

Rassegna giurisprudenziale
sulle procedure ad evidenza pubblica

(gennaio 2017 – maggio 2017)

a cura di Francesco Armenante

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI – sentenza 2 gennaio 2017 n. 1

Sulla necessità di una puntuale motivazione in caso di esclusione per grave errore professionale

Nel caso in cui la stazione appaltante, ai sensi dell'art. 38, comma 2, del d.lgs. n. 163 del 2006, desuma da procedimenti penali l'esistenza di fatti idonei ad integrare gli estremi del grave errore professionale, essa ha l'onere – a pena di illegittimità – di una puntuale descrizione di tali fatti e della loro incidenza causale sul rapporto fiduciario al fine di evitare che si realizzi una automatica sovrapposizione di una fattispecie dotata di una sua autonomia (art. 38, comma 2, lettera c) con altra fattispecie dotata anch'essa di proprie caratteristiche identificative (art. 38, comma 2, lettera g), in violazione del principio di tassatività della cause di esclusione.

TAR CAMPANIA – SALERNO, SEZ. I – sentenza 2 gennaio 2017 n. 10

Sulla necessità di una puntuale motivazione in caso di esclusione per grave errore professionale

La “ratio” dell'art. 80 comma 5, lett. c), del nuovo codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016), il quale prevede l'esclusione dalla partecipazione alla procedura d'appalto ove la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità, risiede nell'esigenza di verificare l'affidabilità complessivamente considerata dell'operatore economico che andrà a contrarre con la p.a. per evitare, a tutela del buon andamento dell'azione amministrativa, che quest'ultima entri in contatto con soggetti privi di affidabilità morale e professionale. La diversità del tratto testuale della norma oggi vigente rispetto a quella contenuta nel vecchio codice (art. 38 del d.lgs. n. 163/2016), non è tale da escludere una precisa linea di continuità tra le due previsioni, atteso che persiste in capo alla Stazione appaltante un coefficiente di discrezionalità (cosiddetta monobasica), il cui esercizio comporta la esatta riconduzione della fattispecie astratta contemplata dalla norma (grave illecito professionale) a quella concretamente palesatasi nella singola gara.

TRGA, SEZ. TRENTO – sentenza 3 gennaio 2017 n. 2

Sull'esclusione di un'offerta non conforme alle specifiche tecniche indicate nel capitolato

1. Nelle gare di appalto la valutazione dell'equivalenza di un prodotto, che attiene anche all'appropriatezza del mezzo di prova, costituisce espressione di un potere discrezionale dell'Amministrazione e può essere sindacata dal giudice solo nella misura in cui si riveli illogica, contraddittoria od irrazionale. L'offerta non conforme alle specifiche tecniche indicate nel capitolato comporta l'annullamento dell'aggiudicazione dell'appalto indetto con il criterio del maggior ribasso anche se il capitolato e il bando non la prevedono esplicitamente.

TAR CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. I – sentenza 3 gennaio 2017 n. 56

Sulla revocabilità dell'aggiudica definitiva e sul diritto all'indennizzo

E' legittimo il provvedimento con il quale la P.A., prima della stipula del contratto e/o convenzione, ha disposto la revoca in autotutela dell'aggiudicazione definitiva di una gara per l'affidamento in concessione della progettazione esecutiva e della realizzazione dell'ampliamento di un impianto di trattamento rifiuti esistente, che sia motivato con riferimento al venir meno della convenienza economica per l'ente concedente (nella specie la convenienza economica era venuta meno in ragione del successivo ribasso del costo di smaltimento del percolato, rispetto alla tariffa offerta dall'aggiudicataria, verificatosi nel periodo intercorrente tra l'aggiudicazione dell'appalto e l'adozione del provvedimento di autotutela). Infatti, è legittima la revoca dell'aggiudicazione motivata con riferimento al risparmio economico che deriverebbe dalla revoca stessa ovvero per carenza di copertura finanziaria e sopravvenuta mancata corrispondenza della procedura alle esigenze dell'interesse pubblico e l'art. 21 *quinquies* della L. n. 241/1990 ammette in via di principio un ripensamento da parte della PA a seguito di una nuova valutazione dell'interesse pubblico originario .

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 4 gennaio 2017 n. 9

Sui presupposti per fissare requisiti più rigorosi

I bandi di gara possono prevedere requisiti di capacità particolarmente rigorosi, purché non siano discriminanti e abnormi rispetto alle regole proprie del settore, giacché rientra nella discrezionalità dell'Amministrazione aggiudicatrice di fissare requisiti di partecipazione ad una singola gara anche molto rigorosi e superiori a quelli previsti dalla legge. Il che in punto di adeguatezza corrisponde a un corretto uso del principio di proporzionalità nell'azione amministrativa: le credenziali e le qualificazioni pregresse debbono infatti – ai fini dell'efficiente risultato del contratto e dunque dell'interesse alla buona amministrazione mediante una tale esternalizzazione – essere attentamente congrue rispetto all'oggetto del contratto. Sicché tanto più questo è particolare, tanto più il livello dei requisiti da richiedere in concreto deve essere particolare. Errerebbe l'amministrazione pubblica che, non facendosi carico di un tale criterio di corrispondenza, aprisse incautamente la via dell'aggiudicazione a chi non dimostri inerenti particolari esperienze e capacità. Naturalmente, sempre in ragione del criterio dell'adeguatezza, stavolta congiunto a quello della necessità, tali particolari requisiti vanno parametrati all'oggetto complessivo del contratto di appalto ed essere riferiti alle sue specifiche peculiarità, al fine di valutarne la corrispondenza effettiva e concreta alla gara medesima, specie con riferimento a quei requisiti che esprimono la capacità tecnica dei concorrenti.

TAR EMILIA ROMAGNA – PARMA, SEZ. I – sentenza 5 gennaio 2017 n. 7

Sul diniego di iscrizione alla white list

E' legittimo il provvedimento con il quale la Prefettura ha respinto la richiesta presentata ai sensi dell'art. 5 bis legge n. 122/2012 da una società a responsabilità limitata di iscrizione nell'elenco dei fornitori, dei prestatori di servizi e degli esecutori di lavori non soggetti a rischio di inquinamento mafioso (c.d. "white list") della Prefettura, facendo riferimento ai legami familiari tra i due soci della predetta società e gli amministratori di altre società operanti nello stesso settore, già raggiunte da interdittive antimafia, per rischio di infiltrazioni mafiose.

TAR CAMPANIA – SALERNO, SEZ. I – sentenza 5 gennaio 2017 n. 34

Sull'obbligo di indicare gli oneri di sicurezza aziendali e sui limiti al soccorso istruttorio

1. L'indicazione degli oneri per la sicurezza costituisce un elemento essenziale dell'offerta, ai sensi dell'art. 95, comma 10, d.l.vo n. 50 del 2016, secondo cui "nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro". In base a tale disposizione, quindi, nelle gare d'appalto il concorrente che non abbia indicato nell'offerta gli oneri di sicurezza aziendale deve essere escluso, dovendo tali oneri essere necessariamente specificati; né per supplire a tale omissione è possibile far ricorso all'istituto del soccorso istruttorio.

2. E' illegittima, per violazione dell'art. 95, co. 10, l'aggiudicazione di una gara ad una ditta che ha omesso di indicare, nell'offerta economica, gli oneri per la sicurezza, a nulla rilevando la circostanza che il bando accorpa gli oneri di sicurezza da cd. interferenza e quelli cd. aziendali, senza consentire ai concorrenti di individuare, univocamente ed agevolmente, la quota riferibile agli uni e agli altri.

TAR ABRUZZO – PESCARA, SEZ. I – sentenza 5 gennaio 2017 n. 16

Sulle modalità di conservazione dei plichi

Sono legittime le operazioni di una gara ove, pur non indicando specificamente, nei verbali, le modalità di conservazione delle offerte e dei documenti allegati, la Commissione, dopo aver siglato il contenuto di tutti i plichi di gara, abbia dato mandato alla segreteria di custodire i plichi in apposito armadio dotato di serratura nella disponibilità della stazione appaltante, in piena conformità a quanto prescritto dal disciplinare di gara, e ciò risulti comprovato. Invero, nelle gare pubbliche la mancanza di disposizioni puntuali in ordine alle modalità di conservazione dei plichi tra una seduta e l'altra della commissione giudicatrice, la mancata indicazione nei verbali di operazioni singolarmente svolte, quali l'identificazione del soggetto responsabile della custodia dei plichi, il luogo di custodia degli stessi e le misure atte a garantirne l'integrale conservazione, non costituiscono causa d'illegittimità del procedimento, salvo che non sia provato o siano quanto meno forniti indizi che la documentazione di gara sia stata effettivamente manipolata negli intervalli tra un'operazione e l'altra.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 9 gennaio 2017 n. 31

Sui presupposti per la previsione di requisiti di partecipazione più rigorosi

I bandi di gara possono prevedere requisiti di capacità particolarmente rigorosi, purché non siano discriminanti e abnormi rispetto alle regole proprie del settore, giacché rientra nella discrezionalità dell'Amministrazione aggiudicatrice di fissare requisiti di partecipazione ad una singola gara anche molto rigorosi e superiori a quelli previsti dalla legge. Il che in punto di adeguatezza corrisponde a un corretto uso del principio di proporzionalità nell'azione amministrativa: le credenziali e le qualificazioni pregresse debbono infatti essere attentamente congrue rispetto all'oggetto del contratto. Sicché tanto più questo è particolare, tanto più il livello dei requisiti da richiedere in concreto deve essere particolare. Errerebbe l'amministrazione pubblica che, non facendosi carico di un tale criterio di corrispondenza, aprisse incautamente la via dell'aggiudicazione a chi non dimostri inerenti particolari esperienze e capacità.

Sempre in ragione del criterio dell'adeguatezza, stavolta congiunto a quello della necessità, tali particolari requisiti vanno parametrati all'oggetto complessivo del contratto di appalto ed essere riferiti

alle sue specifiche peculiarità, al fine di valutarne la corrispondenza effettiva e concreta alla gara medesima, specie con riferimento a quei requisiti che esprimono la capacità tecnica dei concorrenti.

TAR ABRUZZO – PESCARA, SEZ. I – sentenza 9 gennaio 2017 n. 21

Sull'esclusione della ditta per conflitto di interesse

1. L'art. 42, comma 2, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, nel prevedere che costituiscono situazione di conflitto di interesse quelle che determinano "l'obbligo di astensione previste dall'articolo 7 del decreto del Presidente della Repubblica 16 aprile 2013, 62.", nel fare riferimento all'art. 7 citato, opera un rinvio ampliativo ed esemplificativo e non limitativo, come si evince dall'uso della locuzione "in particolare"; l'articolo 42 cit. si riferisce quindi al personale ma in senso lato, cioè non solo a soggetti titolari di un contratto di lavoro dipendente con gli enti coinvolti, ma anche, a maggior ragione, a coloro i quali, rivestendo una influente posizione sociale o di gestione amministrativa, hanno giocoforza un maggior "interesse finanziario, economico o altro interesse personale".

2. Va disposta l'esclusione da una gara di appalto di una società nel caso in cui risulti che un membro su tre del consiglio di amministrazione sia comune sia al Broker che ha curato la predisposizione degli atti di gara sia ad una società agente della società vincitrice (il cui amministratore, peraltro, è stato delegato società a rappresentarla nelle fasi pubbliche di gara). Invero, l'obbligo di astensione, da un punto di vista del diritto amministrativo, è posto a tutela di un pericolo astratto e presunto che non richiede la dimostrazione, volta per volta, del vantaggio conseguito con l'omessa astensione; onde tale conflitto d'interessi ha reso illegittima la partecipazione della società in questione, con conseguente obbligo di esclusione della medesima ai sensi dell'articolo 80, comma 5, lett. d), del codice dei contratti pubblici.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 9 gennaio 2017 n. 31

Sull'ammissibilità di una previsione recante un punteggio minimo di sbarramento

La stazione appaltante, per le gare da aggiudicare con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ben può richiedere, in considerazione della peculiarità del bene o del servizio richiesto, che l'offerente ottenga un punteggio complessivo minimo superiore alla mera sufficienza, non ravvisandosi in tale scelta, insindacabile se non per macroscopici errori o travisamenti fattuali, alcun indice di irragionevolezza o illogicità (alla stregua del principio nella specie è stata ritenuta legittima una soglia di sbarramento per ciascuno dei sottocriteri pari al 60% del punteggio massimo conseguibile per ciascuno di tali sottocriteri).

Il requisito enunciato dall'art. 84, comma 2, del d.lgs. n. 163 del 2006 dell'esperienza «nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto» deve essere inteso in modo coerente con la poliedricità delle competenze spesso richieste in relazione alla complessiva prestazione da affidare, non solo tenendo conto, secondo un approccio formale e atomistico, delle strette professionalità tecnico-settoriali implicate dagli specifici criteri di valutazione, la cui applicazione sia prevista dalla *lex specialis*, ma considerando, secondo un approccio di natura sistematica e contestualizzata, anche le professionalità occorrenti a valutare sia le esigenze dell'Amministrazione, alla quale quei criteri siano funzionalmente preordinati, sia i concreti aspetti gestionali ed organizzativi sui quali gli stessi siano destinati ad incidere.

Non è necessario – ai sensi dell’art. 84, comma 2, del d. lgs. n. 163 del 2006 – che l’esperienza professionale di ciascun componente della commissione aggiudicatrice copra tutti gli aspetti oggetto della gara, potendosi le professionalità dei vari membri integrare reciprocamente, in modo da completare ed arricchire il patrimonio di cognizioni della commissione, purché idoneo, nel suo insieme, ad esprimere le necessarie valutazioni di natura complessa, composita ed eterogenea.

TAR LOMBARDIA – MILANO, SEZ. IV – sentenza 9 gennaio 2017 n. 26

Sulla formula matematica per la valutazione dell’offerta

Non può ritenersi illegittima l’aggiudicazione di una gara di appalto per il solo fatto che, ai fini della valutazione delle offerte, la stazione appaltante abbia utilizzato una formula matematica diversa da quelle espressamente previste dall’allegato P del D.P.R. 207/2010; infatti, la formula matematica da utilizzare per la valutazione dell’offerta economica può essere scelta dall’Amministrazione con ampia discrezionalità, con possibilità di modificare od integrare pure la formula proposta dalla normativa vigente, purché sia tale da rendere possibile l’attribuzione dell’intero margine dei punteggi.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 9 gennaio 2017 n. 30

Sugli oneri di sicurezza aziendali nel precedente codice

Conformemente a quanto affermato dall’Adunanza Plenaria, deve ritenersi che, per le gare anteriori all’entrata in vigore del d.lgs. n. 50 del 2016, nelle ipotesi in cui l’obbligo di indicazione dei costi della sicurezza aziendale non sia stato specificato nella legge di gara e non sia contestato, dal punto di vista sostanziale, che l’offerta rispetti i costi minimi della sicurezza aziendale, l’esclusione del concorrente non possa essere disposta se non dopo che lo stesso sia stato invitato a regolarizzare l’offerta della stazione appaltante nel doveroso esercizio dei poteri del soccorso istruttorio.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 10 gennaio 2017 n. 42

Sulla differenza tra proposte migliorative e varianti

In sede di gara per l’aggiudicazione di un contratto pubblico, le soluzioni migliorative si differenziano dalle varianti perché le prime possono liberamente esplicitarsi in tutti gli aspetti tecnici lasciati aperti a diverse soluzioni sulla base del progetto posto a base di gara ed oggetto di valutazione dal punto di vista tecnico, rimanendo comunque preclusa la modificabilità delle caratteristiche progettuali già stabilite dall’Amministrazione; le seconde, invece, si sostanziano in modifiche del progetto dal punto di vista tipologico, strutturale e funzionale, per la cui ammissibilità è necessaria una previa manifestazione di volontà della stazione appaltante, mediante preventiva previsione contenuta nel bando di gara e l’individuazione dei relativi requisiti minimi che segnano i limiti entro i quali l’opera proposta dal concorrente costituisce un *aliud* rispetto a quella prefigurata dalla pubblica amministrazione. In definitiva, sono considerate proposte migliorative in una gara d’appalto tutte le precisazioni, integrazioni e migliorie che attuate allo scopo di rendere il progetto prescelto meglio corrispondente e rispondente alle esigenze proprie della stazione appaltante, a condizione che non vengano modificati ed alterati i caratteri essenziali delle prestazioni richieste, in quanto ciò implicherebbe una totale divergenza e un radicale discostamento dall’oggetto della gara stessa.

TAR CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. IV – sentenza 10 gennaio 2017 n. 237

Sugli oneri di sicurezza aziendali

L'articolo 95, comma 10, del d. lgs. n. 50/2016 stabilisce che nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro. Si tratta di disposizione che configura un ineludibile obbligo legale da assolvere necessariamente già in sede di predisposizione dell'offerta economica (così TAR Salerno, 6 luglio 2016, n. 1604) proprio al fine di garantire la massima trasparenza dell'offerta economica nelle sue varie componenti, evitando che la stessa possa essere modificata ex post nelle sue componenti di costo, in sede di verifica dell'anomalia, con possibile alterazione dei costi della sicurezza al fine di rendere sostenibili e quindi giustificabili le voci di costo riferite alla fornitura del servizio o del bene.

Tuttavia non può essere obliterata la recente ordinanza della Corte di Giustizia, VI, 10 novembre 2016, la quale ha affermato che il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza, come attuati dalla direttiva 2004/18, devono essere interpretati nel senso che ostano alla esclusione di un offerente dalla procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico a seguito di inosservanza, da parte di detto offerente, dell'obbligo di indicare separatamente nell'offerta i costi aziendali per la sicurezza sul lavoro, obbligo il cui mancato rispetto è sanzionato con l'esclusione dalla gara e che non risulta espressamente dai documenti di gara o dalla normativa nazionale bensì emerge da una interpretazione di tale normativa e dal meccanismo diretto a colmare, con l'intervento del giudice nazionale di ultima istanza, le lacune presenti in tali documenti. Nel caso di specie nei documenti di gara non è stato previsto l'obbligo di indicare separatamente, nell'offerta economica, i costi di sicurezza aziendale, obbligo che è previsto, ma non a pena di esclusione, dal richiamato art. 95; di contro nel modello facsimile dell'offerta economica non vi è l'inserimento di un campo funzionale ad acquisire tale informazione. L'affidamento creato dalla stazione appaltante, mediante la predisposizione dei modelli (da osservare a pena di esclusione), renderebbe ingiustificata l'esclusione delle altre concorrenti dalla procedura di gara.

TAR PIEMONTE, SEZ. II – sentenza 12 gennaio 2017 n. 58

Sull'accesso alla fase esecutiva dell'appalto

E' legittimo il diniego opposto dalla P.A. in ordine ad una istanza ostensiva avanzata dalla ditta seconda classificatasi nella graduatoria di una gara di appalto, tendente ad ottenere copia della documentazione relativa alla fase esecutiva del contratto di appalto stipulato a seguito dell'aggiudicazione, e, in particolare, alle quietanze dei bonifici effettuati dall'aggiudicataria ed ai flussi informatici, nel caso in cui la ditta accedente non abbia impugnato l'aggiudicazione; infatti, la richiesta di documenti contabili attinenti alla fase esecutiva dell'appalto, per verificare eventuali inadempienze ai fini della risoluzione e del successivo interpello, non presenta la connotazione dell'interesse attuale e concreto ai fini dell'accesso.

TAR PUGLIA – BARI, SEZ. I – sentenza 12 gennaio 2017 n. 17

Sulla non rilevanza dell'omessa sottoscrizione di una pagina dell'offerta

In linea generale, ai sensi dell'art. 46, comma 1 bis, del d.lgs. n. 163 del 2006, possono essere escluse solo le offerte per le quali sussiste l'incertezza assoluta sul loro contenuto e sulla loro provenienza. Pertanto, alla luce del suddetto principio e di quello di generale sanabilità delle irregolarità ex artt. 38, comma 2 bis e 46, comma 1 ter d. lgs. n. 163 del 2006, la mancanza di una singola sottoscrizione (i.e. in relazione ad una sola pagina) del rappresentante di una sola ditta, su centinaia di pagine regolarmente sottoscritte da tutti i soggetti obbligati, non può comportare l'esclusione di un intero raggruppamento.

TRGA, SEZ. TRENTO – sentenza 13 gennaio 2017 n. 8

Sulle necessaria persistenza dei requisiti di partecipazione

Il possesso dei requisiti di partecipazione ad una procedura ad evidenza pubblica si impone a partire dall'atto di presentazione della domanda di partecipazione e in ogni successiva fase della procedura di evidenza pubblica nonché per tutta la durata dell'appalto senza soluzione di continuità; e ciò al fine di assicurare alla stazione appaltante di contrarre con un soggetto affidabile in quanto provvisto di tutti i requisiti necessari.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 12 gennaio 2017 n. 52

Sulla peculiarità della gara divisa in lotti e sull'avvalimento infragruppo

1. Nel caso in cui la *lex specialis* di una gara di appalto preveda la possibilità di aggiudicare autonomamente i singoli lotti, non si è in presenza di una gara unitaria, poiché in tal caso le singole procedure di aggiudicazione sono dirette a tanti contratti di appalto quanti sono i lotti. Il carattere non unitario della gara suddivisa in più lotti comporta che il bando di gara si configura quale "atto ad oggetto plurimo", nel senso che contiene le disposizioni per lo svolgimento non di un'unica gara finalizzata all'affidamento di un unico contratto, bensì quelle per l'indizione e la realizzazione di tante gare contestuali quanti sono i lotti cui sono connessi i contratti da aggiudicare e che gli atti di gara relativi al contenuto dei contratti da aggiudicare devono essere necessariamente differenziati per ciascun lotto e devono essere tanti quanti sono i contratti da aggiudicare.

2. Nel caso di gara di appalto suddivisa in più lotti, il divieto per il singolo concorrente di partecipazione plurima deve essere riferito al singolo lotto e non può valere per l'intera procedura, con la conseguenza che ciascun partecipante può concorrere all'aggiudicazione di tutti i lotti banditi o di solo alcuni di questi.

3. Nel caso in cui la gara di appalto risulti suddivisa in lotti riguardanti servizi diversi, autonomamente disciplinati, non può trovare applicazione l'art. 49, comma 8, d.lgs. n. 163 del 2006, laddove diverse siano le prestazioni oggetto dei vari lotti e diversi siano i requisiti di partecipazione richiesti; pertanto, deve ritenersi possibile, per due ditte concorrenti che partecipano a due lotti distinti di una medesima gara, avvalersi della medesima impresa ausiliaria purché si tratti di lotti dotati di autonomia funzionale, anche se appartenenti ad una stessa gara, e l'impresa ausiliaria possieda i requisiti di partecipazione richiesti per ciascun lotto dal bando.

4. Nel caso di avvalimento infragruppo, è da ritenere sufficiente la produzione della dichiarazione sostitutiva attestante il legame giuridico ed economico esistente nel gruppo ex art. 49, comma 2, lett. g), d.lgs. n. 163 del 2006, che accorda un regime probatorio e documentale semplificato in favore delle

imprese appartenenti al medesimo gruppo societario; infatti, non sussiste l'obbligo di stipulare con l'impresa appartenente allo stesso gruppo un contratto di avvalimento, con il quale l'impresa ausiliaria si obbliga a mettere a disposizione del concorrente le risorse necessarie per tutta la durata del contratto, essendo sufficiente, in base alla disposizione di cui all'art. 49, co. 2, lett. g), d.lgs. n. 163 del 2006 una dichiarazione unilaterale attestante il legame giuridico ed economico esistente nel gruppo.

TAR Abruzzo, L'Aquila, I sez., 13 gennaio 2017, n. 30

Sull'applicabilità del criterio del prezzo più basso anche in caso di contratti ad elevata

Ai sensi dell'art. 95, commi 2, 3 e 4, d.lgs. 18 aprile 2006, n. 50, legittimamente la stazione appaltante fa ricorso al criterio del minor prezzo per affidare un appalto sotto soglia comunitaria (nella specie, relativo al servizio di vigilanza antincendio dei presidi ospedalieri di una Azienda sanitaria) che, pur relativo a servizio ad elevata manodopera, ha per oggetto una prestazione fortemente ripetitiva.

Il Tar, in ordine al rapporto tra le prescrizioni dei commi 3 e 4 dell'art. 95, d.lgs. n. 50 del 2006, che esse si trovano in rapporto di complementarietà. In un sistema in cui il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa è quello che la Stazione appaltante deve di regola seguire, il comma 3 stabilisce i casi in cui gli appalti "sono aggiudicati esclusivamente sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa". Si tratta, tra l'altro, dei contratti relativi a "servizi ad alta intensità di manodopera, come definiti all'art. 50, comma 1". Il successivo comma 4, però, prevede una deroga al sistema delineato dai commi 2 e 3 dell'art. 95 citato, ammettendo il criterio del minor prezzo, tra l'altro, per l'affidamento di "servizi e forniture di importo inferiore alla soglia di cui all'art. 35, caratterizzati da elevata ripetitività, fatta eccezione per quelli di notevole contenuto tecnologico o che hanno un carattere innovativo". Insomma, qualora l'appalto rientri in uno dei casi di cui al comma 4 del citato art. 95 è aggiudicabile con il criterio del massimo ribasso. Se poi l'appalto presenta, come nel caso di specie, entrambe le caratteristiche, nel senso che, in forza del suo oggetto, rientra tanto nell'ambito di applicazione del comma 3, tanto nell'ambito di applicazione del comma 4, la previsione di esclusività del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa cede il passo alla possibilità di aggiudicare l'appalto al massimo ribasso.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 16 gennaio 2017 n. 92

Sulla non doverosità della sanzione in caso di mancato soccorso istruttorio

Deve ritenersi che l'art. 83, comma 9, del d.lgs. 18 aprile 2006 n. 50 (secondo cui "la sanzione è dovuta esclusivamente in caso di regolarizzazione") abbia natura interpretativa e non innovativa e che, pertanto, la disciplina previgente (art. 38 comma 2 *bis* e 46 comma 1 *ter* del d.lgs. 12 aprile n. 163) vada interpretata nel senso di ritenere applicabile la sanzione solo nel caso in cui la ditta interessata abbia interesse alla regolarizzazione (alla stregua del principio nella specie è stato ritenuto illegittimo il provvedimento con il quale la stazione appaltante aveva applicato la sanzione prevista per la regolarizzazione, nonostante che la ditta interessata avesse informato la stazione appaltante stessa che non intendeva avvalersi della procedura sanante prevista dall'art. 38, comma 2 *bis*).

TAR LAZIO – ROMA, SEZ. II – sentenza 16 gennaio 2017 n. 725

Sulla partecipazione a gara di due imprese facenti parte dello stesso Consorzio

E' illegittimo il provvedimento con il quale è stata disposta l'esclusione da una gara di appalto di una impresa per la contemporanea partecipazione alla stessa gara di altra impresa facente parte del medesimo Consorzio di imprese, ritenendo che sussisteva, per ciò stesso, una situazione di collegamento sostanziale tra le imprese appartenenti allo stesso Consorzio, atteso che tale situazione di per sé sola non può comprovare l'imputabilità delle offerte ad un unico centro decisionale.

CORTE DEI CONTI, SEZ. GIUR. REGIONE LAZIO – sentenza del 16 gennaio 2017 n. 16

Sulla responsabilità amministrativa e contabile in caso di perdita di finanziamenti comunitari

1. L'uso dei fondi europei è disciplinato da un rigoroso e complesso quadro regolamentare che, in applicazione del principio della sana gestione finanziaria, sottopone tutti i progetti finanziati a un diversificato sistema di gestione e controllo delle spese, al fine di garantire il corretto utilizzo delle risorse, con la conseguenza che la mancata rendicontazione nei termini di legge di somme riconosciute ed assegnate a un Comune costituisce una fonte autonoma di danno

2. La revoca di un contributo comunitario riconosciuto a un ente locale, poi revocato per la mancata rendicontazione delle spese comporta la perdita di un'opportunità per l'ente locale di avere un sostegno importante per la realizzazione di opere pubbliche, con un evidente ritorno negativo, sia per il bilancio dell'ente locale che per l'economia nazionale, stante la parametrizzazione della riduzione dei contributi ottenibili, proprio sul mancato o cattivo utilizzo degli stessi, che determina un dirottamento delle risorse verso altri paesi dell'Unione.

3. Sussiste l'elemento psicologico della colpa grave nella perdita di un finanziamento pubblico comunitario in capo agli amministratori che non hanno tenuto in alcun conto l'obbligo di rendicontazione del denaro loro concesso per il raggiungimento di scopi pubblici e nessuna rilevanza può essere attribuita alla osservazione, circa il fatto che il denaro è pubblico e, pertanto, è irrilevante se lo stesso sia andato nel bilancio della regione, del comune o europeo, in quanto si tratterebbe di soggetti pubblici che rispetto al denaro pubblico non possono essere in gara tra loro.

