

Rassegna giurisprudenziale
sulle procedure ad evidenza pubblica

(gennaio 2018 – aprile 2018)

a cura di Francesco Armenante

Sull'applicazione del principio di rotazione anche alle concessioni

L'art. 164, 2° comma, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (riguardante i contratti di concessione) sancisce l'applicabilità anche alle concessioni delle previsioni del titolo II del codice (e, quindi, anche dell'art. 36) sulla base di una valutazione di compatibilità ("per quanto compatibili"), mentre l'omesso richiamo letterale del principio di rotazione nel corpo dei criteri di aggiudicazione delle concessioni previsti dall'art. 30, 1° comma, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 non esclude l'applicabilità del principio anche al settore delle concessioni, dovendo, al contrario, concludersi per il richiamo implicito dello stesso, attraverso il riferimento più generale al principio di libera concorrenza sancito dal citato art. 30 e dall'art. 172, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016 (di cui il principio di rotazione costituisce espressione: TAR Toscana, II, 23.3.2017, n. 454).

Sulla ratio del principio di rotazione

Nello stesso senso si è recentemente posto il Consiglio di Stato (sez. VI, n. 4125 del 31.8.2017; sez. V, 13.12.2017, n. 5854), secondo cui "Il principio di rotazione - che per espressa previsione normativa deve orientare le stazioni appaltanti nella fase di consultazione degli operatori economici da consultare e da invitare a presentare le offerte - trova **fondamento nella esigenza di evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente** (la cui posizione di vantaggio deriva soprattutto dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento), soprattutto nei mercati in cui il numero di agenti economici attivi non è elevato".

Lo stesso Consiglio di Stato ha ribadito il principio secondo cui "al fine di ostacolare le pratiche di affidamenti senza gara che ostacolano l'ingresso delle piccole e medie imprese, e di favorire la distribuzione temporale delle opportunità di aggiudicazione tra tutti gli operatori potenzialmente idonei, il principio di rotazione comporta in linea generale che **l'invito all'affidatario uscente riveste carattere eccezionale e deve essere adeguatamente motivato**, avuto riguardo al numero ridotto di operatori presenti sul mercato, al grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale ovvero all'oggetto e alle caratteristiche del mercato di riferimento", ed ha esteso tali considerazioni alle concessioni di servizi, giacché "l'art. 164, comma 2, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 prevede l'applicabilità anche alle concessioni delle previsioni del titolo II del codice (e, quindi anche dell'art. 36)".

Sull'applicazione del principio di rotazione anche di gestore uscente convenzionato Consip

La sopra delineata *ratio* del principio di rotazione (rappresentata dall'esigenza di evitare il consolidamento di rendite di posizione) induce a ritenere che **il gestore uscente vada escluso dalla procedura negoziata a prescindere dai modi in cui aveva ottenuto il precedente affidamento**, e quindi anche se l'affidamento della concessione scaduta sia scaturito, come nel caso in esame, **dall'adesione della stazione appaltante ad una convenzione Consip e dall'aggiudicazione a seguito di procedura aperta.**

Invero, il suddetto principio è volto proprio a tutelare le esigenze della **concorrenza in un settore, quale quello degli appalti “sotto soglia”, nel quale è maggiore il rischio del consolidarsi, ancor più a livello locale, di posizioni di rendita anticoncorrenziale da parte di singoli operatori** del settore risultati in precedenza aggiudicatari della fornitura o del servizio (**Cons. Stato, V, 13.12.2017, n. 5854**). Ne deriva che **esso si applica anche agli operatori economici che erano affidatari a seguito di precedente procedura ad evidenza pubblica**, ad evitare che, una volta scaduto il rapporto contrattuale, la precedente aggiudicataria possa di fatto sfruttare la sua posizione di gestore uscente per indebitamente rinnovare o vedersi riaffidare il contratto tramite procedura negoziata.

Deve quindi concludersi che, anche nel caso di specie, si imponeva a carico del Comune la **seguente alternativa**: o non invitare il gestore uscente o, quanto meno, motivare puntualmente le ragioni per le quali si riteneva di non poter prescindere dall'invito.

Né la circostanza che l'avviso per manifestazione d'interesse sia stato pubblicato sul sito internet del Comune e sulla piattaforma Start costituisce ragione sufficiente per derogare al principio della "rotazione" (normativamente prescritto per gli inviti e non solo per gli affidamenti), sia per la **limitata efficacia dello specifico strumento di pubblicità utilizzato**, sia in quanto **si tratta comunque di procedura negoziata alla quale il succitato art. 36 comma 2 lett. b**, ascrive esplicitamente il criterio di rotazione. **Il suddetto avviso, per sua espressa precisazione, non costituisce infatti una procedura di gara concorsuale, ma un'indagine conoscitiva** tesa ad individuare operatori economici da invitare alla successiva procedura negoziata, e già nella fase dell'invito, per espressa statuizione dell'art. 36 del d.lgs. n. 50/2016, si innesta la regola dell'esclusione del gestore uscente.

TAR LAZIO, ROMA, SEZ. III *quater*, sentenza 03 gennaio 2018, n. 11

Sull'ammissibilità di chiarimenti alla lex specialis

Se è vero che le uniche fonti della disciplina di gara sono costituite dal bando, dal capitolato e dal disciplinare, con la conseguenza che i chiarimenti non possono valere a integrare o a modificare le regole ivi cristallizzate, è anche vero che la precisazione del significato e della portata di alcune prescrizioni poco chiare, se intervenuta prima della presentazione delle offerte, non costituisce un'inedita alterazione delle regole di gara, ma una sorta d'interpretazione autentica (legittima) delle clausole della *lex specialis* dal senso poco intellegibile (cfr. *ex multis* Cons. St., sez. III, 14 gennaio 2015, n. 58).

Sul giudizio di anomalia dell'offerta

Per giurisprudenza costante, quello 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 Pubblica Amministrazione, 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 (cfr. Cons. Stato, sez. III, 15 aprile 2016, n. 1533; Cons. Stato, sez. III, 6 febbraio 2017, n. 514).

Il procedimento di verifica dell'anomalia **non ha carattere sanzionatorio e non ha per oggetto la ricerca di specifiche e circoscritte inesattezze dell'offerta economica**, mirando piuttosto ad accertare se in concreto l'offerta, **nel suo complesso**, sia attendibile ed affidabile in relazione alla corretta esecuzione dell'appalto (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 21 novembre 2016, n. 4888).

Quella sulla congruità dell'offerta costituisce pertanto valutazione a carattere globale e sintetico che non deve concentrarsi in via esclusiva ed in modo parcellizzato sulle singole voci di prezzo, dal momento che **l'obiettivo dell'indagine è l'accertamento dell'affidabilità dell'offerta nel suo complesso e non già delle singole voci che la compongono** (cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 9 gennaio 2017, n. 22; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 31 luglio 2017, n. 9119).

CONS. STATO, SEZ. V, sentenza 04 gennaio 2018, n. 59

Sul concetto di definitività dell'irregolarità fiscale

La definitività dell'accertamento della violazione fiscale si realizza quando non sia più esperibile alcuna azione giudiziaria contro l'accertamento tributario, ovvero quando sia intervenuta una decisione del giudice tributario, passata in giudicato, che ne accerti la fondatezza.

TAR LAZIO, ROMA, SEZ. V, sentenza 05 gennaio 2018, n. 107

Sul termine di impugnazione degli atti di gara e sulla non impugnabilità della proposta

Ai sensi dell'art. 76, comma 5, lett. a), del d.lgs. n. 50/2016, la stazione appaltante è tenuta a comunicare di ufficio l'aggiudicazione della gara ("immediatamente e comunque in un termine non superiore ai 5 giorni"), e dalla data di ricezione di tale comunicazione decorre il termine processuale di 30 giorni per l'impugnazione della gara. **Ove però tale comunicazione non abbia ad oggetto in modo espresso ed inequivoco l'aggiudicazione definitiva, essa non è idonea** a far decorrere il termine predetto per la notifica del ricorso – tanto più che l'art. 204 del medesimo d.lgs. n. 50/2016 chiarisce che l'impugnazione della proposta di aggiudicazione (nota in precedenza come "aggiudicazione provvisoria") è oggi espressamente preclusa quale inammissibile.

TAR CAMPANIA, NAPOLI, SEZ. IV, sentenza 05 gennaio 2018, n. 99

Sull'onere della notifica al controinteressato

Sino al momento dell'aggiudicazione, non sono individuabili dei controinteressati e ciò sia per l'insussistenza di un interesse protetto attuale in capo agli altri partecipanti alla gara sia per la mancata individuazione degli stessi nell'atto impugnato

Sull'irrilevanza di una risoluzione oggetto di transazione

Deve ritenersi illegittima l'esclusione determinata in ragione di inadempimenti oggetto di contestazione e, comunque, di una mera **transazione** (v., anche, Tar Campania, Napoli, sez. III, n. 2358/2017: «una volta inseriti in un titolo transattivo, che la ditta non ha mancato di

dichiarare alla stazione appaltante, l'obbligo risarcitorio e la penale, che rappresentano il contenuto pattizio della transazione, assumono una diversa valenza. In tale ambito, essi non costituiscono espressione di un potere giurisdizionale o amministrativo ma, piuttosto, la regolazione in via consensuale della sorte del rapporto, per cui il risarcimento del danno non ha fonte in una "condanna" che sia stata comminata, né la penale può dirsi autoritativamente inflitta. Ciò fa perdere ai rilevati elementi la pregnanza che assumono ai fini che qui interessano, stante la volontaria accettazione dei relativi obblighi, che l'Impresa potrebbe aver assunto valutando il rapporto costi/benefici della controversia instaurabile»).

Sull'obbligo di motivazione in caso di esclusione per grave illecito professionale

Il provvedimento di esclusione deve recare un'adeguata motivazione circa l'incidenza della gravità del pregresso inadempimento sull'affidabilità del concorrente in rapporto alla diversa e futura prestazione oggetto della gara. In tal senso, si esprimono, con orientamento che il Collegio condivide, la giurisprudenza (v. Cons. Stato Sez. III, 23-11-2017, n. 5467; T.A.R. Toscana Firenze Sez. I, 01-08-2017, n. 1011) e le linee guide adottate dall'ANAC ai sensi del medesimo art. 80 co. 13 cod. appalti (v., in particolare, i punti 6.3 e 6.4. delle linee guida n. 6/2017: «6.3. il requisito della gravità del fatto illecito deve essere valutato con riferimento all'idoneità dell'azione a incidere sul corretto svolgimento della prestazione contrattuale e, quindi, sull'interesse della stazione appaltante a contrattare con l'operatore economico interessato. 6.4 La valutazione dell'idoneità del comportamento a porre in dubbio l'integrità o l'affidabilità del concorrente attiene all'esercizio del potere discrezionale della stazione appaltante e deve essere effettuata con riferimento alle circostanze dei fatti, alla tipologia di violazione, alle conseguenze sanzionatorie, al tempo trascorso e alle eventuali recidive, il tutto in relazione all'oggetto e alle caratteristiche dell'appalto»).

TAR LAZIO, ROMA, SEZ. II bis, sentenza 09 gennaio 2018, n. 148

Sui servizi legali

I servizi legali sono servizi esclusi dal codice dei contratti pubblici ai sensi dell'articolo 17 del decreto legislativo numero 50 del 2017, per i quali devono essere comunque rispettati i principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, proporzionalità, trasparenza e pubblicità.

Contrariamente a quanto dedotto dai ricorrenti, il fatto che sia prevista una procedura selettiva per l'affidamento del singolo incarico non configura una violazione del codice dei contratti pubblici che, come appena ricordato, esclude i servizi legali dalle procedure di affidamento dei contratti pubblici e, soprattutto, esclude che tali servizi possono essere affidati con il criterio del prezzo più basso.

TAR LAZIO, ROMA, SEZ. II bis, sentenza 09 gennaio 2018, n. 150

Sull'ammissibilità di un elenco chiuso per il conferimento di incarico legale

La L. 31/12/2012, n. 247, Nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense, all'art. 1 prevede che l'ordinamento forense, stante la specificità della funzione difensiva e in considerazione della primaria rilevanza giuridica e sociale dei diritti alla cui tutela essa è preposta, garantisce

l'indipendenza e l'autonomia degli avvocati, indispensabili condizioni dell'effettività della difesa e della tutela dei diritti. **Si tratta di norma da cui non discende alcuna illegittimità del regolamento impugnato che, nel prevedere un elenco chiuso, limitato a chi abbia presentato la domanda di iscrizione entro il termine di 60 giorni dalla pubblicazione dell'avviso, non reca alcuna lesione all'indipendenza e all'autonomia degli avvocati.**

Il parere dell'Autorità anticorruzione risulta favorevole alla predisposizione di un elenco chiuso, a condizione che l'effetto restrittivo derivante dalla limitazione temporale della presentazione delle domande sia temperato, come di fatto è avvenuto, dalla riduzione del termine di validità dell'iscrizione, da portare a un anno, in modo da rendere più frequenti le finestre temporali entro le quali i soggetti interessati possono iscriversi nell'elenco.

TAR CALBRIA, CATANZARO, SEZ. II, sentenza 10 gennaio 2018, n. 73

Sul principio di rotazione

La circostanza che la ricorrente abbia **effettuato il servizio nell'anno precedente giustifica da sola il mancato invito**, in virtù del principio di rotazione di cui all'art 36, comma 1, del D.lgs. n. 50/2016, che, in quanto **norma speciale** per le gare sotto soglia, prevale sulla normativa generale in materia di appalti pubblici (cfr. T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. II, 15 dicembre 2016 n. 1906; T.A.R. Friuli Venezia-Giulia 4 ottobre 2016 n. 419).

Deve ritenersi **escluso l'obbligo per la stazione appaltante di invitare l'operatore uscente**, trattandosi viceversa di una mera facoltà, di cui, proprio per il principio di massima partecipazione ed in caso di esercizio effettivo, la stessa stazione appaltante deve dare motivato conto all'esterno.

In altre parole, **solo ove l'Amministrazione si determini ad invitare anche il precedente gestore, essa è tenuta a motivare** circa le ragioni di mancato contrasto con il principio di rotazione.

In linea con la giurisprudenza richiamata, si pongono le linee guida dell'ANAC n. 4/2016, in tema di affidamenti sotto soglia (cfr. delibera 26 ottobre 2016 n. 1097, in G.U. 23 novembre 2016 n. 274), secondo cui «il rispetto del principio di rotazione fa sì che l'affidamento al contraente uscente abbia carattere eccezionale e richiede un onere motivazionale più stringente», potendo, di conseguenza, la stazione appaltante fondare tale scelta solo in considerazione o della riscontrata effettiva assenza di alternative, ovvero del grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale (esecuzione a regola d'arte, nel rispetto dei tempi e dei costi pattuiti) ed in ragione della competitività del prezzo offerto rispetto alla media dei prezzi praticati nel settore di mercato di riferimento, anche tenendo conto della qualità della prestazione.

CONS. STATO, SEZ. III, sentenza 10 gennaio 2018, n. 93

Sull'applicazione della misura di cui all'art. 32 del D.L. n. 90/2014 avente ad oggetto la straordinaria e temporanea gestione dell'impresa

L'art. 32 del d.l. anticorruzione si propone l'ambizioso obiettivo di temperare due opposte esigenze: garantire la completa esecuzione degli appalti e neutralizzare il rischio derivante dall'infiltrazione criminale nelle imprese, introducendo un originale e innovativo meccanismo di commissariamento. Più in particolare la gestione commissariale - espressamente qualificata come

attività di pubblica utilità (poiché essa risponde, primariamente, all'interesse generale di assicurare la realizzazione dell'opera; così Cons. St. sez. III, 28 aprile 2016 n. 1630 ed ancor prima Cons. St. sez. III, 24 luglio 2015 n. 3653) - è volta, attraverso l'intervento del Prefetto, non soltanto a garantire l'interesse pubblico alla completa esecuzione dell'appalto ma anche a sterilizzare la gestione del contratto "oggetto del procedimento penale" dal pericolo di acquisizione delle utilità illecitamente captate in danno della pubblica amministrazione. E non si è mancato di sottolineare che, sotto tale profilo, l'istituto si manifesta come uno **strumento di autotutela contrattuale previsto direttamente dalla legge**. In altri termini, questa speciale forma di commissariamento riguarda soltanto il contratto (e la sua attuazione) e non la *governance* dell'impresa in quanto tale ed in ciò si distingue dalle misure di prevenzione patrimoniali disposte ai sensi del D.Lvo n. 159/2011 (c.d. codice antimafia). In tal senso depone lo stesso tenore letterale della norma laddove si afferma che il commissariamento ha luogo "limitatamente alla completa esecuzione del contratto o della concessione".

TAR CAMPANIA, NAPOLI, SEZ. III, sentenza 10 gennaio 2018, n. 154

Sull'inammissibilità di prospettare doglianze che rileverebbero l'illegittimità della situazione giuridica vantata in giudizio dal medesimo soggetto ricorrente

Per il principio del divieto di abuso del processo, non è ammissibile prospettare doglianze che rileverebbero l'illegittimità della situazione giuridica vantata in giudizio dal medesimo soggetto ricorrente (cfr. la sentenza della Sezione del 4/11/2015 n. 5112, con cui è stato statuito che è "da escludere che il medesimo possa in tal modo "venire contra factum proprium" e che la tutela giurisdizionale degli interessi legittimi venga ad essere strumentalizzata per la protezione di un interesse sostanzialmente illegittimo).

Sulla facoltà della Commissione di introdurre elementi di specificazione dei criteri

Va operata una distinzione tra il divieto per la Commissione di integrare il bando di gara ("mediante la previsione di criteri integrativi dello stesso, ossia di criteri valutativi": Cons. Stato, sez. III, 10/1/2013 n. 97) e la facoltà della stessa "di introdurre elementi di specificazione dei criteri stabiliti dal bando, purché intesi a precisare l'*iter* motivazionale nella valutazione delle offerte, secondo i criteri generali previsti nella *lex specialis*" (TAR Molise, 17/4/2014 n. 265; cfr. altresì Cons. Stato, sez. VI, 15/9/2011 n. 5157: "può invece ritenersi ammesso che la medesima Commissione fissi la metodologia di attribuzione dei punteggi, per rendere più trasparente il proprio apprezzamento, a garanzia della par condicio dei concorrenti").

CONS. STATO, SEZ. V, sentenza 11 gennaio 2018, n. 120

Sulla revoca dell'aggiudicazione in caso di comportamenti scorretti dell'aggiudicatario

In materia di appalti pubblici le ragioni in grado di supportare la revoca legittima dell'aggiudicazione sono state variamente individuati e tre sono, specialmente, le fattispecie ricorrenti: a) revoca per **sopravvenuta non corrispondenza** dell'appalto alle esigenze dell'amministrazione; b) revoca per **sopravvenuta indisponibilità di risorse finanziarie** ovvero per sopravvenuta non convenienza economica dell'appalto (fra le tante, Cons. Stato, sez. V, 21 aprile 2016, n. 1599, Sez. III, 29 luglio 2015, n. 3748); c) **revoca per inidoneità della prestazione** descritta nella *lex specialis* a soddisfare le esigenze contrattuali che hanno determinato l'avvio della procedura (sulla quale, ampiamente, Cons. Stato, sez. III, 29 novembre 2016, n. 5026). Orbene, tra i "sopravvenuti motivi di pubblico interesse" ben possono rientrare anche comportamenti scorretti dell'aggiudicatario che si siano manifestati

successivamente all'aggiudicazione definitiva (fattispecie, del resto, già conosciuta in giurisprudenza, cfr. Cons. Stato, sez. V, 12 giugno 2017, n. 2804 avente ad oggetto il mancato assolvimento agli obblighi contributivi emerso successivamente all'aggiudicazione; Cons. Stato, sez. V, 11 luglio 2016, n. 3054, ove la revoca era giustificata dal rifiuto dell'aggiudicatario di stipulare il contratto prima che fossero modificate talune clausole contenute nel capitolato di gara; Cons. Stato, sez. IV, 20 gennaio 2015, n. 143, revoca giustificata per violazione delle clausole dei Protocolli di legalità; e TAR Liguria, sez. II, 27 gennaio 2017, n. 55).

In detti casi la revoca assume quella particolare connotazione di **revoca – sanzione**, poiché la caducazione degli effetti del provvedimento è giustificata da condotte scorrette del privato beneficiario di precedente provvedimento favorevole dell'amministrazione; tuttavia si tratta pur sempre di "motivi di pubblico interesse", successivi al provvedimento favorevole (o successivamente conosciuti dalla stazione appaltante, e per questo "sopravvenuti") che giustificano la revoca.

La particolarità di **tale revoca** consiste nel fatto che l'amministrazione **non è tenuta a soppesare l'affidamento maturato dal privato** sul provvedimento a sé favorevole e, d'altra parte, **non ricorrono pregiudizi** imputabili all'amministrazione e **ristorabili mediante indennizzo** poiché ogni conseguenza, ivi comprese eventuali perdite economiche, è imputabile esclusivamente alla condotta del privato (non dando luogo a responsabilità dell'amministrazione, neppure da atto lecito).

CONS. STATO, SEZ. III, sentenza 11 gennaio 2018, n. 136

Sulla revoca dell'aggiudicazione provvisoria

La **natura giuridica di atto provvisorio** ad effetti instabili tipica dell'aggiudicazione provvisoria non consente di applicare nei suoi riguardi la disciplina dettata dagli artt. 21 *quinquies* e 21 *nonies* della legge n. 241/1990 in tema di revoca e annullamento d'ufficio (C.d.S., V, 20 agosto 2013, n. 4183): la revoca dell'aggiudicazione provvisoria (ovvero, la sua mancata conferma) non è, difatti, qualificabile alla stregua di un esercizio del potere di autotutela, sì da richiedere un raffronto tra l'interesse pubblico e quello privato sacrificato, **non essendo prospettabile alcun affidamento del destinatario**, dal momento che l'aggiudicazione provvisoria non è l'atto conclusivo del procedimento, sicché nei relativi casi nessun pregio ha la censura di carente esplicitazione delle ragioni di pubblico interesse sottese alla revoca (V, 20 aprile 2012, n. 2338).

CONS. STATO, SEZ. V, sentenza 11 gennaio 2018, n. 113

Sul principio di immodificabilità dell'offerta

Nella materia degli appalti pubblici vige il principio generale della immodificabilità dell'offerta, che è regola posta a tutela della imparzialità e della trasparenza dell'agire della stazione appaltante, nonché ad ineludibile tutela del principio della concorrenza e della parità di trattamento tra gli operatori economici che prendono parte alla procedura concorsuale.

Nelle gare pubbliche è ammissibile un'attività interpretativa della volontà dell'impresa partecipante alla gara da parte della stazione appaltante, al fine di superare eventuali ambiguità nella formulazione dell'offerta, purché si giunga ad esiti certi circa la portata dell'impegno negoziale con essi assunti; evidenziandosi, altresì, che le offerte, intese come atto negoziale, sono suscettibili di essere interpretate in modo tale da ricercare l'effettiva volontà del dichiarante, senza peraltro attingere a fonti

di conoscenza estranee all'offerta medesima né a dichiarazioni integrative o rettificative dell'offerente (Consiglio di Stato, IV, 6 maggio 2016 n. 1827).

TAR LAZIO, ROMA, SEZ. I BIS, sentenza 11 gennaio 2018, n. 286

Sui requisiti morali

Il riferimento nel provvedimento di **esclusione alle condanne penali non definitive** si pone in contrasto con le disposizioni degli artt. 80 e 83 d.lgs. 50/2016 che considerano rilevanti le **sole sentenze passate in giudicato**, oltre che con i principi di libertà di iniziativa economica, di buon andamento, di par condicio e non discriminazione, e presunzione di non colpevolezza *ex art. 27 Cost.*

Non si possono anticipare gli effetti penalizzanti per un'impresa delle condanne senza attendere che siano divenute definitive.

Quanto alle condanne penali la valutazione circa la loro incidenza sulla possibilità di contrarre con le pubbliche amministrazioni è stata compiuta dal legislatore con la previsione delle ipotesi escludenti.

L'esistenza di una sentenza di condanna non definitiva a carico degli amministratori della società controllante al 100% la società ricorrente non costituisce elemento che possa essere posto a fondamento della mancata aggiudicazione *ex art. 33, comma 1, d.lgs. 50/2016*. La mancata aggiudicazione deve fondarsi sul contenuto dell'offerta non su circostanze a essa estranee, mentre la valutazione dei requisiti morali *ex art. 80, comma 1, d.lgs. 50/2016* viene effettuata in sede di ammissione dei soggetti alla partecipazione alla gara e prima di esaminare l'offerta tecnica e quella economica. Una volta superata quella fase, non si può surrettiziamente bloccare l'esito di una gara per ragioni legate alla moralità dei soggetti in qualche modo connessi con la società per cui viene formulata una proposta di aggiudicazione. **Inoltre il numero delle persone nei cui confronti bisogna effettuare le verifiche *ex art. 80* citato non può essere ampliato sulla base di considerazioni di opportunità.** Ai sensi dell'art. 80, comma 3, i soggetti, la cui condanna comporta l'esclusione dalla procedura quando il partecipante sia una società di capitali, sono: i membri del consiglio di amministrazione cui sia stata conferita la legale rappresentanza, gli institori e procuratori generali, dei membri degli organi con poteri di direzione o di vigilanza e del direttore tecnico o del socio unico persona fisica, ovvero del socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci.

In relazione alla questione se il socio di maggioranza nelle società con meno di quattro soci debba intendersi solamente come socio persona fisica o anche persona giuridica, vi sono importanti pronunce giurisprudenziali che hanno ritenuto come la norma limiti la verifica dei requisiti morali al socio persona fisica (TAR Lazio, Roma, I *quater*, 8.02.2017, n. 2131; Cons. Stato, Sez. III, 28.06.2017, n. 3169; *id.*, Sez. V, 21.04.2016, n. 1593).

TAR LAZIO ROMA, SEZ. I, sentenza 11 gennaio 2018, n. 313

Sul principio della gara per la concessione di beni

Sussiste un consolidato orientamento giurisprudenziale che evoca la necessaria applicazione dei principi comunitari in materia di affidamento di appalti di lavori, servizi e forniture anche alle concessioni di beni di rilevanza economica. Non sussiste, quindi, alcun obbligo per l'Amministrazione, una volta assunta la decisione di individuare il concessionario attraverso

una procedura ad evidenza pubblica, di giustificare la ragione del mancato rinnovo della concessione all'attuale utilizzatore del bene.

CONS. STATO, SEZ. V, sentenza 15 gennaio 2018, n. 187

Sull'avvalimento di garanzia

1. Ai fini della validità del contratto di avvalimento, è necessario che l'impegno assunto dall'ausiliaria non si limiti a dichiarazioni di carattere meramente "cartolare e astratto", ma debba necessariamente risolversi nella concreta messa a disposizione delle necessarie risorse e dell'apparato organizzativo (in tal senso *ex multis*: Cons. Stato, Ad. Plen., 4 novembre 2016, n. 23; id., V, 22 gennaio 2015, n. 275; id., V, 23 ottobre 2014, n. 5244). Si tratta, del resto, di contenuti la cui pregnanza e vincolatività vengono oggi confermati dall'articolo 89, comma 1, del nuovo 'Codice dei contratti', secondo cui "il contratto di avvalimento contiene, a pena di nullità, la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dell'impresa ausiliaria".

2. In caso di avvalimento cd. di garanzia, avente cioè ad oggetto il requisito di capacità economica finanziaria, rappresentato dal fatturato sia globale che specifico, l'indagine circa l'efficacia del contratto allegato al fine di attestare il possesso dei relativi titoli partecipativi deve essere svolta in concreto, avuto riguardo, cioè, al tenore testuale dell'atto ed alla sua idoneità ad assolvere la precipua funzione di garanzia assegnata all'istituto di cui all'articolo 49 del previgente 'Codice dei contratti' e in seguito dall'articolo 89 del nuovo Codice (in tal senso: Cons. Stato, III, 3 maggio 2017, n. 2022).

2. E' stato altresì chiarito che nelle gare pubbliche, allorquando un'impresa intenda avvalersi, mediante stipula di un c.d. contratto di avvalimento dei requisiti finanziari di un'altra (c.d. avvalimento di garanzia), la prestazione oggetto specifico dell'obbligazione è costituita non già dalla messa a disposizione da parte dell'impresa ausiliaria di strutture organizzative e mezzi materiali, ma dal suo impegno a garantire con le proprie complessive risorse economiche, il cui indice è costituito dal fatturato, l'impresa ausiliata munendola, così, di un requisito che altrimenti non avrebbe e consentendole di accedere alla gara nel rispetto delle condizioni poste dal bando (in tal senso: Cons. Stato, V, 15 marzo 2016, n. 1032).

