

L'offerta migliorativa in violazione della legge di gara non esclude dall'appalto

di Aldo Milone

PDF

[La sentenza del Consiglio di Stato n. 3606/2019](#)

La violazione della legge speciale di gara che consiste in un'offerta finanziariamente migliorativa non produce l'esclusione (automatica) dall'appalto. È questo il principio di diritto affermato dal [Consiglio di Stato, nella sentenza n. 3606/2019](#), intervenuta in materia di procedura di gara.

La fattispecie

Nel caso particolare, la gara era stata indetta da una società in house di un Comune, mediante avviso pubblico per manifestazioni di interesse all'affidamento del servizio di gestione di parcheggio a pagamento. Per aggiudicarsi la gestione, l'operatore economico aveva offerto – oltre a un aumento sul prezzo base – modalità di pagamento in favore della stazione appaltante diverse da quelle previste dalla legge di gara. In particolare, s'impegnava a versare in via anticipata già al primo mese di ciascun quadrimestre i corrispettivi dei 4 mesi, quando invece l'esborso era dovuto mensilmente, con lo scopo di prestare un miglior servizio alla Pa, beneficiaria così di consistenti anticipazioni di denaro a fronte della privazione anzitempo da parte dell'offerente di somme versate a titolo di corrispettivo per controprestazioni non ancora eseguite.

Esclusione illegittima

Facendo buon governo del principio civilistico (articolo 1184 del codice civile) secondo cui l'apposizione di un termine (e quindi anche la rateizzazione) si presume effettuata nell'interesse del debitore, i giudici amministrativi hanno statuito l'illegittimità dell'esclusione dalla gara atteso che la violazione pur perpetrata ha comportato un'offerta migliorativa a vantaggio esclusivo della stazione appaltante.

La censura di eccesso di potere per irragionevolezza dell'eliminazione trova inoltre avallo nell'assenza di una convincente motivazione sulla possibile rilevanza di un interesse pubblico al rispetto dei termini indicati nella legge di gara, ossia alla percezione dei canoni con cadenza mensile anziché in maniera anticipata. Risulta, invero, priva di pregio la giustificazione fondata sulla mera vincolatività delle prescrizioni della lettera d'invito in relazione a una astratta salvaguardia del superiore interesse a garantire il mantenimento degli equilibri economico-finanziari dell'ente, ove si ometta l'accertamento circa la (in)congruenza delle più vantaggiose modalità solutorie offerte rispetto a questa finalità.

D'altronde, a parere della Collegio, se, per assurdo, la *lex specialis* avesse obbligatoriamente escluso pagamenti anticipati, la previsione sarebbe stata radicalmente irrazionale e contraria proprio all'interesse pubblico.

Pronuncia equitativa

Circa la misurazione del danno subito dalla mancata aggiudicazione della gara, se ne ritiene legittima la quantificazione in via equitativa, tenuto conto della tipologia del contratto (essendo, in specie, impossibile prevedere l'utile effettivo conseguibile dall'eventuale affidamento del servizio di parcheggio, e dunque il danno risarcibile) nonché del periodo di gestione del servizio già trascorso (oltre la metà) al momento della pubblicazione della sentenza.

Assenza di litisconsorzio pubblico

Quanto alla legittimazione processuale passiva, viene negata l'instaurazione di un litisconsorzio necessario tra l'ente locale e la partecipata in house. Con estensione analogica dell'interpretazione resa sulla diversa fattispecie delle procedure svolte in forma aggregata da un soggetto per conto/nell'interesse di altri enti, i magistrati di Palazzo Spada disconoscono in capo al Comune socio la qualità di contraddittore necessario, dovendosi il giudizio d'impugnazione promuovere (sul fronte pubblico) solo contro l'amministrazione adottante gli atti di gara illegittimi, cioè la società in-house, che costituisce autonomo centro di imputazione dei rapporti giuridici.

© RIPRODUZIONE RISERVATA