4. Il sistema della concessione dei contributi comunitari, proprio perché improntato alla realizzazione di obiettivi ben individuati, risponde a regole che non possono essere trasgredite in totale leggerezza, in nome di una qualificazione di tutto il denaro come genericamente pubblico, perché il legislatore fissa le regole affinché il denaro, proprio perché pubblico, riesca a raggiungere degli obiettivi utili per la collettività amministrata e non si può certo genericamente fare appello al fatto che – comunque – le somme rimangano in un qualche bilancio pubblico, per essere esenti dalle responsabilità conseguenti alla totale mancanza di utilizzo e quindi di rendicontazione, perché tale condotta è totalmente fuori anche dai principi generali dell'ordinamento, primo fra tutti quello del buon andamento dell'Amministrazione.

La sentenza pone in evidenza che il nostro Paese, in conseguenza di condotte come quelle oggetto del giudizio, perde delle opportunità rilevanti di sostegno e di finanziamento europeo. Per questo motivo la sentenza si presenta particolarmente interessante, dal momento che la perdita di finanziamenti pubblici comunitari è un problema nazionale che molti governi dicono di voler risolvere, ma ad oggi soluzioni ancora non si vedono.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 18 gennaio 2017 n. 184

Sul requisito della regolarità fiscale e sulla decadenza della rateizzazione

1. E' legittima l'esclusione da una gara di appalto di una r.t.i. nel caso in cui risulti che, dopo l'aggiudicazione provvisoria, una impresa facente parte della r.t.i. stessa non era in regola con il pagamento delle tasse, per effetto del mancato tempestivo pagamento dei ratei, il quale ha comportato – ai sensi dell'art. 3 *bis*, comma 4, d.lgs. n. 462/1997 – la decadenza dal beneficio della rateizzazione di un debito tributario che già al momento della presentazione dell'offerta era oggetto del procedimento di riscossione; né, d'altra parte, rileva il ricorso tributario proposto avverso le cartelle esattoriali notificate alla impresa per l'omesso tempestivo pagamento dei ratei, in quanto deducete vizi propri del solo procedimento esattivo, che non incide sulla definitività dell'obbligazione tributaria a monte, già certa, liquida ed esigibile.

2. Nel campo delle gare di appalto non può trovare ingresso una categoria di “violazione tributaria transitoria” che, insussistente al momento di presentazione dell'offerta, semmai rilevarebbe sub specie d'irregolarità *ex art. 38 lett. g) d.lgs. n. 163/2006*, ove concretantesi successivamente, solo al tempo dell'aggiudicazione del contratto. Infatti, la regolarità fiscale, nell'economia del bando di gara mutuante la disciplina normativa, è un requisito necessario di partecipazione che deve essere posseduto dall'impresa partecipante alla procedura non solo al momento di scadenza del termine di presentazione dell'offerta, ma per tutto l'arco temporale in cui s'articola il procedimento di gara; né è possibile procedere ad una regolarizzazione postuma in corso di gara, la quale pregiudicherebbe la *par condicio*.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 18 gennaio 2017 n. 207

Sulla revoca del project financing e sui presupposti per la responsabilità precontrattuale

1. In tema di *project financing* deve ritenersi che, anche una volta dichiarata di pubblico interesse una proposta di realizzazione di lavori pubblici ed individuato quindi il promotore privato, l'Amministrazione non è tenuta a dare corso alla procedura di gara per l'affidamento della relativa concessione, posto che: a) tale scelta costituisce una tipica e prevalente manifestazione di discrezionalità amministrativa nella quale sono implicate ampie valutazioni in ordine all'effettiva esistenza di un interesse pubblico alla realizzazione dell'opera, tali da non potere essere rese coercibili nell'ambito del giudizio di legittimità che si svolge in sede giurisdizionale amministrativa; b) la posizione di vantaggio acquisita per effetto della dichiarazione di pubblico interesse si esplica solo all'interno della gara, una volta che la decisione di affidare la concessione sia stata assunta.

2. Nella procedura di finanza di progetto, dopo la dichiarazione di pubblico interesse dell'opera non si è costituito un distinto, speciale ed autonomo rapporto precontrattuale, interessato dalla responsabilità precontrattuale, a che l'amministrazione dia poi comunque corso alla procedura di finanza di progetto. La valutazione amministrativa della perdurante attualità dell'interesse pubblico alla realizzazione dell'opera continua a essere immanente. Si tratta infatti di considerare, sino all'affidamento, l'attualità e la convenienza della realizzazione, senza condizionamenti neanche da eventuali previ e informali contatti, finalizzati all'elaborazione delle «proposte relative alla realizzazione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità» da parte del promotore (art. 153 d.lgs. n. 163 del 2006). Ne consegue ancora che in detta elaborazione e conseguente presentazione di progetto e accessori vi è, da parte del promotore, un'assunzione consapevole di rischio a che quanto proposto non venga poi stimato conforme all'interesse pubblico e dunque davvero da realizzare.

3. Nel caso di revoca della procedura di finanza di progetto, la P.A. non può essere condannata a risarcire il danno nemmeno per responsabilità precontrattuale, atteso che nessuna violazione del dovere di correttezza negoziale è dato di ravvisare nel comportamento dell'Amministrazione nel caso in cui non abbia mai dato luogo al minimo affidamento sul consolidamento di una posizione precontrattuale riconducibile a quella tipica del promotore.

TAR LAZIO – ROMA, SEZ. I TER – sentenza 18 gennaio 2017 n. 878

Sulla decorrenza del termine di impugnazione

1. L'art. 120, comma 2 bis, c.p.a. è categorico nell'individuare il *dies a quo* per l'impugnativa dell'ammissione di una ditta ad una gara di appalto nel giorno della pubblicazione dell'ammissione alla gara "sul profilo del committente della stazione appaltante, ai sensi dell'articolo 29, comma 1, del codice dei contratti pubblici", a nulla rilevando che alla seduta di ammissione era presente un rappresentante della ditta che poi ha proposto ricorso.

2. Ai sensi dell'art. 52, comma 3, c.p.a., "se il giorno di scadenza è festivo il termine fissato dalla legge o dal giudice per l'adempimento è prorogato di diritto al primo giorno seguente non festivo" e, in base al comma 5 della medesima disposizione, "la proroga di cui al comma 3 si applica anche ai termini che scadono nella giornata del sabato".

Sull'insanabilità (anche con il soccorso istruttorio) di una cauzione provvisoria carente

3. Dall'art. 93 del d.lgs. n. 50/2016 – il quale stabilisce, al comma 1, che "l'offerta è corredata da una garanzia fideiussoria, denominata garanzia provvisoria" e che, "in caso di partecipazione alla gara di un raggruppamento temporaneo di imprese, la garanzia fideiussoria deve riguardare tutte le imprese del raggruppamento medesimo" – si desume che rispetto all'impegno del fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, è posto, in capo alle ditte partecipanti alle gare per l'aggiudicazione dei contratti pubblici, un preciso obbligo, a pena di esclusione; esso deve riguardare tutte le imprese del Raggruppamento, non essendo, perciò, sufficiente che si riferisca solo alla prestazione di una di tali imprese.

4. Nel caso in cui sia stata prodotta una polizza fideiussoria nell'interesse esclusivamente di una sola ditta facente parte di una r.t.i., trattandosi di elemento richiesto a pena di esclusione, non è possibile attivare il soccorso istruttorio; infatti l'art. 83 del nuovo codice dei contratti pubblici lo prevede solo per "le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda", tale non potendosi qualificare quella in questione.

Sull'inapplicabilità di alcuni dei criteri previsti per l'anomalia in caso di sole due offerte in gara

5. In sede di gara pubblica da aggiudicare con il sistema del prezzo più basso, ai fini della verifica dell'anomalia dell'offerta, se le offerte sono solo due, si deve estrarre il metodo indicato sub c) (media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, incrementata del 20 per cento) del comma 2 dell'art. 97, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 o sub d) dello stesso comma (media aritmetica dei ribassi in termini assoluti di tutte le offerte ammesse, decurtata del 20 per cento), non trovando invece applicazione quanto previsto alla lett. e) del citato comma 2 (media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del dieci per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso, incrementata dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media, moltiplicato per un coefficiente sorteggiato dalla commissione giudicatrice all'atto del suo insediamento tra i seguenti valori: 0,6; 0,8; 1; 1,2; 1,4).

CGA, SEZ. GIURISDIZIONALE – sentenza 18 gennaio 2017 n. 23

Sull'inammissibilità del soccorso istruttorio in caso di offerta non chiara e ambigua

1. Nelle gare di appalto, un'offerta formulata in modo impreciso (o vago, sommario, generico) non può che essere considerata inidonea – siccome affetta da un vizio che la rende inefficace (se non addirittura radicalmente invalida) – ad adempiere alla sua funzione.
2. Il “soccorso istruttorio” non può essere utilizzato per “correggere” (*ex post*) le ambiguità scaturenti da un'offerta formulata in modo impreciso; diversamente opinando si finirebbe con il consentire al concorrente che ha formulato l'offerta ambigua, di correggere (o rettificare) la sua azione propositiva a gara già avviata, conformandola utilmente al raggiungimento del risultato; il che finirebbe con l'alterare la par condicio dei concorrenti.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 19 gennaio 2017 n. 223

Sulla possibilità di correzione di errori materiali nell'offerta

1. Le offerte presentate in una procedura di affidamento di contratti pubblici devono essere interpretate al fine di ricercare l'effettiva volontà dell'impresa partecipante alla gara, anche superandone le eventuali ambiguità, a condizione di giungere ad esiti certi circa la portata dell'impegno negoziale assunto con tali offerte. In base a tale principio in particolare deve ritenersi che la commissione possa in ipotesi anche rettificare errori materiali di calcolo, mentre le è precluso qualsiasi intervento manipolativo sulle offerte.
2. L'indicazione nell'offerta presentata di oneri interni per la sicurezza pari a zero non comporta l'esclusione della concorrente per motivi di ordine formale, ed in particolare per violazione dell'art. 87, comma 4, del d.lgs. n. 163 del 2006. Infatti, allorché un importo a questo titolo sia indicato, e sebbene questa indicazione sia di ordine negativo, nel senso che nessuna spesa la concorrente sosterebbe per questa voce, ogni questione di verifica del rispetto dei doveri concernenti la salute e sicurezza sul lavoro si sposta dal versante dichiarativo a quello sostanziale, concernente la congruità di una simile quantificazione.

TAR SICILIA – CATANIA, SEZ. IV – sentenza 20 gennaio 2017 n. 122

Sul contenuto del contratto di avvalimento

1. Ai fini della determinazione del contenuto necessario per il contratto di avvalimento nelle gare di appalto occorre distinguere fra requisiti generali (requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico-organizzativo) e risorse; soltanto per queste ultime, infatti, si giustifica l'esigenza di una messa “a disposizione” in modo specifico, con la conseguenza che il contratto di avvalimento dovrà per ciò stesso essere ad oggetto necessariamente determinato, piuttosto che semplicemente determinabile.
2. Ai fini della determinazione del contenuto del contratto di avvalimento nelle gare di appalto, poiché non sono ancora entrati in vigore i “pertinenti atti attuativi”, previsti dall'art. 217, comma 1, lett. u) n. 1, del nuovo codice dei contratti – “atti attuativi” ai quali è subordinata la cedevolezza delle

disposizioni del regolamento al previgente codice dei contratti, approvato con d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 – deve a tutt’oggi ritenersi in vigore la previsione del comma 1 dell’art. 88 del regolamento, secondo cui il contratto di avvalimento “deve riportare in modo compiuto, esplicito ed esauriente: a) oggetto: le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico”.

TAR LAZIO – ROMA, SEZ. II BIS – sentenza 20 gennaio 2017 n. 1034

Sull’illegittimità dell’esclusione automatica dell’offerta anomala

E’ illegittima l’esclusione di una ditta da una gara di appalto da aggiudicare secondo il criterio del prezzo più basso, motivata con riferimento al fatto che l’eccessivo ribasso operato dalla ditta stessa è idoneo a determinare l’anomalia dell’offerta, nel caso in cui: a) la *lex specialis* non preveda espressamente la possibilità di fare ricorso all’esclusione automatica ex art. 97 comma 8 del d.lgs. n. 50 del 2016; b) la Stazione appaltante abbia omesso lo svolgimento del sub-procedimento di valutazione della congruità dell’offerta ritenuta anormalmente bassa.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 23 gennaio 2017 n. 260

Sul giudizio di anomalia dell’offerta

Nel sub-procedimento di verifica delle offerte sospettate di essere anomale, il giudizio di anomalia non può fondarsi sul (solo) costo orario del personale, senza considerare l’importo complessivo dell’offerta, che, viceversa, è il reale oggetto della verifica di congruità. Infatti, l’affidabilità e l’attendibilità complessiva dell’offerta scrutinata in diretta relazione della corretta esecuzione del contratto scaturenti da una valutazione congetturale, non già l’eventuale inesattezza di una singola posta o voce economica quale giudizio di mero fatto, è il parametro di riferimento cui obbedisce il procedimento di verifica come concepito dagli artt. 87 e 88 del d.lgs. n. 163/2006 e conformato dalla giurisprudenza pressoché univoca.

MINISTERO DELLE INFRASTRUTTURE E DEI TRASPORTI – decreto 2 dicembre 2016 (in G.U. n. 20 del **25 gennaio 2017**) – Definizione degli indirizzi generali di pubblicazione degli avvisi e dei bandi di gara, di cui agli articoli 70, 71 e 98 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50.

TAR EMILIA ROMAGNA – BOLOGNA, SEZ. II – sentenza 23 gennaio 2017 n. 39

Sulla partecipazione alle gara delle Associazioni di volontariato

Le associazioni di volontariato possono partecipare alle gare per l’affidamento di pubblici servizi nei casi in cui l’attività oggetto di gara sia funzionale allo scopo associativo dell’ente e compatibile con la disciplina statutaria di esso; infatti, anche le associazioni di volontariato, quali soggetti autorizzati dall’ordinamento a prestare servizi e a svolgere, quindi, attività economiche, ancorché senza scopi di lucro, rientrano nel novero dei soggetti ai quali possono essere affidati i contratti pubblici, dovendosi escludere il carattere tassativo dell’elenco contenuto nell’art. 34 del d.lgs. n. 163 del 2006.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 26 gennaio 2017 n. 319

Sull’informativa antimafia

1. Nell’ipotesi in cui non vengano impugnati, unitamente all’informativa antimafia, atti inerenti alla procedura di gara, di cui all’art. 119, comma 1, lett. a), c.p.a., ma solo il recesso dal contratto di appalto e gli atti consequenziali, non si applica il termine dimezzato di 30 giorni previsto dall’art. 120, comma 5, del cod. proc. amm., ma quello ordinario di 60 giorni, atteso che in tal caso non sussiste l’interesse pubblico specifico alla sollecita definizione delle relative controversie, sotteso alla disposizione che dimezza i termini processuali.

2. La deliberazione della P.A. di recedere dal contratto di appalto, consequenziale all’informativa prefettizia di infiltrazioni mafiose nell’impresa appaltatrice, è espressione di un potere di valutazione di natura pubblicistica, diretto a soddisfare l’esigenza di evitare la costituzione o il mantenimento di rapporti contrattuali, fra i soggetti indicati nell’art. 1 del medesimo d.P.R. e le imprese, nei cui confronti emergano sospetti di legami con la criminalità organizzata; conseguentemente, trattandosi di atto estraneo alla sfera del diritto privato, in quanto espressione di un potere autoritativo di valutazione dei requisiti soggettivi del contraente, il cui esercizio è consentito anche nella fase di esecuzione del contratto ai sensi dell’art. 11, comma 2, citato D.P.R., la relativa controversia appartiene alla giurisdizione del giudice amministrativo.

3. In sede di emissione di una informativa antimafia, la mancata valutazione di una ordinanza di riesame (nella specie si trattava di una custodia cautelare poi annullata) non determina, *ex se*, l’illegittimità dell’informativa antimafia, nel caso in cui l’informativa stessa si fondi su autonomi elementi indiziari non valutati in sede cautelare penale.

TAR LIGURIA, SEZ. II – sentenza 27 gennaio 2017 n. 55

Sulla revoca della gara per mancato rispetto della clausola sociale

E’ legittimo il provvedimento con il quale la stazione appaltante ha revocato in autotutela l’aggiudicazione di un appalto di servizi (nella specie si trattava del servizio di ristorazione scolastica), motivato con riferimento al fatto che l’aggiudicataria non ha adempiuto agli obblighi derivanti dalla cosiddetta “clausola sociale”, concernenti l’assunzione di tutto il personale della gestione uscente, nel caso in cui tale obbligo di assunzione sia espressamente e chiaramente previsto dalla *lex specialis*, con apposita clausola dal contenuto specificamente determinato, tale da consentire ai concorrenti di determinare *ex ante* il numero complessivo di dipendenti addetti all’appalto. In tal caso, infatti, la “clausola sociale” tutela – conformemente alla disciplina contrattuale collettiva di riferimento – tutto il personale addetto all’unità produttiva interessata e, pertanto, la medesima clausola assume portata cogente sia per gli offerenti che per l’Amministrazione.

TAR LAZIO – ROMA, SEZ. II – sentenza 27 gennaio 2017 n. 1429

Sul principio di pubblicità delle operazioni di gara

La regola generale della pubblicità della gara, implica necessariamente l'obbligo della stazione appaltante di portare preventivamente a conoscenza dei concorrenti il giorno, l'ora e il luogo della seduta della commissione di gara, in modo da garantire loro l'effettiva possibilità di presenziare allo svolgimento delle operazioni di apertura dei plichi pervenuti. Poiché le operazioni di apertura delle buste contenenti le offerte economiche (nonché di quelle recanti le offerte tecniche) debbono svolgersi in seduta pubblica, la mancata convocazione di anche uno solo dei concorrenti costituisce vizio insanabile della procedura che si ripercuote sul provvedimento finale di aggiudicazione, invalidandolo, anche ove non sia comprovata l'effettiva lesione sofferta dai concorrenti, trattandosi di adempimento posto a tutela non solo della parità di trattamento tra gli stessi, ma anche dell'interesse pubblico alla trasparenza e all'imparzialità dell'azione amministrativa, le cui conseguenze negative sono difficilmente apprezzabili in un secondo momento.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI – sentenza 31 gennaio 2017 n. 394

Sulla necessità di una procedura comparativa per la concessione di uno specchio acqueo

E' legittimo il provvedimento con il quale un Comune (nella specie si trattava del Comune di Milano), ha rigettato una istanza avanzata dal titolare di un esercizio commerciale di somministrazione di alimenti e bevande, tendente ad ottenere l'autorizzazione per occupare, con un barcone, uno specchio acqueo (nella specie si trattava delle acque dei Navigli), prima occupato senza titolo, che sia motivato con riferimento alla necessità del preventivo esperimento di una procedura ad evidenza pubblica; in tal caso, infatti, lo spazio acqueo occupato dal barcone costituisce un bene demaniale economicamente contendibile, il quale può essere dato in concessione ai privati, a scopi imprenditoriali, solo all'esito di una procedura comparativa ad evidenza pubblica.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 30 gennaio 2017 n. 371

Sulla nullità di una clausola che prevede, a pena di esclusione, la consegna di un campione

E' da ritenere nulla – stabilendo un requisito di ammissione non previsto dalla legge o da altri atti normativi ed incorrendo nel divieto posto dall'art. 46, comma 1-bis, d.lgs. n. 163 del 2006 – una clausola del disciplinare di gara che prevede la consegna, a pena di esclusione, di un campione (nella specie si trattava di una c.d. isola ecologica informatizzata con sei contenitori in linea); tale clausola infatti non rientra tra quelle che, in base all'art. 46, comma 1-bis, d.lgs. n. 163 del 2006 giustificano l'esclusione di un concorrente dalla gara, giacché la sua previsione, da parte della *lex specialis*, postula un adempimento (consegna alla commissione di gara delle c.d. isole ecologiche) non previsto dal codice dei contratti pubblici, dal regolamento o da altre disposizioni di legge, né assolutamente necessario al fine di evitare incertezze sul contenuto, sugli elementi essenziali o sulla provenienza dell'offerta, ovvero per garantire il rispetto del principio di segretezza delle offerte.

TAR CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. I – sentenza 30 gennaio 2017 n. 641

Sull'inammissibilità di un'offerta illeggibile e sull'inapplicabilità del soccorso istruttorio

1. Nelle gare pubbliche, la radicalità del vizio dell'offerta non consente l'esercizio del soccorso istruttorio, il quale va temperato con il principio della parità tra i concorrenti, anche alla luce

dell'altrettanto generale principio dell'autoresponsabilità dei concorrenti, per il quale ciascuno di essi sopporta le conseguenze di eventuali errori commessi nella formulazione dell'offerta e nella presentazione della documentazione. Con l'istituto del soccorso istruttorio, infatti, la stazione appaltante supera una mera incompletezza della documentazione attestante i requisiti soggettivi del concorrente, al fine di evitare esclusioni fondate su mere carenze formali e non può farsi ricorso ad esso mediante una richiesta di chiarimenti sull'offerta, laddove, invece quest'ultima sia totalmente carente degli elementi essenziali.

2. Nel caso in cui una ditta che ha concorso ad una gara, per la quale la *lex specialis* aveva previsto l'invio telematico delle offerte, abbia trasmesso il file contenente il modello di dichiarazione di offerta economica illeggibile, non è applicabile l'istituto del c.d. soccorso istruttorio e va disposta l'esclusione ai sensi dell'art. 46, comma 1 bis, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, essendosi – così come previsto da quest'ultima norma – in presenza di un'ipotesi di “incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali”, non essendo le firme digitali leggibili.

AUTORITÀ NAZIONALE ANTICORRUZIONE – delibera 11 gennaio 2017 (G.U. n. 26, **1 febbraio 2017**) – Indicazioni operative per un corretto perfezionamento del CIG. (Delibera n. 1). (17A00719)

TAR TOSCANA, SEZ. II – sentenza 1° febbraio 2017 n. 173

Sulla necessaria indicazione, per le concessioni, del fatturato stimato

E' illegittimo, per violazione dell'art. 167, 1° e 2° comma del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (nuovo codice dei contratti pubblici) che impone, anche con riferimento alle concessioni, l'inserimento nella *lex specialis* della procedura, del “valore di una concessione, costituito dal fatturato totale del concessionario generato per tutta la durata del contratto, al netto dell'IVA, stimato dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore, quale corrispettivo dei lavori e dei servizi oggetto della concessione, nonché per le forniture accessorie a tali lavori e servizi”, il bando di gara indetto da un Istituto scolastico per l'affidamento dell'appalto del servizio di ristoro mediante distributori automatici, ove nella *lex specialis* sia stata omessa la esatta indicazione del fatturato stimato della concessione immessa nel mercato.

TAR CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. VII – sentenza 1° febbraio 2017 n. 685

Sull'inammissibilità, in sede di soccorso istruttorio, di modifiche delle offerte

E' legittimo il provvedimento con il quale un Comune ha escluso una ditta da una gara di appalto di servizi (nella specie si trattava del servizio di igiene urbana), che sia motivato con riferimento al fatto che, attraverso le dichiarazioni rese in sede di soccorso istruttorio accordato dalla stazione appaltante, la ditta interessata ha modificato un elemento afferente ad un requisito di partecipazione alla gara non posseduto al termine di scadenza dell'offerta (nella specie erano state indicate due nuove piattaforme per il conferimento dei rifiuti rispetto a quelle indicate nella domanda di partecipazione).

TAR CAMPANIA, NAPOLI, SEZ. VIII – sentenza 2 febbraio 2017 n. 696

Sulla doverosità dell'impugnativa dei provvedimenti di ammissione e di nomina della Commissione

L'art. 120, comma 2 *bis*, c.p.a. prevede l'impugnativa immediata dei provvedimenti che determinano le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa. Per queste ipotesi il comma 6 bis dell'art. 120 c.p.a. delinea un rito "superspeciale", che va celebrato in camera di consiglio entro 60 giorni dalla notifica del ricorso, rendendolo applicabile esclusivamente ai casi di censura dei provvedimenti di ammissione ed esclusione dalla gara in ragione del possesso (o mancato) dei requisiti di ordine generale e di qualificazione per essa previsti e non per l'impugnazione del successivo provvedimento di aggiudicazione (T.A.R. Campania Napoli, Sez. VIII, 19 gennaio 2017, n. 434).

La previsione di un rito "superaccelerato" per l'impugnativa dei provvedimenti di esclusione ed ammissione è evidentemente volta, nella sua *ratio legis*, a consentire la pronta definizione del giudizio prima che si giunga al provvedimento di aggiudicazione; ovverosia, in sostanza, a definire la platea dei soggetti ammessi alla gara in un momento antecedente all'esame delle offerte e alla conseguente aggiudicazione. Al tempo stesso tale norma pone evidentemente un onere di immediata impugnativa dei provvedimenti in esame, a pena di decadenza, non consentendo di far valere successivamente i vizi inerenti agli atti non impugnati.

In sostanza, una volta che la parte interessata non ha impugnato l'ammissione o l'esclusione non potrà più far valere i profili inerenti all'illegittimità di tali determinazioni con l'impugnativa dei successivi atti della procedura di gara, quale il provvedimento di aggiudicazione.

TAR CAMPANIA – SALERNO, SEZ. I – sentenza 6 febbraio 2017 n. 211

Sul divieto di modificazione soggettiva nelle gare d'appalto

1. Nelle gare pubbliche, il divieto di modificare la composizione dei partecipanti raggruppamenti temporanei d'impresa riguarda l'intero arco della procedura di evidenza pubblica, mentre le eccezioni contemplate dall'art. 37, commi 18 e 19, d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 e concernenti il fallimento della impresa mandante e della impresa mandatario, la morte, l'interdizione o inabilitazione dell'imprenditore individuale, nonché le ipotesi previste dalla normativa antimafia, riguardano evenienze relative alla successiva fase dell'esecuzione del contratto.

2. E' illegittima, per violazione dell'art. 37, comma 9, d.lgs. n. 163 del 2006, vigente *ratione temporis* – che sancisce il principio di immodificabilità soggettiva della riunione temporanea d'impresa – l'aggiudicazione definitiva di una gara di appalto, nel caso in cui la r.t.i. aggiudicataria abbia omesso di comunicare tempestivamente alla stazione appaltante la morte del rappresentante legale della impresa mandante, intervenuta prima dell'aggiudicazione stessa; in tal caso, infatti, l'appalto deve ritenersi aggiudicato ad un soggetto giuridico diverso da quello che aveva partecipato alla gara, nonché facendo affidamento sui requisiti speciali, originariamente posseduti dal componente deceduto, risultati decisivi per la copertura di quelli richiesti ai fini della partecipazione alla selezione pubblica.

TAR SICILIA – PALERMO, SEZ. III – sentenza 6 febbraio 2017 n. 334

Sulla differenza tra incarico professionale e servizi legali e sui principi applicabili

1. Nella vigenza del vecchio codice dei contratti (di cui al d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163) i servizi legali rientravano nell'All. II B tra gli appalti di servizi parzialmente esclusi. Il nuovo codice (d.lgs. n. 50/2016) ha chiarito, all'art. 17, l'esclusione della propria applicazione, sotto il profilo oggettivo, degli appalti e delle concessioni di servizi concernenti i servizi legali, pur avendo precisata la necessità del rispetto – tra gli altri – dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità e pubblicità.

2. Per l'affidamento di servizi legali da parte delle PPAA., anche sotto la soglia comunitaria, la scelta del contraente deve seguire le regole comunitarie della trasparenza, non discriminazione e pubblicità della procedura, dovendosi distinguere tra incarico occasionalmente svolto dal professionista e servizio legale esternalizzato.

3. E' illegittimo il bando di gara per l'affidamento del servizio giuridico-legale di un Comune (nella specie si trattava del Comune di Monreale in Provincia di Palermo), nel caso in cui esso risulti violare non solo i principi in tema di equo compenso, ma anche le regole delle procedure selettive pubbliche, della massima partecipazione della leale concorrenza, comunque applicabili anche in ipotesi di procedure selettive nei settori esclusi dall'ambito di applicazione del codice dei contratti pubblici.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 6 febbraio 2017 n. 514

Sul giudizio di anomalia dell'offerta

1. Il giudizio sull'anomalia delle offerte presentate in una pubblica gara di appalto è un giudizio ampiamente discrezionale, espressione paradigmatica di discrezionalità tecnica, sindacabile solo in caso di manifesta e macroscopica erroneità e irragionevolezza. Il giudice amministrativo può sindacare le valutazioni della P.A., sotto i profili suindicati, ma non può procedere ad un'autonoma verifica della congruità dell'offerta e delle sue singole voci, il che costituirebbe un'indebita invasione della sfera propria dell'Amministrazione.

2. In materia di verifica delle offerte sospettate da anomalia, occorre distinguere tra contenuto dell'offerta e giustificazioni del prezzo; queste ultime sono prodotte al solo fine di accertare se l'offerta nel suo complesso risulti attendibile ed affidabile in vista dell'esecuzione dell'appalto.

