

GAZZETTA UFFICIALE
DELLA REPUBBLICA ITALIANA

DECRETO LEGISLATIVO 18 aprile 2016, n. 50.

Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonche' per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture.

Gli accordi tra amministrazioni, se violati, portano a illegittimità della proceduta di gara d'appalto pubblico e annullamento degli atti posti in essere dall'amministrazione. Inoltre, vincolano l'agire delle amministrazioni non solo in tema di appalti ma anche in tema di concessioni.

E' questo l'insegnamento che si trae dalla sentenza del TAR Veneto, sez. I, n. 85 del 26/1/2017, della quale, di seguito si riporta uno stralcio.

Si legge nella sentenza del T.A.R. Veneto, sez. I, n. 85 del 26/1/2017 (pag. da 24 a 30): ...

"*Ed invero, in sede cautelare la censura ivi dedotta – di violazione delle competenze attribuite nella materia in esame alla Centrale Unica di Committenza dei Comuni di Legnago, Cerea, Sanguinetto e Palù – è stata respinta, in quanto considerata non sufficientemente sviluppata nel ricorso, ad es. per quanto riguarda la lesione che ne sarebbe derivata alla ricorrente.*

Con la formulazione dei citati terzo, quarto e quinto motivo aggiunto, la ricorrente ha, nondimeno, colmato l'ora vista lacuna, sviluppando in maniera più adeguata la censura in discorso e precisando i profili di interesse ad agire che l'assistono nella proposizione di detta censura, cioè la lesione che l'operato della P.A. arreca ai suoi interessi sotto il profilo in esame.

In particolare, la ...., quale partecipante alla gara, aveva interesse a che la sua offerta fosse valutata da un soggetto qualificato secondo la legge, al fine di avere garanzie circa l'apprezzamento della sua proposta, nonché circa la correttezza del procedimento. Il suo interesse ad agire è presente anche nell'ipotesi subordinata – ora all'esame – di demolizione della gara, onde avere la possibilità di poter nuovamente concorrere per l'affidamento della concessione.

Nel merito, la censura di violazione delle competenze spettanti alla Centrale Unica di Committenza è fondata e da accogliere.

Invero, la convenzione costitutiva della suddetta Centrale Unica, stipulata tra i Comuni di Legnago (capofila), Cerea, Sanguinetto e Palù (all. 19 al ricorso) ed avente ad oggetto "la gestione in forma associata dei compiti e delle attività connesse in materia di gara per l'affidamento dei lavori e per le acquisizioni di beni e servizi di competenza dei Comuni associati", prevede che la Centrale Unica
"svolge le funzioni di amministrazione aggiudicatrice e provvede ad aggiudicare appalti di lavori, forniture e servizi richiesti e destinati ai comuni aderenti ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. i), del D.Lgs. n. 50/2016" (cfr. art. 1, commi 1 e 4). Per il perseguimento dei fini della gestione associata, elencati dal comma 5 dell'art. 1, "viene costituito un ufficio comune per l'esercizio associato delle funzioni, attività e servizi denominato Centrale Unica di Committenza (C.U.C.)".

L'art. 2 della convenzione provvede a specificare l'ambito in cui si esplica l'attività della Centrale, individuandolo nelle procedure ad evidenza pubblica per importi a base d'asta sopra soglia e sotto soglia comunitaria, ex artt. 35 e 36 del d.lgs. n. 50/2016. La disposizione elenca inoltre – e si reputa che l'elenco abbia carattere tassativo – i settori esclusi dalla competenza della Centrale (per es. gli affidamenti di lavori di valore inferiore ad € 150.000,00 e le acquisizioni di beni e servizi di valore inferiore ad € 40.000,00).

