

Rassegna giurisprudenziale
sulle procedure ad evidenza pubblica

(gennaio 2016 – dicembre 2016)

a cura di Francesco Armenante

TAR SICILIA – PALERMO, SEZ. III – sentenza 4 gennaio 2016 n. 10

Sulla nozione di grave errore professionale

E' legittima la esclusione di una ditta da una gara di appalto che sia motivata con riferimento al fatto che la ditta stessa, in violazione di una prescrizione della lettera di invito, ha ommesso di dichiarare che, in precedenza, era stata destinataria, da parte di un'altra P.A., di un provvedimento di revoca dell'aggiudicazione disposta per l'affidamento di un servizio analogo, in ragione di fatti idonei a far venir meno il rapporto fiduciario, a nulla rilevando che la revoca dell'aggiudicazione sia intervenuta prima della stipula del contratto di appalto. Infatti, per un verso, la suddetta omissione configura la falsità della dichiarazione resa in sede di partecipazione, idonea a giustificare l'esclusione dalla gara, per l'altro, la nozione di errore professionale non può essere ancorata necessariamente alla intervenuta stipula del contratto, potendosi verificare anche nella fase antecedente situazioni patologiche (quali, per l'appunto, la contestata revoca), comunque espressive della negligenza dell'impresa nell'esercizio della propria attività professionale.

TAR ABRUZZO – PESCARA, SEZ. I – sentenza 4 gennaio 2016 n.

Sulle conseguenze della gestione straordinaria delle imprese disposta dall'ANAC

E' illegittimo il provvedimento con il quale la P.A. ha deliberato di recedere dal contratto d'appalto e di annullare di ufficio l'aggiudicazione di una gara per l'affidamento del servizio, che sia motivato con riferimento ad una informativa interdittiva antimafia emessa nei confronti del contraente, senza considerare che il Prefetto, a seguito dell'istruttoria svolta con l'Anac, ha disposto l'applicazione della misura di gestione straordinaria e temporanea dell'impresa ex art. 32 comma 10 e comma 1 lett. b) del d.l. n. 90 del 2014, nominando due commissari, a nulla rilevando che l'esecuzione del contratto di appalto non abbia avuto ancora concreto inizio. Infatti, il riferimento effettuato dalla citata norma alla fase dell'esecuzione del contratto, è da intendersi nel senso proprio giuridico come fase successiva a quella di stipula del contratto e non in quello meramente empirico di materiale inizio della prestazione, che peraltro non è affatto contemplato dal legislatore, il quale, viceversa, ha utilizzato espressioni del tutto generiche.

Dispone l'art. 32 del d.l. n. 90 del 2014, al comma 10, che le misure previste dal comma 1 (tra cui il potere del Prefetto di disporre "la straordinaria e temporanea gestione dell'impresa limitatamente alla completa esecuzione del contratto di appalto ovvero dell'accordo contrattuale o della concessione") si applicano anche nei casi in cui sia stata emessa dal Prefetto un'informativa antimafia interdittiva "e sussista l'urgente necessità di assicurare il completamento dell'esecuzione del contratto ovvero dell'accordo contrattuale, ovvero la sua prosecuzione al fine di garantire la continuità di funzioni e servizi indifferibili per la tutela di diritti fondamentali, nonché per la salvaguardia dei livelli occupazionali o dell'integrità dei bilanci pubblici, ancorchè ricorrano i presupposti di cui all'articolo 94 comma 3 del d.lgs. n. 159 del 2011 (...) Le stesse misure sono revocate e cessano comunque di produrre effetti in caso di passaggio in giudicato di sentenza di annullamento dell'informazione antimafia interdittiva (...) ovvero di aggiornamento dell'esito della predetta informazione ai sensi dell'articolo 91 comma 5 del d.lgs. n. 159 del 2011 (...)". Ha osservato la sentenza in rassegna che la facoltà di continuare il rapporto con imprese, nonostante il collegamento delle stesse con organizzazioni malavitose, prevista dall'articolo 94 del d.lgs. n. 159 del 2011, è ipotesi – data l'evidente ratio di pieno sfavore legislativo alle infiltrazioni mafiose nei contratti pubblici – remota e residuale, e dunque consentita al solo fine di tutelare l'interesse pubblico attraverso una valutazione di convenienza in relazione a circostanze particolari, quali il tempo dell'esecuzione del contratto o la sua natura, o la difficoltà di trovare un nuovo contraente, se la causa di decadenza sopravviene ad esecuzione ampiamente inoltrata (cfr. Consiglio di Stato, sentenza n. 197 del 2012); pertanto la stazione appaltante, mentre può richiamare l'informativa a supporto della decisione di risolvere il contratto, senza addurre particolari

giustificazioni, ha viceversa il dovere di motivare adeguatamente nel caso in cui, nonostante la presenza di un inquinamento mafioso, l'interesse pubblico alla completa esecuzione del contratto è così pregnante da legittimare un'impresa sospetta ad effettuare lavori pubblici (Tar Napoli, sentenza n. 860 del 2014).

Nel caso di cui all'articolo 32 del d.l. n. 90 del 2014, viceversa, la valutazione non è rimessa alla Stazione appaltante e non riguarda la scelta se far completare o meno l'appalto ad un'impresa in cui sussistono infiltrazioni mafiose; si tratta di una valutazione che è viceversa rimessa al Prefetto e riguarda una misura che mira a sterilizzare tale condizionamento mafioso, consentendo così una gestione da esso immune, che priva quindi le stazioni appaltanti del potere di recedere sulla base del mero presupposto dell'interdittiva antimafia.

La situazione di impresa sottoposta a informativa positiva su infiltrazioni mafiose e quella di impresa sottoposta a gestione straordinaria non sono pertanto assimilabili, altrimenti sarebbe del tutto priva di ragione la funzione di quest'ultimo istituto, disciplinato dall'articolo 32 cit. del d.l. n. 90 del 2014.

TRGA, SEZ. DI TRENTO – sentenza 5 gennaio 2016 n. 11

Sull'illegittima composizione di una composizione di gara

Deve ritenersi illegittimamente composta, per incompatibilità, la commissione giudicatrice di una gara di appalto, nel caso in cui un suo componente abbia in precedenza "redatto" il capitolato speciale descrittivo e prestazionale nonché lo schema di contratto, entrambi posti a base di gara; infatti, il comma 4 dell'art. 84 del codice dei contratti pubblici prevede che: "i commissari diversi dal presidente non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta".

CONS. STATO, SEZ. IV – sentenza 8 gennaio 2016 n. 34

Sulla cauzione definitiva

L'art.113 codice degli appalti al primo comma prevede l'obbligo per l'aggiudicatario ed esecutore dell'appalto di costituire una garanzia fideiussoria, con l'ulteriore previsione (comma 4) che la mancata costituzione della garanzia di cui al comma 1 determina la decadenza dell'affidamento. Si tratta di un adempimento dovuto, la cui inadempienza va collegata al mero fatto dell'affidatario senza alcuna discrezionalità da parte della stazione appaltate in ordine alle conseguenze del mancato adempimento (cfr. Cons. Stato Sez. IV, 12/3/2015 n. 1321).

Avuto riguardo alla *ratio* della cauzione, chiaramente ravvisabile nella garanzia della puntuale esecuzione delle prestazioni contrattuali, il termine ultimo entro il quale produrre il documento in questione coincide con la stipula del contratto di appalto.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. IV – sentenza 12 gennaio 2016 n. 67

Sulla sufficienza di una sola dichiarazione da parte di un soggetto che rivesta doppia carica

1. Non può essere esclusa una società da un gara per il fatto che i due soci al 50% di quest'ultima hanno ommesso di rendere le dichiarazioni di cui all'art. 38 del codice dei contratti pubblici, ove i soci stessi siano altresì amministratori della stessa e, in tale ultima veste, abbiano reso le dichiarazioni

prescritte. Infatti, non è di certo conforme ai più elementari canoni di ragionevolezza pretendere una doppia dichiarazione dai soggetti in questione, non potendosi imporre una inutile duplicazione di dichiarazioni di identico contenuto a carico delle stesse persone, tanto più ove si consideri che tale contenuto attiene a condizioni e situazioni strettamente soggettive, indipendenti dalla qualità (di socio maggioritario ovvero di amministratore) posseduta.

Sull'annullamento dell'aggiudica provvisoria

2. L'adozione di un provvedimento di autotutela con riguardo all'aggiudicazione provvisoria, costituendo quest'ultima un atto endoprocedimentale, non richiede l'inoltro agli interessati di specifica comunicazione di avvio del procedimento e quindi non postula la loro partecipazione al relativo procedimento, essendo sufficiente la comunicazione del provvedimento finale, nella specie costituito dall'aggiudicazione definitiva. In altri termini, prima dell'aggiudicazione definitiva – non essendovi alcuna posizione consolidata dell'impresa concorrente – l'Amministrazione ben può provvedere anche in via implicita all'annullamento o alla revoca dell'aggiudicazione disposta in via provvisoria in favore di un concorrente, senza che sussista l'obbligo di attivare una specifica partecipazione procedimentale con quest'ultimo.

TAR CAMPANIA – SALERNO, SEZ. I – sentenza 13 gennaio 2016 n. 35

Sulla giurisdizione del GO in caso di revoca del finanziamento per violazione degli obblighi in tema di conto dedicato

Rientra nella giurisdizione dell'A.G.O. una controversia avente ad oggetto l'impugnazione di un decreto della P.A., con il quale è stata parzialmente revocata la concessione di un finanziamento pubblico (nella specie, si trattava di un contributo in conto capitale concesso ad una ditta, da investire in un'attività di acquacoltura), con relativo recupero, che sia motivato con riferimento al fatto che la ditta beneficiaria del finanziamento ha violato l'obbligo di far transitare su un conto dedicato tutte le somme afferenti la realizzazione dell'investimento; in tal caso, infatti, la revoca parziale è intervenuta nella fase successiva alla concessione del contributo, in relazione alla quale è configurabile un diritto soggettivo del privato all'erogazione, e la contestazione posta a base del provvedimento trova fondamento in una mera attività di verifica dell'adempimento o meno dell'obbligazione gravante sul beneficiario e non comporta alcuna (ri)valutazione comparativa degli interessi apprezzati in sede di concessione del contributo, radica la giurisdizione dell'A.G.O..

TAR TOSCANA, SEZ. I – sentenza 13 gennaio 2016 n. 11

Sull'inapplicabilità del soccorso istruttorio in caso di dichiarazione mendace

L'omessa dichiarazione, da parte di una ditta partecipante ad una gara, nei confronti della stazione appaltante, di una precedente risoluzione contrattuale, disposta per gravi inadempimenti contrattuali, da un'altra P.A., determina la falsità della dichiarazione resa in proposito dalla ditta stessa e ne legittima, di per sé sola, l'esclusione ex art. 38, lett. f), d.lgs. n. 163 del 2006; in tal caso, inoltre, non c'è spazio per il "soccorso istruttorio" perché tale istituto può essere invocato in caso di dichiarazione incompleta, irregolare o addirittura mancante, non già nell'ipotesi – totalmente diversa – di una dichiarazione esistente, ma scientemente difforme dalla realtà.

TAR CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. I – sentenza 12 gennaio 2016 n. 107

Sull'informazione antimafia

L'interdittiva prefettizia antimafia costituisce una misura preventiva volta a colpire l'azione della criminalità organizzata impedendole di avere rapporti contrattuali con la pubblica amministrazione. Tale valutazione costituisce espressione di ampia discrezionalità che può essere assoggettata al sindacato del giudice amministrativo solo sotto il profilo della sua logicità ed irragionevolezza in relazione alla rilevanza dei fatti accertati. Essendo il potere esercitato espressione della logica di anticipazione della soglia di difesa sociale, finalizzata ad assicurare una tutela avanzata nel campo del contrasto alle attività della criminalità organizzata, la misura interdittiva non deve necessariamente collegarsi ad accertamenti in sede penale di carattere definitivo sull'esistenza della contiguità dell'impresa con organizzazione malavitosa, e quindi del condizionamento in atto dell'attività di impresa, ma può essere sorretta da elementi sintomatici e indiziari da cui si evinca il pericolo di ingerenza della criminalità organizzata nell'attività imprenditoriale.

Occorre individuare ed indicare idonei e specifici elementi di fatto, obiettivamente sintomatici e rivelatori di concrete connessioni o possibili collegamenti con le organizzazioni malavitose, che sconsigliano l'instaurazione di un rapporto dell'impresa con la pubblica amministrazione, ma non è necessario un grado di dimostrazione probatoria analogo a quello richiesto per dimostrare l'appartenenza di un soggetto ad associazioni di tipo camorristico o mafioso, potendo l'interdittiva fondarsi su fatti e vicende aventi un valore sintomatico e indiziario anche se risalenti nel tempo.

Di per sé non basta a dare conto del tentativo di infiltrazione, il mero rapporto di parentela con soggetti risultati appartenenti alla criminalità organizzata (non potendosi presumere in modo automatico il condizionamento dell'impresa), ma occorre che l'informativa antimafia indichi (oltre al rapporto di parentela) anche ulteriori elementi dai quali si possano ragionevolmente dedurre possibili collegamenti tra i soggetti sul cui conto l'autorità prefettizia ha individuato i pregiudizi e l'impresa esercitata da loro congiunti. Infine, gli elementi raccolti non vanno considerati separatamente dovendosi piuttosto stabilire se sia configurabile un quadro indiziario complessivo, dal quale possa ritenersi attendibile l'esistenza di un condizionamento da parte della criminalità organizzata.

TAR CALABRIA – CATANZARO, SEZ. II – sentenza 13 gennaio 2016 n. 93

Sui presupposti per l'esecuzione anticipata e sui termini per la stipula del contratto

1. Poiché in materia di appalti pubblici la stipulazione del contratto costituisce il discrimen tra la fase procedimentale autoritativa e la fase contrattuale da cui origina un rapporto di natura paritetica tra contraenti, ricadono nell'alveo della giurisdizione amministrativa le azioni a titolo di responsabilità precontrattuale proposte per condotte scorrette delle amministrazioni pubbliche nella fase delle trattative contrattuali.

2. Dopo l'entrata in vigore del D.Lgs. 20 marzo 2010 n. 53 (che, con l'art. 1, ha modificato l'art. 11 del D.Lgs. n. 163 del 2006), l'esecuzione in via d'urgenza del servizio da aggiudicare, è consentita anche durante il termine dilatorio di cui all'art. 11, comma 10° (il cosiddetto principio di "stand still"), e durante il periodo di sospensione obbligatoria del termine per la stipulazione del contratto, previsto dal comma 10-ter, soltanto nella limitata ipotesi in cui la mancata esecuzione immediata della prestazione dedotta nella gara "determinerebbe un grave danno all'interesse pubblico che è destinata a soddisfare". La norma generale preclude, quindi, all'amministrazione di stipulare il contratto con il soggetto aggiudicatario prima che sia decorso il suddetto termine dilatorio ("stand still"), fatti salvi i "casi di urgenza" indicati dall'art. 11, comma 9°, del D.Lgs. n. 163 del 2006 (oltre a quelli

specificamente esclusi dal successivo comma 10 bis), in cui la mancata esecuzione immediata della prestazione dedotta nella gara determinerebbe un “grave danno all’interesse pubblico” che è destinata a soddisfare.

3. L’urgenza che giustifica eccezionalmente l’esecuzione anticipata dei lavori, ai sensi dell’art. 11, comma 9 e ss., del D.Lgs. n. 163 del 2006 deve intendersi come urgenza qualificata e non generica, tale consentire verosimilmente di prevedere che il rinvio dell’intervento per il tempo necessario a completare l’ordinaria procedura comprometterebbe, con grave pregiudizio dell’interesse pubblico, la tempestività o l’efficacia dell’intervento stesso.

4. Il termine di sessanta giorni, previsto dall’art. 11, comma 9, del D.Lgs. n. 163 del 2006, per la stipulazione del contratto di appalto non ha carattere perentorio ed il suo inutile decorso ha il solo effetto di determinare, nell’aggiudicatario, la facoltà (*rectius*: il “diritto potestativo”) di sciogliersi dal vincolo obbligatorio (e cioè di recedere dall’impegno) nascente dalla sua offerta, salvo l’eventuale risarcimento del danno arrecatogli (a titolo di responsabilità precontrattuale).

5. Nel caso di consegna dei lavori in via d’urgenza, la reintegrazione delle spese sostenute è prevista dall’art. 11, comma 9, del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163 e dall’art. 302, commi 2° e 4° del D.P.R. 5 ottobre 2010 n. 207. Invero, nel caso di consegna dei lavori in via d’urgenza, l’assenza di quello che viene propriamente definito “vincolo contrattuale”, non esclude la sussistenza di un’obbligazione creditoria di natura indennitaria in capo alla impresa aggiudicataria.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 13 gennaio 2016 n. 74

Sull’inammissibilità di chiarimenti modificativi della lex specialis

Negli appalti pubblici la Stazione appaltante non può, a mezzo di chiarimenti auto-interpretativi, modificare o integrare la disciplina di gara, pervenendo ad una sostanziale disapplicazione della *lex specialis* della procedura concorsuale. Nelle gare di appalto, infatti, i chiarimenti sono ammissibili solo se contribuiscono, con un’operazione di interpretazione del testo, a renderne chiaro e comprensibile il significato e/o la *ratio*, ma non quando, proprio mediante l’attività interpretativa, si giunga ad attribuire ad una disposizione del bando un significato ed una portata diversa e maggiore di quella che risulta dal testo stesso, in tal caso violandosi il rigoroso principio formale della *lex specialis*, posto a garanzia dei principi di cui all’art. 97 della Costituzione.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 13 gennaio 2016 n. 76

Sulla necessità della persistenza dei requisiti sino alla conclusione della prestazione (e anche in caso di interpello ex art. 140 del codice dei contratti)

1. Nelle gare di appalto, una volta che la stazione appaltante abbia deciso di procedere all’interpello mediante lo scorrimento della graduatoria, ai sensi dell’art. 140 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, esercitando la facoltà assegnatale da tale disposizione, essa è tenuta a proseguire lo scorrimento della graduatoria a partire dalla concorrente che ha formulato la prima offerta migliore e fino al quinto miglior offerente, senza che residuino, al riguardo, margini di discrezionalità, come si ricava dalla lettera dell’univoca formulazione testuale dell’ultimo periodo del 1° comma della citata disposizione (che configura come vincolato lo scorrimento della graduatoria, una volta formalizzato il primo interpello).

2. Ai fini della partecipazione ad una gara di appalto, è sufficiente il possesso della qualificazione nella categoria prevalente – quando il concorrente, singolo o associato, non la possiede anche per le categorie scorporabili – purchè per l'importo totale dei lavori; pertanto, non è necessaria, in tale ipotesi, la qualificazione anche per le categorie scorporabili.

3. Nelle gare di appalto, non è necessaria l'indicazione del nominativo del subappaltatore al quale sarebbero state affidate le lavorazioni nelle categorie scorporabili e non è necessaria l'indicazione delle imprese associate che avrebbero eseguito le predette opere (siccome affidate in subappalto).

4. Conformemente a quanto affermato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, deve ritenersi che, nella gara di appalto, i requisiti generali e speciali devono essere posseduti dai candidati non solo alla data di scadenza del termine per la presentazione della richiesta di partecipazione alla procedura di affidamento, ma anche per tutta la durata della procedura stessa fino all'aggiudicazione definitiva ed alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell'esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità (in applicazione del principio nelle specie è stata ritenuta l'illegittimità dell'ammissione alla gara e, quindi, dell'appalto, ad una r.t.i. per il difetto in capo alla mandante sia del requisito della regolarità contributiva sia di quello dell'attestazione SOA nella categoria OG11, Class. VIII, sopravvenuta nel corso del procedimento di gara).

5. L'applicazione del principio della continuità del possesso dei requisiti esige che gli stessi siano posseduti ininterrottamente in tutte le fasi della procedura e la loro perdita, ancorchè temporanea, impone l'esclusione della concorrente dalla gara; resta a tal fine ininfluente, ai fini che qui rilevano, la circostanza che la perdita dei requisiti risulti ascrivibile a una società medio tempore divenuta estranea alla procedura, posto che, in caso di successione di due imprese nel corso della procedura, la rigorosa applicazione del principio di continuità del possesso dei requisiti impone la verifica della persistenza della loro titolarità in capo a tutti i soggetti che si sono succeduti, nell'ambito della stessa procedura, nella medesima posizione di concorrente.

6. La fase procedimentale disciplinata dall'art. 140 del codice dei contratti pubblici – che prevede l'interpello delle imprese successivamente classificate nella graduatoria finale – si configura come un segmento di un'unica procedura di affidamento, avviata con la pubblicazione del bando, con la conseguenza che i requisiti di partecipazione, attesa l'unicità e l'inscindibilità del procedimento selettivo, devono essere ininterrottamente posseduti dal suo avvio (e, cioè, dalla pubblicazione dell'avviso pubblico) fino alla sua conclusione (e, cioè, alla data dell'affidamento dell'appalto in esito all'interpello). Infatti, per un verso, l'interpello viene indirizzato alle imprese che seguono, nell'ordine, l'originaria aggiudicataria e, dunque, sulla base della graduatoria che si è cristallizzata in esito alla fase della gara intesa in senso stretto e, per un altro, il contratto dev'essere stipulato alle stesse condizioni contenute in quello inizialmente concluso (e poi risolto). Si tratta, quindi, di un'attività amministrativa vincolata dalla legge in un duplice senso: soggettivo ed oggettivo.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 14 gennaio 2016 n. 93

Sulla decorrenza del termine di impugnazione e sui costi di sicurezza da interferenza

1. Di regola, la piena conoscenza delle motivazioni dell'atto di esclusione da una gara di appalto implica la decorrenza del termine decadenziale a prescindere dall'invio di una formale comunicazione ex art. 79, comma 5, del codice dei contratti pubblici, posto che l'art. 120 comma 5, cod. proc. amm., non prevedendo forme di comunicazione "esclusive" e "tassative", non incide sulle regole processuali generali del processo amministrativo.

2. Il principio secondo cui il termine per l'impugnazione dell'esclusione decorre dalla data di piena conoscenza del provvedimento stesso non opera allorchè non vi sia certezza della piena conoscenza del contenuto del provvedimento da parte del soggetto che era presente (quale delegato dell'impresa) alla seduta in cui è stata disposta l'esclusione dell'appellante, per il fatto che il verbale non risulta sottoscritto dal "delegato", né risulta che gliene sia stata consegnata copia e comunque non risulti espressamente dal verbale stesso che sia stata oralmente comunicata ad alta voce la duplice motivazione dell'esclusione, in modo da farla comprendere ai presenti.

3. La necessità che nelle offerte vengano comunque specificati anche i costi della sicurezza da rischio di interferenza o c.d. esterni riguarda le procedure di gara nelle quali la specifica indicazione dei costi da interferenza/esterni siano univocamente richiesta dalla *lex specialis*. Infatti, dalla previsione secondo la quale "i prezzi si intendono comprensivi di ogni onere, ad eccezione dell'IVA che sarà a carico della ASL e degli oneri per la sicurezza da interferenza" non si può trarre detto onere di specifica indicazione, ma semmai un criterio utile a superare eventuali dubbi di indeterminatezza del prezzo offerto.

4. In materia di indicazione dei costi per la sicurezza da rischio di interferenza o c.d. esterni, deve ritenersi che: a) la questione della rilevanza dell'indicazione dei costi c.d. esterni non è stata oggetto delle recenti decisioni dell'Adunanza Plenaria (n. 3/2015 e n. 9/2015), che hanno riguardato i costi della sicurezza aziendali/interni; b) non vi è alcuna norma che imponga ai concorrenti, tanto meno a pena di esclusione, di riprodurre nell'offerta la quantificazione dei costi da interferenza già effettuata dalla stazione appaltante; c) una previsione in tal senso non avrebbe utilità, posto che i concorrenti non possono far altro che tenere conto di detta quantificazione all'atto della formulazione dell'offerta; d) le radicali differenze che investono la natura dei costi della sicurezza dell'uno e dell'altro tipo impediscono di estendere la regola della necessaria indicazione dei costi aziendali, anche ai costi da rischi da interferenza.

TAR BASILICATA – POTENZA, SEZ. I – sentenza 18 gennaio 2016 n. 37

Sull'idoneità del punteggio numerico per la valutazione dell'offerta tecnica

La valutazione dell'offerta tecnica, in presenza di criteri puntuali e stringenti fissati dalle disposizioni di gara può estrinsecarsi mediante l'attribuzione di punteggi senza la necessità di una ulteriore motivazione, esternandosi in tal caso il giudizio della commissione nella graduazione e ponderazione dei punteggi assegnati in conformità ai criteri.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. IV – sentenza 14 gennaio 2016 n. 85

Sulla rilevanza di una dichiarazione mendace

1. Ai sensi dell'articolo 38, comma 1, del d.lgs. n. 163/2006, la produzione di una falsa dichiarazione è motivo di esclusione se resa direttamente nella gara di cui trattasi. Invece, quando la falsa dichiarazione sia stata posta in essere in altra e diversa procedura di gara, può rilevare quale ragione di esclusione ai sensi della lett. h) dell'articolo 38 del d.lgs. citato; tuttavia, a tali fini, è necessaria l'iscrizione nel casellario informatico, la quale consegue, ai sensi del comma 1 ter della norma, ad una valutazione dell'Autorità sull'esistenza del dolo o della colpa grave e sulla gravità dei fatti.

Sul requisito della grave negligenza e malafede (art. 38, comma 1, lett. f)

2. La sanzione espulsiva prevista dall'art. 38, comma 1, lett. f) del d.lgs. n. 163/2006 (secondo cui: *“Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure i soggetti: f) che, secondo motivata valutazione della stazione appaltante, hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara; o che hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante”*), presuppone necessariamente una “motivata valutazione” della PA, all'esito di una valutazione dei fatti (di natura discrezionale), la quale, ove conduca ad un esito di sussistenza della fattispecie espulsiva, deve essere assistita da **adeguata motivazione**. Non è invece necessaria l'esternazione delle ragioni tutte le volte in cui la valutazione dei fatti non conduca a ritenere configurabili la grave negligenza o malafede o il grave errore professionale.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 15 gennaio 2016 n. 116

Sulla partecipazione a gara delle Associazioni di volontariato

1. Alle associazioni di volontariato non è precluso partecipare agli appalti, ove si consideri che la legge-quadro sul volontariato, nell'elencare le entrate di tali associazioni, menziona anche le entrate derivanti da attività commerciali o produttive svolte a latere, con ciò riconoscendo la capacità di svolgere attività di impresa. Esse possono essere ammesse alle gare pubbliche quali “imprese sociali”, a cui il d.lgs. 24 marzo 2006 n. 155 ha riconosciuto la legittimazione ad esercitare in via stabile e principale un'attività economica organizzata per la produzione e lo scambio di beni o di servizi di utilità sociale, diretta a realizzare finalità d'interesse generale, anche se non lucrativa.