Sul favor participationis in caso di diverse interpretazioni della lex specialis

A fronte di più possibili interpretazioni di una clausola della *lex specialis* (una avente quale effetto l'esclusione dalla gara e l'altra tale da consentire la permanenza del concorrente), non può legittimamente aderirsi all'opzione che, ove condivisa, comporterebbe l'esclusione dalla gara, dovendo essere favorita l'ammissione del più elevato numero di concorrenti, in nome del principio del *favor participationis* e dell'interesse pubblico al più ampio confronto concorrenziale (*ex multis*: Cons. Stato, V, 5 ottobre 2017, n. 4644; id., V, 5 luglio 2017, n. 3302; id., V, 12 maggio 2017, n. 2232).

CONS. STATO, SEZ. III, sentenza 15 gennaio 2018, n. 188

Sul procedimento di verifica dell'anomalia e sul valore del parametro del costo del lavoro

La finalità della verifica dell'anomalia è quella di accertare in concreto che l'offerta, nel suo complesso, sia attendibile ed affidabile in relazione alla corretta esecuzione dell'appalto.

Le tabelle ministeriali assumono il valore di espressione del costo del lavoro medio, ricostruito su basi statistiche, con la conseguenza che lo scostamento da esse, specie se di lieve entità, non legittima di per sé un giudizio di anomalia riduzioni del costo del lavoro con riferimento al tfr, all'irap, alle ore di assenteismo per malattia, infortunio e maternità

TAR LAZIO ROMA, SEZ. II bis, sentenza 15 gennaio 2018, n. 471

Sul giudizio di congruità dell'offerta

In linea di principio, nelle gare pubbliche non è sufficiente a rendere incongrua un'offerta il solo fatto che alcuni dei suoi elementi costitutivi risultino anormalmente bassi, ma è necessario che la riscontrata sottostima dei costi sia tale da **erodere completamente l'utile dichiarato** (Cons. Stato Sez. V, 29-05-2017, n. 2556);

Ne consegue che l'amministrazione, all'atto di valutare anomala l'offerta, ha l'onere di esprimere una valutazione globale sulla inattendibilità delle giustificazioni fornite dal concorrente, senza limitarsi a contestare alcuni elementi specifici dell'offerta stessa;

TAR CAMPANIA, NAPOLI, SEZ. III, sentenza 16 gennaio 2018, n. 361

Sulla revisione prezzi

La previsione normativa della revisione prezzi non implica anche il diritto all'automatico aggiornamento del corrispettivo contrattuale, per cui va respinta l'azione di condanna proposta in via principale e deve essere accolta la domanda subordinata, con ordine all'Amministrazione intimata di procedere agli adempimenti istruttori per la valutazione della spettanza e l'eventuale determinazione del compenso revisionale alla Società ricorrente.

Detto **compenso non può spettare per il primo anno** del rapporto contrattuale, essendo stato chiarito che la previsione di una clausola "periodica" della revisione prezzi esclude la computabilità a tal fine dell'anno iniziale; una siffatta clausola, prevedendo che si faccia luogo alla revisione del prezzo originario solo dopo il decorso di un primo arco temporale, è conforme allo spirito ed alla lettera della legge (art. 115 d.lgs. 163/06), in cui la previsione di una "revisione" del prezzo su base "periodica" dimostra che il legislatore ha semplicemente inteso munire i contratti di forniture e servizi di un meccanismo di aggiornamento del corrispettivo alla dinamica dei prezzi registrata in un determinato intervallo temporale, secondo cadenze predeterminate.

Infine, la revisione **va calcolata utilizzando l'indice di variazione dei prezzi per le famiglie di operai e impiegati (c.d. indice FOI)** pubblicato dall'ISTAT, con **esclusione** dell'incremento dei costi per l'Impresa derivanti da altri fattori, quali l'aumento del costo del lavoro, ove la stessa non adduca e dimostri di avere effettivamente subito detto incremento dei costi; tale indice ... costituisce il limite massimo oltre il quale, salvo circostanze eccezionali che devono essere provate dall'impresa, essa non può spingersi nella determinazione del compenso revisionale (Cons. di St., sez. V, 20.11.2015, n. 5291”).

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 17 gennaio 2018 n. 261

Sull'iscrizione camerale

Nelle gare di appalto, l'iscrizione camerale richiesta per la partecipazione ha come scopo quella di filtrare l'ingresso in gara dei soli concorrenti forniti di una professionalità coerente con le prestazioni oggetto dell'affidamento; a tal fine, si rende necessaria una congruenza contenutistica, tendenzialmente completa tra le risultanze descrittive della professionalità dell'impresa, come riportate nell'iscrizione alla Camera di commercio e l'oggetto d'appalto, evincibile dal complesso delle prestazioni previste. La corrispondenza contenutistica non va tuttavia intesa come perfetta e assoluta sovrapposibilità tra tutte le componenti dei due termini di riferimento, ma la stessa va appurata secondo un criterio di rispondenza alla finalità di verifica della richiesta idoneità professionale, e quindi in virtù di una considerazione non già atomistica e frazionata, bensì globale e complessiva delle prestazioni dedotte in contratto; infatti, l'esigenza di garantire la serietà e l'adeguata qualificazione degli offerenti va temperata con gli obiettivi della massima partecipazione e concorrenzialità.

Una ditta era stata esclusa dalla procedura in quanto l'attività di "acquisto dei veicoli" in affidamento non era ricompresa tra quelle indicate nell'oggetto sociale. Tale esclusione è stata ritenuta legittima.

CONS. STATO, SEZ. V, sentenza 17 gennaio 2018, n. 279

Sulla possibilità, per gli appalti di servizi, di prevedere nel bando di gara anche elementi di valutazione dell'offerta tecnica di tipo soggettivo

E' vero che il principio della netta separazione tra criteri soggettivi di prequalificazione e criteri di aggiudicazione della gara può essere interpretato "*cum grano salis*", per cui dunque le Stazioni appaltanti -nei casi in cui ravvisino l'opportunità che determinate caratteristiche soggettive del concorrente, in quanto direttamente riguardanti l'oggetto del contratto, siano valutate anche per la selezione dell'offerta - possono prevedere nel bando di gara anche elementi di valutazione dell'offerta tecnica di tipo soggettivo, concernenti, in particolare, la specifica attitudine del concorrente, anche sulla base di analoghe esperienze pregresse, a realizzare lo specifico progetto oggetto di gara. Secondo il pacifico orientamento della giurisprudenza amministrativa, tuttavia, la possibilità di prevedere nel bando di gara anche elementi di valutazione dell'offerta tecnica di tipo soggettivo riguarda solo gli appalti di servizi e sempre che ricorrano determinate condizioni, come nel caso in cui aspetti dell'attività dell'impresa possano effettivamente illuminare la qualità dell'offerta; inoltre, lo specifico punteggio assegnato, ai fini dell'aggiudicazione, per attività analoghe a quella oggetto dell'appalto, non deve incidere in maniera rilevante sulla determinazione del punteggio complessivo.

TAR PIEMONTE, SEZ. II, sentenza 17 gennaio 2018, n. 94

Sul subappalto necessario per l'iscrizione al registro nazionale dei gestori ambientali

Nell'ambito di una gara di appalto l'iscrizione al registro nazionale dei gestori ambientali è un requisito di partecipazione e non di esecuzione del contratto, con la conseguenza che è suscettibile, nella vigenza del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, di subappalto c.d. necessario.

L'istituto in questione consente di partecipare a gare per l'affidamento di lavori pubblici anche a concorrenti privi delle qualificazioni relative a parte delle lavorazioni, che i predetti prevedono di affidare ad imprese in possesso delle qualificazioni richieste; analogamente, il requisito dell'iscrizione all'ANGA, di cui sia privo il concorrente, può essere soddisfatto prevedendo l'affidamento dei lavori che presuppongono il possesso di tale titolo ad altra impresa, iscritta nell'albo per la categoria richiesta.

Sulla sanabilità con il soccorso istruttorio dell'omessa indicazione terna subappaltatori

In sede di gara pubblica la mancata indicazione dei nominativi di una terna dei subappaltatori, ove prescritta dal nuovo codice degli appalti, può essere sanata con il soccorso istruttorio ex art. 83, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

TAR CAMPANIA, NAPOLI, SEZ. V, sentenza 18 gennaio 2018, n. 413

Sul principio di rotazione

A fronte del principio di rotazione, ex art. 36 del d.lgs. n. 50/2016, la stazione appaltante ha la seguente **alternativa**: o di non invitare il gestore uscente o, quanto meno, di motivare attentamente le ragioni per le quale si riteneva di non poter prescindere dall'invito", in senso analogo Cons. Stato Sez. V, 13-12-2017, n. 5854; da ultimo T.A.R. Toscana Firenze Sez. I, 02-01-2018, n. 17 secondo cui "Il principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti di cui all' art. 36, comma 1, del D.lgs. n. 50/2016, è volto a tutelare le esigenze della concorrenza in un settore, quale quello degli appalti "sotto soglia", nel quale è maggiore il rischio del consolidarsi, ancor più a livello locale, di posizioni di rendita anticoncorrenziale da parte di singoli operatori del settore risultati in precedenza aggiudicatari della fornitura o del servizio. Ne deriva che esso si applica anche agli operatori economici che erano affidatari a seguito di precedente procedura ad evidenza pubblica, ad evitare che, una volta scaduto il rapporto contrattuale, la precedente aggiudicataria possa di fatto sfruttare la sua posizione di gestore uscente per indebitamente rinnovare o vedersi riaffidare il contratto tramite procedura negoziata").

Essendo pertanto nell'ipotesi di cui è causa **legittimo** tanto il ricorso alla procedura negoziata nonché quanto il **mancato invito della ricorrente**, alcun interesse la stessa avrebbe, in quanto non partecipante alla procedura, alla disamina delle ulteriori censure, che peraltro possono rigettarsi alla stregua dei seguenti rilievi.

Sul criterio del prezzo più basso

Legittimo appare il ricorso al criterio di aggiudicazione del minore prezzo, ai sensi dell'art. 95 comma 4, lett. c), D.lgs. n. 50/16, che in riferimento all'utilizzo di tale criterio, stabilisce che ciò è possibile per i servizi e le forniture di importo fino a 40.000 euro, nonché per i servizi e le forniture di importo pari o superiore a 40.000 euro e sino alla soglia di cui all'articolo 35 (ossia 209.000,00) solo se caratterizzati da **elevata ripetitività**, atteso che nell'ipotesi di specie viene in rilievo non un appalto di servizi in senso ampio, ma un **appalto del servizio di somministrazione di lavoro** in riferimento a **figure ben individuate** e la cui **remunerazione è stabilita dalla contrattazione collettiva**.

TAR CAMPANIA, NAPOLI, SEZ. V, sentenza 18 gennaio 2018, n. 394

Sul termine di impugnazione degli atti di ammissione

Il Collegio ritiene di dover valorizzare la specialità della normativa e il carattere derogatorio dei principi in materia di impugnativa di cui all'art. 120, comma 2-*bis* del c.p.a., nel senso cioè di **non ritenere sufficiente la presenza di un rappresentante della ditta controinteressata** alla seduta di gara. Tale presenza determina al più la conoscenza del provvedimento di ammissione e di quanto ivi emerso, oltre alla mera conoscibilità di eventuali ulteriori profili di illegittimità all'esito di successive indagini, ma non certamente la percezione immediata ed effettiva di tutte le irregolarità che, ove esistenti, inficino le relative determinazioni. Stante l'indicato carattere derogatorio, infatti, il criterio dell'effettiva completa conoscenza dell'atto impugnabile, comprensivo di tutti gli aspetti di lesività e illegittimità dello stesso, deve essere applicato in modo restrittivo, ai soli casi in cui, per gli elementi emersi nella seduta di gara, si evince che la parte dovesse essere sin da allora pienamente consapevole dei profili di illegittimità sollevabili.

CONS. STATO, SEZ. III, sentenza 18 gennaio 2018, n. 310

Sulla motivazione dell'infungibilità della prestazione

Come precisato dall'ANAC, nelle Linee guida per il ricorso a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando, nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili, a proposito dell'attuale art. 63, ma richiamando anche tutta la giurisprudenza formatasi in passato, per i casi in cui una fornitura e un servizio siano effettivamente infungibili, **il legislatore, comunitario e nazionale, ha previsto deroghe alla regola della selezione attraverso una selezione pubblica**, considerato che l'esito di un'eventuale gara risulterebbe scontato, esistendo un unico operatore economico in grado di aggiudicarsela e, conseguentemente, l'indizione di una procedura ad evidenza pubblica determinerebbe uno spreco di tempo e di risorse. Naturalmente, **trattandosi di una deroga alla regola della gara pubblica, occorre che l'infungibilità sia debitamente accertata e motivata nella delibera o determina a contrarre dell'amministrazione**, nel pieno rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza, ovvero dei principi di concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità.

Del resto, va anche precisato che l'esclusiva si riferisce a un prodotto o a un processo, **l'esistenza di un diritto esclusivo non implica necessariamente che il bisogno del contraente non possa essere soddisfatto in modo adeguato anche ricorrendo ad altri prodotti o processi**.

Sulla portata del conflitto di interessi per la nomina dei commissari di gara

Il 'conflitto di interessi' implica secondo la disposizione di cui all'art. 42 d.lgs. n. 50 del 2016, un conflitto tra la missione pubblica e gli interessi privati di un funzionario pubblico, in cui quest'ultimo possiede a titolo privato interessi che potrebbero influire indebitamente sull'assolvimento dei suoi obblighi e delle sue responsabilità pubblici. Ne discende che non possono richiamarsi a confortare la tesi dell'originaria ricorrente elementi e circostanze – come la partecipazione a studi – che lungi dall'evidenziare un interesse privato dei componenti, pongono in luce, in vero, una loro specifica esperienza e competenza, secondo i canoni di professionalità che sono affermati dallo stesso codice dei contratti pubblici vigente.

Sulle quote di partecipazione in caso di RTI

Va premesso che la pronuncia dell'Adunanza Plenaria, n. 27/2014 ha enunciato il seguente principio che continua a trovare applicazione anche a seguito dell'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti: "per gli appalti di servizi e forniture continua a trovare applicazione unicamente la norma sancita dal comma 4 dell'art. 37, che **impone alle imprese raggruppate il più modesto obbligo d'indicare le parti del servizio o della fornitura facenti capo a ciascuna di esse, senza pretendere anche l'obbligo della corrispondenza fra quote di partecipazione e quote di esecuzione**, fermo restando, però, che ciascuna impresa va qualificata per la parte di prestazioni che s'impegna ad eseguire, nel rispetto delle speciali prescrizioni e modalità contenute nella normativa di gara".

Sulla distinzione tra raggruppamenti verticali ed orizzontali

A differenza dei raggruppamenti orizzontali, i raggruppamenti di tipo verticale sono quelli nei quali le imprese che lo costituiscono sono in possesso di specializzazioni diversificate e, quindi, distribuiscono l'esecuzione della prestazione secondo le proprie specifiche competenze, ovvero l'impresa mandataria esegue le prestazioni di servizi indicate come principali, anche in termini economici, mentre le imprese mandanti quelle indicate come secondarie. Con la conseguenza che nei raggruppamenti cd. verticali solo l'impresa mandataria deve possedere requisiti di idoneità piori rispetto ai mandanti, essendo responsabile dell'intera prestazione nei confronti della Stazione Appaltante, mentre le altre imprese mandanti, che hanno assunto le parti scorporate, lo sono esclusivamente con riguardo alla parte che ciascuna ha eseguito (tale definizione è ora contenuta per i servizi e le forniture nel comma 2 dell'art. 48).

TRIBUNALE REG. GIUST. AMM., TRENTO, sentenza 19 gennaio 2018, n. 13

Sulla segretezza delle offerte

Nella procedura ad evidenza pubblica, per determinare la violazione del principio dell'anonimato nella presentazione dell'offerta e la conseguente esclusione, non è sufficiente una imperfezione nella confezione della documentazione di gara, ma occorre anche la concreta portata decettiva, da verificare anche alla luce dell'inesistenza di modalità più facilmente esperibili.

TAR UMBRIA, SEZ. I – sentenza 22 gennaio 2018 n. 56

Sugli oneri di sicurezza aziendali e sull'inapplicabilità del soccorso istruttorio

1. Nelle procedure di evidenza pubblica, gli oneri di sicurezza per le interferenze, la cui misura va predeterminata dalla stazione appaltante, vanno tenuti distinti dagli oneri di sicurezza da rischio specifico, cd. interni o aziendali, la cui quantificazione spetta ad ogni concorrente in rapporto alla sua offerta economica.

2. L'art. 95, c. 10, del D.lgs. n. 50/2016, in senso innovativo rispetto al regime di cui al D.lgs. 163/2006, ha imposto l'obbligo per tutti gli operatori economici di indicare in sede di offerta economica i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro (ad esclusione delle forniture senza posa in opera, dei servizi di natura intellettuale e degli affidamenti ai sensi dell'art. 36, comma 2, lettera a del D.lgs. n. 50/16); il suddetto obbligo sussiste anche in ipotesi di silenzio del bando, da

ritenersi sul punto **eterointegrato**, con conseguente esclusione del concorrente silente, **non potendosi ricorrere nemmeno al soccorso istruttorio** – diversamente dal sistema previgente – trattandosi di indicazione costituente elemento essenziale dell'offerta.

TAR CAMPANIA, NAPOLI, SEZ. II, sentenza 22 gennaio 2018, n. 451

Sulla decorrenza del termine di impugnazione avverso l'ammissione a gara dei concorrenti

La giurisprudenza è pacifica nel senso della natura eccezionale delle disposizioni che regolano il rito speciale in materia d'impugnazione dei provvedimenti di esclusione ed ammissione alle procedure di appalto, osservando che l'art. 120, comma 2 bis, c.p.a. deve ritenersi di stretta interpretazione e non può, perciò, trovare diretta e testuale applicazione nel caso di mancata pubblicazione delle ammissioni sul profilo del committente della stazione appaltante ai sensi dell'articolo 29, comma 1, d.lgs. 50/2016 (*ex multis*, T.A.R. Lazio, Roma, sez. II quater, 19 luglio 2017 n. 8704; trae conferma dalla recente modifica all'art. 29 del d.lgs. 50/2016).

TAR LAZIO, ROMA, SEZ. I quater, sentenza 23 gennaio 2018, n. 840

Sull'offerta economicamente più vantaggiosa e sui sub criteri fissati dalla Commissione

Alla luce degli arresti giurisprudenziali formatisi nella vigenza del previgente codice dei contratti pubblici e confermati dal nuovo codice, art. 95, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016, la *lex specialis* deve indicare i criteri di valutazione e la ponderazione relativa attribuita a ciascuno di essi, anche prevedendo un differenziale in cui lo scarto tra il minimo e il massimo deve essere adeguato, nonché - per ciascun criterio prescelto e laddove necessario - gli specifici sub-criteri e sub-punteggi. Ciò in rapporto alle esigenze codificate dal comma 1 della predetta disposizione, di permettere, da un lato, ai concorrenti la formulazione di offerte effettivamente competitive, e di ridurre, dall'altro, gli apprezzamenti valutativi della commissione giudicatrice, garantendo in tal modo la loro imparzialità e la miglior tutela della par condicio.

Per la giurisprudenza, la scelta del criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa non richiede solamente la presenza di criteri sufficientemente puntuali per l'attribuzione dei punteggi, ma anche la **predeterminazione nella legge di gara di criteri di valutazione dell'offerta pertinenti alla natura, all'oggetto ed alle caratteristiche del contratto**.

Il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa si fonda su di una pluralità di elementi di natura qualitativa ed economica tra loro integrati, la cui determinazione è rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante; peraltro quest'ultima, nell'effettuare le proprie scelte, deve ricercare un equilibrio tra prezzo e qualità, che non ha un valore solo tra i due parametri, ma anche all'interno di ciascuno degli stessi, onde consentire alla stazione appaltante il risultato migliore e più conveniente e, dall'altro, consentire ai partecipanti di confidare in una uniforme e trasparente valutazione dell'offerta. È per tale motivo che l'art. 83, commi 2 e 4, del d.lgs. n. 163 del 2006 dispone che il bando di gara elenchi i criteri di valutazione, precisi la ponderazione attribuita a ciascuno di essi e, ove necessario, preveda i sub-criteri e sub-pesi, disaggregando il criterio nei suoi aspetti più essenziali, fermo restando il peso o punteggio massimo attribuito a quel dato criterio.

Nelle gare pubbliche da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa **la commissione giudicatrice può autovincolare la discrezionalità attribuitale dai criteri di**

valutazione stabiliti dal bando, senza modificare in alcun modo questi ultimi, ma, a ulteriore garanzia della trasparenza del percorso motivazionale che presiede all'attribuzione dei punteggi per le offerte, specificare le modalità applicative di tale operazione, sempre che ciò non integri una modifica sostanziale dei criteri di valutazione e dei fattori di ponderazione fissati nel bando.

Se è dunque vietato per il seggio di gara enucleare sub criteri non previsti dal bando e avulsi da quelli stabiliti nella *lex specialis* che comportino l'alterazione del peso di quelli contemplati dal disciplinare (C. Stato, III, 10 gennaio 2013, n. 97; 1 febbraio 2012, n. 514 e 29 novembre 2011, n. 6306), **è invece consentito alla commissione effettuare una declinazione dei criteri e dei sub criteri e della loro valorizzazione** (C. Stato, III, 21 gennaio 2015, n. 205).

Anche la Corte di giustizia UE (sentenza 14 luglio 2016, C-6/15) ha stabilito che non è contrario al diritto europeo sulle procedure di affidamento di contratti pubblici l'operato di una commissione di gara che abbia introdotto coefficienti di ponderazione dei sub criteri di valutazione delle offerte quando tali sub pesi sono "corrispondenti sostanzialmente ai criteri precedentemente resi noti agli offerenti", posto che in questo caso non si verifica alcuna alterazione della disciplina di gara e del confronto tra i concorrenti tale da influenzare la predisposizione e preparazione dell'offerta.

Ne consegue che non si è in presenza di nuovi criteri, sub criteri e sub pesi **laddove la commissione preveda coefficienti di ponderazione corrispondenti sostanzialmente ai criteri precedentemente resi noti agli offerenti ovvero si limiti a specificare le modalità applicative dei criteri di attribuzione del punteggio già disciplinati dalla disciplina di gara.**

Sull'idoneità del punteggio numerico

Il punteggio numerico integra una sufficiente motivazione allorché **siano prefissati con chiarezza e adeguato grado di dettaglio** i criteri di valutazione, prevedenti un minimo ed un massimo; in questo caso, infatti, sussiste comunque la possibilità di ripercorrere il percorso valutativo e quindi di controllare la logicità e la congruità del giudizio tecnico.

Sulla conservazione dei plichi

Per consolidata giurisprudenza ogni contestazione del concorrente volta a ipotizzare una possibile manomissione o esposizione dei plichi e delle offerte, idonea ad introdurre *vulnus* alla regolarità del procedimento di selezione del contraente, non può trovare sostegno nel solo dato formale delle indicazioni che si rinvencono nel verbale, ma deve essere suffragata da circostanze ed elementi che, su un piano di effettività e di efficienza causale, abbiano inciso sulla commissione di gara.

Sull'incompatibilità dei commissari di gara

L'art. 77, comma 4, del d.lgs. 50 del 2016 (che stabilisce che "I commissari non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta") intende prevenire il pericolo concreto di possibili effetti distorsivi prodotti dalla partecipazione alle commissioni giudicatrici di soggetti che a diverso siano intervenuti o possano intervenire nella procedura concorsuale, a garanzia dell'imparzialità della valutazione.

Ciò posto, il componente della commissione di gara di cui trattasi non risulta colpito da incompatibilità, non risultando che il medesimo abbia svolto incarichi relativi all'appalto di cui trattasi, né potendo tali incumbenti essere riconnessi alla carica di sindaco/revisore della PA, le cui funzioni sono circoscritte al controllo contabile delle finanze dell'Ente.

CONS. STATO, SEZ. V, sentenza 23 gennaio 2018, n. 421

Sul rapporto tra termine di impugnazione e accesso ai documenti

La giurisprudenza di questo Consiglio (sentenza n. 1953/2017) ha chiarito che “la mancanza nella comunicazione [di aggiudicazione trasmessa dalla stazione appaltante] di elementi sufficienti per formulare censure di legittimità costituisce evenienza di mero fatto che non può essere posta a carico della medesima parte pubblica, ma che invece onera quella privata potenzialmente interessata di attivarsi per acquisire una compiuta conoscenza degli atti di gara, attraverso gli strumenti che la legge medesima pone a disposizione della stessa (ed in particolare l’accesso previsto dal comma 5-quater del medesimo art. 79), al fine di evitare l’inutile decorso del termine a pena di decadenza per proporre l’impugnazione in sede giurisdizionale”;

La medesima sentenza ha altresì chiarito che “la diversa interpretazione che fissi la decorrenza al momento in cui è conosciuto il vizio che in ipotesi inficia l’aggiudicazione, e che pure possa costituire l’unico vizio, all’esito dell’accesso a questi ultimi ai sensi del comma 5-quater del medesimo art. 79, renderebbe mutevole e in definitiva incerto il momento in cui gli atti di gara siano divenuti inoppugnabili, e dunque il momento in cui l’esito di questa possa ritenersi consolidato. Da questa notazione emerge come una simile ricostruzione non possa essere accettata, per via dell’elevato tasso di incertezza sulle procedure di affidamento di contratti pubbliche che essa produrrebbe, ed a tutela del quale è posto il termine a pena di decadenza per proporre il ricorso giurisdizionale (che è addirittura dimezzato, ex art. 120, comma 2, cod. proc. amm., a conferma delle esigenze di celerità che permeano il settore dei contratti pubblici, pur nel rispetto del diritto di difesa dell’operatore economico)”;

La richiamata decisione ha inoltre condivisibilmente rilevato che, laddove il termine per la proposizione del ricorso avverso l’aggiudicazione fosse fatto decorrere dal momento l’interessato ha ottenuto l’accesso ai documenti (a seguito di propria istanza), ne risulterebbe in concreto inapplicabile (o almeno del tutto incerto) il termine comunitario di ‘standstill’ di cui all’articolo 32, comma 9 del nuovo ‘Codice dei contratti pubblici’.

TAR CAMPANIA, NAPOLI, SEZ. I, sentenza 24 gennaio 2018, n. 481

Sull’avvalimento della SOA

L’avvalimento è istituto di derivazione comunitaria che, in quanto posto a presidio della libertà di concorrenza, non tollera interpretazioni limitative volte a restringerne l’applicabilità, ad eccezione dei requisiti soggettivi inerenti alla moralità e all’onorabilità professionale a tutela della serietà ed affidabilità degli offerenti (Consiglio di Stato, Sez. IV, n. 4406/2012; Id. n. 810/2012, secondo cui l’ambito applicativo dell’istituto dell’avvalimento è limitato ai requisiti oggettivi di ordine speciale, economico - finanziari e tecnico – organizzativi). Al riguardo, non vi è ragione di dubitare dell’ammissibilità dell’avvalimento anche quanto alla certificazione SOA (Consiglio di Stato, Sez. V, n. 1504/2016; n. 5396/2015; n. 2627/2015), purché la messa a disposizione del requisito mancante non si risolva nel prestito di un valore puramente cartolare e astratto, essendo invece **necessario che dal contratto risulti chiaramente l’impegno dell’impresa ausiliaria a prestare le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo in tutte le parti** che giustificano l’attribuzione del requisito di qualità (a seconda dei casi: mezzi, personale, prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti; Consiglio di Stato, Sez. V, n. 5396/2015).

Sulla natura dell’avviso e sul momento in cui devono verificarsi i requisiti

Secondo condivisibile giurisprudenza (Consiglio di Stato, Sez. IV, n. 3344/2014; n. 1224/2014; Sez. V n. 2282/2013) la c.d. fase di prequalifica costituisce una fase preliminare, prodromica alla gara vera e propria, mediante la quale la stazione appaltante si limita a verificare la disponibilità del mercato e, quindi, ad individuare la platea dei potenziali concorrenti da invitare alla procedura di affidamento in senso proprio mentre solo in fase di presentazione delle offerte è necessario provare in concreto la sussistenza dei requisiti di ordine generale e speciale in capo ai soggetti invitati. Applicando tale principio al caso in esame non può dubitarsi in ordine al possesso, da parte della società ricorrente, del requisito di partecipazione alla gara alla luce delle considerazioni svolte.

TAR CAMPANIA, NAPOLI, SEZ. I, sentenza 24 gennaio 2018, n. 477

Sulla revoca degli atti di gara

La revoca dei provvedimenti amministrativi, disciplinata dall'art. 21-quinquies della legge n. 241 del 1990 (e introdotta dall'art. 14 della legge n. 15 del 2005), si configura come lo strumento dell'autotutela decisoria preordinato alla rimozione, con efficacia *ex nunc* (e, quindi, non retroattiva), di un atto ad efficacia durevole, in esito a una nuova (e diversa) valutazione dell'interesse pubblico alla conservazione della sua efficacia e che i presupposti del valido esercizio dello *ius poenitendi* sono definiti dall'art. 21-quinquies (per come modificato dall'art. 25, comma 1, lett. b-ter, d.l. n. 133 del 2014) con formule lessicali a carattere generico che fanno riferimento alla sopravvenienza di motivi di interesse pubblico, al mutamento della situazione di fatto (imprevedibile al momento dell'adozione del provvedimento) e ad una rinnovata (e diversa) valutazione dell'interesse pubblico originario (tranne che per i provvedimenti autorizzatori o attributivi di vantaggi economici).