Particolarmente significativa, ai fini che qui interessano, è la disciplina dettata dall'art. 3 della citata convenzione, che elenca le attività svolte, nell'ambito della procedura ad evidenza pubblica, dalla C.U.C., e quelle che rimangono, invece, di competenza dei Comuni associati. Nello specifico, oltre ad una serie di attività prodromiche (dall'individuazione della procedura di scelta del contraente alla collaborazione con i Comuni associati per l'individuazione dei contenuti dello schema di contratto, alla predisposizione e adozione della modulistica), la Centrale gestisce tutto il procedimento di gara sino all'aggiudicazione provvisoria, alla redazione dei verbali di gara ed alla verifica dell'anomalia dell'offerta (v. la lett. g) dell'art. 3,

comma 1). Essa provvede, altresì, a pubblicare l'aggiudicazione definitiva (lett. i) dell'art. 3, comma 1). I Comuni associati restano competenti a svolgere una serie di attività, tra cui l'assunzione della determinazione di aggiudicazione definitiva e la stipulazione del contratto, oltre a quelle attinenti alla fase esecutiva di questo.

La durata della convenzione è stabilita dall'art. 4 in tre anni dalla data di sottoscrizione. Il sito web istituzionale del capofila Comune di Legnago precisa (all. 20 al ricorso) che la convenzione de qua è stata approvata con deliberazioni dei Consigli comunali dei Comuni associati n. 36 del 3 maggio 2016 (Legnago), n. 9 del 28 aprile 2016 (Cerea), n. 12 del 29 aprile 2016 (Sanguineto) e n. 11 del 7 aprile 2016 (Palù): deve, perciò, ritenersi che la convenzione stessa fosse già in vigore alla data di indizione della procedura di gara per cui è causa (indetta con determinazione n. 243 del 14 giugno 2016 del Comune di Cerea): del resto, il bando di gara indica come amministrazione aggiudicatrice, più volte, la ridetta Centrale Unica.

In sede di discussione del ricorso le Amministrazioni intimate hanno obiettato che il completamento dell'iter della convenzione in esame sarebbe avvenuto il 5 luglio 2016, cosicché è solo da detta data che la convenzione stessa avrebbe acquistato efficacia. Tuttavia, anche qualora tale obiezione fosse meritevole di condivisione, ne deriverebbe ugualmente l'applicabilità della ridetta convenzione alla gara per cui è causa, alla stregua del principio "tempus regit actum", in forza del quale gli atti ed i provvedimenti amministrativi sono disciplinati dalle norme vigenti all'epoca della loro emanazione, da rinvenirsi nel momento conclusivo della fase costitutiva (cfr., ex plurimis, T.A.R. Lazio, Latina, Sez. I, 1° aprile 2016, n. 203; T.A.R. Marche, Sez. I, 13 novembre 2012, n. 729).

Si consideri, al riguardo, che la nomina della Commissione di gara è avvenuta con atto del 28 luglio 2016, cioè ben dopo "il completamento dell'iter" della convenzione istitutiva della Centrale Unica e lo stesso deve dirsi per le sedute in cui la Commissione di gara ha proceduto alla valutazione delle offerte (svoltesi il 29 luglio 2016 e il 4 agosto 2016).

Se ne evince la sostanziale irrilevanza della surriferita obiezione.

Orbene, alla luce della convenzione de qua, risulta fondata la doglianza della ricorrente, secondo cui la procedura di gara avrebbe dovuto essere svolta dalla Centrale Unica e non – com'è invece in concreto avvenuto – dal Comune di Cerea: in particolare, la nomina della Commissione di gara, che ha svolto la valutazione delle offerte tecniche e delle offerte

economiche delle partecipanti, sarebbe stata di competenza della Centrale Unica. Ed invero, il carattere generale ed onnicomprensivo della formulazione dell'art. 3 della convenzione, che limita a tassative ipotesi gli affidamenti esclusi dal suo ambito applicativo, induce a ritenere che rientri nel ridetto ambito anche la procedura per cui è causa, pur avendo la stessa ad oggetto una concessione, e non già un appalto, di servizi (cfr. subito infra).