Sulla necessità di comunicare l'avvio del procedimento in caso di esclusione dopo l'ammissione

2. E' illegittimo, per violazione delle garanzie partecipative, il provvedimento con il quale la P.A., dopo aver ammesso una associazione di volontariato a partecipare ad una gara di appalto di servizi (nella specie si trattava del servizio di trasporto infermi), ha comunicato di aver rettificato in autotutela la *lex specialis*, disponendo che non è consentita la partecipazione alla gara di tale tipologia di associazioni, contestualmente escludendo dalla procedura concorrenziale l'associazione stessa; in tal caso, infatti, la stazione appaltante avrebbe dovuto comunicare alla associazione interessata l'avvio del procedimento di parziale annullamento di ufficio, *ex art. 7*, legge n. 241 del 1990, in quanto quella indicata come “rettifica” della *lex specialis* in realtà ha introdotto una sostanziale modifica delle condizioni di accesso alla gara, che ha comportato, di necessità, l'esclusione della associazione di volontariato dalla prosecuzione della procedura stessa.

TAR MOLISE, SEZ. I – sentenza 15 gennaio 2016 n. 15

Sulla modifica soggettiva dell'esecutore di un appalto pubblico

Negli appalti pubblici, in caso di cessione o di affitto di ramo di azienda nel corso del rapporto di appalto, si realizza una modifica soggettiva dell'esecutore ammessa dall'art. 116 del codice dei contratti pubblici, senza che una tale successione possa ritenersi preclusa dalla previsione di cui all'art. 37 del d.lgs. n. 163/2006, che sancisce il principio di immodificabilità soggettiva della riunione temporanea d'imprese; infatti, l'art. 116 del codice ritiene pienamente legittimo il trasferimento dell'azienda aggiudicataria in corso di esecuzione del rapporto, solo imponendo al cessionario di documentare il possesso dei requisiti di partecipazione; ciò nel rispetto del principio di libertà di iniziativa economica, che non può essere compresso fino al punto da precludere del tutto qualunque vicenda circolatoria dell'azienda nel periodo in cui è in corso l'esecuzione di un appalto.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 15 gennaio 2016 n. 112

Sulla possibilità di chiedere chiarimenti in relazione all’offerta e di avvalersi di consulenti

1. Nelle gare di appalto non è inibito alle commissioni di gara avvalersi di consulenze esterne, essendo comunque essenziale che l’attribuzione dei punteggi avvenga da parte dei soli componenti la commissione in seduta plenaria della stessa.

2. Nelle gare di appalto l’art. 46 del d.lgs. n. 163 del 2006 espressamente consente, al comma 1, alle stazioni appaltanti di chiedere chiarimenti sulle offerte ai singoli concorrenti. Non è quindi inibito alle stazioni appaltanti chiedere chiarimenti sulle offerte ai concorrenti in gara, fermo restando che nell’ambito di tale attività deve essere garantito il principio (basilare) di parità di trattamento.

Sull’ampia discrezionalità nel giudizio di valutazione dell’offerta tecnica

3. La commissione di gara, per l’individuazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa, nell’attribuzione dei punteggi agli elementi costituenti l’offerta tecnica gode di un’ampia discrezionalità, che non può essere oggetto di sindacato giurisdizionale sempre che sia in linea con i criteri predefiniti nella *lex specialis* di gara e non presenti macroscopiche irrazionalità ed incongruenze. Invero, il riscontro del Giudice amministrativo su tali valutazioni discrezionali deve essere svolto in modo estrinseco, nei limiti della rilevanza *ictu oculi* dei vizi di legittimità dedotti, essendo preclusa una sostituzione dell’Amministrazione, che costituirebbe ipotesi di sconfinamento vietato della giurisdizione di legittimità nella sfera riservata alla P.A..

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 18 gennaio 2016 n. 122

Sulla rilevanza della dichiarazione mendace

L’omessa dichiarazione da parte di una ditta partecipante ad una gara di due precedenti risoluzioni contrattuali disposte da altre PP.AA. determina l’esclusione, *ex art. 38, lett. f), d. lgs. n. 163 del 2006;* in tal caso, infatti, sussiste la violazione del principio di leale collaborazione con l’Amministrazione.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 18 gennaio 2016 n. 119

Sulla decorrenza del termine di impugnazione in caso di istanza di autotutela

Per i ricorsi in materia di gare di appalto, l’art. 120, comma 5, cod. proc. amm., non prevedendo forme di comunicazione esclusive e tassative, non incide sulle regole processuali generali del processo amministrativo, con riferimento alla possibilità che la piena conoscenza dell’atto, al fine del decorso del termine di impugnazione, sia acquisita con forme diverse da quelle dell’art. 79 D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163. E’ pertanto irricevibile il ricorso proposto da una ditta dopo il termine di trenta giorni decorrente dalla data in cui la ditta stessa ha sollecitato l’intervento in autotutela dell’amministrazione appaltante, al fine di caducare la disposta aggiudicazione per un motivo di legittimità; infatti, a quella data, in cui l’amministrazione appaltante sostiene, inoltre, di aver consentito l’accesso per le vie brevi agli atti della procedura di gara, la ditta interessata ha avuto piena conoscenza di un vizio di legittimità, sicché dalla stessa decorreva il termine dimidiato per proporre ricorso dinanzi al G.A.

TAR TOSCANA, SEZ. I – sentenza 18 gennaio 2016 n. 83

Sulle modalità di impugnazione del DURC

Rientra nella giurisdizione del G.O. piuttosto che in quella esclusiva del G.A. una controversia avente ad oggetto la domanda di annullamento del Documento Unico di Regolarità Contributiva (durc) emesso dall'INPS, poiché questo costituisce una dichiarazione di scienza rientrante nella categoria degli atti di certificazione con valore dichiarativo di dati in possesso dell'ente; le inesattezze in esso contenute investono posizioni di diritto soggettivo e possono pertanto essere corrette solo dal Giudice Ordinario, all'esito della proposizione di una querela di falso o di una controversia in materia di previdenza ed assistenza obbligatorie. Il Giudice amministrativo non è libero nell'apprezzamento delle circostanze che siano indice di irregolarità contributiva poiché il relativo documento ha carattere fidefacente e, pertanto, la prova di quanto in esso contenuto fa fede fino a querela di falso.

TAR PIEMONTE, SEZ. I – sentenza 20 gennaio 2016 n. 52

Sul requisito della regolarità contributiva

1. Nelle gare pubbliche, la regolarità contributiva e fiscale, richiesta come requisito indispensabile per la partecipazione ad una gara di appalto ai sensi dell'art. 38 del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, deve essere mantenuta per tutto l'arco di svolgimento della gara fino al momento dell'aggiudicazione, sussistendo l'esigenza della stazione appaltante di verificare l'affidabilità del soggetto partecipante alla gara fino alla conclusione della stessa, restando irrilevante un eventuale adempimento tardivo degli obblighi contributivi e fiscali, ancorché con effetti retroattivi giacché la ammissibilità della regolarizzazione postuma si tradurrebbe in una integrazione dell'offerta, configurandosi come violazione della par condicio.

2. Va esclusa da una gara di appalto una impresa che ha partecipato, in consorzio, ad una gara per l'affidamento di un appalto di servizi, nel caso in cui la ditta consorziata mandataria – individuata come società esecutrice dei servizi da appaltare nella misura dell'80% – sia risultata non in regola dal punto di vista contributivo e destinataria di un DURC negativo in un momento antecedente all'aggiudicazione; in tal caso, infatti, la sanzione espulsiva è giustificata dall'assenza, in capo alla consorziata mandataria (nella specie, esecutrice dell'80% dei servizi), di uno dei requisiti generali di partecipazione che devono essere, invece, posseduti da tutti i soggetti riuniti in consorzio.

TAR VENETO, SEZ. I – sentenza 19 gennaio 2016 n. 29

Sull'onere di diligenza in capo al concorrente

E' illegittimo il provvedimento con il quale la P.A. ha revocato in autotutela una gara di appalto, motivato con esclusivo riferimento al fatto che la stazione appaltante ha comunicato ad un concorrente la data di una seduta di gara, ad un numero di fax differente da quello indicato nell'offerta dalla ditta stessa – così asseritamente impedendo al concorrente di partecipare alla medesima seduta – nel caso in cui il numero fax cui la P.A. ha effettuato la comunicazione sia comunque oggettivamente riconducibile alla ditta interessata, essendo relativo alla relativa sede operativa e, quindi, rientrante nella sfera di controllo della medesima e il fax sia risultato funzionante. Infatti, chi partecipa a

procedure ad evidenza pubblica è soggetto ad un onere di ordinaria diligenza e di buona fede in relazione ad atti ed attività che potrebbero incidere sul regolare svolgimento della gara; e ciò anche nel rispetto dell'ampio patto d'integrità cui si vincola il soggetto che decide di partecipare alle gare.

TAR LAZIO – LATINA, SEZ. I – sentenza 20 gennaio 2016 n. 19

Sui limiti della valutabilità dei requisiti soggettivi

1. Nelle gare da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, in linea generale, non è consentito includere, tra i criteri di valutazione delle offerte, elementi attinenti alla capacità tecnica dell'impresa (quali, ad es., certificazione di qualità e pregressa esperienza), anziché alla qualità dell'offerta, per il divieto di commistione fra i criteri soggettivi di prequalificazione e criteri afferenti alla valutazione dell'offerta ai fini dell'aggiudicazione.

2. Il principio della netta separazione tra criteri soggettivi di prequalificazione e criteri di aggiudicazione della gara deve essere interpretato "*cum grano salis*", consentendo alle stazioni appaltanti – nei casi in cui determinate caratteristiche soggettive del concorrente, in quanto direttamente riguardanti l'oggetto del contratto, possano essere valutate anche per la selezione dell'offerta – di 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. Tale possibilità è tuttavia da ritenere ammessa soltanto: a) se aspetti dell'attività dell'impresa possano effettivamente illuminare la qualità dell'offerta; b) se lo specifico punteggio assegnato, ai fini dell'aggiudicazione, per attività analoghe a quella oggetto dell'appalto, non incida in maniera rilevante sulla determinazione del punteggio complessivo (tali condizioni sono state ritenute assenti nella fattispecie in questione, trattandosi di gara di lavori nella quale alle qualità soggettive della concorrente era prevista l'attribuzione di ben metà del punteggio complessivo dell'offerta tecnica; per tale motivo il disciplinare di gara è stato ritenuto illegittimo).

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 22 gennaio 2016 n. 209

Sull'ambito di applicazione della revisione prezzi

La revisione dei prezzi dei contratti della P.A., prevista dall'art. 115 del codice dei contratti, si applica solo alle proroghe contrattuali, come tali previste *ab origine* negli atti di gara ed oggetto di consenso "a monte" (proroghe, nella specie, non previste), ma non anche agli atti successivi al contratto originario con cui, mediante specifiche manifestazioni di volontà, è stato dato corso tra le parti a distinti, nuovi ed autonomi rapporti giuridici, ancorché di contenuto identico a quello originario per quanto concerne la remunerazione del servizio.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 22 gennaio 2016 n. 210

Sul requisito della grave negligenza

E' legittimo il provvedimento con il quale la Stazione appaltante ha escluso una ditta dalla gara che sia motivato con riferimento al fatto che, in precedenza, nei confronti della medesima ditta, un'altra P.A.

ha disposto la revoca dall'aggiudicazione in un servizio analogo a quello di gara, con conseguente apertura di indagini giudiziarie penali per truffa, con danno all'immagine della P.A. interessata; in tal caso, infatti, deve ritenersi che l'esclusione non configura l'esecuzione di una arbitraria clausola escludente, contrastante con il principio di tassatività *ex art. 46, comma 1 bis, d. lgs. n. 163 del 2006*, ma sia stata disposta in ragione di una fattispecie riconducibile ad una norma di legge (nella specie, l'art. 38, comma 1, lett. f), d.lgs. n. 163 del 2006), a nulla rilevando che nella società interessata vi sia stato il mutamento degli organi.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 22 gennaio 2016 n. 211

Sul giudizio di anomalia dell'offerta

1. Nelle gare pubbliche di appalto, la valutazione di anomalia dell'offerta va fatta considerando tutte le circostanze del caso concreto, poiché un utile all'apparenza modesto può comportare un vantaggio significativo sia per la prosecuzione in sé dell'attività lavorativa (il mancato utilizzo dei propri fattori produttivi è comunque un costo), sia per la qualificazione, la pubblicità, il curriculum derivanti per l'impresa dall'essere aggiudicataria e dall'aver portato a termine un appalto pubblico, cosicché nelle gare pubbliche non è possibile stabilire una soglia minima di utile al di sotto della quale l'offerta deve essere considerata anomala, al di fuori dei casi in cui il margine positivo risulta pari a zero.

2. Il giudizio sull'anomalia delle offerte presentate in una gara di appalto è un giudizio ampiamente discrezionale, espressione paradigmatica di discrezionalità tecnica, sindacabile solo in caso di manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza; il giudice amministrativo può sindacare le valutazioni della P.A. sotto il profilo della logicità, ragionevolezza ed adeguatezza dell'istruttoria, ma non procedere ad una autonoma verifica della congruità dell'offerta e delle singole voci, che costituirebbe un'inammissibile invasione della sfera propria della P.A. e tale sindacato rimane limitato ai casi di macroscopiche illegittimità, quali errori di valutazione gravi ed evidenti, oppure valutazioni abnormi o inficiate da errori di fatto.

TAR LAZIO – SEZ. II – sentenza 22 gennaio 2016 n. 798

Sul soccorso istruttorio

In caso di omessa dichiarazione, trovano applicazione le conseguenze e gli effetti stabiliti dall'art. 38, comma 2-*bis*, del D.Lgs. n. 163 del 2006, che non prevede l'esclusione dalla gara e la decadenza dall'aggiudicazione ma il ricorso da parte della stazione appaltante al soccorso istruttorio, con cui assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. L'esclusione del concorrente dalla gara potrà essere disposta esclusivamente a seguito dell'inutile decorso del termine assegnato ai fini della regolarizzazione e poggiare su tale inadempimento, non potendo invece basarsi sulla omessa dichiarazione.

Alla luce delle novelle normative introdotte dal decreto legge n. 90 del 2014, la finalità della norma che ha istituzionalizzato il soccorso istruttorio è quella – per come rilevato anche dall'ANAC con la delibera n. 1 del 2015 – di evitare l'esclusione dalla gara per mere carenze documentali, ivi compresa la mancanza assoluta delle dichiarazioni, imponendo alla stazione appaltante di procedere ad una istruttoria preordinata ad acquisire la completezza delle dichiarazioni, prima della valutazione dell'ammissibilità dell'offerta o della domanda.

TAR CAMPANIA – SALERNO, SEZ. I – sentenza 25 gennaio 2016 n. 254

Sull'allegazione di un documento di identità scaduto

L'allegazione alla dichiarazione sostitutiva del documento di identità scaduto deve ricondursi nella categoria dell'irregolarità, come tale, suscettibile di regolarizzazione, mediante produzione di un documento in corso di validità o dell'autodichiarazione su riportata in ultimo. In tal caso non si determina alcuna violazione della *par condicio*, non incidendo tale documento sulla sussistenza dei requisiti o sulla regolarità dell'offerta e non facendo venir meno l'imputabilità della dichiarazione resa al soggetto che l'ha sottoscritta, e si ottiene altresì la massima partecipazione.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 25 gennaio 2016 n. 234

Sull'omessa dichiarazione di una irregolarità contributiva

Va esclusa una ditta che, nel partecipare ad una gara di appalto, non ha dichiarato – ai sensi dell'art. 38, primo comma lett. i), del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 – di avere un debito per contributi previdenziali non versati di rilevante importo (nella specie dell'importo di € 991.129,40), a nulla rilevando che, all'atto della dichiarazione, la ditta stessa non aveva ricevuto alcuna comunicazione relativa alla sua posizione contributiva ed era anzi in possesso di un DURC positivo in corso di validità, ove risulti che la ditta in questione era comunque a conoscenza della propria situazione debitoria (conoscenza che nella specie aveva dimostrato di avere avuto con una richiesta di rateizzazione). Infatti, nelle gare di appalto, il dichiarante deve esporre tutte le circostanze delle quali sia a conoscenza rilevanti per l'accertamento dei requisiti necessari per la partecipazione; inoltre, egli deve condurre il relativo accertamento con la necessaria diligenza, per cui deve essergli imputata l'omessa dichiarazione di dati che avrebbe potuto agevolmente acquisire.

TAR CAMPANIA – SALERNO, SEZ. I – sentenza 25 gennaio 2016 n. 247

Sull'inammissibilità di un progetto privo della relazione geologica

Va esclusa da una gara per l'affidamento di un appalto integrato per la progettazione esecutiva e la realizzazione dei lavori (nella specie, si trattava della progettazione esecutiva e realizzazione dei lavori di bonifica e messa in sicurezza di un ex discarica comunale) una ditta che ha omesso di allegare all'offerta tecnica la relazione geologica; infatti, ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 26 e 35 del d.P.R. n. 207 del 2010, la relazione geologica deve ritenersi elaborato imprescindibile della progettazione esecutiva, con la conseguenza che, in difetto della stessa, l'offerta tecnica deve considerarsi caratterizzata da incompletezza talmente grave, da minarne funditus l'affidabilità e la valutabilità, senza nessuna possibilità di soccorso istruttorio a fini di integrazione o chiarimento.

TAR CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. II – sentenza 27 gennaio 2016 n. 456

Sull'istituto del soccorso istruttorio

1. E' illegittimo 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 omesso di dimostrare di avere la disponibilità, già in fase di partecipazione alla gara, di una sede operativa nel territorio del Comune o di un Comune limitrofo, nel caso in cui la *lex specialis* non contenga, al riguardo, una espressa comminatoria, atteso che, in tale ipotesi, il provvedimento espulsivo viola il principio di tassatività delle cause di esclusione previsto dall'art. 46, comma 1-bis del D.Lgs. n. 163 del 2006; nell'ipotesi considerata invece la stazione appaltante, piuttosto che escludere il concorrente, deve, a mezzo del soccorso istruttorio, invitare la medesima ditta, ex art. 46 del D.Lgs. n. 163 del 2006, a fornire chiarimenti e ad integrare la carente documentazione presentata.

2. Nelle gare di appalto, il soccorso istruttorio previsto dall'art. 46, commi 1 e 1-ter del codice dei contratti pubblici, dopo le recenti modifiche apportate dal D.L. n. 90 del 2014, è attualmente un istituto di ampia portata che consente di sopperire, con l'integrazione, anche alla totale mancanza di un documento comprovante un requisito essenziale.

3. L'art. 46 del codice dei contratti pubblici, nel disporre che le amministrazioni invitano, se necessario, le ditte partecipanti a fornire chiarimenti ed ad integrare la carente documentazione presentata, non ha inteso assegnare alle stesse una mera facoltà o un potere eventuale, ma ha inteso codificare un ordinario modo di procedere volto a fare valere la sostanza sulla forma, orientando l'azione amministrativa sulla concreta verifica dei requisiti di partecipazione e della capacità tecnica ed economica, senza che, in assenza di regole tassative e di preclusioni imposte, l'esercizio di tale facoltà possa configurare una violazione della par condicio dei concorrenti rispetto ai quali, al contrario, assume rilievo l'effettività del possesso del requisito. In atto, quindi, l'esclusione dalla gara è prevista unicamente in caso di omessa produzione, entro il termine assegnato, della documentazione (riguardante anche fattori essenziali) riscontrata carente, ovvero nel caso di effettiva insussistenza dei requisiti richiesti dalla legge di gara.

TAR CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. I – sentenza 27 gennaio 2016 n. 452

Sull'inammissibilità di un avvalimento condizionato

E' illegittima l'aggiudicazione di una gara di appalto ad una società che ha fatto ricorso all'istituto dell'avvalimento ex art. 49 del d.lgs. n. 163 del 2006, nel caso in cui il relativo contratto contenga una clausola potestativa, secondo la quale l'impresa ausiliaria si è riservata la facoltà di negare la disponibilità del requisito di qualificazione a suo insindacabile giudizio; in tal caso, infatti, l'affidamento dell'appalto è illegittimo per invalidità del contratto di avvalimento stipulato dall'impresa affidataria.

CORTE DI GIUSTIZIA U.E., SEZ. V – sentenza 28 gennaio 2016 (causa C-50/14)

Sull'ammissibilità di un affidamento diretto ad associazioni di volontariato di servizi sanitari

1. Gli articoli 49 TFUE e 56 TFUE devono essere interpretati nel senso che non ostano a una normativa nazionale che consente alle autorità locali di attribuire la fornitura di servizi di trasporto sanitario mediante affidamento diretto, in assenza di qualsiasi forma di pubblicità, ad associazioni di volontariato, purché il contesto normativo e convenzionale in cui si svolge l'attività delle associazioni in parola contribuisca effettivamente a una finalità sociale e al perseguimento degli obiettivi di solidarietà ed efficienza di bilancio.

2. Qualora uno Stato membro consenta alle autorità pubbliche di ricorrere direttamente ad associazioni di volontariato per lo svolgimento di determinati compiti, un'autorità pubblica che intenda stipulare convenzioni con associazioni siffatte non è tenuta, ai sensi del diritto dell'Unione, a una previa comparazione delle proposte di varie associazioni.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. IV – sentenza 28 gennaio 2016 n. 326

Sull'accesso agli atti di gara

1. Negli appalti pubblici, non sono ostensibili le relazioni del direttore dei lavori e del collaudatore, anche dopo l'eliminazione del termine "riservato" dall'art. 31 *bis* della legge n. 109/1994 operata dalla legge n. 166/2002, dovendosi ritenere tale eliminazione irrilevante, sia perché è ben chiaro a quali documenti si riferisce l'articolo 10 del regolamento (D.P.R. n. 554/1999), sia perché il collaudo delle opere pubbliche è ancora disciplinato dall'articolo 100 del regio decreto 25 maggio 1895 n. 350, che definisce "segreta" la relazione del collaudatore.

2. La disciplina legale dell'ostensibilità dei documenti amministrativi pone – sul piano oggettivo – un rapporto di regola/eccezione, nel senso che la regola è data dall'accesso, mentre le specifiche eccezioni, analiticamente indicate, costituiscono ipotesi derogatorie; la "ratio" che accomuna tali eccezioni è data dall'essere le stesse preordinate alla protezione di dati riservati in possesso dell'Amministrazione, la cui divulgazione arrecherebbe pregiudizio alla tutela di interessi superindividuali, ovvero alla protezione della riservatezza di soggetti terzi.

3. In via generale, in base alla disciplina contenuta negli artt. 22 e ss. L. n. 241/90, il diritto di accesso può esercitarsi anche rispetto a documenti di natura privatistica, purché concernenti attività di pubblico interesse. D'altro canto, l'attività amministrativa, soggetta all'applicazione dei principi di imparzialità e di buon andamento, è configurabile non solo quando l'Amministrazione esercita pubbliche funzioni e poteri autoritativi, ma anche quando essa persegue le proprie finalità istituzionali e provvede alla cura concreta di pubblici interessi mediante un'attività sottoposta alla disciplina dei rapporti tra privati.

4. Ai fini dell'accesso c.d. defensionale ai documenti amministrativi, cioè propedeutico alla miglior tutela delle proprie ragioni in giudizio, non rileva che quest'ultimo sia già pendente o da introdurre.

5. E' possibile esercitare il diritto di accesso in ordine al testo delle riserve apposte dall'impresa appaltatrice sugli atti dell'appalto ed alle relative controdeduzioni del direttore dei lavori; tali atti, infatti, integrano il dato "storico" che fotografa il contrasto tra le parti intercorso nella fase di esecuzione dell'appalto, onde non v'è ragione di precluderne l'accessibilità.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 29 gennaio 2016 n. 346

Sull'inapplicabilità del soccorso istruttorio ad un contratto di avvalimento generico

1. Anche se il contratto di avvalimento non può essere ricondotto ad alcuna specifica tipologia, tanto che ne è stata più volte ribadita la sua atipicità lasciata all'autonomia negoziale delle parti, tuttavia occorre che la prova dell'effettiva disponibilità delle risorse dell'ausiliario da parte dell'ausiliato vada determinata in relazione alla natura ed alle caratteristiche del singolo requisito, e ciò soprattutto nei settori dei servizi e delle forniture, dove non esiste un sistema di qualificazione a carattere unico ed obbligatorio, come accade per gli appalti di lavori, ed i requisiti richiesti vengono fissati di volta in

volta dal bando di gara. Infatti, le regole dettate dall'art. 49 del d. lgs. 163/2006 e dall'art. 88 del d.P.R. 207/2010 in materia di avvalimento, pur finalizzate a garantire la serietà, la concretezza e la determinatezza di questo, non devono essere interpretate meccanicamente né secondo aprioristici schematismi concettuali, che non tengano conto del singolo appalto e, soprattutto, frustrando la sostanziale disciplina dettata dalla *lex specialis*.

2. L'esigenza di una puntuale analitica individuazione dell'oggetto del contratto di avvalimento, oltre ad avere un sicuro ancoraggio sul terreno civilistico nella generale previsione codicistica che configura quale causa di nullità di ogni contratto l'indeterminatezza (e l'indeterminabilità) del relativo oggetto, trova la propria essenziale giustificazione funzionale, inscindibilmente connessa alle procedure contrattuali pubbliche, nella necessità di non consentire facili e strumentali aggiramenti del sistema dei requisiti di partecipazione alle gare.

3. Nelle gare di appalto, elemento essenziale dell'istituto dell'avvalimento è la reale messa a disposizione delle risorse umane e dei beni strumentali occorrenti per la realizzazione dei lavori o dei servizi oggetto di gara, con conseguente obbligo per l'impresa ausiliata di presentare alla stazione appaltante l'elencazione dettagliata dei fattori produttivi, in modo da consentirle di conoscere la consistenza del complesso economico-finanziario e tecnico-organizzativo offerti in prestito dall'ausiliaria e di valutare la loro idoneità all'esecuzione dell'opera.