Si è osservato in proposito che, ancorché l'innovazione del 2014 abbia inteso accrescere la tutela del privato da un arbitrario e sproporzionato esercizio del potere di autotutela in questione (per mezzo dell'esclusione dei titoli abilitativi o attributivi di vantaggi economici dal catalogo di quelli revocabili in esito a una rinnovata valutazione dell'interesse pubblico originario), il potere di revoca resta connotato da un'ampia (e, forse, eccessiva) discrezionalità (cfr. ex multis Cons. St., sez. III, 6 maggio 2014, n. 2311), in quanto, a differenza del potere di annullamento d'ufficio, che postula l'illegittimità dell'atto rimosso d'ufficio, quello di revoca esige, infatti, solo una valutazione di opportunità, seppur ancorata alle condizioni legittimanti dettagliate all'art. 21-quinquies l. cit. (e che, nondimeno, sono descritte con clausole di ampia latitudine semantica), sicché il valido esercizio dello stesso resta, comunque, rimesso a un apprezzamento ampiamente discrezionale dell'Amministrazione procedente (Cons. Stato, sez. III, 29/11/2016, n.5026).

Sulla natura della proposta di aggiudicazione

Costituisce *jus receptum* nella giurisprudenza amministrativa l'affermazione della natura di atto meramente endoprocedimentale della proposta di aggiudicazione (o aggiudicazione provvisoria), cosicché va escluso, da un lato, che essa determini l'insorgenza in capo all'impresa concorrente di una situazione giuridica soggettiva stabile e di per sé tutelabile, sia pure in termini di interesse legittimo, e, dall'altro, che in capo all'amministrazione sussista il dovere di assicurare, qualora si ridetermini rispetto alla fattispecie, le garanzie procedurali prescritte per le ipotesi di ritiro dell'atto amministrativo in via di autotutela (sulla natura della proposta di aggiudicazione, v. anche TAR Salerno, sez. il 12/07/2017 n.1153; TAR Lecce, sez. III, 22/12/2016 n.1935).

Sul rapporto tra aggiudica provvisoria e aggiudica definitiva

Proprio in tema di revoca del provvedimento di aggiudicazione, i giudici amministrativi hanno chiarito che il passaggio dall'aggiudicazione provvisoria all'aggiudicazione definitiva non è oggetto di un

obbligo della stazione appaltante, né un diritto dell'aggiudicatario provvisorio, sicché la possibilità che all'aggiudicazione provvisoria della gara d'appalto non segua quella definitiva è un evento del tutto fisiologico: da un lato, si afferma che l'aggiudicatario provvisorio è titolare di una posizione differenziata (rispetto a chi aggiudicatario provvisorio non è) e di un'aspettativa tutelata a che l'aggiudicazione provvisoria divenga definitiva; dall'altro, si riconosce che la scelta di revocare l'aggiudicazione provvisoria costituisce esercizio di un'ampia discrezionalità amministrativa, come tale sindacabile solo per vizi quali la manifesta illogicità, oppure travisamenti di fatto e, che tra le ragioni che possono giustificare la revoca dell'aggiudicazione provvisoria figurano: a) l'insostenibilità dell'impegno economico assunto dell'Amministrazione (Consiglio di Stato, Sez. III, 31 gennaio 2014, n. 467); b) le esigenze dell'amministrazione collegate agli obiettivi di razionalizzazione e contenimento della spesa (Consiglio di Stato, Sez. V, 5 maggio 2016, n. 1797); c) una generale rivisitazione degli intenti dell'Amministrazione in merito alla complessiva politica di gestione di un settore (Consiglio di Stato, Sez. V, 21 aprile 2016, n. 1600).

TAR EMILIA ROMAGNA, BOLOGNA, SEZ. II, sentenza del 25 gennaio 2018 n. 87

TAR SARDEGNA, CAGLIARI, SEZ. I, 22 gennaio 2018, n. 32

Sulla compatibilità tra Rup e Presidente della Commissione di gara

Nell'ambito delle amministrazioni locali l'art. 107 del d. lgs. n. 267 del 2000 attribuisce ai dirigenti «tutti i compiti di attuazione degli obiettivi e dei programmi definiti con gli atti di indirizzo adottati dai medesimi organi, tra i quali in particolare, secondo le modalità stabilite dallo statuto o dai regolamenti dell'ente [...] la presidenza delle commissioni di gara e di concorso; la responsabilità delle procedure d'appalto e di concorso [...]».

La responsabilità della procedura di gara è affiancata dallo stesso legislatore a quella della presidenza delle commissioni nell'ambito dello stesso assetto di competenze di natura gestionale, sicché può agevolmente affermarsi che la sottoscrizione degli atti indittivi della procedura, poiché costituenti provvedimenti tipici della prima delle due indicate competenze (la quale ben può assorbire quella di responsabile del procedimento ai sensi della regola generale ex art. 5, comma 2, l. n. 241 del 1990), guardata autonomamente ed in linea di principio (ed al netto di specifiche situazioni particolari ove censurate), non può dar luogo ad una necessaria situazione di incompatibilità del presidente della commissione (o altro componente) che sia anche RUP.

Una lettura della disciplina in tema di contratti pubblici volta a predicare un'assoluta incompatibilità, sempre e comunque, del RUP quale componente o presidente della commissione di gara, si porrebbe in contrasto con una regola a presidio dell'esercizio delle funzioni fondamentali degli enti locali quale è quella appena citata che disciplina le competenze degli organi. In tal senso, nell'ottica di una lettura di sistema, non è del tutto irrilevante, con riferimento alla disciplina del testo unico degli enti locali, la valenza interpretativa dell'art. 1, comma 4 del d. lgs. n. 267 del 2000 secondo cui «ai sensi dell'articolo 128 della Costituzione le leggi della Repubblica non possono introdurre deroghe al presente testo unico se non mediante espressa modificazione delle sue disposizioni.

TAR VENETO, SEZ. I – sentenza 25 gennaio 2018 n. 88

Sull'incompatibilità dei Commissari di gara (RUP e Presidente)

E' illegittima la composizione della commissione giudicatrice di una gara di appalto, indetta per l'affidamento del servizio di gestione del procedimento sanzionatorio delle violazioni amministrative alle norme del codice della strada, leggi e regolamenti di competenza della Polizia Locale, nel caso in cui: a) il RUP sia stato nominato Presidente; b) gli altri due componenti siano il capo della Polizia locale e il suo immediato sottoposto (nella specie, si trattava del Vice comandante della Polizia locale); in tal caso, infatti, la composizione della Commissione giudicatrice, oltre a porsi in contrasto con l'art. 77, comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016, non garantisce nemmeno il rispetto nemmeno del principio di necessaria autonomia e indipendenza di ciascuno dei componenti della Commissione medesima, considerato il rapporto di dipendenza funzionale, del secondo rispetto al primo.

TAR TOSCANA, SEZ. I – sentenza 25 gennaio 2018 n. 130

Sull'esclusione di un'offerta incerta e sull'inapplicabilità del soccorso istruttorio

Va esclusa dalla gara di appalto una offerta nel caso in cui emerga una palese discordanza tra quanto indicato con l'offerta economica e quanto indicato nel relativo dettaglio e si tratti di discordanza che non è spiegabile sulla base di un errore di calcolo riconoscibile, e che nemmeno trova giustificazione nei chiarimenti forniti dall'interessata alla stazione appaltante. In tal caso, infatti, trova applicazione l'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016, nella parte in cui esclude dalla possibilità del soccorso istruttorio le irregolarità essenziali riguardanti l'offerta e legittima quindi l'estromissione dalla gara dell'offerta economica di incerto contenuto. Invero, nella prospettata ipotesi risultano ostativi all'ammissione della società interessata il principio della parità tra i concorrenti ed il generale principio dell'autoresponsabilità, in base al quale ciascuno di essi sopporta le conseguenze di errori commessi nella formulazione dell'offerta.

CONS. STATO, SEZ. III, sentenza 26 gennaio 2018, n. 565

Sulla decorrenza del termine di impugnazione l'ammissione di un concorrente

L'onere di impugnazione dell'altrui ammissione senza attendere la conclusione della gara, prevista dal comma 2 bis dell'art. 120 c.p.a., è ragionevolmente subordinato alla pubblicazione degli atti della procedura, perché diversamente l'impresa sarebbe costretta a proporre un ricorso "al buio".

Sulla non disapplicabilità delle prescrizioni del bando

Le prescrizioni dei bandi hanno carattere inderogabile e vincolano anche l'Amministrazione che, pertanto, non può disattendere tali disposizioni, costituenti la cosiddetta *lex specialis* della gara o del concorso, e, anche nel caso in cui esse siano illegittime, non può disapplicarle (v., ex plurimis, Cons.

St., sez. III, 1 marzo 2017, n. 963; Cons. St., sez. V, 23 giugno 2014, n. 3150; Cons. St., sez. V, 27 aprile 2011, n. 2476).

Con particolare riferimento ai chiarimenti forniti dalla stazione appaltante, che nel caso di specie, come sopra evidenziato, si sono correttamente limitati a chiarire la portata dell'art. 11.2, la giurisprudenza riconosce ad essi una funzione meramente interpretativa e non modificativa delle prescrizioni del bando (cfr., *inter multas*, Cons. St., sez. III, 10 maggio 2017, n. 2172; Cons. St., sez. III, 13 gennaio 2016, n. 74).

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 26 gennaio 2018 n. 569

Sulla compatibilità tra Rup e segretario verbalizzante

Nelle procedure di gara, il segretario verbalizzante non può essere computato nel novero dei membri della commissione giudicatrice, non avendo egli potere di voto, ma funzioni di mero supporto burocratico ai compiti valutativi e decisionali appartenenti esclusivamente alla Commissione; la natura delle funzioni ausiliarie e documentali del segretario non consente di ravvisare alcuna ragione di incompatibilità con il concomitante ruolo di Rup.

Sulla distinzione tra fase amministrativa (RUP) e valutazione tecnica (Commissione)

L'attività di verifica della documentazione, in quanto non implicante valutazioni tecnico-discrezionale, ma costituente una sotto-fase della procedura distinta da quella propriamente destinata alla delibazione delle offerte, può essere svolta anche da un seggio diverso da quello incaricato della delibazione delle offerte, così come da un organo monocratico (il Rup).

TAR PIEMONTE, SEZ. I – sentenza 29 gennaio 2018 n. 120

Sull'avvalimento e sull'etero-integrazione del bando

L'avvalimento è un istituto di carattere generale ammesso per finalità pro-concorrenziali di matrice europea ed è dunque legittimo farvi ricorso pur se non espressamente previsto nel bando di gara, anche nella forma dell'avvalimento plurimo o frazionato, di guisa che alcuna rilevanza può avere la constatazione che negli atti di gara non si faccia espressa menzione di tale possibilità, né che ivi siano meglio specificati i criteri di ammissione/valutazione delle molteplici attestazioni di capacità prodotte a dimostrazione di un singolo requisito.

T.A.R. ABRUZZO, SEZ. I, sentenza 29 gennaio 2018, n. 35

Sull'affidamento del servizio di igiene urbana alla società in house

Nella materia dei servizi pubblici, la scelta, espressa da un ente locale, nella specie da un Comune, nel senso di rendere un dato servizio alla cittadinanza con una certa modalità organizzativa piuttosto di un'un'altra, ovvero di ricorrere allo in house e non esternalizzare, è ampiamente discrezionale, e quindi, secondo giurisprudenza assolutamente costante e pacifica, è sindacabile nella presente sede giurisdizionale nei soli casi di illogicità manifesta ovvero di altrettanto manifesto travisamento dei fatti

(nel caso in esame, il TAR ha ritenuto che il Comune aveva ampiamente ottemperato all'onere di motivazione imposto dall'art. 192 d.lgs. n. 50/2016 sui benefici della modalità di gestione *in house* prescelta, in termini di efficienza, economicità e qualità del servizio, nonché di ottimale impegno delle risorse pubbliche a beneficio della collettività).

TAR LAZIO, ROMA, SEZ. II, sentenza 30 gennaio 2018, n. 1090

Sull'illegittimità del macro-lotto

Sussiste la violazione dei principi espressi in tema di tutela della concorrenza e del *favor participationis* come emergenti dal codice dei contratti pubblici qualora il Comune abbia accorpato in un solo "macrolotto" e in un unico affidamento servizi eterogenei e di importo diseguale, il tutto per un prolungato arco temporale (8 anni) e per un valore complessivo ingentissimo (nel caso in esame sono stati infatti unificati nell'affidamento i servizi di ausiliariato e assistenza trasporto scolastico, i servizi di manutenzione e pulizia di edifici scolastici, di manutenzione del verde scolastico, di manutenzione del verde su tutto il territorio comunale, di manutenzione del verde delle piste ciclabili e di derattizzazione, sanificazione, disinfestazione del territorio comunale).

Sulla necessità di congrua motivazione per l'affidamento del servizio ad una società in house

Sussiste la violazione delle regole poste dal D.Lgs 175/2016 (testo unico in tema di Società a Partecipazione Pubblica) qualora l'amministrazione comunale non abbia fornito elementi idonei a comprovare la necessità per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali della decisione di affidare i descritti servizi a una nuova società partecipata, neppure evidenziando le ragioni, anche sul piano della convenienza e della sostenibilità finanziaria, che giustificano la scelta di tale soluzione rispetto alle altre legittimamente prospettabili e concretamente percorribili, e, in particolare, rispetto all'acquisizione di tali servizi sul mercato mediante gare ad evidenza pubblica.

TAR LAZIO, ROMA, SEZ. I ter, sentenza 30 gennaio 2018, n. 1098

Sulla decorrenza del termine di impugnazione e sull'idoneità di una referenza bancaria

Il rito speciale in materia di impugnazione contro esclusioni ed ammissioni, previsto dal comma 2 bis dell'art. 120 c.p.a., costituendo eccezione al regime ordinario del processo appalti (a sua volta eccezione rispetto al rito ordinario e allo stesso rito accelerato *ex art.* 119 c.p.a.), deve essere applicato solo nel caso espressamente previsto, e cioè quando sia stato emanato il provvedimento di cui all'art. 29, comma 1, secondo periodo del d.lgs. n. 50/2016; in caso contrario l'impugnativa non può che essere rivolta, congiuntamente, avverso l'ammissione dell'aggiudicatario ed il provvedimento di aggiudicazione laddove il secondo sia conseguenza del primo (T.A.R. Toscana, sez. II, 24 aprile 2017 n. 593).

Nel caso in cui la *lex specialis* della gara preveda, al fine della dimostrazione della sussistenza dei requisiti di carattere economico e finanziario, la presentazione di idonee dichiarazioni bancarie di due istituti bancari, o intermediari autorizzati che debbono attestare che "la ditta ha sempre assolto ai propri impegni", va ritenuta inidonea una referenza bancaria del seguente tenore: "dichiariamo che l'Impresa è nostra cliente e che la stessa intrattiene rapporti fiduciari con il nostro Istituto". Tale dichiarazione, infatti, è da ritenere insufficiente, attestando genericamente la presenza di rapporti

fiduciari con l'istituto bancario senza, in alcun modo, precisare se nell'ambito degli stessi vi sia stato o sia ragionevolmente prevedibile, da parte della cliente, il rispetto degli impegni assunti.

Ove non si sia fatto luogo al c.d. soccorso istruttorio in sede di gara, può farsi applicazione del c.d. soccorso istruttorio processuale. Tuttavia, a tal fine, occorre che il documento prodotto in sede processuale compri il requisito con riferimento alla data di scadenza del termine della domanda di partecipazione. L'istituto del soccorso istruttorio processuale, infatti, opera laddove la parte interessata dimostri in giudizio di disporre del requisito di partecipazione fin dal primo momento, ovvero dal momento in cui ha prodotto la dichiarazione irregolare.

TAR LAZIO, ROMA, SEZ. I *quater*, sentenza 31 gennaio 2018, n. 1113

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

Ove la gara sia assoggettata alle disposizioni del d.lgs. n. 50 del 2016, grava in capo all'offerente «un ineludibile obbligo legale da assolvere necessariamente già in sede di predisposizione dell'offerta economica, 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» (così, condivisibilmente, Tar Campania, Salerno, I, 25 ottobre 2017, n. 1527).

Per quanto detto, il tenore del bando determinato dall'interposizione di una norma espressa in ordine alle necessarie indicazioni da includere nell'offerta tecnica da leggere alla luce della disposizione di legge primaria richiamabile, in uno a un'altrettanto puntuale preclusione del soccorso istruttorio recato sempre per via di legge ordinaria, vale dunque a far ritenere corrette le univoche determinazioni escludenti assunte dalla Commissione di gara

TAR LAZIO, ROMA, SEZ. I *quater*, sentenza 31 gennaio 2018, n. 1115

Sul principio di rotazione

L'art. 36, comma 1, prevede che l'affidamento deve avvenire «nel rispetto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti e in modo da assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese».

Ciò comporta che «sussistendo l'esigenza di evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente (la cui posizione di vantaggio deriva soprattutto dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento), soprattutto nei mercati in cui il numero di agenti economici attivi non è elevato (...), l'invito all'affidatario uscente riveste carattere eccezionale e deve essere adeguatamente motivato, avuto riguardo al numero ridotto di operatori presenti sul mercato, al grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale ovvero all'oggetto e alle caratteristiche del mercato di riferimento» (C.d.S., VI, 31 agosto 2017, n. 4125).

Sulla portata dell'art. 80, comma 5, del cdc (grave illecito professionale)

La disposizione dell'art. 80 comma 5 del cdc innova rispetto alla previgente disciplina contenuta nell'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006, individuando una nozione di illecito professionale che “abbraccia molteplici fattispecie, anche diverse dall'errore o negligenza, e include condotte che intervengono non solo in fase di esecuzione contrattuale, come si riteneva nella disciplina previgente [Cons. St., V, 21.7.2015 n. 3595], ma anche in fase di gara” (parere della Commissione speciale del Consiglio di Stato, 3 novembre 2016 n. 2286; nello stesso senso Consiglio di Stato, sez. V, 4 dicembre 2017, n. 5704).

E infatti, la lettera dell'art. 80, c. 5, lett. c), non contempla un numero chiuso di illeciti professionali, ma disegna una fattispecie aperta contenente una elencazione avente chiara natura esemplificativa e non tassativa, rimettendo alle stazioni appaltanti la possibilità di individuare altre ipotesi, non espressamente contemplate dalla norma primaria o dalle linee guida Anac, che siano oggettivamente riconducibili alla fattispecie astratta del grave illecito professionale.

Sulla distinzione tra ATI verticale e ATI orizzontale

La distinzione tra a.t.i. orizzontali e a.t.i. verticali poggia sul contenuto delle competenze portate da ciascuna impresa raggruppata ai fini della qualificazione a una determinata gara: in linea generale, l'a.t.i. orizzontale è caratterizzata dal fatto che le imprese associate (o associande) sono portatrici delle medesime competenze per l'esecuzione delle prestazioni costituenti l'oggetto dell'appalto, mentre l'a.t.i. verticale è connotata dalla circostanza che l'impresa mandataria apporta competenze incentrate sulla prestazione prevalente, diverse da quelle delle mandanti, le quali possono avere competenze differenziate anche tra di loro, sicché nell'a.t.i. di tipo verticale un'impresa, ordinariamente capace per la prestazione prevalente, si associa ad altre imprese provviste della capacità per le prestazioni secondarie scorporabili” (sentenza 13 giugno 2012 n. 22).

Ne deriva che la distinzione tra raggruppamenti verticali e orizzontali non è puramente nominalistica, ma discende dalle concrete e specifiche attribuzioni delle imprese associate, così che “la possibilità di dar vita a raggruppamenti di tipo verticale (o, più correttamente, di ammetterli ad una gara” ricorre “solo laddove la stazione appaltante abbia preventivamente individuato negli atti di gara, con chiarezza, le prestazioni “principali” e quelle “secondarie”. Ciò in quanto trova applicazione il precedente – dal quale non vi è ragione di discostarsi, nel caso di specie – di Cons. Stato, III, 9 maggio 2012, n. 2689, per cui è precluso al partecipante alla gara “procedere di sua iniziativa alla scomposizione del contenuto della prestazione, distinguendo fra prestazioni principali e secondarie”, onde ripartirle all'interno di un raggruppamento di tipo verticale (così Consiglio di Stato, sez. V, 7 dicembre 2017, n. 5772).

Il divieto di partecipazione dei raggruppamenti temporanei a gare di appalto il cui bando non abbia operato una espressa distinzione tra prestazioni principali e prestazioni secondarie è, poi, confermato dal comma 5 del medesimo art. 48, il quale, nel disporre che “L'offerta degli operatori economici raggruppati o dei consorziati determina la loro responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante, nonché nei confronti del subappaltatore e dei fornitori. Per gli assuntori di lavori scorporabili e, nel caso di servizi e forniture, per gli assuntori di prestazioni secondarie, la responsabilità è limitata all'esecuzione delle prestazioni di rispettiva competenza, ferma restando la responsabilità solidale del mandatario”, individua una diversa disciplina della responsabilità dei singoli partecipanti nei differenti tipi di raggruppamento, così che, in assenza di apposita previsione di bando, ammettere un raggruppamento verticale significherebbe rimettere alla libera scelta di quest'ultimo l'individuazione delle prestazioni principali e di quelle secondarie (attraverso l'indicazione della parte del servizio di competenza di ciascuno) e la conseguente elusione della norma

in materia di responsabilità solidale (Tar Puglia, Lecce, sez. III, 9 agosto 2017, n. 1384, con ampi richiami giurisprudenziali).

CGA, SEZ. GIURISDIZIONALE – sentenza 31 gennaio 2018 n. 48

Sull'indicazione della terna dei subappaltatori

1. Va esclusa dalla gara una ditta che non ha indicato nell'offerta la terna dei subappaltatori, così come previsto dall'art. 105, comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016 e che comunque non ha risposto alla richiesta di integrazione documentale sulla indicazione della terna dei subappaltatori; tale mancata risposta, infatti, integra un'autonoma causa di esclusione, ai sensi dell'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016.

Sulle modalità di riduzione delle cauzioni

2. All'art. 59, comma 1, lett. e) nn. 1 e 2 del d.lgs. 19 aprile 2017 n. 56 (in tema di garanzie per la partecipazione alla procedura) – secondo cui in caso di cumulo la riduzione successiva deve essere calcolata sull'importo che risulta dalla riduzione precedente – va attribuito carattere interpretativo e non innovativo, stante l'identico contenuto letterale della restante parte della disposizione e la esclusiva finalità di fugare i dubbi interpretativi insorti sul vecchio testo normativo (art. 93, comma 7, d.lgs. n. 50 del 2016); è pertanto legittimo l'operato della commissione di gara, ancorché celebrata prima dell'entrata in vigore del c.d. decreto correttivo, secondo cui la riduzione successiva deve essere calcolata sull'importo che risulta dalla riduzione precedente dato che, altrimenti opinando (e cioè sommando preliminarmente tra loro gli abbattimenti percentuali previsti per ciascuna causa di riduzione), si perverrebbe a determinare in misura eccessivamente ridotta ed inadeguata la garanzia dell'offerta, sì da frustrarne la sua funzione primaria.

TAR LIGURIA, SEZ. I – sentenza 1° febbraio 2018 n. 93

Sull'ipotesi in cui è sufficiente il sopralluogo da parte della sola mandataria

Nel caso in cui legge di gara non richieda espressamente che ciascun componente del costituendo raggruppamento effettui il sopralluogo previsto, deve ritenersi sufficiente il sopralluogo effettuato dalla impresa capogruppo e mandataria anche in assenza di apposita delega da parte delle mandanti; una eventuale soluzione diversa si porrebbe in contrasto con il principio di tassatività delle cause di esclusione, fermo restando che, da un punto di vista sostanziale, l'incontestata conoscenza delle condizioni di esecuzione dei lavori da parte della capogruppo risulta sufficiente, di per sé, a garantire i requisiti di serietà dell'offerta.

TAR SICILIA – CATANIA, SEZ. II – sentenza 1° febbraio 2018 n. 264

Sull'applicabilità del soccorso istruttorio in caso di mancata indicazione degli oneri di sicurezza e mancata sottoscrizione del patto di integrità

Nel caso in cui la *lex specialis* della gara di appalto non prescriva espressamente di indicare gli oneri di sicurezza aziendale nell'offerta previsti dall'art. 95, comma 10, del D.L.vo n. 50/2016, deve

ritenersi che, nel caso di omessa indicazione di detti oneri nell'offerta, non possa farsi luogo automaticamente all'esclusione dalla gara dell'offerta stessa, potendosi invece farsi ricorso al soccorso istruttorio.

Nel caso in cui la *lex specialis* della gara preveda genericamente che il patto di integrità deve essere sottoscritto, non può ritenersi che la mancata sottoscrizione di esso "in ogni sua pagina" determini esclusione, tenuto anche conto che l'art. 1, comma 1° della legge n. 190/2012 è finalizzato a sanzionare con l'espulsione dalla gara, la sostanziale violazione delle "clausole contenute nei protocolli di legalità o nei patti di integrità". In tal caso, quindi, la mancata sottoscrizione "in ogni sua pagina" costituisce un'irregolarità meramente estrinseca, sanabile con il soccorso istruttorio.

Sull'obbligo di immediata impugnazione in caso di illegittimità dei criteri di aggiudicazione

Ogni contestazione concernente la pretesa illegittimità dei criteri di aggiudicazione previsti dall'art. 95 del D.lgs. n. 50/2016 deve costituire oggetto di immediata impugnazione, poiché incidente sulle regole della competizione concorrenziale.

TAR FRIULI VENEZIA GIULIA, TRIESTE, SEZ. I – sentenza 1° febbraio 2018 n. 25

Sull'invarianza della soglia di anomalia

1. Non può essere applicata la c.d. regola di invarianza e/o di cristallizzazione della soglia di anomalia, di cui all'art. 95, comma 15, d. lgs. n. 50 del 2016, nel caso in cui due concorrenti partecipanti ad una gara di appalto, secondo il prezzo più basso, abbiano contestato la propria esclusione, sia in sede procedimentale, sia in sede processuale, prima dell'aggiudicazione, e la relativa partecipazione sia idonea ad incidere sull'esito del sub-procedimento di determinazione della soglia di anomalia e sulla graduatoria finale della gara; in tal caso, infatti, appare opportuna una interpretazione prudentiale della suindicata previsione normativa, sia per il suo indubbio impatto sul diritto costituzionale di difesa, sia per prevenire il rischio di strumentali esclusioni a buste delle offerte aperte.

Sul soccorso istruttorio per l'omessa allegazione della dichiarazione di costituzione dell'ATI

2. E' illegittimo il provvedimento con il quale la P.A. appaltante ha escluso due imprese da una gara di appalto da aggiudicare secondo il criterio del prezzo più basso, che sia motivato con esclusivo riferimento alla omessa allegazione all'offerta, da parte delle medesime imprese, della dichiarazione di impegno a costituirsi come RTI, ex art. 48, comma 8, D. Lgs. n. 50 del 2016; in tal caso, infatti, la dichiarazione mancante non è incidente sull'entità del ribasso offerto; in altri termini, l'offerta economica delle suddette imprese, sia con, sia senza la dichiarazione de qua, comunque rimane immutata; con la conseguenza che nulla osta all'attivazione del soccorso istruttorio, che va necessariamente accordato.

TAR LAZIO – ROMA, SEZ. III QUATER – sentenza 2 febbraio 2018 n. 1342

Sulla valutazione in forma numerica delle offerte

Nel caso di gara da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, è legittima la valutazione in forma numerica delle offerte, ove la *lex specialis* preveda criteri di valutazione connotati da tale analiticità e chiarezza e coefficienti percentuali così puntualmente

ripartiti da non rendere certamente indeterminato l'oggetto di tale valutazione; in tal caso, quindi, la commissione di gara non può ritenersi obbligata a integrare il punteggio numerico, attraverso il quale tale valutazione è stata formulata, con una necessaria motivazione che giustifichi le ragioni sottostanti al punteggio attribuito.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 2 febbraio 2018 n. 680

Sulla responsabilità precontrattuale della PA pur in presenza di una revoca della procedura

1. La responsabilità precontrattuale rappresenta quella forma di soggezione alle conseguenze sancite dall'art. 1337 c.c. (oltre che del successivo art. 1338) per condotte contrarie ai canoni di buona fede e correttezza (quest'ultima prevista dall'art. 1175 c.c.) nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, che è da ritenere applicabile anche all'attività contrattuale dell'amministrazione svolta secondo i modelli autoritativi dell'evidenza pubblica e che prescinde dall'accertamento di un'illegittimità provvedimentoale e anche dalla prova dell'eventuale diritto all'aggiudicazione del partecipante.