3. Non può essere esclusa dalla gara una offerta per asserita modificazione dell'offerta stessa in sede di verifica delle offerte anomale allorché l'offerta presentata sia rimasta invariata, sia per quanto riguarda il corrispettivo, sia per quello che attiene al progetto e le modifiche e le integrazioni abbiano esclusivamente interessato le "giustificazioni di prezzo", in base ad un criterio previsto dalla legge.

4. A seguito delle giustificazioni rese dal concorrente in sede di verifica delle offerte anomale, non spetta al giudice amministrativo affermare che l'offerta sia mutata nella sua composizione, in assenza di un'espressa valutazione in tal senso della stazione appaltante, non potendo il g.a. verificare il contenuto dell'offerta al fine d'inferirne l'alterazione o la modificazione dell'offerta originaria. Tale valutazione tecnica è infatti riservata all'Amministrazione e solo dopo che sia stata espressa, essa può essere assoggettata al sindacato giurisdizionale per macroscopiche illegittimità connesse a gravi errori e palesi illogicità.

TAR VENETO – SEZ. I - sentenza 8 febbraio 2017 n. 141

Sul contenuto del contratto in caso di avvalimento di garanzia

Quando nelle gare pubbliche l'impresa ausiliaria mette a disposizione dell'ausiliata il suo valore aggiunto in termini di solidità finanziaria e di acclarata esperienza di settore ("avvalimento di garanzia"), non è necessario che la dichiarazione negoziale costitutiva dell'impegno contrattuale si riferisca a specifici beni patrimoniali e, dunque, alla messa a disposizione di beni da descrivere ed individuare con precisione. Pertanto, è sufficiente che dalla dichiarazione emerga l'impegno contrattuale dell'ausiliaria a prestare ed a mettere a disposizione dell'ausiliata la sua complessiva solidità finanziaria ed il patrimonio esperenziale, così garantendo una determinata affidabilità e un concreto supplemento di responsabilità.

TAR LAZIO – ROMA, SEZ. II TER – sentenza 8 febbraio 2017 n. 2115

Sui limiti della previsione di requisiti più rigorosi

1. In sede di redazione della *lex specialis* della gara, deve riconoscersi alla stazione appaltante un margine apprezzabile di discrezionalità nel richiedere requisiti di capacità economica, finanziaria e tecnica ulteriori e più severi rispetto a quelli normativamente previsti, con il rispetto della proporzionalità e ragionevolezza e nel limite della continenza e non estraneità rispetto all'oggetto della gara; tale esercizio della discrezionalità è da ritenere compatibile con i principi della massima partecipazione, concorrenza, trasparenza e libera circolazione delle prestazioni e servizi purché i requisiti richiesti siano attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto e la loro applicazione più rigorosa si correli a circostanze debitamente giustificate.

Sulla rilevanza del C.I.G. e sulla sua applicabilità

2. L'obbligo di indicazione del CIG relativo alla gara di appalto attiene non già alla fase di scelta del contraente bensì alla fase esecutiva del procedimento di gara, ovvero la stipula del contratto il cui contenuto deve recare la clausola relativa agli obblighi di tracciabilità, pena la nullità degli stessi (e non del bando).

3. Ai sensi dell'art. 6, comma 1, del D.L. n. 187 del 2010, sono soggetti agli obblighi di tracciabilità i contratti sottoscritti dopo la data del 7 settembre 2010 e più in particolare: a) i contratti sottoscritti dopo l'entrata in vigore della legge, relativi a bandi pubblicati dopo la data del 7 settembre 2010; b) i contratti sottoscritti dopo l'entrata in vigore della legge, ancorché relativi a bandi pubblicati in data antecedente al 7 settembre 2010; c) i subappalti ed i subcontratti derivanti dai contratti elencati. Tali contratti devono recare, sin dalla sottoscrizione, la clausola relativa agli obblighi di tracciabilità, pena la nullità degli stessi, come espressamente disposto dall'art. 3, comma 8, della legge n. 136/2010. Ciò che rileva è la data della stipula del contratto (*ex art. 11, comma 13 del D.Lgs n. 163/2006, ratione temporis* vigente) e non l'aggiudicazione definitiva, né tanto meno quella provvisoria (*ex art. 11, commi 4 e segg. del Codice*).

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 9 febbraio 2017 n. 565

Sull'ammissibilità di controlli antimafia anche nei casi in cui non è obbligatorio

1. L'art. 2, comma 1, lett. c) della l. 13 agosto 2010, n. 136 (il quale ha istituito la Banca dati nazionale unica della documentazione antimafia, con immediata efficacia delle informative antimafia negative su

tutto il territorio nazionale e “con riferimento a tutti i rapporti, anche già in essere, con la pubblica amministrazione, finalizzata all’accelerazione delle procedure di rilascio della medesima documentazione e al potenziamento dell’attività di prevenzione dei tentativi di infiltrazione mafiosa nell’attività di impresa”) si riferisce a tutti i rapporti con la P.A., senza differenziare le autorizzazioni dalle concessioni e dai contratti, come fanno invece, ed espressamente, le lett. a) e b); dunque, la lettera c) si riferisce anche a quei rapporti che, per quanto oggetto di mera autorizzazione, hanno un impatto fortissimo e potenzialmente devastante su beni e interessi pubblici, come nei casi di scarico di sostanze inquinanti o l’esercizio di attività pericolose per la salute e per l’ambiente (1).

2. Nel caso in cui il rapporto della concessione demaniale non attinga la soglia di € 150.000,00 prevista dall’art. 83, comma 3, lett. e), del d. lgs. n. 159 del 2011, ciò non necessariamente implica che non sia soggetto ai controlli antimafia, atteso che la predetta disposizione deve essere interpretata nel senso che non è obbligatorio, per le pubbliche amministrazioni, richiedere la documentazione antimafia anche per i provvedimenti, gli atti e contratti inferiori a tale soglia, e non nel senso che ad esse sia vietato farlo, con un esito paradossale che conduce, di fatto, alla impenetrabilità di tali atti ai controlli antimafia, che non corrisponde affatto all’intenzione del legislatore.

TAR VENETO, SEZ. III – sentenza 9 febbraio 2017 n. 171

Sulla necessità di dichiarare tutte le sanzioni subite

Anche in relazione alle clausole di esclusione di cui alla lettera c), comma 5, dell’art. 50 del D.Lgs. n. 50/2016, vige la regola secondo la quale la gravità dell’evento è ponderata dalla stazione appaltante, sicché l’operatore economico è tenuto a dichiarare situazioni ed eventi potenzialmente rilevanti ai fini del possesso dei requisiti di ordine generale di partecipazione alle procedure concorsuali ed a rimettersi alla valutazione della stazione, non essendo configurabile in capo all’impresa partecipante ad una gara alcun filtro valutativo o facoltà di scegliere i fatti da dichiarare e sussistendo, al contrario, l’obbligo della onnicomprensività della dichiarazione in modo da permettere alla Stazione appaltante di espletare con piena cognizione di causa le valutazioni di sua competenza.

L’aver taciuto le circostanze in questione ha dunque impedito, da un lato, una valutazione completa (falsando la percezione delle condizioni reali della ricorrente) sull’affidabilità e l’integrità morale del candidato e, d’altro lato, è stata sintomatica di una condotta non trasparente e collaborativa della ricorrente.

Come esemplarmente chiarito dal Consiglio di Stato con la sentenza della V Sezione n. 122/2016 “Deve, infatti, essere rilevato che le stazioni appaltanti dispongono di una sfera di discrezionalità nel valutare quanto eventuali precedenti professionali negativi incidano sull’affidabilità di chi aspira a essere affidataria di suoi contratti. E’ agevole affermare, di conseguenza, che tale discrezionalità può essere esercitata solo se l’Amministrazione dispone di tutti gli elementi che consentono di formare compiutamente una volontà. Deve poi essere ulteriormente rilevato come tale valutazione sia di stretta spettanza della stazione appaltante, per cui non è ammissibile che la relativa valutazione sia eseguita, a monte, dalla concorrente la quale autonomamente giudichi irrilevanti i propri precedenti negativi, omettendo di segnalarli con la prescritta dichiarazione.

TAR TOSCANA, SEZ. I – sentenza 10 febbraio 2017 n. 217

Sull’inapplicabilità del soccorso istruttorio per gli oneri di sicurezza aziendali

E' illegittima, per violazione dell'art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50/2016 (secondo cui "nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro"), l'aggiudicazione di una gara di appalto ad una ditta che, nell'offerta economica, ha indicato il costo degli oneri di sicurezza in misura diversa e contrastante con il costo indicato nelle pregiustifiche; a tale discordanza non è dato porre rimedio tramite il soccorso istruttorio, in quanto l'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016 ammette l'esercizio della facoltà di integrazione da parte dei concorrenti solo relativamente alle "carenze di qualsiasi elemento formale della domanda" (mentre, nella specie, viene in rilievo la carenza di un elemento "sostanziale", perché attinente al contenuto dell'offerta economica) e comunque al fine di emendare "la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta tecnica ed economica", laddove l'indicazione degli oneri di sicurezza aziendale attiene direttamente, ai sensi del citato art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50/2016, all'offerta economica.

TAR TOSCANA, SEZ. III – sentenza 13 febbraio 2017 n. 231

Sulla clausola sociale

1. Negli appalti pubblici, la c.d. "clausola sociale" (che prevede la riassunzione dei dipendenti del precedente affidatario) deve conformarsi ai principi nazionali e comunitari in materia di libertà di iniziativa imprenditoriale e di concorrenza, risultando, altrimenti, lesiva della concorrenza, scoraggiando la partecipazione alla gara e limitando ultroneamente la platea dei partecipanti, nonché atta a ledere la libertà d'impresa, riconosciuta e garantita dall'art. 41 della Costituzione; conseguentemente, l'obbligo di riassorbimento dei lavoratori alle dipendenze dell'appaltatore uscente, nello stesso posto di lavoro e nel contesto dello stesso appalto, deve essere armonizzato e reso compatibile con l'organizzazione di impresa prescelta dall'imprenditore subentrante. La clausola non può comportare invece alcun obbligo per l'impresa aggiudicataria di un appalto pubblico di assumere a tempo indeterminato ed in forma automatica e generalizzata il personale già utilizzato dalla precedente impresa o società affidataria.

2. E' illegittima la clausola sociale contenuta nel capitolato speciale di un appalto che finisce per imporre in termini rigidi la conservazione del personale di cui al precedente appalto, dovendo invece essa essere formulata in termini di previsione della priorità del personale uscente nella riassunzione presso il nuovo gestore, in conformità alle esigenze occupazionali risultanti per la gestione del servizio, in modo da armonizzare l'obbligo di assunzione con l'organizzazione d'impresa prescelta dal gestore subentrante.

TAR PIEMONTE, SEZ. I – sentenza 14 febbraio 2017 n. 239

Sul principio di segretezza dell'offerta

È illegittima l'aggiudicazione di una gara di appalto nel caso in cui la busta esterna contenente i plichi di offerta e il plico, posto all'interno della busta, contenente la documentazione amministrativa dell'aggiudicatario, siano giunti alla commissione giudicatrice già aperti; in tal caso, infatti, l'aggiudicazione deve ritenersi disposta in violazione del principio di segretezza delle offerte.

TAR VENETO, SEZ. III – sentenza 16 febbraio 2017 n. 171

Sulla doverosità dell'esclusione per omessa dichiarazione di una sentenza di condanna

Va esclusa da una gara di appalto, ai sensi dell'art. art. 80 comma 5, lett. c) del D.Lgs. n. 50/2016 (in materia di accertamento di gravi illeciti professionali), una società che ha ommesso di dichiarare l'esistenza di una sentenza penale emessa nei suoi confronti, sebbene la stessa non solo era assai recente, ma concerneva una condanna per truffa continuata ai danni dello Stato e che sanzionava, oltre all'amministratore unico e ai dirigenti apicali, anche la stessa società con l'applicazione della sanzione interdittiva del divieto di contrarre per un anno con la pubblica amministrazione.

TAR TRENTO, SEZ. UNICA – sentenza 16 febbraio 2017 n. 53

Sulle condizioni per la responsabilità precontrattuale in caso di revoca della gara

Il riconoscimento della legittimità della revoca di una procedura di gara non esclude l'accertamento di una responsabilità precontrattuale dell'Amministrazione, ben potendo tale responsabilità discendere dal complessivo comportamento tenuto dal pubblico contraente che - al pari di ogni contraente privato - è tenuto ad evitare di ingenerare nella controparte privata affidamenti ingiustificati. Tuttavia, secondo una consolidata giurisprudenza (*ex multis*, Consiglio di Stato, Sez. V, 21 aprile 2016, n. 1599), non è configurabile una responsabilità precontrattuale della stazione appaltante anteriormente alla scelta del contraente, vale a dire prima della sua individuazione, allorché gli aspiranti alla posizione di contraenti sono solo partecipanti ad una gara e possono vantare unicamente un interesse legittimo al corretto esercizio del potere pubblico. In linea con tale giurisprudenza questo stesso Tribunale (T.R.G.A. Trento, 15 novembre 2016, n. 388) ha ribadito che l'Amministrazione può ritenersi soggetta alle conseguenze derivanti dal citato art. 1337 a condizione che la gara sia giunta a uno stadio tale da aver ingenerato nel concorrente la ragionevole aspettativa di conseguire l'aggiudicazione e, quindi, la stipulazione del contratto: in altri termini, occorre che il concorrente veda frustrato un affidamento consolidato in ordine alla favorevole conclusione della gara. Del resto non può certo ritenersi che la mera partecipazione alla gara, mediante presentazione di un'offerta, abbia ingenerato nella ricorrente la ragionevole aspettativa, meritevole di tutela, di conseguire l'aggiudicazione.

Secondo una consolidata giurisprudenza (*ex multis*, Consiglio di Stato, Sez. V, 21 aprile 2016, n. 1600; id., Sez. IV, 20 aprile 2016, n. 1559), finanche in presenza di un'aggiudicazione provvisoria, in caso di revoca degli atti di gara non spetta l'indennizzo di cui all'art. 21-*quinquies*, comma 1, della legge n. 241/1990, perché la revoca va ad incidere su un provvedimento destinato ad essere superato dall'emanazione del provvedimento conclusivo del procedimento ad evidenza pubblica, e non su un provvedimento "ad effetti durevoli", come previsto dalla disposizione dell'art. 21-*quinquies*, comma 1. In linea con tale giurisprudenza si è precisato che, se tale conclusione si impone nel caso in cui sia già stato individuato l'aggiudicatario provvisorio, è tanto più valida laddove non sia stato neppure individuato il potenziale aggiudicatario (T.R.G.A. Trento, 15 novembre 2016, n. 388).

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI – sentenza 17 febbraio 2017 n. 731

Sull'applicabilità dei principi della gara anche per l'affidamento del servizio di somministrazione

1. Nel caso di gara per l'affidamento del servizio di somministrazione di bevande tramite distributori automatici da parte di un istituto scolastico è applicabile l'articolo 34 del D.I. 1 febbraio 2001, n. 44, il

quale prevede espressamente, al comma 5, che: “Le istituzioni scolastiche sono tenute ad osservare le norme dell’Unione Europea in materia di appalti e/o forniture di beni e servizi”. Da ciò discende che l’utilizzo di una procedura semplificata non può assolutamente derogare ai principi generali della materia, che risultano declinati nell’art. 2 del D.lgs. n. 163/2006, il quale opera riferimento al “rispetto dei principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità nonché quello di pubblicità”.

2. In una gara per l’affidamento del servizio di somministrazione di bevande tramite distributori automatici da parte di un istituto scolastico da aggiudicare con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, l’applicazione del principio generale della par condicio comporta che le offerte economiche devono restare segrete per tutta la fase procedimentale in cui la commissione compie le sue valutazioni sugli aspetti tecnici delle offerte, al fine di evitare che gli elementi di valutazione di carattere automatico possano influenzare la valutazione degli elementi discrezionali; con la conseguenza che la componente tecnica dell’offerta e la componente economica della stessa devono essere inserite in buste separate, proprio al fine di evitare la suddetta commistione. E’ pertanto illegittima la lettera di invito che non preveda la separazione delle due componenti dell’offerta, in modo da consentire, all’interno del processo valutativo, il sopra indicato *modus procedendi*.

3. I principi di pubblicità e trasparenza che governano la disciplina comunitaria e nazionale in materia di appalti pubblici comportano che, qualora all’aggiudicazione debba procedersi con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, l’apertura delle buste contenenti le offerte e la verifica dei documenti in esse contenuti vadano effettuate in seduta pubblica anche laddove si tratti di procedure negoziate, con o senza predisposizione del bando di gara, e di affidamenti in economia nella forma del cottimo fiduciario.

4. La prova della sussistenza del danno da perdita di *chance*, in seguito all’emanazione di un provvedimento illegittimo, può avvenire o attraverso l’articolazione di argomentazioni logiche, che, sulla base di un processo deduttivo, rigorosamente sorvegliato, inducano a concludere per la sua sussistenza; ovvero secondo un processo deduttivo conforme al criterio, elaborato dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione, del cd. “più probabile che non”, e cioè, alla luce di una regola di giudizio che ben può essere integrata dai dati della comune esperienza, evincibile dall’osservazione dei fenomeni sociali.

TAR LOMBARDIA – MILANO, SEZ. IV – sentenza 17 febbraio 2017 n. 403

Sull’inapplicabilità della revisione prezzi agli appalti nei settori speciali

La revisione prezzi non trova applicazione nei settori speciali e ciò in forza della inequivoca disposizione normativa di cui all’art. 206 del d.l.vo n. 163 del 2006, che individua le norme applicabili ai settori speciali, senza richiamare la disciplina sulla revisione prezzi posta dall’art. 115 del codice.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 20 febbraio 2017 n. 748

Sulla necessaria indicazione del fatturato per la gara dei distributori

E’ illegittimo un bando per l’affidamento in concessione di un servizio (nella specie si trattava del servizio di ristorazione, installazione e gestione di n. 41 distributori automatici di bevande e prodotti alimentari preconfezionati) che, in violazione dell’art. 29 del D.Lgs. 163 del 2006, non ha calcolato

l'importo dell'affidamento con riferimento al fatturato presunto derivante dalla gestione del servizio, ma con riferimento al canone richiesto per l'utilizzo del bene.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 20 febbraio 2017 n. 742

Sul requisito del grave errore professionale

1. La valutazione di gravità dell'errore professionale richiesta dall'art. 38, comma 1, lett. f), del d.lgs. n. 163/2006 deve ritenersi adeguatamente motivata allorché la stazione appaltante ponga a supporto del proprio giudizio le valutazioni di altre amministrazioni in ordine alla gravità degli inadempimenti dalle stesse riscontrati e l'accertamento con pronuncia giurisdizionale di comportamenti ritenuti dal Giudice tali da compromettere gravemente il rapporto fiduciario tra la stazione appaltante e l'impresa aggiudicataria, verificando i presupposti specifici di ciascuno di tali atti e, su questa base, facendo proprio il giudizio di gravità espresso in tali sedi.

2. La dichiarazione di pregresse risoluzioni contrattuali anche da parte di stazioni appaltanti diverse da quella che bandisce l'appalto all'esame assume il carattere di elemento sintomatico in ogni caso apprezzabile, anche se proveniente da altra amministrazione e può fornire elementi oggettivi per le determinazioni della stazione appaltante; la vicenda relativa alla grave inadempienza con soggetto diverso dall'amministrazione che ha bandito la gara rientra, infatti, nella seconda parte dell'art. 38, comma 1, lett. f), del d.lgs. n. 163/2006, consente la valutazione dei precedenti professionali delle imprese concorrenti anche in rapporti contrattuali intercorsi con amministrazioni diverse da cui desumere, eventualmente, l'affidabilità dell'impresa che concorre; l'accertamento del grave errore professionale può avvenire con qualsiasi mezzo di prova ed è rimesso al giudizio insindacabile dell'amministrazione, salvo il limite della abnormità.

3. La motivazione richiesta dall'art. 38, comma 1, lett. f), del d.lgs. n. 163/2006 ha ad oggetto in assoluto la gravità dell'errore o degli errori riscontrati, sicché anche una singola fattispecie o singole fattispecie di inadempimento possono giustificare il provvedimento di esclusione, ove si riscontri in concreto la sussistenza di un errore grave, senza che le conseguenze della commissione di un errore grave nell'esercizio dell'attività professionale nell'ambito di determinati rapporti possano essere evitate dalla prova della condotta adempiente tenuta dal concorrente in altri rapporti contrattuali con la stessa o con altre amministrazioni o che la stazione appaltante abbia l'onere di motivare rispetto alla rilevanza di tali condotte adempienti.

4. L'atto di ritiro in via di autotutela dell'aggiudicazione, in quanto contrarius actus rispetto all'aggiudicazione, è di competenza del medesimo organo che ha adottato il provvedimento di aggiudicazione definitiva, e ciò anche quando l'atto di secondo grado sia adottato sul presupposto del rilievo di illegittimità verificatesi in relazione all'ammissione alla gara di un'impresa concorrente, che andava esclusa.

TAR CAMPANIA, NAPOLI, sez. I, sentenza 20 febbraio 2017, n. 1020

Sull'ambito di applicazione del rito super-accelerato e sul soccorso istruttorio

Il rito "superaccelerato" previsto dai commi 2 *bis* e 6 *bis* dell'art. 120 c.p.a., aggiunto dall'art. 204, d.lgs. 18 aprile 2006, n. 50, non si applica nel caso di esclusione dalla gara fondata su presupposti

diversi da quelli soggettivi e, quindi, a seguito di estromissione disposta per carenza di elementi essenziali dell'offerta tecnica prescritti dalla *lex specialis* di gara.

L'omessa allegazione, all'offerta tecnica, del crono programma non è emendabile con il ricorso al c.d. soccorso istruttorio ex art. 83, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

ANAC - delibera 21 dicembre 2016 (in G.U. n. 43 del **21 febbraio 2017**) - Attuazione dell'ar.1, co. 65 e 67, legge 23 dicembre 2005, n. 266, per l'anno 2017 - Contributi per il funzionamento dell'ANAC.

MINISTERO DELLE INFRASTRUTTURE E DEI TRASPORTI – DECRETO 2 dicembre 2016, n. 263 (in G.U. n. 36 del 13 febbraio 2017; in vigore dal **28 febbraio 2017**) – Regolamento recante definizione dei requisiti che devono possedere gli operatori economici per l'affidamento dei servizi di architettura e ingegneria e individuazione dei criteri per garantire la presenza di giovani professionisti, in forma singola o associata, nei gruppi concorrenti ai bandi relativi a incarichi di progettazione, concorsi di progettazione e di idee, ai sensi dell'articolo 24, commi 2 e 5 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI – sentenza 21 febbraio 2017 n. 773

Sulla necessità di indicare le quote di partecipazione in capo alle associande

Va esclusa dalla gara per l'aggiudicazione di un servizio od una fornitura una riunione temporanea d'impresе che – in violazione di quanto previsto dall'art. 37, commi 4 e 13, d.lgs. n. 163/2006 – non ha indicato ovvero ha erroneamente indicato le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati (nella specie il raggruppamento aveva erroneamente indicato le quote di partecipazione, di guisa che non si raggiungeva la percentuale del 100 per cento). In tal caso, l'incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta preclude l'esercizio del potere di soccorso istruttorio di cui all'art. 46, comma 1-bis, del d.lgs. n. 163/2006.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI – sentenza 21 febbraio 2017 n. 772

Sull'inapplicabilità del divieto di partecipazione dei progettisti agli appalti di servizi

Non si applica anche agli appalti di servizi la disposizione di cui all'art. 90, 8° comma, del D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163 prevista espressamente per gli appalti di opere pubbliche, la quale vieta a coloro che abbiano partecipato alla progettazione di concorrere per l'aggiudicazione del relativo appalto.

CORTE DI CASSAZIONE, SEZ. I CIVILE – sentenza 22 febbraio 2017 n. 4599

Sull'insussistenza di un rapporto di lavoro tra direttore di lavoro e PA

1. Il rapporto di pubblico impiego è ravvisabile in presenza di un continuativo e non occasionale inserimento del lavoratore nell'organizzazione pubblicistica dell'ente, che sia rivolto ad eseguire un servizio rientrante nei fini istituzionali dell'ente. In mancanza di un atto di nomina – non più necessario – e dell'inserimento formale del dipendente nell'organizzazione dell'ente, si è, quindi, al di fuori del pubblico impiego e si è in presenza di prestazioni di mero fatto, rilevanti ai sensi dell'art. 2126 c.c., al limitato effetto del riconoscimento del diritto alla retribuzione per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione “di fatto”, in costanza dei seguenti requisiti: a) attività continuativa per lo svolgimento dei fini istituzionali dell'Ente; b) subordinazione gerarchica; c) retribuzione determinata o determinabile; se manca il primo di detti requisiti il rapporto non è di lavoro, ma occasionale; se manca il secondo si ha lavoro autonomo continuativo ex art. 409 n. 3 c.p.c., se mancano i primi due si è in presenza di un rapporto autonomo occasionale, per tale ragione sottratto pure alla competenza del giudice del lavoro.

2. Nel campo delle opere pubbliche il direttore dei lavori, nel caso in cui non sia un dipendente dell'Amministrazione appaltante, è un professionista che, pur potendo assumere la veste di pubblico ufficiale nello svolgimento del compito affidatogli, rimane esterno all'Amministrazione, ha diritto al compenso regolato dalle previsioni della tariffa approvata con L. n. 143 del 1949, senza che si instauri alcun rapporto di impiego con l'Amministrazione stessa.

CORTE DI CASSAZIONE, SEZ. I CIVILE – sentenza 22 febbraio 2017 n. 4605

Sugli interessi di mora, sulla sospensione dei lavori e sulle riserve

1. La previsione degli speciali interessi di mora, con le particolari decorrenze di cui agli artt. 35 e 36 del cap. gen. oo. pp., appr. con d.P.R. 16 luglio 1962, n. 1063, che postula la determinazione certa del prezzo dei lavori, riguarda unicamente il ritardo nel pagamento delle rate di acconto e di saldo del corrispettivo; e non è analogicamente ed estensivamente applicabile ad altre diverse ipotesi di ritardato pagamento né al caso di inadempimenti sostanziali ad obblighi assunti dall'amministrazione appaltante, ovvero sulla stessa gravanti per legge, per i quali, viceversa, ove si accerti che le sono addebitabili, tornano ad applicarsi le regole ordinarie di cui agli artt. 1218 e seguenti cod. civ..

2. Poiché il contratto di appalto di o.p. è caratterizzato dall'obbligo dell'appaltatore di eseguire la prestazione senza interruzione onde assicurare il tempestivo e regolare compimento dell'opera, e da quello speculare della stazione appaltante della continua cooperazione onde rendere possibile alla controparte la regolare esecuzione (ed ultimazione) dei lavori, la loro sospensione non è consentita di regola neppure all'amministrazione: con la sola eccezione già individuata dall'art. 16 r.d. 350 del 1895 di sopravvenienza di “circostanze speciali che impediscano temporaneamente che i lavori procedano utilmente a regola d'arte“. La quale è stata trasferita nel 1° comma dell'art.30 d.p.r. n. 1063, che vi ha aggiunto una seconda ipotesi, costituita (2° comma) da “ragioni di pubblico interesse o necessità“, ed entrambe le eccezioni sono state recepite senza apprezzabili modifiche dall'art. 133 d.p.r. n. 554 del 1999.

3. Atteso il carattere tipico del procedimento di sospensione dei lavori, consegue che lo stesso non ammette equipollenti, tanto meno ad iniziativa dell'appaltatore; e principalmente che ne assume efficacia costitutiva il verbale di sospensione dei lavori redatto dall'ingegnere capo o dal direttore dei lavori (cui peraltro nella ricostruzione della legge si contrappone analogo successivo “verbale di ripresa dei lavori”): perciò comportando che la sua stessa emissione, la sua data e le ragioni in esso esplicitate divengono componente indefettibile (e non altrimenti dimostrabile) della sospensione disposta dalla stazione appaltante (legittima o illegittima che sia). In mancanza del quale nella forma vincolata imposta dalla legge, la stessa non è neppure configurabile, e non è di conseguenza ipotizzabile alcun giudizio di corrispondenza delle ragioni del fermo con quelle individuate dagli

art.16 r.d. 350 e 30 d.p.r. 1063, né infine di responsabilità dell'amministrazione per illegittimità iniziale o sopravvenuta della sospensione; che se di fatto attuata resta imputabile all'appaltatore (che ne è l'autore).