4. L'istituto del soccorso istruttorio non è applicabile allorché il contratto di avvalimento non sia né mancante né incompleto, sul piano materiale, ma generico e inadatto dal punto di vista contenutistico, quanto, cioè, ad uno dei requisiti del contratto richiesti a pena di nullità e, cioè, l'oggetto, ai sensi dell'art. 1346 e dell'art. 1418, comma secondo, c.c., sicché a tale indeterminatezza dell'oggetto, con conseguente genericità dell'offerta, non può supplirsi mediante il soccorso istruttorio.

LEGGE 28 gennaio 2016, n. 11 (G.U. n. 23 del 29 gennaio 2016; in vigore dal 13 febbraio 2016) – Delegatione al Governo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 3 febbraio 2016 n. 402

Sulla natura del preavviso di ricorso ex art. 243 bis del codice dei contratti

1. In tema di gare di appalto, il c.d. preavviso di ricorso previsto dall'art. 243-bis del codice dei contratti pubblici non comporta per l'Amministrazione alcun obbligo di riesame né di sospensione della procedura e neppure un obbligo di risposta espressa, potendo la stessa formarsi "*per silentium*" ai sensi del comma 6. Inoltre, la procedura introdotta a seguito del preavviso di ricorso non influisce sull'esito della gara, cosicché la stazione appaltante può legittimamente aggiudicare in via definitiva la gara senza attendere l'esito del riesame.

2. Il c.d. preavviso di ricorso non è posto a tutela di una posizione giuridica soggettiva, ma è finalizzato a sollecitare l'Amministrazione ad un eventuale riesame, comunque non obbligatorio, del proprio operato in autotutela, il cui esito negativo per l'istante ha natura meramente confermativa del provvedimento contestato, privo di carattere lesivo rispetto a quest'ultimo e dunque non comportante alcun onere di impugnativa; pertanto, il comportamento della stazione appaltante può al più essere

valutato in sede giurisdizionale ai fini risarcitori (comma 5), in ipotesi di successiva accertata illegittimità, e in ogni caso in sede di regolamento delle spese processuali.

3. L'art. 243-bis del codice dei contratti pubblici, nel prevedere al comma 6 che il diniego di autotutela «è impugnabile solo unitamente all'atto cui si riferisce, ovvero, se quest'ultimo è già stato impugnato, con motivi aggiunti», attribuisce all'interessato una mera facoltà di impugnazione esercitabile nel giudizio sull'atto "principale".

TAR SARDEGNA, SEZ. I – sentenza 2 febbraio 2016 n. 88

Sull'inapplicabilità del soccorso istruttorio a carenze delle offerte

1. Va esclusa da una gara di appalto per l'affidamento di un servizio una ditta che, in violazione di quanto prescritto dal capitolato speciale d'appalto, non ha presentato una relazione sulla modalità di prestazione del servizio di assistenza e manutenzione, ma ha semplicemente dichiarato che avrebbe eseguito gli interventi straordinari e urgenti come da capitolato speciale. In tal caso, infatti, essendo carente la relazione prevista dal capitolato, l'offerta tecnica deve considerarsi caratterizzata da incompletezza talmente grave da minarne *funditus* l'affidabilità e la valutabilità, senza nessuna possibilità di soccorso istruttorio a fini di integrazione o chiarimento.

2. Il principio della tassatività delle cause di esclusione, previsto dall'art. 46, comma 1 bis, del codice dei contratti pubblici, introdotto dall'art. 4, comma 2, del d.l. 13 maggio 2011 n. 70, convertito con modificazioni dalla legge 12 luglio 2011, n. 106, ha lo scopo di evitare la possibile esclusione da una gara non a causa della mancanza dei requisiti (soggettivi o oggettivi) di partecipazione, ma a causa del mancato rispetto di adempimenti solo documentali o formali o privi, comunque, di una base normativa espressa; tale principio, pertanto, non è applicabile nel caso di accertata carenza di una parte del contenuto dell'offerta ritenuta essenziale dalla stazione appaltante.

Sull'accesso agli atti di gara

3. La disciplina in tema di accesso agli atti di gara, dettata dall'art. 13 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, è più restrittiva di quella generale imposta dall'art. 24 della L. 7 agosto 1990 n. 241, sia sotto il profilo soggettivo, atteso che nel primo caso l'accesso è consentito solo al concorrente che abbia partecipato alla selezione, che sul piano oggettivo, essendo l'accesso condizionato alla sola comprovata esigenza di una difesa in giudizio, laddove il cit. art. 24, l. n. 241 del 1990 offre un ventaglio più ampio di possibilità, consentendo l'accesso ove necessario per la tutela della posizione giuridica del richiedente, senza alcuna restrizione sul piano processuale. Alla stregua di tale disciplina deve pertanto ritenersi che una ditta, esclusa legittimamente dalla gara, non abbia legittimazione all'accesso alla documentazione tecnica degli altri concorrenti.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI – sentenza 3 febbraio 2016 n. 426

Sulla partecipazione a gara a seguito della presentazione della domanda di concordato

Possono partecipare alle gare non solo le imprese che hanno già ottenuto il decreto di ammissione al concordato con continuità aziendale, "ma anche quelle che abbiano presentato domanda di ammissione al concordato preventivo". Non depone in senso contrario la circostanza che la domanda di concordato preventivo sia stata presentata "in bianco" o "con riserva". Sul punto la giurisprudenza

si è pronunciata espressamente affermando che il deposito della domanda di concordato preventivo con riserva (c.d. “concordato in bianco”) non comporta il venir meno dei requisiti prescritti dall’articolo 38 del Codice dei contratti pubblici.

Il richiamato orientamento è del resto coerente le finalità della riforma della L.F. (approvata con il d.l.22 giugno 2012, n. 83 del 2012, conv. dalla l. 7 agosto 2012, n. 134) che – nell’interesse del mercato e degli stessi creditori – è volta a “guidare l’impresa oltre la crisi”, anche preservando “la capacità dell’impresa a soddisfare al meglio i creditori attraverso l’acquisizione di nuovi appalti”.

Sulla corrispondenza tra quote di partecipazione e quote di esecuzione

Alla stregua dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (che – appunto con riguardo all’invocato articolo 37, comma 4, e all’indicazione delle parti del servizio imputate alle singole imprese associate o associande – rileva la necessità di seguire “un approccio ermeneutico di natura sostanzialistica che valorizzi il dato teleologico del raggiungimento dello scopo della norma senza che assuma rilievo dirimente il profilo estrinseco del modo in cui siffatta esigenza sia soddisfatta”) tale obbligo dovrà ritenersi assolto sia in caso di indicazione, in termini schiettamente descrittivi, delle singole parti del servizio da cui sia evincibile il riparto di esecuzione tra le imprese associate, sia in caso di indicazione quantitativa, in termini percentuali, della quota di riparto delle prestazioni che saranno eseguite tra le singole imprese.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 3 febbraio 2016 n. 413

Sui presupposti per l’affidamento in via d’urgenza

1. Il sistema di scelta del contraente a mezzo di procedura negoziata senza pubblicazione del bando, di cui all’art. 57, comma 2, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, rappresenta un’eccezione al principio generale della pubblicità e della massima concorrenzialità tipica della procedura aperta, con la conseguenza che i presupposti fissati dalla legge per la sua ammissibilità devono essere accertati con il massimo rigore e non sono suscettibili d’interpretazione estensiva.

2. In base all’art. 57, comma 2, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, l’affidamento diretto mediante procedura negoziata senza pubblicazione del bando è consentito nella misura strettamente necessaria, quando l’estrema urgenza, risultante da eventi imprevedibili per le stazioni appaltanti, non è compatibile con i termini imposti dalle procedure aperte, ristrette, o negoziate previa pubblicazione di un bando di gara. Le circostanze invocate a giustificazione della estrema urgenza non devono in ogni caso essere imputabili alle stazioni appaltanti.

3. E’ legittimo l’affidamento diretto *ex art. 57, comma 2, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163*, di un impianto sportivo pubblico (nella specie si trattava di un impianto di piscine coperte) in via temporanea e facendo salvi gli effetti della decisione del giudizio promosso da altra ditta sugli atti di gara, evidenziando, nel relativo provvedimento, che tale affidamento si è reso necessario per evitare di far fronte a costi non sostenibili derivanti dal pericolo di un’eventuale “non gestione” della struttura per un tempo apprezzabile e non predeterminabile, con connessa evidente alta probabilità di danni che all’ente sarebbe potuta derivare dall’eventuale danneggiamento degli impianti. In tal caso, infatti, la valutazione della sussistenza dell’estrema urgenza di salvaguardare la struttura, senza lasciarla inutilizzata con i rischi di vandalismi e di deterioramenti, è derivata da eventi che non possono ritenersi prevedibili e che non sono imputabili nella specie all’Amministrazione appaltante.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 3 febbraio 2016 n. 408

Sul termine di impugnazione degli atti di gara

1. In materia di appalti pubblici, ai sensi dell'art. 120, comma 5, c.p.a., il ricorso avverso il provvedimento di aggiudicazione definitiva di regola deve essere proposto nel termine di 30 giorni, decorrente dalla ricezione della comunicazione di cui all'art. 79 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, accompagnata dal provvedimento e dalla relativa motivazione contenente almeno gli elementi di cui al comma 2, lett. c), dello stesso art. 79. Nel caso di comunicazione incompleta, la 'conoscenza' utile ai fini della decorrenza del termine, coincide con la cognizione, acquisita in sede di accesso, degli elementi oggetto della comunicazione dell'art. 79, senza che sia necessaria l'estrazione delle relative copie.

2. Anche alla stregua delle finalità acceleratorie poste a base dell'art. 120 c.p.a., si deve ritenere che la visione abbia consentito, anche ai sensi dell'inciso finale del comma 5 della stessa disposizione, la cognizione integrale degli atti, integri la piena conoscenza degli elementi ritenuti rilevanti dall'art. 79 del codice dei contratti pubblici e faccia decorrere il termine di impugnazione dell'aggiudicazione definitiva.

3. L'errore scusabile è ammesso solo in presenza di oggettive ragioni di incertezza su questioni di diritto o di gravi impedimenti di fatto. La rimessione in termini per errore scusabile non può pertanto essere riconosciuta nel caso di proposizione del ricorso avverso l'aggiudicazione di una gara di appalto oltre 30 giorni dalla cognizione, acquisita in sede di accesso, degli elementi oggetto della comunicazione dell'articolo 79 del codice degli appalti pubblici, senza che sia necessaria l'estrazione delle relative copie, ove, peraltro, gli atti di gara siano stati pubblicati nell'albo on line della P.A. appaltante e non siano state fornite dimostrazioni circa la loro inaccessibilità o difficoltà di consultazione.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 3 febbraio 2016 n. 412

Sull'obbligo dichiarativo anche in caso di affitto di ramo d'azienda

Nei casi di cessione di azienda, fusione e incorporazione societaria, i legali rappresentanti delle società cedenti, incorporate o fuse con altra società devono essere considerati come rientranti fra i soggetti «cessati dalla carica» e quindi per essi deve essere resa la dichiarazione ex art. 38, comma 1, lett. c), del codice dei contratti pubblici qualora la vicenda societaria sia avvenuta nell'anno antecedente la pubblicazione del bando di gara. Tale principio, affermato espressamente nel caso di «cessione di azienda», è estensibile, per identità di *ratio*, anche all'affitto d'azienda.

TAR PUGLIA – LECCE, SEZ. II – sentenza 5 febbraio 2016 n. 261

Sul diniego di accesso agli atti di gara da parte della ditta che non ha impugnato l'aggiudica

E' inammissibile un ricorso con il quale è stato impugnato il diniego espresso dalla stazione appaltante, in ordine ad una istanza ostensiva tendente ad ottenere copia dell'offerta dell'aggiudicatario di una gara di appalto, nel caso in cui detta istanza sia stata avanzata da una ditta che, pur avendo partecipato alla gara, non ha impugnato l'aggiudicazione definitiva né è nei termini per impugnarla; in tal caso, infatti, in base al combinato-disposto dell'art. 24, L. n. 241 del 1990,

dell'art. 13, D.Lgs. 163 del 2006 e dell'art. 116, comma 2, c.p.a., sussiste l'inutilità dell'accesso all'offerta tecnica dell'aggiudicataria ai fini della difesa in giudizio.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 5 febbraio 2016 n. 463

Sull'informativa antimafia

1. Se è vero che la misura dell'interdittiva antimafia obbedisce a una logica di anticipazione della soglia di difesa sociale e non postula, come tale, l'accertamento in sede penale di uno o più reati che attestino il collegamento o la contiguità dell'impresa con associazioni di tipo mafioso, potendo, perciò, restare legittimata anche dal solo rilievo di elementi sintomatici che dimostrino il concreto pericolo (anche se non la certezza) di infiltrazioni della criminalità organizzata nell'attività imprenditoriale, è anche vero che l'apprezzamento degli indici significativi del predetto rischio deve necessariamente fondare una valutazione di attualità del tentativo di condizionamento della gestione dell'impresa da parte di associazioni mafiose.

2. L'informativa interdittiva antimafia può legittimamente fondarsi su fatti e circostanze risalenti nel tempo, oltre che su indici più recenti, purché, tuttavia, dall'analisi del complesso delle vicende esaminate emerga un quadro indiziario idoneo a giustificare il necessario giudizio di attualità e di concretezza del pericolo di infiltrazione mafiosa nell'amministrazione dell'attività d'impresa.

CGA, SEZ. GIURISDIZIONALE – sentenza 8 febbraio 2016 n. 33

Sulla regolarità contributiva e sulla legittimazione ad impugnare da parte della ditta esclusa

1. Nelle gare pubbliche di appalto, i requisiti generali e speciali richiesti dal bando devono essere posseduti dai partecipanti non solo al momento della scadenza del termine per la presentazione delle offerte, ma anche in ogni successiva fase del procedimento di aggiudicazione. E' pertanto legittima l'esclusione dalla gara di una ditta che, pur possedendo il requisito della regolarità contributiva alla data di presentazione della offerta, ha perso detto requisito nel corso dello svolgimento della gara.

2. La "violazione grave" delle norme in materia previdenziale e assistenziale, configurata dall'art. 38 comma 1 lett. i) del codice dei contratti pubblici come causa di esclusione dalle gare pubbliche d'appalto, non è rimessa alla valutazione caso per caso della stazione appaltante, ma è demandata agli Istituti di previdenza mediante la disciplina del documento unico di regolarità contributiva, le cui risultanze non sono sindacabili dall'Amministrazione. Nè l'assenza del requisito è sanabile o regolarizzabile a posteriori, pena la violazione del principio della par condicio tra i concorrenti.

3. Nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici, la legittimazione al ricorso deve essere correlata ad una situazione differenziata, in modo certo, per effetto della partecipazione alla stessa procedura oggetto di contestazione, salvi i casi nei quali il soggetto contesti, in radice, la scelta della stazione appaltante di indire la procedura, oppure l'operatore economico "di settore" contesti un "affidamento diretto" o senza gara, oppure venga contestata una clausola del bando "escludente", in relazione all'illegittima previsione di determinati requisiti di qualificazione. Ne consegue che in generale il soggetto legittimamente escluso da una gara non ha titolo a contestarne le risultanze, al pari dei soggetti che non vi abbiano partecipato, poiché il suo interesse a provocare il rinnovo integrale della procedura ha rilievo di mero fatto e non lo legittima all'impugnazione.

CGA, SEZ. GIURISDIZIONALE – sentenza 8 febbraio 2016 n. 34

Sulle modifiche soggettive delle ATI, anche in caso di interdittive antimafia

1. Nelle gare pubbliche di appalto vige il principio generale della immodificabilità soggettiva del partecipante alla procedura, il quale comporta – per quanto riguarda i soggetti associati – che è vietata qualsiasi modificazione alla composizione dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi ordinari dei concorrenti rispetto a quella risultante dall’impegno presentato in sede di offerta. Eccezioni a tale principio sono individuate dall’art. 37 del codice dei contratti pubblici, il quale prevede ai commi 18 e 19 rispettivamente che: a) se viene meno la impresa capogruppo e mandataria originario (per le varie cause ivi indicate e cioè per i casi di “fallimento di uno dei mandanti ovvero, qualora si tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o fallimento del medesimo ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia”), il rapporto contrattuale può proseguire con l’ATI solo se un altro operatore economico in possesso dei requisiti si costituisce come nuovo mandatario o altrimenti si estingue; b) invece, se viene meno una impresa mandante, il rapporto con l’ATI prosegue comunque, o con la sostituzione di quella o con l’esecuzione della prestazione, già affidata alla mandante stessa, da parte dell’impresa capogruppo e mandataria o delle altre imprese mandanti (se ci sono).

2. Le disposizioni di cui all’art. 37, comma 18, del codice dei contratti pubblici, sulla sostituzione della impresa mandataria di una r.t.i. divenuta incapace, si applicano anche nei casi in cui l’incapacità consegue all’adozione di una interdittiva antimafia. Il codice antimafia di cui al D.L.vo n. 159 del 2011, infatti, detta (all’art. 95, comma 1) una disciplina sostanzialmente sovrapponibile a quella del codice appalti nel caso di interdittiva a carico dell’impresa mandataria

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. IV – sentenza 8 febbraio 2016 n. 488

Sulla prescrizione in tema di revisione prezzi

1. E’ utilmente proposta l’eccezione di prescrizione in ordine ad una istanza di una società, tendente ad ottenere il riconoscimento del diritto alla revisione dei prezzi, nel caso in cui sia stata sollevata dalla P.A. con la memoria di replica. Infatti, in base all’art. 2938 c.c., la prescrizione non è rilevabile d’ufficio, né può essere prospettata dall’Amministrazione con una relazione ma solo dal difensore né, infine, per la prima volta, prospettata in appello; tuttavia, nel processo amministrativo, l’eccezione di prescrizione può essere legittimamente sollevata anche con la memoria conclusiva del giudizio e persino nel corso dell’udienza di discussione del ricorso; con la ulteriore conseguenza che, se l’eccezione di prescrizione può essere proposta anche nel corso dell’udienza di discussione, la memoria di replica non può essere all’uopo considerata tardiva.

2. Il diritto alla revisione dei prezzi soggiace alla prescrizione quinquennale, atteso che esso non è altro che il diritto ad un diverso e più vantaggioso calcolo del corrispettivo spettante al prestatore del servizio; pertanto, esso si prescrive, per ciascun rateo del corrispettivo contrattuale, a decorrere dal termine di pagamento del rateo, se questo non viene pagato, ovvero del diritto alla integrazione, se il rateo viene pagato in un importo inferiore a quello contrattualmente dovuto; e, poiché il diritto al pagamento dei singoli ratei è soggetto a prescrizione quinquennale, questo è il termine da applicare anche al diritto di chiederne la revisione.

TAR LAZIO – ROMA – sentenza 9 febbraio 2016 n. 1873

Sulla necessità di un termine congruo per la presentazione delle offerte

1. E' illegittima una procedura negoziata senza pubblicazione del bando per l'affidamento in concessione di un servizio pubblico (nella specie si trattava del servizio di rimozione veicoli in sosta d'intralcio e/o pericolo nel territorio di Roma Capitale ed attività connesse) nel caso in cui sia stato concesso un termine di appena 10 giorni per la presentazione delle offerte. Invero, la previsione di un termine di soli dieci giorni non è adeguata, "tenuto conto della complessità della prestazione oggetto del contratto e del tempo ordinariamente necessario per preparare le offerte" (v. in tal senso l'art. 70 del codice dei contratti pubblici, il quale prevede per le procedure negoziate, ove non sussistano particolari ragioni di urgenza, un termine di almeno 20 giorni, norma questa che è espressione di un principio generale ed è applicabile anche alle gare per l'affidamento delle concessioni), tenuto conto che, quanto alla complessità della prestazione oggetto del contratto, nella specie era stato prescelto il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Sulla necessità di valutare anche il prezzo in casi di offerta economicamente più vantaggiosa

2. E' illegittima una procedura negoziata senza pubblicazione del bando nel caso in cui la *lex specialis* non abbia incluso il prezzo tra gli elementi di valutazione delle offerte, ma abbia previsto l'assegnazione di 100 punti in base a tre elementi qualitativi, senza lasciare alcun margine di discrezionalità alla commissione di gara; in tal caso, infatti, risulta completamente snaturato il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, così come delineato dall'art. 83 del codice dei contratti pubblici.

TAR PUGLIA – BARI, SEZ. I – sentenza 10 febbraio 2016 n. 148

Sull'obbligatorietà del sopralluogo nell'appalto di lavori

1. E' legittimo il provvedimento con il quale la stazione appaltante ha escluso una ditta da una gara di appalto di lavori pubblici (nella specie si trattava di lavori di riqualificazione di edifici scolastici), che sia motivato con riferimento al fatto che la ditta stessa ha ommesso di provare di aver effettuato il sopralluogo presso gli edifici stessi, espressamente richiesto dal bando, non potendosi, in tal caso, considerare seria l'offerta presentata. Infatti, negli appalti di lavori, la mancata effettuazione del sopralluogo costituisce legittima causa di esclusione, avendo il suddetto adempimento carattere "essenziale" ed insostituibile ai sensi dell'art. 46, comma 1 bis d.lgs. n. 163 del 2006, in quanto funzionale alla conoscenza dei luoghi oggetto dei lavori, conoscenza necessaria al fine di una corretta e seria formulazione dell'offerta.

2. La mancata effettuazione del sopralluogo delle opere da appaltare prima della presentazione dell'offerta non costituisce irregolarità sanabile ai sensi del novellato art. 38, comma 2 bis d.lgs. n. 163/2006, poiché in tal caso viene in rilievo una offerta ab origine non seria, in quanto non preceduta dal sopralluogo; consentire in via postuma il sopralluogo e quindi la produzione dell'attestato di sopralluogo non varrebbe a trasformare in seria un'offerta che originariamente tale non era, proprio per via della mancanza di tale adempimento essenziale.

TAR TOSCANA, SEZ. I – sentenza 11 febbraio 2016 n. 248

Sul subappalto

1. Il subappalto è un istituto che attiene alla fase di esecuzione dell'appalto e che rileva nella gara solo negli stretti limiti della necessaria indicazione delle lavorazioni che ne formeranno oggetto, di talché il suo mancato funzionamento (per qualsivoglia ragione) dev'essere trattato alla stregua di un inadempimento contrattuale, con tutte le conseguenze che ad esso ricollega il codice.
2. Nelle gare di appalto, neppure nell'ipotesi di cd. "subappalto necessario", è richiesta dalla legge in sede di offerta la preventiva indicazione del nominativo della ditta che sarà incaricata del subappalto.

Sul giudizio di anomalia dell'offerta

3. In sede di verifica delle offerte anomale, l'obbligo di motivare in modo completo e approfondito sussiste solo nel caso in cui la stazione appaltante esprima un giudizio negativo che faccia venir meno l'aggiudicazione, non richiedendosi, per contro, una motivazione analitica nel caso di esito positivo della verifica di anomalia; di conseguenza, incombe sul soggetto che contesta l'aggiudicazione l'onere di individuare gli specifici elementi da cui il giudice amministrativo possa evincere che la valutazione tecnico-discrezionale dell'amministrazione sia stata manifestamente irragionevole ovvero sia stata basata su fatti erronei o travisati.
4. Una offerta non può ex se ritenersi anomala per l'assenza della voce "spese generali", atteso che il procedimento di verifica della anomalia non ha per oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze dell'offerta economica.
5. La eventuale esiguità dell'utile non è di per sé sintomo della inaffidabilità della offerta, che comunque va valutata nella sua globalità, atteso che una volta che una società abbia fatto fronte a tutti i costi, ivi comprese le spese generali, l'eventuale mancanza di utili residui non pregiudica nella sostanza la vita della azienda, che tra l'altro si consolida sul mercato e matura esperienza accettando di prestare il servizio al solo fine di coprire i costi generali senza conseguire utili da distribuire come dividendi.

TAR FRIULI VENEZIA GIULIA – TRIESTE, SEZ. I – sentenza 12 febbraio 2016 n. 43

Sulla grave negligenza in precedenti rapporti contrattuali

E' legittimo il provvedimento con il quale un Comune ha escluso una ditta da una gara per l'affidamento di un appalto di servizi (nella specie, si trattava del servizio di accertamento e riscossione dell'imposta comunale sulla pubblicità e pubbliche affissioni), che sia motivato con riferimento al fatto che, da accertamenti effettuati, è risultato che alla ditta interessata, in precedenza, sono stati formalmente contestati ed imputati alcuni ritardi nella rendicontazione e nei versamenti ad altri Enti e la corresponsione in ritardo di una rata dovuta ad un Comune, in rapporti contrattuali aventi ad oggetto servizi analoghi a quello di gara; infatti, la valutazione di tali inadempimenti, della loro gravità e della ripercussione nel rapporto fiduciario spetta alla stazione appaltante e può essere sindacata solo in caso di grave illogicità o di travisamento dei fatti, nel caso di specie non sussistenti. In altri termini, rientra nella discrezionalità tecnica della stazione appaltante la valutazione della gravità delle inadempienze poste a carico della ditta esclusa.

TAR PUGLIA – LECCE, SEZ. I – sentenza 12 febbraio 2016 n. 317

Sull'onere dell'immediata impugnazione del bando

1. In linea generale, l'immediata impugnazione del bando di gara va 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 impugunate 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.

2. Ai fini dell'affermazione dell'onere di immediata impugnazione del bando di gara, ciò che appare decisivo è non soltanto il fatto che le clausole della lex specialis manifestino immediatamente la loro attitudine lesiva, ma il rilievo che le stesse, essendo legate a situazioni e qualità del soggetto che ha chiesto di partecipare alla gara, risultino esattamente e storicamente identificate, preesistenti alla gara stessa, e non condizionate dal suo svolgimento e, perciò, in condizioni di ledere immediatamente e direttamente l'interesse sostanziale del soggetto che ha chiesto di partecipare alla gara. Da ciò consegue l'onere per chi intenda impugnare immediatamente un bando di gara di dimostrare la natura escludente delle singole clausole contestate, con riferimento alla propria specifica posizione.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 12 febbraio 2016 n. 611

Sul requisito dell'iscrizione camerale

Il bando – nel prevedere il requisito per le imprese partecipanti dell'iscrizione alla camera di commercio per attività «attinente l'appalto» – non può che essere interpretato alla luce del principio della massima concorrenza, come l'essere esercenti almeno una delle attività tipiche del servizio posto in gara; e si deve anche aggiungere che l'indicazione dell'attività prevalente implica l'inclusione di altre attività tipiche del settore.