2. A differenza della responsabilità da mancata aggiudicazione, la *culpa in contrahendo* dell'amministrazione nelle procedure ad evidenza pubblica di affidamento di contratti costituisce fattispecie nella quale l'elemento soggettivo assume una sua specifica rilevanza, in correlazione con l'ulteriore elemento strutturale del contrapposto affidamento incolpevole del privato in ordine alla positiva conclusione delle trattative prenegoziali. Infatti, i presupposti della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione consistono nell'affidamento ingenerato dal comportamento della stazione appaltante su tale esito positivo e nell'assenza di una giusta causa per l'inattesa interruzione delle trattative.

3. Sussiste la responsabilità precontrattuale della P.A. nel caso in cui abbia indetto una procedura di finanza di progetto mal valutando l'opera da realizzare e così ingenerando un legittimo affidamento circa la conclusione del procedimento, producendo un danno al concorrente stante l'inattesa ed improvvisa interruzione dell'intera sequenza prenegoziale, danno che deve ritenersi del tutto ascrivibile alla categoria della responsabilità precontrattuale, a prescindere dalla specifica procedura di cui si tratta (project financing).

TAR LOMBARDIA – MILANO, SEZ. IV – sentenza 3 febbraio 2018 n. 323

Sull'irrelevanza, come grave errore professionale, di una risoluzione ancora sub iudice

1. Non sussistono i presupposti per l'esclusione di una ditta dalla gara, ex art. 80, comma 5, lett. c), e comma 6, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, nel caso in cui sia stata disposta la risoluzione per inadempimento di un precedente rapporto contrattuale, **ove tale risoluzione non abbia carattere di definitività**.

Sulla necessità di considerare, in sede di algoritmo per la valutazione delle offerte tecniche, il ribasso percentuale rispetto alla base d'asta

Nell'ambito delle gare da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa è necessario che, nell'assegnazione dei punteggi venga utilizzato tutto il potenziale differenziale previsto per il prezzo — attribuendo il punteggio minimo pari a zero all'offerta che non presenta

sconti rispetto al prezzo a base di gara, ed il punteggio massimo all'offerta che presenta lo sconto maggiore — al fine di evitare uno svuotamento di efficacia sostanziale della componente economica dell'offerta” (Cons. Stato, sez. V, 14 agosto 2017, n. 4004).

E', invero, illegittima la previsione di una formula matematica per la valutazione delle offerte economiche incentrata sul rapporto tra la base d'asta e i valori assoluti delle offerte presentate, anziché sul rapporto tra i ribassi percentuali con attribuzione del punteggio massimo al maggior ribasso, con conseguente notevole restrizione dei differenziali di punteggio per tale componente, malgrado differenze di prezzi altrettanto significative (cfr. Cons. Stato, sez. V, 28 agosto 2017,

Sulla sindacabilità della valutazione delle offerte tecniche

Le valutazioni delle offerte tecniche da parte delle commissioni di gara sono espressione di discrezionalità tecnica e come tali sono sottratte al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo che non siano manifestamente illogiche, irrazionali, irragionevoli, arbitrarie ovvero fondate su di un altrettanto palese e manifesto travisamento dei fatti; ovvero ancora salvo che non vengano in rilievo specifiche censure circa la plausibilità dei criteri valutativi o la loro applicazione, non essendo sufficiente che la determinazione assunta sia, sul piano del metodo e del procedimento seguito, meramente opinabile, in quanto il giudice amministrativo non può sostituire le proprie valutazioni a quelle effettuate dall'autorità pubblica, quando si tratti di regole (tecniche) attinenti alle modalità di valutazione delle offerte.

TAR ABRUZZO – PESCARA, SEZ. I – sentenza 5 febbraio 2018 n. 43

Sulla distinzione tra subappalto e contratti collaterali

Dal testo dell'art. 105 del d.lgs. n. 50 del 2016 si evince che il legislatore ha distinto nettamente tra subappalto, che soggiace al limite del 30% del contratto di appalto e ai limiti di cui al comma 4 ed altri sub-contratti, che fanno sorgere solo l'obbligo di comunicazione alla stazione appaltante ex articolo 105 comma 2 (“L'affidatario comunica alla stazione appaltante, prima dell'inizio della prestazione, per tutti i sub-contratti che non sono subappalti, stipulati per l'esecuzione dell'appalto, il nome del sub-contraente, l'importo del sub-contratto, l'oggetto del lavoro, servizio o fornitura affidati. Sono, altresì, comunicate alla stazione appaltante eventuali modifiche a tali informazioni avvenute nel corso del sub-contratto”).

TAR BASILICATA, SEZ. I – sentenza 6 febbraio 2018 n. 110

Sulla necessità della relazione geologica

E' illegittima l'aggiudicazione di una gara di appalto (nella specie indetta per la concessione del diritto di uso dei canali e/o delle condotte in gestione ad un Consorzio di Bonifica), nel caso in cui la ditta risultata vittoriosa abbia presentato la relazione geologica ex art. 26, n. 1, lett. a), del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 sottoscritta da un ingegnere meccanico, piuttosto che da un geologo.

CORTE DEI CONTI, SEZ. II appello, sentenza 6 febbraio 2018, n. 52

Sulla responsabilità in caso di revoca della gara senza comunicazione di avvio del procedimento

Il responsabile del procedimento, nonché il responsabile del settore competente, rispondono di danno erariale in caso di omessa comunicazione dell'avvio del procedimento di revoca dell'aggiudicazione di un servizio, in considerazione della specifica competenza demandata agli organi gestionali di conformare la propria attività alle disposizioni legislative, mentre l'esecuzione di scelte discrezionali degli organi amministrativi, ancorché illegittime, esentano i responsabili per i danni eventualmente prodotti per gli atti da loro compiuti.

TAR CAMPANIA – SALERNO, SEZ. I – sentenza 6 febbraio 2018 n. 184

Sulla illegittimità di una gara per violazione del principio di rotazione

E' legittimo il provvedimento con il quale la P.A. appaltante ha annullato in autotutela una gara di appalto (nella specie si trattava di una procedura negoziata ex art. 36, comma 1, lett. a), [d.lgs. n. 50 del 2016](#), per l'affidamento dei servizi cimiteriali, di pulizia manutenzione e cura delle aree a verde del cimitero comunale), motivato con riferimento alla necessità di applicare il principio di rotazione nelle gare di appalto, nel caso in cui alla procedura di evidenza pubblica abbia partecipato un solo concorrente, che sia l'operatore economico uscente, affidatario del servizio da numerosi anni, in virtù di un originario contratto quinquennale, in regime di proroga. In tal caso, infatti, la decisione dell'Amministrazione di annullare la gara per violazione del principio di rotazione è conforme a legge e non richiede particolari motivazioni; diversamente una puntuale e specifica motivazione occorre qualora, eccezionalmente, l'Amministrazione voglia disattendere il predetto principio.

TAR CALABRIA – CATANZARO, SEZ. I – sentenza 7 febbraio 2018 n. 338

Sull'esclusione in caso di offerta mancante dell'indicazione di più di un prezzo

In linea generale deve ritenersi che, se nell'offerta manca l'indicazione di più di un prezzo, essa non è valida; se è vero, infatti, che l'omissione di una voce può essere tale da comunque consentire – in sede di esame dell'offerta – la ricostruzione senza margini di opinabilità della volontà dell'offerente, mediante il raffronto fra la somma dei prezzi unitari ed il prezzo globale, non è men vero che una tale operazione matematica non può essere utile dove vi siano da ricostruire più voci, riguardo alle quali spetta soltanto all'offerente graduare quanto richiedere in relazione a ciascuna, trattandosi di valutazioni espressive di scelte tecniche ed economiche sue proprie, insurrogabili dall'ufficio.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 7 febbraio 2018 n. 815

Sull'inapplicabilità del soccorso istruttorio per l'omessa indicazione degli oneri di sicurezza interni

Per le gare indette all'indomani dell'entrata in vigore del nuovo Codice degli appalti pubblici approvato con decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, non vi sono più i presupposti per ricorrere al soccorso istruttorio in caso di mancata indicazione nell'offerta degli oneri per la sicurezza cc.dd.

‘interni o aziendali’ di cui all’articolo 95, comma 10 dello stesso d.lgs.; ciò, in quanto il Codice ha definitivamente rimosso ogni possibile residua incertezza sulla sussistenza di tale obbligo.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 7 febbraio 2018, n. 781

Sui presupposti dell’ammissibilità dei chiarimenti

Nelle gare pubbliche di appalto, allorché sussista una situazione di obiettiva incertezza dipendente dal fatto che le clausole della *lex specialis* risultano malamente formulate o si prestano comunque ad incertezze interpretative o siano equivoche, la P.A. appaltante può legittimamente fornire chiarimenti; in tal caso, quindi, la risposta dell’Amministrazione appaltante ad una richiesta di chiarimenti avanzata dai concorrenti non costituisce un’indebita e perciò illegittima modifica delle regole di gara, ma una sorta d’interpretazione autentica con cui la stazione appaltante chiarisce la propria volontà provvedimentale in un primo momento poco intelligibile, precisando e meglio delucidando le previsioni della *lex specialis*.

2. I chiarimenti circa le modalità applicative della *lex specialis* forniti dalla P.A. appaltante operano a beneficio di tutti, e laddove trasparenti, tempestivi, ispirati al principio del *favor participationis*, e resi pubblici, non comportano, se giustificati da un oggettiva incertezza della legge di gara, alcun pregiudizio per gli aspiranti offerenti, tale da rendere preferibile, a dispetto del principio di economicità, l’autoannullamento del bando e la sua ripubblicazione

TAR LAZIO – ROMA, SEZ. II – sentenza 7 febbraio 2018, n. 1505

Sul giudizio di anomalia

Nelle gare di appalto, il giudizio di anomalia mira ad accertare in concreto che l’offerta economica risulti nel suo complesso attendibile in relazione alla corretta esecuzione dell’appalto; obiettivo della verifica è, infatti, quello di evitare che l’Amministrazione addivenga alla conclusione di contratti a condizioni economiche apparentemente vantaggiose, che tuttavia si rivelino non sostenibili da parte dell’operatore privato, con conseguente potenziale pregiudizio dell’interesse pubblico alla corretta e tempestiva esecuzione della commessa. In questa prospettiva, il giudizio di anomalia mira ad escludere il concorrente che, avendo formulato un’offerta particolarmente conveniente, non sia poi in grado di dimostrarne la serietà e la congruità, avuto riguardo alle specificità della propria organizzazione aziendale.

È concettualmente estranea al giudizio di anomalia la possibilità per la stazione appaltante di escludere il concorrente non già per la ritenuta formulazione di un’offerta eccessivamente bassa, e come tale non sostenibile, ma – al contrario – per aver indicato prezzi superiori rispetto al costo aziendale delle singole prestazioni offerte; in una tale ipotesi, infatti, la verifica di anomalia non può che concludersi positivamente per il concorrente, atteso che la copertura del costo aziendale delle prestazioni garantisce proprio la sostenibilità della commessa.

TAR SARDEGNA, SEZ. I – sentenza 7 febbraio 2018 n. 74

Sull’illegittimità dell’estensione di un affidamento non prevista nel bando originario

E' illegittima la deliberazione con la quale il direttore generale di una ASL ha disposto che il servizio di ristorazione a favore dei degenti di alcuni Presidi ospedalieri sia affidato ad una r.t.i. utilizzando un precedente contratto attivo nelle more della indizione della nuova gara e fino alla conclusione della stessa. Tale deliberazione infatti, sostanzialmente, implica un "affidamento diretto" illegittimo, in quanto disposto in favore del medesimo operatore che partecipò e si aggiudicò altra gara, analoga, espletata da altra ASL, estendendo l'originario contratto per il medesimo oggetto (lo stesso servizio per intero e per il medesimo ammontare) non prevista nelle originarie regole di gara e nel contratto che ne è seguito.

Nel caso di specie l'operatore che era risultato aggiudicatario nella gara di Sassari (senza alcuna previsione esplicita di possibile "estensione" del contratto) ottiene, con la determinazione impugnata, una integrale "rinnovazione" e duplicazione del contratto, in favore di altra azienda sanitaria (Nuoro). Per decisione unilaterale. Tale decisione non è consentita ed ammessa dall'ordinamento.

TAR PUGLIA – LECCE, SEZ. III – ordinanza 7 febbraio 2018 n. 73

Sulla omessa indicazione dei costi della manodopera (sanabilità ove non prevista dalla modulistica)

Non può essere accolta l'istanza di sospensione dell'aggiudicazione di una gara, risultando *prima facie* infondata la censura articolata in ordine alla lamentata mancata esclusione dell'aggiudicataria dalla gara per non avere essa indicato nell'offerta economica i costi della manodopera in violazione a quanto prescritto dall'art. 95, comma 10, del D.Lgs. n. 50/2016, atteso che, oltre a sussistere dubbi in ordine all'applicabilità di tale specifica previsione anche alla procedura in esame (trattandosi di concessione e non di appalto), nel caso in questione la "*lex specialis*" non prevedeva la separata indicazione del costo della manodopera (ma solo degli oneri di sicurezza), né la modulistica MEPA da utilizzare nella procedura in discussione consentiva l'indicazione di tale specifica voce (chiedendo anzi espressamente la sola indicazione degli oneri di sicurezza), sicché correttamente la controinteressata non è stata esclusa, avendo essa comunque considerato il costo della manodopera nell'offerta economica complessiva inizialmente presentata, facendone peraltro successiva indicazione separata dopo la legittima richiesta di chiarimenti in tal senso da parte della stazione appaltante.

TAR VENETO, SEZ. I – sentenza 9 febbraio 2018 n. 146

Sulla possibilità del doppio sorteggio in caso di procedura negoziata andata deserta

E' legittimo il doppio sorteggio, anche se non previsto nell'avviso pubblico. In particolare, nel caso di specie, la stazione appaltante, alla quale erano pervenute 54 manifestazioni di interesse, aveva dato corso al primo sorteggio in forma anonima; tuttavia, dato che nessuna delle n. 5 ditte sorteggiate ha poi presentato la propria offerta, la procedura negoziata è andata deserta. A quel punto, la stazione appaltante ha proceduto ad un secondo sorteggio e, delle cinque ditte sorteggiate, solo due hanno presentato la propria offerta, pervenendosi infine all'aggiudicazione.

La decisione di procedere ad un secondo sorteggio, dopo che il primo non aveva sortito alcun effetto, si è rivelata legittima, perché conforme al principio di economicità di cui all'art. 1, comma 1, della l. n. 241/1990, nonché al divieto di aggravio ingiustificato del procedimento, stabilito dal comma 2 del medesimo art. 1 della l. n. 241.

TAR LOMBARDIA – MILANO, SEZ. IV – sentenza 9 febbraio 2018 n. 380

Sulla derogabilità del principio di rotazione

Anche se è vero che l'art. 36, comma 2, lettera b), del codice dei contratti pubblici (D.Lgs. n. 50/2016), prevede il rispetto, fra gli altri criteri, di un criterio "di rotazione degli inviti", tuttavia non sussiste un divieto assoluto di invito del gestore uscente, non assurgendo il principio di rotazione a regola inderogabile.

Ove il procedimento per l'individuazione del contraente si sia svolto in maniera essenzialmente e realisticamente concorrenziale, con invito a partecipare alla gara rivolto a più imprese, ivi compresa l'affidataria uscente, e risultino rispettati sia il principio di trasparenza che quello di imparzialità nella valutazione delle offerte, può dirsi sostanzialmente attuato il principio di rotazione, che non ha una valenza precettiva assoluta, per le stazioni appaltanti, nel senso di vietare, sempre e comunque, l'aggiudicazione all'affidatario del servizio uscente. Se, infatti, questa fosse stata la volontà del legislatore, sarebbe stato espresso il divieto in tal senso in modo assoluto (TAR Napoli, II, 27 ottobre 2016 n. 4981).

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V- sentenza 12 febbraio 2018 n. 856 –

Sulla definitività della regolarità fiscale

La definitività dell'accertamento tributario decorre non già dalla notifica della cartella esattoriale – in sé, semplice atto con cui l'agente della riscossione chiede il pagamento di una somma di denaro per conto di un ente creditore, dopo aver informato il debitore che il detto ente ha provveduto all'iscrizione a ruolo di quanto indicato in un precedente avviso di accertamento – bensì dalla comunicazione di quest'ultimo. E' infatti l'avviso di accertamento il titolo esecutivo della pretesa tributaria, l'atto formale con cui l'amministrazione finanziaria muove una precisa contestazione al contribuente in merito all'adempimento di una specifica obbligazione fiscale; con esso vengono indicati al contribuente i dati di fatto e di diritto per i quali è richiesto un versamento, nonché la misura dello stesso (art. 42 del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 600) e l'imponibile.

Il requisito della regolarità fiscale può essere sussistente, pure in presenza di una violazione accertata, **solo se l'istanza di rateizzazione sia stata presentata dal concorrente e sia stata accolta prima della scadenza del termine di presentazione della domanda di partecipazione alla gara**, o della presentazione dell'offerta. Non è infatti sufficiente che prima della scadenza del termine di presentazione dell'offerta il contribuente abbia semplicemente inoltrato istanza di rateizzazione, occorrendo anche che, entro la predetta data, il relativo procedimento si sia concluso con un provvedimento favorevole dell'amministrazione finanziaria.

TAR LAZIO, ROMA, SEZ. II, sentenza 12 febbraio 2018, n. 1658

Sulla verifica di anomalia

In sede di apprezzamento dell'offerta anomala, il concorrente sottoposto a valutazione non può fornire giustificativi tali da integrare un'operazione di "finanza creativa", modificando, in aumento o in

diminuzione, le voci di costo e mantenendo fermo l'importo finale; ciò, tuttavia, non esclude che l'offerta possa essere modificata in tutti i suoi elementi, compresi quelli relativi all'utile, che ben può essere ridotto – benché non azzerato – dato che ciò che rileva è che l'offerta rimanga nel complesso seria (cfr., *ex plurimis*, Consiglio di Stato, IV, 07.11.2014, n. 5497; id., 07.02.2012, n. 636; TAR Lazio-Roma, II, 26.09.2016, 9927).

Di conseguenza, si ritiene ammissibile che, a fronte di determinate voci di prezzo giudicate eccessivamente basse e dunque inattendibili, l'impresa dimostri che, per converso, altre voci sono state inizialmente sopravvalutate e che in relazione alle stesse è in grado di conseguire un concreto, effettivo, documentato e credibile risparmio, che compensa il maggior costo di altre voci (cfr., al riguardo, Consiglio di Stato, VI, 21.05.2009, n. 3146).

Ciò, sempre considerando che il *subprocedimento* di giustificazione dell'offerta anomala non è volto a consentire aggiustamenti dell'offerta “in itinere”, né ha per oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze dell'offerta economica, mirando piuttosto ad accertare che l'offerta sia attendibile ed affidabile nel suo complesso (cfr., *ex multis*, Consiglio di Stato, IV, 09.02.2016, n. 520).

Pertanto, a tutela della *par condicio* dei concorrenti, resta fermo il principio per cui in una procedura ad evidenza pubblica l'offerta, una volta presentata, non è suscettibile di modificazione, ma, alla luce della precisa finalità cui risponde la verifica di anomalia, tale giudizio deve essere complessivo e deve tenere conto di tutti gli elementi, sia di quelli che militano a favore, sia di quelli che militano contro l'attendibilità dell'offerta nel suo insieme.

Sul carattere vincolante della lex specialis

La procedura evidenziale integra una sequenza procedimentale che si “apre” con la determinazione a contrarre e con la pubblicazione del bando, culmina nella scelta del contraente e si “chiude” con l'aggiudicazione definitiva”. Detta procedura soggiace al principio *tempus regit actum*, che obbliga la Stazione appaltante all'applicazione della *lex specialis* di gara, non potendo disapplicare le disposizioni ivi previste neppure nel caso in cui, nel corso della stessa, talune di esse risultino non più conformi allo *ius superveniens*, salvo l'esercizio del potere di autotutela.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI – sentenza 13 febbraio 2018 n. 907

Sull'avvalimento infragruppo

L'art. 89 del d.lgs. n. 50/2016 non riproduce più, per il c.d. avvalimento infragruppo, le facilitazioni probatorie previste nell'art. 49, comma 2, lettera g), dell'abrogato d.lgs. n. 163/2006, che, in luogo del contratto di avvalimento, prevedeva la possibilità di presentare una dichiarazione sostitutiva attestante il legame giuridico ed economico esistente nel gruppo. Va esclusa pertanto dalla gara una ditta che ha dichiarato che l'ausiliaria è società da essa controllata al 100%, ed ha prodotto un estratto del registro delle imprese della Camera di commercio, attestante tale situazione di controllo, in mancanza di prova delle concrete modalità di svolgimento del potere direzionale sulla società controllata e della sua incidenza sulla concreta organizzazione dell'attività d'impresa, considerata la persistente autonomia soggettiva della società controllata rispetto alle altre società del gruppo (ciò, specie in un caso quale quello in esame, in cui le società hanno sede in Stati diversi e l'esecuzione dell'appalto, di durata quadriennale, si svolge in uno Stato terzo).

Sull'ammissibilità dell'avvalimento delle certificazioni di qualità

Anche a voler considerare la certificazione di qualità un requisito strettamente soggettivo in quanto attinente all'organizzazione dell'impresa concorrente, tale lettura non esclude la generale operatività dell'istituto *de quo*, atteso che l'avvalimento ammette l'ausilio di terze imprese con riferimento al requisito organizzativo da intendere nella sua accezione statica-soggettiva, come prestazione effettiva della qualità organizzativa aziendale.

Sull'immediata impugnazione del bando

Alla luce di quanto affermato dalla Adunanza Plenaria n. 9 del 2014, in materia di controversie aventi ad oggetto gare di appalto, la legittimazione al ricorso deve essere correlata ad una situazione differenziata e dunque meritevole di tutela, in modo certo, per effetto della partecipazione alla stessa procedura oggetto di contestazione, per cui chi volontariamente e liberamente si è astenuto dal partecipare ad una selezione non è legittimato a chiederne l'annullamento ancorché vanti un interesse di fatto a che la competizione venga nuovamente bandita. A tale regola generale può derogarsi, per esigenze di ampliamento della tutela della concorrenza, solamente in tre tassative ipotesi e, cioè, quando: si contesti in radice l'indizione della gara; si contesti che una gara sia mancata, avendo l'amministrazione disposto l'affidamento in via diretta del contratto; si impugnino direttamente le clausole del bando assumendo che le stesse siano immediatamente escludente.

L'immediata impugnazione del bando è circoscritta al caso della contestazione di clausole escludenti riguardanti requisiti di partecipazione, che siano *ex se* ostative all'ammissione dell'interessato o, al più, impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale, dovendo le altre clausole essere ritenute lesive ed impugnate insieme con l'atto di approvazione della graduatoria definitiva, che definisce la procedura concorsuale ed identifica in concreto il soggetto leso dal provvedimento, rendendo attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva. A fronte di una clausola illegittima della *lex specialis* di gara, ma non impeditiva della partecipazione, il concorrente non è ancora titolare di un interesse attuale all'impugnazione, poiché non sa ancora se l'astratta o potenziale illegittimità della predetta clausola si risolverà in un esito negativo della sua partecipazione alla procedura concorsuale, e quindi in una effettiva lesione della situazione soggettiva che solo da tale esito può derivare (Consiglio di Stato, sez. V, 12 novembre 2015, n. 5181).

Non sono suscettibili di impugnazione immediata le clausole relative alle modalità di valutazione delle offerte ed attribuzione dei punteggi e, in generale, alle modalità di svolgimento della gara.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 14 febbraio 2018 n. 953

Sulla distinzione tra avvalimento di garanzia e avvalimento operativo

1. In materia di avvalimento, va distinto l'avvalimento di garanzia e l'avvalimento operativo. L'avvalimento di garanzia ricorre nel caso in cui l'ausiliaria mette a disposizione dell'ausiliata la sua solidità economica e finanziaria, assicurando la stazione appaltante sulle sue capacità di far fronte agli impegni economici conseguenti al contratto d'appalto, anche in caso di inadempimento. È tale l'avvalimento che ha ad oggetto i requisiti di carattere economico-finanziario e, in particolare, per quanto d'interesse nel presente giudizio, il fatturato globale o specifico. L'avvalimento operativo ricorre invece quando l'ausiliaria si impegna a mettere a disposizione dell'ausiliata le risorse tecnico-organizzative indispensabili per l'esecuzione del contratto di appalto. È tale l'avvalimento che ha ad

oggetto i requisiti di capacità tecnico-professionale tra i quali, ad esempio, la dotazione di personale dell'ausiliaria.

2. Nel caso di avvalimento di garanzia, il quale ha ad oggetto l'impegno dell'ausiliaria a garantire con proprie risorse economiche l'impresa ausiliata, non è necessario che nel contratto siano specificatamente indicati i beni patrimoniali o gli indici materiali della consistenza patrimoniale dell'ausiliaria, essendo sufficiente che essa si impegni a mettere a disposizione dell'ausiliata la sua complessiva solidità finanziaria e il suo patrimonio di esperienza; diversamente, nell'avvalimento operativo è imposto alle parti di indicare nel contratto i mezzi aziendali messi a disposizione dell'ausiliata per eseguire l'appalto.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 14 febbraio 2018 n. 956

Sull'obbligo della dichiarazione di pregresse inadempienze contrattuali

1. Nelle gare di appalto, sussiste in capo ai concorrenti il dovere di dichiarare tutte le vicende pregresse, concernenti fatti risolutivi, errori o altre negligenze, comunque rilevanti ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. f), del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, occorse in precedenti rapporti contrattuali con pubbliche amministrazioni diverse dalla stazione appaltante; 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.

2. 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.

TAR PUGLIA – LECCE, SEZ. III – sentenza 14 febbraio 2018 n. 292

Sulla necessità della persistenza dei requisiti

I requisiti soggettivi di partecipazione alla gara, oltre a sussistere al momento della presentazione delle domande da parte dei concorrenti, devono permanere per tutta la durata dell'appalto, legittimando pertanto l'esclusione anche laddove l'accertamento della relativa mancanza sia successivo all'aggiudicazione definitiva, e ciò a prescindere dalla durata della procedura.

TAR PIEMONTE, SEZ. II – sentenza 14 febbraio 2018 n. 219

Sull'illegittimità di una procedura con oggetto due lotti eterogenei

E' illegittimo l'avviso relativo ad una gara per un contratto di servizio pubblico di trasporto che preveda **lotti disomogenei**, comprensivi della gestione di servizi di trasporto su ruote e trasporto ferroviario; infatti, l'abbinamento di prestazioni afferenti a segmenti di mercato strutturalmente eterogenei, senza oggettiva giustificazione economica o funzionale, consente ad un ristretto numero di operatori ferroviari di traslare il loro peculiare potere di mercato anche al più aperto mercato del trasporto su gomma, con effetti di distorsione della concorrenza ammissibili solo in presenza di specifici e comprovati presupposti di efficientamento del servizio.

TAR LOMBARDIA – MILANO, SEZ. I – sentenza 14 febbraio 2018 n. 422

Sulla natura dell'esecuzione anticipata

L'esecuzione anticipata dei lavori disposta ai sensi dell'art. 11, d.lgs. n. 163/2006 implica la conclusione di un vero e proprio accordo di matrice negoziale tra le parti le cui reciproche situazioni soggettive assumono la consistenza del diritto soggettivo ed attraggono, pertanto, la controversia nella giurisdizione del giudice ordinario (Cass., SS.UU., sent. n. 9391/2005; 18 ottobre 2005, n. 20116; Cons. Stato, sez. V, 13 settembre 2016, n. 3865). L'esecuzione in via d'urgenza, in forza dell'espressa previsione normativa, anticipa, invero, il prodursi degli effetti della disciplina negoziale prima della formale stipulazione del contratto.

TAR VENETO, SEZ. I – sentenza 16 febbraio 2018 n. 184

Sui presupposti per la revoca di un project financing e per l'eventuale indennizzo

1. In materia 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 sia tenuta a dare corso alla procedura di gara per l'affidamento della relativa concessione, posto che 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; ne consegue che, nella presentazione del progetto da parte del promotore, vi è un'assunzione consapevole di rischio a che quanto proposto non venga poi stimato conforme all'interesse pubblico e, dunque, davvero da realizzare.

2. In materia di project financing, non è configurabile di regola la responsabilità precontrattuale della P.A. e cioè la violazione del dovere di correttezza negoziale, nel caso in cui l'Amministrazione eserciti il proprio potere di revoca dell'approvazione del progetto; né in tal caso è configurabile un affidamento tutelabile da parte del promotore circa il consolidamento della propria posizione, con la conseguenza che l'abbandono del progetto da parte della prima non integra in capo al proponente alcuna pretesa risarcitoria e nemmeno indennitaria.

