

Consiglio di Stato, Sezione Quinta, Sentenza n. 4659 del 24 maggio 2024

Appalti di lavori – Principio dell'autovincolo – SA deve rispettare regole della lex specialis – tutela affidamento e par condicio

Pubblicato il 24/05/2024

N. 04659/2024REG.PROV.COLL.

N. 09487/2023 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9487 del 2023, proposto da Comune di (...), in persona del Sindaco *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG: (...), rappresentato e difeso dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in (...);

contro

(...) s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio (...);

nei confronti

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

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana

(Sezione Prima) n. 1036/2023, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della (...) s.r.l.;

Viste le memorie delle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 febbraio 2024 il Cons. Annamaria Fasano e preso atto del deposito della richiesta di passaggio in decisione senza la preventiva discussione, ai sensi del Protocollo d'intesa del 10 gennaio 2023, da parte degli avvocati (...) e (...);

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con determina a contrarre n. 695 del 22 giugno 2023, il Comune di (...) disponeva di affidare in via diretta ai sensi dell'art. 1, comma 2, lett. a) del D.L. n. 76 del 2020 un accordo quadro di valore pari ad euro 150.000,00, inerente a lavori di segnaletica stradale su viabilità comunale.

Il Comune, pertanto, provvedeva a pubblicare sulla piattaforma START della Regione (...) una 'Richiesta di preventivo' avente ad oggetto l'invito a partecipare alla suddetta procedura.

In data 26 settembre 2023, all'esito dell'espletamento della procedura, veniva stipulato il contratto di appalto con la società (...) s.r.l. risultata aggiudicataria.

2. Con ricorso proposto dinanzi al Tribunale amministrativo per la Toscana, la società (...) s.r.l. impugnava il provvedimento di aggiudicazione, chiedendo la declaratoria di inefficacia ex art. 121, comma 2, c.p.a., del contratto stipulato tra la Stazione appaltante e la società (...) s.r.l., con espressa dichiarazione di disponibilità al subentro.

La società ricorrente lamentava che, pur essendo espressamente previsto nella

lettera di invito alla procedura la possibilità di ricorrere al subappalto *‘nei limiti del 49,99% dell’importo complessivo del contratto (relativo ad unica categoria)’*, la società (...) s.r.l. aggiudicatrice dell’appalto non aveva rispettato tale previsione, rendendo nel D.G.U.E. una dichiarazione con la quale evidenziava la propria volontà di ricorrere al subappalto nella misura del 50%.

3. Il Tribunale amministrativo regionale per la Toscana, con la sentenza n. 1036 del 2023, accoglieva il ricorso, sulla base della prima censura con assorbimento delle altre, ritenendo sufficiente rilevare che la lettera di invito alla procedura prevedeva espressamente la possibilità di ricorrere al subappalto *‘nei limiti del 49,99% dell’importo complessivo del contratto (relativo ad unica categoria)’*, mentre la società (...) s.r.l., aggiudicatrice dell’appalto, non aveva rispettato tale previsione, con conseguente violazione della *lex specialis*. Il Collegio di prima istanza disponeva, pertanto, l’annullamento della determinazione 21 settembre 2023, n. 1010 del Responsabile dell’Area 2 - Servizi Tecnici al Territorio Settore Centro Operativo, viabilità, mobilità del Comune di (...) che aveva aggiudicato la procedura, con declaratoria di inefficacia dell’accordo quadro sottoscritto dalla controinteressata e dall’Amministrazione resistente, con conseguente obbligo dell’Ente municipale di rinnovare le operazioni di aggiudicazione, sulla base delle previsioni di autovincolo emanate dalla stessa Stazione appaltante.

4. Il Comune di (...) ha appellato la suddetta pronuncia, chiedendone l’integrale riforma sulla base delle seguenti censure: *“1. Violazione e falsa applicazione dell’art. 100 c.p.c. Improcedibilità del ricorso introduttivo per carenza dell’interesse all’azione; 2. Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 80, 83 e 105 d.lgs. 50/2016; Violazione e/o falsa applicazione della lex specialis del procedimento; Eccesso di potere per travisamento dei fatti e illogicità manifesta (in relazione al capo della sentenza che ha disposto l’annullamento dell’affidamento); 3. Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 121 e 122 c.p.c. Eccesso di potere per carenza di istruttoria e illogicità manifesta; Carenza di motivazione (in relazione al capo della sentenza che ha disposto l’inefficacia del contratto già stipulato)”*.

5. (...) s.r.l. si è costituita in resistenza, concludendo per il rigetto dell'appello e riproponendo nel presente giudizio il secondo motivo del ricorso introduttivo non esaminato dal giudice di prima istanza, in quanto ritenuto assorbito.

