

Esclusione automatica e interesse transfrontaliero

Il TAR Lombardia, Brescia, sez. II affronta nuovamente il tema dell'accertamento della presenza dell'interesse transfrontaliero della gara e dell'obbligo, seppur nel sottosoglia comunitario, di effettuare l'ordinaria procedura ad evidenza pubblica e non le procedure semplificate ex art. 50, comma 1 lett. d), Dlgs 36/2023

La recente sentenza 4 marzo 2024, n. 165 del T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. II, risulta di particolare rilevanza stante il tipo di contestazione: nel caso di specie, un appalto di lavori prossimo alla soglia comunitaria di cui all'art. 14 del nuovo Codice da svolgersi nel centro della Lombardia veniva aggiudicato con l'applicazione della clausola di esclusione automatica (applicabile nel sottosoglia per le procedure negoziate assegnate al ribasso in caso di partecipazione di almeno 5 operatori economici).

Il ricorrente, escluso, contesta l'applicazione della clausola evidenziando la presenza di un interesse transfrontaliero, circostanza che impediva l'utilizzo dell'esclusione automatica.

Il giudice, effettivamente, accerta la presenza dell'interesse transfrontaliero stante l'importo e il territorio dei lavori (vicino a diversi stati europei).

La presenza di interesse transfrontaliero, infatti, non consente l'utilizzo delle procedure semplificate ex art. 50, seppur nel sottosoglia comunitario, ma impone l'obbligo di effettuare l'ordinaria procedura ad evidenza pubblica.

Occorre preliminarmente rilevare che il legislatore non ha fornito una definizione dell'interesse transfrontaliero certo.

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea, tuttavia, attraverso vari interventi negli anni, ha fornito una serie di criteri sintomatici idonei ad evidenziarne la sussistenza in concreto, quali: la consistenza dell'appalto, l'ubicazione dei lavori in luogo idoneo ad attrarre l'interesse di operatori esteri, le caratteristiche tecniche dell'appalto, presenza di frontiere che attraversano centri urbani situati sul territorio di stati membri. (v. in tal senso sentenze del 15 maggio 2008 SECAP e Santorso, C-147/06 e C-148/06, EU:C2008:277 punti 20 e 21; 11/12/2014 C-113/13, EU:C:2014:2440, punti 45 e 46; 18/12/2014, C-470/13, EU:C:2014:269 punto 32; 16/04/2015, C-278/14, EU:C:2015:228 punto 16).

Rispetto ai criteri sopra enunciati, quello relativo alla consistenza economica dell'appalto rappresenta senza dubbio non solo il criterio principale ma anche il parametro sulla base del quale valutare l'incidenza probatoria degli altri elementi sintomatici presenti nella fattispecie. Invero, l'elemento economico, ponendo il contratto al di sotto o al di sopra della soglia di rilevanza europea, rappresenta l'unico indice espresso a cui il legislatore affida la presunta esistenza dell'interesse transfrontaliero e la conseguente applicazione integrale delle direttive comunitarie allo scopo di tutelare la concorrenza e il mercato. Ciò al fine di rispondere all'esigenza di garantire che tutti gli operatori economici, stabiliti nel territorio dell'Unione europea, abbiano le medesime possibilità di accesso alle procedure di evidenza pubblica bandite all'interno degli stati membri. Tanto più l'importo della gara è elevato, tanto maggiore è l'interesse del legislatore a consentire che a tale gara possano partecipare, in condizioni di parità, tutti gli operatori economici.

Nella fattispecie in esame l'importo a base d'asta è pari ad € 5.274.599,97 e, rispetto alla soglia europea, la differenza è di soli € 107.400,03.

La combinazione di tale rilevante dato di fatto con il luogo di esecuzione dei lavori e con le caratteristiche della prestazione richiesta, suggeriscono la sicura idoneità della commessa in esame ad attrarre l'interesse di operatori economici esteri.

Il luogo di esecuzione dei lavori infatti non appare così “distante” da paralizzare ab origine l’interesse economico degli operatori stranieri, tenendo conto delle odierne potenzialità logistiche, degli accordi che possono essere realizzati con strutture locali per eventuali esigenze dell’operatore estero, dell’agevole possibilità di rapido adeguamento al quadro giuridico ed amministrativo di uno stato membro. Il tutto considerando che, per l’affidamento in esame, non sussistono profili di somma o qualificata urgenza.

È appena il caso di rilevare che, diversamente da quanto osservato, non ogni appalto affidato (...) è suscettibile di determinare l’emersione di un interesse transfrontaliero. Tuttavia, l’interesse commerciale degli operatori esteri è concretamente sollecitato quando la base d’asta assuma una consistenza economica così elevata per un appalto di lavori da eseguirsi in un ambito territoriale ad altissimo tasso d’imprenditorialità nazionale ed estera”.

La conclusione è stata non di rieditare la procedura di gara ma di procedere con la verifica dell’anomalia dell’offerta.