

■ **RIVISTA ITALIANA DI DIRITTO PUBBLICO COMUNITARIO** ■

Anno XXV Fasc. 3-4 - 2015

ISSN 1121-404X

Marco Salina

APPALTI PUBBLICI

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

APPALTI PUBBLICI (direttiva 2004/18/CE - direttiva 89/665/CE - situazione personale del candidato o dell'offerente - aggiudicazione dell'appalto in via provvisoria - indagini penali avviate nei confronti del legale rappresentante dell'aggiudicatario - decisione dell'amministrazione aggiudicatrice di non procedere all'aggiudicazione definitiva e di revocare la procedura di gara - sindacato giurisdizionale)

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, SEZ. V, sentenza 11 dicembre 2014, in causa C-440/13, *Croce Amica One Italia s.r.l.*

Con ordinanza di rimessione n. 1982/13 la Prima Sezione del T.A.R. Lombardia aveva posto alla Corte di giustizia un'interessante questione interpretativa, inerente la possibile interferenza tra l'esercizio dei poteri di autotutela nelle gare d'appalto e le cause di esclusione cristallizzate all'art. 45 della Direttiva 2004/18/CE. Con la sentenza che ora si segnala la Corte di giustizia ha reso la propria interpretazione, che però dà adito a qualche perplessità e comunque non pare totalmente esaustiva delle questioni poste dal Giudice nazionale.

Per comprendere a pieno la sentenza e valutarne le conclusioni non si può prescindere da una breve descrizione della vicenda controversa. La quale ha avuto origine dopo che, nel corso del 2010, l'Azienda Regionale emergenza urgenza (AREU) aveva indetto una procedura aperta per l'affidamento di un appalto relativo al "servizio di trasporto di organi, tessuti, campioni biologici e trasferimento delle equipe chirurgiche e di pazienti finalizzato all'attività trapiantologica con mezzi su ruota". Delle quattro società partecipanti alla procedura di aggiudicazione, tre erano state escluse dalla commissione giudicatrice in sede di valutazione delle offerte tecniche e la sola società rimasta in gara era stata dichiarata aggiudicataria, in via provvisoria. Tuttavia, configurandosi i presupposti previsti dalla normativa nazionale per la verifica cosiddetta "obbligatoria" dell'anomalia dell'offerta (dato che il punteggio attribuito in relazione al prezzo e quello attribuito per gli altri elementi di valutazione erano pari o superiori ai quattro quinti delle corrispondenti soglie massime previste dal bando di gara), AREU aveva chiesto giustificazioni in ordine all'offerta tecnica presentata dalla aggiudicataria in via provvisoria, dichiarandone poi l'anomalia, in quanto le giustificazioni non erano state ritenute esaustive. Contestualmente, nell'ambito di indagini penali preliminari avviate nei confronti del legale rappresentante di detta società per reati di truffa e di falsità ideologica, le autorità competenti avevano sottoposto a sequestro probatorio alcuni documenti di gara relativi a tale società. In particolare la contestazione sollevata in sede penale riguardava la presunta falsificazione di alcuni attestati di partecipazione al corso di "guida sicura" per ambulanze, i quali però, va detto, non costituivano né condizione per la partecipazione alla gara, né elementi significativi per l'attribuzione del punteggio, dato che la *lex specialis* ne riferiva semplicemente in termini di requisiti richiesti... "preferibilmente". In tal quadro era poi intervenuto l'atto con cui AREU, in esito all'attività istruttoria espletata e, soprattutto, alle indagini penali in corso da parte della Procura della Repubblica di Milano, aveva deciso di non procedere all'aggiudicazione definitiva e di annullare l'intera gara, motivando al riguardo che, "nel descritto contesto, al di là dell'anomalia dell'offerta, AREU non possa comunque pervenire, per evidenti ragioni di opportunità e motivi legati ai principi di buona amministrazione, all'aggiudicazione del servizio in favore del

[suddetto] *concorrente ...*, né, stante l'indispensabilità del servizio stesso, possa attendere, ai fini dell'aggiudicazione, gli esiti del procedimento penale o anche solo la conclusione delle indagini in corso". Tale ultimo atto è poi stato impugnato dalla predetta società avanti al T.A.R., così dando luogo al giudizio da cui è scaturito il rinvio pregiudiziale.