4. Gli art. 16, 53 e 54 del r.d. 350 del 1895 e 26 d.p.r. n. 1063 del 1962, obbligano l'appaltatore di opera pubblica, ove voglia contestare la contabilizzazione dei corrispettivi effettuata dall'amministrazione e/o avanzare pretese comunque idonee ad incidere sul compenso complessivo spettantegli, ad iscrivere tempestivamente apposita riserva nel registro di contabilità o in altri similari documenti contabili; il relativo onere insorge quando emerga la concreta idoneità del fatto a produrre i suddetti pregiudizi o esborsi: e quindi anche con riferimento a quelle situazioni di non immediata portata onerosa, la potenzialità dannosa delle quali si presenti, peraltro, già dall'inizio obiettivamente apprezzabile, secondo criteri di media diligenza e di buona fede dall'interessato, sicché possa ritenersi che questi disponga di dati sufficienti per segnalare alla parte committente il presumibile maggiore esborso che essa deve prepararsi ad affrontare, salvo poi a precisare l'entità di tale esborso nelle registrazioni successive o in sede di chiusura del conto finale. Con la conseguenza, semmai di rafforzare l'onere della riserva in capo all'imprenditore perché ormai a conoscenza, con l'emissione del certificato, dei compensi che gli saranno corrisposti o negati e non certamente di rimmetterlo in termini per l'iscrizione di quelle per le quali è maturata la decadenza per il solo fatto che la lavorazione non è esaurita, ma prosegue con tutti i maggiori oneri che essa aveva palesato fin dalle fasi precedenti.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 23 febbraio 2017 n. 847

Sul principio di invarianza della graduatoria dopo l'esclusione di un concorrente prima ammesso

1. Ai fini dell'applicazione dell'art. 38, comma 2-bis del D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163, introdotto dall'articolo 39 del decreto-legge n. 90 del 2014 (secondo cui "ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte"), ciò che rileva è il fatto che la pronuncia giudiziale sia intervenuta dopo l'ammissione alla gara, non venendo invece in rilievo il fatto che l'ammissione sia stata a sua volta legittimamente o illegittimamente disposta.

2. Il principio dell'immodificabilità della graduatoria e di irrilevanza delle sopravvenienze (pur se determinate da vicende giudiziarie) previsto dall'art. 38, comma 2-bis, è espressivo di un principio generale in tema di pubbliche gare, mirando all'obiettivo (probabilmente opinabile, ma costituente esercizio di interpositio legislatoris in via di principio insuscettibile di scrutinio in sede giudiziale) di assicurare stabilità agli esiti finali dei procedimenti di gara.

3. Il principio dell'immodificabilità della graduatoria e di irrilevanza delle sopravvenienze (pur se determinate da vicende giudiziarie) previsto dall'art. 38, comma 2-bis del D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163, trova applicazione non solo nelle ipotesi di assenza di un qualunque potere discrezionale in capo alla stazione appaltante nell'individuazione della migliore offerta, ma anche nel caso di procedure caratterizzate dalla spendita di discrezionalità ed in particolare nei casi in cui la commissione di gara abbia proceduto attraverso il criterio del c.d. 'confronto a coppie'.

4. L'esercizio del potere di autotutela nei confronti del concorrente da escludere e la conseguente operatività del principio di immodificabilità ex art. 38, comma 2-bis del D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163 sono possibili non solo in caso di aggiudicazione definitiva e ma anche nel caso di aggiudicazione solo provvisoria nei confronti del concorrente in seguito escluso.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 23 febbraio 2017 n. 852

Sull'avvalimento dell'attestazione SOA e sul possesso dei requisiti sino alla stipula del contratto

1. Poichè l'attestazione SOA costituisce il frutto di una valutazione complessiva degli svariati elementi facenti parte dell'organizzazione aziendale, che non coincide con la mera sommatoria degli stessi e che non ne consente una considerazione atomistica, deve ritenersi che il contratto di avvalimento finalizzato a munire l'impresa ausiliata dell'attestazione SOA necessaria per partecipare alla gara deve avere ad oggetto il prestito dell'insieme delle dette risorse e tale oggetto, ai sensi dell'art. 88, comma 1, del D.P.R. n. 207/2010, dev'essere puntualmente determinato dal contratto, ovvero agevolmente determinabile dal tenore complessivo del documento.

2. Nelle gare di appalto i requisiti generali e speciali devono essere posseduti dalle partecipanti non solo alla data di scadenza del termine di partecipazione, ma anche fino all'aggiudicazione ed alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell'esecuzione, senza soluzione di continuità.

TAR PUGLIA – LECCE, SEZ. I – sentenza 24 febbraio 2017 n. 354

Sulla necessità dell'iscrizione camerale per il servizio in appalto

È illegittima l'aggiudicazione di una procedura selettiva, ex art. 30 del D.Lgs. n. 163 del 2006, indetta previa manifestazione di interesse, ad una ditta risultata priva del requisito della iscrizione alla C.C.I.A. espressamente richiesto dal bando, per lo specifico servizio da affidare, e, in particolare, il requisito della iscrizione nel Registro delle Imprese per attività di gestione di servizi di balneazione, ricreativi e di bar-ristorazione, a nulla rilevando il fatto che la ditta interessata sia in possesso della iscrizione alla C.C.I.A. per la sola gestione di un bar. Infatti: a) la gestione di un bar non può ritenersi equipollente ai servizi di balneazione; b) l'ammissione in gara anche di imprese non iscritte presso la C.C.I.A. per le attività oggetto della prevista concessione, nonostante la chiara previsione della lex specialis cui la stessa P.A. si è autovincolata, inficia, da tale momento, la legittimità della procedura con conseguente illegittimità anche degli atti successivi, ivi compresa l'aggiudicazione intervenuta.

TAR EMILIA ROMAGNA – PARMA, SEZ. I – sentenza 24 febbraio 2017 n. 74

Sulle conseguenze del fallimento della mandataria

1. Nelle gare pubbliche il divieto di modificare la composizione dei partecipanti raggruppamenti temporanei d'impresе riguarda l'intero arco della procedura di evidenza pubblica, mentre le eccezioni contemplate dall'art. 37, commi 18 e 19, del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 e concernenti il fallimento della impresa mandante e della mandataria, la morte, l'interdizione o inabilitazione dell'imprenditore individuale, nonché le ipotesi previste dalla normativa antimafia, riguardano evenienze relative alla successiva fase dell'esecuzione del contratto.

2. E' legittimo il provvedimento con il quale la P.A. appaltante, senza applicare la disciplina prevista dall'art. 37, 18° comma, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, riguardante il subentro nel caso di impresa mandataria dichiarata fallita, ha revocato, in autotutela, nei confronti di una riunione temporanea di imprese, l'aggiudicazione di una gara di appalto, che sia motivata con riferimento al fallimento della

mandataria, intervenuto dopo l'aggiudicazione definitiva, ma prima della stipula del contratto; infatti, il tenore testuale nonché i riferimenti nella previsione di cui all'art. 37, comma 18, cit. al "rapporto d'appalto" ed ai "lavori o servizi o forniture ancora da eseguire" presuppongono, ai fini dell'applicazione della medesima norma, che il contratto d'appalto sia stato già stipulato.

TAR CALABRIA, REGGIO CALABRIA, sentenza 25 febbraio 2017, n. 166

Sulla scelta del criterio di selezione delle offerte e sull'indicazione degli oneri di sicurezza

L'art. 95, comma 4, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 individua i casi in cui la stazione appaltante "può" ricorrere al criterio del minor prezzo, rimettendo alla stessa quindi la facoltà della scelta; ciò a differenza di quanto previsto dal precedente comma 3, che invece individua i casi in cui si "deve" utilizzare il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (nella specie (Nella specie si trattava di un servizio sopra soglia di prelievo, raccolta, evacuazione e smaltimento dei rifiuti sanitari).

Ai sensi del comma 5 dell'art. 95, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, la stazione appaltante che si avvale della facoltà, prevista dal precedente comma 4, di utilizzare il criterio del "minor prezzo" per selezionare l'offerta migliore, deve motivare le ragioni di tale scelta.

E' legittima l'esclusione dalla gara, bandita in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici, approvato con d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, del concorrente che non ha indicato nella propria offerta, come prescritto dall'art. 95, comma 10, dello stesso Codice, gli oneri per la sicurezza c.d. "interni o aziendali".

TAR LAZIO – ROMA, SEZ. III – sentenza 27 febbraio 2017 n. 2852

Sulla tassatività delle ipotesi di esclusione

E' illegittimo il provvedimento con il quale la P.A. appaltante ha escluso da una gara di appalto di servizi (nella specie si trattava del servizio di pulizie di tre immobili di proprietà del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Roma), che sia motivato con esclusivo riferimento al fatto che, nonostante la indicazione del prezzo complessivo, la ditta interessata ha ommesso di indicare, per ciascun immobile, i prezzi unitari relativi all'importo offerto in sede di gara; tale omessa indicazione, infatti, oltre a non essere – nel caso di specie – espressamente sanzionata dal bando con la con la esclusione, non è nemmeno contemplata, dall'art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016, nel tassativo novero delle cause di esclusione dalle gare.

CGA, SEZ. GIURISDIZIONALE – sentenza 27 febbraio 2017 n. 67

Sul principio dell'immodificabilità della graduatoria

Nel caso in cui, dopo l'aggiudicazione definitiva, sia stata emessa una sentenza che ha ritenuto illegittima l'esclusione di una impresa da una gara, è applicabile l'art. 38, comma 2 bis, del d.lgs. n. 163 del 2006 (ed oggi riprodotto dall'art. 95, comma 15, del d.lgs. n. 50 del 2016 – nuovo codice dei contratti pubblici), secondo cui "ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione

delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte"; in tal caso, quindi, essendo già intervenuta addirittura l'aggiudicazione definitiva, la media delle offerte e della soglia di anomalia non può essere oggetto di modifica per effetto della riammissione della impresa illegittimamente esclusa, indipendentemente dalle ragioni di detta esclusione (pacificamente ascrivibili, nel caso in questione, alla stazione appaltante).

CGA, SEZ. GIURISDIZIONALE – sentenza 27 febbraio 2017 n. 68

Sul giudizio di non anomalia dell'offerta

1. In sede di verifica delle offerte sospettate di essere anomale, la Stazione appaltante può tener conto di esternalità positive di cui il concorrente possa eventualmente giovare in relazione ad altri contestuali servizi in corso di esecuzione; d'altra parte, la possibilità di tener conto della specifica condizione di ciascun partecipante non appare ex se discriminatoria, in quanto non legata necessariamente all'elemento dimensionale dell'impresa (essendo d'altronde sempre consentita, per elidere tale profilo, la partecipazione alle gare in composizione plurisoggettiva).

2. In sede di verifica delle offerte sospettate di essere anomale, le tabelle ministeriali relative ai costi della mano d'opera rappresentano soltanto dei parametri generali di riferimento per valutare la congruità dei costi rappresentati nelle offerte degli operatori economici, ma non sono ex se vincolanti, nel senso che l'impresa sottoposta a verifica è ammessa a fornire spiegazioni in ordine alle eventuali ragioni di scostamento della propria offerta da quei parametri generali.

3. E' legittimo il giudizio di non anomalia di una offerta che ha un costo medio orario inferiore a quello previsto dalle tabelle ministeriali, motivato con riferimento al concetto di costo medio orario societario, ritenuto congruo dalla stazione appaltante quale elemento discrezionale (rispetto ad altre offerte concorrenti), facendo riferimento ad evidenti "economie di scala" che deriverebbero dalla contestuale esecuzione di altre commesse in corso di svolgimento, che condurrebbero ad un oggettivo risparmio delle spese relative al personale sull'appalto oggetto di gara (nella specie si trattava dell'appalto del servizio di vigilanza armata).

TAR LIGURIA, SEZ. II – sentenza 28 febbraio 2017 n. 145

Sull'inammissibilità del soccorso istruttorio in riferimento all'offerta tecnica

Legittimamente la commissione di una gara di appalto ha ritenuto inammissibile l'integrazione della documentazione prodotta da una impresa sulla base del rilievo che la stessa afferiva all'offerta tecnica e, come tale, esulava dall'ambito dell'istituto del soccorso istruttorio, così come ora previsto e disciplinato dal d.lgs. n. 50/2016; infatti, l'art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50/2016 ha escluso la sanabilità mediante il soccorso istruttorio degli elementi dell'offerta tecnica e economica.

TAR PIEMONTE, SEZ. I – sentenza 28 febbraio 2017, n. 289

Sulla fede privilegiata del verbale di gara e sul grave illecito professionale

1. Il verbale della commissione costituisce un atto pubblico che è assistito da fede privilegiata, facendo prova sino a querela di falso di quanto in esso attestato; una volta che il verbale venga “chiuso”, cioè confermato e sottoscritto, esso diviene pertanto intangibile anche per gli stessi componenti della commissione, nel senso che il potere che con la verbalizzazione è stato esercitato è venuto meno, cioè si è consumato.

2. Non configura grave illecito professionale, idoneo a determinare la sussistenza di una causa automatica di esclusione di una ditta da un gara di appalto, ex art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 50 del 2016, il fatto che, nei confronti della medesima ditta, una P.A. differente da quella che ha indetto la gara, in precedenza, abbia adottato un provvedimento di revoca dell’aggiudicazione, ove tale revoca sia stata disposta non in ragione di inadempimenti afferenti l’esecuzione di un contratto di appalto, bensì per la omissione di dichiarazioni rese da un precedente amministratore della ditta interessata. In tal caso, infatti, l’ammissione in gara deve ritenersi legittima, in quanto la revoca dell’aggiudicazione non può ritenersi rientrante tra le ipotesi di esclusione della suindicata disposizione normativa, poiché non costituisce automaticamente un grave illecito professionale, tale da rendere dubbia la affidabilità, né integra l’ipotesi di significative carenze nell’esecuzione di un precedente appalto.

TAR FRIULI VENEZIA GIULIA, sez. I, sentenza 1 marzo 2017, n. 81

Sui requisiti di capacità economico-finanziaria

L’art. 83 del nuovo Codice dei contratti, come del resto già il previgente art. 41, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, peraltro, lascia la libertà alle stazioni appaltanti di individuare nella legge di gara gli indici di capacità economica più adatti, con il solo limite della “attinenza” e “proporzionalità” all’oggetto dell’appalto, nella ricerca di un costante bilanciamento con l’interesse pubblico “ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti, nel rispetto dei principi di trasparenza e rotazione” (vedi art. 83, comma 2). Per gli appalti di servizi e forniture, ai fini della verifica del possesso dei requisiti di capacità economica e finanziaria, le stazioni appaltanti, nel bando di gara, possono richiedere, tra l’altro, che “gli operatori economici forniscano informazioni riguardo ai loro conti annuali che evidenzino in particolare i rapporti tra attività e passività” (art. 83, comma 4, lett. b).

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 1° marzo 2017 n. 932

Sull’anomalia dell’offerta in relazione alla tipologia contrattuale applicata

1. In materia di appalti pubblici, la scelta del contratto collettivo da applicare rientra nelle prerogative di organizzazione dell’imprenditore e nella libertà negoziale delle parti, col solo limite che esso risulti coerente con l’oggetto dell’appalto.

2. Non può considerarsi anomala l’offerta quando la stessa è riconducibile al minor costo del lavoro per il contratto da essa applicato al personale rispetto a quello applicato da altra impresa se nella *lex specialis* si richiede l’indicazione non di un contratto specifico, ma semplicemente di quale sia il contratto applicato e, peraltro, le mansioni richieste per l’esecuzione del servizio sono riconducibili a più figure professionali, inquadrabili anche nelle previsioni di diverse tipologie contrattuali.

ANAC - comunicato del 15 febbraio 2017 (depositato il 1° marzo 2017) - Oggetto: presupposti di ammissibilità e modalità di presentazione delle istanze per il rilascio del parere sulla congruità del prezzo, ai sensi dell'art. 163 del d.l.gs. n. 50/2016 (Data di pubblicazione: 3 marzo 2017).

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 2 marzo 2017 n. 975

Sul socio di maggioranza (persona giuridica) e sui presupposti del soccorso istruttorio in sede processuale

1. Nel caso di commissione di un mero errore circa gli obblighi dell'assunzione di lavoratori disabili in sede di compilazione della modulistica (nella specie l'offerente aveva barrato la casella che conteneva la dichiarazione di regolarità per insussistenza dell'obbligo, anziché quella di regolarità per adempimento dell'obbligo) e tale errore emerga con evidenza dai dati dell'offerta tecnica (ove era stato dichiarato l'impiego di ben trenta unità di personale dipendente), l'errore stesso non implica alcuna violazione della l. 68/1999, essendo pacifico che la ditta in questione ha proceduto all'assunzione di lavoratori disabili nei termini di legge. Sul piano formale esso dà luogo ad una mera contraddittorietà, sorretta da buona fede e certamente non integrante una irregolarità essenziale, suscettibile di essere ricondotta a coerenza a messo di una lettura complessiva della documentazione.

2. L'applicazione di un determinato contratto collettivo non può essere imposta dalla *lex specialis* alle imprese concorrenti quale requisito di partecipazione, né la mancata applicazione di questo può essere a priori sanzionata dalla stazione appaltante con l'esclusione, sicché deve negarsi in radice che l'applicazione di un determinato contratto collettivo anziché di un altro possa determinare, in sé, l'inammissibilità dell'offerta.

3. In ordine alla dichiarazione circa il possesso dei requisiti morali, deve ritenersi che l'art. 38, comma 1, lett. c), d.lgs. 163/2006, nell'attuale versione novellata dall'art. 4, comma 2, lett. b), l. n. 106/2011, ricomprende tra i soci di maggioranza obbligati anche le persone giuridiche; infatti, il dato testuale della norma indica che, con riferimento al "socio di maggioranza", il legislatore non ha incluso alcuna specificazione in relazione alla natura giuridica del socio, con la conseguenza che si avvalora l'opzione ermeneutica per la quale l'espressione testuale vale tanto per la persona fisica, quanto per la persona giuridica, in conformità ad un approccio sostanzialistico alla normativa che attribuisce rilievo ai requisiti di moralità di tutti i soggetti che condizionano la volontà degli operatori che stipulano contratti con la pubblica amministrazione, a prescindere dalla circostanza che siano persone fisiche o giuridiche, in ossequio ai principi di lealtà, correttezza, trasparenza e buona amministrazione.

4. Per ciò che concerne il cosiddetto "soccorso istruttorio processuale", deve ritenersi che l'istituto del soccorso istruttorio riferito ai requisiti di partecipazione possa anche applicarsi una volta intervenuta l'aggiudicazione, atteso che ciò non comporta la violazione del principio della "par condicio" tra i concorrenti; invero, la scelta sostanzialistica del legislatore, diretta ad impedire l'esclusione per vizi formali nella dichiarazione, quando vi è prova del possesso del requisito, deve applicarsi anche quando l'incompletezza della dichiarazione viene dedotta come motivo di impugnazione dell'aggiudicazione da parte di altra impresa partecipante alla selezione (non essendone avveduta la stazione appaltante in sede di gara), ma è provato che la concorrente fosse effettivamente in possesso del prescritto requisito soggettivo fin dall'inizio della procedura di gara e per tutto il suo svolgimento. In tale caso, infatti, l'irregolarità della dichiarazione si configura come vizio solo formale e non sostanziale, emendabile secondo l'obbligatoria procedura di soccorso istruttorio.

5. La questione dell'applicabilità del soccorso istruttorio in giudizio va risolta nel senso che la questione non può essere rilevata d'ufficio del giudice, ma presuppone sempre un'iniziativa della parte

aggiudicataria, interessata alla affermazione della legittimità (sostanziale) della propria ammissione alla gara. Tuttavia l'aggiudicataria, per poter validamente invocare in sede processuale il principio del soccorso istruttorio, al fine di paralizzare la doglianza diretta ad ottenere la sua esclusione dalla gara, può limitarsi ad una deduzione difensiva, diretta a dimostrare, che, in ogni caso, sussiste il possesso dei requisiti sostanziali di partecipazione. A tal fine la parte è gravata dall'onere, ex art. 2697 c.c., della dimostrazione della natura meramente formale dell'errore contenuto nella dichiarazione: può validamente spendere tale argomento difensivo solo dimostrando in giudizio di disporre del requisito fin dal primo momento, e cioè da quando ha reso la dichiarazione irregolare.

6. Nel caso in cui vi sia una irregolarità essenziale (ad esempio sia stata omessa la produzione di un documento relativo ai requisiti morali) ed essa non sia stata rilevata e sanata in virtù dello specifico procedimento pure disciplinato dall'art. 38, comma 2-bis, d.lgs. 163/2006 il giudice amministrativo può "limitarsi" ad accertare, all'esito del processo, i termini della dedotta irregolarità essenziale e, ove risulti provato che ad essa non si accompagni anche una carenza sostanziale del requisito (alla cui dimostrazione la documentazione omessa o irregolarmente prodotta era finalizzata), dichiarare, alla luce della prognosi postuma fatta, che il vizio era sanabile e che l'offerente aveva interesse a sanarlo, previo pagamento della sanzione pecuniaria.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI – sentenza 2 marzo 2017 n. 978

Sui chiarimenti resi dalla stazione appaltante

1. Nelle gare di appalto, i chiarimenti forniti dalla stazione appaltante – aventi ad oggetto il contenuto del bando e degli atti allegati – sono ammissibili ad una duplice condizione: a) non devono intervenire dopo l'inizio dell'esame delle offerte; b) non devono essere tali da modificare la disciplina dettata per lo svolgimento della gara, per come scolpita nella *lex specialis* (alla stregua del principio nella specie sono stati ritenuti inammissibili i chiarimenti forniti dalla stazione appaltante, atteso che: a) la commissione di gara aveva rettificato la formula aritmetica indicata nel bando di gara solamente dopo la consegna delle offerte economiche e l'apertura delle buste; b) l'errore non aveva carattere ostativo, atteso che l'errore materiale direttamente emendabile è soltanto quello che può essere percepito o rilevato *ictu oculi*, senza bisogno di complesse indagini ricostruttive).

2. In caso di equivocità o di erroneità del bando, un corretto rapporto tra amministrazione e privato, che sia rispettoso dei principi generali del buon andamento dell'azione amministrativa e di imparzialità, impone di far precedere all'apertura delle buste un apposito provvedimento per illustrare ai partecipanti le correzioni da apportare e le ragioni che le giustificano, mettendo quindi tutti i concorrenti di adeguarsi alle nuove condizioni prima di presentare le proprie offerte e di prendere parte alla gara.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 2 marzo 2017 n. 982

Sui requisiti per l'emissione dell'informativa interdittiva antimafia

L'informativa interdittiva antimafia è per sua stessa ragion d'essere un provvedimento discrezionale e non vincolato, che deve fondarsi su di un autonomo apprezzamento degli elementi delle indagini svolte, o dei provvedimenti emessi in sede penale, da parte dell'autorità prefettizia". E' compito del Prefetto valutare il provvedimento giurisdizionale nel suo valore estrinseco in quanto indice rivelatore dell'infiltrazione mafiosa a fronte di uno dei delitti di cui all'art. 84, comma 4, lett. a), del Codice delle leggi antimafia, ma deve contestualmente avere un'opinione autonoma circa le implicazioni penali,

non essendovi un necessario nesso in automatico tra l'emissione del provvedimento cautelare in sede penale e l'emissione dell'informativa interdittiva.

In caso di attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti, "il disvalore sociale e la portata del danno ambientale connesso al traffico illecito di rifiuti sono condizioni sufficienti a far valutare con attenzione i contesti imprenditoriali, nei quali sono rilevati, in quanto oggettivamente esposti al rischio di infiltrazioni di malaffare che hanno caratteristiche e modalità di stampo mafioso".

La presenza di legami con la criminalità organizzata, a fronte di tale grave condotta, è considerata come presupposta dal legislatore, con una presunzione *iuris tantum* che certamente deve ammettere la prova contraria, non potendosi postulare un automatismo tra l'emissione dell'ordinanza e l'emissione dell'informativa.

TAR LIGURIA, SEZ. I – sentenza 2 marzo 2017, n. 163

Sull'indicazione di oneri di sicurezza interni pari a zero

In relazione alla violazione dell'art. 95, comma 10, d.lgs. 50/2016 per mancata indicazione dei costi in materia di salute e sicurezza, pur condividendo l'impostazione di parte ricorrente circa la doverosità dell'indicazione ora imposta dalla norma, dinanzi ad un valore a prima vista del tutto anomalo (indicato come pari a 0), il dato formale dell'indicazione dei presunti costi sussiste, cosicché la verifica in capo alla stazione appaltante si sposta sul versante dell'eventuale sostenibilità ed anomalia dell'offerta, non certo sul dedotto profilo formale della violazione della norma invocata

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. IV – sentenza 3 marzo 2017 n. 1006

Sull'inammissibilità della regolarizzazione postuma del DURC

Anche dopo l'entrata in vigore dell'art. 31, comma 8, del d.l. 21 giugno 2013 n. 69, convertito con modificazioni dalla legge 9 agosto 2013, n. 98, non sono consentite regolarizzazioni postume della posizione previdenziale, dovendo l'impresa essere in regola con l'assolvimento degli obblighi previdenziali ed assistenziali fin dalla presentazione dell'offerta e conservare tale stato per tutta la durata della procedura di aggiudicazione e del rapporto con la stazione appaltante, restando dunque irrilevante, un eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva". Pertanto, è legittima l'esclusione dalla gara dell'impresa che, al momento della presentazione dell'offerta, non sia in regola con l'assolvimento degli obblighi previdenziali ed assistenziali, secondo quanto risultante dal DURC richiesto dalla stazione appaltante al fine della verifica dell'autodichiarazione resa.

L'istituto dell'invito alla regolarizzazione trova applicazione solo nei rapporti tra impresa ed ente previdenziale, risultando irrilevante un eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva, non essendo consentite regolarizzazioni postume della posizione previdenziale, dovendo l'impresa essere in regola con l'assolvimento degli obblighi previdenziali ed assistenziali fin dalla presentazione dell'offerta e conservare tale stato per tutta la durata della procedura e del rapporto con la PA.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 6 marzo 2017 n. 1050

Sugli oneri di sicurezza interni nel precedente codice

1. Per le gare bandite anteriormente all'entrata in vigore del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, nelle ipotesi in cui l'obbligo di indicazione separata dei costi di sicurezza aziendale non sia stato specificato dalla legge di gara, e non sia in contestazione che dal punto di vista sostanziale l'offerta rispetti i costi minimi di sicurezza aziendale, l'esclusione del concorrente non può essere disposta se non dopo che lo stesso sia stato invitato a regolarizzare l'offerta dalla stazione appaltante nel doveroso esercizio dei poteri di soccorso istruttorio.

Sulla persistenza dei requisiti di partecipazione

2. E' principio generale che le qualificazioni richieste dal bando debbono essere possedute dai concorrenti non solo al momento della scadenza del termine per la presentazione delle offerte, ma anche in ogni successiva fase della gara e per tutta la durata dell'appalto, senza soluzione di continuità. Quando, tuttavia, la gara è aggiudicata ed il contratto stipulato, deve differenziarsi la posizione dell'aggiudicatario da quella delle imprese collocatesi in posizione non utile: mentre infatti, per il primo, il momento contrattuale costituisce l'appendice negoziale e realizzativa della procedura ed impone il mantenimento dei requisiti richiesti e dichiarati in sede di partecipazione, per le seconde la procedura è da considerarsi terminata: l'offerta formulata non è più vincolante nei confronti dell'Amministrazione e cessa quel rapporto che si era instaurato con la domanda di partecipazione.

TAR LAZIO – ROMA, SEZ. II – sentenza 6 marzo 2017 n. 3137

Sull'illegittimità dell'esclusione per mancanza del bollo sull'offerta

1. L'inosservanza delle prescrizioni del bando o della lettera d'invito circa le modalità di presentazione delle offerte può implicare l'esclusione dalla gara, in assenza di espressa previsione al riguardo, solo quando si tratti di prescrizioni rispondenti ad un particolare interesse dell'Amministrazione appaltante o poste a garanzia della par condicio dei concorrenti.

2. Non può comportare l'esclusione dalla gara la inosservanza della prescrizione della *lex specialis* di gara, relativa alla presentazione dell'offerta economica su carta legale, con marca da bollo di € 16,00, la quale non è volta a garantire la par condicio dei concorrenti, ma è esclusivamente inerente all'obbligo di corrispondere il pagamento dell'imposta di bollo. Pertanto, nel caso di offerta priva del prescritto bollo, la P.A. appaltante non può procedere all'esclusione dell'offerta stessa, ma deve procedere piuttosto alla regolarizzazione ai sensi dell'articolo 19 del D.P.R. n. 642 del 1972.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 6 marzo 2017 n. 1038

Sull'illegittimità dei macro-lotti

1. Una ditta che ha affermato di non potere partecipare alla gara a causa dell'elevato fatturato richiesto dal bando per ciascun lotto territoriale, in conseguenza della sproporzionata dimensione dei lotti stessi, è legittimata ad impugnare direttamente il bando di gara, non essendo necessaria la domanda di partecipazione e la impugnativa degli atti della procedura di affidamento; in tal caso, infatti, sussiste l'onere per l'operatore economico di proporre tempestivo ricorso contro il bando, perché immediatamente lesivo dei suoi interessi, essendo irrilevante il fatto che la ditta poteva partecipare alla gara in forma associata o mediante avvalimento.