3. La disciplina dell'art. 21 quinquies della L. 241/1990, che prevede un indennizzo nel caso di provvedimento di revoca degli atti ad efficacia durevole, è inapplicabile, in generale, agli atti dei procedimenti di gara prima dell'aggiudicazione definitiva e, in specie, alla finanza di progetto per la quale il codice dei contratti pubblici, già da tempo, ha posto una disciplina speciale. In particolare, la disciplina generale di cui all'art. 21 quinquies è inapplicabile alla materia del project financing, in quanto per tale materia vige una disciplina speciale che (ora ai commi 12 e 15 dell'art. 183 del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50) regola espressamente il diritto al rimborso delle spese per la predisposizione del progetto, riconoscendo tale diritto (peraltro da far valere nei confronti dell'aggiudicatario e non dell'Amministrazione) solo a conclusione della gara, nel caso in cui il promotore non risulti aggiudicatario; ed inoltre, in quanto la dichiarazione di pubblico interesse di un progetto spontaneamente presentato dal promotore non è un atto durevole, ovvero attributivo in maniera definitiva di un vantaggio, ma meramente ed eventualmente prodromico alla una gara.

TAR SICILIA – CATANIA, SEZ. IV – sentenza 16 febbraio 2018 n. 382

Sull'inderogabilità e perentorietà del termine di dieci giorni per il soccorso istruttorio

Il carattere perentorio del termine di dieci giorni previsto per il soccorso istruttorio, come affermato anche di recente dalla giurisprudenza, non ammette rimedi e non è derogabile mediante la concessione dell'errore scusabile. Ne discende che l'introduzione di una deroga, mediante previsione di un termine ulteriore, importa la violazione del principio della *par condicio*, essendosi consentito ad alcuni dei concorrenti di integrare la produzione di atti o documenti dopo la scadenza dei termini fissati (Cons. Stato, sez. V, 21 novembre 2017 n. 5382).

TAR LAZIO, ROMA, SEZ. II bis, sentenza 19 febbraio 2018, n. 1880

Sulla modifica di un RTI in caso di procedura ristretta

Preso atto della sussistenza di un nesso funzionale tra la fase di preselezione e quella di valutazione delle offerte, il divieto di modificazione della compagine soggettiva in corso di gara al di fuori dei casi legislativamente consentiti, idonea a salvaguardare la *par condicio* e a garantire la corretta conoscenza da parte dell'Amministrazione dei requisiti delle concorrenti, non può che operare a fare data dalla fase di prequalifica;

In altri termini, diviene doveroso affermare che, ove si tratti di procedure di tale genere, nessuna aggiunta e/o sostituzione di una o più imprese del raggruppamento invitato a partecipare alla gara in esito alla procedura di prequalifica può essere considerata ammissibile e ciò per il pieno rispetto non solo del principio di unitarietà della procedura ma anche della *par condicio* e del principio del buon andamento dell'attività amministrativa sotto il profilo dell'economicità (risultando evidente come una soluzione diversa e contraria comporterebbe necessariamente una nuova verifica da parte della stazione appaltante dei requisiti di partecipazione sussistenti in capo all'impresa subentrante e, in generale, al R.T.I.).

In linea anche con i principi fissati dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nella decisione n. 8 del 4 maggio 2012, in cui è dato leggere che sono da ritenere precluse “modificazioni soggettive, sopraggiunte ai controlli”, **la possibilità di presentare offerte nel caso di procedure ristrette è da considerare, pertanto, limitata alle imprese già selezionate nella fase di pre-qualificazione**, con l'ulteriore precisazione - a titolo di mera completezza - che non sussistono, in ogni caso, elementi preclusivi al recesso di un'impresa del raggruppamento selezionato e, ancora, all'eventuale costituzione di un'associazione ad opera delle imprese selezionate in vista della gara in quanto costituenti soluzioni che, a differenza di quella comportante la modificazione della compagine soggettiva invitata alla gara, non estinguono “la soggettività delle imprese già qualificate” e, comunque, non consentono di individuare soggetti diversi da quelli invitati.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 19 febbraio 2018 n. 1037

Sull'obbligo di sopralluogo da parte di tutte le raggruppande

Ove il bando di gara di un appalto di lavori preveda espressamente che il sopralluogo assistito con il RUP debba essere effettuato da tutte le imprese di un raggruppamento temporaneo costituendo e, alla stregua del tenore letterale della *lex specialis*, tale specifico adempimento abbia natura essenziale, è

legittimo il provvedimento con il quale la stazione appaltante ha escluso dalla gara un raggruppamento temporaneo costituendo, che sia motivato con riferimento al fatto che solo una delle imprese ha effettuato il suddetto sopralluogo assistito. In tal caso, infatti, si è al cospetto di un adempimento strumentale a garantire il puntuale rispetto delle prescrizioni imposte dalla legge di gara; in particolare, viene in rilievo un adempimento che costituisce un elemento essenziale per la serietà e adeguatezza dell'offerta (in applicazione del principio di autoresponsabilità), e non già una mera incompletezza o irregolarità documentale.

TAR LAZIO – ROMA, SEZ. II *ter* – sentenza 19 febbraio 2018 n. 1893

Sull'esclusione di una ditta che non ha caricato tutti i documenti per registrarsi all'AVCPASS

1. È legittima l'esclusione da una gara per i settori ordinari d'importo superiore a 40.000 euro bandita dopo il 1° luglio 2014 di una ditta che non ha completato la procedura di caricamento della documentazione necessaria ai fini della verifica ex art. 81, c. 1 del d.lgs. 50 del 2016 (già artt. 6 bis e 48 del d.lgs n. 163 del 2006) sul sito AVCPass dell'ANAC, come espressamente richiesto dalla legge e dal bando di gara.

2. Il sistema AVCPASS è utilizzabile per tutte le procedure di affidamento il cui CIG è richiesto a partire dal 1° gennaio 2013 in via facoltativa, e dal 1° luglio 2014 in via obbligatoria per le gare nei settori ordinari sopra i 40.000 euro. Gli operatori economici (imprese) che intendono partecipare a pubbliche gare d'appalto di lavori, forniture e servizi, devono registrarsi al servizio AVCPASS, indicando al sistema il CIG della procedura di affidamento cui intendono partecipare. Il PASS rappresenta, dunque, lo strumento necessario attraverso cui le stazioni appaltanti procedono all'acquisizione via web della documentazione comprovante il possesso dei requisiti di carattere generale, tecnico-organizzativo ed economico-finanziario dei concorrenti.

TAR SICILIA – CATANIA, SEZ. III – sentenza 19 febbraio 2018 n. 389

Sulla decorrenza del termine di impugnazione

La pubblicazione della delibera di aggiudicazione all'albo pretorio non è idonea, di per sé sola, nel sistema previsto dall'art. 79, quinto comma, del decreto legislativo n. 163/2006 a determinare la decorrenza del termine di impugnazione, se ad essa non si accompagna la comunicazione dell'aggiudicazione definitiva agli interessati secondo la regola di cui al successivo comma 5- bis, facendo così decorrere il termine di impugnazione di trenta giorni ex art. 120, comma 5, c.p.a. (5); inoltre, a seguito della proposizione di ricorso l'Amm.ne ha l'onere della comunicazione individuale degli esiti della gara alla ricorrente (art. 76, comma 5, del d.l.vo 18 aprile 2016, n. 50, secondo il quale "Le stazioni appaltanti comunicano d'ufficio immediatamente e comunque entro un termine non superiore a cinque giorni: a) l'aggiudicazione, all'aggiudicatario, al concorrente che segue nella graduatoria, a tutti i candidati che hanno presentato un'offerta ammessa in gara, a coloro la cui candidatura o offerta siano state escluse se hanno proposto impugnazione avverso l'esclusione o sono in termini per presentare impugnazione, nonché a coloro che hanno impugnato il bando o la lettera di invito, se tali impugnazioni non siano state respinte con pronuncia giurisdizionale definitiva").

Sull'illegittimità del criterio del prezzo più basso per un servizio ad alta intensità di manodopera

E' illegittima una procedura aperta per l'affidamento del servizio di sorveglianza attiva e di vigilanza antincendio, che prevede, quale criterio di aggiudicazione, quello del prezzo più basso e non già quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, trattandosi di un appalto di servizi ad alta intensità di manodopera, secondo quanto chiarito dall'art. 50 del nuovo codice (d.l.vo 18 aprile 2016, n. 50), essendo irrilevante che si tratta anche di servizio di "elevata ripetitività" o, detto altrimenti, di servizio "standard".

TAR CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. I – sentenza 19 febbraio 2018 n. 1068

Sulla competenza del Segretario comunale a conferire incarichi esterni

1. E' legittima una delibera della Giunta municipale avente ad oggetto modifiche al regolamento per il funzionamento dell'avvocatura comunale, nella parte in cui prevede che, per la scelta di un professionista esterno, " ... il Segretario Generale individua il professionista da incaricare applicando la rotazione tra gli iscritti nell'elenco con proprio provvedimento; su proposta motivata del Responsabile del Servizio Avvocatura, il Segretario Generale, provvede con proprio provvedimento al conferimento dell'incarico". Infatti, non può configurarsi alcuna lesione delle prerogative di piena indipendenza ed autonomia dell'Avvocatura comunale per effetto dell'attribuzione al Segretario Generale del potere di individuazione e nomina di legali esterni all'ente, dal momento che l'autonomia riconosciuta agli avvocati degli enti pubblici concerne la "trattazione esclusiva e stabile degli affari legali dell'ente" (cfr. art. 23, primo comma, della L. n. 247/2012, recante la nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense), e non attiene invece a aspetti di carattere organizzativo.

2. Nell'attuale assetto ordinamentale, al Segretario comunale sono affidati compiti di collaborazione e funzioni di assistenza giuridico-amministrativa nei confronti degli organi dell'ente locale, in ordine alla conformità dell'azione amministrativa alle leggi, allo statuto ed ai regolamenti; in via generale è quindi pacifico che al Segretario comunale non sono affidati compiti di amministrazione c.d. attiva, limitandosi egli (cfr. art. 97, comma 4, del D.Lgs. n. 267/2000, c.d. Testo Unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali o T.U.E.L.) a sovrintendere allo svolgimento delle funzioni dei dirigenti e a coordinarne l'attività qualora non sia stato nominato un direttore generale. Tale attribuzione di competenze nettamente separate risulta però per ovvie ragioni temperata nei Comuni di minori dimensioni demografiche, generalmente privi di personale di qualifica dirigenziale; prevede infatti l'art. 109, secondo comma, del T.U.E.L. che nei Comuni privi di dirigenti le funzioni dirigenziali possono essere attribuite ai responsabili degli uffici oppure demandate al Segretario comunale, in applicazione dell'art. 97 comma 4 lettera d) a mente del quale appunto il Segretario comunale esercita ogni altra funzione attribuitagli dallo statuto o dai regolamenti, o conferitagli dal Sindaco o dal Presidente della provincia.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 19 febbraio 2018 n. 1031

Sulla modifica soggettiva di un raggruppamento temporaneo

1. La modifica riduttiva di un raggruppamento temporaneo di professionisti, determinata dalla morte di uno dei mandanti, non determina di per sé l'automatica esclusione del raggruppamento stesso.

2. Nel caso di gara di appalto, il recesso di una o più imprese dell'ATI è possibile se quelle rimanenti siano in possesso dei requisiti necessari per l'esecuzione delle prestazioni oggetto dell'appalto, in quanto solo nelle ipotesi di aggiunta o di sostituzione nell'ATI di un'impresa resta impedito all'amministrazione un controllo tempestivo e completo del possesso dei requisiti anche da parte della

nuova compagine associativa, mentre nel caso di recesso le predette esigenze non risultano frustrate, poiché l'amministrazione, al momento del mutamento soggettivo, ha già provveduto a verificare i requisiti di capacità e moralità dell'impresa o delle imprese che restano, così che i rischi che il divieto mira ad impedire non possono verificarsi; tale soluzione va seguita purché la modifica della compagine soggettiva in senso riduttivo avvenga per esigenze organizzative proprie dell'ATI o del consorzio, e non invece per eludere la legge di gara e, in particolare, per evitare una sanzione di esclusione dalla gara per difetto dei requisiti in capo al componente dell'ATI che viene meno per effetto dell'operazione riduttiva.

TAR LAZIO – ROMA, SEZ. I BIS – sentenza 20 febbraio 2018 n. 1956

Sulla differenza tra subappalto e subfornitura

Negli appalti di forniture, la dichiarazione di non voler ricorrere al subappalto, richiesta dal bando di gara, resa da una impresa nel Documento di Gara Unico Europeo, non può ritenersi preclusiva anche della facoltà di avvalersi di aziende esterne per l'acquisizione di prodotti parte della fornitura, da consegnare poi alla P.A. per l'esecuzione della prestazione oggetto dell'appalto

Il subappalto costituisce, ai sensi dell'art. 105 del D. Lgs. 18.4.2016 n. 50, un "contratto con il quale l'appaltatore affida a terzi l'esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto". Invero, il contratto subappalto, previsto dall'art. 1676 e segg. c.c., prevede che l'appaltatore trasferisca a terzi l'esecuzione di parte della prestazione negoziale, così configurando un vero e proprio appalto che si caratterizza, rispetto al contratto-tipo, solo per essere un contratto-derivato da altro contratto stipulato a monte, che ne costituisce il presupposto. L'art.1, comma 1°, della Legge 18 giugno 1998 n. 192 ("Disciplina della subfornitura nelle attività produttive") stabilisce invece che: "Con il contratto di subfornitura un imprenditore si impegna a effettuare per conto di una impresa committente lavorazioni su prodotti semilavorati o su materie prime forniti dalla committente medesima, o si impegna a fornire all'impresa prodotti o servizi destinati ad essere incorporati o comunque ad essere utilizzati nell'ambito dell'attività economica del committente o nella produzione di un bene complesso, in conformità a progetti esecutivi, conoscenze tecniche e tecnologiche, modelli o prototipi forniti dall'impresa committente".

In sostanza, mentre il subappaltatore assume di eseguire in tutto o in parte una prestazione dell'appaltatore (art. 1655 e ss. c.c.) a beneficio della stazione appaltante, il **subfornitore si impegna soltanto a porre nella disponibilità dell'appaltatore un prodotto** e rileva fondamentalmente sotto il profilo privatistico dei rapporti commerciali fra le aziende.

TAR TOSCANA, SEZ. II – sentenza 21 febbraio 2018 n. 288

Sulla decorrenza dei termini per impugnare

1. La pubblicazione della delibera di aggiudicazione all'albo pretorio non è idonea, di per sé sola, nel sistema previsto dall'art. 79, quinto comma, del decreto legislativo n. 163/2006, a determinare la decorrenza del termine di impugnazione, se ad essa non si accompagna la comunicazione dell'aggiudicazione definitiva agli interessati secondo la regola di cui al successivo comma 5- bis, facendo così decorrere il termine di impugnazione di trenta giorni ex art. 120, comma 5, c.p.a..

Sul principio di rotazione

2. Nelle gare di appalto, il principio di rotazione delle imprese appaltatrici non ha carattere assoluto ma relativo, altrimenti esso limiterebbe il potere della stazione appaltante di garantire la massima partecipazione alla procedura di gara; si tratta di un principio servente e strumentale rispetto a quello della concorrenza e deve quindi trovare applicazione nei limiti in cui non incida su quest'ultimo. Nella fattispecie, **in presenza di due sole imprese** (compreso il gestore uscente) la S.A. ha legittimamente deciso di ammettere alla gara anche quest'ultimo, **al fine di far prevalere l'esigenza del confronto concorrenziale rispetto al principio di rotazione**.

Sull'illegittimità della previsione della marca dei prodotti

3. E' illegittima l'assegnazione di un numero elevato di punti per una determinata marca (nella specie si trattava della marca "Lavazza Blue" del distributore automatico proposto), in violazione del principio di equivalenza dei prodotti; infatti, la disciplina anche comunitaria vieta l'impiego di un prodotto di una determinata marca qualora tale clausola non sia accompagnata dalla menzione "o equivalente", tranne che tanto sia reso necessario dalle peculiarità del bene in questione, di cui non esistono sul mercato idonei equivalenti, e sempre che l'indicazione non produca l'effetto di favorire o escludere determinati fornitori o prodotti.

TAR LOMBARDIA – MILANO, SEZ. IV – sentenza 21 febbraio 2018 n. 500

Sugli affidamenti diretti per infungibilità del bene

1. L'art. 57 del d.lgs. n. 163/2006 (v. oggi l'art. 63, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016) prevede che l'affidamento diretto è legittimo qualora, per ragioni di natura tecnica o artistica ovvero attinenti alla tutela di diritti esclusivi, il contratto possa essere affidato unicamente ad un operatore economico determinato (norma che peraltro ha trovato la sua riproduzione anche nella vigente disciplina); trattandosi di una deroga alla regola della gara pubblica, occorre che l'infungibilità sia debitamente accertata e motivata nella delibera o determina a contrarre dell'amministrazione, nel pieno rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza, ovvero dei principi di concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità.

2. E' illegittimo il bando di gara il quale finisce per prevedere una sorta di privativa in favore di un singolo operatore, in contrasto con il principio comunitario di liberalizzazione delle attività economiche. Infatti l'attribuzione di diritti esclusivi è consentita solo allorché i medesimi scopi non siano affatto realizzabili attraverso l'azione dei mercati sia pure regolati, il che accade: o perché si tratta di promuovere finalità che non possono essere conseguite, con accettabili standard di benessere sociale, ove le decisioni allocative siano determinate dai prezzi; ovvero quando la spontaneità stessa del mercato agisca come fattore anticoncorrenziale; ovvero ancora quando l'attività non è per nulla appetibile per le imprese private. Pertanto in mancanza di giustificazioni sostanziali, la possibilità per l'amministrazione intimata di istituire un effetto di "privativa", implicito nella volontà di sostituire un regime di concorrenza "nel" mercato con uno di concorrenza "per" il mercato, o comunque di "restrizione" all'esercizio dell'attività d'impresa per cui è causa, risulta lesivo dei principi comunitari di liberalizzazione delle attività economiche.

3. In base alla **linee guida n. 8** per il ricorso a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili, approvate dal Consiglio dell'ANAC nell'adunanza del 13 settembre 2017 con deliberazione n. 950 e depositate presso la segreteria del Consiglio il 10 ottobre 2017, i concetti di infungibilità ed esclusività non sono sinonimi. L'esclusiva attiene all'esistenza di privative industriali, mentre un bene o servizio è infungibile se è l'unico che può garantire il soddisfacimento di un certo bisogno. L'infungibilità può essere dovuta all'esistenza di privative industriali ovvero essere la conseguenza di scelte razionali del cliente o dei comportamenti

del fornitore; l'effetto finale è comunque un restringimento della concorrenza, con condizioni di acquisto meno favorevoli per l'utente. La stazione appaltante non può accontentarsi al riguardo delle dichiarazioni presentate dal fornitore, ma deve verificare l'impossibilità a ricorrere a fornitori o soluzioni alternative attraverso consultazioni di mercato, rivolte anche ad analizzare i mercati comunitari e/o, se del caso, extraeuropei.

TAR LAZIO, ROMA, SEZ. III, sentenza 21 febbraio 2018, n. 2015

Sul concetto di servizi analoghi

Se è vero che il concetto di servizi “analoghi” è, sotto il profilo ontologico, certamente differente e contrapposto, nel campo dei **pubblici appalti**, a quello di servizi “identici”, è altresì vero che esso individua una categoria aperta di prestazioni accomunate da elementi caratterizzanti simili ed omogenei a quelli messi gara (Consiglio di Stato sez. V 23 novembre 2016 n. 4908), requisito che – all'evidenza- le opere di ripristino di immobili ad uso alloggiativo eseguite nel triennio di riferimento dalla MC Costruzioni non possiedono, se riferite alle “Lavorazioni meccaniche da effettuare” sui torni e le relative “lavorazioni parte elettrica ed elettronica” richieste dalla legge di gara quali prestazioni principali. Pertanto, il fatturato realizzato nel campo delle opere edili non può dirsi specifico, e, dunque, non integra il requisito imposto dalla (inoppugnata) legge di gara.

TAR LAZIO ROMA, SEZ. I QUATER, sentenza 22 febbraio 2018, n. 2059

Sulla mancata conferma dell'aggiudicazione

Nelle gare pubbliche la possibilità che all'aggiudicazione provvisoria della gara d'appalto pubblico non segua quella definitiva è evento fisiologico, inidoneo ad ingenerare un affidamento tutelabile all'aggiudicazione definitiva, con la conseguenza che ove la stazione appaltante si determina al ritiro, in sede di autotutela, o non proceda all'aggiudicazione provvisoria la stessa non è tenuta a darne previa comunicazione, ai sensi dell'art. 7, l. 7 agosto 1990, n. 241, al destinatario dell'aggiudicazione provvisoria (*ex multis* C. Stato, Sez. III, n. 3359/2017, Sez. V, n. 1987/2017). Giova in ogni caso rammentare che ai sensi dell'art. 21- octies, l. 7 agosto 1990, n. 241 il provvedimento amministrativo non è annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento, peraltro non necessaria in caso di provvedimento di esclusione da gara pubblica, qualora la Pubblica amministrazione dimostri in giudizio che il suo contenuto non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. La revoca dell'aggiudicazione provvisoria (ovvero la sua mancata conferma) non è, difatti, qualificabile alla stregua di un esercizio del potere di autotutela, sì da richiedere un raffronto tra l'interesse pubblico e quello privato sacrificato.

TAR LAZIO, SEZ. I quater, sentenza 22 febbraio 2018, n. 2058

Sull'immodificabilità dei criteri di valutazione

La stazione appaltante non può discostarsi dalle regole fissate nella *lex specialis* della procedura che essa stessa ha disposto e alle quali si è autovincolata e nemmeno può interpretare le suddette regole in modo palesemente contrario al suo chiaro tenore testuale. E, infatti, vietata, nel corso delle procedure di gara, la modifica dei criteri di valutazione delle offerte previsti dal bando, atteso che ritenere

sussistente tale potere significherebbe disapplicare il bando in ordine a clausole alle quali la stessa amministrazione si è autovincolata nel momento in cui ha adottato la disciplina di gara.

TAR LAZIO, ROMA, SEZ. I ter, sentenza 22 febbraio 2018, n. 2054

Sul divieto di commistione tra i criteri di qualificazione e valutazione

Il filo che separa il canone oggettivo di valutazione dell'offerta ed il requisito soggettivo del competitore è particolarmente sottile, stante la potenziale idoneità dei profili di organizzazione soggettiva a riverberarsi sull'affidabilità e sull'efficienza dell'offerta e, quindi, della prestazione. Sulla base di tali considerazioni deve ritenersi, quindi, che il divieto di commistione fra i criteri soggettivi di pre-qualificazione e quelli oggettivi afferenti alla valutazione dell'offerta ai fini dell'aggiudicazione non risulti eluso o violato allorché gli aspetti organizzativi non siano destinati ad essere apprezzati in quanto tali -in modo avulso quindi dal contesto dell'offerta, come dato relativo alla mera affidabilità soggettiva - ma quale garanzia della prestazione del servizio secondo le modalità prospettate nell'offerta, come **elemento**, cioè, **incidente sulle modalità esecutive dello specifico servizio** e, quindi, come parametro afferente alle caratteristiche oggettive dell'offerta. Orbene, nel caso di specie risulta evidente che il possesso delle referenze indicate nella *lex specialis* come meritevoli di punteggio rileva non quale requisito soggettivo in se stesso, ma quale elemento di garanzia di maggiore professionalità (si richiede infatti la **qualità professionale delle risorse impiegate**), suscettibile di riverberarsi positivamente sulla qualità delle prestazioni richieste all'aggiudicatario. Ciò nella prospettiva di premiare quei concorrenti che, per titoli ed esperienze, dimostrino capacità e requisiti professionali tali da rendere la loro offerta più aderente alla particolare tipologia delle prestazioni richieste.

TAR LAZIO, ROMA, SEZ. II ter, sentenza 23 febbraio 2018, n. 2108

Sull'avvalimento delle certificazioni di qualità

E' possibile il ricorso all'avvalimento per il possesso della certificazione di qualità UNI EN ISO 9001:2008 perché questa è da considerarsi un requisito di idoneità tecnico organizzativa da inserirsi tra gli elementi idonei a dimostrare la capacità tecnico professionale di un'impresa, assicurando che l'impresa affidataria sarà in grado di effettuare la prestazione nel rispetto di un livello minimo di qualità accertato da un organismo a ciò predisposto. E poiché la certificazione di qualità afferisce alla capacità tecnica dell'imprenditore, essa è coerente con l'istituto dell'avvalimento quale disciplinato dall'art. 89 del D.Lgs. 50/2016.

Sulla sanabilità dell'omessa allegazione della dichiarazione dell'ausiliario

E' valido il contratto di avvalimento, in assenza della dichiarazione dell'ausiliario, data la natura meramente formale dell'omissione. Ciò che rileva, infatti, sul piano sostanziale, è il concreto e vincolante assetto di interessi, rinvenibile dalla chiara manifestazione di volontà contenuta nel contratto di avvalimento, debitamente sottoscritto.

Sulla pubblicità delle sedute di gara

La pubblicità delle sedute costituisce principio inderogabile per gli adempimenti concernenti la verifica dell'integrità dei plichi contenenti l'offerta (tecnica o economica); dopo di che, le offerte tecniche devono essere esaminate e valutate in seduta segreta e solo successivamente, in seduta pubblica, devono essere esaminate le offerte economiche: la regola risponde all'esigenza di prevenire il pericolo che gli elementi economici influiscano sulla previa valutazione dell'offerta tecnica.

TAR LAZIO, LATINA, SEZ. I, sentenza 23 febbraio 2018, n. 101

Sulla presenza del RUP nella Commissione di gara (Dirigente scolastico)

Ai sensi del novellato art. 77, comma 4, del D.lgs n. 50/2016: “*I commissari non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta. La nomina del RUP a membro delle commissioni di gara è valutata con riferimento alla singola procedura*”. Nella vigenza quindi della nuova disciplina, contrariamente a quella precedente, non è precluso al RUP di svolgere la funzione di componente della commissione di gara.

Nella fattispecie, considerata la modestia dell'affidamento e soprattutto la circostanza che la stazione appaltante è un istituto di istruzione nel cui organico deve supporre non esista personale amministrativo che abbia una particolare specializzazione in materia di gare, la partecipazione alla commissione del Dirigente scolastico che ha anche assunto la veste di RUP, non può essere considerata illegittima, apparendo ragionevolmente giustificata.

TAR LOMBARDIA – BRESCIA, SEZ. II – sentenza 26 febbraio 2018 n. 218

Sulla rilevanza della condanna anche in capo ai revisori

1. Anche i revisori legali dell'impresa partecipante ad una gara di appalto rientrano tra i soggetti, indicati dal terzo comma dell'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016, le cui condanne per i reati espressamente indicati dalla stessa norma debbono portare all'esclusione dell'impresa concorrente, atteso che tale dichiarazione deve essere resa con riferimento a tutti i soggetti dotati di poteri di direzione o di vigilanza o muniti di poteri di rappresentanza, di direzione o di controllo.

2. Le condanne che debbono condurre all'esclusione dell'operatore economico ai sensi dell'art. 80, comma 5, lettera c) del d.lgs. n. 50/2016 non sono solo quelle riportate dall'impresa, quale soggetto giuridico autonomo e ma anche quelle riportate dal singolo amministratore o soggetto dotato di potere di indirizzo o di controllo sull'impresa stessa. Infatti, una lettura dell'art. 80 cit., coerente con la disciplina comunitaria e con i principi fondamentali della materia già elaborati in vigenza della precedente normativa, non può che condurre a un'interpretazione estensiva, nel senso che l'esclusione può essere disposta dalla stazione appaltante anche nel caso in cui la sentenza di condanna ritenuta rilevante sia relativa ad uno dei reati indicati dalla suddetta norma (nella specie si trattava del reato di bancarotta fraudolenta) e anche se essa riguardi non l'impresa in sé, ma uno dei soggetti di cui al comma 3 dell'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016.

Sull'applicabilità del self cleaning

3. Le misure di *self-cleaning* possono ritenersi efficaci solo pro futuro, relativamente alle gare indette successivamente alla loro adozione (o comunque non oltre il termine fissato per la presentazione delle offerte, secondo quanto chiarito dalle Linee Guida ANAC n. 6 relativamente al nuovo codice dei contratti pubblici), pena la violazione della par condicio dei concorrenti.

TAR VENETO, SEZ. III – sentenza 26 febbraio 2018 n. 239

Sull'illegittimità di un affidamento diretto in assenza di urgenza qualificata

E' illegittimo, per violazione del principio di immodificabilità del contratto, nonché dei principi della concorrenza, della parità di trattamento tra gli operatori economici, della pubblicità e della massima concorsualità nell'affidamento di pubblici appalti, il provvedimento con il quale la P.A., pur affermando che è in corso la predisposizione degli atti di gara, per asseriti motivi di urgenza, ha affidato in via diretta – estendendo ad altro contraente il contenuto di un precedente contratto e modificandone alcune condizioni – un appalto di forniture, senza il preventivo esperimento di una gara di appalto e senza nemmeno una congrua giustificazione in merito al mancato invito di almeno tre operatori economici ex art. 57 D. Lgs n. 163/2006, ove l'urgenza di provvedere sia imputabile alla stessa P.A..