TAR MOLISE, SEZ. I – sentenza 12 febbraio 2016 n. 73

Sulla revoca della gara

1. In linea generale, non è precluso alla stazione appaltante di 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, tuttavia, oltre che sulla disciplina di contabilità generale dello Stato, che consente il diniego di approvazione per motivi di interesse pubblico (art. 113, r.d. 23 maggio 1924 n. 827), sul principio generale dell'autotutela della Pubblica Amministrazione, che rappresenta una delle manifestazioni tipiche del potere amministrativo, direttamente connesso ai criteri costituzionali di imparzialità e buon andamento della funzione pubblica.

2. Anche se sussiste un generale 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, quale fondamentale elemento di riscontro, attraverso l'analisi delle ragioni giustificative del corretto esercizio della relativa pubblica potestà e la chiara indicazione di un preciso e concreto interesse pubblico.

TAR VENETO, SEZ. I – sentenza 15 febbraio 2016 n. 161

Sulla rilevanza solo di alcune condanne penali

Non può essere esclusa da una gara di appalto una impresa che ha omesso di dichiarare cinque condanne penali passate in giudicato nei confronti del proprio rappresentante legale, nel caso in cui, dalla verifiche effettuate dalla stazione appaltante, sia emerso che dei cinque reati in contestazione, tre di questi non rilevano ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. c), del d.lgs. n. 163/2006 in quanto depenalizzati, mentre i restanti due reati risultano da un decreto penale di condanna non ancora divenuto irrevocabile e che non era conoscibile al momento della dichiarazione resa in sede di partecipazione alla gara, non essendo mai stato notificato e neppure menzionato nei certificati del casellario penale spediti a richiesta dell'interessato.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 15 febbraio 2016 n. 627

Sull'inapplicabilità del soccorso istruttorio per emendare l'offerta

1. Conformemente a quanto affermato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, deve ritenersi che il c.d. 'soccorso istruttorio' nelle gare di appalto non possa essere utilizzato per supplire a carenze dell'offerta, sicché non può essere consentita al concorrente la possibilità di completare l'offerta successivamente al termine finale stabilito dal bando, salva la rettifica di errori materiali o refusi; l'istituto in questione è infatti volto a dare rilievo al principio del favor participationis e della semplificazione, ciò, però, all'interno di limiti rigorosamente determinati, quale, ad esempio, quello dettato dal principio generale dell'autoresponsabilità dei concorrenti, per il quale ciascuno di essi sopporta le conseguenze di eventuali errori commessi nella formulazione dell'offerta e nella presentazione della documentazione.

2. E' legittima l'esclusione da una gara di appalto di una impresa per l'incertezza nell'ammontare dell'offerta economica, derivante dalla incongruenza tra il prezzo complessivo indicato ed il risultato della formula indicata dalla *lex specialis* risultante dall'applicazione degli importi parziali dell'offerta, atteso che, da un lato, l'art. 46, comma 1, *bis*, d.lgs. 163/2006, dispone che: «La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti... nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta» e che, dall'altro, nel caso in questione, non si è di fronte ad un mero errore materiale o ad un refuso. L'errore materiale, infatti, consiste in una fortuita divergenza fra il giudizio e la sua espressione letterale, cagionata da mera svista o disattenzione nella redazione dell'offerta che deve emergere *ictu oculi* e non esige alcuna attività correttiva del giudizio, che deve restare invariato, dovendosi semplicemente modificare il testo in una sua parte, per consentire di riallineare in toto l'esposizione del giudizio alla sua manifestazione.

TAR CAMPANIA – SALERNO, SEZ. I – sentenza 16 febbraio 2016 n. 356

Sulla possibilità di una riduzione dei tempi di esecuzione dell'appalto

E' illegittimo il provvedimento con il quale la stazione appaltante ha escluso una ditta da una gara di appalto di lavori motivato con riferimento al fatto che la ditta interessata ha presentato una offerta incongrua sotto il profilo temporale, prevedendo una riduzione del 75% dei tempi a base di gara (nella specie, corrispondente a 75 giorni, a fronte dei 300 stimati dalla stazione appaltante per l'esecuzione dei lavori), nel caso in cui: a) il concorrente interessato abbia giustificato tale rilevante riduzione dei tempi di ultimazione dei lavori con la possibilità di far osservare al personale dipendente il cd. doppio turno di lavoro e di utilizzare lo stesso personale anche nei giorni festivi e di riposo settimanale; b) tale possibilità, benché non richiesta dal bando, non sia, dallo stesso, nemmeno vietata.

TAR CAMPANIA – SALERNO, SEZ. I – sentenza 16 febbraio 2016, n. 358

Sull'obbligo della cauzione definitiva nel caso di concessione di servizi

Una concessione di servizi, in linea di principio, resta assoggettata alla disciplina del Codice solo nei limiti specificati dall'art. 30 che non pone di certo l'obbligo di prestare la cauzione definitiva di cui al successivo art. 75. L'aggiudicazione degli appalti aventi ad oggetti i servizi indicati nell'allegato II B è disciplinata esclusivamente dall'articolo 68 (specifiche tecniche), dall'articolo 65 (avviso sui risultati della procedura di affidamento), dall'articolo 225 (avvisi relativi agli appalti aggiudicati)"; e l'all. II B al Codice, al n. 26, prevede, per l'appunto, gli appalti di "servizi ricreativi, culturali e sportivi", entro cui deve, evidentemente, ritenersi compreso quello in esame (gestione di un impianto sportivo). Ne deriva l'inapplicabilità, alla specie, degli artt. 86 – 87 del d. l.vo 163/2006, in tema di necessaria indicazione, nell'offerta economica, degli oneri aziendali di sicurezza.

In tema di aggiudicazione del servizio di tesoreria comunale, va rilevato che non si tratta di una gara d'appalto per l'affidamento di un servizio, bensì di una concessione di servizi, per la quale opera l'art. 30, d. lg. n. 163 del 2006 e quindi, salvo quanto ivi previsto, viene esclusa l'applicazione delle disposizioni del Codice dei Contratti: infatti, tenuto conto dell'assunzione dell'alea del servizio a carico del concessionario e non dell'amministrazione affidante, trova applicazione l'art. 30, comma 2, d. lg. n. 163 cit., trattandosi di gara in cui la controprestazione a favore del concessionario consiste unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente il servizio, così restando esclusa la riconducibilità della stessa all'appalto di servizi.

TAR LAZIO – ROMA, SEZ. I TER – sentenza 19 febbraio 2016 n. 2199

Sul procedimento di acquisto mediante MEPA

1. Il mercato elettronico della pubblica amministrazione (MePA) è informato ad obiettivi di semplificazione e celerità in un'ottica di superamento di tutti i profili formali che caratterizzano, viceversa, le procedure concorsuali tradizionali. Di conseguenza, legittimamente l'Amministrazione appaltante non ha escluso una ditta rimasta aggiudicataria per carenze documentali (nella specie, per la mancata produzione della scheda tecnica particolareggiata del prodotto), ove comunque la ditta stessa abbia precisato il numero di codice del proprio prodotto al fine di fornire i dati identificativi dello stesso ed abbia presentato autocertificazione della conformità dello stesso alle specifiche tecniche

richieste, sussistendo in tal caso la possibilità di verificare la conformità del prodotto stesso alle specifiche tecniche.

2. Il sistema MePA non richiede di indicare il nome del subappaltatore al momento della partecipazione alla RDO e non è, comunque, rinvenibile il divieto di acquisire prodotti da terzi.

3. Il sistema MePA consente l'aggiudicazione definitiva in modo diretto, omettendo il passaggio dell'aggiudicazione provvisoria che non rappresenta, pertanto, una fase obbligatoria; naturalmente il sistema non impedisce all'Amministrazione di effettuare le necessarie e dovute verifiche della congruità dell'offerta, del possesso dei requisiti dell'aggiudicataria e di quant'altro previsto dal codice dei contratti.

Sull'autotutela dopo la stipula del contratto

4. L'Amministrazione appaltante non può agire in autotutela nel caso in cui il contratto sia già stato stipulato, con conseguente preclusione per l'Amministrazione stessa dell'uso dello strumento pubblicistico della revoca dell'aggiudicazione.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 19 febbraio 2016 n. 695

Sul requisito dei servizi analoghi

1. Ai fini della dimostrazione della capacità tecnica delle imprese, l'Amministrazione appaltante può richiedere nella *lex specialis* che i concorrenti abbiano svolto servizi strettamente analoghi – o addirittura identici – a quello oggetto dell'appalto, purché il requisito della stretta analogia sia espressamente richiesto e risponda ad un precipuo interesse pubblico; tali condizioni sono certamente presenti nel caso in cui le prestazioni oggetto dell'affidamento riguardino servizi sociali aventi come destinatari i minori e che, quindi, sono giustificate dalle caratteristiche del servizio stesso.

2. Nel caso in cui il bando di gara richieda quale requisito il pregresso svolgimento di “servizi analoghi”, tale nozione non può, se non con grave forzatura interpretativa, essere assimilata a quella di “servizi identici”, dovendo dunque ritenersi soddisfatta la prescrizione ove il concorrente abbia comunque dimostrato lo svolgimento di servizi rientranti nel medesimo settore imprenditoriale o professionale al quale afferisce l'appalto.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 22 febbraio 2016 n. 712

Sull'ammissibilità di requisiti più rigorosi

E' legittima la clausola del bando di una gara per l'affidamento del servizio di fornitura di energia elettrica e servizi connessi, che impone, a pena di esclusione, il possesso, in capo ai concorrenti, del requisito di partecipazione dell'aver servito, per ciascuno dei tre anni precedenti, un numero non inferiore a cinquecento enti locali per almeno 40mila utenze attive; tale clausola, infatti: a) non risulta affetta da profili di irragionevolezza, illogicità e contraddittorietà, costituendo – al contrario – corretto esercizio da parte della P.A. del potere di fissare requisiti tecnici di partecipazione conformi ai generali canoni di proporzionalità, adeguatezza e non discriminatorietà; b) non esorbita i richiamati canoni in quanto essa risponde in modo adeguato (e comunque non irragionevole) alle esigenze proprie del bacino territoriale all'interno del quale dovranno svilupparsi i servizi messi a gara (nella

specie, si trattava di un ambito piuttosto vasto, caratterizzato da frammentata densità abitativa, sì da comportare peculiari modalità di organizzazione e gestione del servizio, nonché una struttura dei costi piuttosto critica per il fornitore); c) inoltre, l'esercizio concreto dei poteri discrezionali svolti dalla stazione appaltante non ha ecceduto i più volte richiamati canoni, rispondendo comunque in modo adeguato (pur se notevolmente stringente) alle caratteristiche proprie del servizio da rendere e del relativo ambito territoriale.

TAR LAZIO – ROMA, SEZ. III – sentenza 22 febbraio 2016 n. 2339

Sulle centrali di committenza e sulla relativa competenza territoriale

1. E' legittima la deliberazione dell'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) n. 32 del 30 aprile 2015 secondo cui il Consorzio Asmez e la società consortile Asmel a r.l. non rispondono ai modelli organizzativi indicati dall'art. 33, comma 3-bis, del d.lgs. 163/2006, quali possibili sistemi di aggregazione degli appalti di enti locali e, pertanto, la società consortile Asmel a r.l. non può essere inclusa tra i soggetti aggregatori di cui all'art. 9 del d.l. n. 66/2014, né può considerarsi legittimata ad espletare attività di intermediazione negli acquisiti pubblici, peraltro senza alcun limite territoriale definito, essendo stata rilevata: 1) la presenza, seppur indiretta, di società private nella compagine consortile; 2) l'operatività territoriale sostanzialmente illimitata di Asmel s.c.a.r.l., in quanto lo statuto ammette adesioni successive di enti collocati su tutto il territorio nazionale.

2. Ai sensi dell'art. 3, comma 34, del d.lgs. n. 163 del 2006, la centrale di committenza è una "amministrazione aggiudicatrice", per la cui definizione si deve fare riferimento al comma 25 del medesimo articolo secondo cui sono amministrazioni aggiudicatrici: le amministrazioni dello Stato, gli enti pubblici territoriali, gli altri enti pubblici non economici, gli "organismi di diritto pubblico" nonché le "associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati costituiti da detti soggetti" (nella prospettiva della ricorrente, l'ultima citata sarebbe la categoria a cui ricondurre il "sistema Asmel") . Per ciò che concerne gli enti locali, l'ordinamento vigente prevede che l'inclusione nell'elenco dei soggetti aggregatori è riservata agli enti locali intermedi, ai quali siano state delegate le funzioni di acquisto dai comuni inclusi nel territorio di riferimento (Città metropolitane e Province) oppure, in alternativa, ad associazioni, unioni, consorzi tra enti locali, che possono coordinarsi anche mediante accordi resi in forma di convenzione, ai sensi del T.U. degli Enti Locali (vedi artt. 30 – 34 TUEL), occorrendo, secondo le norme del d.P.C.M., che i soggetti aggregatori siano istituiti su iniziativa di enti locali, al fine di aggregare, attraverso la delega ad un unico soggetto, le funzioni di acquisto degli enti partecipanti all'iniziativa.

3. Le previsioni contenute nella direttiva 2014/24/UE in materia di centrali di committenza, che consentono agli enti pubblici interessati di avvalersi di forme diversificate di centrale di committenza, con possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di affidare appalti di servizi aventi ad oggetto la fornitura di attività di centralizzazione delle committenze, anche a soggetti societari con partecipazione privata minoritaria ed a prescindere dall'applicazione delle procedure competitive previste dalla direttiva (vedi art. 37, par. 4 della direttiva), non sono applicabili nel nostro ordinamento, non trattandosi di direttiva "self executing" ed immediatamente applicabile da parte del Giudice nazionale, ma di direttiva che è tuttora in attesa di recepimento all'interno del nostro ordinamento, non essendo ancora scaduto il termine a tal fine previsto.

4. La Asmel consortile non può configurarsi quale organismo di diritto pubblico, atteso che non è ravvisabile un'influenza pubblica dominante sull'attività e sull'organizzazione della società consortile da parte dei piccoli comuni aderenti, tale da poter essere ricondotta al paradigma dell'organismo di diritto pubblico, come elaborato dall'ormai consolidata giurisprudenza sia in ambito UE che nazionale. E' noto infatti che, sulla base della normativa e dell'elaborazione giurisprudenziale comunitarie, oggi

confluite nell'art. 3, comma 26 del codice dei contratti pubblici, l'organismo di diritto pubblico si individua sulla base dei seguenti indici di riconoscimento, tutti e tre necessari: a) la personalità giuridica; b) la sottoposizione ad "influenza pubblica dominante"; c) il perseguimento stabile di "bisogni di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale".

5. Nel vigente ordinamento sussistono plurimi ed inequivoci indici normativi che, per le centrali di committenza, fanno riferimento alla necessità di un ambito territoriale predefinito, in certi casi delimitato già a livello di legislazione primaria (ambito nazionale per la Consip S.p.a., ambito regionale per le centrali di acquisto regionali) e, in altri casi, rimesso invece alla concrete e puntuali determinazioni del d.P.C.M. a ciò autorizzato dal comma 2, dell'art. 9, primo e secondo periodo del d.l. n. 66/2014. E' pertanto infondata la pretesa di una centrale di committenza relativa ad enti locali di svolgere la propria attività senza limiti territoriali, dipendendo tale possibilità di estensione operativa dalle determinazioni di coordinamento che il legislatore ha inteso rimettere alla fonte secondaria che è chiamata a delimitare, tra le altre cose, anche gli ambiti territoriali di operatività dei soggetti aggregatori diversi da quelli iscritti di diritto nell'apposito elenco.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 22 febbraio 2016 n. 706

Sulla comunicazione del punteggio dell'offerta tecnica prima della valutazione di quella economica

1. E' illegittimo l'operato di una commissione di una gara di appalto che, in violazione dell'art. 283, comma 3, d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 (secondo cui «in seduta pubblica, il soggetto che presiede la gara dà lettura dei punteggi attribuiti alle offerte tecniche, procede all'apertura delle buste contenenti le offerte economiche, dà lettura dei ribassi espressi in lettere e delle riduzioni di ciascuna di esse e procede secondo quanto previsto dall'articolo 284»), non ha dato pubblica lettura dei punteggi per le offerte tecniche prima di procedere all'apertura delle buste con l'offerta economica, malgrado l'inerente obbligo di cui al detto art. 283 e senza nemmeno riportarli nel pubblico verbale. È palese quindi in tal caso il vulnus alla garanzia della trasparenza delle operazioni e alla prevenzione della commistione tra le valutazioni dell'offerta tecnica e dell'offerta economica.

2. Nel caso in cui la valutazione dei campioni, in base al disciplinare di gara, sia parametro della congruità della valutazione dell'offerta tecnica, la relativa valutazione non può che avvenire in seduta pubblica. Sicché la riservata valutazione è priva di giustificazioni, considerando anche che lascia all'oscuro i concorrenti circa la genuinità di quanto deliberato.

Sulla illegittimità della presenza del RUP quale componente di una Commissione di gara

3. E' illegittima, ai sensi dell'art. 84 d.lgs. n. 163 del 2006, la composizione della commissione giudicatrice di una gara di appalto per la presenza, quale componente diverso presidente, del responsabile unico del procedimento che ha anche adottato tutti gli atti di gara e che ha cumulato indebitamente le posizioni di responsabile unico del procedimento e di componente della commissione. E' a tal fine irrilevante che la materiale redazione degli atti di gara sia stata operata dagli uffici e non personalmente dallo stesso r.u.p. ove comunque risulti che il medesimo dirigente abbia fatto propri tali atti mediante la sua adozione, assumendone così imputazione e responsabilità.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 25 febbraio 2016 n. 771

Sul preavviso di ricorso

Il c.d. preavviso di ricorso previsto dall'art. 243-bis non comporta alcun obbligo di riesame da parte dell'amministrazione né di sospensione della procedura, ma neppure un obbligo di risposta, potendosi comunque formare il silenzio-rifiuto. Inoltre, la procedura introdotta a seguito del preavviso di ricorso non influisce sull'esito della gara, ben potendo la stazione appaltante legittimamente procedere all'aggiudicazione definitiva senza attendere l'esito del riesame.

Sulla causa ostativa di cui all'art. 38, comma 1, lett. f.

Secondo la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, la causa ostativa prevista dall'art. 38, comma 1, lettera f), cod. contratti pubblici, si fonda inadempienze commesse necessariamente nella fase di esecuzione di un contratto d'appalto, mentre sono esclusi fatti verificatisi nel corso della prodromica procedura di gara. In particolare, il principio ora richiamato è stato recentemente affermato da questa Sezione (sentenza 21 luglio 2015, n. 3595), la quale ha specificato che **solo le vicende inerenti all'esecuzione del contratto** possono essere valutate in sede di giudizio di affidabilità professionale delle imprese e per ritenere insussistente quella necessaria fiducia che deve connotare il rapporto negoziale d'appalto con l'amministrazione, mentre l'ambito applicativo della fattispecie normativa non può essere dilatato sino a comprendere scorrettezze manifestatesi nella fase precedente all'affidamento del contratto, per le quali possono in ipotesi venire in rilievo altre cause ostative ai sensi del citato art. 38, comma 1, d.lgs. n. 163/2006. Più precisamente, il precedente in esame ha affermato che questa fattispecie «ha origine con riferimento alla fase di esecuzione delle prestazioni negoziali, dal momento che l'amministrazione, da vicende pregresse che hanno testimoniato un deficit di diligenza o di professionalità in capo al concorrente, desume il venir meno *ab imis* di quell'elemento fiduciario che deve connotare il successivo rapporto negoziale. Pertanto, stante il principio di tassatività che permea la disciplina delle cause di esclusione, l'ambito applicativo della norma in questione non può essere dilatato sino ad accogliere un'interpretazione che comprenda anche fattispecie nelle quali il comportamento scorretto del concorrente si sia manifestato, come nella fattispecie, in fase di trattative».

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 25 febbraio 2016 n. 754

Sulla necessità di impugnare anche l'aggiudica definitiva

1. Il ricorso innanzi al T.A.R. avverso la esclusione da una gara pubblica è improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse allorché non sia stata impugnata, nonostante la tempestiva comunicazione, l'aggiudicazione definitiva dell'appalto, che costituisce l'atto che rende definitiva la lesione dell'interesse azionato dal soggetto escluso; infatti l'eventuale annullamento della esclusione che ha effetto viziante e non caducante, lasciando sopravvivere l'aggiudicazione non impugnata, non è idoneo ad attribuire al ricorrente alcun effetto utile.

Sulla valenza del certificato camerale

2. In materia delle gare pubbliche, il requisito della iscrizione camerale richiesto dal bando non è surrogabile dalla prova di aver presentato la domanda di iscrizione, in quanto il certificato non è richiesto solamente ai fini dell'esercizio dell'attività da parte dell'aggiudicataria, ma quale prova del possesso delle condizioni soggettive e oggettive cui è subordinata la iscrizione, il cui accertamento demandato all'ente camerale è implicito nella iscrizione. In tale ottica la iscrizione assume valenza costitutiva e non può che decorrere dal momento in cui è disposta la iscrizione.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 25 febbraio 2016 n. 779

Sull'obbligo dichiarativo "attenuto" da parte dell'impresa ausiliaria

Nel caso di partecipazione alla gara di una impresa in veste non già di concorrente ma di ausiliaria, gli obblighi dichiarativi di quest'ultima sono attenuati rispetto alla prima; e ciò sulla base del dato letterale dell'art. 49 (Avvalimento), comma 2, lett. b), d.lgs. n. 163 del 2006, secondo cui il concorrente deve semplicemente allegare «una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria attestante il possesso da parte di quest'ultima dei requisiti generali di cui all'art. 38», nonché della diversa posizione rispetto al contratto tra ausiliaria e concorrente poi aggiudicataria del contratto, la quale è tenuta ai sensi del successivo comma 10 ad eseguire il servizio e solo ad essa è rilasciato il certificato di esecuzione. Pertanto, non può essere esclusa da una gara di appalto una impresa che si sia avvalsa di una ausiliaria che non abbia attestato, con apposita dichiarazione sostitutiva, il possesso della moralità professionale del socio (nella specie si trattava di società di persone).

ANAC - Deliberazione n. 157 del 17.2.2016: Attuazione dell'art. 6-bis del dlgs 163/2006 introdotto dall'art. 20, comma 1, l. n. 35 del 2012 - aggiornamento Deliberazione 20 dicembre 2012, n. 111.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 26 febbraio 2016 n. 802

Sul requisito di cui all'art. 38, comma 1, lett. f (grave errore professionale)

1. L'art. 38, co. 1, lett. f), D.Lgs. n. 163/2006 impone ai concorrenti di dichiarare la sussistenza di pregresse risoluzioni contrattuali anche a prescindere dalla stazione appaltante, "la stessa" presso la quale si svolge il procedimento di scelta del contraente, "o altra", posto che ciò attiene ai principi di lealtà e affidabilità contrattuale e professionale che presiedono agli appalti e ai rapporti con la stazione stessa, né si rilevano validi motivi per non effettuare tale dichiarazione, posto che spetta comunque all'Amministrazione appaltante la valutazione dell'errore grave che può essere accertato con qualunque mezzo di prova.

2. È legittimo il provvedimento di annullamento dell'aggiudicazione di una gara di appalto ed il conseguente provvedimento di risoluzione contrattuale, ove la impresa aggiudicataria, pur essendo pienamente consapevole dell'intervenuta risoluzione di un precedente contratto stipulato con altra P.A. per gravi inadempienze nell'esecuzione, abbia omesso di dichiararlo in sede di gara, giungendo ad attestare l'assoluta assenza di errori professionali commessi nell'espletamento di altri servizi. Detta condotta – a prescindere dagli effetti connessi alla falsità della dichiarazione – rileva come sintomo di inaffidabilità dell'impresa, che ha tenuto nascosto alla stazione appaltante un elemento essenziale che avrebbe dovuto essere sottoposto alla sua valutazione, avendola privata di un importantissimo elemento di valutazione circa il possesso dei requisiti di ammissibilità alla partecipazione alla gara.

3. L'art. 38, comma 1, lett. f), del codice dei contratti pubblici deve essere interpretato in modo coerente con le indicazioni desumibili dall'art. 45, par. 2, lett. d), della direttiva 31 marzo 2004 n. 2004/18/CE, che consente l'esclusione di ogni operatore economico "che, nell'esercizio della propria attività professionale, abbia commesso un errore grave, accertato con qualsiasi mezzo di prova dall'amministrazione aggiudicatrice". Poiché tale formula corrisponde a quella della seconda parte del citato art. 38, comma 1, lett. f), deve ritenersi che in via generale la normativa comunitaria consenta di qualificare come ostativo qualsiasi episodio di errore che caratterizzi la storia professionale degli aspiranti concorrenti, purché sia abbastanza grave da metterne in dubbio l'affidabilità; la norma nazionale vigente riproduce quella comunitaria e di conseguenza rende rilevanti tutti gli errori professionali commessi.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. IV – sentenza 28 febbraio 2016 n. 859

Sulla concessione di servizi

Ai sensi dell'art. 30 del codice dei contratti pubblici, la procedura di affidamento di una concessione di servizi non è soggetta alle norme contenute nella parte II dello stesso codice; ed infatti, nel delineare l'ambito oggettivo e soggettivo di applicazione delle suddette disposizioni il cit. art. 30 stabilisce che le procedure di affidamento di concessioni di servizi sono sottratte alla puntuale disciplina del diritto comunitario e del codice dei contratti pubblici, ed invece assoggettate ai principi desumibili dal Trattato e i principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, i principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità." Tra i principi generali rientra quello del c.d. "soccorso istruttorio" o, il che è lo stesso, della residualità della esclusione per vizi formali.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. IV – sentenza 29 febbraio 2016 n. 854

Sulla natura dell'aggiudica provvisoria

1. Costituisce ormai *jus receptum* quello per cui l'aggiudicazione provvisoria, essendo atto procedimentale non definitivo, non obbliga chi se ne ritenga lesa ad impugnarlo; peraltro la parte può avvalersi della facoltà d'insorgere avverso gli atti della procedura già a partire dall'aggiudicazione provvisoria salva, poi, a pena d'improcedibilità, la necessità di una distinta impugnativa avverso l'aggiudicazione definitiva eventualmente mediante lo strumento dei motivi aggiunti.