2. Come qualsiasi scelta della P.A., anche la suddivisione in lotti di un contratto pubblico si presta ad essere sindacata in sede giurisdizionale amministrativa; e ciò ancorché l'incontestabile ampiezza del margine di valutazione attribuito all'Amministrazione in questo ambito conduca per converso a confinare questo sindacato nei noti limiti rappresentati dai canoni generali dell'agire amministrativo, ovvero della ragionevolezza e della proporzionalità, oltre che dell'adeguatezza dell'istruttoria.

3. È illegittimo il bando di una gara a procedura aperta indetta dalla Consip s.p.a. per la stipula di convenzioni ai sensi degli artt. 26 della legge finanziaria per il 2000 (legge 23 dicembre 1999, n. 488) e 58 della legge finanziaria per il 2001 (legge 23 dicembre 2000, n. 388), di durata biennale, con facoltà di proroga per un anno, per l'affidamento dei servizi integrati di vigilanza, ove risulti che, per effetto della dimensione dei lotti territoriali previsti, siano stati violati i principi di concorrenza, buon andamento dell'Amministrazione, ragionevolezza e proporzionalità (nella specie, in particolare, era stata evidenziata la circostanza che la partecipazione ad una gara di rilevante interesse strategico per il suo valore complessivo – 540 milioni di euro – era di fatto riservata «solo a pochissimi grandi operatori economici del settore», individuabili in quelli già detentori di posizioni consolidate di mercato – incumbents, e per contro preclusa alle «imprese di media e piccola dimensione»).

TAR EMILIA ROMAGNA – BOLOGNA, SEZ. II – sentenza 7 marzo 2017 n. 209

Sull'esecuzione anticipata della prestazione

E' legittima la consegna anticipata di un appalto di servizi, disposta prima che il contratto sia divenuto efficace, nel caso di appalto del servizio di sgombero neve e trattamento antigelo sull'intero territorio comunale; infatti: a) si tratta di servizio avente natura essenziale, nonché necessario per scongiurare pregiudizi anche rilevanti all'incolumità delle persone e all'integrità dei beni; b) l'art. 32, commi 8 e 13, del d.lgs. n. 50 del 2016, prevede che l'esecuzione del contratto di appalto può avere inizio solo dopo che lo stesso è divenuto efficace, salvo che, in casi di urgenza, la stazione appaltante ne chieda l'esecuzione anticipata.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 8 marzo 2017 n. 1091

Sulla continuità della SOA in caso di rinnovo

Ai fini della verifica della continuità del possesso dei requisiti speciali di partecipazione di cui all'attestazione SOA, è sufficiente che l'impresa abbia presentato istanza di rinnovo nel termine normativamente previsto, ovvero 90 giorni precedenti la scadenza del termine di validità dell'attestazione, ai sensi dell'art. 76, comma 5, D.P.R. n. 207/2010.

TAR CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. II – sentenza 8 marzo 2017 n. 1336

Sul principio di rotazione negli appalti sotto-soglia

1. Nelle procedure di affidamento di lavori, servizi o forniture ai sensi dell'art. 36 del D.Lgs. n. 50/2016, definite "semplificate", va riconosciuta alle PP.AA. appaltanti una ampia discrezionalità anche nella fase dell'individuazione delle ditte da consultare e, quindi, della negazione della sussistenza di un diritto in capo a qualsiasi operatore del settore ad essere invitato alla procedura; la

marcata discrezionalità che connota le predette procedure è temperata da alcuni principi, tra i quali la trasparenza (come antidoto preventivo a comportamenti arbitrari e, più in generale, alla questione “corruzione”) e la rotazione (funzionale ad assicurare l’avvicendamento delle imprese affidatarie per evitare che il carattere discrezionale della scelta si traduca in uno strumento di favoritismo).

2. E’ legittimo l’affidamento diretto di un servizio senza la consultazione del precedente gestore ai fini della indagine di mercato preliminare all’affidamento; infatti, anche se il combinato-disposto dagli artt. 36, 1° comma e 30, 1° comma del D.Lgs. n. 50/2016 pone sullo stesso piano i principi di concorrenza e di rotazione, tuttavia, a meno di non volerne vanificare la valenza del principio di rotazione, esso privilegia indubbiamente l’affidamento a soggetti diversi da quelli che in passato hanno svolto il servizio stesso, e ciò con l’evidente scopo di evitare la formazione di rendite di posizione e conseguire, così, un’effettiva concorrenza (che sarebbe altresì frustrata dalla posizione di vantaggio in cui si trova l’operatore uscente, a perfetta conoscenza della strutturazione del servizio da espletare).

TAR LAZIO – ROMA, SEZ. II BIS – sentenza 7 marzo 2017 n. 3215

Sull’ammissibilità dell’autotutela dopo il termine di 18 mesi in caso di dichiarazioni mendaci

E’ legittimo il provvedimento con il quale la P.A. ha revocato in autotutela l’aggiudicazione di una gara (nella specie si trattava di una gara di *project financing*, esperita per la concessione della gestione di un parcheggio pubblico), motivato con riferimento al fatto che la ditta interessata ha presentato, in sede di gara, un documento che è risultato non veritiero, ovvero recante una falsa rappresentazione dei fatti, a nulla rilevando: a) che il provvedimento di secondo grado sia stato adottato dopo il termine di 18 mesi dall’aggiudicazione e, segnatamente, dopo oltre quattro anni; b) che difetti la emissione di una sentenza penale passata in giudicato, relativa alla falsa rappresentazione dei fatti. In tal caso, infatti, trova applicazione l’art. 21 *nonies*, comma 2 *bis*, della legge n. 241 del 1990 che consente alla P.A. il legittimo esercizio del potere di autotutela anche oltre il suddetto termine di diciotto mesi.

TAR VENETO, SEZ. I – sentenza 8 marzo 2017 n. 235

Sull’illegittimità della sanzione economica per carenze non essenziali

Ove il bando di una gara per l’affidamento di un appalto di progettazione esecutiva e di esecuzione lavori, preveda, senza sanzione espulsiva automatica, il subappalto necessario per una determinata categoria di lavori, con l’obbligo di indicare il nominativo del subappaltatore, è illegittimo il provvedimento con il quale la P.A. appaltante, a seguito della richiesta di regolarizzazione dell’offerta, priva della indicazione del nominativo dell’appaltatore, e del positivo riscontro da parte della ditta interessata, ha irrogato, nei confronti della ditta stessa una sanzione economica; in tal caso, infatti, deve ritenersi che il concorrente, nel non dichiarare in sede di offerta il nominativo del subappaltatore, non è incorso in alcuna incompletezza e/o irregolarità dell’offerta tale da comportare l’applicazione dell’art. 38, comma 2-bis, d.lgs. n. 163 del 2006.

TAR PUGLIA – BARI, SEZ. I – sentenza 9 marzo 2017 n. 216

Sulla non necessità di motivazione in caso di non rilevanza della condanna

La Stazione appaltante che non ritenga il precedente penale dichiarato dal concorrente incisivo della sua moralità professionale, non è tenuta ad esplicitare in maniera analitica le ragioni di siffatto convincimento, potendo la motivazione di non gravità del reato risultare anche implicita o per *facta concludentia*, ossia con l'ammissione alla gara dell'impresa, mentre è la valutazione di gravità, semmai, che richiede l'assolvimento di un particolare onere motivazionale; da ciò deriva che non sussiste un obbligo di motivazione espressa nella ipotesi di ritenuta non gravità dei reati manifestata dalla P.A. attraverso la ammissione della concorrente.

TAR PUGLIA – LECCE, SEZ. I – sentenza 10 marzo 2017 n. 411

Sui presupposti per la riserva della progettazione agli architetti

La parziale riserva a favore degli architetti prevista dall'art. 52 co. 2 r.d. n. 2537/1925 (secondo cui "... le opere di edilizia civile che presentano rilevante carattere artistico ed il restauro e il ripristino degli edifici contemplati dalla L. 20 giugno 1909, n. 364, per l'antichità e le belle arti, sono di spettanza della professione di architetto; ma la parte tecnica può essere compiuta tanto dall'architetto quanto dall'ingegnere"), non riguarda la totalità degli interventi concernenti immobili di interesse storico e artistico, ma inerisce alle sole parti di intervento di edilizia civile che implicino scelte culturali connesse alla maggiore preparazione accademica conseguita dagli architetti nell'ambito delle attività di restauro e risanamento di tale particolarissima tipologia di immobili.

TAR SICILIA – CATANIA, SEZ. III – sentenza 13 marzo 2017 n. 499

Sul requisito del servizio analogo

Nel caso in cui con il bando di gara venga richiesto ai partecipanti di documentare il pregresso svolgimento di servizi analoghi, la stazione appaltante non è legittimata ad escludere i concorrenti che non abbiano svolto tutte le attività oggetto dell'appalto, né ad assimilare impropriamente il concetto di servizi analoghi con quello di servizi identici, atteso che la "*ratio*" sottesa alla succitata clausola del bando va individuata nel contemperamento tra l'esigenza di selezionare un imprenditore qualificato ed il principio della massima partecipazione alle gare pubbliche.

T.R.G.A. DI BOLZANO – sentenza 14 marzo 2017 n. 99

Sull'avvalimento infragruppo

In caso di avvalimento infragruppo societario, ai sensi dell'art. 89 D. Lgs. 50/2016, non è necessaria la stipulazione di un contratto di avvalimento, ma è sufficiente che l'impresa capogruppo dimostri il legame societario intercorrente tra essa stessa e l'impresa ausiliaria. Nell'ambito dell'avvalimento infragruppo, infatti, l'obbligo di mettere a disposizione le risorse necessarie è dovuto proprio al rapporto di controllo direzionale societario tra capogruppo e partecipata, che può essere comprovato da una dichiarazione unilaterale attestante il legame giuridico ed economico esistente nel gruppo.

Inoltre, nell'attuale sistema normativo in materia di appalti pubblici ed in coerenza con le disposizioni comunitarie in tema di avvalimento, **non sussistono limiti di tipo soggettivo** in ordine all'impresa

ausiliaria e ai legami tra essa e l'impresa ausiliata. Pertanto, è consentito l'avvalimento all'interno del gruppo, qualunque sia la posizione soggettiva dell'impresa nel gruppo (controllata o controllante).

TAR LAZIO – ROMA, SEZ. II – sentenza 15 marzo 2017 n. 3541

Sull'ammissibilità di un soccorso istruttorio postumo all'aggiudica

In materia di procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, l'Amministrazione appaltante può fare ricorso all'istituto del c.d. soccorso istruttorio anche in un momento successivo all'aggiudicazione. Infatti, poiché la "ratio" e la finalità di detto istituto sono quelle di consentire alla stazione appaltante di ottenere chiarimenti in merito alla documentazione del concorrente interessato, risultata non sufficientemente chiara o completa nella dimostrazione dei requisiti di partecipazione alla gara, deve ritenersi che il relativo subprocedimento non sia precluso a valle dell'aggiudicazione; quindi, la P.A. appaltante può chiedere la rettifica delle dichiarazioni rese in gara dal soggetto aggiudicatario, con possibilità di integrazione postuma – nei casi in cui la stessa P.A. si sia avveduta di eventuali carenze documentali – non solo a monte (nella fase di controllo delle dichiarazioni), ma anche all'esito dell'aggiudicazione.

Nel caso di specie, il soccorso istruttorio era stato accordato dalla P.A. con riferimento alla presentazione postuma della la dichiarazione sostitutiva attestante l'assenza delle cause di esclusione ex art. 38 D.Lgs. 163 del 2006, in capo agli amministratori dell'impresa cedente, avendo la società mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese risultato aggiudicatario, acquisito, nell'anno antecedente la pubblicazione del bando di gara, un ramo d'azienda di altra società, senza tuttavia produrre, con l'offerta, la suddetta dichiarazione sostitutiva attestante l'assenza delle cause di esclusione, in capo agli amministratori dell'impresa cedente.

ANAC – delibera 15 febbraio 2017 n. 235 (in G.U. n. 61 del 14 marzo 2017) – Linee guida n. 7, di attuazione del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, recanti: «*Linee guida per l'iscrizione nell'Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house previsto dall'art. 192 dlgs 50/2016*»

TAR CALABRIA – REGGIO CALABRIA – sentenza 15 marzo 2017 n. 209

Sulla c.d. clausola sociale

1. La c.d. clausola sociale che prevede l'obbligo di continuità nell'assunzione va interpretata nel senso che l'appaltatore subentrante deve prioritariamente assumere gli stessi addetti che operavano alle dipendenze dell'appaltatore uscente, a condizione che il loro numero e la loro qualifica siano armonizzabili con l'organizzazione d'impresa prescelta dall'imprenditore subentrante, mentre i lavoratori che non trovano spazio nell'organigramma dell'appaltatore subentrante e che non vengono ulteriormente impiegati dall'appaltatore uscente in altri settori, sono destinatari delle misure legislative in materia di ammortizzatori sociali.

2. E' illegittimo il bando di una gara per l'appalto di servizi (nella specie si trattava del servizio integrato di raccolta, trasporto, avvio a recupero e smaltimento dei rifiuti urbani e assimilati) che richiede ai concorrenti una "dichiarazione di impegno ad assorbire, ove richiesto dalla ditta che cessa,

il personale addetto ai servizi oggetto dell'appalto dell'impresa cessante a termini del contratto nazionale del personale dei servizi ambientali” e, quindi, un requisito di partecipazione (nella specie l'obbligo di integrale assorbimento era stato oggettivamente posto mediante il riferimento all'art. 6.2. del C.C.N.L. di settore).

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 15 marzo 2017 n. 1172

Sulla necessità della dichiarazione di estinzione del reato

Ai fini della partecipazione alle gare pubbliche, l'estinzione del reato (che consente di non dichiarare l'emanazione del relativo provvedimento di condanna), sotto il profilo giuridico, non è automatica per il mero decorso del tempo, ma deve essere formalizzata in una pronuncia espressa del Giudice dell'Esecuzione Penale, che è l'unico soggetto al quale l'ordinamento attribuisce il compito di verificare la sussistenza dei presupposti e delle condizioni per la relativa declaratoria, con la conseguenza che, fino a quando non intervenga tale provvedimento giurisdizionale, non può legittimamente parlarsi di reato estinto e il concorrente non è esonerato dalla dichiarazione dell'intervenuta condanna. Pertanto, anche nel caso di decreto penale di condanna, poiché l'estinzione non consegue al mero decorso del tempo, ma anche alla mancata commissione di ulteriori reati, l'attività di accertamento da parte del giudice penale non è in alcun modo surrogabile.

Sulla decadenza dal beneficio in caso di dichiarazione mendace

In base all'art. 75 del D.P.R. 28 dicembre 2000 n. 445, la non veridicità della dichiarazione sostitutiva presentata comporta la decadenza dai benefici eventualmente conseguiti, senza che tale disposizione (per la cui applicazione si prescinde dalla condizione soggettiva del dichiarante, rispetto alla quale sono irrilevanti il complesso delle giustificazioni addotte) lasci alcun margine di discrezionalità alle Amministrazioni; pertanto la norma in parola non richiede alcuna valutazione circa il dolo o la grave colpa del dichiarante, facendo invece leva sul principio di autoresponsabilità.

TAR FRIULI VENEZIA GIULIA – TRIESTE, SEZ. I – sentenza 15 marzo 2017 n. 96

Sulla necessità di dichiarare tutte le precedenti risoluzioni contrattuali

E' legittimo il provvedimento di esclusione da una gara di appalto che sia motivato con riferimento al fatto che la ditta interessata ha omesso di dichiarare una serie di inadempimenti e di risoluzioni contrattuali di cui si sarebbe resa responsabile, in precedenza, nell'esecuzione di contratti pubblici (art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 50/2016) e per avere omesso di dichiarare i soggetti del collegio sindacale, nonché, di conseguenza, il possesso dei requisiti degli stessi di cui all'art. 80 del d.lgs. 50/2016, a nulla rilevando che i precedenti professionali “negativi” non dichiarati sarebbero inconferenti ai fini delle valutazioni in ordine alla integrità e affidabilità della ditta stessa, ai sensi della suddetta norma di legge. Infatti, la valutazione in ordine alla gravità e rilevanza di tali inadempimenti compete alla (sola) stazione appaltante sulla base della piena cognizione di tutte le circostanze fattuali, nessuna esclusa, che potrebbero assumere rilievo; con la conseguenza che l'operatore economico non ha facoltà di scegliere quali dichiarare.

TAR CAMPANIA – SALERNO, SEZ. I – sentenza 16 marzo 2017 n. 458

Sulla perdita dei requisiti in capo all'ausiliaria

E' illegittima l'ammissione di una ditta ad una gara di appalto, e, in particolare, l'ammissione a concorrere alle successive fasi del confronto competitivo, nel caso in cui: a) la medesima ditta abbia perso i requisiti di qualificazione prescritti dalla *lex specialis* di gara e dichiarati in sede di presentazione dell'offerta; b) tale perdita si sia verificata in conseguenza del fatto che una delle tre imprese ausiliarie, di cui si la suddetta ditta si è avvalsa ai fini del possesso dei requisiti di qualificazione, si è vista ridurre, medio tempore, la categoria SOA posseduta e prestata; in tal caso, infatti, detta riduzione della categoria SOA dell'ausiliaria inficia irrimediabilmente la partecipazione alla gara del concorrente interessato.

TAR PUGLIA – LECCE, SEZ. III – sentenza 21 marzo 2017 n. 463

Sulla devoluzione al Giudice ordinario delle controversie relative all'esecuzione del contratto

Rientra nella giurisdizione del G.O. una controversia avente ad oggetto l'impugnazione di un provvedimento con il quale un Comune, a seguito di ritenuti inadempimenti contrattuali posti in essere dalla società interessata, ha applicato nei confronti della società stessa le sanzioni pecuniarie e/o le penali previste da un contratto di appalto di servizi (nella specie, si trattava del contratto di appalto del servizio di gestione dei rifiuti urbani e assimilati); tale controversia, infatti, esula dalla giurisdizione del G.A. ex art. 133 lett. p) c.p.a., rientrando invece nella giurisdizione del G.O., atteso che il legislatore, nell'attribuire alla giurisdizione esclusiva del G.A. tutte le controversie comunque attinenti alla complessiva azione della gestione dei rifiuti, seppure posta in essere con comportamenti della P.A. o dei soggetti alla stessa equiparati, si riferisce ai soli comportamenti che costituiscono espressione di un potere autoritativo.

TAR BASILICATA – POTENZA, SEZ. I – sentenza 22 marzo 2017 n. 252

Sul sorteggio in seduta pubblica delle ditte da invitare alla procedura negoziata

Per quanto riguarda gli appalti sotto soglia, l'art. 30, comma 1, del nuovo Codice degli Appalti prescrive l'obbligo del "rispetto dei principi di cui all'art. 30, comma 1", cioè, oltre ai principi di economicità, efficacia, tempestività, correttezza, libera concorrenza, non discriminazione e proporzionalità, anche quelli di trasparenza e pubblicità. Al riguardo, per quanto riguarda i principi di trasparenza e pubblicità, va evidenziato che il nuovo Codice degli Appalti all'art. 53, comma 2, lett. b), come il previgente art. 13, comma 2, lett. b), D.Lg.vo n. 163/2006, statuisce nelle procedure negoziate, come quella di cui è causa, anche il differimento dell'accesso "all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno manifestato il loro interesse, ed in relazione all'elenco dei soggetti che sono stati invitati a presentare offerte e all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte medesime", con l'evidente finalità di assicurare una corretta dinamica concorrenziale, **evitando accordi collusivi** in seguito alla conoscenza dei nominativi dei concorrenti prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte e/o condizionamenti nella scelta di partecipare o meno alla procedura ristretta e/o negoziata, come per es. quello di parametrare l'offerta in base al numero e le caratteristiche dei soggetti invitati o addirittura l'intento di alterare il meccanismo di determinazione della soglia di anomalia, con gravi ripercussioni sul regolare svolgimento della gara (cfr. TAR Basilicata sent. n. 664 del 24.6.2016).

Il punto 4.1.5 delle Linee Guida, emanate dall'ANAC, in attuazione dell'art. 36, comma 7, D.Lg.vo n. 50/2016, con Deliberazione n. 1097 del 26.10.2016, per disciplinare le modalità di dettaglio delle gare di appalto sotto soglia, stabilisce che **l'esito del sorteggio deve essere reso pubblico successivamente** (esattamente *“nell'avviso di indagine di mercato la stazione appaltante si può riservare la facoltà di procedere alla selezione dei soggetti da invitare mediante sorteggio, di cui sarà data successiva notizia”*), mentre il punto 4.2.3 di tali Linee Guida prevede l'obbligo che la scelta di ridurre il numero degli offerenti mediante sorteggio *“sia debitamente pubblicizzato nell'avviso di indagine esplorativa”* e l'ulteriore cautela di rendere *“tempestivamente noto, con adeguati strumenti di pubblicità, la data e il luogo di espletamento del sorteggio, adottando gli opportuni accorgimenti, affinché i nominativi degli operatori economici selezionati tramite sorteggio non vengano resi noti, né siano accessibili, prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte”*.

Dal combinato disposto di cui ai predetti punti 4.1.5 e 4.2.3 delle citate Linee Guida del 26.10.2016 si desume che **la stazione appaltante deve effettuare il sorteggio degli offerenti da invitare in un'apposita seduta pubblica**, alla quale possono assistere i rappresentanti di tutte le imprese che hanno presentato la domanda di partecipazione, ma con modalità tali da non far conoscere ai presenti le imprese sorteggiate. La data di tale seduta pubblica, dedicata al sorteggio, può essere indicata nell'Avviso di indagine di mercato oppure con qualche giorno di anticipo nel sito internet della stazione appaltante. Pertanto, poiché la stazione appaltante ha effettuato il sorteggio esclusivamente alla presenza del Responsabile del procedimento, del Segretario Comunale (nella qualità di Responsabile per la Prevenzione della Corruzione) e di due testimoni, senza consentire la presenza dei rappresentanti delle imprese deve ritenersi che sono stati violati i principi di trasparenza e pubblicità.

A quanto sopra consegue l'accoglimento del ricorso in esame e per l'effetto l'annullamento del punto 6 dell'Avviso di indagine di mercato; **da tale annullamento consegue la ripetizione dell'intero procedimento e non solo del sorteggio**, in quanto, oltre alla circostanza che il successivo espletamento della procedura negoziata e l'apertura delle buste ha reso conoscibili gli offerenti, violando la finalità sopra indicata, sottesa al citato art. 53, comma 2, lett. b), D.Lg.vo n. 50/2016, va rilevato che la violazione del principio di pubblicità nei procedimenti di evidenza pubblica costituisce un vizio insanabile anche ove non sia stata comprovata l'effettiva lesione sofferta dai concorrenti, trattandosi di adempimento posto a tutela non solo della parità di trattamento tra gli stessi, ma anche dell'interesse pubblico alla trasparenza ed all'imparzialità dell'azione amministrativa, le cui conseguenze negative sono difficilmente apprezzabili *ex post*.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 22 marzo 2017 n. 1320

Sulla possibilità di annullare l'aggiudica dopo la stipula della convenzione e sulla decorrenza del termine di 18 mesi

1. Il *dies a quo* per computare il termine di 18 mesi, previsto dall'art. 21-*nonies*, comma 1, della l. n. 241 del 1990, per il ritiro dell'atto amministrativo decorre dall'emanazione del provvedimento attributivo di un effettivo vantaggio economico (nella specie costituito dalla deliberazione con la quale è stato affidato il servizio ed è stato approvato lo schema della relativa convenzione), essendo questo il momento effettivo dal quale è possibile far decorrere tale termine, in quanto gli atti prodromici della procedura di gara non possono attribuire alcun vantaggio economico, concretizzandosi soltanto con la detta deliberazione, recante l'affidamento del servizio.

2. Anche se è vero che l'Amministrazione non può procedere alla revoca del contratto, di cui all'art. 21-*quinquies* della l. n. 241 del 1990, dopo la stipula del contratto stesso, sussiste tuttavia la possibilità dell'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione definitiva anche dopo detta stipula, così come era previsto dall'art. 1, comma 136, della legge n. 311 del 2004, ora abrogato. Un simile potere di

annullamento in autotutela, nel preminente interesse pubblico al ripristino della legalità dell'azione amministrativa anzitutto da parte della stessa Amministrazione procedente, deve quindi riconoscersi a questa anche dopo l'aggiudicazione della gara e la stipulazione del contratto, con conseguente inefficacia di quest'ultimo, e trova ora un solido fondamento normativo, dopo le recenti riforme della l. n. 124 del 2015, anche nella previsione dell'art. 21-nonies, comma 1, della l. n. 241 del 1990, laddove esso si riferisce anche ai provvedimenti attributivi di vantaggi economici, che non possono non ritenersi comprensivi anche dell'affidamento di una pubblica commessa.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 23 marzo 2017 n. 1320

Sui presupposti per l'incompatibilità dei Commissari di gara

1. Per concretizzare l'incompatibilità dei componenti della commissione di gara non è sufficiente che al singolo funzionario sia stato affidato un qualsivoglia incarico tecnico-amministrativo, ma occorre che nel caso concreto possa venirne oggettivamente messa in discussione la garanzia di imparzialità: il che si verifica quante volte siano individuati quali commissari di gara soggetti che abbiano svolto incarichi – relativi al medesimo appalto – come compiti di progettazione, di verifica della progettazione, di predisposizione della legge di gara e simili, e non anche incarichi amministrativi o tecnici genericamente riferiti ad altre gare.

Sull'inapplicabilità del soccorso istruttorio per carenze delle offerte

2. Il c.d. 'soccorso istruttorio' non può essere utilizzato nelle gare di appalto per supplire a carenze dell'offerta, sicché non può essere consentita al concorrente la possibilità di completare l'offerta successivamente al termine finale stabilito dal bando, salva la rettifica di errori materiali o refusi (3) (in applicazione del principio nella specie è stato ritenuto che non poteva essere corretta mediante soccorso istruttorio una offerta "condizionata", da sé sola idonea a giustificare l'esclusione dalla gara, atteso che nella relazione tecnica erano state indicate una serie di ulteriori situazioni che finivano per condizionare l'offerta stessa).

3. Non è possibile utilizzare il c.d. soccorso istruttorio nel caso in cui si tratti non già di un mero errore materiale o di un refuso, ma si voglia operare una vera e propria – inammissibile – eterointegrazione delle condizioni del bando di gara. L'errore materiale consiste in una fortuita divergenza fra il giudizio e la sua espressione letterale, cagionata da mera svista o disattenzione nella redazione dell'offerta che deve emergere *ictu oculi*. In definitiva, l'errore materiale non esige alcuna attività correttiva del giudizio, che deve restare invariato, dovendosi semplicemente modificare il testo in una sua parte, per consentire di riallineare in toto l'esposizione del giudizio alla sua manifestazione.

TAR LOMBARDIA, MILANO, SEZ. IV – sentenza 24 marzo 2017, n. 706

Sul fatturato per le concessioni

L'art. 167 del d.lgs. n. 50/2016 obbliga le stazioni appaltanti a determinare il valore di una concessione (ancorandolo al fatturato totale stimato), ma solo ai fini di cui all'art. 35 dello stesso decreto legislativo, cioè ai fini di individuazione delle "soglie di rilevanza comunitaria". Ne deriva che la mancata indicazione del fatturato presunto – specie se surrogata dall'individuazione di altri dati oggettivi e rilevanti per la ricostruzione dell'utile ritraibile – non comporta di per sé l'illegittimità della *lex specialis*, e in particolare non la comporta quando, come nel caso di specie, la mera quantificazione

del corrispettivo determini di per sé il superamento di tali soglie di rilevanza. Una differente interpretazione dell'obbligo imposto dall'art. 167 del d.lgs. n. 50/2016 – tale da comportare, cioè, l'illegittimità sic et simpliciter di qualsiasi bando di gara che non contenga l'indicazione del fatturato presunto - esorbiterebbe dall'obiettivo perseguito dall'ordinamento comunitario, così come recepito dal legislatore nazionale, con conseguente violazione del principio di proporzionalità. Tale obiettivo è, con tutta evidenza, quello di evitare una maliziosa sottostima da parte della stazione appaltante del valore del servizio da affidare in concessione, tanto è vero che lo stesso art. 167 impone alle amministrazioni la predisposizione documentale di un metodo oggettivo per il calcolo del valore stimato della concessione, e prevede che la scelta di tale metodo non possa essere fatta con l'intenzione di escludere la concessione dall'ambito di applicazione delle disposizioni del codice dei contratti pubblici.