6. Le parti con memorie hanno precisato le loro difese.

In particolare, il Comune di (...) ha eccepito l'inammissibilità del motivo riproposto dalla società (...) s.r.l. riguardante la mancata esclusione della controinteressata (...) s.r.l. in violazione dell'art. 1, comma 3, del D.L. n. 78 del 2020 e dell'art. 97 d.lgs. n. 50 del 2016, per la novità della critica sollevata in appello.

7. Con ordinanza cautelare n. 5111 del 2023, questa Sezione ha respinto la domanda di sospensione dell'efficacia della sentenza del T.A.R. presentata in via incidentale dalla parte appellante.

8. All'udienza del 22 febbraio 2024, la causa è stata assunta in decisione.

DIRITTO

9. Con il primo mezzo, l'appellante denuncia l'improcedibilità del ricorso introduttivo per carenza di interesse all'azione, assumendo che con tale atto la società (...) s.r.l. avrebbe impugnato esclusivamente il provvedimento con cui il contratto quadro per cui è causa è stato affidato alla controinteressata (...) s.r.l. L'esponente precisa che l'individuazione dell'affidataria è avvenuta a mezzo di affidamento diretto, previa analisi di quattro preventivi richiesti attraverso la piattaforma regionale START e secondo la procedura dalla stessa imposta, sicchè nessuna graduatoria sarebbe stata mai formata, né sul punto la ricorrente avrebbe formulato una qualche doglianza.

Secondo l'Ente ricorrente, la motivazione resa dal Collegio di primo grado nella sentenza impugnata, secondo cui l'azione è sufficientemente sorretta dall'interesse della ricorrente alla *'corretta valutazione delle offerte sulla base dei criteri di autovincolo fissati dalla stessa Amministrazione procedente'*, non sarebbe sufficiente a dimostrare l'interesse al ricorso con riferimento alla domanda di declaratoria di inefficacia del

contratto, che si basa sulla possibilità di subentrare nella posizione contrattuale dell'affidatario. Nella specie, la società ricorrente non avrebbe alcun interesse all'annullamento, non essendo stata stilata alcuna graduatoria, pertanto la richiesta di annullamento non potrebbe essere strumentale all'acquisizione di un vantaggio giuridicamente stimabile.

9.1. Il mezzo va respinto.

Va premesso che ai sensi dell'art. 3 dell'Invito è stato individuato quale criterio di affidamento diretto quello del minor prezzo. Al termine di scadenza per l'invio del preventivo ('offerta') il giorno 11 luglio 2023, mediante l'utilizzo della piattaforma telematica, hanno inviato le offerte cinque imprese tra cui la società aggiudicataria (...) s.r.l., e la società ricorrente (...) s.r.l.

In data 22 settembre 2024, è stata pubblicata sul portale di riferimento la schermata dalla quale è risultata aggiudicataria la (...) s.r.l. con un ribasso del 51,33000%, mentre la società (...) s.r.l. ha presentato un ribasso pari al 42,22200% più alto rispetto ai rimanenti soggetti offerenti invitati alla procedura.

Ne consegue che, a fronte delle critiche illustrate dalla società ricorrente nell'atto introduttivo, va rilevata l'infondatezza della denuncia di difetto di interesse, atteso che come precisato dal T.A.R. *'dovendo riportarsi l'interesse posto a base del ricorso ed azionato dalla ricorrente all'interesse ad una corretta valutazione delle offerte sulla base dei criteri di autovincolo fissati dalla stessa Amministrazione procedente'*.

Come più volte precisato dalla giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, *'l'interesse alla base del ricorso avverso l'affidamento diretto di un servizio non può che essere quello dell'indizione di una gara alla quale il ricorrente ha in astratto titolo a partecipare'* (Cons. Stato, n. 5007 del 2014).

L'interesse necessario e sufficiente per la valida instaurazione del giudizio deve essere valutato in astratto e non in concreto e, nella specie, non risulta con certezza che il ricorrente non avrebbe comunque potuto ottenere il bene della vita perseguito se fossero state rispettate le previsioni di autovincolo fissate

dall'Amministrazione appellante.

10. Con la seconda censura, l'appellante denuncia che gli atti del procedimento non prevedevano l'esclusione di un partecipante nel caso in cui questo avesse prospettato il ricorso al subappalto in misura maggiore rispetto a quella massima indicata dalla Stazione appaltante.