Sugli oneri di sicurezza interni

2. Deve ritenersi, in conformità a quanto affermato dall'Adunanza Plenaria del CdS, che gli artt. 86, comma 3-bis, e 87, comma 4, del codice dei contratti pubblici si riferiscono necessariamente agli oneri di sicurezza aziendali, poiché considerano eventuali anomalie delle offerte e giudizi di congruità incompatibili con i costi di sicurezza da interferenze, fissi e non soggetti a ribasso. Ne deriva che per tali oneri la valutazione che si impone all'Amministrazione non è la relativa predeterminazione rigida ma il dovere di stimarne l'incidenza, secondo criteri di ragionevolezza e di attendibilità generale, nella determinazione di quantità e valori su cui calcolare l'importo complessivo dell'appalto. Quanto alle imprese che partecipano alle gare, invece, esse devono specificamente indicare gli oneri di sicurezza aziendali, dato che trattasi di valutazioni soggettive rimesse alla loro esclusiva sfera valutativa; tale tipologia di oneri, infatti, varia da un'impresa all'altra ed è influenzata dalla singola organizzazione produttiva e dal tipo di offerta formulata da ciascuna impresa.

Sul giudizio di anomalia dell'offerta in caso di deroga alle tabelle ministeriali sul costo del lavoro

3. Nelle gare pubbliche i valori del costo del lavoro risultanti dalle tabelle ministeriali non costituiscono un limite inderogabile, ma semplicemente un parametro di valutazione della congruità dell'offerta, con la conseguenza che l'eventuale scostamento da tali parametri delle relative voci di costo non legittima di per sé un giudizio di anomalia; devono quindi considerarsi anormalmente basse solo le offerte che si discostino in modo evidente dai costi medi del lavoro indicati nelle tabelle predisposte dal Ministero del lavoro in base ai valori previsti dalla contrattazione collettiva, atteso che i costi medi costituiscono non parametri inderogabili ma indici del giudizio di adeguatezza dell'offerta, con la conseguenza che è ammissibile l'offerta che da essi si discosti, purché lo

scostamento non sia eccessivo e vengano salvaguardate le retribuzioni dei lavoratori, così come stabilito in sede di contrattazione collettiva.

Sulle referenze bancarie

4. L'espressione «idonee referenze bancarie», ove riportata nei bandi di gara pubblica senza ulteriori precisazioni, deve essere interpretata dagli istituti bancari nel senso, anche lessicalmente corretto, che essi devono riferire sulla qualità dei rapporti in atto con le società, per le quali le referenze sono richieste, quali la correttezza e la puntualità di queste nell'adempimento degli impegni assunti con l'istituto, l'assenza di situazioni passive con lo stesso istituto o con altri soggetti, sempre che tali situazioni siano desumibili dai movimenti bancari o da altre informazioni in loro possesso.

Sulla carenza della cauzione provvisoria

5. La carenza e le irregolarità della cauzione provvisoria non giustificano l'esclusione della partecipante dalla gara, stante il principio di tassatività delle cause di esclusione codificato dall'art. 46 comma 1 bis d. lgs. n. 163/2006. Tali lacune, semmai possono imporre alla stazione appaltante di promuovere la regolarizzazione, ai sensi dei commi 1 e 1 ter della medesima disposizione, anche attraverso la produzione di una nuova cauzione. Ciò, in quanto l'art. 75 d. lgs. n. 163/2006 non prevede l'esclusione per la mancanza ed i vizi della cauzione provvisoria (a differenza di quanto stabilito dal comma 8 della medesima disposizione per la carenza dell'impegno del fideiussore a rilasciare la garanzia per l'esecuzione del contratto). La mancanza o l'irregolarità della cauzione provvisoria, pur incidendo sul contenuto dell'offerta, non ne determina "l'incertezza assoluta" e ciò in ragione della funzione meramente accessoria riconosciuta alla stessa.

CONSIGLIO DI STATO, ADUNANZA PLENARIA – sentenza 29 febbraio 2016 n. 5

Sul DURC interno ed esterno

Ai fini della partecipazione alle gare di appalto, anche dopo l'entrata in vigore dell'art. 31, comma 8, del d.l. 21 giugno 2013 n. 69 (convertito con modificazioni dalla legge 9 agosto 2013, n. 98), non sono consentite regolarizzazioni postume della posizione previdenziale, dovendo l'impresa deve 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. L'istituto dell'invito alla regolarizzazione (il c.d. preavviso di DURC negativo), già previsto dall'art. 7, comma 3, del decreto ministeriale 24 ottobre 2007 e ora recepito a livello legislativo dall'art. 31, comma 8, del d.l. 21 giugno 2013 n. 69, può operare solo nei rapporti tra impresa ed Ente previdenziale, ossia con riferimento al DURC chiesto dall'impresa e non anche al DURC richiesto dalla stazione appaltante per la verifica della veridicità dell'autodichiarazione resa ai sensi dell'art. 38, comma 1, lettera i) ai fini della partecipazione alla gara d'appalto.

TAR EMILIA ROMAGNA – PARMA, SEZ. I – sentenza 29 febbraio 2016 n. 66

Sul doveroso pagamento della sanzione in caso di carenza documentale

1. La sanzione pecuniaria di cui agli artt. 38, comma 2 bis e 46, comma 1 ter, del d.lgs. n. 163 del 2006, introdotti dalla L. n. 114/14, prevista nell'ambito del c.d. soccorso istruttorio a pagamento, va

applicata non solo quando il concorrente che sia incorso in un'irregolarità essenziale decida di avvalersi del soccorso istruttorio, integrando o regolarizzando la dichiarazione resa, ma anche nell'ipotesi in cui questi, non avvalendosi del soccorso istruttorio, venga escluso dalla procedura di gara; è pertanto legittimo l'operato di una Stazione appaltante che, dopo aver invitato inutilmente una ditta la cui documentazione era risultata carente ad integrare detta documentazione ai sensi delle richiamate norme, ha disposto l'esclusione dalla gara della ditta stessa e l'escussione parziale della polizza fideiussoria prodotta per un importo corrispondente alla sanzione pecuniaria di cui al già richiamato art. 38, comma 2 *bis*.

2. Il presupposto per il c.d. soccorso istruttorio a pagamento di cui all'art. 38, comma 2 *bis*, del d.lgs. n. 163 del 2006 e del pagamento della relativa sanzione pecuniaria non è da rinvenire nell'effettivo sfruttamento della riconosciuta possibilità di rimanere in gara nonostante l'irregolarità commessa, ma nella sola incompletezza documentale, indipendentemente dalle successive vicende concorsuali legate alla permanenza o meno della concorrente in gara; diversamente opinando, ne risulterebbe svilita la funzione della norma che persegue, altresì, l'obiettivo di indurre i concorrenti alla presentazione di offerte serie e ponderate, evitando inutili aggravati procedurali.

CGA., SEZ. GIURISDIZIONALE – sentenza 1 marzo 2016 n. 65

Sulla non obbligatorietà del nominativo del subappaltatore

1. In conformità a quanto affermato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (n. 9 del 2015), deve ritenersi non sia necessaria l'indicazione del nominativo del subappaltatore, neanche nell'ipotesi in cui il concorrente non possieda la qualificazione nelle categorie scorporabili previste all'art. 107, comma 2, d.P.R. 5 ottobre 2010 n. 207.

Sulla motivazione in caso di giudizio di anomalia

2. Nelle gare pubbliche d'appalto, in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta, il giudizio della stazione appaltante, cui compete il più ampio margine di apprezzamento, costituisce esplicitazione paradigmatica di discrezionalità tecnica, sindacabile solo in caso di manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza; in tal caso, l'obbligo di motivare in modo completo e approfondito sussiste solo nel caso in cui la stazione appaltante esprima un giudizio negativo che faccia venir meno l'aggiudicazione, non richiedendosi, per contro, una motivazione analitica nel caso di esito positivo della verifica di anomalia; di conseguenza incombe sul soggetto, che contesta l'aggiudicazione, l'onere di individuare gli specifici elementi da cui il giudice amministrativo possa evincere che la valutazione tecnico-discrezionale dell'amministrazione sia stata manifestamente irragionevole ovvero sia stata basata su fatti erronei o travisati.

TAR LOMBARDIA – BRESCIA, SEZ. II – sentenza 1° marzo 2016 n. 313

Sulla nuova disciplina della regolarizzazione del DURC

1. Poiché il documento unico di regolarità contributiva (durc) chiesto nel corso di una gara di appalto costituisce un atto interno al procedimento della gara stessa, che va impugnato unitamente all'atto finale, le questioni concernenti eventuali suoi errori appartengono alla giurisdizione del giudice amministrativo, potendo formare la relativa questione oggetto di un accertamento incidentale.

2. Nel caso di gara nella quale tutto il subprocedimento di verifica della regolarità contributiva si è svolto dopo il 16 giugno 2015 (data di entrata in vigore del D.M. 30 gennaio 2015, pubblicato sulla G.U. 1 giugno 2015 n. 125), non è possibile applicare la disciplina abrogata, in ipotesi più severa, in base sia al principio generale, che favorisce la partecipazione alle gara, sia all'interesse alla salvaguardia dei contributi previdenziali: è evidente infatti che l'adempimento spontaneo della relativa obbligazione va incentivato e non scoraggiato. In tal caso risulta invece applicabile il citato D.M. 30 gennaio 2015; tale regolamento prevede, all'evidente scopo di soccorrere l'imprenditore in buona fede, che a fronte dell'interrogazione l'Istituto il quale rilevi irregolarità inviti in primo luogo a sanarle, assegnando un termine: se l'interessato entro tale termine ottempera, l'Istituto rilascia un DURC positivo, mentre emette il documento negativo solo a fronte della mancata regolarizzazione. In altri termini, il regolamento, con effetto dalla sua entrata in vigore, ha ridefinito il concetto di grave violazione contributiva, non più costituito dalla violazione ostativa al rilascio, ma dalla violazione ostativa non sanata a fronte dell'invito.

TAR LAZIO – LATINA, SEZ. I – sentenza 2 marzo 2016 n. 124

Sul preavviso di ricorso e sull'indicazione degli oneri di sicurezza aziendali

1. L'art. 243-bis del d.lgs. n. 163/2006 non prevede un obbligo della stazione appaltante di riscontrare l'atto di informativa preliminare di ricorso ivi previsto; l'istituto in discorso rappresenta, infatti, un mero strumento offerto alla P.A. per valutare l'opportunità di un riesame della fattispecie in via di autotutela, tanto che il silenzio su tale informativa non è qualificato in termini di "rigetto" o di "rifiuto", ma solo di "diniego di (procedere in) autotutela", la cui mancata impugnazione non comporta una possibile causa di inammissibilità e/o improcedibilità del ricorso già proposto avverso l'aggiudicazione.

2. Va riconosciuto il beneficio dell'errore scusabile, con conseguente applicazione dell'istituto della rimessione in termini per la rinnovazione della notifica, nel caso in cui la notifica del ricorso non sia andata a buon fine, nonostante che tale notifica sia stata effettuata all'indirizzo risultante dalla visura camerale, cioè presso la sede legale della società controinteressata; in tal caso, comunque, deve reputarsi idonea la notifica a mezzo "PEC" effettuata dalla ricorrente con esito positivo (tant'è vero che la ditta interessata si è costituita in giudizio a seguito della stessa).

3. Nelle procedure di affidamento di lavori i concorrenti devono indicare nell'offerta economica i costi interni per la sicurezza del lavoro, pena l'esclusione dell'offerta dalla procedura anche se non prevista nel bando di gara, come si evince da un'interpretazione sistematica delle norme regolatrici della materia date dall'art. 26 comma 6, del d.lgs. n. 81/2008 e dagli artt. 86, comma 3-bis, e 87, comma 4, del d.lgs. n. 163/2006; invero, non sembra coerente imporre alle stazioni appaltanti di tenere espresso conto – nella determinazione del valore economico di tutti gli appalti – dell'insieme dei costi della sicurezza, che devono, altresì, specificare per assicurarne la congruità, e non imporre ai concorrenti, soltanto per gli appalti di lavori, un identico obbligo di indicazione nelle offerte dei loro costi specifici, il cui calcolo, infine, emergerebbe unicamente in via eventuale, nella non indefettibile fase della valutazione dell'anomalia.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. IV – sentenza 3 marzo 2016 n. 880

Sull'avvalimento (ingfragrappo) del fatturato

1. Non v'è dubbio che in tema di avvalimento sussiste l'esigenza, ricavata dalle disposizioni dell'art. 49 del codice dei contratti pubblici, che il relativo contratto rechi una esplicita ed esauriente indicazione del relativo oggetto, in particolare che le risorse ed i mezzi da prestare alla ditta ausiliata siano indicati in modo determinato e specifico; ma va anche osservato che l'intensità del dovere di specificazione, sulla base di una lettura complessiva dello stesso art. 49, può essere diversamente determinata, atteso che tale norma richiama in più punti la possibilità che la "*lex specialis concursus*" rechi una disciplina del contenuto del contratto di avvalimento "in relazione ad una specifica gara" (comma 1 dell'art. 49) o con specifico riguardo alle "risorse necessarie" (comma 2 lett. f del medesimo articolo) per l'appalto.

2. E' legittimo il provvedimento con il quale una stazione appaltante ha aggiudicato una gara di appalto di servizi ad una ditta che, allo scopo di dimostrare il possesso dei requisiti del fatturato specifico e dei servizi svolti, espressamente richiesti dal bando, ha fatto ricorso, ai sensi dell'art. 49, D.Lgs. n. 163 del 2006, all'istituto dell'avvalimento cd. infragruppo, nel caso in cui: a) il bando di gara nulla di particolarmente specifico prescriva e/o richieda in merito ai requisiti minimi e/o necessari che il contratto di avvalimento deve avere; b) il contenuto del medesimo contratto di avvalimento risulti sufficientemente determinato con riferimento specifico alla durata dell'impegno nonché ai committenti, agli oggetti, agli anni e agli importi pregressi; in tal caso, infatti, l'atto negoziale deve ritenersi sufficientemente determinato.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 7 marzo 2016 n. 923

Sull'interdittiva antimafia in capo ad uno degli associati

1. L'impugnazione in s.g. di una informativa antimafia interdittiva (atto non avente portata generale, ma che opera in seno al singolo rapporto cui afferisce) non è preclusa dall'avvenuta impugnazione di analoghe interdittive in altri giudizi, né può essere ritenuta tardiva in ragione del trascorrere di molti mesi (nella specie 10) dall'adozione del provvedimento, nel caso in cui l'interdittiva stessa abbia manifestato la sua efficacia lesiva al momento della revoca dell'aggiudicazione.

2. Ai sensi dell'art. 37, commi 18 e 19, del codice dei contratti pubblici (nel testo integrato dal d.lgs. 113/2007), quando una misura interdittiva antimafia colpisce un'impresa mandante o mandataria di una r.t.i., è consentito all'Amministrazione di proseguire il rapporto di appalto con l'impresa superstita (naturalmente, alle condizioni del possesso dei necessari requisiti di qualificazione richiesti dal bando). Tale disposizione (mai modificata, nonostante le diverse novellazioni del codice dei contratti successive al d.lgs. 159/2011) conferma la "ratio", già insita nell'art. 12 del d.P.R. 252/1998, di contemperare il prosieguo dell'iniziativa economica delle imprese in forma associata con le esigenze afferenti alla sicurezza e all'ordine pubblico connesse alla repressione dei fenomeni di stampo mafioso, ogni volta che, a mezzo di pronte misure espulsive, si determini volontariamente l'allontanamento e la sterilizzazione delle imprese in pericolo di condizionamento mafioso.

3. La disciplina prevista dell'art. 37 commi 18 e 19, del codice dei contratti pubblici in tema di prosecuzione del rapporto di appalto con la impresa superstita quando una misura interdittiva antimafia colpisce un'impresa mandante o mandataria di una r.t.i. è applicabile anche nel caso in cui sia stata costituita una società consortile per l'esecuzione unitaria delle prestazioni appaltate, la quale costituisce una "società strumento" o "società operativa", riconducibile al modello tipizzato dagli artt. 93 (per i lavori) e 276 (per i servizi) del d.P.R. 207/2000, costituita da operatori economici riuniti in associazione temporanea, per assicurare una procedura coordinata e rapida per eseguire in modo unitario l'appalto.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI – sentenza 7 marzo 2016 n. 917

Sulla vincolatività del durc negativo

1. Nel caso in cui la sentenza di primo grado si sia pronunciata sul ricorso proposto, ritenendo implicitamente sussistente la giurisdizione del giudice amministrativo, non è possibile esaminare la questione della giurisdizione in grado di appello in mancanza di apposita impugnativa sul punto, essendosi formato in argomento un giudicato implicito. In tal caso infatti la sentenza, in quanto non impugnata, né in via principale, né in via incidentale, sotto il profilo della giurisdizione, è divenuta per questa parte intangibile, non essendo consentito, in grado d'appello, che la questione di giurisdizione sia sollevata d'ufficio o sia comunque esaminata in assenza, sul punto, di uno specifico mezzo di impugnazione della sentenza (art. 9 cod. proc. amm.).

2. E' legittimo il provvedimento con il quale la Stazione appaltante ha annullato in autotutela l'aggiudicazione di una gara di appalto, avendo accertato, tramite la richiesta di un documento unico di regolarità contributiva (durc), che la società rimasta aggiudicataria non possedeva il requisito della regolarità contributiva e previdenziale, nonostante le diverse dichiarazioni dalla stessa rese in sede di gara riguardo al possesso del requisito in parola. Il tal caso non può ritenersi che la Stazione appaltante, prima dell'eventuale ritiro in autotutela dell'aggiudicazione, avrebbe dovuto richiedere alla società interessata la regolarizzazione della propria posizione contributiva, e tanto ai sensi dell'art. 31, comma 8, del d.l. 21 giugno 2013 n. 69, convertito nella legge n. 98 del 2013, recante semplificazioni in materia di durc, atteso che tale norma trova applicazione nei casi di richiesta del DURC da parte dell'impresa interessata (sia in sede di prima emissione del documento, sia in sede di rinnovo) nell'ambito delle attività di normale gestione dell'impresa, ma non certo nei casi in cui la richiesta del durc provenga da una stazione appaltante e sia funzionale ad acclarare se il concorrente (che ha dichiarato in sede di gara di essere in regola con il versamento dei contributi) abbia in concreto i requisiti dichiarati per restare aggiudicatario di un appalto pubblico.

3. La valutazione della gravità delle violazioni alle norme in materia previdenziale ed assistenziale non è rimessa alla ponderazione caso per caso della Stazione appaltante, posto che ai sensi e per gli effetti dell'art. 38, comma 1, lett. i), d.lgs. n. 163 del 2006, la nozione di "violazione grave" si deve desumere dalla disciplina previdenziale, e in particolare dalla disciplina del documento unico di regolarità contributiva; con la conseguenza che la verifica della regolarità contributiva delle imprese partecipanti a procedure di gara è demandata agli istituti di previdenza, le cui certificazioni (durc) si impongono alle stazioni appaltanti, che non possono sindacarne il contenuto.

TAR LAZIO – ROMA, SEZ. I – sentenza 7 marzo 2016 n. 2966

Sulla quantificazione del danno da risarcire in caso di illegittima esclusione

1. Nel caso di illegittima esclusione da una gara di appalto che ha precluso l'aggiudicazione della gara stessa e la consegna dei lavori o del servizio (nella specie si trattava di una gara per l'affidamento del "servizio di rimozione, trasporto, demolizione ed avvio a recupero/smaltimento di imbarcazioni e relitti situati nell'isola di Lampedusa di imbarcazioni situate nei porti di Licata e Mazara del Vallo, nonché di imbarcazioni e motori situati nell'area portuale dell'isola di Pantelleria nell'ambito dell'emergenza derivante dall'eccezionale afflusso di cittadini extracomunitari"), ai fini del risarcimento dei danni, per ciò che concerne l'elemento soggettivo, al privato non è chiesto un particolare sforzo probatorio per dimostrare la colpa dell'Amministrazione, potendo egli invocare l'illegittimità del provvedimento quale presunzione (semplice) della colpa, ed anche allegare circostanze ulteriori, idonee a dimostrare che non si è trattato di un errore non scusabile.

2. Nel caso di illegittima esclusione da una gara di appalto, per ciò che concerne il danno emergente, sono risarcibili i costi sostenuti per la partecipazione alla gara. Ed invero la partecipazione alle gare di appalto comporta, inevitabilmente, per le imprese, dei costi, che, ordinariamente, restano a carico dell'impresa medesima, sia in caso di aggiudicazione, che di mancata aggiudicazione; detti costi di partecipazione si connotano come danno emergente solo allorché l'impresa subisca un'illegittima esclusione, venendo in tale evenienza in considerazione la pretesa del contraente a non essere coinvolto in trattative inutili.

3. Deve ammettersi che l'impresa ingiustamente privata dell'esecuzione di un appalto possa rivendicare anche la perdita della specifica possibilità concreta di incrementare il proprio avviamento per la parte relativa al curriculum professionale, da intendersi anche come immagine e prestigio professionale, al di là dell'incremento degli specifici requisiti di qualificazione e di partecipazione alle singole gare (nella specie il risarcimento di tale tipo di danno è stato liquidato, in applicazione del criterio ex art. 1226 c.c., in una somma pari al 2% dell'offerta economica). In tale ipotesi, viceversa, non può essere accolta la pretesa al maggiore danno con riguardo al c.d. "danno esistenziale", nel caso in cui non risulti essere stato leso il diritto all'immagine, al buon nome e all'onorabilità aziendale della impresa ricorrente.

4. Ai fini della quantificazione del lucro cessante da mancata esplicazione di un'attività d'impresa, pari al mancato utile ritraibile, l'ammontare del risarcimento dovuto va determinato, sulla base degli utili attesi dall'intera iniziativa per il periodo di riferimento, e però diminuiti dei redditi sotto qualunque forma conseguiti dalla società nel medesimo periodo, per l'impiego alternativo dei mezzi propri necessari al progetto mancato; e tanto, in applicazione del criterio dell'*aliunde perceptum*, vale a dire dell'utile alternativo che l'impresa può avere acquisito svolgendo attività alternative rispetto a quella che avrebbe dovuto eseguire, ove avesse ottenuto il servizio in appalto.

5. In sede di risarcimento dei danni per illegittima esclusione da una gara di appalto che ha precluso l'aggiudicazione della gara stessa, il danno da mancato utile può essere determinato nel 10% del valore dell'appalto. Né, al riguardo, vale indagare sulla possibilità di diverso utilizzo delle risorse umane e strumentali da parte della ditta danneggiata, dovendosi reputare illogico ed ingiusto caricare sul danneggiato le conseguenze negative della mancata prova di un fatto estintivo o modificativo della pretesa, quale è la compensazione per *aliunde perceptum* (6).

TAR LAZIO – ROMA, SEZ. II – sentenza 11 marzo 2016 n. 3119

Sull'irregolarità fiscale

1. Nelle gare di appalto i consorzi stabili, anche se in forza della natura di soggetto collettivo, legittimamente cumulano indistintamente i requisiti tecnici e finanziari delle imprese consorziate, devono tuttavia comprovare il possesso dei requisiti generali di cui all'art. 38 del codice degli appalti in capo ad esse; del resto, se così non fosse, per gli operatori economici privi dei requisiti di cui all'art. 38 risulterebbe agevole, anziché concorrere direttamente andando incontro a sicura esclusione, aderire ad un consorzio da utilizzare come «copertura elusiva» dell'obbligo di possedere i requisiti generali. Di conseguenza, posto che l'affidabilità morale rappresenta un requisito ineludibile e specifico per ogni singolo esecutore, la carenza dei requisiti di cui all'art. 38 in capo alle imprese consorziate indicate come esecutrici dell'appalto non può non comportare l'esclusione del consorzio stabile.

2. Ai fini del possesso del requisito di regolarità fiscale di cui all'art. 38, comma 1, lett. g), del codice degli appalti, costituiscono violazioni definitivamente accertate quelle relative all'obbligo di pagamento di debiti per imposte e tasse certi, scaduti ed esigibili (2). Infatti, solo in tal caso l'inadempimento tributario può ritenersi indicativo del mancato rispetto degli obblighi relativi al

pagamento di imposte e tasse, mentre non è sufficiente la circostanza che l'operatore economico sia destinatario di una cartella esattoriale, attesa la necessità non solo che la pendenza con l'Erario sia stata debitamente accertata dai competenti organi come esistente ad una determinata data, ma anche che la pretesa tributaria si sia consolidata in favore della Amministrazione finanziaria per l'inutile decorso del termine di impugnazione.

3. L'impresa che abbia ottenuto una rateizzazione del debito tributario deve essere considerata in regola ai fini della presentazione della domanda di partecipazione alla gara, stante il valore novativo che tali atti assumono, fermo restando che la sussistenza del requisito della regolarità fiscale deve essere valutata con riferimento al momento ultimo per la presentazione delle offerte; pertanto la mera presentazione di una richiesta di rateizzazione del debito tributario non esclude – anzi conferma – il carattere della definitività del debito stesso, perché la rateizzazione implica la certezza dell'ammontare e dell'esistenza della pretesa erariale, la quale non può essere più contestata in sede giudiziale, e non è comunque pienamente certo il suo accoglimento prima della adozione del relativo atto, con l'ulteriore conseguenza che la dichiarazione di non aver commesso infrazioni definitivamente accertate non può essere validamente resa prima dell'effettivo accoglimento della domanda di rateizzazione.

Sul principio di rotazione in caso di gara informale

4. La decisione della stazione appaltante di non invitare ad una gara informale indetta ai sensi dell'art. 30 del decreto legislativo n. 163/2006 (nella specie per l'affidamento della concessione del servizio di rimozione veicoli in sosta d'intralcio e/o pericolo nel territorio di Roma Capitale) il precedente gestore che aveva espletato il servizio, in forza di varie proroghe, per circa 10 anni in ragione della «conclamata incapacità» dell'Amministrazione capitolina di indire una nuova procedura selettiva, non può essere giustificata dalla volontà di applicare il principio di rotazione degli operatori economici da invitare nelle procedure negoziate, espressamente richiamato dall'art. 57, comma 6, del codice degli appalti. Infatti, il principio di rotazione, essendo funzionale ad assicurare un certo avvicendamento delle imprese affidatarie, non ha una valenza precettiva assoluta per le stazioni appaltanti, di guisa che: a) la sua episodica mancata applicazione non vale *ex se* ad inficiare gli esiti di una gara già espletata, una volta che questa si sia conclusa con l'aggiudicazione in favore di un soggetto già in precedenza invitato a simili selezioni, ovvero già affidatario del servizio; b) in difetto di situazioni particolari, riscontrabili ad esempio in ipotesi di precedenti inadempimenti contrattuali, non può essere invocato *sic et simpliciter* per escludere un concorrente che chieda di essere invitato a partecipare ad una procedura negoziata.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. IV – sentenza 14 marzo 2016 n. 1013

Sul rilievo inficiante dell'omessa dichiarazione di un decreto penale di condanna

1. E' legittimo l'annullamento del provvedimento di autorizzazione al subappalto adottato per il fatto che la P.A. (nella specie si trattava della Consip s.p.a.) è venuta a conoscenza dell'esistenza, a carico del legale rappresentante della società, di un decreto penale di condanna esecutivo per il reato di omesso versamento di contributi previdenziali non dichiarato dall'interessato, a nulla rilevando eventuali difetti di notifica di detto decreto, atteso che il rimedio da esperire nell'ipotesi di decreto penale non opposto, e quindi divenuto esecutivo, a cagione di una sua non conoscenza dovuta a vizi della notificazione non è quello oppositivo di cui all'art. 40 del d.P.R. 14 novembre 2002, n. 313, bensì quello consistente nella richiesta di rimessione in termini per l'opposizione, ai sensi degli artt. 175 e 462 cod. proc. pen., da proporre nel termine di trenta giorni dalla sopravvenuta conoscenza della condanna (art. 175, comma 2-bis, cod. proc. amm.), ed ovviamente previa dimostrazione del vizio e della sola tardiva conoscenza del procedimento penale (e della condanna).