TAR PIEMONTE, SEZ. I – sentenza 27 marzo 2017 n. 414

Sui presupposti per la valutazione delle offerte tecniche con punteggio numerico

Sono illegittimi gli atti di una gara per l'affidamento di un appalto di servizi, da aggiudicare secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ex art. 95 del D.Lgs. n. 50 del 2016, nel caso in cui, nonostante la genericità dei parametri di valutazione delle offerte prefissati dal capitolato e dal disciplinare di gara e l'omessa articolazione degli stessi in criteri e sub-criteri, il seggio di gara abbia valutato le offerte attribuendo esclusivamente un punteggio numerico, senza alcuna motivazione al riguardo. Infatti, un giudizio formulato ed affidato ad un semplice punteggio numerico può ritenersi legittimo soltanto a condizione che alla base vi siano dei criteri di valutazione sufficientemente definiti e precisi, tali da consentire di ricostruire comunque l'*iter* logico seguito nell'espressione del giudizio.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 27 marzo 2017 n. 1364

Sui presupposti per la responsabilità precontrattuale della PA e sul danno risarcibile

Affinché possa ritenersi integrata la responsabilità precontrattuale della P.A., è necessario che le trattative siano giunte ad uno stadio avanzato ed idoneo a far sorgere nella parte che invoca l'altrui responsabilità il ragionevole affidamento sulla conclusione del contratto; che, inoltre, la controparte pubblica cui si addebita la responsabilità le abbia interrotte senza un giustificato motivo; e infine che pur nell'ordinaria diligenza della parte che invoca la responsabilità, non sussistano fatti idonei ad escludere il suo ragionevole affidamento sulla conclusione del contratto.

Mentre per i danni da mancata aggiudicazione essi sono parametrati al c.d. interesse positivo e consistono nell'utile netto ritraibile dal contratto, oltre che nei pregiudizi di tipo curriculare e all'immagine commerciale della società, ingiustamente privata di una commessa pubblica, nel caso di responsabilità precontrattuale i danni sono limitati all'interesse negativo, ravvisabile nel caso delle procedure ad evidenza pubblica nelle spese inutilmente sopportate per parteciparvi e nella perdita di occasioni di guadagno alternative.

TAR VENETO, SEZ. I – sentenza 27 marzo 2017 n. 310

Sulla responsabilità precontrattuale e sul danno risarcibile

Nelle gare pubbliche, la responsabilità precontrattuale in capo alla P.A. ricorre nel caso in cui, prima della stipula del contratto, il presunto danneggiante, violando il principio di correttezza e buona fede, lede il legittimo affidamento maturato dalla controparte alla conclusione del contratto. Detta lesione si configura anche nell'ipotesi di revoca legittima dell'aggiudicazione della gara per sopravvenuta indisponibilità di risorse finanziarie, ove la P.A. abbia tenuto un comportamento contrario ai canoni di buona fede e correttezza perché, pur accortasi delle ragioni che consigliavano di procedere in via di autotutela mediante la revoca della già disposta aggiudicazione, non ha immediatamente ritirato i propri provvedimenti, prolungando inutilmente lo svolgimento della gara e così inducendo i concorrenti a confidare nelle chances di conseguire l'appalto.

Sussiste la responsabilità precontrattuale della P.A. appaltante nel caso in cui la mancanza di vigilanza e coordinamento sugli impegni economici che P.A. stessa aveva assunto quando la procedura di evidenza pubblica era stata avviata, abbia finito per ingiustamente sacrificare l'affidamento suscitato nella impresa rimasta aggiudicataria in ordine agli atti della procedura di evidenza pubblica poi rimossi.

Il danno precontrattuale è riconducibile al solo interesse negativo, che include il danno emergente (per le spese sostenute ai fini della partecipazione alla gara ed in previsione della conclusione del contratto) ed il lucro cessante (dovuto alla perdita di ulteriori occasioni contrattuali, vanificate a causa dell'impegno derivante dall'aggiudicazione non sfociata nella stipulazione); esula, invece, dal danno precontrattuale l'interesse positivo, sub specie di utile di impresa, ossia i vantaggi economici che sarebbero derivati all'impresa dall'esecuzione del contratto non venuto ad esistenza; non è altresì risarcibile il danno cd. curriculare (ovvero il pregiudizio subito dall'impresa a causa del mancato arricchimento del curriculum professionale, per non poter indicare in esso l'avvenuta esecuzione dell'appalto), trattandosi di danno-evento *ex art. 1223 c.c.*, conseguente alla mancata stipulazione del contratto, dunque incompatibile con la struttura della responsabilità precontrattuale.

Nel caso di responsabilità precontrattuale, in ordine al danno derivante dalla mancata aggiudicazione di altri appalti, il privato deve provare, anche in via presuntiva, ma sulla base di allegazioni di fatto certe e precise, di non avere potuto impiegare altrimenti le maestranze e i mezzi impegnati per l'esecuzione del contratto non concluso e, quindi, il nesso di causalità fra condotta lesiva e ragionevole probabilità del conseguimento del vantaggio alternativo perduto.

CORTE DI CASSAZIONE, SEZ. UNITE CIVILI – sentenza 29 marzo 2017 n. 8117

Sulla differenza tra *durc* interno e *durc* esterno

L'istituto dell'invito alla regolarizzazione (il c.d. preavviso di DURC negativo) può operare solo nei rapporti tra impresa ed Ente previdenziale, ossia con riferimento al DURC chiesto dall'impresa e non anche al DURC richiesto dalla stazione appaltante per la verifica della veridicità dell'autodichiarazione (art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006, codice degli appalti 2006).

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 30 marzo 2017 n. 1456

Sull'inapplicabilità del soccorso istruttorio al contratto di avalimento generico

Nel caso in cui siano stati prodotti in gara dei contratti di avvalimento con un oggetto privo delle necessarie caratteristiche di determinatezza o determinabilità – atteso che dal complesso del regolamento pattizio non è possibile ricavare quali siano i mezzi ed il personale messi a disposizione – non è possibile supplire a tale lacuna attraverso il soccorso istruttorio, dovendo essere detti contratti validi fin dal principio, con conseguente impossibilità di apportarvi integrazioni postume.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 30 marzo 2017 n. 1465

Sul giudizio di anomalia dell’offerta

1. Nel caso di ricorso proposto avverso il giudizio di anomalia dell’offerta, il giudice amministrativo può sindacare le valutazioni compiute dall’amministrazione sotto il profilo della loro logicità e ragionevolezza e della congruità dell’istruttoria, ma non può effettuare autonomamente la verifica della congruità dell’offerta presentata e delle sue singole voci, sostituendo così la sua valutazione al giudizio formulato dall’organo amministrativo cui la legge attribuisce la tutela dell’interesse pubblico nell’apprezzamento del caso concreto.

2. Nelle gare di appalto, la verifica delle offerte anomale non ha per oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze dell’offerta economica, ma mira, invece, ad accertare se l’offerta nel suo complesso sia attendibile ed affidabile e, dunque, se sia o meno in grado di offrire serio affidamento circa la corretta esecuzione della prestazione richiesta.

3. In sede di verifica delle offerte anomale, un’offerta non può ritenersi anomala ed essere esclusa dalla gara per il solo fatto che il costo del lavoro sia stato calcolato secondo valori inferiori a quelli risultanti dalle tabelle ministeriali o dai contratti collettivi, occorrendo, perché possa dubitarsi della sua congruità, che la discordanza sia considerevole e palesemente ingiustificata.

4. Anche se è vero che le tabelle ministeriali recanti il costo della manodopera espongono dati non inderogabili, si deve altresì convenire che le medesime assolvono ad una funzione di parametro di riferimento dal quale è possibile discostarsi, in sede di giustificazione dell’anomalia, solo sulla scorta di una dimostrazione puntuale e rigorosa, specie se si considera che il dato delle ore annue mediamente lavorate dal personale coinvolge eventi (malattie, infortuni, maternità) che non rientrano nella disponibilità dell’impresa e che quindi, per definizione, necessitano di stima di carattere prudenziale.

5. Una volta accertato dal giudice amministrativo che l’effettiva incidenza degli oneri per il costo del lavoro sull’equilibrio complessivo dell’offerta non è stata correttamente verificata nella sede propria, tale omissione non può essere “surrogata” da una verifica in sede giudiziale, tenuto conto anche dei noti limiti al sindacato giurisdizionale sulle valutazioni rimesse all’amministrazione in subiecta materia. In caso di inadeguatezza della verifica di congruità per carenze istruttorie non deve, quindi, essere disposta l’esclusione dell’offerta sospetta di anomalia, ma solo la regressione della procedura alla fase di verifica dell’anomalia.

TAR LAZIO ROMA, SEZ. II ter – sentenza 30 marzo 2017 n. 4071

Sull’ammissibilità del soccorso istruttorio nel caso di incompletezza/irregolarità del documento con il quale il concorrente e ha reso la dichiarazione sulle cariche sociali.

La mancanza della sottoscrizione integra un profilo di mera irregolarità ove i dati esplicitati nella dichiarazione resa consentano di accertare la sicura attribuibilità della stessa al suo autore.

In ordine alla errata indicazione della intestazione e dell'oggetto di gara (servizio di vigilanza, sicurezza, custodia, sorveglianza e gestione impianti tecnologici presso i presidi dell'Azienda Policlinico Umberto I), il Collegio ritiene che il contenuto sostanziale della dichiarazione risponde al requisito richiesto dal bando in ordine alla declinazione delle cariche sociali e tecniche, comprese quelle cessate; sicché, l'errata indicazione nel preambolo dei dati contestati dalla ricorrente non appare in grado di revocare in dubbio la concreta afferenza della dichiarazione resa all'oggetto della gara, per la quale essa è stata presentata in allegato alla domanda di partecipazione. Legittimamente, pertanto, la stazione appaltante ha disposto il soccorso istruttorio in presenza di una incompletezza e/o irregolarità anche essenziale degli elementi inerenti elementi formali della domanda di partecipazione.

TAR TOSCANA, SEZ. I – sentenza 31 marzo 2017 n. 496

Sul termine di validità delle offerte

1. La *ratio* dell'art. 11, comma 6, del d.lgs. n. 163/2006 (secondo cui “l'offerta è vincolante per il periodo indicato nel bando o nell'invito e, in caso di mancata indicazione, per centottanta giorni dalla scadenza del termine per la sua presentazione”) è quella di mantenere ferma l'offerta per tutto il periodo di presumibile durata della gara; il citato art. 11 fissa un limite temporale posto non nell'interesse dell'Amministrazione, ma dell'impresa offerente, con la conseguenza che, una volta scaduto il termine di efficacia posto dal bando o dalla legge, le offerte non possono automaticamente considerarsi inefficaci, in assenza di una univoca manifestazione di volontà in tal senso da parte degli interessati.

2. La mancata conclusione della procedura di affidamento dell'appalto entro il termine di 180 giorni decorrente dalla scadenza fissata per la presentazione delle offerte non rileva ai fini dell'indennizzo previsto dall'art. 2 *bis*, comma 1 *bis*, della legge n. 241/1990.

Sulla mancata sottoscrizione dell'offerta tecnica da parte di uno dei due soci amministratori

3. La firma, sui documenti concernenti l'offerta, di uno solo dei due soci amministratori non è una situazione assimilabile alla mancanza della sottoscrizione, o alla sottoscrizione di un soggetto privo di procura, costituendo invece un caso di mancato perfezionamento di una fattispecie a formazione progressiva o di incompleta sottoscrizione che non preclude la riconoscibilità della provenienza dell'offerta e non comporta un'incertezza assoluta sulla stessa (ai fini di cui all'art. 46, comma 1 *bis*, del d.lgs. n. 163/2006), il che induce a ritenere il vizio sanabile mediante il soccorso istruttorio e non idoneo a cagionare l'immediata ed automatica estromissione dalla procedura selettiva.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI – sentenza 31 marzo 2017 n. 1495

Sul costo del lavoro nel giudizio di anomalia

I valori del costo del lavoro risultanti dalle tabelle ministeriali costituiscono un semplice parametro di valutazione della congruità dell'offerta, con la conseguenza che l'eventuale scostamento delle voci di costo da quelle riassunte nelle tabelle ministeriali non legittima di per sé un giudizio di anomalia o di

incongruità, occorrendo, perché possa dubitarsi della sua congruità, che la discordanza sia considerevole e palesemente ingiustificata.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 3 aprile 2017 n. 1535

Sulla non definitività di un'irregolarità fiscale in caso di cartella oggetto di impugnativa

E' illegittimo il provvedimento con il quale la stazione appaltante ha dichiarato la decadenza dall'aggiudicazione definitiva di una gara di appalto motivata con riferimento ad una violazione tributaria posta in essere dalla ditta interessata, nel caso in cui la ditta stessa abbia impugnato la cartella di pagamento con ricorso tempestivamente interposto innanzi al giudice tributario e tale ricorso, alla data di adozione del provvedimento di decadenza, sia risultato ancora pendente; in tal caso, infatti, la violazione tributaria non può ritenersi definitivamente accertata.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 3 aprile 2017 n. 1530

Sul divieto di commistione tra offerta tecnica e offerta economica

1. Nelle gare di appalto, il divieto di commistione dell'offerta economica nell'offerta tecnica non va inteso in senso assoluto, ben potendo nell'offerta tecnica essere inclusi singoli elementi economici che siano resi necessari dagli elementi qualitativi da fornire, purché siano elementi economici che non fanno parte dell'offerta economica, quali i prezzi a base di gara, i prezzi di listini ufficiali, i costi o prezzi di mercato, ovvero siano elementi isolati e del tutto marginali dell'offerta economica che non consentano in alcun modo di ricostruire la complessiva offerta economica, o consistano nell'assunzione di costi di prestazioni diverse da quelle apprezzate nell'offerta economica, anche se comunque da rendere a terzi in base al capitolato e remunerate dalla stazione appaltante.

2. Nelle gare di appalto, l'applicazione del divieto di commistione dell'offerta economica nell'offerta tecnica va effettuata in concreto (e non in astratto), con riguardo alla concluzione degli elementi economici esposti o desumibili dall'offerta tecnica, che debbono essere tali da consentire di ricostruire in via anticipata l'offerta economica nella sua interezza ovvero, quanto meno, in aspetti economicamente significativi, idonei a consentire potenzialmente al seggio di gara di apprezzare "prima del tempo" la consistenza e la convenienza di tale offerta.

3. In presenza di un appalto da aggiudicare sulla base del canone annuale "chiuso", si ha violazione del divieto di commistione tra offerta economica ed offerta tecnica se in sede di valutazione dell'offerta tecnica sia emersa una franchigia (*rectius*: un ulteriore sconto) relativa a tutta la gestione della manutenzione straordinaria, essendo tale conoscenza idonea a compromettere la garanzia di imparzialità della valutazione da parte della commissione giudicatrice.

TAR VENETO, SEZ. III – sentenza 3 aprile 2017 n. 334

Sul potere di non aggiudicazione della gara per la non convenienza economica dell'offerta

E' legittimo il provvedimento con il quale la P.A. appaltante ha scelto di non aggiudicare una gara (nella specie si trattava di una gara di appalto per la fornitura di farmaci) che sia motivato con

riferimento alla valutazione di non convenienza dell'offerta, nel caso in cui tale valutazione si fondi su una completa ed approfondita istruttoria, svolta anche a mezzo di contraddittorio procedimentale con la ditta non aggiudicataria, con riferimento a dati di mercato e alle condizioni tecnico-economiche alle quali sono state aggiudicate gare indette per la fornitura di farmaci analoghi o similari; infatti, il potere della stazione appaltante di non aggiudicare la gara previsto dall'art. 81, comma 3, d.lgs. n. 163 del 2006, non è riconducibile all'esercizio del potere di autotutela, bensì configura un potere fondato su ragioni di pubblico interesse.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 3 aprile 2017 n. 1521

Sulla natura eccezionale della proroga

La proroga del contratto costituisce strumento del tutto eccezionale, utilizzabile solo qualora non sia possibile attivare i necessari meccanismi concorrenziali.

TAR PUGLIA - BARI, SEZ. III - sentenza 5 aprile 2017, n. 340

Sui presupposti per la decorrenza dei termini di impugnazione ai sensi dell'art. 29 del codice

Qualora siano mancate le forme di pubblicità sul profilo del committente, nella sezione trasparenza, previste dall'art. 29, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, il termine di trenta giorni previsto dall'art. 120, comma 2 bis, c.p.a. per l'impugnazione dell'ammissione di altro concorrente comincia a decorrere solo dalla data di invio della Pec che comunica l'avvenuto affidamento dell'appalto, con conseguente applicazione del rito appalti ordinario in luogo di quello superaccelerato.

TAR CAMPANIA – SALERNO, SEZ. I – sentenza 6 aprile 2017 n. 664

Sull'ammissibilità di un'offerta tecnica mancante di alcune firme e timbri

1. Non è illegittima l'ammissione ad una gara di appalto di una ditta la cui offerta tecnica non rechi i timbri e la sottoscrizione su alcune pagine, a nulla rilevando che la *lex specialis* preveda espressamente che l'offerta tecnica dovrà essere timbrata, e sottoscritta in ogni pagina con firma leggibile corredata dalla copia del documento di identità del legale rappresentante della ditta; tali carenze, infatti, non sono idonee a giustificare il provvedimento escludente, non pregiudicando, la mancata sottoscrizione di alcune pagine dell'offerta tecnica, la paternità della stessa, secondo quanto statuito, alla luce del principio di tassatività delle cause di esclusione, dall'art. 46, comma 1 *bis*, del d.lgs. n. 163/2006.

Sulla competenza dei commissari di gara

2. Deve ritenersi legittimamente composta, ex art. 84, D. Lgs. n.163 del 2006, sotto il profilo del possesso del requisito della esperienza tecnico-professionale, la commissione giudicatrice di una gara di appalto, indetta da una ASL per la concessione del servizio di somministrazione di alimenti e bevande calde/fredde, mediante l'installazione di distributori automatici, nel caso in cui due componenti ricoprano le funzioni di Direttore Sanitario di plessi Ospedalieri serviti entrambi da distributori automatici, con conseguente verosimile acquisizione di una specifica esperienza anche in

tale settore della distribuzione, e un altro componente presenti un sufficiente grado di esperienza nell'ambito della gestione dei servizi, essendo dirigente amministrativo dell'ASL.

TAR LOMBARDIA – BRESCIA, SEZ. I – ordinanza 10 aprile 2017 n. 173

Sull'incompatibilità dei Commissari di gara

L'art. 77, comma 4, del D.lgs. n. 50/2016, il quale stabilisce che i commissari di gara non devono aver svolto, né possono svolgere, alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta, ha il duplice scopo di garantire la libertà di elaborazione delle offerte e l'imparzialità della valutazione delle stesse, a garanzia tanto dei concorrenti quanto della stazione appaltante. Impedendo che i medesimi soggetti possano influire sul contenuto del servizio da aggiudicare e sul risultato della procedura di gara, la norma previene due situazioni parimenti svantaggiose per la concorrenza, ossia che l'offerta venga indirizzata verso un modello fisso (potenzialmente inefficiente) e che si formi un pregiudizio a favore di un'impresa particolare; qualora non si presenti nessuno di questi rischi, la circostanza che la stazione appaltante si avvalga a più riprese degli stessi professionisti è irrilevante (nel caso di specie è stato ritenuto che la norma era inapplicabile, atteso che i commissari impegnati nella consulenza preliminare non avevano poi partecipato alla stesura delle regole di gara).

Sul rito *super accelerato*

Il rito camerale super-accelerato di cui all'art. 120 commi *2-bis* e *6-bis cpa* è utilizzabile solo quando l'esclusione avvenga prima dell'esame dei dettagli tecnici da parte della commissione giudicatrice, ossia quando si discuta esclusivamente del possesso dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali necessari per l'ingresso nella procedura di gara. Non appare invece utilizzabile quando sia stato espresso un giudizio di valore sull'offerta già ammessa, nel confronto con le altre offerte, neppure quando il superamento di una soglia minima di punteggio sia prevista dalla *lex specialis* come condizione per accedere a una fase successiva della medesima procedura (nella specie si trattava di un ricorso per l'esclusione dalla procedura di gara dopo la valutazione del contenuto dell'offerta, in conseguenza dell'attribuzione di un giudizio di inidoneità).

CGA, SEZ. GIURISDIZIONALE – sentenza 12 aprile 2017 n. 188

Sul principio di rotazione e sull'obbligo di motivare l'invito al gestore uscente

In base al principio di rotazione di cui all'art. 57, comma 6, del d.lgs. n. 163/2006 (v. ora l'art. 63, comma 5, del d.lgs. n. 50/2016, nella specie non applicabile *ratione temporis*), deve ritenersi illegittima l'aggiudicazione di una gara di appalto (nella specie per il servizio di raccolta, trasporto e conferimento in discarica dei rifiuti solidi urbani prodotti all'interno del territorio comunale) al gestore uscente, nel caso in cui la necessità di invitare nuovamente il gestore stesso non sia stata adeguatamente motivata.

TAR SICILIA – PALERMO, SEZ. III – sentenza 14 aprile 2017 n. 1025

Sull'ammissibilità di una modulistica alternativa al DGUE

1. Il DGUE (documento di gara unico europeo), previsto dall'art. 85 del d.lgs. n. 50 del 2016, è un modello autodichiarativo introdotto dal nuovo codice appalti, volto a semplificare e ridurre gli oneri amministrativi che gravano sugli operatori economici, ma anche sugli enti aggiudicatori, che infatti sono tenuti ad accettarlo (comma 1 dell'art. 85).

2. E' legittima l'ammissione ad una gara indetta dalla P.A. (nella specie per l'affidamento di un appalto di servizi) di una ditta che, nel presentare la domanda di partecipazione, ha ommesso di utilizzare il DGUE (documento di gara unico europeo), e che, tuttavia, ha presentato tutte le dichiarazioni e i documenti richiesti dal bando; infatti, il mancato utilizzo del DGUE non è previsto come causa di esclusione, a tal fine rilevando, ai sensi e nei limiti dell'art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016, solo il contenuto delle dichiarazioni in esso riportate.

TAR LAZIO – ROMA, SEZ. III – sentenza 18 aprile 2017 n. 4681

Sull'illegittimità della sospensione dell'aggiudicazione in attesa della definizione del giudizio

Deve ritenersi illegittimo, per violazione del principio di proporzionalità dell'azione amministrativa, il provvedimento con il quale la stazione appaltante ha temporaneamente sospeso gli effetti dell'aggiudicazione definitiva di una gara di appalto di forniture, che sia motivato con esclusivo riferimento alla opportunità di attendere l'esito della fase di appello di un giudizio differente, rispetto a quello riguardante l'aggiudicazione, avente ad oggetto, tra l'altro, l'accertamento della sussistenza o meno, in capo alla medesima stazione appaltante del diritto di esclusiva, contestato dall'appellante, per la fabbricazione dei prodotti oggetto di fornitura (nella specie, si trattava di bollini farmaceutici); tale sospensione, infatti, appare misura sproporzionata e ingiustificata, in quanto la prospettiva di una diversa valutazione da parte del Giudice di seconde cure costituisce, prospettiva eventuale ed incerta, la cui considerazione non può costituire, in tutta evidenza, presupposto sufficiente ed adeguato a giustificare, con evidente pregiudizio per la legittima affidataria, la sospensione di un'aggiudicazione legittima, assunta all'esito di una regolare gara ad evidenza pubblica.

TAR SICILIA – PALERMO, SEZ. III – sentenza 18 aprile 2017 n. 1069

Sulle modalità di sigillatura dei plichi

Nel caso in cui la *lex specialis* della gara preveda che i plichi contenenti le offerte siano, a pena di esclusione, sigillati, non specificando tuttavia le modalità attraverso le quali debbano essere sigillati i plichi stessi, deve ritenersi che: a) l'apposizione del nastro adesivo possa ritenersi un modo di sigillatura idoneo; b) vadano invece esclusi i plichi privi di qualsiasi forma di sigillatura, ma che siano soltanto incollati, non potendosi certo ritenere equivalenti i termini chiusura e sigillatura. In tal caso, inoltre, priva di rilevanza è la circostanza che sui lembi dei plichi siano state apposte le firme dei concorrenti, costituendo questo un ulteriore garanzia che si aggiunge e non sostituisce quella assicurata dalla loro sigillatura, sulla base della espressa indicazione degli atti di gara.

TAR SARDEGNA, SEZ. I – sentenza 19 aprile 2017 n. 262

Sull'ammissibilità della riparametrazione

1. Negli appalti pubblici da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la riparametrazione dei punteggi può essere effettuata solo se (e nei limiti in cui sia) prevista dal bando, attesa la necessità di evitare che l'esito della gara possa essere influenzato da scelte della commissione che potrebbero addirittura sconfinare nell'arbitrio e che, comunque, potrebbero influenzare in modo decisivo il risultato finale.

Sul valore da considerare ai fini dell'anomalia

2. La disciplina della riparametrazione dei punteggi risponde alla finalità di garantire, in sede di concreta assegnazione dei punteggi, l'equilibrio previsto dalla *lex specialis* tra punteggio tecnico ed economico, e non a quella di far emergere situazioni di ipotetica anomalia dell'offerta. La precedenza della valutazione dell'anomalia dell'offerta alla riparametrazione, consente di ancorare le verifiche del superamento della soglia di sbarramento e di quella di anomalia al punteggio attribuito dalla commissione all'offerta tecnica e non al punteggio riparametrato, che è una conseguenza di un artificio necessario per rendere comparabili i punteggi per la parte tecnica e per la parte economica.

Sulla diversità tra soluzioni tecniche e varianti

3. Negli appalti pubblici, le soluzioni tecniche migliorative si differenziano dalle varianti perché possono liberamente esplicitarsi in tutti gli aspetti tecnici lasciati "aperti" a diverse soluzioni sulla base del progetto posto a base di gara ed oggetto di valutazione del pregio delle offerte dal punto di vista tecnico, rimanendo preclusa la modificabilità delle caratteristiche progettuali già stabilite dalla PA.

4. Deve escludersi che l'omessa inclusione nell'offerta economica del prezzo specificamente riferibile a una "soluzione tecnica migliorativa" (invece che a una "variante", per la quale valgono altri principi e regole) comporti sostanziale incertezza in ordine all'entità dell'offerta economica, per cui tale mancanza non può condurre all'esclusione della concorrente interessata dalla gara.

Sulla competenza dei commissari di gara

5. Ai fini della composizione delle commissioni di gara nella vigenza del d.lgs. n. 163/2006, non è necessario che l'esperienza professionale di ciascun componente la commissione giudicatrice copra tutti gli aspetti oggetto della gara, potendosi le professionalità dei vari membri integrare reciprocamente, in modo da completare ed arricchire il patrimonio di cognizioni della commissione, purché idoneo, nel suo insieme, ad esprimere le necessarie valutazioni di natura complessa, composita ed eterogenea; ciò tenuto altresì conto che la competenza tecnica non deve essere desunta da uno specifico titolo di studio, potendo viceversa risultare da incarichi svolti e attività espletate.

TAR LOMBARDIA – MILANO, SEZ. IV – sentenza 19 aprile 2017 n. 902

Sull'inammissibilità di un'offerta per servizi legali che prevede il solo rimborso delle spese

E' legittimo il provvedimento con il quale la commissione di gara di una procedura negoziata per l'affidamento del servizio di rappresentanza legale di un Comune in un procedimento giurisdizionale di recupero di un credito ha escluso l'offerta presentata da un Avvocato estremamente bassa (nella specie l'offerta era pari ad euro 550,00), che è stata giustificata col fatto che la stessa corrispondeva soltanto alle spese "vive" dell'attività giurisdizionale, in quanto il vero e proprio compenso professionale sarebbe stato costituito dal compenso liquidato dal giudice e posto a carico della parte

soccombente, vista la “certezza della vittoria processuale pronosticata”. Tale offerta infatti appare inammissibile ed indeterminata nel proprio contenuto e quindi non suscettibile di positiva valutazione ed accoglimento da parte della stazione appaltante. Contrasta con ogni regola di comune esperienza l’affermazione circa l’esito certamente vittorioso di una controversia processuale, essendo noto ad ogni operatore del diritto, che ogni azione giurisdizionale reca in sé inevitabilmente un margine più o meno ampio di incertezza.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 19 aprile 2017 n. 1825

Sull’indefettibilità del requisito professionale (iscrizione all’Albo gestori ambientali)

Va esclusa da una gara di appalto di lavori di bonifica ambientale e di messa in sicurezza permanente di una discarica una ditta che è risultata priva del requisito di iscrizione all’Albo dei gestori ambientali, a nulla rilevando che il bando non rechi una espressa previsione circa il possesso di tale requisito; trattasi, infatti, di un requisito speciale di idoneità professionale, che va comunque posseduto dai concorrenti già alla scadenza del termine di presentazione delle offerte, e non già al mero momento di assumere il servizio, allora ottenuto – e sempre che poi possa essere ottenuto – dopo aver partecipato con sperato successo alla competizione pur senza aver ancora questa certificata professionalità.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 21 aprile 2017 n. 1864

Sulla rilevanza di una dichiarazione non veritiera (in ordine alla cessione di azienda)

1. È illegittima l’aggiudicazione della gara in favore della società che abbia reso una falsa dichiarazione – da rendersi a pena di esclusione in base al disciplinare – sulla circostanza di non essere stata oggetto di incorporazione, fusione societaria o cessione d’azienda nell’ultimo anno, pur essendo stata interessata da una cessione di ramo d’azienda, che è riconducibile alla cessione d’azienda, non operando la legge alcuna distinzione e, comunque, per identità di ratio; in tal caso la non veridicità di quanto dichiarato rileva, ai sensi dell’art. 75 d.P.R. n. 445 del 2000, sotto un profilo oggettivo e, quindi, indipendentemente da ogni indagine sull’elemento soggettivo del dichiarante e senza che possa assumere rilevanza il c.d. falso innocuo.