Infatti il T.A.R. Lombardia — dopo aver inquadrato la determinazione di AREU fra i provvedimenti di revoca dell'art. 21-*quinquies* l. n. 241/90, in considerazione delle ragioni di opportunità evocate nella motivazione dell'atto di autotutela — ha interpellato il Giudice comunitario affinché chiarisse se gli indici di inopportunità dell'aggiudicazione riscontrati dalla stazione appaltante potessero o meno disattendere il principio di definitività dell'accertamento della responsabilità penale, sancito, a livello comunitario, dall'art. 45 della direttiva 2004/18/CE. Nello specifico è stato richiesto alla Corte di giustizia di chiarire se sia conforme al diritto dell'Unione che *“la stazione appaltante, nell'esercizio di un potere di revoca in materia di appalti pubblici in applicazione dell'articolo 21-quinquies della legge del 7 agosto 1990, n. 241, possa decidere di non procedere all'aggiudicazione definitiva di un appalto sulla base della mera pendenza di un'indagine penale nei confronti del legale rappresentante della società provvisoriamente aggiudicataria”*.

La Corte di giustizia ha risposto affermativamente al quesito, in senso cioè del legittimo operato di AREU. E ciò in quanto, a dire della Corte, non vi sarebbe interferenza tra le cause di esclusione sancite dall'art. 45 dir. 2004/18 e le ragioni per cui un'amministrazione possa legittimamente decidere di non aggiudicare un appalto pubblico e di revocare la gara (§ 37 della sentenza). In altri termini, a quanto pare di capire, la medesima circostanza, e cioè la pendenza di un procedimento penale a carico del concorrente, se da un lato, pacificamente, non ne inficia la partecipazione alla gara, d'altro lato, se ricondotta dall'Amministrazione nell'area (dai confini indeterminati) dell'opportunità amministrativa, potrebbe giustificare la revoca dell'aggiudicazione o, comunque, la decisione della stazione appaltante di non addivenire alla stipula del contratto.

Ma tale conclusione della Corte, dato il suo evidente rilievo, avrebbe forse meritato un maggiore sforzo argomentativo, anche per fugare il rischio, che era stato ben evidenziato dal Giudice del rinvio, che gli ambiti di discrezionalità che sono tradizionalmente propri dell'autotutela possano prestarsi ad eludere le garanzie dei concorrenti, prima fra tutte quella che lo stesso Legislatore comunitario ha apprestato stabilendo il principio di definitività della condanna penale.

La Corte ha ricordato che l'art. 45 dir. 2004/18 in realtà conferisce alle stazioni appaltanti, al paragrafo 2 lett. d) e g), *“anche il potere di escludere ogni operatore economico che nell'esercizio della propria attività professionale abbia commesso un errore grave, accertato con qualsiasi mezzo di prova dall'amministrazione aggiudicatrice, o che si sia reso gravemente colpevole di false dichiarazioni nel fornire informazioni che possono essere richieste ai fini della selezione qualitativa delle offerte oppure che non abbia fornito dette informazioni, senza che sia necessario che nei confronti dell'operatore economico sia stata pronunciata una sentenza di condanna passata in giudicato”* (§ 28). Il che sicuramente è vero. Ma altrettanto vero è che, nella specie, non ricorreva nessuna delle citate ipotesi in cui l'Ordinamento comunitario non pretende un accertamento definitivo della causa di esclusione: non quella della lettera d), non avendosi a che fare con errori che afferiscano alla capacità tecnico professionale del concorrente; ma neppure quella della lettera g), dato che

già il T.A.R., nell'ordinanza di rinvio, aveva precisato che la (presunta) falsità era caduta su un requisito (frequenza ai corsi di guida sicura) ininfluenza ai fini della selezione qualitativa dell'offerta.

Ancora la Corte ha affermato che *“un'amministrazione aggiudicatrice non può essere obbligata a condurre a termine una procedura di aggiudicazione in corso e ad aggiudicare l'appalto di che trattasi, anche con il solo offerente rimasto in gara”* (§ 37). Ma anche in questo caso la decisione della Corte non pare correlata alla specifica vicenda oggetto del quesito, perché la motivazione con cui AREU ha revocato la gara, e che è già stata sopra segnalata, non aveva nulla a che vedere e non accennava neppure alla necessità di istituire un più ampio confronto concorrenziale.

Più persuasiva pare invece la sentenza della Corte di giustizia nella parte in cui, riscontrando un ulteriore quesito del Giudice *a quo*, ha chiarito l'estensione del sindacato giurisdizionale sulla decisione dell'amministrazione aggiudicatrice di procedere alla revoca del bando di gara. Sul punto la Corte, richiamando i principi di efficacia dei ricorsi e di effettività della tutela giurisdizionale, ha chiarito che le norme dell'Unione prevedono un controllo di legittimità degli atti non *“limitato all'esame del carattere arbitrario delle decisioni dell'amministrazione aggiudicatrice”* e che comunque è fatta salva la facoltà degli Ordinamenti nazionali di andare oltre, attribuendo ai propri organi giurisdizionali anche il potere di esercitare un vero e proprio controllo di merito sull'opportunità di tali decisioni.

MARCO SALINA