TAR PUGLIA – LECCE, SEZ. II – sentenza 26 febbraio 2018 n. 336

Sul collegamento sostanziale tra le imprese

L'accertamento della sussistenza di un unico centro decisionale costituisce motivo in sé sufficiente a giustificare l'esclusione delle imprese dalla procedura selettiva, perché di per sé determina la violazione dei principi di segretezza delle offerte e di trasparenza delle pubbliche gare, e quindi anche di parità di trattamento delle imprese concorrenti.

Nella specie, in relazione a tale norma ed ai surriportati principi sintetizzati nelle massime che preceono, è stato ritenuto che andava esclusa la società controinteressata, risultata aggiudicataria, atteso che:

- a) l'amministratrice e socio unico della società stessa è la madre delle signore rispettivamente amministratrice unica e socia al 50% di altra società partecipante alla stessa gara;
 - b) l'amministratrice unica della società aggiudicataria ha la propria residenza nel medesimo luogo ove risiede la propria madre – amministratrice unica di altra società partecipante alla gara ed ove la stessa ha la propria sede;
 - c) la signora socia al 50% della società partecipante alla gara ha indicato il proprio domicilio per gli affari relativi alla propria attività di socia nel medesimo luogo ove ha sede la società aggiudicataria;
 - d) nel modulo allegato 1 al disciplinare di gara la società aggiudicatari ha indicato quale proprio recapito telefonico/fax un numero di telefono che dal sito internet risulta essere comune all'altra società;
 - e) in relazione all'appalto per cui è causa, la società aggiudicataria ha indicato quale referente per la Asl il signor -OMISSIS- che è il medesimo soggetto indicato dalla altra società sul proprio sito internet, tra i propri referenti.
-

TAR PUGLIA – LECCE, SEZ. II – sentenza 26 febbraio 2018 n. 337

Sull'annullamento dell'aggiudicazione per conflitto di interesse

È legittimo il provvedimento con il quale una ASL, in forza di una espressa previsione della lex specialis in tal senso, ha escluso da una gara di appalto (nella specie si trattava di una procedura aperta telematica ai sensi dell'art. 60 del d. lgs. n. 50 del 2016, per l'affidamento delle attività di laboratorio dei centri diurni del DSM) una società cooperativa sociale, che sia motivato con riferimento al fatto che **il legale rappresentante e un consigliere della società cooperativa interessata sono dipendenti in servizio della ASL** (nella specie, rispettivamente, medico e funzionario amministrativo) e, quindi, con riferimento alla sussistenza di una situazione di incompatibilità e conflitto di interessi.

Sulla revoca della gara e sul diritto all'indennizzo

E' legittimo il provvedimento con la quale la P.A. appaltante ha revocato in autotutela l'aggiudicazione di una gara di appalto di lavori (nella specie si trattava dei lavori di costruzione di un nuovo istituto penitenziario), che sia motivato con riferimento al fatto che, a seguito della disamina delle più aggiornate previsioni delle competenti Direzioni Generali dei Detenuti e del Trattamento nonché delle Risorse Materiali, dei Beni e dei Servizi, è risultato che si è notevolmente ridotta, rispetto agli anni precedenti, la quantità di posti detentivi necessari al riequilibrio territoriale della Regione interessata e/o il relativo fabbisogno territoriale, anche in ragione della costruzione dei tre nuovi padiglioni detentivi, di numerosi posti, presso altre Case Circondariali; tale motivazione, infatti, deve ritenersi idonea a configurare la sussistenza di ragioni di interesse pubblico, attuale e concreto, tali da consentire il legittimo esercizio del potere di autotutela della P.A. e superare le contrapposte posizioni consolidate dei partecipanti alla gara.

Ai sensi dell'art. 21 *quinquies*, comma 1 bis, della l. n. 241/1990, nel caso di legittima revoca della procedura di gara pubblica, l'aggiudicataria ha diritto al pagamento dell'indennizzo ivi previsto, da ragguagliare in via equitativa alle spese relative alle attività preliminari che l'impresa ha posto in essere sulla base del convincimento che l'affare sarebbe andato a buon fine sino alla conclusione del contratto. Tale indennizzo deve essere commisurato al solo danno emergente e, dunque, ai costi sostenuti fino al momento della revoca, sia per la partecipazione alla gara, sia per le lavorazioni preliminari eventualmente effettuate, con esclusione di qualsiasi altro pregiudizio dalla stessa dichiarato, senza peraltro che l'importo debba necessariamente coincidere con l'effettivo esborso sopportato, potendo esso essere equitativamente liquidato.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI – sentenza 27 febbraio 2018 n. 1202

Sul criterio da applicare in caso di discordanza tra ribasso percentuale e ribasso offerto

Di regola nelle gare di appalto la discrasia tra ribasso percentuale e importo offerto deve essere superata mediante l'applicazione del principio ricavabile dall'art. 119, comma 2, d.P.R. n. 207/2010, da ritenersi applicabile anche alle offerte economiche formulate nell'ambito delle gare improntate al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa; legittimamente pertanto la commissione di gara, in applicazione di tale principio (nonché nella specie di una previsione della *lex specialis*), in presenza di una discordanza tra ribasso percentuale e importo offerto, ha applicato, nel calcolo dell'offerta economica, la percentuale di ribasso indicata, ponendo in essere una semplice operazione di rettifica di un mero errore materiale di calcolo aritmetico, consistente nell'applicazione, senza necessità di ulteriori indagini ricostruttive della volontà delle imprese concorrenti, del ribasso percentuale indicato nelle rispettive offerte economiche.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 28 febbraio 2018 n. 1228

Sugli oneri di sicurezza aziendali e sull'inapplicabilità del soccorso istruttorio

Ai sensi dell'art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50 del 2016 (nuovo codice dei contratti pubblici), l'indicazione degli oneri per la sicurezza aziendale nell'ambito dell'offerta economica è doverosa, a causa della mancanza di un elemento essenziale dell'offerta; e l'eventuale carenza dell'indicazione dei suddetti oneri nell'offerta non può essere sanata mediante il potere di soccorso istruttorio, espressamente escluso dall'art. 83, comma 9, del medesimo codice per gli elementi relativi all'offerta.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 28 febbraio 2018 n. 1216

Sull'avvalimento di garanzia

Vanno distinti due tipi fondamentali di avvalimento: a) l'avvalimento c.d. di garanzia, che ricorre nel caso in cui l'ausiliaria metta a disposizione dell'ausiliata la propria solidità economica e finanziaria, assicurando la stazione appaltante sulle sue capacità di far fronte agli impegni economici conseguenti al contratto d'appalto, anche in caso di inadempimento: tale è l'avvalimento che abbia ad oggetto i requisiti di carattere economico – finanziario e, in particolare, il fatturato globale o specifico; b) l'avvalimento c.d. tecnico od operativo, che ricorre, per contro, nel caso in cui l'ausiliaria si impegni a mettere a disposizione dell'ausiliata le proprie risorse tecnico-organizzative indispensabili per l'esecuzione del contratto di appalto: tale è l'avvalimento che abbia ad oggetto i requisiti di capacità tecnico- professionale tra i quali, ad esempio, la dotazione di personale.

TAR LOMBARDIA – MILANO, SEZ. III – sentenza 28 febbraio 2018 n. 595

Sulla revisione prezzi

La previsione di cui all'art. 115 del codice dei contratti pone *ex lege* un rimedio manutentivo, in funzione del mantenimento dell'equilibrio economico del contratto, per la gestione di sopravvenienze giuridicamente rilevanti intervenute nel corso dell'esecuzione del rapporto contrattuale.

La revisione dei prezzi si applica solo alle proroghe contrattuali, previste come tali ab origine negli atti di gara ed oggetto di consenso a monte nonché note ai concorrenti della procedura selettiva per l'affidamento del contratto originario (e quindi coinvolte nell'offerta economica da costoro presentata), ma non anche negli atti successivi al contratto originario, con i quali, mediante specifiche manifestazioni di volontà, è stato dato corso tra le parti a distinti, nuovi ed autonomi rapporti giuridici, pur se di contenuto identico a quello originario in merito alla remunerazione del servizio, senza che sia stata avanzata alcuna proposta di modifica del corrispettivo, che pure la parte privata era libera di formulare, nel contesto di un rinnovato esercizio dell'autonomia negoziale, attraverso cui vengono liberamente pattuite le condizioni del rapporto.

La “ratio” dell'istituto della revisione – dal punto di vista dell'appaltatore – è quello di tenere indenni gli appaltatori delle amministrazioni pubbliche da quegli aumenti dei prezzi dei fattori della produzione che, incidendo sulla percentuale di utile stimata al momento della formulazione dell'offerta, potrebbero indurre l'appaltatore a svolgere il servizio o ad eseguire la fornitura a condizioni deteriori rispetto a quanto pattuito o, addirittura, a rifiutarsi di proseguire nel rapporto, con inevitabile compromissione degli interessi pubblici. Deve quindi ritenersi che la revisione dei prezzi sia giustificata solo in relazione allo squilibrio (effettivamente determinatosi) dei costi (concretamente sostenuti) che incidono sull'utile di impresa. In tale ottica non può che farsi riferimento a costi le cui oscillazioni, in aumento non solo non siano prevedibili ma anche non siano imputabili all'imprenditore.

Data la natura di debito di valuta propria del compenso a titolo di revisione dei prezzi in materia di contratti ad esecuzione periodica o continuativa, lo stesso è soggetto alla corresponsione degli interessi di mora per ritardato pagamento, dal momento in cui sono dovuti e sino all'effettivo soddisfo, in applicazione del d.lgs. 9 ottobre 2002 n. 231, di attuazione della Direttiva n. 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento della P.A. nelle transazioni, mentre non è dovuta la rivalutazione

monetaria, in mancanza della prova da parte dell'impresa creditrice di aver subito un danno maggiore dell'importo corrispondente agli interessi legali.

TRGA, SEZ. BOLZANO – sentenza 1° marzo 2018 n. 71

Sull'illegittimità dell'esclusione di un'impresa per alcuni prezzi unitari in aumento

E' illegittima la clausola del disciplinare di gara la quale stabilisce – con disposizione assistita da espressa comminatoria di esclusione – il divieto di presentare offerte con importi unitari o parziali superiori a quelli indicati nella lista dei prezzi unitari, “ancorchè l'offerta complessiva sia inferiore alla base d'asta”. In tal caso, infatti, il divieto di offerte in aumento è stato disposto in maniera indiscriminata per la totalità dei prezzi unitari contenuti nella lista di cui al modulo di offerta economica e senza che sia dato di riconoscere un apprezzabile interesse dell'amministrazione committente al rispetto dei limiti fissati nell'elenco prezzi; non sussistono, quindi, le condizioni che consentirebbero, in tesi, di legittimare il divieto in questione, non essendo ragionevolmente sostenibile che ciascuna delle numerosissime voci di prezzo (nella specie oltre 140 voci) che compongono l'offerta complessiva integri un elemento essenziale della medesima e giustifichi, in caso di rialzo, l'espulsione dell'offerente dalla gara.

TAR CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. I – sentenza 1° marzo 2018 n. 1334

Sull'illegittimità di una gara ad alta densità di manodopera senza clausola sociale

E' illegittimo, per violazione dell'art. 50 del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, come modificato dall'art. 33, comma 1, lettera a), del d.lgs. 19 aprile 2017 n. 56, il bando di gara indetta per l'affidamento di un appalto di servizi nel caso in cui, nonostante che il contratto sia qualificabile come ‘ad alta intensità di manodopera’, la P.A. abbia omissso di inserire nella *lex specialis* specifiche clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato.

Dispone l'art. 50 del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, come modificato dall'articolo 33, comma 1, lettera a), del d.lgs. 19 aprile 2017 n. 56, che «per gli affidamenti dei contratti di concessione e di appalto di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale, con particolare riguardo a quelli relativi a contratti ad alta intensità di manodopera, i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti inseriscono, nel rispetto dei principi dell'Unione europea, specifiche clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato, prevedendo l'applicazione da parte dell'aggiudicatario, dei contratti collettivi di settore di cui all'articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81. I servizi ad alta intensità di manodopera sono quelli nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50 per cento dell'importo totale del contratto».

Nella specie, nonostante si trattasse di appalto di servizi di alta intensità di manodopera (si trattava dell'affidamento del servizio quadriennale di rilevazione e gestione dei dati della spesa farmaceutica da destinare alle AA.SS.LL. della Regione Campania), era mancato nella *lex specialis* l'inserimento di clausole sociali, né, a livello istruttorio, risultava esservi stata alcuna verifica dei presupposti per tale applicazione e, segnatamente, una valutazione sulla natura non intellettuale del servizio e sulla prevalenza della manodopera in termini di valore economico.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 2 marzo 2018 n. 1299

Sul grave illecito professionale

L'art. 80, comma 5, lett. c), del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, oltre ad individuare, a titolo esemplificativo, gravi illeciti professionali rilevanti, ha anche lo scopo di alleggerire l'onere della stazione appaltante di fornirne la dimostrazione con "mezzi adeguati"; invero, "le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione" rilevano "[...] se anche singolarmente costituiscono un grave illecito professionale ovvero se sono sintomatici di persistenti carenze professionali", come specificato nelle linee guida ANAC n. 6 del 2016/2017, le quali comprendono nell'elencazione delle significative carenze rilevanti, tra le altre, **il singolo inadempimento di una obbligazione contrattuale o l'adozione di comportamenti scorretti o il ritardo nell'adempimento**.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 2 marzo 2018 n. 1295

Sul divieto di avvalimento a cascata

1. L'istituto dell'avvalimento risponde all'esigenza della massima partecipazione alle gare, consentendo ai concorrenti che siano privi dei requisiti richiesti dal bando di concorrere, ricorrendo ai requisiti di altri soggetti; tale istituto dev'essere idoneo a soddisfare l'interesse pubblico ad una sicura ed efficiente esecuzione del contratto e da ciò scaturisce la conseguenza che la possibilità di ricorrere a soggetti ausiliari presuppone che i requisiti mancanti siano da questi integralmente e autonomamente posseduti, senza poter estendere teoricamente all'infinito, la catena dei possibili subausiliari.

2. La deroga che l'istituto dell'avvalimento reca al principio di personalità dei requisiti di partecipazione alla gara è condizionata alla possibilità di configurare un rapporto diretto ed immediato tra ausiliaria e ausiliata da cui discenda una responsabilità solidale delle due imprese in relazione alla prestazione da eseguire e l'innesto di un ulteriore passaggio tra l'impresa che partecipa alla gara e quella che possiede i requisiti, infrangerebbe l'ineludibile vincolo di responsabilità che giustifica il ricorso all'istituto dell'avvalimento e la deroga al principio del possesso in proprio dei requisiti.

TAR SICILIA – CATANIA, SEZ. II – sentenza 5 marzo 2018 n. 497

Sulla sigillatura dei plichi

1. Con riferimento alle gare di appalto, il verbo sigillare è ormai utilizzato nel linguaggio comune non nel suo significato etimologico di apposizione di un sigillo, ma in quello estensivo indicante una chiusura ermetica tale da impedire ogni accesso o rendere evidente ogni tentativo di apertura; pertanto, l'uso di un sigillo in ceralacca non può ritenersi strumento esclusivo indispensabile per impedirne la manomissione (apertura + richiusura) a plico inalterato, costituendo invero l'apposizione dei timbri e la controfirma sul lembo di chiusura – da intendersi quale imboccatura della busta soggetta ad operazione di chiusura a sé stante, talché è sufficiente che l'adempimento formale imposto alle imprese concorrenti venga limitato ai lembi della busta chiusi dall'utilizzatore, con esclusione di quelli preincollati dal fabbricante – una modalità di sigillatura di per sé idonea a prevenire eventuali manomissioni.

2. Nel caso in cui il disciplinare di gara prescriva che il plico contenente l'offerta sia "idoneamente sigillato" e non preveda specifiche modalità di sigillatura, non può essere esclusa una ditta che abbia presentato l'offerta in un plico privo della sigillatura con ceralacca del lembo centrale della busta, nel caso in cui comunque non sia stato in alcun modo dimostrato che gli accorgimenti di chiusura utilizzati dalla ditta stessa, dettagliatamente descritte nella nota di risposta al preavviso di ricorso si siano, concretamente, rivelati non idonei ad assicurare l'integrità del plico.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 5 marzo 2018 n. 1344

Sulla verifica “sostanzialistica” della sottoscrizione dell’offerta

Il principio (costituzionale e comunitario) del *favor participationis* impone un’accezione sostanzialistica della funzione della sottoscrizione, senza che formalismi privi di effettiva utilità ai fini della gara ostino al corretto svolgimento della gara stessa ed al soddisfacimento dell’interesse pubblico primario, incentrato sulla scelta del contraente in grado di offrire il servizio di miglior qualità: la mancanza della sottoscrizione va, perciò, intesa secondo un criterio sostanziale, cioè, come **mancanza assoluta e non come mancato rispetto di una modalità di apposizione della stessa**, posto che solo in quel caso è inficiata la validità e la ricevibilità dell’offerta, senza la necessità di una espressa previsione escludente nel bando di gara.

TAR LAZIO ROMA, SEZ. II BIS – sentenza 5 marzo 2018, 2491

Sulla distinzione tra DURC interno ed esterno

Alla luce dell’orientamento giurisprudenziale sancito dall’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato numero 10 del 25 maggio 2016, anche dopo l’entrata in vigore dell’art. 31, comma 8, D.L. 21 giugno 2013, n. 69, convertito con modificazioni dalla L. 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, con la precisazione che **l’istituto dell’invito alla regolarizzazione** (il c.d. preavviso di D.U.R.C. negativo) già previsto dall’art. 7, comma 3, D.M. 24 ottobre 2007 e ora recepito a livello legislativo dall’art. 31, comma 8, D.L. 21 giugno 2013, n. 69, **può operare solo nei rapporti tra impresa ed Ente previdenziale**, ossia con riferimento al documento unico di regolarità contributiva chiesto dall’impresa e non anche al D.U.R.C. richiesto dalla stazione appaltante per la verifica della veridicità dell’autodichiarazione resa ai sensi dell’art. 38, comma 1, lett. i), del previgente D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, norma confermata e recepita dall’art. 80, comma 4, del D.lgs. 18/04/2016, n. 50, codice dei contratti pubblici oggi in vigore, ai fini della partecipazione a una gara d’appalto;

TAR LAZIO, ROMA, SEZ. II BIS – sentenza 5 marzo 2018, n. 2490

Sulla legittimità dell’esercizio del potere di revoca e sul conseguenziale indennizzo

Si deve ritenere che anche dopo l’intervento dell’aggiudicazione definitiva, non è precluso all’amministrazione appaltante di revocare l’aggiudicazione, in presenza di un interesse pubblico individuato in concreto (T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 03-01-2017, n. 56). In effetti, tutti gli atti di gara, a partire dal bando per finire all’aggiudicazione definitiva, possono formare oggetto di ritiro in via di autotutela, ragion per cui l’amministrazione non è incondizionatamente tenuta alla stipulazione del contratto, potendo elidere l’impegno conseguente alla definitiva individuazione dell’aggiudicatario attraverso le procedure tipiche che regolano l’esercizio del potere di autotutela, codificate dalla legge n. 241 del 1990. Quindi, non è precluso alla stazione appaltante procedere alla revoca o all’annullamento dell’aggiudicazione allorché la gara stessa non risponda più alle esigenze dell’ente e sussista un interesse pubblico, concreto ed attuale, all’eliminazione degli atti divenuti inopportuni, idoneo a giustificare il sacrificio del contrapposto interesse dell’aggiudicatario nei confronti dell’Amministrazione; un tale potere si fonda sul principio generale dell’autotutela della Pubblica

Amministrazione, che rappresenta una delle manifestazioni tipiche del potere amministrativo, direttamente connessa ai criteri costituzionali di imparzialità e buon andamento della funzione pubblica. Una volta affermata la sussistenza di un potere dell'Amministrazione aggiudicatrice di procedere alla revoca in autotutela dell'appalto anche dopo l'aggiudicazione definitiva, la verifica in concreto della legittimità dell'atto di ritiro passa attraverso un attento scrutinio della motivazione del provvedimento, attraverso l'analisi delle ragioni giustificative del corretto esercizio della relativa pubblica potestà e la chiara indicazione di un preciso e concreto interesse pubblico.

Accertata la legittimità della revoca, ai sensi dell'art. 21 *quinquies* l. n. 241/1990, **le conseguenze di essa sono di carattere meramente indennitario**, secondo le regole poste dalla norma citata e nei limiti del solo danno emergente; in particolare, l'indennizzo per atto legittimo deve essere commisurato al solo danno emergente, venendo in evidenza i costi sostenuti fino al momento della revoca, sostanzialmente per la partecipazione alla gara; peraltro, trattandosi di indennizzo, l'importo non deve coincidere con l'effettivo esborso sopportato, ma può essere equitativamente liquidato.

TAR CAMPANIA, SALERNO, SEZ. I – sentenza 5 marzo 2018, n. 356

Sull'inderogabilità dell'art. 77 del d.lgs n. 50/2016

Non rileva l'eccezione della controinteressata secondo la quale l'appalto in esame rientrerebbe tra quelli di cui all'Allegato IX del d.lgs. n. 50/2016, disciplinati dagli artt. 140-144 dello stesso codice dei contratti pubblici, ai quali si applicano le sole disposizioni espressamente richiamate dall'art. 142, co. 5-sexies (artt. da 54 a 58 e da 60 a 65; artt. 68, 69, 75, 79, 80, 83 e 95, d.lgs. n. 50/2016); dunque non le previsioni relative alla composizione della Commissione giudicatrice di cui all'invocato art. 77.

L'obbligo per l'Amministrazione appaltante di garantire, in capo ai componenti della Commissione, l'assoluta terzietà e la totale mancanza di pregiudizio rispetto agli operatori economici che competono per l'aggiudicazione costituisce declinazione del più generale principio di imparzialità che deve connotare l'azione amministrativa (anche) in materia di scelta del contraente.

Infatti, l'art. 4, d.lgs. n. 50/2016, sancisce che l'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del codice, avviene - comunque - «nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica».

TAR MOLISE, SEZ. I – sentenza 6 marzo 2018 n. 122

Sull'inapplicabilità del regime delle incompatibilità prima dell'istituzione dell'Albo

La disciplina sull'incompatibilità tra il ruolo di Presidente di gara e quello di componente il Gruppo di Progettazione dei lavori messi in gara, prevista dall'art. 77, comma 4 del d. lgs. n. 50/2016, non può essere applicata nel caso in cui, al momento della pubblicazione del bando di gara, non era ancora stato istituito l'Albo nazionale dei Commissari di gara, di cui all'art. 78 del D.Lgs. n. 50/2016, ai sensi della disciplina transitoria di cui all'art. 216, comma 12, del nuovo codice dei contratti; in tal caso infatti trovava ancora applicazione l'art. 84, comma 4, del previgente d.lgs. n. 163/2006, che escludeva espressamente da tale regime di incompatibilità il Presidente della commissione.

Non può ritenersi illegittima la composizione della commissione di gara nel caso in cui di essa faccia parte un componente che in precedenza aveva fatto parte del Gruppo di Progettazione dei lavori messi in gara, ove risulti che il medesimo componente abbia svolto in detto Gruppo un ruolo del tutto marginale nella fase di progettazione dell'opera oggetto dell'appalto e non abbia ricoperto alcun incarico tecnico o amministrativo nello staff incaricato della progettazione, essendo soltanto stato inserito tra i "collaboratori" con il compito di curare i rapporti e le schede di monitoraggio con la Regione ente finanziatore; invero, per configurare una situazione di incompatibilità non è sufficiente un qualsiasi apporto al procedimento di redazione del progetto, necessitando, piuttosto, una effettiva e concreta capacità di definirne autonomamente il contenuto.

Sulla verifica dell'esperienza del Commissario di gara

La qualifica di esperto che debbono possedere i componenti delle commissioni di gara ben può, in via presuntiva, desumersi, pur mancando il diploma di laurea, dai numerosi incarichi svolti, indicativi di una esperienza tecnica acquisita sul campo, nel concreto svolgimento dell'attività professionale.

TAR LAZIO – ROMA, SEZ. II BIS – sentenza 6 marzo 2018 n. 2555

Sulla tassatività delle cause di esclusione

Con il principio di tassatività delle cause di esclusione il legislatore ha ridotto la discrezionalità della stazione appaltante nella c.d. (auto)regolamentazione del soccorso istruttorio, atteso che essa non ha più il potere di inserire nel bando, al di fuori della legge, la previsione che un determinato adempimento sostanziale, formale o documentale, sia richiesto a pena di esclusione. In quest'ottica è stata eliminata in radice la possibilità per l'Amministrazione di prescindere dall'onere di una preventiva interlocuzione e di escludere il concorrente sulla base della riscontrata carenza documentale, indipendentemente da ogni verifica sulla valenza «sostanziale» della forma documentale risultata carente.

Sulla carenza (non invalidante) del timbro di congiunzione tra le pagine dell'offerta

Non può essere disposta l'esclusione di una ditta nel caso in cui l'offerta presentata sia priva del timbro di congiunzione tra le varie pagine di cui essa si compone, atteso che l'apposizione del suddetto timbro non risulta prescritta come essenziale dal codice dei contratti, o dal regolamento o da altre disposizioni vigenti e la sua mancanza non appare idonea a determinare incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, o dubbi sulla non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o, ancora, pregiudizio al principio di segretezza delle offerte, cosicché un'esclusione da parte dell'Amministrazione per tale circostanza sarebbe certamente illegittima, in quanto contraria al principio di tassatività delle cause di esclusione.

TAR LAZIO - LATINA, SEZ. I – sentenza 6 marzo 2018, n. 105

Sull'inapplicabilità del principio di rotazione in caso di affidamenti aventi ad oggetto i servizi di assistenza specialistica

La ricorrente invoca un principio di rotazione, che assume enucleabile dalle linee guida dell'Autorità nazionale anticorruzione, di cui alla delibera n. 1097 del 26.10.2016 e da orientamenti giurisprudenziali i quali ritengono che l'invito in gara all'affidatario del servizio uscente debba essere

eccezionale e comunque motivato sulla necessità specifica. La cooperativa Stile Libero ha svolto il servizio nell'anno scolastico 2016/2017 e per questa circostanza secondo la ricorrente non avrebbe dovuto essere invitata alla gara, che si è svolta secondo il sistema della procedura negoziata.

Nel piano d'interventi, per l'anno scolastico 2017/2018, finalizzati all'integrazione e inclusione scolastica e formativa degli allievi con disabilità l'avviso pubblico per la presentazione delle proposte progettuali approvato dalla Regione Lazio con D.D. del 23.6.2017 stabilisce che "nella scelta del personale specialistico qualificato le istituzioni scolastiche cercheranno di favorire, ove necessario, la continuità del personale che ha avviato nei precedenti anni scolastici percorsi positivi ed efficaci". Un indirizzo che per il tipo di servizio richiesto giustifica con validi argomenti la scelta di chiamare in gara anche i gestori del servizio di assistenza nel precedente anno scolastico, qualora non siano emerse negatività della gestione.

TAR TOSCANA, SEZ. I – sentenza 8 marzo 2018 n. 356

Sull'illegittimità della previsione di una sede nel territorio comunale

E' illegittima, per violazione dei principii di tassatività delle cause di esclusione e di libera concorrenza, la clausola di un bando di gara per l'affidamento del servizio di manutenzione degli automezzi che, facendo generico riferimento a ragioni di economicità del servizio, consente la partecipazione alla gara **alle sole ditte aventi sede in determinate zone del territorio comunale e, in ogni caso, ad una distanza non superiore a mt. 500 dai confini del territorio comunale**; tale clausola, infatti, ha l'effetto di incidere sulla par condicio della procedura, consentendo la partecipazione solo a imprese che risultino avere una sede entro un ristrettissimo perimetro, con l'effetto di favorire determinati operatori a discapito di altri, senza che detto discrimine appaia giustificato o proporzionato in relazione ad un qualche interesse della P.A. ritenuto prevalente.

Sull'illegittimità del criterio del prezzo più bassi per servizi di manutenzione automezzi

E' illegittima una gara per l'appalto del servizio manutenzione degli automezzi nel caso in cui il bando preveda, senza alcuna motivazione, il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso; infatti, il ricorso a detto criterio deve ritenersi non compatibile con l'affidamento di un servizio di manutenzione del parco automezzi, il quale comporta una "manutenzione ordinaria e straordinaria", non risultando ammissibile ricondurre dette attività, in mancanza di precise giustificazioni, nell'alveo della nozione di "standardizzazione" e, ciò, ai fini dell'applicazione del criterio del massimo ribasso ai sensi dell'art. 95, commi 3 e 4, del D.lgs. n. 50/2016.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 8 marzo 2018 n. 1494

Sull'insindacabilità del giudizio di anomalia

1. Nelle gare pubbliche, il giudizio di verifica dell'anomalia dell'offerta ha natura globale e sintetica e deve risultare da un'analisi di carattere tecnico delle singole componenti di cui l'offerta si compone, al fine di valutare se l'anomalia delle diverse componenti si traduca in un'offerta complessivamente inaffidabile; detto giudizio costituisce espressione di un tipico potere tecnico-discrezionale riservato alla Pubblica amministrazione ed insindacabile in sede giurisdizionale, salvo che nelle ipotesi di manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza dell'operato della Commissione di gara, che rendano palese l'inattendibilità complessiva dell'offerta.

