione di un determinato contratto collettivo.

Nel caso di specie, poi, il disciplinare di gara non rinvia ad un particolare contratto collettivo, né la disposizione dell'art. 14 potrebbe essere interpretata nel senso voluto dal RUP, pena in caso contrario la palese illegittimità della stessa disposizione di gara.

Quanto al CCNL Multiservizi, la giurisprudenza ne ha ammesso espressamente l'utilizzabilità negli appalti di raccolta e di smaltimento dei rifiuti (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, n. 932/2017, che richiama altresì il già menzionato principio di libertà di scelta del CCNL applicabile da parte dell'appaltatore).

A ciò si aggiunga, osserva il Tribunale, che al personale uscente che sarà assorbito dall'impresa aggiudicataria e

che continuerà a svolgere le medesime mansioni non si applicava il CCNL Fise Assoambiente ma un diverso contratto collettivo (Gas ed Acqua, cfr. ancora la tabella doc. 11 delle ricorrenti), tale per cui è stato dimostrato che il CCNL Multiservizi garantisce addirittura migliori condizioni.

Non comprendendosi, quindi, come la mera applicazione del CCNL Multiservizi possa impedire la corretta esecuzione dell'appalto, l'esclusione del raggruppamento viene dichiarata illegittima ed il Comune resistente condannato alle spese di giudizio.