L'esponente rileva che la società (...) s.r.l. aveva la qualifica soggettiva per poter eseguire le lavorazioni di cui all'unica categoria di opere oggetto dell'affidamento, la OS10, pertanto, anche senza ricorso ai subappaltatori, l'operatore economico avrebbe potuto rendersi affidatario del contratto pubblico. In questi casi, non trattandosi del c.d. subappalto necessario, il rispetto dei limiti imposti dalla legge rilevarebbe esclusivamente nella fase esecutiva, nel senso che la Stazione appaltante non avrebbe autorizzato il subcontratto comportante il superamento delle soglie imposte. Ad avviso dell'appellante, né la legge, né la disciplina del procedimento per cui è causa prevederebbero l'esclusione di un partecipante nel caso in cui questi, pur possedendo la qualifica per compiere la totalità delle lavorazioni, abbia prospettato di ricorrere al subappalto in misura superiore al 49,99% al momento di formulare il proprio preventivo.

10.1. La critica non può trovare accoglimento.

L'art. 7 dell'Invito ha espressamente previsto che: *“Ai sensi dell'art. 105, comma 1, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 come mod. dall'art. 49, comma 1, lett. a) della L. 108/2021 (legge di conversione, con modificazioni, del D.L. 77/2021), a pena di nullità, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 106, comma 1, lettera d), il contratto non può essere ceduto, non può essere affittata a terzi l'integrale esecuzione delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto, nonché la prevalente esecuzione delle lavorazioni relative al complesso delle categorie prevalenti e dei contratti ad alta intensità di manodopera. E' ammesso il subappalto ai sensi dell'art. 105 del d.lgs. 50/2016 e s.m.i., come modificato dall'articolo 49, comma 1, del D.L. 31 maggio 2021, n. 77, convertito nella Legge 108/2021 nei limiti del 49,99% dell'importo complessivo del contratto”*.

Appare all'evidenza che la *lex specialis* ha espressamente consentito il subappalto nei limiti del 49,99% dell'importo complessivo del contratto, così introducendo una previsione di 'autovincolo'.

Nonostante ciò, nell'ambito della predisposizione dell'offerta e del preventivo, la società (...) s.r.l. ha compilato il DGUE dichiarando espressamente di voler subappaltare una quota di lavori dell'unica categoria di appalto (quella prevalente) nella misura del 50%.

Inoltre, dalle emergenze processuali risulta che il preventivo dell'aggiudicataria reca un ribasso di oltre il 50% come risulta dall'offerta economica, mentre la dichiarazione di subappaltare le opere oggetto dell'unica categoria di appalto reca un ribasso del 50%.

Il Collegio osserva che le ampie deduzioni difensive (anche in tema di subappalto necessario) del Comune appellante, finalizzate a giustificare la regolarità dell'affidamento diretto dell'appalto alla società aggiudicataria, non colgono nel segno, atteso che alla soluzione della questione deve pervenirsi partendo dal presupposto che nella *lex specialis* la Stazione appaltante ha previsto espressamente un criterio di 'autovincolo'.

Orbene, secondo il principio dell'autovincolo, la Stazione appaltante è tenuta a rispettare le regole che, nell'esercizio del proprio potere discrezionale, ha deciso di porre a presidio dello svolgimento della procedura di gara, in ragione dei principi dell'affidamento e della parità di trattamento tra i concorrenti.

Il criterio di aggiudicazione di un appalto pubblico prescelto dalla Stazione appaltante in una procedura comporta sempre che la stessa è obbligata al rispetto della legge di gara, sicchè l'individuazione del contraente deve avvenire sulla scorta delle regole prescelte.

Nel caso di specie, l'Amministrazione si è avvalsa della possibilità dell'affidamento diretto ai sensi dell'art. 1, comma 2, del D.L. n. 76 del 2020, convertito con legge n. 120 del 2020, ma ciò, diversamente da quanto sostenuto dall'appellante, non fa

venire meno l'obbligo del rispetto della legge di gara (c.d. autovincolo).

Il rispetto dell'autovincolo, giova ribadire per ragioni di completezza espositiva, è confermato anche dal vigente codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36 del 2023) che fra i principi fondamentali annovera quello dell'affidamento e della buona fede, per cui occorre tutelare l'affidamento dell'operatore economico sul legittimo esercizio del potere amministrativo (art. 5 del d.lgs. n. 36 del 2023).

Nella specie, la *lex specialis* si è fondata sul suddetto indirizzo, tenuto conto che l'art. 3 dell'Invito, rubricato appunto '*Criterio di affidamento*', richiama espressamente i principi di cui all'articolo 30 del d.lgs. n. 50 del 2016, così rappresentando la scelta di individuare un criterio di affidamento e di autodisciplinare la procedura di affidamento diretto.

Il Comune di (...) ha individuato un criterio di affidamento dell'appalto, secondo precise regole prestabilite negli atti di gara, sicchè, in forza del principio dell'autovincolo, sussiste l'obbligo del rispetto dello stesso criterio e, conseguentemente, l'impossibilità di modificare *in itinere* la legge di gara da parte dell'Ente.