2. Il giudice amministrativo può sindacare le valutazioni della P.A. espresse in sede di verifica delle offerte anomale sotto il profilo della logicità, ragionevolezza ed adeguatezza dell'istruttoria, senza poter tuttavia procedere ad alcuna autonoma verifica della congruità dell'offerta e delle singole voci, ciò rappresentando un'inammissibile invasione della sfera propria della P.A.; anche l'esame delle giustificazioni prodotte dai concorrenti, a dimostrazione della non anomalia della propria offerta, rientra nella discrezionalità tecnica della P.A., con la conseguenza che soltanto in caso di macroscopiche illegittimità, quali gravi ed evidenti errori di valutazione oppure valutazioni abnormi o inficiate da errori di fatto, il giudice di legittimità può esercitare il proprio sindacato, ferma restando l'impossibilità di sostituire il proprio giudizio a quello della P.A..

CORTE DI CASSAZIONE, SEZ. UNITE CIVILI – ordinanza 9 marzo 2018 n. 5788

Sul riparto di giurisdizione in tema di appalti pubblici

1. In tema di appalti pubblici, l'annullamento in autotutela di un atto amministrativo prodromico alla stipulazione del contratto ha natura autoritativa e discrezionale, sicché il relativo vaglio di legittimità spetta al giudice amministrativo, mentre sussiste la giurisdizione del giudice ordinario quando la domanda attenga alla fase esecutiva del rapporto contrattuale (nella specie, risoluzione per inadempimento) o quando la P.A., dietro lo schermo dell'annullamento in autotutela, intervenga direttamente sul contratto per vizi suoi propri.

2. Rientra nella giurisdizione dell'A.G.O. l'azione di risarcimento dei danni proposta dall'impresa appaltatrice nei confronti della P.A. allorché la pretesa oggetto del contendere riguardi le modalità di adempimento del contratto concluso tra le parti, a seguito di aggiudicazione della relativa procedura, e sia stato lamentato il grave inadempimento della P.A. rispetto agli obblighi contrattualmente assunti, nonché la violazione degli obblighi di correttezza e buona fede. In tal caso, infatti, la vicenda relativa all'aggiudicazione dell'appalto costituisce solo un antecedente logico che rimane sullo sfondo, perché la pretesa è incentrata sul presunto inadempimento contrattuale, senza che venga in considerazione in alcun modo l'esercizio, da parte della P.A. convenuta, di un potere autoritativo pubblico o di scelte discrezionali il cui controllo è demandato alla giurisdizione del giudice amministrativo.

MINISTERO DELLE INFRASTRUTTURE E DEI TRASPORTI – DECRETO 16 gennaio 2018, n. 14 (**in G.U. n. 57 del 9 marzo 2018; in vigore dal 24 marzo 2018**) – Regolamento recante procedure e schemi-tipo per la redazione e la pubblicazione del **programma triennale dei lavori pubblici**, del **programma biennale per l'acquisizione di forniture e servizi** e dei relativi elenchi annuali e aggiornamenti annuali.

TAR SICILIA – CATANIA, SEZ. III – sentenza 9 marzo 2018 n. 505

Sull'obbligo (non sanabile) di indicare gli oneri di sicurezza aziendali e i costi della manodopera

1. Nel caso in cui nella lettera di invito sia presente una clausola che impone l'indicazione separata dei costi della manodopera e dei costi aziendali della sicurezza di cui all'art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50/2016, va esclusa dalla gara una ditta che non abbia indicato nella propria offerta detti oneri, **a nulla rilevando la circostanza che il modello su cui compilare l'offerta economica non recasse tale specifica indicazione.**

2. La disposizione di cui all'art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50/2016, la quale prevede espressamente che nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizione in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, costituisce **norma imperativa di legge, non derogabile dal bando**, che si inserisce direttamente nell'atto unilaterale amministrativo anche in presenza di clausole contrastanti difformi (in applicazione degli artt. 1339 e 1419 c.c., pacificamente applicabili all'atto amministrativo ex art. 1324 c.c.); la eventuale omissione dell'indicazione dei detti costi ed oneri non può essere sanata mediante l'istituto del "soccorso istruttorio", tenuto conto che in tal caso i dati omessi costituiscono requisiti essenziali dell'offerta economica, per i quali il soccorso istruttorio è espressamente escluso dall'art. 83, comma 9, del codice dei contratti pubblici.

TAR VENETO, SEZ. III – sentenza 9 marzo 2018 n. 275

Sui servizi di trasporto infermieristico

La disciplina comunitaria – e, conseguentemente, quella nazionale – ha introdotto, dunque, la distinzione tra servizio di soccorso sanitario in emergenza da attuarsi mediante ambulanza (consistente nel trasporto e nell'attività di prima cura del paziente che versa in una situazione emergenziale), eccezionalmente sottratto alla regola della gara qualora fornito da organizzazioni senza scopo di lucro (tra le quali rientrano le IPAB), e servizio di solo trasporto in ambulanza (consistente nel trasporto ordinario di pazienti privo della connotazione dell'urgenza) che, invece, è soggetto alle procedure ad evidenza pubblica (artt. 142 e ss. del codice dei contratti "regime alleggerito").

Ai sensi dell'art. 37, III comma del DLgs n. 50/2016 "le stazioni appaltanti non in possesso della necessaria qualificazione di cui all'articolo 38 procedono all'acquisizione di forniture, servizi e lavori ricorrendo a una centrale di committenza ovvero mediante aggregazione con una o più stazioni appaltanti aventi la necessaria qualifica".

Sulla qualificazione delle stazioni appaltanti e sull'iscrizione nell'AUSA

L'art. 38, I comma dispone, a sua volta, che "fermo restando quanto stabilito dall'articolo 37 in materia di aggregazione e centralizzazione degli appalti, è istituito presso l'ANAC, che ne assicura la pubblicità, un apposito elenco delle stazioni appaltanti qualificate di cui fanno parte anche le centrali di committenza". Il secondo comma, poi, precisa che "con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, da adottarsi, su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti e del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro per la semplificazione della pubblica amministrazione, entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente codice, sentite l'ANAC e la Conferenza Unificata, sono definiti i requisiti tecnico organizzativi per l'iscrizione all'elenco di cui al comma 1" (tale DPCM non risulta ancora emanato).

L'art. 216, X comma, del medesimo testo normativo prevede, infine, che "fino alla data di entrata in vigore del sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti di cui all'art. 38, **i requisiti di qualificazione sono soddisfatti mediante l'iscrizione all'anagrafe** di cui all'articolo 33-ter del DL 18.10.2012 n. 179....", alla stregua del quale "è istituita presso l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture l'Anagrafe unica delle stazioni appaltanti", a cui, appunto, le stazioni appaltanti hanno l'obbligo di richiedere l'iscrizione.

Non essendo l'ASL n. 6 qualificata come stazione appaltante, non poteva spendere all'esterno la propria capacità di autoorganizzazione indicando gare, in quanto priva della relativa capacità di agire: la **delibera di indizione della gara** è pertanto **nulla** ai sensi dell'art. 21-septies ("è nullo il provvedimento amministrativo....che è viziato da difetto assoluto di attribuzione...."),

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 13 marzo 2018 n. 1609

Sull'ammissibilità del prezzo più basso anche per appalti ad alta intensità di manodopera

Il “minor prezzo” resta circoscritto alle procedure per l'affidamento di forniture o di servizi che sono, per loro natura, strettamente vincolate a precisi ed inderogabili standard tecnici o contrattuali, e per le quali non vi è alcuna reale necessità di far luogo all'acquisizione di offerte differenziate. In tali casi può prescindersi da una peculiare e comparativa valutazione della qualità dell'esecuzione, in quanto questa viene fissata inderogabilmente a priori dal committente nell'allegato tecnico.

Per i contratti con caratteristiche standardizzate non vi è alcuna ragione né utilità di far luogo ad un'autonoma valutazione e valorizzazione degli elementi non meramente economici delle offerte, perché queste, proprio perché strettamente assoggettati allo standard, devono assolutamente coincidere tra le varie imprese.

TAR LAZIO – LATINA, SEZ. I – sentenza 16 marzo 2018 n. 122

Sull'irrelevanza di una risoluzione oggetto di contestazione in sede giudiziaria

1. L'esclusione dalla gara ai sensi dell'art. 80, comma 5, lettera c) del d.lgs. n. 50/2016 deve essere disposta quando chiara è la rilevanza delle situazioni accertate. Tale disposizione infatti persegue come finalità quella di assicurare che l'appalto sia affidato a soggetti che offrano garanzia di integrità e affidabilità e quindi, per addivenire all'esclusione, occorre che il comportamento illecito attribuito all'operatore economico sia concretamente valutabile come ostativo alla considerazione positiva circa l'affidabilità dell'operatore medesimo.

2. E' illegittima l'esclusione da una gara di appalto disposta ai sensi dell'art. 80, comma 5, lettera c) del d.lgs. n. 50/2016 motivata con esclusivo riferimento ad asserite carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che ne hanno causato la risoluzione anticipata contestata in giudizio; invero, la predetta situazione di risoluzione contrattuale anticipata, proprio in quanto contestata in giudizio, senza che sia intervenuta conferma all'esito del giudizio, non può ritenersi da sé idonea a giustificare l'esclusione ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. n. 50/2016.

TAR LAZIO – ROMA, SEZ. III – sentenza 16 marzo 2018 n. 3002

Sulla suddivisione in lotti

L'art. 51 del d.lgs. n. 50 del 2016 (secondo cui “Nel rispetto della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici, sia nei settori ordinari che nei settori speciali, al fine di favorire l'accesso delle microimprese, piccole e medie imprese, le stazioni appaltanti suddividono gli appalti in lotti funzionali ...”) prevede una misura pro-concorrenziale, espressamente volta ad assicurare la maggiore partecipazione possibile alle gare di imprese di non grandi dimensioni. La suddivisione in lotti di un appalto pubblico costituisce una decisione normalmente ancorata, nei limiti previsti dall'ordinamento, a valutazioni di carattere tecnico-economico; la deroga a tale principio necessita, per espressa e specifica previsione normativa, di una motivazione rafforzata, che trova nell'atto indittivo della procedura la propria naturale *sedes materiae*.

TAR LAZIO – ROMA, SEZ. III QUATER – sentenza 19 marzo 2018 n. 3081

Sulla tassatività delle ipotesi di esclusione (derogabilità del costo del lavoro di cui al CCNL)

E' legittimo l'operato della commissione di gara la quale, in sede di verifica delle offerte anomale, ha disapplicato – ritenendola nulla – una clausola del disciplinare di gara la quale prevedeva testualmente che: «Saranno considerate inammissibili, ai sensi dell'art. 97, comma 6 D.Lgs. 50/2016 e pertanto automaticamente escluse, le offerte nelle quali il costo medio orario del lavoro risulti inferiore al costo stabilito dal CCNL ...». Infatti, la previsione dell'esclusione dalla gara del concorrente che avesse offerto un «costo medio orario del lavoro» inferiore a quello previsto nei contratti collettivi di riferimento e quindi alle tabelle ministeriali di riferimento allegate al d.m. 2 agosto 2010, contenuta nel disciplinare della gara, integra un'ipotesi di prescrizione della lex specialis «a pena di esclusione» ulteriore rispetto a quelle tassativamente previste dal codice dei lavori pubblici, in quanto tale sanzionata di nullità rilevabile d'ufficio dal giudice ai sensi degli artt. 83, comma 8, ultimo periodo, d.lgs. n. 50/2016 e 31, comma 4, secondo periodo, c.p.a.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 20 marzo 2018 n. 1765

Sulla decorrenza dei termini di impugnazione

Come la dottrina ha avuto modo di precisare, il predetto art. 120, comma 2 bis, c.p.a.: -- è derogatorio dei principi tradizionali e prevede un meccanismo oneroso per i potenziali ricorrenti, per cui deve ritenersi di stretta interpretazione; -- è una previsione di carattere speciale, e come tale prevalente su ogni altra previsione o applicazione di tipo giurisprudenziale; --è diretto ad assicurare la celerità del procedimento di gara ed ad assicurare l'effettività della tutela, in quanto pone un termine certo ed uguale per tutti gli atti di impugnazione delle ammissioni e delle esclusioni.

Ciò premesso, ricordato che storicamente, l'irricevibilità del gravame per tardività è stata posta dall'ordinamento a tutela della certezza dei rapporti giuridici, per sanzionare processualmente i comportamenti obiettivamente negligenti, e comunque dilatori, delle parti, deve osservarsi che la mancata pubblicazione delle ammissioni sul profilo del committente della Stazione Appaltante prescritta dall'art. 29, comma 1, Codice dei contratti pubblici non può risolversi in un indebito favore alle amministrazioni inadempienti ed in un ingiusto svantaggio per i potenziali ricorrenti.

Laddove detta forma di pubblicità non abbia avuto corso, deve dunque ritenersi che la presenza di un delegato di un concorrente alla seduta di gara in cui si sono deliberate le ammissioni non è, di per sé, idonea alla decorrenza del termine decadenziale nei riguardi dell'impresa interessata.

Sull'ammissibilità di valutazioni divergenti da parte dei singoli commissari di gara

La divergenza delle valutazioni dei singoli commissari in ordine alle singole voci dell'offerta tecnica è immanente alla dialettica propria di un organo collegiale chiamato a scrutinare le offerte di una gara d'appalto ed è espressione delle preferenze soggettive dei commissari (cfr. Consiglio di Stato sez. VI 10 giugno 2013 n. 3203). Pertanto, il medesimo elemento può legittimamente essere remunerato con un punteggio elevato da parte di alcuni componenti e con retribuzione più bassa da parte di altri in conseguenza del ritenuto maggiore o minore pregio tecnico - qualitativo della proposta sulla base di elementi di preferenza, necessariamente soggettivi e opinabili, circa le soluzioni offerte. Anzi, tali **differenze di attribuzione dei punteggi sono fisiologiche e costituiscono un'indiretta**

testimonianza di autonomia di giudizio del singolo componente della commissione. In ogni caso, gli apprezzamenti dei singoli commissari sono destinati ad essere assorbiti nella decisione collegiale finale, costituente momento di sintesi della comparazione e composizione dei giudizi individuali.

Sulla competenza dei Commissari di gara

Per giurisprudenza del tutto consolidata **la competenza tecnica della commissione di gara deve essere riferita alla commissione nel suo complesso**, e non è necessario che l'esperienza professionale di ciascun componente copra tutti i possibili ambiti oggetto di gara.

Sull'insindacabilità del giudizio della Commissione di gara

Nelle gare di appalto, le valutazioni, i giudizi espressi e l'attribuzione di un punteggio numerico all'offerta della commissione giudicatrice in sede di applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, sono esplicitazione di un'attività di merito riservata alla sfera tecnica altamente discrezionale dell'amministrazione, in quanto tale insindacabile in sede giurisdizionale, fatta salva la presenza di macroscopici errori di fatto ovvero di illogicità ed irragionevolezza manifesta. Al riguardo, deve perciò escludersi che, di norma, il giudice possa far luogo ad un proprio ed autonomo giudizio finalizzato ad una diversa valutazione del progetto presentato. Per poter desumere che la commissione sia effettivamente incorsa in macroscopici vizi logici e di irragionevolezza deve infatti sussistere un evidente contrasto su specifiche circostanze emergenti sulla base di elementi di fatto non opinabili (cfr. Consiglio di Stato sez. III 14 novembre 2017 n. 5258).

TAR LAZIO – ROMA, SEZ. I QUATER – sentenza 21 marzo 2018 n. 3177

Sulla non sanabilità del mancato versamento del contributo ANAC

Determina esclusione dalla gara e non è suscettibile di soccorso istruttorio il mancato versamento del contributo ANAC, atteso che l'istituto della regolarizzazione non è utilizzabile per sopperire alla mancanza di dichiarazioni o documenti essenziali ai fini dell'ammissione alla gara.

TAR VENETO, SEZ. I – sentenza 21 marzo 2018 n. 320

Sul principio di rotazione

1. E' illegittima l'aggiudicazione di una gara di appalto c.d. "sotto soglia", ove sia stato violato il principio di rotazione per il fatto che è stato invitato, senza alcuna specifica motivazione, alla partecipazione alla gara l'operatore economico che nell'anno precedente era risultato affidatario dello stesso servizio oggetto della gara (il quale avrebbe dovuto "saltare il primo affidamento successivo" in ragione della posizione di vantaggio acquisita rispetto agli altri concorrenti).

Sull'illegittima valutazione del requisito della territorialità

2. E' illegittima l'aggiudicazione di una gara di appalto ove, per effetto di quanto previsto dalla *lex specialis*, si sia realizzata una illegittima restrizione della platea dei concorrenti mediante l'utilizzo di punteggi che privilegiano ingiustificatamente le imprese locali (nella specie mediante l'attribuzione all'offerta tecnica del punteggio massimo di 50 punti in ragione del "radicamento costante della Cooperativa sociale di tipo B nel territorio dell'ULSS n. 9" nonché, un punteggio massimo di 10 agli

“elementi in grado di testimoniare l’organico radicamento territoriale del progetto stesso attraverso l’impiego di personale proveniente dal territorio con grado di preferenza nel seguente ordine Garda (preferenziale), territorio ex ULSS n. 22 e territorio ULSS n. 9”): infatti, la combinazione dei due elementi appena evidenziati realizza senz’altro un’illegittima rendita anticoncorrenziale di posizione, in contrasto con i principi di libera concorrenza e di non discriminazione, nonché in violazione degli artt. 4, 30 e 36 del d.lgs. 50/2016.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 21 marzo 2018 n. 1810

Sulla necessità della dichiarazione di impegno ad opera dell’ausiliaria

La dichiarazione formulata dall’ausiliaria all’amministrazione appaltante ai sensi dell’art. 49 del D.Lgs. n. 163 del 2006 costituisce atto diverso per natura, contenuto e finalità, rispetto al contratto di avvalimento, atteso che la dichiarazione costituisce un atto di assunzione unilaterale delle obbligazione precipuamente nei confronti della stazione appaltante, mentre il contratto di avvalimento costituisce l’atto bilaterale di costituzione di un rapporto giuridico patrimoniale tra l’impresa partecipante alla gara e l’impresa ausiliaria: non essendo nemmeno sovrapponibili i relativi contenuti, non può postularsi che è dal loro combinato-disposto che può ricavarsi l’effettivo contenuto del contratto di avvalimento.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 23 marzo 2018 n. 1853

Sulla regolarità contributiva e sulla distinzione tra Durc interno e Durc esterno

1. Il requisito della regolarità contributiva deve sussistere fin dalla presentazione dell’offerta e permanere per tutta la durata della procedura di aggiudicazione e del rapporto con la stazione appaltante, restando irrilevanti eventuali adempimenti tardivi dell’obbligazione contributiva.

2. Dopo l’entrata in vigore dell’art. 31, comma 8, del D.L. 21 giugno 2013, n. 69 (Disposizioni urgenti per il rilancio dell’economia), convertito con modificazioni dalla L. 9 agosto 2013, n. 98, non sono consentite regolarizzazioni postume delle posizioni previdenziali, perché l’impresa dev’essere in regola con l’assolvimento degli obblighi previdenziali e 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; sicché rimane irrilevante l’eventuale adempimento tardivo dell’obbligazione contributiva, posto che l’invito alla regolarizzazione (il c.d. preavviso di DURC negativo), già previsto dall’art. 7, comma 3, del D.M. 24 ottobre 2007 e ora recepito dall’art. 31 predetto, opera 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 resa ai sensi dell’art. 38, comma 1, lett. i), del Codice dei contratti pubblici ai fini della partecipazione alla gara d’appalto.

Sulla gravità della irregolarità contributiva

3. Ai fini della sussistenza del requisito della regolarità contributiva, non sono da considerare gravi, ai sensi dell’art. 3, 3° comma, del D.M. 30 gennaio 2015, i casi nei quali l’omissione risulti pari o inferiore ad Euro 150,00 comprensivi di eventuali accessori di legge.

Sulla doverosità dell’escussione della cauzione provvisoria

4. Dall'esclusione di una impresa da una gara di appalto consegue automaticamente l'escussione della cauzione provvisoria, senza che all'uopo possano rilevare gli stati soggettivi del concorrente in ordine alle circostanze che hanno determinato il provvedimento espulsivo, ricollegandosi la detta escussione soltanto alla mancata prova del possesso dei requisiti di partecipazione dichiarati con la presentazione dell'offerta e al conseguente provvedimento di esclusione.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 23 marzo 2018 n. 1843

Sulla decorrenza del termine di impugnazione

1. Per i giudizi in materia di gare di appalto, l'onere di immediata impugnazione dell'altrui ammissione alla procedura di gara senza attendere l'aggiudicazione, previsto dall'art. 120, comma 2 bis, c.p.a., è subordinato alla pubblicazione degli atti della procedura di gara.

2. L'art. 120, comma 2 bis, del c.p.a. non implica l'assoluta inapplicabilità del generale principio sancito dagli artt. 41, comma 2 e 120, comma 5, ultima parte, del c.p.a., per cui, in difetto della formale comunicazione dell'atto – o in mancanza di pubblicazione dell'atto di ammissione sulla piattaforma telematica della stazione appaltante – il termine decorre, comunque, dal momento dell'intervenuta piena conoscenza del provvedimento da impugnare, ma ciò a patto che l'interessato sia in grado di percepire i profili che ne rendano evidente la lesività per la propria sfera giuridica in rapporto al tipo di rimedio apprestato dall'ordinamento processuale.

AUTORITA' NAZIONALE ANTICORRUZIONE – DELIBERA 21 febbraio 2018 (in G.U. n. 69 del 23 marzo 2018) – Aggiornamento al decreto legislativo n. 56/2017 delle Linee guida n. 1, di attuazione del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, recanti: «**Indirizzi generali sull'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria**». (Delibera n. 138/2018). (18A01989)

AUTORITÀ NAZIONALE ANTICORRUZIONE – DELIBERA 1 marzo 2018 (in G.U. n. 69 del **23 marzo 2018**) – Aggiornamento al decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56 delle Linee guida n. 4, di attuazione del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 recanti: «**Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici**». (Delibera n. 206/2018). (18A01990)

TAR VENETO, SEZ. III – sentenza 26 marzo 2018 n. 348

Sull'impugnabilità del bando di gara

1. Nel campo degli appalti pubblici, di regola i bandi, i disciplinari, i capitoli speciali di gara e le relative lettere di invito vanno impugnati unitamente agli atti che di essi fanno applicazione, in quanto solo in tale secondo momento diventa attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva dell'interessato: è invece necessario procedere all'impugnativa immediata degli atti di indizione della gara quando le clausole impediscano la partecipazione alla procedura selettiva di un potenziale concorrente ovvero quando si afferma che impediscano una corretta e consapevole elaborazione della proposta economica, tale da rendere impossibile quel calcolo di convenienza economica che ogni

impresa deve essere in condizione di poter effettuare all'atto di valutare se partecipare o meno a una gara pubblica.

Sull'indicazione del fatturato nelle concessioni

2. L'art. 167, 1° comma, del D.Lgs. n. 50/2016, nell'imporre all'Amministrazione di indicare il valore presunto dell'affidamento (la cui mancanza può effettivamente rendere difficoltosa la partecipazione alla gara delle imprese interessate), va interpretato nel senso che, qualora l'Amministrazione non sia in grado di ottemperare alla predetta prescrizione per motivi oggettivi (perché, per esempio, il servizio viene affidato per la prima volta, oppure perché – siamo in presenza di una concessione, non di un appalto di servizi – il concessionario uscente non ha voluto fornire il relativo dato), la P.A. stessa è comunque tenuta a fornire gli elementi conosciuti in grado di consentire ai concorrenti di formulare un'offerta seria (e cioè, per esempio, le indicazioni circa il potenziale bacino di utenza del servizio da affidare, i costi ed i benefici correlati al servizio stesso, la base d'asta riferibile ai corrispettivi pagati dai precedenti gestori, etc.).

Sul giudizio conclusivo del subprocedimento di verifica dell'anomalia

3. Il giudizio, che conclude il sub-procedimento di verifica delle offerte anomale ha natura globale e sintetica sulla serietà o meno dell'offerta nel suo insieme e, conseguentemente, la relativa motivazione deve essere rigorosa in caso di esito negativo; al contrario, la positiva valutazione di congruità della presunta offerta anomala è sufficientemente espressa anche con eventuale motivazione per relationem alle giustificazioni rese dall'impresa offerente.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 26 marzo 2018 n. 1882

Sulla natura del termine di stipula del contratto di appalto

Sebbene il codice dei contratti indichi il termine di sessanta giorni dal momento in cui diviene definitiva l'aggiudicazione per la stipula del contratto, tale termine non ha natura perentoria, né alla sua inosservanza può farsi risalire ex se un'ipotesi di responsabilità precontrattuale ex lege della P.A., se non in costanza di tutti gli elementi necessari per la sua configurabilità; infatti, le conseguenze che derivano in via diretta dall'inutile decorso del detto termine sono: da un lato, la facoltà dell'aggiudicatario, mediante atto notificato alla stazione appaltante, di sciogliersi da ogni vincolo o recedere dal contratto; dall'altro, il diritto al rimborso delle spese contrattuali documentate, senza alcun indennizzo.

TAR LOMBARDIA – BRESCIA, SEZ. II – sentenza 26 marzo 2018 n. 354

Sul principio di rotazione e sull'obbligo di motivazione per invitare l'uscente

1. Il principio di rotazione delle imprese può ritenersi essere precipitato ed espressione di quello di non discriminazione; tale principio non pare, dunque, poter trovare deroga per la particolarità della procedura finalizzata a selezionare una cooperativa sociale che svolge attività di cui all'art. 1, comma 1, lett. B) della legge n. 381/1991 e s.m.i., per la stipula di una convenzione strumentale ad una prestazione di servizi, che produca anche l'effetto di favorire soggetti svantaggiati.

2. Il principio di “rotazione” degli operatori economici da invitare nelle procedure negoziate svolte in base all’art. 36 del d.lgs. n. 50/2016 trova fondamento nella esigenza di evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente (la cui posizione di vantaggio deriva soprattutto dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento), soprattutto nei mercati in cui il numero di agenti economici attivi non sia elevato.

3. Poiché il principio di rotazione è stato affermato allo scopo di evitare posizioni di privilegio in capo al gestore uscente, se esso dovesse essere inteso nel senso che quest’ultimo possa sempre e comunque essere invitato, la previsione non avrebbe alcun senso; deve piuttosto ritenersi che il predetto principio ammetta l’invito anche del gestore uscente, purché ciò trovi motivazione nella presenza di particolari condizioni che debbono essere esplicitate nel provvedimento che individua le ditte da invitare.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 27 marzo 2018 n. 1902

Sul rito super-accelerato

1. L’onere di immediata impugnativa dell’altrui ammissione alla procedura di gara senza attendere l’aggiudicazione, prevista dal comma 2-bis dell’art. 120 c.p.a., è ragionevolmente subordinato alla pubblicazione degli atti della procedura, perché diversamente l’impresa sarebbe costretta a proporre un ricorso “al buio”. Va ribadito, infatti, che in questa specifica materia, l’applicabilità del principio della piena conoscenza ai fini della decorrenza del termine di impugnazione, presuppone un particolare rigore nell’accertamento della sussistenza di tale requisito.

2. Non può ritenersi sufficiente a far decorrere l’onere di impugnare il provvedimento di ammissione alla gara la mera presenza di un rappresentante della ditta alla seduta in cui viene decretata l’ammissione, in mancanza della specifica prova sulla percezione immediata ed effettiva di tutte le irregolarità che, ove sussistenti, possano aver inficiato le relative determinazioni.

Sul requisito dell’iscrizione camerale

3. Nel caso in cui per la partecipazione alla gara occorra il certificato di iscrizione alla Camera di commercio, ciò che rileva ai fini della partecipazione alla gara è l’attività specifica svolta dall’impresa, in quanto l’indicazione tra i requisiti di partecipazione di una specifica attività è finalizzata a selezionare imprese che abbiano esperienza nel settore interessato: in caso contrario, sarebbe richiesta la mera iscrizione alla CCIAA e non l’iscrizione per una determinata attività. Rileva, inoltre, la sola attività prevalente, in concreto espletata e documentata dall’iscrizione presso la Camera di Commercio, tanto più che le attività connesse alle quali ha fatto riferimento la società Medical Center hanno rilevanza marginale.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 28 marzo 2018 n. 1935

Sul requisito dell’osservanza delle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro

1. L’art. 80, comma 5, lett. a) del d.lgs. n. 50 del 2016 – nel richiedere che ciascuna gara sia preceduta dalla verifica dell’osservanza delle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro da parte delle imprese concorrenti – riserva il compito del vaglio alle stazioni appaltanti e non lo lascia all’autovalutazione – evidentemente non priva di rischi di conflitto di interessi – delle concorrenti, 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.