2. Non è ammessa la regolarizzazione della dichiarazione sui requisiti morali dell’impresa cedente laddove il cessionario partecipante alla gara abbia falsamente dichiarato di non essere stato oggetto di cessione d’azienda; invero, attraverso siffatta dichiarazione negativa viene celata alla stazione appaltante la stessa esistenza e identità dei soggetti rispetto a cui si rendano necessarie verifiche circa le condanne conseguite; da ciò deriva che le dichiarazioni dei legali rappresentanti di eventuali imprese cedenti non possono considerarsi semplicemente “mancanti” e suscettibili di soccorso istruttorio, in quanto sono state di fatto integralmente sostituite dalla dichiarazione di mancanza di cessioni; pertanto detta regolarizzazione è esclusa anche ove sussista in concreto il requisito sostanziale atteso che la sentenza dell’Adunanza plenaria n. 5 del 29 febbraio 2016 al par. 19 esclude qualsiasi forma di regolarizzazione postuma sia “della carenza del requisito sostanziale” sia “della falsa dichiarazione”, contemplando la seconda ipotesi come distinta e alternativa rispetto alla prima (“o della falsa dichiarazione”).

Sulla presenza di un computo metrico nell’offerta tecnica con indicazione di prezzi non ribassati

3. Non è violato il principio di segretezza dell'offerta economica laddove il computo metrico estimativo relativo alle migliori offerte, inserito nell'offerta tecnica, sia stato compilato con l'indicazione di prezzi dichiarati espressamente "al lordo del ribasso economico offerto in sede di gara"; in tal caso, infatti, la lettura dell'offerta tecnica non consente di prevedere l'entità del ribasso economico offerto dall'impresa rispetto alla base d'asta.

TAR SARDEGNA, SEZ. I – sentenza 21 aprile 2017 n. 274

Sulla rilevanza temporale del provvedimento di inibizione a contrarre con la PA

E' illegittimo, per violazione dell'art. 80, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016, il provvedimento con il quale la stazione appaltante ha escluso una ditta da una gara, motivato con riferimento alla pronuncia, a carico della medesima ditta, di una sentenza penale di condanna, che ha disposto la interdizione dall'esercizio dell'attività e il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione ex art. 9, d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, per la durata di un anno, nel caso in cui i fatti di cui alla sentenza penale siano risalenti (nella specie, a circa un decennio) e la medesima sentenza non abbia acquisito autorità di cosa giudicata; in tal caso, infatti, il provvedimento di esclusione, non trovando riscontro in alcune delle cause di esclusione espressamente codificate dal legislatore, costituisce illegittima estensione delle stesse al di là del loro ambito applicativo normativamente previsto, in chiara violazione del noto principio di tipicità.

TAR SARDEGNA, SEZ. I – sentenza 21 aprile 2017 n. 275

Sulla decorrenza del termine di impugnazione e sul soccorso istruttorio

1. La presenza del legale rappresentante dell'impresa alla seduta di gara nella quale la commissione ha deliberato l'esclusione della stessa non rende irricevibile per tardività il ricorso proposto contro l'esclusione qualora sia stato tempestivamente impugnato il successivo provvedimento di esclusione adottato dal dirigente competente che abbia sostituito la precedente esclusione disposta dalla commissione di gara, pur conservandone identico il contenuto dispositivo; invero, trattandosi di provvedimento di un distinto organo, costituisce non un atto meramente confermativo ma un atto di conferma in senso proprio in quanto frutto di un nuovo ed autonomo apprezzamento dei fatti operato da tale organo.

2. Nel caso in cui, nel corso di una gara di appalto, risulti mancante un elemento richiesto a pena di esclusione, non è possibile attivare il soccorso istruttorio, atteso che l'art. 83 del nuovo codice degli appalti (d.lgs. n. 50/2016) prevede il soccorso solo per "le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda".

3. Dall'art. 93, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016 (secondo cui "l'offerta è altresì corredata, a pena di esclusione, dall'impegno di un fideiussore, anche diverso da quello che ha rilasciato la garanzia provvisoria, a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, di cui agli articoli 103 e 105, qualora l'offerente risultasse affidatario") si desume che rispetto all'impegno del fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, è posto, in capo alle ditte partecipanti alle gare per l'aggiudicazione dei contratti pubblici, un preciso obbligo, a pena di esclusione; trattandosi di elemento richiesto a pena di esclusione, non è possibile attivare il soccorso istruttorio nel caso di sua mancanza.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 21 aprile 2017 n. 1866

Sul supporto probatoria dell'informazione interdittiva

Secondo la costante giurisprudenza, l'informazione interdittiva, in quanto misura cautelare di polizia, a carattere preventivo, non deve fondarsi su prove o collegarsi ad accertamenti in sede penale di carattere definitivo e certo "ma può essere sorretta da elementi sintomatici e indiziari da cui emergano sufficienti elementi del pericolo che possa verificarsi il tentativo di ingerenza nell'attività imprenditoriale della criminalità organizzata". In particolare, gli elementi sintomatici dai quali è possibile evincere il tentativo di infiltrazione non vanno considerati separatamente, "dovendosi piuttosto stabilire se sia configurabile un quadro indiziario complessivo, dal quale possa ritenersi attendibile l'esistenza di un condizionamento da parte della criminalità.

TAR CAMPANIA – SALERNO, SEZ. I – sentenza 26 aprile 2017 n. 771

Sul collegamento sostanziale

E' illegittima, per violazione dell'art. 80, 5° comma, del d.lgs. n. 50 del 2016, l'ammissione in gara di due ditte, nel caso in cui: 1) il legale rappresentante p.t., amministratore unico e direttore tecnico di una ditta, sia anche il responsabile tecnico dell'altra; 2) entrambi i plichi contenenti le offerte delle due società partecipanti siano stati consegnati lo stesso giorno e tendenzialmente nello stesso momento, come è attestato dal numero di protocollo consecutivo; 3) le offerte siano state redatte secondo la stessa tipologia grafica e schematica e sembrano compilati da uno stesso soggetto; 4) le polizze per la garanzia fideiussoria per la cauzione provvisoria siano state emesse entrambe dalla stessa agenzia, in pari data e rechio, anche questa volta, numeri di polizza consecutivi; 5) gli attestati di certificazione ISO 9001 siano stati emessi dallo stesso ente certificatore e rechio la stessa data di scadenza; 6) il contributo Anac dovuto è stato versato in entrambi i casi in pari data presso la stessa lottomatica; in tal caso, infatti, deve ritenersi comprovata l'esistenza di un collegamento sostanziale tra le due imprese, anche di fatto, desunta da elementi che rappresentano indizi gravi precisi e concordanti, a tal punto da far ritenere che il centro decisionale sia unico; con conseguente illegittimità dell'ammissione in gara, per violazione dei principi di segretezza delle offerte e di trasparenza delle gare pubbliche nonché della parità di trattamento delle imprese concorrenti.

TRGA, SEZ. TRENTO – sentenza 26 aprile 2017 n. 142

Sul collegamento sostanziale delle imprese

E' illegittima, per violazione dell'art. 80, 5° comma, del d.lgs. n. 50 del 2016, l'aggiudicazione di una gara, nel caso in cui, in relazione al primo e al secondo concorrente classificati in graduatoria, sussistano i seguenti elementi: a) un rapporto di parentela diretta di primo grado; b) l'identica residenza dichiarata; c) l'identità del luogo e della data di compilazione dell'offerta economica; d) la comune assistenza offerta ai concorrenti interessati dal medesimo studio professionale, indicato in entrambe le offerte quale comune domiciliatario per il ricevimento delle comunicazioni di gara da parte dell'amministrazione; e) l'assimilabilità calligrafica nella compilazione dei rispettivi moduli inseriti nella documentazione amministrativa; in tal caso, infatti, deve ritenersi comprovata l'esistenza di un collegamento sostanziale tra i due concorrenti, desunta da elementi che rappresentano indizi

gravi precisi e concordanti, a tal punto da far ritenere che il centro decisionale sia unico; con conseguente illegittimità dell'aggiudicazione, per violazione dei principi di segretezza delle offerte e di trasparenza delle gare pubbliche nonché della parità di trattamento delle imprese concorrenti.

TAR CALABRIA – CATANZARO, SEZ. I – sentenza 26 aprile 2017 n. 683

Sull'irrelevanza di una condanna per un reato depenalizzato non rientrante tra quelli ex art. 80

E' illegittima la esclusione di una ditta da una gara di appalto per dichiarazione mendace e, in particolare, perché, mentre dal certificato del casellario giudiziale è risultata la presenza di iscrizioni a carico del direttore tecnico dell'impresa (nella specie, si trattava di un decreto penale di condanna, per il reato di omesso versamento dell'Iva), tale condanna non è stata indicata, come prescritto dal bando, nella dichiarazione resa ex art. 80, d.lgs. n. 50/2016, nel caso in cui il reato sia stato depenalizzato, con conseguente cessazione degli effetti penali della condanna ex art. 2, comma 2, c.p. In tal caso, infatti: a) si tratta di un'omissione concernente un fatto non più previsto dalla legge come reato; b) la condanna ha riguardato un reato non rientrante nell'elenco tassativo di quelli che escludono la partecipazione ex art. 80 comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016; c) non si tratta di un fatto in base al quale si possa automaticamente ritenere che l'operatore economico si sia reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 27 aprile 2017 n. 1955

Sul grave illecito professionale e sull'irrelevanza di una risoluzione impugnata in sede giustiziale

E' illegittima la esclusione di una ditta da una gara di appalto, disposta per asseriti gravi illeciti professionali ex art. 80, comma 5, let. c) del d.lgs. n. 50 del 2016, nel caso in cui l'Amministrazione non abbia compiutamente dimostrato con mezzi adeguati che l'operatore si è reso colpevole di gravi illeciti professionali tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità, e, in particolare, laddove: a) l'esclusione sia stata disposta in ragione di una precedente risoluzione contrattuale disposta da altra P.A.; b) la ditta interessata abbia formalmente contestato tale risoluzione in sede giudiziale; c) il giudizio sia ancora pendente, a nulla rilevando la definizione di un incidente di natura cautelare dello stesso, con decisione avente funzione interinale e strumentale rispetto a quella di merito. In tal caso, infatti, l'allegato inadempimento difetta della prova dei caratteri della definitività e della gravità e la parte interessata non ha, pertanto, provato con mezzi adeguati che l'operatore si è reso colpevole di gravi illeciti professionali.

TAR LOMBARDIA – MILANO, SEZ. I – sentenza 27 aprile 2017 n. 963

Sul giudizio di anomalia dell'offerta

1. Nelle gare di appalto, la valutazione della congruità dell'offerta, pur essendo espressione di discrezionalità c.d. tecnica della stazione appaltante, è tuttavia suscettibile di sindacato esterno da parte del giudice amministrativo nei profili dell'eccesso di potere per manifesta irragionevolezza, erronea valutazione dei presupposti, e contraddittorietà.

2. Mentre il provvedimento che valuta un'offerta non anomala non abbisogna di una motivazione analitica, essendo sufficiente anche un rinvio alle argomentazioni e giustificazioni della parte che l'ha formulata, quello che la ritiene anomala, deve essere invece puntualmente motivato. In particolare, il giudizio negativo sul piano dell'attendibilità deve riguardare voci che, per la loro incidenza complessiva, rendano l'intera operazione economica non plausibile, e per l'effetto, non suscettibile di accettazione da parte della stazione appaltante, con irrilevanza di eventuali singole voci di scostamento, non avendo ad oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze dell'offerta economica, quanto invece la dimostrazione della complessiva inaffidabilità dell'offerta, e dunque la sua inidoneità a garantire la serietà nell'esecuzione del contratto.

3. In linea generale, nella fase del controllo dell'anomalia delle offerte, non è effettivamente possibile un'indiscriminata ed arbitraria modifica postuma della composizione dell'offerta economica, con il solo limite del rispetto del saldo complessivo, ponendosi ciò in contrasto con le esigenze conoscitive, da parte della stazione appaltante, della struttura dei costi, finendo altrimenti per snaturarsi completamente la funzione ed i caratteri del subprocedimento di anomalia. E' tuttavia consentito al concorrente di dimostrare, in sede di verifica di anomalia, che determinate voci di prezzo erano eccessivamente basse, mentre altre, per converso, erano sopravvalutate, pervenendo così ad un rimaneggiamento, volto a documentare per alcune di esse un risparmio idoneo a compensare il maggior costo di altre, incidendo finanche anche sull'utile esposto, al fine di giungere ad una compensazione tra sottostime e sovrastime, che lasci l'offerta affidabile e seria.

4. Il concorrente sottoposto a verifica di anomalia non può fornire giustificazioni tali da integrare un'operazione di "finanza creativa", modificando, in aumento o in diminuzione, le voci di costo; in sede di verifica delle offerte sospettate di essere anomale, viceversa, è ammessa la dimostrazione della congruità delle singole voci, sostenendo a tal fine che i valori indicati in sede di gara erano addirittura eccedenti rispetto ai costi che la impresa interessata avrebbe sostenuto nell'esecuzione dell'appalto, potendo infatti anche essere ulteriormente ribassati, rimanendo tuttavia idonei a coprire le spese, ed ad assicurare un utile di impresa.

TAR LAZIO – ROMA, SEZ. III QUATER – sentenza 27 aprile 2017 n. 4951

Sulle competenze del RUP a disporre l'esclusione

Il RUP è da ritenere competente ad adottare un provvedimento di esclusione dalla gara conseguente alla preliminare attività di valutazione della documentazione amministrativa attestante il possesso dei requisiti indicati dalla *lex specialis*, atteso che l'art. 31, comma 3, del D.l.vo n. 50/2016 prevede che "il RUP, ai sensi della legge 7 agosto 1990, n. 241, svolge tutti i compiti relativi alle procedure di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione previste dal presente codice, che non siano specificatamente attribuiti ad altri organi o soggetti"; trattasi di una competenza residuale, la quale comprende anche l'esclusione delle offerte conseguente alla preliminare attività di valutazione della documentazione amministrativa attestante il possesso dei requisiti indicati dalla *lex specialis*, non potendo tale compito essere assolto dalla Commissione giudicatrice che – nelle gare da aggiudicarsi sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa – è chiamata a valutare le offerte sotto gli aspetti tecnici ed economici.

TAR LAZIO – ROMA, SEZ. I QUATER – sentenza 28 aprile 2017 n. 5025

Sull'inapplicabilità del soccorso istruttorio

E' legittima l'esclusione di un concorrente per mancato rispetto dell'art. 11 del disciplinare, e segnatamente per mancata sottoscrizione e allegazione degli allegati alla *lex specialis*, ritenuta comportante la non accettazione delle condizioni ivi previste. Invero, alla luce della struttura conferita alla gara dalla *lex specialis*, la sottoscrizione per accettazione dei predetti allegati era l'unica fonte con cui assumere, per il concorrente, il vincolo all'esecuzione dell'appalto nel rispetto delle condizioni contrattuali, delle specifiche tecniche e delle altre prescrizioni fornite dalla SA, ciò che assume un rilievo essenziale ai fini della corretta instaurazione del rapporto, anche atteso che l'affidamento era previsto con il criterio del minor prezzo, ai sensi dell'art. 5 dell'OPDPC 394/2016 già sopra citata, e che nessun altro documento di gara consentiva la possibilità di dedurre tale accettazione.

Il soccorso istruttorio attua nell'ordinamento nazionale un istituto del diritto europeo dei contratti pubblici a recepimento facoltativo che ha enfatizzato l'impostazione sostanzialistica delle procedure di affidamento, attraverso una lettura della disciplina della procedura di gara che deve mirare ad appurare, in modo efficiente, quale sia l'offerta migliore, nel rispetto delle regole di concorrenza. Pertanto, l'istituto del soccorso istruttorio tende a evitare che irregolarità e inadempimenti meramente estrinseci (l'art. 83, comma 9, del d.lgs. 50 del 2016 si riferisce infatti a "carenze di qualsiasi elemento formale della domanda") possano pregiudicare gli operatori economici più meritevoli, anche nell'interesse del seggio di gara, che potrebbe perdere l'opportunità di selezionare il concorrente migliore, per vizi procedurali facilmente emendabili (da ultimo, C. Stato, III, 2 marzo 2017, n. 975). Ne deriva, per converso, pena l'evidente violazione del principio della par condicio tra i concorrenti, che la mancanza di un requisito essenziale dell'offerta – come l'impegno negoziale di cui si discute – non è sanabile mediante il ricorso al soccorso istruttorio.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 2 maggio 2017 n. 2014

Sul supporto tra i criteri di selezione delle offerte (appalto ad alta intensità di manodopera)

Una delle principali novità portate dal d. lgs. n. 50/16, ed in particolare dall'art. 95 è la creazione di una vera e propria gerarchia fra i due tipici metodi di aggiudicazione di un appalto, ovvero l'offerta economicamente più vantaggiosa e il massimo ribasso. Se nell'art. 83 del d. lgs. n. 163/06 tali criteri erano posti su una posizione di parità, e spettava unicamente all'Amministrazione nella sua discrezionalità optare per l'uno per l'altro, l'art. 95, dopo avere affermato che "*I criteri di aggiudicazione non conferiscono alla stazione appaltante un potere di scelta illimitata dell'offerta*" e che "*Essi garantiscono la possibilità di una concorrenza effettiva e sono accompagnati da specifiche che consentono l'efficace verifica delle informazioni fornite dagli offerenti al fine di valutare il grado di soddisfacimento dei criteri di aggiudicazione delle offerte*", ha imposto l'offerta economicamente più vantaggiosa come criterio "principale", e il massimo ribasso come criterio del tutto "residuale", utilizzabile solo in alcuni e tassativi casi, e comunque previa specifica ed adeguata motivazione.

Il rapporto, nell'ambito dell'art. 95, tra il comma 3 (casi di esclusivo utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, tra i quali v'è quello dei servizi ad alta intensità di manodopera) ed il comma 4 (casi di possibile utilizzo del criterio del minor prezzo, tra i quali v'è quello dei servizi ripetitivi), è di specie a genere. Ove ricorrano le fattispecie di cui al comma 3 scatta, cioè, un obbligo speciale di adozione del criterio dell'o.e.p.v. che, a differenza della ordinaria preferenza per tale criterio fatta in via generale dal codice, non ammette deroghe, nemmeno al ricorrere delle fattispecie di cui al comma 4, a prescindere dall'entità dello sforzo motivazionale dell'amministrazione.

La soluzione è in linea con i criteri direttivi dettati dal legislatore delegante. Infatti l'art. 1, co. 1, lett. gg), per i contratti relativi (tra gli altri) ai servizi "ad alta intensità di manodopera", precisa, quale criterio direttivo, che l'aggiudicazione debba avvenire "esclusivamente sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, come definita dalla lettera ff), escludendo in ogni caso

l'applicazione del solo criterio di aggiudicazione del prezzo o del costo, inteso come criterio del prezzo più basso o del massimo ribasso d'asta".

TAR LAZIO, ROMA, SEZ. I BIS – sentenza 2 maggio 2017, n. 5044

Sull'ammissibilità della somma in contanti per la cauzione anche in assenza di previsione del bando

L'art. 93, comma 2°, del d. lg. n. 50 del 2016 stabilisce: “*La cauzione può essere costituita, a scelta dell'offerente, in contanti o in titoli del debito pubblico garantiti dallo Stato al corso del giorno del deposito, presso una sezione di tesoreria provinciale o presso le aziende autorizzate, a titolo di pegno a favore dell'amministrazione aggiudicatrice*”.

Per le considerazioni che precedono, nel caso di specie, non potendo negarsi che la funzione propria della cauzione fosse assicurata adeguatamente ed interamente anche dall'assegno circolare, non vi è dubbio che le prescrizioni della lettera d'invito -anche se non indicavano espressamente detta modalità di garanzia nel novero di quelle di costituzione del deposito cauzionale provvisorio- siano state sostanzialmente rispettate mediante prestazione della garanzia provvisoria, a mezzo di assegno circolare.

TAR SICILIA – CATANIA, SEZ. I – sentenza 2 maggio 2017 n. 912

Sull'applicabilità dell'avvalimento anche per le procedure negoziate

1. Anche nel caso in cui si sia fatto ricorso alla procedura negoziata, previa consultazione di almeno cinque operatori economici scelti negli appositi elenchi, a norma di cui all'art. 36, comma 2, lett. b), del D.Lgs. n. 50/2016, prevista per gli appalti di lavori di importo tra 40.000,00 e 150.000,00 euro, è possibile fare ricorso all'avvalimento, che discende da principi comunitari; né vi sono in contrario norme ostantive.

Sull'irrilevanza di una condanna per un reato non incluso tra quelli di cui all'art. 80

2. Non può essere disposta l'esclusione dalla gara, ai sensi dell'art. 80, comma 5, del D.Lgs. n. 50/2016 (che alla lettera c) prevede l'esclusione dalle gare pubbliche di appalto degli operatori economici responsabili di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la loro integrità o affidabilità), nel caso di ditta il cui socio di maggioranza abbia riportato un decreto penale di condanna del G.I.P. per aver dichiarato falsamente di aver smarrito la patente di guida (condanna a pena pecuniaria), atteso che si tratta di un illecito che in tutta evidenza non ha alcuna valenza di gravità e non incide sulla professionalità dell'impresa, né sulla sua affidabilità per quanto richiesto dal contratto aggiudicato.

CORTE DI CASSAZIONE, SEZ. UNITE CIVILI – ordinanza 3 maggio 2017 n. 10705

Sul riparto di giurisdizione in tema di appalti

1. Costituisce principio generale che, nelle procedure ad evidenza pubblica aventi ad oggetto l'affidamento di appalti pubblici, spetta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la cognizione di comportamenti ed atti assunti prima dell'aggiudicazione e nella successiva fase compresa tra l'aggiudicazione e la stipula dei singoli contratti, mentre la giurisdizione spetta al giudice ordinario nella successiva fase contrattuale, concernente l'esecuzione del rapporto.

2. La giurisdizione del giudice ordinario, quale giudice dei diritti, diviene pienamente operativa nella fase aperta dalla stipula del contratto, nella quale si è entrati a seguito della conclusione – con l'aggiudicazione – di quella pubblicistica: questa seconda fase, pur strettamente connessa con la precedente, e ad essa consequenziale, ha inizio con l'incontro delle volontà delle parti per la stipulazione del contratto e prosegue con tutte le vicende in cui si articola la sua esecuzione, infatti, i contraenti – P.A. e privato – si trovano in una posizione paritetica e le rispettive situazioni soggettive si connotano del carattere, rispettivamente, di diritti soggettivi ed obblighi giuridici a seconda delle posizioni assunte in concreto.

TAR CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. III – sentenza 3 maggio 2017 n. 2358

Sull'obbligo di indicare gli oneri di sicurezza aziendali e sull'inapplicabilità del soccorso istruttorio

A seguito della entrata in vigore del d.lgs. n. 50 del 2016 (nuovo codice degli appalti), deve ritenersi che il mancato rispetto dell'obbligo espressamente previsto dall'art. 95, comma 10, dello stesso codice, di indicare nell'offerta economica gli oneri di sicurezza c.d. aziendali o interni, comporta l'esclusione automatica dalla gara, senza che possa invocarsi la possibilità di far ricorso al c.d. soccorso istruttorio.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 4 maggio 2017 n. 2041

Sul rapporto tra Durc interno e Durc esterno

1. Anche dopo le disposizioni contenute nell'art. 31, comma 8, d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito con modificazioni dalla l. 9 agosto 2013 n. 98, sull'invito alla regolarizzazione, la regolarità dell'assolvimento degli obblighi previdenziali e assistenziali deve comunque permanere per l'intera durata la procedura concorsuale senza possibilità di regolarizzazioni postume, posto che l'invito alla regolarizzazione (il c.d. preavviso di durc negativo), di cui proprio all'art. 31 predetto riguarda i soli rapporti tra impresa ed ente previdenziale; ciò senza tralasciare che il termine di validità del durc non può essere strumentalmente utilizzato per legittimare la partecipazione alla gara di imprese che al momento della presentazione della domanda non siano comunque più in regola con gli obblighi contributivi e ciò anche nel caso di durata abnorme del procedimento di gara.

2. Nel caso di esclusione dalla gara per mancanza del requisito della regolarità contributiva, è legittimo l'incameramento della cauzione provvisoria, non occorrendo a tal fine il vaglio dell'elemento soggettivo del dolo o della colpa, atteso che la cauzione ha la funzione di garantire la serietà dell'offerta fino alla mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'aggiudicatario, sia volontaria o meno.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 5 maggio 2017 n. 2078

Sulla clausola sociale

1. La c.d. clausola sociale deve essere interpretata conformemente ai principi nazionali e comunitari in materia di libertà di iniziativa imprenditoriale e di concorrenza, risultando altrimenti lesiva della concorrenza, scoraggiando la partecipazione alla gara e limitando ultroneamente la platea dei partecipanti; conseguentemente, l'obbligo di riassorbimento dei lavoratori alle dipendenze dell'appaltatore uscente, nello stesso posto di lavoro e nel contesto dello stesso appalto, deve essere armonizzato e reso compatibile con l'organizzazione di impresa prescelta dall'imprenditore subentrante; i lavoratori, che non trovano spazio nell'organigramma dell'appaltatore subentrante e che non vengano ulteriormente impiegati dall'appaltatore uscente in altri settori, sono destinatari delle misure legislative in materia di ammortizzatori sociali. La clausola non comporta invece alcun obbligo per l'impresa aggiudicataria di un appalto pubblico di assumere a tempo indeterminato ed in forma automatica e generalizzata il personale già utilizzato dalla precedente impresa o società affidataria.

Sulle referenze bancarie

2. L'espressione "idonee referenze bancarie", ove riportata nei bandi di gara senza ulteriori precisazioni, deve essere interpretata dagli istituti bancari nel senso, anche lessicalmente corretto, che essi debbano riferire sulla qualità dei rapporti in atto con le società, per le quali le referenze sono richieste, quali la correttezza e la puntualità di queste nell'adempimento degli impegni assunti con l'istituto, l'assenza di situazioni passive con lo stesso istituto o con altri soggetti, sempre che tali situazioni siano desumibili dai movimenti bancari o da altre informazioni in loro possesso, e non anche fornire elementi sulla effettiva consistenza economica e finanziaria dei concorrenti, trattandosi di elementi che, di fatto, potrebbero non essere da loro conosciuti e che, comunque, anche se fossero disponibili, non potrebbero rendere noto a terzi, stante l'obbligo di riservatezza gravante sugli istituti bancari.

TAR CAMPANIA – SALERNO, SEZ. II – sentenza 05 maggio 2017 n. 831

Sulla responsabilità extracontrattuale e quella precontrattuale della PA

Come chiarito da una recentissima pronuncia del Consiglio di Stato tra la responsabilità (extracontrattuale) da mancata aggiudicazione e la responsabilità precontrattuale "non è configurabile alcuna continenza [...]. Al contrario, le stesse si differenziano notevolmente quanto ai rispettivi presupposti, cosicché laddove sia azionata in giudizio solo la responsabilità della stazione appaltante per mancata aggiudicazione della gara, non è possibile, una volta esclusa quest'ultima, pronunciarsi su eventuali profili di *culpa in contrahendo* della medesima PA" (Cons. Stato, sez. V, n. 1364/2017).

TAR SICILIA – CATANIA, SEZ. I – sentenza 5 maggio 2017 n. 1008

Sul rinnovo dell'attestazione SOA

1. In materia di gare pubbliche, al fine della verifica della continuità del possesso dei requisiti speciali di partecipazione di cui all'attestazione SOA, è sufficiente che l'impresa abbia presentato istanza di rinnovo nel termine normativamente previsto, ovvero 90 giorni precedenti la scadenza del termine di validità dell'attestazione, ai sensi dell'art. 76, comma 5, D.P.R. n. 207/2010.