A tale riguardo va richiamato l'indirizzo della giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, dal quale non vi sono ragioni per discostarsi, secondo cui quando l'Amministrazione, nell'esercizio del proprio potere discrezionale, decide di autovincolarsi, stabilendo le regole poste a presidio del futuro espletamento di una determinata potestà, la stessa è tenuta all'osservanza di quelle prescrizioni, con la duplice conseguenza che: a) è impedita la successiva disapplicazione; b) la violazione dell'autovincolo determina l'illegittimità delle successive determinazioni (Cons. Stato, sez. V, n. 3502 del 2017).

L'autovincolo costituisce un limite al successivo esercizio della discrezionalità, che l'Amministrazione pone a sé medesima in forza di una determinazione frutto dello stesso potere che si appresta ad esercitare, e che si traduce nell'individuazione anticipata di criteri e modalità, in guisa da evitare che la complessità e rilevanza

degli interessi possa, in fase decisionale, complice l'ampia e impregiudicata discrezionalità, favorire in *executivis* l'utilizzo di criteri decisionali non imparziali. La garanzia dell'autovincolo, nelle procedure concorsuali, è fondamentale finalizzata alla *par condicio*: conoscere in via anticipata i criteri valutativi e decisionali della Commissione valutatrice, in un contesto in cui le regole di partecipazione sono chiare e predefinite, mette in condizione i concorrenti di competere lealmente su quei criteri, con relativa prevedibilità degli esiti (Cons. Stato, n. 3180 del 2021; id. n. 7595 del 2019).

Né il Collegio ritiene di superare l'altro principio, che del primo costituisce corollario, secondo cui la *lex specialis* deve essere interpretata in termini strettamente letterali, con la conseguenza che le regole in essa contenute vincolano rigidamente l'operato dell'Amministrazione pubblica, obbligata alla loro applicazione senza alcun margine di discrezionalità, in ragione sia dei principi dell'affidamento che di tutela della parità di trattamento tra i concorrenti, che sarebbero pregiudicati ove si consentisse la modifica delle regole di gara cristallizzate nella *lex specialis* medesima (Cons. Stato, sez. IV, n. 1148 del 2019).

11. Con il terzo mezzo, l'appellante ritiene che il capo della sentenza che ha disposto l'inefficacia del contratto di appalto stipulato tra l'Amministrazione appellante e la controinteressata (...) s.r.l. sia doppiamente illegittimo. In particolare, sarebbe affetto da illegittimità derivata, atteso che la riforma della sentenza del T.A.R. per la Toscana, in punto di annullamento dell'affidamento, non potrebbe che portare al travolgimento del suddetto capo, che dal primo è pregiudicato.

Né sarebbe comprensibile il motivo per il quale il Giudice territoriale ha disposto l'eliminazione degli effetti dell'Accordo quadro, né, invero, sarebbe rinvenibile nella sentenza impugnata una qualunque motivazione al riguardo.

11.1. Il mezzo è infondato.

Secondo l'indirizzo ampiamente condiviso della giurisprudenza di settore, sopra

richiamata, quando l'Amministrazione, nell'esercizio del proprio potere discrezionale decide di autovincolarsi, stabilendo le regole poste a presidio del futuro espletamento di una determinata potestà, la stessa è tenuta all'osservanza di quelle prescrizioni, con la duplice conseguenza che non solo le è impedita la successiva disapplicazione, ma la violazione dell'autovincolo determina l'illegittimità delle successive determinazioni (Cons. Stato, n. 3502 del 2017; id. n. 5746 del 2020).

Ne consegue che la violazione della *lex specialis* determina di conseguenza l'inefficacia dell'accordo quadro sottoscritto dalla società (...) s.r.l. e l'annullamento della determinazione del 21 settembre 2023, n. 1010 con cui è stata disposta l'aggiudicazione della procedura alla suddetta società.

Come precisato dal T.A.R., *'ne discende l'obbligo di rinnovare le operazioni di aggiudicazione, sulla base delle previsioni di autovincolo emanate dalla stessa Stazione appaltante ed in un contesto emendato dalla partecipazione alla procedura della controinteressata'*.

12. In definitiva, l'appello va respinto, con assorbimento di ogni altra censura e conseguente conferma della sentenza impugnata.

13. Le spese di lite del grado seguono il criterio della soccombenza e vanno liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna il Comune di (...) alla rifusione delle spese di lite del grado a favore della società (...) s.r.l., che si liquidano in complessivi euro 5.000,00 (cinquemila/00), oltre accessori di legge se dovuti.

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

Così deciso, in Roma, nella camera di consiglio del giorno 22 febbraio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Diego Sabatino, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Sara Raffaella Molinaro, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere

Annamaria Fasano, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Annamaria Fasano

IL PRESIDENTE

Diego Sabatino

IL SEGRETARIO