2. Nelle procedure di affidamento di contratti pubblici, il requisito della gravità della violazione dell'osservanza delle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro può essere riconosciuto tutte le volte in cui la fattispecie delittuosa sia consistita nella lesione della salute dei dipendenti da parte dell'impresa, che non abbia apprestato tutti i mezzi e gli strumenti imposti dalla normativa volta a prevenire gli infortuni suoi luoghi di lavoro.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V, sentenza 28 marzo 2018, n. 1937

Sui presupposti per la derogabilità all'obbligo di adesione alla convenzione Consip

Fermo il carattere di principio del dovere di cui all'articolo 26, comma 3, l. n. 488/1999, nondimeno permane la facoltà per le amministrazioni (ivi comprese le amministrazioni statali centrali e periferiche) di attivare in concreto propri strumenti di negoziazione laddove tale opzione sia orientata a conseguire condizioni economiche più favorevoli rispetto a quelle fissate all'esito delle convenzioni quadro.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V, sentenza 3 aprile 2018, n. 2044

Sulla mancata suddivisione in lotti

Il principio della suddivisione in lotti di un appalto, previsto dall'art. 51, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, può essere derogato, seppur attraverso una decisione che deve essere adeguatamente motivata ed è espressione di scelta discrezionale, sindacabile soltanto nei limiti della ragionevolezza e proporzionalità, oltre che dell'adequatezza dell'istruttoria, in ordine alla decisione di frazionare o meno un appalto "di grosse dimensioni" in lotti.

Se è vero che l'art. 51, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 ha mantenuto il principio della suddivisione in lotti, al fine di favorire l'accesso delle microimprese, piccole e medie imprese alle gare pubbliche, già previsto dall'art. 2, comma 1-bis, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, tuttavia, nel nuovo regime, il principio non risulta posto in termini assoluti ed inderogabili, giacché il medesimo art. 51, comma 1, secondo periodo afferma che "le stazioni appaltanti motivano la mancata suddivisione dell'appalto in lotti nel bando di gara o nella lettera di invito o nella relazione unica di cui agli artt. 99 e 139".

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 3 aprile 2018 n. 2049

Sul requisito della regolarità fiscale

1. La regolarità fiscale delle imprese partecipanti ad appalti pubblici sussiste quando, alternativamente, a carico dell'impresa non risultino contestate violazioni tributarie mediante atti ormai definitivi per decorso del termine di impugnazione ovvero, in caso d'impugnazione, la relativa pronuncia giurisdizionale sia passata in giudicato; pertanto, nel caso in cui l'atto di accertamento sia divenuto definitivo per l'infruttuoso decorso del termine di impugnazione oppure per passaggio in giudicato

della sentenza, l'impresa che partecipi ad una procedura ad evidenza pubblica deve essere esclusa per il mancato rispetto del requisito della regolarità fiscale ex art. 80 d.lgs. n. 50 del 2016.

2. La proposizione da parte della ditta interessata di un giudizio avverso la cartella di pagamento (rectius: l'intimazione di Equitalia) introduce una lite attinente alla fase della riscossione, ma non pregiudica la sussistenza del debito tributario sottostante. Infatti i tributi per quali è stata accertata l'inadempienza derivano da atti non più soggetti a impugnazione e la cartella esattoriale può essere impugnata solo per vizi formali ad essa attinenti, ma non può più mettersi in discussione la debenza dei tributi ivi indicati perché sono iscritti a ruolo solo dopo la definitività degli stessi.

Sull'irrelevanza di un'istanza di rottamazione successiva alla scadenza del termine di partecipazione

3. La irregolarità fiscale sussiste anche nel caso in cui la ditta interessata, dopo la notifica della cartella di pagamento ma dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte, ha presentato all'Agenzia delle entrate una istanza di "rottamazione del ruolo" ex art. 6 d.l. n. 193 del 2016, con la quale si è impegnata a pagare il debito maturato nei confronti dell'Agenzia delle Entrate di cui alla cartella di pagamento in cinque rate. Al riguardo, l'art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016 stabilisce che la causa di esclusione per irregolarità fiscali non si applica "purché il pagamento o l'impegno siano stati formalizzati prima della scadenza del termine per la presentazione delle domande"; nel caso di specie, invece la predetta istanza è stata presentata oltre il termine di presentazione della domanda di partecipazione e a gara già conclusa, rendendola irrilevante ai fini della partecipazione alla gara.

4. Ai sensi dell'art. 80 d.lgs. n. 50 del 2016, «costituiscono gravi violazioni quelle che comportano un omesso pagamento di imposte e tasse superiore all'importo di cui all'articolo 48-bis, commi 1 e 2-bis del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602». L'art. 48-bis d.P.R. n. 602 del 1973 quantifica la gravità della sanzione in 10.000 euro, precisando altresì come il debito debba derivare «dalla notifica di una o più cartelle di pagamento per un ammontare complessivo pari almeno a tale importo». Va pertanto disposta l'esclusione di una ditta nel caso in cui l'importo delle cartelle di pagamento sia superiore al limite di euro 10.000,00 sopra richiamato.

TAR LOMBARDIA – BRESCIA, SEZ. II – sentenza 3 aprile 2018 n. 366

Sull'invarianza della soglia

Non può essere accolto un ricorso tendente ad ottenere l'annullamento in s.g. dell'aggiudicazione di una gara di appalto e il ricalcolo della soglia di anomalia delle offerte, nel caso in cui a fondamento dello stesso, la ditta ricorrente abbia posto le seguenti specifiche doglianze: a) l'omessa indicazione dei costi di manodopera da parte di numerosi concorrenti; b) l'obbligo di esclusione degli stessi dalla gara per tale omissione; c) la sussistenza, in capo alla P.A. appaltante, della necessità, a seguito della suddetta esclusione, del ricalcolo della soglia di anomalia, che determinerebbe la collocazione della ditta ricorrente come prima nella graduatoria delle offerte non anomale; in tal caso, infatti, l'impugnazione non può essere ritenuta meritevole di accoglimento, alla stregua del principio di invarianza della soglia di anomalia e/o del blocco della graduatoria ex art. 95, comma 5, d. lgs. n. 50 del 2016; e ciò sul rilievo che parte ricorrente, in contrasto con il principio affermato da tale norma, pretende, in forza di un accertamento giurisdizionale relativo ai concorrenti che avrebbero dovuto legittimamente partecipare alla gara ovvero esserne esclusi, di effettuare un ricalco della soglia di anomalia dopo che la fase di ammissione alla gara si è conclusa.

TAR CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. II – sentenza 3 aprile 2018 n. 2083

Sull'illegittimità della richiesta di un centro di cottura già alla data della partecipazione a gara

1. Nel caso di gara per l'affidamento del servizio di refezione scolastica, il possesso di un centro cottura si pone non come requisito di partecipazione bensì di esecuzione dell'appalto. Si tratta, infatti, di un elemento materialmente necessario per l'esecuzione del contratto di appalto del servizio di mensa scolastica, come tale legittimamente esigibile verso il concorrente aggiudicatario definitivo come "condizione" per la stipulazione del contratto, perché è in quel momento che si attualizza per l'Amministrazione l'interesse a che il contraente abbia a disposizione una struttura per assicurare il servizio; in caso contrario si avallerebbe un'impostazione ingiustificatamente restrittiva della concorrenza e irragionevole, perché si imporrebbe a tutti i concorrenti di procurarsi anticipatamente, e comunque prima dell'aggiudicazione definitiva, un centro di cottura.

2. E' illegittima una clausola del bando di una gara indetta per l'affidamento del servizio di refezione scolastica che richieda alle imprese partecipanti, come requisito di ammissione, la disponibilità di un centro di cottura ubicato nel territorio comunale, in quanto sproporzionata e distorsiva del principio di concorrenza tra imprese. In caso di appalto del servizio di refezione scolastica, infatti, il richiedere tout court l'effettiva disponibilità di un centro di cottura nel territorio comunale sin dalla data di presentazione della domanda, senza consentire all'impresa di organizzarsi all'esito della vittoriosa partecipazione, equivale a riservare la gara stessa alle sole imprese che già operano nel territorio, in palese violazione delle disposizioni comunitarie.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 3 aprile 2018 n. 2079

Sul principio di rotazione

1. Una procedura sotto soglia comunitaria con modalità negoziata, come prevista dall'art. 36, comma 2, lett. b), d.lgs. n. 50 del 2016, soggiace al rispetto del cd. principio di rotazione, che prevede l'obbligo per le stazioni appaltanti di non invitare il gestore uscente, nelle gare di lavori, servizi e forniture negli "appalti cd. "sotto soglia", al fine di evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente (la cui posizione di vantaggio deriva soprattutto dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento), soprattutto nei mercati in cui il numero di agenti economici attivi non è elevato; tale principio è volto a tutelare le esigenze della concorrenza in un settore, quello degli appalti "sotto soglia", nel quale è maggiore il rischio del consolidarsi, ancor più a livello locale, di posizioni di rendita anticoncorrenziale da parte di singoli operatori del settore risultati in precedenza aggiudicatari della fornitura o del servizio;

2. È **illegittima** una procedura negoziata "sotto soglia" indetta da un Comune alla quale **abbia partecipato il gestore uscente**; in tal caso infatti il Comune stesso, in applicazione del principio di rotazione, avrebbe dovuto escludere dal proseguimento della gara il gestore uscente, ovvero, in alternativa, invitarlo, motivando puntualmente le ragioni per le quali ha ritenuto di non poter prescindere dall'invito, motivazione che in nessun modo è rintracciabile nel caso di specie.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 4 aprile 2018 n. 2102

Sull'avvalimento di garanzia

1. Ai fini dell'avvalimento dei requisiti di capacità economica e finanziaria, ed in particolare del fatturato globale o specifico, **non è richiesta l'indicazione dei mezzi e delle risorse aziendali** messe a disposizione dall'ausiliaria per l'esecuzione dell'appalto, perché l'impegno assunto da quest'ultima riguarda la complessiva solidità patrimoniale e finanziaria, la quale è riferibile all'azienda nel suo complesso.

2. In caso di avvalimento della capacità economica finanziaria, rappresentato dal fatturato sia globale che specifico (c.d. avvalimento "di garanzia"), la prestazione oggetto specifico dell'obbligazione è costituita non già dalla messa a disposizione da parte dell'impresa ausiliaria di strutture organizzative e mezzi materiali, ma dal suo impegno a garantire con le proprie complessive risorse economiche, il cui indice è costituito dal fatturato; in sostanza, ciò che la impresa ausiliaria mette a disposizione è il suo valore aggiunto in termini di solidità finanziaria e di acclarata esperienza di settore, dei quali il fatturato costituisce indice significativo. **Ne consegue che non occorre che la dichiarazione negoziale costitutiva dell'impegno contrattuale si riferisca a specifici beni patrimoniali o ad indici materiali atti ad esprimere una determinata consistenza patrimoniale e, dunque, alla messa a disposizione di beni da descrivere ed individuare con precisione**, essendo sufficiente che da essa dichiarazione emerga l'impegno contrattuale della società ausiliaria a mettere a disposizione la sua complessiva solidità finanziaria ed il suo patrimonio esperienziale, garantendo con essi una determinata affidabilità ed un concreto supplemento di responsabilità.

TAR TOSCANA, SEZ. III – sentenza 5 aprile 2018 n. 478

Sulla discrezionalità del giudizio della Commissione e dei criteri di valutazione delle offerte

L'operato della commissione di gara è espressione di discrezionalità tecnica sottratta, pertanto, al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo che non emerga una manifesta illogicità, irragionevolezza o arbitrarietà, ovvero risulti che sia fondata su di un altrettanto palese e manifesto travisamento dei fatti. E ciò in quanto la stazione appaltante, nell'attribuire i punteggi alle offerte tecniche, non applica scienze esatte, ma formula giudizi tecnici connotati da un fisiologico margine di opinabilità, per sconfessare i quali non è sufficiente evidenziare la loro mera non condivisibilità, ma occorre piuttosto dimostrare la loro palese inattendibilità, ossia l'evidente insostenibilità del giudizio della Commissione.

Nelle gare di appalto, la formula, da utilizzare per la valutazione dell'offerta economica, può essere scelta discrezionalmente dalla Pubblica amministrazione sia nella definizione dei criteri, da utilizzare quale riferimento per l'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, sia nella individuazione delle formule matematiche da usare per l'attribuzione del punteggio e, in ogni caso la formula proporzionale inversa ha pari dignità logico – giuridica di quella diretta, pure per le offerte tecniche, ai fini della ripartizione dei punteggi, e non lede né la par condicio, né la trasparenza e il buon andamento dell'azione amministrativa.

TAR TOSCANA, SEZ. III – sentenza 5 aprile 2018 n. 476

Sul principio di tassatività delle ipotesi di esclusione

Nelle gare di appalto, il principio di tassatività della cause di esclusione impedisce l'adozione di atti basati su eccessi di formalismo in contrasto con il divieto di aggravamento degli oneri procedurali e con l'esigenza di ridurre il peso degli oneri formali gravanti sugli operatori economici, riconoscendo giuridico rilievo all'inosservanza di regole procedurali o formali solo in quanto questa impedisca il conseguimento del risultato verso cui l'azione amministrativa è diretta le quali devono essere interpretate in maniera rigorosa senza possibilità di estensione analogica, dovendo essere la "ratio" delle medesime ispirata ai principi di massima partecipazione alle gare.

TAR LOMBARDIA – MILANO, SEZ. IV – sentenza 6 aprile 2018 n. 963

Sulla clausola sociale

E' illegittima la *lex specialis* di una gara di appalto nella parte in cui prevede una clausola sociale che, per come è formulata, non si limita ad assicurare i livelli occupazionali, ma si traduce in una vera e propria sostituzione indebita nella struttura organizzativa e nelle scelte imprenditoriali degli operatori economici, imponendo la tipologia di contratto di lavoro da stipulare; circostanza questa che la rende contraria alla libertà d'impresa e di organizzazione imprenditoriale, alla luce della costante interpretazione delle norme nazionali ed eurounitarie vigenti in materia che la giurisprudenza ha fornito, quale principio fondamentale posto a tutela del mercato e della massima partecipazione alle gare pubbliche.

TAR CAMPANIA – SALERNO, SEZ. I – sentenza 6 aprile 2018 n. 524

Sulla doverosità dell'esclusione in caso di conflitto di interessi

1. L'art. 42, 2° comma, del d.lgs. n. 50/2016 (il quale prevede che: «Si ha conflitto d'interesse quando il personale di una stazione appaltante o di un prestatore di servizi che, anche per conto della stazione appaltante, interviene nello svolgimento della procedura di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni o può influenzarne, in qualsiasi modo, il risultato, ha, direttamente o indirettamente, un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di appalto o di concessione. In particolare, 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, n. 62 ...») costituisce una norma di portata estremamente ampia e atipica, destinata a colorarsi in funzione della finalità di tutela della concorrenza e della imparzialità, sicché non sembra dettare una disciplina univoca del "conflitto di interesse", ma indica solamente una **soglia minima di contenuto e tutela**; l'espressione "personale" utilizzata dalla norma va riferita non solo ai dipendenti in senso stretto (ossia, i lavoratori subordinati) dei soggetti giuridici ivi richiamati, ma anche a quanti, in base ad un valido titolo giuridico (legislativo o contrattuale), siano in grado di validamente impegnare, nei confronti dei terzi, i propri danti causa o comunque rivestano, di fatto o di diritto, un ruolo tale da poterne obiettivamente influenzare l'attività esterna.

2. Va annullata l'aggiudicazione di una gara in favore di una società che, per effetto di legami societari con l'Amministrazione appaltante, si trovi in una situazione di conflitto di interessi, tale da ritenere inverata la situazione di potenziale conflitto tra gli interessi di cui l'Amministrazione è portatrice nello svolgimento delle funzioni di Stazione appaltante e quelli che deve esprimere nella qualità di socio della società aggiudicataria; conflitto al quale il diritto interno e quello eurounitario fanno corrispondere la sanzione espulsiva, in una prospettiva schiettamente proconcorrenziale.

TAR SICILIA – PALERMO, SEZ. III – sentenza 6 aprile 2018 n. 799

Sull'immodificabilità dell'ATI e sul diverso regime di sostituzione della mandante o della mandataria

L'art. 48, comma 17, D. Lgs. n. 50 del 2016, deve essere interpretato nel senso che, qualora l'impresa **mandataria** di un'A.T.I. sia colpita da un provvedimento interdittivo antimafia, la possibilità di sostituire l'impresa mandataria – diversamente da quanto accade con la mandante – sussiste soltanto **con un operatore che compone la medesima A.T.I.** e non già con un operatore esterno all'ATI.

In linea di principio, è vietata qualsiasi modificazione delle A.T.I. che hanno partecipato a una gara, in quanto la modifica determinerebbe, almeno in parte, la modifica dello stesso soggetto che vi partecipa. Nell'attuale normativa sugli appalti pubblici, tale principio è espresso dal comma 9 dell'art. 48 del D.Lgs. n. 50/2016 che, ovviamente, fa salve le deroghe consentite dai successivi commi 17 e 18 i cui presupposti sono di stretta interpretazione, in quanto dettano una disciplina derogatoria a un importante e fondante criterio generale (l'immodificabilità soggettiva dei partecipanti a una gara).

In particolare, il comma 18 espressamente prevede la possibilità di sostituire il mandante, colpito da uno degli eventi prima indicati, con altro operatore economico subentrante, mentre analoga previsione non è contenuta nel precedente comma 17 – relativo all'ipotesi che uno degli eventi interdittivi colpisca il mandatario – che indica sì la possibilità che il rapporto venga proseguito con altro operatore economico, ma non che questi possa essere un subentrante nell'A.T.I.

Da tali non insignificanti differenze **si ricava un diverso regime applicabile all'ipotesi in cui l'evento interdittivo colpisca una mandante di un'A.T.I. impegnata in un appalto** (esecuzione o fase di gara che sia, in conseguenza dell'estensione operata dal comma 19 ter), **ovvero una mandataria**, in quanto anche in quest'ultimo caso la normativa consente la sua sostituzione, ma soltanto con un operatore che fa già parte dell'A.T.I., purché sia disponibile e ne sussistano le condizioni, e cioè abbia i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori, servizi o fornitura da eseguire; condizioni quindi che la stazione appaltante può valutare in astratto, e a monte di qualsiasi interlocuzione con l'A.T.I. interessata.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 10 aprile 2018 n. 2183

Sull'avvalimento interno, plurimo e a cascata

L'art. 89, comma 7, prima parte, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (il quale prevede che «*in relazione a ciascuna gara non è consentito, a pena di esclusione, che della stessa impresa ausiliaria si avvalga più di un concorrente, ovvero che partecipino sia l'impresa ausiliaria che quella che si avvale dei requisiti*») – pone un divieto che operatori economici in competizione in gara si avvalgano della stessa impresa per qualificarsi; il divieto in questione ha la funzione di assicurare la lealtà del confronto concorrenziale ed impedire che della stessa capacità tecnico-organizzativa o economico-finanziaria si avvalgano più partecipanti alla medesima gara, oltre che di prevenire che anche le offerte possano essere alterate. Per ragioni analoghe la disposizione in esame vieta all'impresa ausiliaria di assumere la veste del concorrente nella medesima procedura di affidamento. L'avvalimento all'interno dei partecipanti ad un raggruppamento temporaneo di imprese è espressamente consentito dall'art. 89,

comma 1, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, così come è riconosciuto l'avvalimento «*di più imprese ausiliarie*» (comma 6), a differenza dell'avvalimento “*a cascata*”, invece vietato dal medesimo comma 6.

In caso di avvalimento frazionato, ciò che rileva è la dimostrazione da parte del concorrente che si avvale delle capacità di più imprese di potere disporre effettivamente dei mezzi di questi ultimi necessari all'esecuzione dell'appalto. **L'applicazione dell'avvalimento plurimo o frazionato non è tuttavia senza limiti**; in particolare questa forma di prestito può legittimamente essere vietata quando l'appalto da affidare presenti caratteristiche tali da richiedere una determinata capacità che non si ottiene associando capacità inferiori di più operatori.

Sull'idoneità di una sola referenza bancaria.

Ai sensi dell'art. 86, comma 7, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (secondo cui l'operatore economico «*che per fondati motivi non è in grado di presentare le referenze chieste dall'amministrazione aggiudicatrice, può provare la propria capacità economica e finanziaria mediante un qualsiasi altro documento considerato idoneo dalla stazione appaltante*») deve ritenersi che sia possibile provare detta capacità anche con una sola referenza bancaria, occorrendo avere riguardo all'idoneità delle referenze stesse e non già al loro numero per provare la capacità in questione.

CORTE DI CASSAZIONE, SEZ. UNITE CIVILI – ordinanza 9 aprile 2018 n. 8721

Sulla giurisdizione in caso di esecuzione anticipata del contratto

In materia di appalto di opere pubbliche, sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo solo le controversie derivanti dalle procedure di affidamento dei lavori, mentre per quelle che traggono origine dall'esecuzione del contratto non v'è alcuna deroga alla giurisdizione del giudice ordinario. In particolare, ove l'accordo delle parti preveda l'impegno dell'impresa appaltatrice di accettare l'offerta di consegna anticipata dei lavori nelle more della stipula del contratto, allorché si discuta dell'inadempimento di quest'ultima rispetto a detto impegno e della risoluzione del rapporto (con conseguente incameramento della cauzione) dichiarata dalla stazione appaltante ai sensi dell'art. 129, settimo comma, del d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, siffatta controversia – essendo estranea alla tematica dell'aggiudicazione, ovvero del procedimento attraverso il quale la P.A. sceglie il proprio contraente – appartiene alla cognizione del giudice ordinario riguardando l'esecuzione del rapporto (sia pure anticipata rispetto alla piena efficacia dell'aggiudicazione stessa).

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 10 aprile 2018 n. 2176

Sull'iscrizione camerale al fine di comprovare il requisito dell'idoneità tecnica

La prescrizione della *lex specialis* con cui si richiede ai concorrenti, ai fini della partecipazione, l'iscrizione alla C.C.I.A.A. per dimostrare la capacità tecnica e professionale dell'impresa, risulta finalizzata a selezionare ditte che abbiano un'esperienza specifica nel settore interessato dall'appalto (dovendosi accertare, attraverso la certificazione camerale, un concreto ed effettivo svolgimento, da parte del concorrente, di una determinata attività, direttamente riferibile al servizio da svolgere).

La previsione della *lex specialis* che richiede l'iscrizione alla CCIAA per l'attività oggetto dell'appalto, al fine della dimostrazione della capacità tecnica e professionale delle imprese

partecipanti alla gara, non può considerarsi immotivata o illogica, essendo l'iscrizione finalizzata a dar atto dell'effettivo svolgimento di tale attività, laddove le indicazioni dell'oggetto sociale individuano solamente i settori (potenzialmente illimitati) nei quali la stessa potrebbe astrattamente venire ad operare, senza però nulla dire sull'effettivo ed attuale svolgimento dell'attività stessa.

Nel caso in cui la *lex specialis* richieda a pena di esclusione l'iscrizione alla CCIAA per l'attività oggetto dell'appalto, l'attività stessa per la quale l'impresa risulta iscritta al registro deve essere identificata con quella qualificante dell'impresa nei confronti dei terzi, il che non può che riferirsi all'attività principale effettivamente svolta, ossia a quella che denota l'esperienza specifica dell'impresa nel relativo settore di attività; l'individuazione ontologica della tipologia di azienda può pertanto avvenire solo attraverso l'attività principale o prevalente, in concreto espletata e documentata dall'iscrizione alla Camera di Commercio, non rilevando quanto riportato nell'oggetto sociale, che esprime soltanto ulteriori potenziali indirizzi operativi dell'azienda, non rilevanti ove non attivati.

TAR CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. I – sentenza 11 aprile 2018 n. 2390

Sui gravi illeciti professionali

1. L'art. 80, comma 5, lettera c) del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, sull'esclusione dalla gara nel caso di gravi illeciti professionali, nel secondo periodo della disposizione stessa ha portata meramente esemplificativa delle ipotesi di grave illecito professionale; ne consegue la piena autonomia della fattispecie contemplata nel periodo precedente che, nell'assumere una portata generale, si affranca dai requisiti specifici richiamati nei predicati casi esemplificativi.

2. L'esistenza di una contestazione giudiziale della risoluzione non implica che la fattispecie concreta ricada esclusivamente nell'ipotesi esemplificativa di cui all'art. 80, comma 5, lettera c) del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, con applicazione del relativo regime operativo; difatti, il "fatto" in sé di inadempimento resta pur sempre un presupposto rilevante ai fini dell'individuazione di un grave illecito professionale, secondo l'ipotesi generale. Invero, tra le due fattispecie esiste un rapporto di parziale sovrapposibilità, sussistendo una relazione di *genus ad speciem*; a differenza della seconda ipotesi, nel caso generale, la stazione appaltante non può avvalersi dell'effetto presuntivo assoluto di gravità derivante dalla sentenza pronunciata in giudizio, né, per converso, l'impresa può opporre la pendenza per porre nell'irrilevante giuridico il comportamento contrattuale indiziato.

TAR ABRUZZO – PESCARA, SEZ. I – sentenza 13 aprile 2018 n. 141

Sul criterio del confronto a coppie

Negli appalti pubblici, il confronto a coppie prevede che ogni elemento qualitativo dell'offerta sia oggetto di valutazione attraverso la determinazione di coefficienti all'interno di una tabella triangolare, nella quale le offerte di ogni concorrente sono confrontate a due a due: per ogni coppia di offerte ogni commissario indica l'elemento preferito, attribuendo un punteggio di 1, che esprime parità; 2, che esprime la preferenza minima; 3, per l'ipotesi di preferenza piccola; 4, che contraddistingue una preferenza media; 5, che individua una preferenza grande; 6, che indica la preferenza massima.

Nel caso di confronto a coppie negli appalti pubblici, la commissione di gara gode di ampia discrezionalità, atteso che i commissari esprimono una valutazione, necessariamente soggettiva e opinabile, circa le diverse soluzioni tecniche offerte: la metodologia in questione, in altre parole, non

mira ad una ponderazione di ogni singola offerta rispetto a standard ideali, ma ad una graduazione comparativa delle varie proposte dei concorrenti attraverso l'attribuzione di coefficienti numerici nell'ambito di ripetuti "confronti a due".

3. Nel caso di confronto a coppie negli appalti pubblici, il sindacato giurisdizionale incontra forti limitazioni, non potendo il giudice incidere su valutazioni di merito spettanti all'Amministrazione; ciò non esclude che possa essere sottoposta a verifica la ricorrenza di un uso palesemente distorto, logicamente incongruo, macroscopicamente irrazionale del metodo in parola, non nell'ambito di una generica non condivisibilità del giudizio comparativo, ma per la sua radicale inattendibilità tecnica ovvero a causa di una sua palese insostenibilità logica.

TAR PUGLIA – LECCE, SEZ. III – sentenza 13 aprile 2018 n. 642

Sull'inapplicabilità del soccorso istruttorio in caso di omissione dei costi della manodopera

E' legittimo il provvedimento con il quale la P.A. ha escluso una ditta da una gara di appalto che sia motivato con riferimento al fatto che la ditta interessata ha ommesso di indicare i dati relativi al costo della manodopera ex art. 95, comma 10, D.Lgs. n. 50 del 2016, come modificato dal D.Lgs. n. 56/2017 (nella specie i costi erano stati indicati in un importo pari a zero), a nulla rilevando la circostanza che l'onere di indicare i suddetti costi sia stato previsto nel solo modulo dell'offerta economica e non anche espressamente nel bando; in tal caso, infatti, l'obbligo di indicare in modo puntuale i costi della manodopera, nell'offerta economica, è comunque desumibile dai moduli-offerta, nonché da quanto espressamente previsto dall'art. 95, comma 10, del D.Lgs. n. 50/2016 e ss.mm., nel testo *ratione temporis* applicabile.

Il nuovo codice dei contratti pubblici non ammette che il soccorso istruttorio possa essere utilizzato nel caso di incompletezze e irregolarità relative all'offerta economica (v. in tal senso – e in modo espresso – l'art. 95, comma 10, D.Lgs. cit.). L'esclusione è anche intesa ad evitare che il rimedio del soccorso istruttorio – istituto che corrisponde al rilievo non determinante di violazioni meramente formali – possa contrastare il generale principio della *par condicio* concorrenziale, consentendo in pratica a un concorrente (cui è riferita l'omissione) di modificare *ex post* il contenuto della propria offerta economica; in particolare, per le gare indette all'indomani dell'entrata in vigore del nuovo codice, non vi sono più i presupposti per ricorrere al soccorso istruttorio in caso di mancata indicazione degli oneri di cui all'articolo 95, comma 10, del codice stesso.