2. Ai fini della dichiarazione dei precedenti penali è irrilevante il fatto che si tratti di sentenza assistita dal beneficio della non menzione del casellario giudiziale, atteso che è sempre possibile a ciascun cittadino chiedere e ottenere, ai sensi dell'art. 33 del d.P.R. n. 313 del 2002, la "visura" di tutte le iscrizioni esistenti a proprio carico, ivi comprese quelle non risultanti dal certificato del casellario giudiziale rilasciato a istanza dell'interessato; e a tale adempimento, alla stregua di un canone di ordinaria diligenza e autoresponsabilità, deve provvedere l'interessato, prima di rendere una dichiarazione autocertificativa attestante l'inesistenza di precedenti penali a proprio carico.

3. La successiva depenalizzazione di un reato non esime l'interessato dal rendere la dichiarazione in ordine alla condanna riportata in ordine al reato stesso, atteso che è al momento della presentazione della dichiarazione che va logicamente riferito l'obbligo di dichiarare tutte le condanne riportate, ivi comprese quelle assistite dal beneficio della non menzione, ex art. 38, comma 2, del d.lgs. n. 163 del 2006 (e, quindi, anche l'esclusione per i reati depenalizzati, ivi prevista, va riferita a quelli già depenalizzati all'epoca); né è rilevante il carattere retroattivo di detta depenalizzazione, al fine di invocare una sorta di sanatoria ex post dell'omissione, dal momento che tale retroattività costituisce un effetto normale sul piano penale della *abolitio criminis* ai sensi dell'art. 2, comma 2, cod. pen., ma non può avere un effetto sanante che si risolverebbe in una grave violazione della par condicio tra i concorrenti.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 15 marzo 2016 n. 1024

Sull'interpretazione della clausola ambigua

1. Nel caso di più possibili interpretazioni di una clausola della *lex specialis* (una avente quale effetto l'esclusione dalla gara e una tale da consentire la permanenza del concorrente), non può legittimamente aderirsi all'opzione che comporta l'esclusione dalla gara. Ed infatti una siffatta lettura della problematica figura delle cc.dd. 'clausole ambigue' si porrebbe evidentemente in contrasto con il principio della tassatività delle cause di esclusione, determinando la sanzione della nullità a carico della clausola in parola (in tal senso, il comma 1-bis dell'articolo 46 del d.lgs. n. 163 del 2006).

2. Nel caso in cui la *lex specialis* di gara fissi il numero massimo di pagine in cui doveva articolarsi un documento (nella specie, il progetto tecnico), e stabilisca che "eventuali parti sovrabbondanti rispetto a tali limiti non verranno prese in considerazione dalla Commissione di gara", deve ritenersi che il superamento delle dimensioni massime non possa determinare l'esclusione della ditta dalla gara, sia perché la *lex specialis* non fissa una siffatta conseguenza escludente, sia perché un'eventuale clausola di tale contenuto sarebbe di dubbia compatibilità con il principio legale della tipicità e tassatività delle cause di esclusione (art. 46, comma 1-bis del codice dei contratti pubblici).

Sulla dissociazione nei confronti di soci condannati

3. L'art. 38, comma 1, lettera c) del codice dei contratti pubblici, secondo cui l'esclusione dalla gara per rilevanti condanne penali va disposta "qualora l'impresa non dimostri che vi sia stata completa ed effettiva dissociazione della condotta penalmente sanzionata", va interpretato nel senso di attribuire alla espressione di "completa ed effettiva dissociazione" una interpretazione rigorosa; deve tuttavia ritenersi che la sanzione del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, atteso il suo carattere di estrema afflittività per il dipendente (che nella specie aveva assunto in passato il ruolo di procuratore-institore dell'impresa), sia certamente idonea a realizzare una valida dissociazione.

Sull'idoneità del punteggio numerico

4. Nelle gare pubbliche di appalto, il punteggio numerico assegnato ai singoli elementi dell'offerta economicamente più vantaggiosa integra una motivazione sufficiente ed adeguata, purché siano stati prefissati criteri di valutazione sufficientemente precisi e dettagliati.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 15 marzo 2016 n. 1027

Sugli amministratori di fatto

1. Non può essere disposta l'esclusione di una ditta da una gara di appalto nel caso di omessa dichiarazione dei requisiti generali da parte di soggetti non rientrano all'evidenza nella figura dei procuratori (*rectius*: amministratori di fatto) delineati dalla giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, i cui poteri, per rilevanza sostanziale e spessore economico devono essere tali da renderli equiparabili agli amministratori di diritto della società. Va peraltro ricordato che in ogni caso, qualora l'onere di rendere la dichiarazione ex art. 38 d.lgs. n. 163-2006 per i procuratori ad negotia non sia contemplato a pena di esclusione dalla *lex specialis*, l'esclusione può essere disposta non già per l'omissione di siffatta dichiarazione, ma soltanto laddove sia effettivamente riscontrabile l'assenza del requisito in questione.

2. In sede di gara pubblica, l'indicazione del nominativo del subappaltatore già in sede di presentazione dell'offerta non è obbligatoria neanche nell'ipotesi in cui il concorrente non possieda la qualificazione nelle categorie scorporabili.

Sulle varianti migliorative

3. Nelle gare pubbliche, ai sensi dell'art. 76 del codice contratti pubblici, le varianti progettuali migliorative riguardanti le modalità esecutive dell'opera o del servizio sono ammesse, purché non si traducano in una diversa ideazione dell'oggetto del contratto.

4. La valutazione delle varianti migliorative proposte dalle imprese rientra nel concetto di discrezionalità tecnica e sono sindacabili dal giudice amministrativo soltanto in ambiti molto ristretti, laddove sia evidente che la variante comporti *un aliud pro alio*, ovvero che il giudizio espresso dall'Autorità valutativa sia macroscopicamente erroneo ovvero illogico o irrazionale.

Sul giudizio di anomalia

5. Nelle gare pubbliche, il giudizio che conclude il sub-procedimento di verifica delle offerte anomale costituisce espressione di un potere tecnico-discrezionale dell'Amministrazione, di per sé insindacabile, salva l'ipotesi in cui le valutazioni ad esso sottese non siano abnormi o manifestamente illogiche o affette da errori di fatto.

CONSIGLIO DI STATO SEZ. V – sentenza 15 marzo 2016 n. 1032

Sull'avvalimento di garanzia

1. Nelle gare pubbliche, allorché 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.

Ne consegue che in tal caso 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 prestare ed a mettere a disposizione della c.d. società ausiliata la sua complessiva solidità finanziaria ed il suo patrimonio esperienziale, garantendo con essi una determinata affidabilità ed un concreto supplemento di responsabilità.

Sul termine di dieci gironi in caso di verifica a campione

2. Nel caso di verifica a campione, il termine di dieci giorni previsto dall'art. 48, comma 1, del codice dei contratti pubblici per comprovare il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, eventualmente richiesti nel bando di gara, presentando la documentazione indicata in detto bando o nella lettera di invito, ha natura perentoria in ragione dell'esigenza di celerità insita nella fase specifica del procedimento e dell'automaticità della comminatoria prevista per la sua inosservanza, salva l'oggettiva impossibilità di produzione della documentazione la cui prova grava sull'impresa. Tuttavia dalla citata disposizione si evince che, mentre non può ammettersi la produzione tardiva di documentazione mancante specificamente indicata, su un piano diverso deve essere posta l'ipotesi di integrazione di atti già trasmessi, relativamente alla quale va ammessa la possibilità per l'Amministrazione di approfondimenti istruttori, soprattutto nelle ipotesi in cui la richiesta sia genericamente riferita alla comprova dei requisiti indicati e non indicava specifici e tassativi documenti.

TAR FRIULI VENEZIA GIULIA, SEZ. I – sentenza 15 marzo 2016 n. 87

Sulle irregolarità di una polizza fideiussoria

Non può essere esclusa dalla gara una ditta che ha prodotto una polizza fideiussoria per la cauzione provvisoria in copia autenticata, nel caso in cui l'autentica sia stata apposta su foglio separato. Infatti, a parte il fatto che eventuali irregolarità delle autentiche non sono previste a pena di esclusione, la dichiarazione resa dal sottoscrittore della polizza autenticata dal notaio identifica il contratto di fideiussione nonché il potere di firma del sottoscrittore. Inoltre, dall'esame del documento, il fascicolo risulta unitario, in quanto timbrato nella rilegatura, laddove l'autentica non è affatto apposta in foglio separato ma in calce a detto fascicolo. In ogni caso la mancata autenticazione della firma, da parte di un notaio, della sottoscrizione di una polizza fideiussoria può essere oggetto d'integrazione e non comporta l'esclusione dalla gara di appalto.

Sulla dissociazione rispetto agli ex amministratori

Ai fini del possesso del requisito della moralità professionale dei passati amministratori, è prevista la possibilità di dimostrare la dissociazione della società stessa; la dissociazione non risulta codificata e deve essere valutata caso per caso, non esistendo nella normativa disposizioni univoche in tal senso; rileva anche la tempistica (in applicazione del principio nella specie è stato ritenuto che sussisteva una valida dissociazione, atteso che allorchè l'ex presidente del consiglio di amministrazione era stato coinvolto un'indagine penale, egli era cessato dalle cariche di presidente e consigliere del consiglio di amministrazione, avendo rassegnato tempestive dimissioni e inoltre la ditta aveva dimostrato con fatti

concludenti – tra cui la costituzione quale parte civile nel processo penale conclusosi con una sentenza patteggiata – la sua dissociazione).

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza-ordinanza 17 marzo 2016 n. 1090

Sull’offerta con un utile pari a zero

Nelle gare d’appalto non può essere fissata una quota rigida di utile al di sotto della quale l’offerta debba considerarsi per presunzione incongrua, dovendosi invece avere riguardo alla serietà della proposta contrattuale, risultando in sé ingiustificabile solo un utile pari a zero, atteso che anche un utile apparentemente modesto può comportare un vantaggio importante, come nel caso di ricadute positive che possono discendere per l’impresa in termini di qualificazione, pubblicità, curriculum, dall’essersi aggiudicata e dall’aver poi portato a termine un prestigioso appalto.

Anche se deve ritenersi che l’offerta economica zero equivale a mancata offerta economica, nel caso di un’offerta economica composta da più voci e che non sia pari a zero, è necessario ponderare, per comprendere se ci si trovi di fronte ad un’offerta affidabile e seria, l’offerta nel suo complesso. In questo senso la stazione appaltante deve, da un lato, accertarsi che l’indicazione di un valore zero di un componente dell’offerta non impedisca la valutazione dell’offerta stessa o delle altre offerte presentate dai concorrenti, ad esempio, determinando la sostanziale inapplicabilità della formula matematica per il computo del relativo punteggio.

Sull’irrelevanza dell’omessa indicazione del subappaltatore

È pienamente condivisibile il principio enunciato dall’Adunanza Plenaria, secondo il quale: “*Nelle gare d’appalto l’indicazione del nominativo del subappaltatore già in sede di presentazione dell’offerta non è obbligatoria, neanche nell’ipotesi in cui il concorrente non possieda la qualificazione nelle categorie scorporabili previste all’art. 107 comma 2 D.P.R. 5 ottobre 2010 n. 207 (c.d. subappalto necessario)*”.

TAR PUGLIA – LECCE, SEZ. II – sentenza 16 marzo 2016 n. 502

Sul principio di pubblicità delle operazioni di gara

E’ illegittima l’aggiudicazione di una procedura di evidenza pubblica, ove il seggio di gara, in ragione di un impegno sopravvenuto del dirigente competente, abbia: a) differito lo svolgimento della seduta di apertura delle offerte al giorno successivo a quello espressamente indicato nella lettera-invito; b) omesso di effettuare, nelle forme di cui all’art. 77, d. lgs. n. 163 del 2006, la preventiva comunicazione di tale differimento a tutti i concorrenti; c) affisso un mero avviso del differimento soltanto sulla porta d’ingresso dell’Ufficio sede delle operazioni di gara; in tal caso, infatti, l’aggiudicazione deve ritenersi disposta in violazione della regola generale della pubblicità delle operazioni di gara.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI – sentenza 17 marzo 2016 n. 1091

Sulla revisione prezzi

1. L'art. 6 della legge 24 dicembre 1993, n. 537, nel prevedere che tutti i contratti ad esecuzione periodica o continuativa debbono recare una clausola di revisione periodica del prezzo, ha natura imperativa, per cui si inserisce automaticamente e prevale addirittura sulla regolamentazione pattizia, cosicché nessuna preclusione è configurabile in ordine al diritto di ottenere la revisione dei prezzi contrattuali, che trova titolo e disciplina nella legge.

2. Il presupposto per l'applicazione dell'art. 6 della legge 24 dicembre 1993, n. 537 e s.m.i., che prevede la revisione dei prezzi per i contratti di durata, è che **vi sia stata mera proroga e non un rinnovo del rapporto contrattuale**, consistendo la prima nel solo effetto del differimento del termine finale del rapporto, il quale rimane per il resto regolato dall'atto originario, mentre il secondo scaturisce da una nuova negoziazione con il medesimo soggetto, che può concludersi con l'integrale conferma delle precedenti condizioni o con la modifica di alcune di esse se non più attuali, essendo in questo caso intervenuti tra le parti atti successivi al contratto originario con cui, attraverso specifiche manifestazioni di volontà, sia stato dato corso tra le parti a distinti, nuovi ed autonomi rapporti giuridici, ancorché di contenuto identico a quello originario, senza avanzare alcuna proposta di modifica del corrispettivo.

TAR MARCHE, SEZ. I – sentenza 18 marzo 2016 n. 161

Sulla valutazione delle giustificazioni e sulle offerte anomale

1. Nelle gare di appalto, l'esame delle giustificazioni ed il giudizio di anomalia o di incongruità dell'offerta costituiscono espressione di discrezionalità tecnica di esclusiva pertinenza dell'amministrazione, sicché il giudice amministrativo può sindacare le valutazioni di quest'ultima soltanto in caso di macroscopiche illegittimità, quali gravi e plateali errori di valutazione, abnormi o inficiati da errori di fatto; in tal caso il giudice di legittimità esercita il proprio sindacato, ferma restando l'impossibilità di sostituire il proprio giudizio a quello dell'amministrazione e di procedere ad una autonoma verifica della congruità dell'offerta e delle singole voci, che costituirebbe un'inammissibile invasione della sfera della P.A..

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

3. In sede di verifica delle offerte anomale, un'offerta non può ritenersi anomala ed essere esclusa dalla gara per il solo fatto che il costo del lavoro sia stato calcolato secondo valori inferiori a quelli risultanti dalle tabelle ministeriali o dai contratti collettivi, occorrendo, perché possa dubitarsi della sua congruità, che la discordanza sia considerevole e palesemente ingiustificata (3); ciò in quanto i costi medi del lavoro costituiscono non parametri inderogabili, ma indici del giudizio di adeguatezza dell'offerta, con la conseguenza che è ammissibile l'offerta che da essi si discosti, purché lo scostamento non sia eccessivo e vengano salvaguardate le retribuzioni dei lavoratori, così come stabilito in sede di contrattazione collettiva.

4. Nelle gare di appalto, vanno considerati, in sede di valutazione della congruità delle offerte, aspetti particolari ed elementi che possono variare da azienda ad azienda; pertanto, ai fini di una valutazione sulla congruità dell'offerta, la stazione appaltante deve tenere conto anche delle possibili economie che le diverse singole imprese possono conseguire (anche con riferimento al costo del lavoro), nel rispetto delle disposizioni di legge e dei contratti collettivi.

TAR LAZIO – ROMA, SEZ. I TER – sentenza 22 marzo 2016 n. 3487

Sull’omissione della comunicazione di avvio del procedimento in caso di revoca per interdittiva

Non sussiste la violazione dell’art. 7 della legge 241/90 per mancata comunicazione dell’avvio del procedimento di revoca dell’aggiudicazione per effetto dell’emissione di una informativa prefettizia antimafia, trattandosi di procedimenti in materia di tutela antimafia, intrinsecamente caratterizzati, come tali, da riservatezza ed urgenza.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 21 marzo 2016 n. 1143

Sul termine di impugnazione in caso di accesso agli atti di gara

1. In conformità a quanto affermato dalla Corte di Giustizia U.E., deve ritenersi che l’art. 120 del D.Lgs. n. 163 del 2006 (codice dei contratti pubblici) dev’essere interpretato nel senso che il termine di trenta giorni ivi previsto per l’impugnativa del provvedimento di aggiudicazione non decorre sempre e comunque dal momento della comunicazione di cui all’articolo 79 dello stesso D.L.vo, ma, nel caso in cui emergano vizi riferibili ad atti diversi da quelli ‘comunicati’, dal giorno in cui l’interessato abbia avuto piena ed effettiva conoscenza, proprio in esito all’accesso, degli atti e delle vicende fino ad allora rimasti non noti. Pertanto, nel caso in cui sorga l’interesse ad impugnare atti (e/o a censurare condotte e vizi di legittimità) conosciuti in occasione dell’accesso, il termine decadenziale breve (di trenta giorni) “slitta in avanti” (*rectius*: dev’essere prorogato; va incrementato) di un numero di giorni pari a quello che si è reso necessario per acquisire la piena conoscenza degli atti (delle condotte e dei profili di illegittimità) in questione.

2. Poiché il termine per effettuare l’accesso agli atti di gara è stato fissato dal Legislatore in soli dieci giorni (v. in tal senso l’art. 79, 5° comma quater, del D.L.vo n. 163 del 2006) – ciò in ragione delle esigenze di celerità che caratterizzano il procedimento in materia di affidamento di lavori, forniture e servizi pubblici – deve ritenersi che nelle pubbliche gare d’appalto il c.d. ‘termine breve’ per l’impugnazione degli atti e/o provvedimenti che non siano stati trasmessi unitamente alla comunicazione della decisione di aggiudicazione e che costituiscono oggetto dell’accesso (id est: degli atti non immediatamente conosciuti in occasione della comunicazione dell’intervenuta aggiudicazione) può essere incrementato, al massimo, di dieci giorni, fermo restando, beninteso, che se la P.A. rifiuta illegittimamente di consentire l’accesso, il termine non inizia a decorrere; gli atti non visionati non si consolidano ed il potere di impugnare, dell’interessato pregiudicato da tale condotta amministrativa, non si ‘consuma’.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 22 marzo 2016 n. 1174

Sull’inammissibilità della revoca dopo la stipula del contratto

Nel caso in cui le pubbliche amministrazioni, dopo avere stipulato il contratto di appalto, rinvenivano sopravvenute ragioni di inopportunità nella prosecuzione del rapporto negoziale, non possono utilizzare lo strumento pubblicistico della revoca dell’aggiudicazione, ma devono esercitare il diritto potestativo regolato dall’art. 134 del d.lgs. n. 163 del 2006. E’ pertanto illegittimo il provvedimento di revoca dell’aggiudicazione di una gara adottato allorché era già stato stipulato il contratto di appalto,

atteso che in tal caso la revoca è stata adottata in assenza del suo essenziale presupposto, e cioè di un oggetto costituito da un provvedimento che continua ancora a spiegare effetti, non essendo tale l'aggiudicazione della gara in seguito alla stipulazione del contratto; in tal caso, per sciogliersi dal vincolo discendente da quest'ultimo, l'Amministrazione deve ricorrere all'istituto del recesso ai sensi dell'art. 134 del d.lgs. n. 163 del 2006.

Con la stessa sentenza è stato precisato che resta impregiudicata, nell'inerenza all'azione della pubblica amministrazione dei poteri di autotutela previsti dalla legge, la possibilità:

- a) della revoca nella fase procedimentale della scelta del contraente fino alla stipulazione del contratto;
- b) dell'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione definitiva anche dopo la stipulazione del contratto, ai sensi dell'art. 1, comma 136, della legge n. 311 del 2004, con la caducazione automatica degli effetti negoziali del contratto per la stretta consequenzialità funzionale tra l'aggiudicazione della gara e la stipulazione dello stesso.

Ha poi aggiunto come, pure nel caso di contratto stipulato, sussiste la speciale previsione in ordine al recesso della stazione appaltante quando si verificano i presupposti previsti dalla normativa antimafia che la giurisprudenza ha riferito alla nozione dell'autotutela autoritativa.

TAR LAZIO – ROMA, SEZ. II – sentenza 22 marzo 2016 n. 3580

Sui limiti dell'applicabilità del soccorso istruttorio

1. Il c.d. soccorso istruttorio “rinforzato”, previsto dall'art. 38, comma 2 bis, d.lgs. n. 163 del 2006, inserito dall'art. 39, comma 1, d.l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito con modificazioni dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, non si applica anche alla fase del controllo sul possesso dei requisiti di cui all'art. 48 d.lgs. n. 163 del 2006, onde legittimamente la stazione appaltante, dopo avere richiesto alla concorrente di completare la produzione documentale in forza del soccorso istruttorio, ha escluso la concorrente stessa ove la stessa non abbia ottemperato integralmente e tempestivamente alla richiesta di integrazione.

2. Nelle procedure di gara disciplinate dal codice dei contratti pubblici, il “potere di soccorso” sancito dall'art. 46, co.1, del codice (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163) – sostanziandosi unicamente nel dovere della stazione appaltante di regolarizzare certificati, documenti o dichiarazioni già esistenti ovvero di completarli ma solo in relazione ai requisiti soggettivi di partecipazione, chiedere chiarimenti, rettificare errori materiali o refusi, fornire interpretazioni di clausole ambigue nel rispetto della par condicio dei concorrenti – non consente la produzione tardiva del documento o della dichiarazione mancante o la sanatoria della forma omessa, ove tali adempimenti siano previsti a pena di esclusione dal codice dei contratti pubblici, dal regolamento di esecuzione e dalle leggi statali.

3. Poiché al termine di dieci giorni previsto dall'art. 48 d.lgs. 163/2006 per la produzione della documentazione a seguito di soccorso istruttorio va attribuita natura perentoria, è inevitabile concludere che l'unica documentazione valutabile dalla stazione appaltante ai fini della verifica del possesso dei requisiti in discorso è quella prodotta dall'impresa nel termine di dieci giorni previsto dalla legge e assegnato dalla stazione appaltante con la comunicazione *ex art.* 48.

4. La mancata presentazione nei termini della documentazione a comprova del possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa costituisce presupposto giustificativo dell'esclusione dell'impresa dalla gara e dell'escussione della cauzione provvisoria e della segnalazione all'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici (oggi ANAC); diversamente deve ritenersi nel caso del mero ritardo nella presentazione della documentazione, il quale non può costituire di per sé solo presupposto giustificativo per l'adozione delle ulteriori misure della escussione della cauzione

provvisoria e della segnalazione all'Autorità di vigilanza. In altri termini, occorre distinguere l'ipotesi della presentazione tardiva della documentazione, alla quale consegue la sola esclusione dalla gara, dalle ipotesi della omessa presentazione della documentazione o della trasmissione di documentazione che non confermi o non sia sufficiente a confermare quanto dichiarato in sede di domanda di partecipazione o di offerta, che costituiscono i presupposti legali per procedere, oltre che all'esclusione, all'escussione della cauzione provvisoria ed alla segnalazione all'Autorità di Vigilanza.

TAR LOMBARDIA – BRESCIA, SEZ. II – sentenza 22 marzo 2016 n. 434

Sul soccorso istruttorio

1. Non occorre impugnare immediatamente una clausola del bando di gara ritenuta escludente, nel caso in cui la impresa interessata non deduca l'illegittimità della clausola, ma ne censuri l'interpretazione elaborata dalla stazione appaltante.

2. Ai sensi dell'art. 38, comma 2-bis, del D.Lgs. n. 163/2006, introdotto dal D.L. n. 90/2014, l'irregolarità, l'incompletezza e (addirittura) la mancanza delle autocertificazioni con le quali i concorrenti attestano il possesso dei requisiti di ordine generale non può, in modo automatico, essere sanzionata con esclusione degli stessi dalle pubbliche gare; viene così ribadita la preminenza del dato sostanziale – ossia la sussistenza dei requisiti di partecipazione – su quello formale, relativo alla completezza ed analiticità delle autodichiarazioni prodotte dai concorrenti all'atto della presentazione delle offerte.

3. Il concorrente che ha presentato una dichiarazione ex art. 38 del codice dei contratti pubblici incompleta, ovvero che ha omesso di presentarla, non può per tali ragioni essere escluso dalla gara, dovendo essere sempre consentita – ai sensi degli artt. 38, comma 2-bis, 39, 46 comma 1-ter del D.Lgs. 163/2006 – la sanatoria delle lacune in cui è incorso, anche se essenziali, dimostrando di essere comunque in possesso di tutti i requisiti di ordine generale di cui all'art. 38 del codice degli appalti.

4. L'ampiezza della locuzione utilizzata dal legislatore nell'art. 38 comma 2-bis del D.Lgs. n. 163/2006, introdotto dal D.L. n. 90/2014 (secondo cui “La mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive di cui al comma 2 ...”) è tale da consentire di affermare che la mancanza non solo delle dichiarazioni sostitutive, ma anche della documentazione “essenziale”, in quanto prescritta dalla legge ovvero dal bando di gara, non è tale da inficiare la partecipazione dell'impresa, dovendosi in tal caso attivare un iter sub-procedimentale volto a consentire all'offerente di integrare la documentazione eventualmente omessa.

5. Gli artt. 38 comma 2-bis e 46, comma 1-ter, del D.Lgs. n. 163/2006, nel testo introdotto dall'art. 39 del D.L. n. 90/2014, convertito in L. 114/2014, nell'ampliare la sanatoria ad ogni caso di mancanza, incompletezza o irregolarità, anche essenziale, degli elementi e delle dichiarazioni che devono essere prodotte dai concorrenti in base a norme di legge o al bando o al disciplinare di gara, si pongono come norme immediatamente precettive, suscettibili di integrare la disciplina dettata dalla “*lex specialis*”, a prescindere da una previsione espressa.