Non convincono le obiezioni sollevate sul punto dalle difese del Comune e della Centrale Unica – di tenore curiosamente identico, pur a fronte della divergente ed anzi opposta posizione sostanziale –, secondo cui, dal fatto che la procedura avesse ad oggetto l'affidamento della concessione, e non dell'appalto, del servizio di refezione scolastica, deriverebbe l'inapplicabilità alla fattispecie de qua della disciplina in materia di centrali uniche di committenza, ed in particolare dell'art. 37 del d.lgs. n. 50/2016, stante il mancato richiamo a tale disposizione da parte della lex specialis di gara (che si è limitata a richiamare l'art. 166 del d.lgs. n. 50 cit.).

In contrario, tuttavia, il Collegio ritiene che il Comune di Cerea si sia autovincolato al rispetto della disciplina sulle centrali uniche di committenza, stipulando la convenzione istitutiva della C.U.C., la quale, come appena detto, ha carattere generale e si deve, pertanto, giudicare applicabile anche alle gare che abbiano ad oggetto le concessioni di servizi.

Ad opinare diversamente, del resto, potrebbero aversi conseguenze aberranti e cioè che i Comuni associati, mediante la strutturazione del servizio in termini di concessione, anziché di appalto (come ben potrebbe accadere, attese le affinità e distinzioni tra le due figure: cfr., ex plurimis, Corte Giust. CE, 13 ottobre 2005, n. 458, "Parking Brixen GmbH AG"; T.A.R. Lazio, Latina, Sez. I, 5 maggio 2006, n. 310), eludano il vincolo a cui si sono sottoposti con la convenzione istitutiva della Centrale Unica e, soprattutto, si sottraggano all'applicazione dell'art. 37 del d.lgs. n. 50/2016: ciò che appare grave nel caso ora all'esame, tenuto conto che il Comune di Cerea non è capoluogo di provincia e non sembra disporre dei requisiti di qualificazione per indire autonomamente la procedura di gara di cui trattasi.

Né vale l'obiezione che la Centrale Unica era sfornita di un proprio apparato organizzativo, poiché in base all'art. 8 della convenzione sussiste un preciso obbligo dei Comuni associati di dotarla di un simile apparato: anche per questo verso, è evidente la facilità con cui sarebbe eluso il vincolo a cui i predetti Comuni si sono assoggettati, ove si consentisse agli stessi di lasciare "sulla carta" la ridetta Centrale Unica, senza supportarla con un idonea struttura organizzativa.

Donde, in definitiva, l'illegittimità della procedura di gara, che va, perciò, annullata, tenendo conto del principio di conservazione e, pertanto, a partire dal primo atto di gara compiuto dal Comune di Cerea e che avrebbe dovuto, invece, essere effettuato dalla Centrale Unica.

La giurisprudenza ha, infatti, precisato che, in omaggio ai principi di economicità, conservazione e buona amministrazione, non può ritenersi "a priori" preclusa la rinnovazione del solo segmento procedimentale viziato, anche al fine di evitare il nocumento eventualmente apprezzabile nel porre nel nulla l'intera procedura (cfr. C.d.S., Sez. V, 12 giugno 2007, n. 3136; T.A.R. Abruzzo, Pescara, Sez. I, 27 giugno 2016, n. 235).

Peraltro, nel caso all'esame l'unica attività ascrivibile alla Centrale Unica risulta essere l'adozione del bando di gara, mentre già il isciplinare ed il capitolato speciale d'appalto risultano redatti dal Comune di Cerea, laddove, invece, la convenzione istitutiva della C.U.C. ha espressamente previsto – all'art. 3, comma 1, lett. e) – la competenza della ridetta Centrale alla redazione del disciplinare di gara.

Nei limiti suesposti il ricorso originario ed i motivi aggiunti, nella loro parte impugnatoria, risultano fondati, con conseguente accoglimento della domanda subordinata di annullamento della procedura di gara. Non può essere, invece, accolta, la domanda di risarcimento dei danni che accompagna la ridetta domanda di annullamento, essendo la stessa rimasta sfornita di qualsiasi supporto probatorio, in violazione della regola, secondo cui l'onere della prova grava sulla parte che formula domanda di risarcimento del danno da illegittimo esercizio del potere amministrativo (v., da ultimo, C.d.S., Sez. III, 10 aprile 2015, n. 1839)."