2. Il rinnovo, così come la verifica, di una SOA hanno effetti solutori della validità della stessa solo nel caso in cui venga accertata la perdita dei requisiti di qualificazione posseduti dall'impresa al momento del rilascio della prima attestazione; ciò vale anche per il periodo intertemporale tra due certificazioni SOA: il rilascio di un nuovo attestato SOA, in fatto, certifica non solo la sussistenza dei requisiti di capacità da un data ad un'altra, ma anche che l'impresa non solo non ha mai perso quei requisiti in passato già valutati e certificati positivamente ma che, indubitabilmente, li ha mantenuti anche nel periodo di rilascio della nuova certificazione.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI – sentenza 8 maggio 2017 n. 2098

Sull'indicazione di oneri di sicurezza pari a 0

E' illegittima l'esclusione di una ditta da una gara di appalto, indetta dalla P.A. per la fornitura e la manutenzione di un software (nella specie si trattava di un software per "Registro elettronico"), motivata con riferimento al fatto che la ditta interessata, in dichiarato adempimento all'obbligo previsto dal bando, di indicare i costi per la sicurezza, ha tuttavia indicato, nella propria offerta economica, "costi aziendali interni relativi alla sicurezza" pari a Euro 0,00 (zero), trattandosi, all'evidenza, dell'affidamento di un servizio di natura intellettuale; infatti, l'indicazione di oneri interni per la sicurezza pari a zero in un caso di appalto di servizio di ordine intellettuale non comporta di per sé l'esclusione della concorrente per motivi di ordine formale, ed in particolare per violazione dell'art. 87, comma 4 del d.lgs. n. 163/2006 e del bando di gara conforme alla norma, dovendosi piuttosto valutare in concreto se tale dichiarazione sia congrua.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 8 maggio 2017 n. 2093

Sulla non sanabilità, tramite soccorso istruttorio, delle offerte

1. In tema di soccorso istruttorio nelle gare di appalto, l'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016, seppure con una formulazione a contrario – che fa salva tra l'altro la ipotesi, innovativa, della mancanza, dell'incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo, sanabili con il c.d. soccorso istruttorio oneroso – ha escluso, in linea di continuità con l'interpretazione degli artt. 38 e 46 del previgente d.lgs. n. 163 del 2006, che possano essere oggetto di sanatoria mediante soccorso istruttorio la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale riguardanti l'offerta tecnica ed economica nonché le carenze della documentazione che non consentano l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa, ipotesi tutte che concretano mancanze non sanabili.

2. Il provvedimento di esclusione ben può essere adottato dal dirigente della stazione appaltante, competente secondo l'organizzazione interna, quale organo *ex lege* legittimato ad esprimere la volontà dell'ente.

TAR LAZIO – ROMA, SEZ. III – sentenza 09 maggio 2017 n. 5545

Sulla decorrenza del termine di impugnazione dei provvedimenti di ammissione

In primis depone in senso sfavorevole alla declaratoria di inammissibilità del ricorso lo stesso dato testuale di cui al comma 2-bis dell'art. 120 cit. secondo cui il termine di trenta giorni decorre “dalla sua (riferita al provvedimento che determina le ammissioni, ndr) pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante, ai sensi dell'art. 29, comma 1, del codice dei contratti pubblici adottato in attuazione, della legge 28 gennaio 2016, n. 11.”. Lo specifico riferimento ad un “dies a quo”, eccezionalmente riferito ad una pubblicazione sul profilo del committente e non ad una comunicazione individuale, pubblicazione peraltro doverosa, induce l'impresa interessata ad un legittimo affidamento circa la data a partire dalla quale, soltanto, potrà decorrere il termine per impugnare l'ammissione di altra concorrente. Di regola, pertanto, è alla predetta data di pubblicazione (nella specie non eseguita dalla S.A.) che si riferisce il “dies a quo”. La pubblicazione sembra poter trovare un momento cognitivo equivalente, ai fini della decorrenza del termine impugnatorio, soltanto in una comunicazione o notificazione individuale del provvedimento, purché completa di ogni elemento utile a farne apprezzare la lesività da parte di un operatore di normale diligenza.

Sulla necessità del contratto anche in caso di avvalimento infragruppo

Ai sensi dell'art. 49, comma 2, lett. g) dell'abrogato d.lgs. n. 163 del 2006, era previsto che “nel caso di avvalimento nei confronti di un'impresa che appartiene al medesimo gruppo in luogo del contratto di cui alla lettera f) l'impresa concorrente può presentare una dichiarazione sostitutiva attestante il legame giuridico ed economico esistente nel gruppo, dal quale discendono i medesimi obblighi previsti dal comma 5”. Nessuna norma di analogo tenore trova oggi collocazione nel nuovo Codice degli Appalti Pubblici, il che deve indurre a ritenere che non abbia più spazio la deroga già prevista all'obbligo di produrre il contratto di avvalimento per il caso di sua conclusione tra soggetti societari appartenenti ad un medesimo gruppo (fattispecie nella quale il previgente art. 49 cit., considerava invece sufficiente “una dichiarazione sostitutiva attestante il legame giuridico ed economico esistente nel gruppo”). In particolare, non si rinviene alcuna deroga per l'ipotesi di avvalimento infragruppo nell'art. 89 d.lgs. n. 50/2016 che oggi detta la disciplina fondamentale dell'avvalimento, prevedendo il generale obbligo di allegare il relativo contratto; né la deroga previgente può dirsi espressione di un particolare principio eurounitario di primaria rilevanza o cogente, trattandosi di disposizione (lett. g) del “vecchio” art. 49) che mirava semplicemente ad attenuare l'onere dimostrativo nelle situazioni in cui si poteva presumere una convergenza di interessi tra più soggetti, ai fini della messa a disposizione di un requisito dell'uno di cui l'altro fosse carente.

CORTE DI GIUSTIZIA U.E., SEZ. VIII – sentenza 10 maggio 2017 (causa C-131/16)

Sulla possibilità di meri chiarimenti nell'offerta

Il principio di parità di trattamento degli operatori economici stabilito dall'art. 10 della direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali, deve essere interpretato nel senso che esso osta a che, nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, l'amministrazione aggiudicatrice inviti un offerente a presentare le dichiarazioni o i documenti la cui comunicazione era richiesta dal capitolato d'oneri e che non sono stati presentati nel termine stabilito per presentare le offerte. Tale articolo non osta, invece, a che l'amministrazione aggiudicatrice inviti un offerente a chiarire un'offerta o a rettificare un errore materiale manifesto contenuto in quest'ultima, a condizione che, tuttavia, un tale invito sia rivolto a qualsiasi offerente che si trovi nella stessa situazione, che tutti gli offerenti siano trattati in modo uguale e leale e che tale chiarimento o tale rettifica non possa essere assimilato alla presentazione di una nuova offerta, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare.

TAR CALABRIA – CATANZARO, SEZ. I – sentenza 11 maggio 2017 n. 734

Sulla possibilità di prevedere requisiti più restrittivi

E' legittimo il bando di una gara indetta da un Comune per la concessione di spazi idonei per la gestione del servizio di erogazione di bevande calde e fredde e prodotti vari a mezzo distributori automatici, nella parte in cui richiede ai concorrenti, quanto ai requisiti di capacità tecnica e professionale, il possesso del sistema di qualità particolarmente elevata e, in particolare, conforme alle norme: ISO 9001:UNI EN ISO 9001:2008; Certificazione TQS Vending (Top qualità Standard); ISO 14000. Infatti, l'art. 83 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 attribuisce alle amministrazioni aggiudicatrici ampia discrezionalità nella scelta dei requisiti di idoneità tecnica dei concorrenti all'esecuzione dell'appalto con elevati standard di qualità; e ciò a maggior ragione, ove la ditta interessata non abbia dedotto specifiche ragioni economiche od organizzative per ritenere che la scelta dell'amministrazione di richiedere il possesso di tre diverse certificazioni attestanti il livello di qualità (ISO 9001: UNI EN ISO 9001:2008; certificazione TQS Vending (Top Quality Standard; ISO 14000) sia irragionevole od eccessiva.

TAR TOSCANA, SEZ. II – sentenza 12 maggio 2017 n. 672

Sull'illegittimità di un annullamento della gara per mera violazione di legge

E' illegittimo, per violazione dell'art. 21-nonies, 1° comma della l. 7 agosto 1990 n. 241 e per difetto di motivazione, il provvedimento con il quale la stazione appaltante ha revocato in autotutela tutti gli atti di una gara di appalto (nella specie, si trattava dell'appalto del servizio di fornitura bevande calde, fredde e snack mediante distributori automatici), ivi compresa l'aggiudicazione, che sia motivato con riferimento alla mancata preventiva nomina del R.U.P. contemplata dall'art. 31 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50. Tale provvedimento, infatti, mentre può ritenersi sufficientemente motivato per quello che riguarda il vizio di legittimità riscontrato, non può essere ritenuto tale per l'interesse pubblico all'annullamento, non potendo essere ravvisato detto interesse nella mera esigenza di ripristino della legalità violata.

La mancata nomina del R.U.P. di cui all'art. 31 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 deve, infatti, essere inquadrata nel più generale orientamento giurisprudenziale che ha escluso che <<l'omessa indicazione del responsabile del procedimento ...(possa dare) luogo a vizio di legittimità, salvo che sia dimostrato un concreto pregiudizio (ciò che nella specie non è), applicandosi la norma suppletiva di cui all'art. 5 della citata legge n. 241 del 1990, a tenore della quale nella prospettata ipotesi è considerato responsabile del singolo procedimento il funzionario preposto all'unità organizzativa competente>> (Cons. Stato, sez. IV, 22 marzo 2013, n. 1632; T.A.R. Toscana, sez. III, 30 gennaio 2012, n. 197; T.A.R. Campania, Napoli, VII, 14 gennaio 2011, n. 164; T.A.R. Lazio, Roma, III, 9 settembre 2010, n. 32207; Cons. Stato, sez. II, 16 maggio 2007, parere n. 866).

CONSIGLIO DI STATO, ADUNANZA PLENARIA – sentenza 12 maggio 2017 n. 2

Sui presupposti del risarcimento del danno da mancata aggiudicazione, sul regime probatorio e sui criteri di determinazione

1. Dal giudicato amministrativo, quando riconosce la fondatezza della pretesa sostanziale, esauendo ogni margine di discrezionalità nel successivo esercizio del potere, nasce *ex lege*, in capo

all'Amministrazione, un'obbligazione, il cui oggetto consiste nel concedere "in natura" il bene della vita di cui è stata riconosciuta la spettanza.

2. L'impossibilità (sopravvenuta) di esecuzione in forma specifica dell'obbligazione nascente dal giudicato – che dà vita in capo all'amministrazione ad una responsabilità assoggettabile al regime della responsabilità di natura contrattuale, che l'art. 112, comma 3, c.p.a., sottopone peraltro ad un regime derogatorio rispetto alla disciplina civilistica – non estingue l'obbligazione, ma la converte, ex lege, in una diversa obbligazione, di natura risarcitoria, avente ad oggetto l'equivalente monetario del bene della vita riconosciuto dal giudicato in sostituzione della esecuzione in forma specifica; l'insorgenza di tale obbligazione può essere esclusa solo dalla insussistenza originaria o dal venir meno del nesso di causalità, oltre che dell'antigiuridicità della condotta.

3. In base agli articoli 103 Cost. e 7 c.p.a., il giudice amministrativo ha giurisdizione solo per le controversie nelle quali sia parte una pubblica amministrazione o un soggetto ad essa equiparato, con la conseguenza che la domanda che la parte privata danneggiata dall'impossibilità di ottenere l'esecuzione in forma specifica del giudicato proponga nei confronti dell'altra parte privata, beneficiaria del provvedimento illegittimo, esula dall'ambito della giurisdizione amministrativa.

4. Nel caso di mancata aggiudicazione, il danno conseguente al lucro cessante si identifica con l'interesse c.d. positivo, che ricomprende sia il mancato profitto (che l'impresa avrebbe ricavato dall'esecuzione dell'appalto), sia il danno c.d. curricolare (ovvero il pregiudizio subito dall'impresa a causa del mancato arricchimento del curriculum e dell'immagine professionale per non poter indicare in esso l'avvenuta esecuzione dell'appalto). Spetta, in ogni caso, all'impresa danneggiata offrire, senza poter ricorrere a criteri forfettari, la prova rigorosa dell'utile che in concreto avrebbe conseguito, qualora fosse risultata aggiudicataria dell'appalto, poiché nell'azione di responsabilità per danni il principio dispositivo opera con pienezza e non è temperato dal metodo acquisitivo proprio dell'azione di annullamento (*ex art. 64, commi 1 e 3, c.p.a.*), e la valutazione equitativa, ai sensi dell'art. 1226 cod. civ., è ammessa soltanto in presenza di situazione di impossibilità – o di estrema difficoltà – di una precisa prova sull'ammontare del danno.

5. Il mancato utile spetta nella misura integrale, in caso di annullamento dell'aggiudicazione impugnata e di certezza dell'aggiudicazione in favore del ricorrente, solo se questo dimostri di non aver utilizzato o potuto altrimenti utilizzare maestranze e mezzi, in quanto tenuti a disposizione in vista della commessa. In difetto di tale dimostrazione, può presumersi che l'impresa abbia riutilizzato o potuto riutilizzare mezzi e manodopera per altri lavori, a titolo di *aliunde perceptum vel percipiendum* trova il suo fondamento normativo nell'articolo 112, comma 3, c.p.a. (nella versione risultante per effetto delle modifiche introdotte dall'art. 1, comma 1, lett. cc) d.lgs. 15 novembre 2011, n. 195).

TAR CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. II – sentenza 12 maggio 2017 n. 2578

Sull'irrelevanza di reati non ricompresi nell'art. 80 del codice

Non è illegittima l'aggiudicazione di una gara di appalto disposta in favore di una società che ha omesso di dichiarare la esistenza di alcune condanne penali pronunciate nei confronti del vice presidente del consiglio di amministrazione cessato dalla carica, ove tali condanne riguardino il reato di detenzione e cessione illecita di sostanze stupefacenti ed il reato di falsificazione di monete; infatti, nessuno di detti reati rientra nell'elenco tassativo degli illeciti penali ascritti dall'art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016 ai motivi di esclusione; con la conseguenza, in tal caso, non è dimostrato il difetto, in concreto, del requisito di moralità professionale della società interessata.

TAR CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. I – sentenza 15 maggio 2017 n. 2598

Sul rilievo viziante di una dichiarazione non veritiera

E' legittima la esclusione da una gara di appalto, disposta dalla P.A. ai sensi dell'art. 80, comma 5, del d.lgs. n. 50/2016, che sia motivata con riferimento al fatto che la ditta interessata ha falsamente dichiarato che il legale rappresentante non ha commesso gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro ove, al contrario, sia risultata la esistenza di una sentenza penale di condanna a mesi 3 di reclusione per il reato di cui all'art. 590, commi 2 e 3 cod. pen. per gravi lesioni colpose (nella specie il reato era aggravato dalla circostanza della "violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro"). Tale falsa dichiarazione, infatti, ha impedito alla stazione appaltante, nell'esercizio del potere discrezionale riconosciutole dalla norma richiamata, di valutare la gravità dell'infrazione accertata; in tal caso, inoltre, il ricorso al meccanismo per così dire riabilitativo (cosiddetto *self cleaning*) (v. il 7° comma dello stesso art. 80), deve ritenersi precluso in radice dalla condotta reticente della ditta interessata.

TAR VENETO, SEZ. I – sentenza 15 maggio 2017 n. 471

Sulla composizione della Commissione di gara e sul principio del plenum

1. Sono illegittimi, per violazione della regola – già contenuta nell'art. 84, comma 2, del d.lgs. n. 163/2006 ed ora categoricamente riproposta dall'art. 77, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016 – che impone che la Commissione di gara sia costituita da un numero dispari di commissari, non superiore a cinque, gli atti di una gara di appalto, ivi compresa l'aggiudicazione, ove la commissione giudicatrice sia composta da un numero pari di componenti (nella specie, si trattava di quattro membri); la suddetta regola, infatti, risponde agli obiettivi di garantire il computo del quorum strutturale e soddisfare le necessità di funzionamento del principio maggioritario ed è coerente con il principio in base al quale i collegi perfetti (com'è la Commissione di gara) sono sempre composti da un numero dispari di membri.

2. Sono illegittimi gli atti di una gara di appalto, ivi compresa l'aggiudicazione, ove la commissione giudicatrice (nella specie, composta da un numero pari di componenti, e, segnatamente, di quattro componenti) abbia operato mediante l'affidamento alle due sottocommissioni in cui era suddivisa la commissione stessa, del compito di valutare, rispettivamente, le offerte economiche e le offerte tecniche; tale modalità operativa del seggio di gara integra, infatti, la violazione dei principi in tema di funzionamento dei collegi perfetti, per cui i ridetti collegi debbono operare con l'interezza dei propri membri, dovendo le decisioni essere assunte dal *plenum*.

TAR LAZIO – ROMA, SEZ. II – sentenza 18 maggio 2017 n. 5899

Sui costi della sicurezza e sul giudizio di anomalia

1. I costi c.d. da "interferenza" sono quantificati a monte dalla stazione appaltante, nel D.U.V.R.I (documento unico per la valutazione dei rischi da interferenze, art. 26, d.lgs. n. 81 del 2008) e, per gli appalti di lavori, nel P.S.C. (piano di sicurezza e coordinamento, art. 100, cit. d.lgs. n. 81 del 2008). Essi non sono soggetti a ribasso perché ontologicamente diversi dalle prestazioni stricto sensu oggetto

di affidamento e debbono quindi essere sostenuti dall'impresa senza poter formulare alcuna rimodulazione.

2. Nelle gare di appalto, i costi di sicurezza c.d. aziendali devono essere congrui rispetto all'entità e alle caratteristiche del servizio, sono strettamente dipendenti dall'organizzazione dell'impresa e quindi fanno necessariamente parte dell'offerta. Tale tipologia di oneri, infatti, varia da un'impresa all'altra ed è influenzata dalla singola organizzazione produttiva e dal tipo di offerta formulata da ciascuna impresa.

3. Nel subprocedimento di verifica dell'anomalia l'impresa aggiudicataria può rimodulare le quantificazioni dei costi e dell'utile, purché non ne risulti una modifica degli elementi compositivi tale da pervenire ad un *aliud pro alio* rispetto a quanto inizialmente offerto.

4. L'anomalia dell'offerta va verificata considerando tutte le circostanze del caso concreto, poiché anche un utile apparentemente modesto può comportare un vantaggio significativo sia per la prosecuzione in sé dell'attività lavorativa, sia per la qualificazione, la pubblicità, il curriculum derivanti per l'impresa dall'essere aggiudicataria ed avere portato a termine un appalto pubblico; di conseguenza, non è possibile stabilire una soglia minima di utile al di sotto della quale l'offerta deve essere considerata anomala, con l'unico limite del completo azzeramento del margine positivo.

5. Gli scostamenti del costo del lavoro rispetto ai valori medi delle tabelle ministeriali possono essere ritenuti anomali solo se eccessivi e tali da compromettere l'affidabilità dell'offerta.

TAR LAZIO – ROMA, SEZ. III QUATER – sentenza 19 maggio 2017 n. 5979

Sul giudizio di anomalia e sulla natura dei termini ivi assegnati

1. Nelle gare pubbliche la mancata o anche la sola tardiva produzione delle giustificazioni dell'offerta e degli eventuali chiarimenti non possono comportare l'automatica esclusione dell'offerta sospettata di anomalia; i termini a tal fine previsti dall'art. 97 del decreto legislativo n. 50 del 2016 non sono perentori, ma sollecitatori, avendo lo scopo di contemperare gli interessi del concorrente a giustificare l'offerta e quelli dell'Amministrazione alla rapida conclusione del procedimento di gara.

2. Nelle gare pubbliche di appalto, il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni compiute in sede di verifica di anomalia delle offerte è circoscritto ai soli casi di manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza, in considerazione della discrezionalità che connota dette valutazioni, come tali riservate alla stazione appaltante cui compete il più ampio margine di apprezzamento.

3. Nelle gare pubbliche di appalto, il giudizio d'insostenibilità e anomalia dell'offerta del concorrente deve essere complessivo, nel senso di tener conto di tutti gli elementi favorevoli o negativi, tanto da poter giungere a ritenere credibili voci di prezzo eccessivamente basse perché accompagnate da altre voci sulle quali sono possibili e realizzabili risparmi, al fine di giungere ad una compensazione che lasci l'offerta affidabile e seria a prescindere dalla gestione interna dell'impresa offerente.

TAR SICILIA – CATANIA, SEZ. I – sentenza 22 maggio 2017 n. 1118

Sulla risoluzione del contratto per grave inadempienza

L'art. 136 del medesimo D.Lgs., nel disciplinare la "risoluzione del contratto per grave inadempimento, grave irregolarità e grave ritardo", prevedeva una complessa procedura per giungere alla risoluzione, disponendo che:

"quando il direttore dei lavori accerta che comportamenti dell'appaltatore concretano grave inadempimento alle obbligazioni di contratto tale da compromettere la buona riuscita dei lavori, invia al responsabile del procedimento una relazione particolareggiata, corredata dei documenti necessari, indicando la stima dei lavori eseguiti regolarmente e che devono essere accreditati all'appaltatore";

"su indicazione del responsabile del procedimento il direttore dei lavori formula la contestazione degli addebiti all'appaltatore, assegnando un termine non inferiore a quindici giorni per la presentazione delle proprie controdeduzioni al responsabile del procedimento";

"acquisite e valutate negativamente le predette controdeduzioni, ovvero scaduto il termine senza che l'appaltatore abbia risposto, la stazione appaltante su proposta del responsabile del procedimento dispone la risoluzione del contratto";

"qualora, al fuori dei precedenti casi, l'esecuzione dei lavori ritardi per negligenza dell'appaltatore rispetto alle previsioni del programma, il direttore dei lavori gli assegna un termine, che, salvo i casi d'urgenza, non può essere inferiore a dieci giorni, per compiere i lavori in ritardo, e dà inoltre le prescrizioni ritenute necessarie. Il termine decorre dal giorno di ricevimento della comunicazione";

"scaduto il termine assegnato, il direttore dei lavori verifica, in contraddittorio con l'appaltatore, o, in sua mancanza, con la assistenza di due testimoni, gli effetti dell'intimazione impartita, e ne compila processo verbale da trasmettere al responsabile del procedimento";

"sulla base del processo verbale, qualora l'inadempimento permanga, la stazione appaltante, su proposta del responsabile del procedimento, delibera la risoluzione del contratto".

È da rilevare che in diritto civile la risoluzione di un contratto è una misura estrema, che presuppone la c.d. "gravità" dell'inadempimento (visto che ai sensi dell'art. 1455 c.c. "il contratto non si può risolvere se l'inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse dell'altra", per cui in un eventuale giudizio civile è la parte che ha risolto il contratto che deve dimostrare tale "gravità"), e che ai sensi dell'art. 1458 c.c. "ha effetto retroattivo tra le parti"; ed è per tali ragioni che la legge rimette alla discrezionalità dell'Amministrazione la scelta di risolvere oppure no il contratto in corso, come pure la decisione di ritenere che l'impresa partecipante a una gara d'appalto "ha commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara".

Sull'obbligo di dichiarare tutte le condanne

Sussiste in capo al concorrente il dovere di dichiarare tutte le vicende pregresse, concernenti fatti risolutivi, errori o altre negligenze, comunque rilevanti ai sensi del ricordato art. 38, comma 1, lett. f), occorse in precedenti rapporti contrattuali con pubbliche amministrazioni diverse dalla stazione appaltante, giacché tale dichiarazione attiene ai principi di lealtà e affidabilità contrattuale e professionale che presiedono ai rapporti tra partecipanti e stazione appaltante, senza che a costoro sia consentito scegliere quali delle dette vicende dichiarare sulla base di un soggettivo giudizio di gravità, competendo quest'ultimo soltanto all'amministrazione committente. La stazione appaltante dispone, invero, di una sfera di discrezionalità nel valutare quanto eventuali precedenti professionali negativi incidano sull'affidabilità di chi aspira a essere affidatario di un contratto, e tale discrezionalità può essere correttamente esercitata solo disponendo di tutti gli elementi necessari a garantire una compiuta formazione della volontà. Una volta appurato che il concorrente ha l'obbligo di dichiarare tutti i precedenti professionali negativi a nulla rileva che gli stessi si siano chiusi con transazione (anche a lui favorevole) o che abbiano dato luogo a una risoluzione consensuale del contratto, posto che tali circostanze potranno al più rilevare nella fase della valutazione di gravità rimessa alla stazione appaltante. Peraltro giova puntualizzare che anche gli inadempimenti che abbiano dato luogo ad una conclusione transattiva della vicenda possono essere apprezzati ai fini di valutare l'affidabilità professionale dell'appaltatore (Cons. Stato, Sez. V, 20/6/2011, n. 3671).

L'inosservanza del descritto onere dichiarativo comporta irrimediabilmente l'esclusione dalla gara e non può essere sanato, anche dopo l'introduzione del comma 2 bis del citato art. 38, mediante ricorso al soccorso istruttorio, istituto non utilizzabile per sopperire alla mancanza di dichiarazioni o documenti essenziali ai fini dell'ammissione alla gara (Cons. Stato, Sez. V, 19/5/2016, n. 2106; 11/4/2016 n. 1412, nonché citata sent. n. 3375/2016)".

La moralità professionale della società con meno di quattro soci deve essere "certificata", anche se il codice degli appalti non lo prevede espressamente, attraverso la dichiarazione delle condanne subite da tutti i soggetti che hanno potere di influenza sull'impresa, incluse le **persone giuridiche**. In caso contrario, obbligando alla trasparenza solo i partecipanti con soci e persone fisiche, si violerebbe la parità tra tutti i concorrenti (cfr. Cons. St., sez. V, 23/06/2016 n. 2813).

Sul divieto di modificare o correggere l'offerta economica

Nelle gare pubbliche è fatto divieto alla Pubblica amministrazione, sia a seguito di dichiarazioni correttive del partecipante, sia in conseguenza della sua attività interpretativa volta a riscontrare la reale volontà dell'offerente, di sottoporre l'offerta ad operazioni manipolative e di adattamento non previste nella *lex specialis* della procedura, restando altrimenti violata la par condicio dei concorrenti e l'affidamento da essi riposto nelle regole di gara per modulare la rispettiva offerta, nonché il principio di buon andamento, speditezza e trasparenza dell'azione amministrativa, in quanto la procedura ne risulterebbe caratterizzata da incertezze e rallentamenti, con conseguente incidenza sulla sostanza e non solo sulla forma" (cfr., *ex multis*, Cons. St., sez. III, 17/06/2016 n. 2684).

Sui presupposti per l'ammissione del DURC in "compensazione"

Anche se è vero che, nel caso di procedure ad evidenza pubblica, ricade sulla stazione appaltante l'onere di richiedere il DURC relativo ai concorrenti, nella peculiare ipotesi di rilascio del DURC a fronte di crediti da compensare nei confronti di Amministrazioni pubbliche, è onere della parte interessata quello: a) di allegare la sussistenza del credito (se del caso, suffragandola attraverso la produzione della certificazione *ex lege*); b) di richiedere agli enti competenti di rilasciare il DURC "in compensazione" ai sensi dell'articolo 13-bis del decreto-legge n. 52 del 2012".

Sull'inammissibilità di una regolarizzazione postuma del DURC

Ai fini della partecipazione alle gare di appalto, non sono consentite regolarizzazioni postume della posizione previdenziale, dovendo l'impresa deve essere in regola con l'assolvimento degli obblighi previdenziali fin dal momento di presentazione dell'offerta, e conservare tale stato per tutta la durata della procedura di aggiudicazione e del rapporto con la stazione appaltante, risultando quindi irrilevante un eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva (cfr., *ex multis*, Cons. St., sez. V, 13/09/2016 n. 3854; Id., sez. IV, 03.03.2017 n. 1006).

CONS. STATO, SEZ. V – sentenza 22 maggio 2017 n. 2238

Sulla fase in cui rileva il CIG

L'obbligo di indicazione del CIG attiene non già alla fase di scelta del contraente, ma alla fase esecutiva del procedimento di gara, ed in particolare alla stipula del contratto. L'obbligatorietà dell'indicazione del CIG concerne la stipula del contratto, essendo la stessa essenzialmente funzionale alla tracciabilità dei flussi finanziari, secondo quanto inferibile dall'art. 3, comma 5, della legge 13 agosto 2010, n. 136.

CONS. STATO, SEZ. V – sentenza 22 maggio 2017 n. 2228

Sul giudizio di anomalia dell'offerta

Nelle gare pubbliche il giudizio circa l'anomalia o l'incongruità dell'offerta costituisce espressione di discrezionalità tecnica, sindacabile dal giudice amministrativo solo in caso di macroscopica illogicità o di erroneità fattuale e, quindi, non può essere esteso ad una autonoma verifica della congruità dell'offerta e delle singole voci" (Cons. Stato, Sez. V, 17/11/2016, n. 4755; Sez. III, 6/2/2017, n. 514).

Il procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta non mira ad individuare specifiche e singole inesattezze nella sua formulazione ma, piuttosto, ad accertare in concreto che la proposta economica risulti nel suo complesso attendibile in relazione alla corretta esecuzione dell'appalto".

Al di fuori dei casi in cui il margine positivo risulti pari a zero, non è possibile stabilire una soglia minima di utile al di sotto della quale l'offerta deve essere considerata anomala, poiché anche un utile apparentemente modesto può comportare un vantaggio significativo, sia per la prosecuzione in sé dell'attività lavorativa, sia per la qualificazione, la pubblicità, il curriculum derivanti per l'impresa dall'essere aggiudicataria e aver portato a termine un appalto pubblico" (Cons. Stato, Sez. V, 13/2/2017, n. 607 e 25/1/2016, n. 242; Sez. III, 22/1/2016, n. 211 e 10/11/2015, n. 5128).