Sulla natura dell'avvalimento

6. Un requisito soggettivo previsto dalla “*lex specialis*” può essere certamente dimostrato mediante l'avvalimento di una Società terza, ma ben può anche essere raggiunto dall'aspirante aggiudicatario in proprio, senza che sia configurabile un mutamento della domanda di partecipazione, né un'inammissibile contraddizione con quanto dichiarato nell'istanza, dal momento che l'impresa ausiliaria è chiamata a supplire la carenza di un requisito che si è poi oggettivamente accertato presso

l'ausiliata. Infatti, l'avvalimento si configura come un "*quid pluris*" rispetto alla capacità tecnica dell'impresa che ritiene di farvi ricorso, che perde rilevanza qualora la stessa dimostri autonomamente di vantare il bagaglio tecnico-professionale prescritto dalla "*lex specialis*", senza che siano alterate le modalità di partecipazione alla gara non determinandosi la creazione di una nuova compagine (come avverrebbe con la modificazione di un'ATI o di un Consorzio).

TAR PUGLIA – LECCE, SEZ. III – sentenza 24 marzo 2016 n. 555

Sulla certificazione camerale

E' legittimo il provvedimento con il quale una stazione appaltante, in forza di quanto previsto dall'art. 39 del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, ha escluso un consorzio da un gara di appalto (nella specie, si trattava dell'affidamento dell'appalto dei servizi di produzione video, della creazione e fornitura di cataloghi e di realizzazione e gestione di un sito web per il funzionamento del Museo di una Basilica), che sia motivato con riferimento al fatto che, dal certificato camerale di iscrizione al registro delle imprese della C.C.I.A.A. del medesimo consorzio, si evince che l'attività prevalente esercitata dallo stesso concerne servizi (nella specie, si trattava di innovazione tecnologica e consulenza di ricerca nel campo dell'ingegneria; sperimentazione, prove, analisi tecniche e collaudi per materiali, processi di lavorazione e componenti; disegno industriale, progettazione e sviluppo di prodotti nuovi e migliorati; sviluppo e produzione di software per applicazioni di ingegneria, industriale e nei servizi; formazione specialistica) manifestamente molto diversi (e, quindi, incompatibili) rispetto a quelli previsti dalla "*lex specialis*" della gara.

TAR CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. VIII – sentenza 24 marzo 2016 n. 1560

Sugli adempimenti in caso di offerte uguali

1. Nel caso in cui il bando di gara preveda che, a parità di punteggio, la gara sarà aggiudicata attraverso sorteggio ai sensi di legge, è illegittima l'aggiudicazione della gara stessa mediante sorteggio, senza preliminarmente consentire alle ditte interessate la presentazione di offerte migliorative. Infatti, l'esperimento del tentativo di miglioria delle offerte, di cui all'art. 77, ult. comma, del R.D. n. 827 del 1924, va in ogni caso ammesso da parte del seggio di gara, prima che possa procedersi al sorteggio tra le offerte eguali; e ciò quand'anche la *lex specialis* della gara indichi nel sorteggio l'unica modalità di scioglimento della parità tra più offerte.

2. L'art. 77 del R.D. n. 827 del 1924 (Regolamento di contabilità generale dello Stato), non è stata mai abrogata né implicitamente né esplicitamente dagli interventi legislativi susseguitisi in materia di appalti, e non incontra limitazioni nell'ambito applicativo, essendo, pertanto, suscettibile di applicazione in tutte le procedure di gara. Tale disposizione trova applicazione non solo nel caso di criterio di aggiudicazione coincidente con il prezzo più basso, ma anche nel caso di aggiudicazione secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 25 marzo 2016 n. 1242

Sull'impugnazione del bando e sull'onere di presentare la domanda di partecipazione a gara

Condizione essenziale per poter contestare in sede giudiziaria la determinazione della Stazione appaltante di indire una nuova gara è l'avvenuta presentazione nei termini fissati dal bando o dalla lettera d'invito, della domanda di partecipazione; ove tale domanda di partecipazione non sia stata presentata, la ricorrente non ha alcun interesse giuridicamente rilevante a censurarne l'esito al fine di ottenerne la ripetizione, in quanto titolare di un mero interesse di fatto. Tale principio, in coerenza con i principi affermati anche in sede comunitaria, può essere derogato, riconoscendo la legittimazione a ricorrere anche al non partecipante alla gara, ma solo in tre specifiche ipotesi: 1) quando, a prescindere, dalla partecipazione alla stessa, il ricorrente abbia specificatamente impugnato la scelta dell'amministrazione di indire la gara; 2) quando il ricorrente non abbia potuto partecipare alla gara per mancanza della stessa in quanto l'Amministrazione ha proceduto ad affidamento diretto; 3) infine, quando il bando di gara contenga clausole escludenti per il ricorrente.

Sulla vincolatività dell'informativa antimafia

La Stazione appaltante non ha facoltà di sindacare il contenuto dell'informativa prefettizia antimafia interdittiva, poiché è al Prefetto che la legge demanda in via esclusiva la raccolta degli elementi e la valutazione circa la sussistenza del tentativo di infiltrazione mafiosa.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 1 aprile 2016 n. 1318

Sull'insindacabilità del giudizio della Commissione e sull'inammissibilità del soccorso istruttorio per integrare le offerte tecniche

1. Le valutazioni espresse dalla commissione di gara devono intendersi estranee dall'ambito oggettivo del sindacato di legittimità del G.A., il quale non può estendersi fino a scrutinare il merito dei pertinenti giudizi tecnici, se non nelle limitate ipotesi in cui gli stessi risultino assunti sulla base di una fallace rappresentazione della realtà fattuale o in esito ad una delibazione del tutto illogica o arbitraria della qualità dell'offerta tecnica.

2. I poteri di soccorso istruttorio della Stazione appaltante sono esercitabili solo a fronte di carenze documentali (che non implicano, di per sé, l'esclusione dalla gara) o di esigenze di chiarimenti in ordine ad attestazioni equivoche (come, tra l'altro, chiarito dall'Adunanza Plenaria), ma sono rigorosamente preclusi se preordinati ad ammettere precisazioni o integrazioni dei contenuti dell'offerta tecnica, che integrerebbero, come tali, inammissibili mutamenti postumi della stessa, in violazione del principio di immodificabilità dell'offerta.

3. Il potere di soccorso istruttorio può (e, a certe condizioni, deve) essere attivato solo a fronte della necessità di acquisire integrazioni documentali o chiarimenti di dichiarazioni ambigue, anche se, ovviamente, solo nelle ipotesi in cui non risulti violata una prescrizione la cui inosservanza vincola l'Amministrazione all'esclusione del concorrente inadempiente (ovviamente per le procedure soggette al regime normativo previgente all'introduzione dell'art. 38, comma 2-bis, d.lgs. n. 163 del 2006), ma non può mai essere esercitato per acquisire puntualizzazioni o specificazioni tecniche (e non regolarizzazioni documentali) circa i contenuti e la funzionalità del progetto tecnico, soprattutto quando lo stesso risulta, di per sé, completo, nelle soluzioni proposte, anche se carente nella sua capacità funzionale e operativa. Tale ultima ipotesi, a ben vedere, esula dall'ambito oggettivo di operatività dell'istituto del soccorso istruttorio, da intendersi, infatti, circoscritto alle sole integrazioni propriamente documentali, come si ricava dall'univoco dato testuale ricavabile dalla lettura dell'art. 46, comma 1, d.lgs. n. 163 del 2006, e la cui latitudine applicativa non può essere estesa fino a comprendere anche i contenuti propriamente tecnici dell'offerta.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 1 aprile 2016 n. 1307

Sull'inammissibilità delle offerte con voci pari a zero

Nelle gare di appalto, l'offerta economica in cui alcune voci sono uguali a zero va considerata alla stregua di una "mancata offerta" in quanto non conforme alla legge di gara e, pertanto, è inammissibile e va esclusa, per mancanza di elemento essenziale *ex art. 46, comma 1 bis, del d.lgs. n. 163 2006.*

Sul divieto di intervento manipolativo delle offerte

E' principio consolidato quello secondo cui è precluso alla Commissione l'intervento manipolativo sulle offerte, salvo i casi di errore materiale. Il rispetto rigoroso dei criteri di ammissione e aggiudicazione predeterminati dalla Stazione appaltante ha la funzione di evitare che si possano determinare parzialità nelle operazioni, sicché l'integrazione da parte della Commissione giudicatrice degli elementi tecnici ed economici di valutazione stabiliti dalla *lex specialis* è consentita solo eccezionalmente, a condizione che: a) non siano modificati i criteri di valutazione stabiliti da detta *lex specialis*; b) non sia influenzata la preparazione delle offerte; c) non siano introdotte discriminazioni a danno dei concorrenti.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 1 aprile 2016 n. 1324

Sull'informativa antimafia interdittiva

E' illegittima, per violazione dell'art. 67, comma 1, del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, una informativa antimafia interdittiva emessa in relazione ad una misura di prevenzione non ancora definitiva, per la pendenza di un appello avverso la misura stessa. Invero, alla stregua di una interpretazione sistematica delle disposizioni in materia antimafia, è evidente che il legislatore ha voluto adoperare il concetto di definitività in riferimento ai provvedimenti non impugnati o non più impugnabili, che hanno acquisito, quindi, la stabilità connessa o, comunque, equivalente al giudicato.

TAR CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. II – sentenza 6 aprile 2016 n. 1682

Sull'illegittimità dell'esclusione per mancanza del PASSOE

E' illegittima la esclusione di una ditta da una gara di appalto di servizi motivata con esclusivo riferimento al fatto che la ditta stessa, alla data di scadenza del termine per la presentazione delle offerte, non era in possesso del "PASSOE", che è stato generato e inviato alla stazione appaltante soltanto successivamente, a seguito dell'esercizio, da parte della P.A., del potere di soccorso istruttorio; infatti, né il codice dei contratti pubblici (art. 6-bis del d.lgs. n. 163 del 2006) né, nella specie, il bando od il disciplinare di gara, prevedono il possesso del "PASSOE" quale requisito di partecipazione prescritto a pena di esclusione dalla procedura concorsuale; né, peraltro, esso si configura come elemento essenziale incidente sulla par condicio dei concorrenti.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 11 aprile 2016 n. 1412

Sulla doverosità da parte del concorrente della dichiarazione in ordine alle risoluzioni contrattuali subite e sull'inapplicabilità del soccorso istruttorio

In relazione alle clausole di esclusione di cui alla lettera f) cit. vige la regola – valevole anche per altre condizioni di cui all'art. 38 – secondo la quale la gravità dell'evento è ponderata dalla stazione appaltante, **sicché l'operatore economico è tenuto a dichiarare lo stesso ed a rimettersi alla valutazione della stazione appaltante** (detta valutazione – se illogica o immotivata – potrà essere censurata innanzi l'autorità giudiziaria, mentre la mancata esternazione di un evento, anche se poi ritenuto non grave, comporta, di norma, l'esclusione dalla gara specifica e la comunicazione degli atti all'ANAC per l'eventuale provvedimento di sospensione dalle gare sino ad un anno, il tutto ai sensi e per gli effetti del comma 1 ter dell'art 38 cit.).

In conclusione, la ratio della lettera f), comma 1 dell'articolo 38 del d. lgs. n. 163/2006 è quella di consentire alla stazione appaltante di valutare la rilevanza del comportamento tenuto dall'impresa partecipante nell'esercizio della attività professionale, ai fini del buon esito dell'appalto da affidare. Ne consegue che la esclusione per le ipotesi del grave errore nell'esercizio dell'attività professionale di cui alla lettera f) del comma 1 dell'articolo 38, d. lgs. n. 163/2006 non assume carattere sanzionatorio, inserendosi in un giudizio prognostico della corretta esecuzione dell'appalto.

Non v'è spazio, quindi, per il soccorso istruttorio cui può e deve farsi applicazione per i casi di mancanza, incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive con la possibilità di integrare o regolarizzare le dichiarazioni necessarie, mentre nel caso di specie la dichiarazione ai sensi dell'articolo 38, comma 1, lettera f) del d. lgs. n. 163/2006 è stata resa ma non corrispondente alla realtà dei fatti.

La fattispecie della dichiarazione “non veritiera” in quanto priva della doverosa menzione di eventi la cui valenza ostativa alla instaurazione di un rapporto contrattuale è riservata alla stazione appaltante rimane fuori dalla sanatoria introdotta dall'articolo 38, comma 1 ter del d. lgs. n. 163/2006, in quanto non v'è la mancanza o la carenza, bensì la diversa fattispecie di dichiarazione non veritiera, con le conseguenze previste dal codice dei contratti pubblici per l'ipotesi di falsa dichiarazione che resta confermata anche in vigenza della novella introdotta dal d.l. n. 90/2014.

TAR CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. I – sentenza 11 aprile 2016 n. 1772

Sulla giurisdizione in materia di risoluzione del contratto

Rientra nella giurisdizione del Giudice ordinario e non già in quella del Giudice amministrativo un controversia avente ad oggetto l'impugnazione di un provvedimento con il quale un Comune ha disposto la risoluzione di un contratto di appalto (nella specie si trattava del contratto di appalto avente ad oggetto il servizio di igiene urbana), motivato con riferimento agli inadempimenti posti in essere dalla ditta appaltatrice rispetto alla prescrizioni del capitolato speciale, a nulla rilevando le circostanze che non sia ancora intervenuta la formale stipula del contratto di appalto e che la decisione della P.A. sia stata adottata nelle forme dell'atto amministrativo; trattasi, infatti, di controversia riguardante la fase esecutiva del contratto di appalto e, quindi, inerente a diritti soggettivi, con conseguente cognizione dell'Autorità giudiziaria ordinaria.

TAR TOSCANA, SEZ. I – sentenza 11 aprile 2016 n. 610

Sulla giurisdizione in caso di inadempimento (in sede di anticipata esecuzione del contratto)

L'accettazione dell'esecuzione anticipata, da parte dell'impresa aggiudicataria, implica la conclusione di un vero e proprio accordo di matrice negoziale, la cui esecuzione si identifica con quella del rapporto (sia pure anticipata rispetto alla stipula del contratto d'appalto), e il cui inadempimento attrae comunque la controversia nella giurisdizione del giudice ordinario, in ragione del fatto che le reciproche situazioni soggettive delle parti assumono la consistenza del diritto soggettivo.

CORTE DI GIUSTIZIA U.E., SEZ. I – sentenza 7 aprile 2016 (causa n. C-324/14)

Sull'avvalimento

1. Gli articoli 47, paragrafo 2, e 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, devono essere interpretati nel senso che:

– riconoscono il diritto di qualunque operatore economico di fare affidamento, per un determinato appalto, sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura dei suoi legami con questi ultimi, purché sia dimostrato all'amministrazione aggiudicatrice che il candidato o l'offerente disporrà effettivamente delle risorse di tali soggetti che sono necessarie per eseguire detto appalto;

– non è escluso che l'esercizio di tale diritto possa essere limitato, in circostanze particolari, tenuto conto dell'oggetto dell'appalto in questione e delle finalità dello stesso. È quanto avviene, in particolare, quando le capacità di cui dispone un soggetto terzo, e che sono necessarie all'esecuzione di detto appalto, non siano trasmissibili al candidato o all'offerente, di modo che quest'ultimo può avvalersi di dette capacità solo se il soggetto terzo partecipa direttamente e personalmente all'esecuzione di tale appalto.

2. L'articolo 48, paragrafi 2 e 3, della direttiva 2004/18 deve essere interpretato nel senso che, tenuto conto dell'oggetto di un determinato appalto e delle finalità dello stesso, l'amministrazione aggiudicatrice può, in circostanze particolari, ai fini della corretta esecuzione dell'appalto, indicare espressamente nel bando di gara o nel capitolato d'oneri regole precise secondo cui un operatore economico può fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, purché tali regole siano connesse e proporzionate all'oggetto e alle finalità di detto appalto.

CGA, SEZ. GIURISDIZIONALE – sentenza 14 aprile 2016 n. 95

Sull'esclusione per grave negligenza o malafede

1. Nel caso di esclusione dalla gara per "grave negligenza o malafede" o per grave errore professionale commesso in precedenti appalti, ex art. 38, lett. f) del d.lgs. n. 163/2006, la "motivata valutazione" circa la sussistenza dei presupposti per l'applicazione di detta norma compete alla Stazione appaltante e non già alla commissione, solo la prima potendo considerare i pregressi rapporti negoziali e valutare se il fatto pregresso abbia concretamente reso inaffidabile l'operatore economico, con possibile pregiudizio dell'interesse pubblico connesso alla rinnovata realizzazione di determinati servizi.

2. La disciplina in materia di appalti pubblici non subordina l'esclusione dei concorrenti che siano risultati carenti di un requisito di partecipazione all'instaurazione nei loro confronti di un momento di preventivo contraddittorio: e questo vale anche rispetto ai casi in cui a difettare sia il requisito d'ordine

generale codificato dell'art. 38, lett. f), del d.lgs. n. 163/2006. I concorrenti, difatti, all'atto di prendere parte alla procedura di gara sono già in partenza edotti della possibilità di esserne esclusi ove riscontrati sprovvisti dei requisiti di partecipazione.

3. L'applicazione della causa di esclusione di cui all'art. 38, lett. f) del d.lgs. n. 163/2006 non richiede un preventivo accertamento giurisdizionale della responsabilità dell'inadempimento del privato; d'altra parte, la valutazione di competenza dell'Amministrazione, alla quale il legislatore riserva l'individuazione del "punto di rottura dell'affidamento" nel pregresso contraente, ha natura ampiamente discrezionale, e il suo sindacato di legittimità deve essere mantenuto sul piano esterno della verifica della non pretestuosità della valutazione degli elementi adottati come ragioni del rifiuto, potendo svolgersi solo nei limiti delle figure sintomatiche proprie dell'eccesso di potere.

TAR UMBRIA, SEZ. I – sentenza 13 aprile 2016 n. 344

Sul requisito delle inadempienze retributive e contributive

Il mancato ripetuto versamento di ritenute operate sulle retribuzioni dei dipendenti costituisce violazione grave nei confronti della collettività, perché lede il bene giuridico della sicurezza previdenziale del lavoratore stesso, come è confermato dallo stesso art. 38, lett. i), del D.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, che commina la sanzione della esclusione dalla gara nei riguardi di coloro che «hanno commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali, secondo la legislazione italiana o dello Stato in cui sono stabiliti».

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. IV – sentenza 13 aprile 2016 n. 1449

Sul termine di efficacia delle offerte

Il termine di efficacia delle offerte *ex art. 11, comma 6, del d.lgs. n. 163/2006* non è un termine decadenziale posto a carico della stazione appaltante, avendo lo scopo di fissare il limite dell'irrevocabilità dell'offerta; pertanto, la sua scadenza – in difetto di differimento, ovvero di richieste espresse di proroga, da parte dell'Amministrazione – ha il solo effetto di facultare il concorrente a ritenersi sciolto dall'offerta formulata, ma non perciò solo autorizza una modifica dell'offerta rispetto a quella originaria.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 14 aprile 2016 n. 1504

Sulla necessità dell'oggetto specifico anche per l'avvalimento di garanzia e infragruppo

1. La disciplina di cui all'art. 49 del d.lgs. n. 163 del 2006 (secondo cui, in particolare, il concorrente deve allegare in originale o copia autentica il contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto) ed all'art. 88 del regolamento di cui al d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 (secondo cui il contratto di cui all'articolo 49, comma 2, lett. f), d.lgs. n. 163 del 2006, deve riportare in modo compiuto, esplicito ed esauriente, tra l'altro, l'oggetto del contratto indicando le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico) non distingue a seconda dell'oggetto dell'avvalimento. Pertanto, anche il c.d. "avvalimento di garanzia" non deve rimanere astratto, cioè

svincolato da qualsivoglia collegamento con risorse materiali o immateriali, che snaturerebbe l'istituto, in elusione dei requisiti stabiliti nel bando di gara, esibiti solo in modo formale, finendo col frustare anche la funzione di garanzia.

2. La dimostrazione della disponibilità dei mezzi occorre anche nel caso di cd. "avvalimento infragruppo" e cioè nel caso della ricorrenza della particolare situazione di controllo che collega impresa ausiliata e impresa ausiliaria. Infatti l'art. 47, della direttiva 2004/18/CE, stabilisce che: "Un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi. In tal caso deve dimostrare alla amministrazione aggiudicatrice che disporrà dei mezzi necessari, ad esempio mediante presentazione dell'impegno a tal fine di questi soggetti". Pertanto, la dimostrazione da rendere all'Amministrazione aggiudicatrice circa la disponibilità dei mezzi necessari esula dalla natura giuridica dei legami tra ausiliata e ausiliaria, potendo altrimenti il c.d. "avvalimento infragruppo" essere utilizzato per fini elusivi rispetto all'obbligo dimostrativo imposto in capo al concorrente.

Sull'inapplicabilità del soccorso istruttorio in caso di avvalimento generico

3. Nel caso di mancata dimostrazione della disponibilità dei mezzi, non sussiste l'obbligo per la stazione appaltante di disporre un soccorso istruttorio, al fine di consentire all'impresa ausiliata di integrare il contratto di avvalimento, specie nel caso in cui l'unica indicazione contenuta nel contratto di avvalimento riguardi il fatturato per alcuni anni. A fronte di ciò, non può invocarsi l'obbligo di soccorso istruttorio da parte della stazione appaltante, dal momento che l'integrazione richiesta non avrebbe ad oggetto un elemento preesistente al termine per la presentazione delle offerte, ma un atto negoziale necessariamente successivo a quest'ultimo, dal quale sorgerebbero nuovi obblighi tra l'impresa ausiliaria e l'impresa ausiliata; mentre, il soccorso istruttorio non può, in ogni caso, essere strumentalmente utilizzato per l'acquisizione, in gara, di un requisito o di una condizione di partecipazione, mancante alla scadenza del termine di presentazione dell'offerta.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 15 aprile 2016 n. 1532

Sulla responsabilità precontrattuale della PA

Nei confronti della P.A., se da un lato non è ipotizzabile una responsabilità precontrattuale, per violazione del dovere di correttezza di cui all'art. 1337 c.c. rispetto al procedimento amministrativo strumentale alla scelta del contraente, essa, dall'altro lato, è ammissibile con riguardo alla fase successiva alla scelta, in cui il recesso dalle trattative da parte della P.A. è sindacabile sotto il profilo della violazione del dovere del *neminem laedere*, ove la P.A. stessa sia venuta meno ai doveri di buona fede, correttezza, lealtà e diligenza, in rapporto anche all'affidamento ingenerato nel privato circa il perfezionamento del contratto.

Non è configurabile una responsabilità precontrattuale della P.A. ove, pur mancando una valida giustificazione per il recesso dalle trattative, non sia maturato un legittimo affidamento in ordine alla conclusione del contratto.

TAR VENETO, SEZ. I – sentenza 18 aprile 2016 n. 399

Sulla data della sussistenza della regolarità contributiva

E' illegittimo il provvedimento con il quale la P.A. ha escluso una ditta da una gara di appalto, motivato con riferimento al difetto del requisito della regolarità contributiva alla data di sottoscrizione dell'istanza di partecipazione alla gara, nel caso in cui il concorrente interessato abbia dimostrato di essere in possesso di tale requisito alla data in cui l'offerta è stata presentata alla stazione appaltante nonché alla data di scadenza del termine per la presentazione delle offerte. Infatti, il momento di rilevanza della posizione di regolarità contributiva di un determinato operatore economico, ai fini della verifica del possesso del requisito in questione, nella fase di ammissione alla gara, è quello della presentazione dell'offerta; con la conseguenza che anche la verifica d'ufficio della veridicità dell'autodichiarazione presentata a corredo dell'offerta non può essere temporalmente svincolata dal momento della presentazione dell'offerta medesima, poiché solo a partire da tale data rileva il possesso del requisito di cui all'art. 38, comma 1, lettera i), del d.lgs. n. 163/2006, e il conseguente potere-dovere di verifica della relativa sussistenza, ai sensi dell'art. 6, comma 3, lettera a), del d.P.R. n. 207/2010.

TAR CAMPANIA – SALERNO, SEZ. I – sentenza 19 aprile 2016 n. 1031

Sulla tassatività delle ipotesi di esclusione

E' illegittima l'esclusione da una gara di appalto motivata con riferimento al fatto che la ditta interessata ha ommesso di apporre la controfirma sui lembi di chiusura del plico contenente l'offerta, nel caso in cui, in sede di apertura del plico, non siano emersi elementi tali da porre in discussione la segretezza dell'offerta. Infatti, l'apposizione della controfirma sui lembi sigillati della busta che la contiene, mira a garantire il principio della segretezza dell'offerta e dell'integrità del plico; d'altra parte, la norma di cui all'art. 46 comma 1 bis, del d.lgs. n. 163 del 2006 stabilisce che le irregolarità relative alla chiusura dei plichi, diverse dalla non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione, sono causa di esclusione solo se sono tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. IV – sentenza 20 aprile 2016 n. 1556

Sull'insindacabilità dei criteri di valutazione e sulla commissione di gara

1. Il giudice amministrativo, in relazione a procedure comparative da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, deve astenersi dal censurare i criteri di valutazione, i pesi e i sub pesi elaborati dall'amministrazione nonché la scelta degli elementi ai quali la stessa ha inteso dare risalto, tranne il caso in cui siano in contrasto con il diritto positivo ovvero abnormi.

2. Nelle gare pubbliche da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la commissione aggiudicatrice deve essere composta da esperti nell'area di attività in cui ricade l'oggetto del contratto, ma non necessariamente in tutte e in ciascuna delle materie tecniche e scientifiche o addirittura nelle tematiche alle quali attengono i singoli e specifici aspetti presi in considerazione dalla *lex specialis* di gara ai fini valutativi; inoltre i dati, in base ai quali ritenere presente una preparazione specifica dei componenti la commissione, possono essere costituiti dal possesso del titolo di studio.

3. La circostanza i componenti della commissione in precedenza non abbiano svolto la medesima funzione con riferimento ad appalti del settore (nella specie si trattava di una gara per un appalto nel campo della pulizia), nulla comprova e nulla dimostra circa la loro competenza, atteso che l'art. 84, comma 2, del codice dei contratti non prescrive che la dimostrazione della specifica esperienza debba trarsi dall'avvenuto svolgimento di incarichi analoghi o sovrapponibili a quello oggetto di valutazione.

TAR CALABRIA – CATANZARO, SEZ. I – sentenza 20 aprile 2016 n. 857

Sulla valenza della dichiarazione sostitutiva

1. E' legittimo il provvedimento con il quale la P.A. ha annullato in autotutela l'aggiudicazione di una gara di appalto e ha escluso dalla gara la ditta interessata, che sia motivato con riferimento al fatto che la ditta stessa, nonostante la chiara prescrizione della *lex specialis*, che richiedeva ai concorrenti di attestare, ex art. 38 del d.lgs. n.163 del 2006, che, nei loro confronti, non sono state emesse sentenze, ancorché non definitive, relative a reati che precludono la partecipazione alle gare di appalto: a) in sede di dichiarazione sostitutiva ha dichiarato di non avere riportato condanne penali; b) a seguito di controllo sul possesso dei titoli, dal certificato del casellario rilasciato alla P.A., è emersa la esistenza di tre condanne definitive (nella specie, si trattava di condanna per violazione delle norme sulla edificabilità dei suoli, per invasione di terreni; e per minaccia); in tal caso, infatti, la dichiarazione resa dall'aggiudicatario è risultata non veritiera, con la conseguente corretta esclusione del concorrente interessato dalla procedura di gara.

2. In tema di dichiarazione dei requisiti per la partecipazione a gare d'appalto, la completezza e la veridicità (sotto il profilo della puntuale indicazione di tutte le condanne riportate) della dichiarazione sostitutiva di notorietà rappresenta lo strumento indispensabile, adeguato e ragionevole, per contemperare i contrapposti interessi in gioco, quello dei concorrenti alla semplificazione e all'economicità del procedimento di gara (a non essere, in particolare, assoggettati ad una serie di adempimenti gravosi, anche sotto il profilo strettamente economico, come la prova documentale di stati e qualità personali, che potrebbero risultare inutili o ininfluenti) e quello pubblico, delle amministrazioni appaltanti, di poter verificare con immediatezza e tempestività se ricorrono ipotesi di condanne per reati gravi che incidono sulla moralità professionale, potendo così evitarsi ritardi e rallentamenti nello svolgimento della procedura ad evidenza pubblica di scelta del contraente, così realizzando quanto più celermente possibile l'interesse pubblico perseguito proprio con la gara di appalto, così che la sola omessa dichiarazione dei precedenti penali o di anche solo taluno di essi, indipendentemente da ogni giudizio sulla relativa gravità, rende legittima l'esclusione dalla gara.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. IV – sentenza 20 aprile 2016 n. 1557

Sulla regolarità contributiva e sull'inammissibilità di una regolarizzazione postuma

1. Anche dopo l'entrata in vigore dell'art. 31, comma 8, del d.l. n. 69 del 2013, deve darsi continuità all'indirizzo interpretativo secondo cui non sono consentite regolarizzazioni postume della posizione previdenziale, dovendo l'impresa deve 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.

2. L'art. 31, comma 8, d.l. n. 69 del 2013 non ha modificato la disciplina dettata dall'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006 e, pertanto, la regola del previo invito alla regolarizzazione non trova applicazione nel caso di DURC richiesto dalla stazione appaltante ai fini della verifica delle dichiarazioni rese dall'impresa ai fini della partecipazione alla gara; l'istituto dell'invito alla regolarizzazione (il c.d. preavviso di DURC negativo) può, dunque, operare solo nei rapporti tra impresa ed Ente previdenziale, ossia con riferimento al DURC chiesto dall'impresa e non anche al DURC richiesto dalla stazione appaltante per la verifica della veridicità dell'autodichiarazione, con la conseguenza che

ogni controversia avente ad oggetto la mancata regolarizzazione, da parte dell'ente previdenziale, della posizione contributiva del debitore, appartiene alla giurisdizione del giudice del lavoro.

3. Il G.A. che ha valutato il contenuto delle certificazioni relative alla regolarità della posizione contributiva delle imprese concorrenti, perché la stessa costituisce requisito di ammissione alle gare per l'affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture, non opera alcun sconfinamento dai limiti esterni della sua giurisdizione.

4. Nel caso in cui l'impresa interessata conosca la irregolarità della propria situazione contributiva, deve ritenersi applicabile il principio secondo cui la verifica della regolarità contributiva delle imprese partecipanti a procedure di gara per l'aggiudicazione di appalti con la P.A. è demandata agli istituti di previdenza, le cui certificazioni (Durc) si impongono alle stazioni appaltanti, che non possono sindacarne il contenuto.

CGA, SEZ. GIURISDIZIONALE – sentenza 20 aprile 2016 n. 116

Sul soccorso istruttorio

1. L'art. 38, comma 2 bis, del codice dei contratti pubblici, come novellato dall'art. 39 della L. 11 agosto 2014 n. 114 (recante conversione in legge, con modificazioni, del D.L. 24 giugno 2014 n. 90), comporta che: a) la regolarizzazione è ammessa anche nel caso in cui la ditta partecipante alla gara abbia del tutto omesso di produrre una delle dichiarazioni relative al possesso dei 'requisiti di ordine generale' (o 'requisiti generali'); b) nel caso in cui la ditta concorrente sia in possesso dei predetti 'requisiti generali' (e dei requisiti morali), ma abbia omesso di dichiararli (o abbia effettuato una dichiarazione lacunosa o poco chiara), essa può regolarizzare la sua posizione (e colmare così tale lacuna documentale) producendo, entro il termine assegnato dal seggio di gara, la prescritta dichiarazione (o una più completa ed esaustiva dichiarazione).

2. E' illegittimo il provvedimento con il quale la Stazione appaltante ha disposto l'immediata esclusione di una a.t.i. in quanto la stessa aveva omesso di produrre la dichiarazione relativa all'accettazione del 'Protocollo di legalità' da parte della mandataria, senza preventivamente attivare alcuno strumento di soccorso istruttorio, ove risulti che, nella domanda di ammissione, l'a.t.i. stessa abbia dichiarato che "l'appalto è soggetto alla piena osservanza delle clausole di autotutela di cui al Protocollo Unico di legalità del 12.7.2005"; nonché "di accettare, senza condizione o riserva alcuna, tutte le norme e disposizioni contenute nel bando di gara, nel disciplinare di gara, nel capitolato speciale d'appalto, nei piani di sicurezza e nei grafici di progetto". Ciò significa che una dichiarazione di adesione Protocollo di legalità, seppur sintetica e non conforme al modello, esisteva ed era stata sottoscritta; il che costituiva una ragione in più – anche secondo l'orientamento giurisprudenziale 'sostanzialistico' sorto precedentemente all'ultima pronuncia dell'Adunanza Plenaria – per procedere ad un accertamento istruttorio suppletivo.

TAR LAZIO – ROMA, SEZ. II – sentenza 21 aprile 2016 n. 4649

Sull'iscrizione all'albo nazionale dei concessionari della riscossione

La "ratio" dell'iscrizione nell'albo nazionale dei concessionari della riscossione di cui all'articolo 53, comma 1, del decreto legislativo n. 446 del 1997 consiste nel maneggio del denaro di pertinenza

dell'ente pubblico che contraddistingue la posizione dell'agente o concessionario della riscossione delle entrate.

Nel caso in cui il servizio posto a gara non comporti per l'appaltatore il materiale introito delle somme dovute all'ente, ai sensi dell'art. 180 t.u.e.l., è illegittima la clausola del bando di gara che impone, a pena di esclusione, il possesso del requisito dell'iscrizione nell'albo nazionale dei concessionari della riscossione ex art. 53 d.lgs. n. 446/1997, trattandosi di un requisito evidentemente sproporzionato e non congruente con l'oggetto del contratto posto a gara. Non può infatti richiedersi detto requisito di partecipazione nel caso in cui le prestazioni contrattuali non attengano all'attività di riscossione e non attribuiscono all'affidatario funzioni pubblicistiche, bensì consistano in un'attività di supporto all'accertamento e al recupero dei tributi, restando in capo all'ente locale la titolarità degli atti e la riscossione delle entrate derivanti dal servizio, oltre ai poteri di vigilanza e controllo dell'attività e all'emanazione di direttive comunali.

TAR LAZIO – ROMA, SEZ. II – sentenza 21 aprile 2016 n. 1474

Sulla commissione di gara

1. L'art. 84, comma 8, del D.Lgs. n. 163 del 2006, consente la nomina quali commissari di soggetti non appartenenti alla P.A. che ha indetto la gara, atteso che tale norma, dopo aver previsto la regola secondo cui i commissari diversi dal presidente sono selezionati tra i funzionari della stazione appaltante, stabilisce altresì che “in caso di accertata carenza in organico di adeguate professionalità, nonché negli altri casi previsti dal regolamento in cui ricorrono esigenze oggettive e comprovate, i commissari diversi dal presidente sono scelti tra funzionari di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'art. 3, comma 25”. Questa disposizione, in combinato-disposto con l'art. 120, commi 3 e 4, del d.P.R. n. 207 del 2010, prevede quindi espressamente la possibilità di ricorrere alla individuazione di commissari esterni nelle procedure di gara in presenza di determinate condizioni.

2. L'art. 84, comma 8, del D.Lgs. n. 163 del 2006, nel consentire la nomina quali commissari di soggetti non appartenenti alla P.A. che ha indetto la gara, non impone alla stazione appaltante alcun obbligo di motivare diffusamente in ordine alla scelta di nominare commissari esterni, limitandosi piuttosto a prescrivere che la stazione appaltante proceda alla verifica della predetta carenza prima di attingere a soggetti provenienti da altre realtà professionali, dovendo quindi il provvedimento di nomina di un componente esterno ritenersi giustificato in ragione della mancanza di personale interno all'Amministrazione procedente professionalmente idoneo ad esaminare le offerte pervenute, di cui l'atto di nomina dà implicitamente atto, salvo verificare la reale sussistenza del relativo presupposto.

3. L'art. 84, comma 4, del D.Lgs. n. 163 del 2006 (ai sensi della quale, nel caso di gare da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, “i commissari diversi dal Presidente non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta”), prevede una causa di incompatibilità che riguarda unicamente i dipendenti della stazione appaltante e non gli estranei, con riferimento ai quali la nomina deve tuttavia avvenire nel rispetto del criterio dell'imparzialità imposto dall'art. 97 Cost. Ed invero, l'incompatibilità prevista dall'art. 84, comma 4, del D.Lgs. n. 163 del 2006, mira a garantire l'imparzialità dei commissari di gara che abbiano svolto incarichi relativi al medesimo appalto, quali compiti di progettazione, di verifica della progettazione, di predisposizione della legge di gara e simili e non incarichi amministrativi o tecnici genericamente riferiti ad altri appalti o altri settori.

4. La disposizione di cui all'art. 84, comma 4, del D.Lgs. n. 163 del 2006, in quanto espressiva dei principi di trasparenza e parità di trattamento, seppur non espressamente applicabile ai soggetti esterni all'Amministrazione appaltante, costituisce tuttavia criterio informatore per valutare la sussistenza di

eventuali situazioni di incompatibilità che ne impediscono la nomina quali componenti della commissione di gara o che la rendano illegittima. In tale direzione deve ritenersi che l'incompatibilità di cui all'art. 84, comma 4, citato, impedisca la partecipazione alla commissione anche di soggetti che, nell'interesse proprio o in quello privato di alcuna delle imprese concorrenti, abbiano assunto o possano assumere compiti di progettazione, di esecuzione o di direzione relativamente ai lavori oggetto della procedura di gara e tale incompatibilità deve riguardare effettivamente il contratto del cui affidamento si tratta.

5. L'art. 84, comma 10, del D.Lgs. n. 163 del 2006, nella parte in cui dispone che per le gare da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa la nomina della commissione giudicatrice deve avvenire dopo, trova giustificazione nel fatto che l'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa implica l'esercizio di un potere di valutazione tecnico-discrezionale, essendo quindi conseguenziale che all'esercizio della discrezionalità tecnica valutativa propria di tale sistema di aggiudicazione si correli la prescrizione cautelativa di cui al citato articolo.

6. La violazione dell'art. 84, comma 10, del del D.Lgs. n. 163 del 2006, in un'ottica di tipo sostanzialistico, può costituire vizio dell'intera procedura di gara solo se la nomina anteriore alla scadenza del termine di presentazione delle offerte sia in concreto suscettibile di incidere sulla indipendenza dei commissari e sugli elementi discrezionali delle loro valutazioni, essendo quindi necessario esaminare caso per caso se tale principio sia stato messo in pericolo dalla nomina anticipata della commissione. Non può pertanto ritenersi illegittima una procedura di gara ove l'Amministrazione, pur avendo proceduto alla nomina della commissione di gara senza rispettare la scansione temporale di cui all'art. 84, comma 10, del D.Lgs. n. 163 del 2006, abbia effettuato la nomina stessa solo il giorno prima della scadenza del termine per la presentazione delle offerte (il che rende difficile ipotizzare che si siano potute realizzare collusioni tra i commissari ed i partecipanti alla selezione o interferenze) e risulti comunque che le valutazioni delle offerte tecniche sono state effettuate in applicazione di rigidi criteri predeterminati dal sistema del Mercato Elettronico aventi prevalentemente carattere oggettivo, in quanto riferiti al numero di interventi effettuati, alla composizione della struttura tecnico-amministrativa, al numero delle certificazioni possedute, alla distanza dalla sede operativa, elementi questi facilmente verificabili.

TAR LAZIO – ROMA, SEZ. III – sentenza 22 aprile 2016 n. 4725

Sull'anomalia delle offerte

Nelle gare pubbliche di appalto, la valutazione di anomalia dell'offerta va fatta considerando tutte le circostanze del caso concreto, poiché, ad esempio, anche un utile all'apparenza modesto può comportare un vantaggio significativo sia per la prosecuzione in sé dell'attività dell'impresa in futuro, sia per la qualificazione della stessa, cosicché nelle gare pubbliche non è possibile stabilire una soglia minima di utile al di sotto della quale l'offerta deve essere considerata anomala (salvi i casi in cui il margine positivo risulta pari a zero).

Il giudizio sull'anomalia delle offerte presentate in una gara di appalto è un giudizio ampiamente discrezionale, espressione paradigmatica di discrezionalità tecnica, sindacabile solo in caso di manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza; il G.A. può sì sindacare le valutazioni della P.A., ma ciò gli è consentito soltanto sotto i profili della logicità, della ragionevolezza e dell'adeguatezza dell'istruttoria, non potendo egli procedere ad autonoma verifica della congruità dell'offerta e delle singole voci, la quale costituirebbe un'inammissibile invasione della sfera di merito riservata alla P.A. Pertanto, il sindacato giurisdizionale resta limitato ai casi di macroscopiche illegittimità, quali errori di valutazione gravi ed evidenti, oppure valutazioni abnormi o inficiate da errori di fatto.

Il procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta non ha carattere sanzionatorio e non ha per oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze dell'offerta economica, mirando piuttosto ad accertare in concreto che l'offerta, nel suo complesso, sia attendibile ed affidabile in relazione alla corretta esecuzione dell'appalto. Esso è diretto a garantire e tutelare l'interesse pubblico concretamente perseguito dall'Amministrazione attraverso la procedura di gara per l'effettiva scelta del miglior contraente possibile ai fini dell'esecuzione dell'appalto, così che l'esclusione dalla gara dell'offerente per l'anomalia della sua offerta è l'effetto della valutazione (operata dalla PA) di complessiva inadeguatezza della stessa rispetto al fine da raggiungere.

In materia di offerte sospettate di essere anomale, il sindacato nel dettaglio sui singoli aspetti è precluso al G.A., al quale non è consentito di procedere ad una autonoma valutazione della congruità o meno di singole voci, non potendo egli svolgere una attività valutativa rimessa, quanto alla sua intrinseca manifestazione, unicamente all'Amministrazione procedente.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 21 aprile 2016 n. 1597

Sui limiti all'applicabilità del soccorso istruttorio

Dal combinato-disposto dell'articolo 38, comma 2-*bis*, e del successivo articolo 46, comma 1-*bis*, del dlgs n. 163 del 2006 emerge che il c.d. 'soccorso istruttorio' può essere ammesso sino ai casi di irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive rese ai fini della partecipazione alle gare; al contrario, al richiamato beneficio legale non può accedersi nelle ipotesi in cui le lacune e omissioni dichiarative superino i limiti della mera 'irregolarità essenziale' e si traducano nella più radicale carenza di un 'elemento essenziale dell'offerta' (articolo 46, comma 1-*bis*).

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 21 aprile 2016 n. 1599

Sulla responsabilità precontrattuale della PA

1. È legittima la revoca dell'aggiudicazione provvisoria di una gara motivata con riferimento al risparmio economico che deriverebbe dalla revoca stessa, ovvero alla carenza di copertura finanziaria e sopravvenuta mancata corrispondenza della procedura alle esigenze dell'interesse pubblico.

2. La domanda di risarcimento del danno da responsabilità precontrattuale è astrattamente ammissibile anche in presenza della legittimità della revoca della gara di appalto. Tuttavia, a tal fine, deve venire in considerazione un comportamento contrario ai canoni di buona fede e correttezza dell'Amministrazione che, accortasi delle ragioni che consigliavano di procedere alla revoca della gara, non ha invece provveduto a tanto, ingenerando nella parte un ragionevole affidamento nella conclusione della gara e nella possibilità di aggiudicarsi l'appalto stesso.

3. Non sussiste il diritto ad ottenere il risarcimento dei danni per responsabilità precontrattuale per revoca di una gara, ove la revoca stessa sia intervenuta prima della scadenza del termine per la presentazione della domanda di partecipazione alla gara, senza quindi che nessun affidamento si sia potuto ragionevolmente ingenerare nei concorrenti, quand'anche la comunicazione della revoca sia a questi ultimi pervenuta dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte e dopo la effettiva presentazione di queste ultime. In tal caso, non essendosi prodotto alcun effetto durevole vantaggioso in ragione dell'atto legittimamente revocato, non sussistono neppure i presupposti per il riconoscimento dell'indennizzo ex art. 21 *quinquies* della l. n. 241 del 1990.

CONSIGLIO DI STATO SEZ. III – sentenza 26 aprile 2016 n. 1612

Sulla funzione della campionatura

1. Ai sensi dell'art. 42, comma 1, lett. l), del D.lgs. n. 163/2006, deve ritenersi che la funzione della campionatura nelle gare di appalto di forniture non sia quella di integrare l'offerta tecnica, bensì di comprovare, con la produzione di prodotti dimostrativi detti appunto «campioni», la capacità tecnica dei concorrenti e la loro effettiva idoneità a soddisfare le esigenze, spesso complesse, delle stazioni appaltanti.

2. Poiché è netta la distinzione, funzionale ancor prima che strutturale, tra la documentazione tecnica e la campionatura nelle gare di appalto, non può ritenersi corretto affermare che la campionatura sia parte integrante dell'offerta tecnica e, in quanto tale, debba essere aperta in seduta pubblica. Se essa ha, infatti, una funzione meramente esemplificativa delle caratteristiche dell'offerta, non vi è alcuna esigenza di par condicio tra i concorrenti, né alcun interesse pubblico alla imparzialità e trasparenza dell'azione amministrativa, che ne giustifichi l'apertura in seduta pubblica, con operazioni materiali, aventi ad oggetto molti e ingombranti campioni, nonché lunghe e complesse operazioni che rallentano inutilmente la fase della seduta pubblica.

TAR LAZIO – LATINA, SEZ. I – sentenza 26 aprile 2016 n. 269

Sulle referenze bancarie

Nelle gare pubbliche di appalto, le referenze bancarie chieste dalla stazione appaltante alle imprese partecipanti, con i contenuti fissati dalla *lex specialis*, rivestono una sicura efficacia probatoria dei requisiti economico-finanziari necessari per l'aggiudicazione di contratti pubblici: e ciò in base al fatto notorio che il sistema bancario eroga credito a soggetti affidabili sotto tali profili, per cui è ragionevole che un'Amministrazione aggiudicatrice, nell'esercizio della propria discrezionalità in sede di fissazione della legge di gara, ne richieda la produzione in tale sede.

TAR LAZIO – ROMA, SEZ. II TER – sentenza 26 aprile 2016 n. 4760

Sulla responsabilità precontrattuale della PA

1. Nel caso di richiesta di risarcimento per responsabilità precontrattuale, l'illegittimità del provvedimento di revoca dell'aggiudicazione non è condizione necessaria per ottenere il ristoro pecuniario; la responsabilità precontrattuale, infatti, deriva dalla violazione delle regole comuni (in particolare del principio generale di buona fede in senso oggettivo dell'art. 1337 del cod. civ.) che attengono al "comportamento" precontrattuale. Viceversa, l'accertamento della illegittimità del provvedimento di revoca è condizione essenziale per il riconoscimento del risarcimento del danno derivante dalla mancata esecuzione del contratto trattandosi, in questo caso, di danno da illegittima perdita della aggiudicazione.

2. Sussiste la responsabilità precontrattuale della P.A. appaltante nel caso in cui la revoca dell'aggiudicazione di una gara di appalto per l'affidamento del servizio di assistenza scolastica alunni sia stata motivata con l'insufficienza del personale previsto dal bando e risulti che la gara sia stata

indetta sulla base del fabbisogno scolastico elaborato nel corso del precedente anno scolastico, senza acquisire preventive informazioni da parte della direzione scolastica circa le previsioni di personale per l'anno scolastico prossimo ad iniziare; in tal caso, infatti, il comportamento della Stazione appaltante appare poco diligente, non adeguatamente previdente e dunque contrario, in relazione a tali profili, ai principi di correttezza e buona fede, con conseguente sussistenza di una responsabilità a titolo precontrattuale. In tal caso, tuttavia, va riconosciuto il risarcimento per le spese vive di partecipazione alla gara ove nessuna prova di analoga occasione di guadagno, perduta a causa della partecipazione alla gara, sia stata offerta dalla ditta aggiudicataria.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 28 aprile 2016 n. 1632

Sull'informativa interdittiva antimafia

E' legittimo il provvedimento con il quale è stato disposto, nei confronti di una società operante nel settore dell'importazione e dell'esportazione di indumenti usati, il divieto di prosecuzione dell'attività di recupero dei rifiuti, ex artt. 214 e 216 del d. lgs. n. 152 del 2006, che sia motivato con riferimento ad una informativa antimafia interdittiva, emessa a seguito dell'ordinanza applicativa di misure cautelari personali disposte dal G.I.P. nei confronti dell'amministratore della società stessa, per il reato di traffico illecito di rifiuti. Infatti, l'art. 84, comma 4, lett. a), d.lgs. n. 159 del 2011 prevede che le situazioni relative ai tentativi di infiltrazione mafiosa, che danno luogo all'adozione dell'informativa, sono desunte, tra l'altro, dai provvedimenti che dispongono una misura cautelare per taluni dei delitti di cui all'art. 51, comma 3-bis, c.p.p., tra i quali figura, espressamente, il delitto previsto dall'art. 260 del d. lgs. n. 152 del 2006.

TAR LAZIO – ROMA, SEZ. II TER – sentenza 29 aprile 2016 n. 4903

Sul costo della manodopera e sul giudizio di anomalia dell'offerta

1. L'art. 82, comma 3-bis, del d.lgs. n. 163/2006, introdotto dall'articolo 32, comma 7-bis, del d.l. 21 giugno 2013 n. 69 – decreto “del Fare”, convertito dalla legge 9 agosto 2013 n. 98 (secondo cui “il prezzo più basso è determinato al netto delle spese relative al costo del personale, valutato sulla base dei minimi salariali definiti dalla contrattazione collettiva nazionale di settore tra le organizzazioni sindacali dei lavoratori e le organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, delle voci retributive previste dalla contrattazione integrativa di secondo livello e delle misure di adempimento alle disposizioni in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro“) ha la finalità di assicurare che l'affidamento dei contratti pubblici avvenga nel pieno rispetto degli obblighi prescritti per la tutela dei diritti (retributivi e contributivi) dei lavoratori impiegati nell'esecuzione delle commesse pubbliche. In tale prospettiva, interpretata in senso sostanziale, tale norma può essere letta come diretta ad affermare l'obbligo per le stazioni appaltanti di accertare la congruità delle offerte sulla base della verifica della compatibilità delle scelte organizzative effettuate dal concorrente con la normativa concernente i minimi salariali contrattuali della manodopera.

2. L'inciso “al netto delle spese relative al costo del personale“, contenuto nell'art. 82, comma 3-bis, D.lgs. n. 163/2006, non va inteso in senso letterale, nel senso di sottrarre la componente del costo della manodopera alla quantificazione della base d'asta e al confronto concorrenziale, ma si limita a fissare delle regole da seguire in sede di sub-procedimento per la verifica di congruità dell'offerta; conseguentemente, il ribasso offerto può essere giustificato, in fase di verifica dell'anomalia dell'offerta, da una organizzazione imprenditoriale più efficiente e dall'impiego di attrezzature che rendano il lavoro della manodopera più produttiva, ma tutelando nel contempo il costo del personale.

3. Nelle gare di appalto, il principio di immodificabilità dell'offerta, teso a garantire, da un lato, la par condicio fra i concorrenti, e dall'altro l'affidabilità del contraente, attiene non ad ogni aspetto della stessa, bensì ai profili economici e tecnici essenziali della medesima; tali devono indubbiamente reputarsi la modifica o l'aggiustamento delle giustificazioni delle singole voci di costo che non trovino il loro fondamento in sopravvenienze di fatto o normative che comportino una riduzione dei costi, o in originari e comprovati errori di calcolo.

4. Il procedimento di verifica dell'anomalia non ha carattere sanzionatorio (al fine di eliminare l'offerta sospettata di anomalia) e non ha per oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze dell'offerta economica, ma mira piuttosto ad accertare se in concreto l'offerta, nel suo complesso, sia attendibile ed affidabile in relazione alla corretta esecuzione dell'appalto: esso è pertanto finalizzato a garantire e tutelare l'interesse pubblico concretamente perseguito dall'amministrazione attraverso la procedura di gara per l'effettiva scelta del miglior contraente possibile ai fini dell'esecuzione dell'appalto, ponendosi l'esclusione dalla gara dell'offerente per l'anomalia della sua offerta soltanto come effetto della valutazione (operata dall'amministrazione appaltante) di complessiva inadeguatezza rispetto al fine da raggiungere.

5. In sede di verifica dell'anomalia delle offerte, se da un lato è predicabile il principio dell'immodificabilità dell'offerta, sono da ritenere invece modificabili le giustificazioni, ed ammissibili giustificazioni sopravvenute e di compensazioni tra sottostime e sovrastime, purché l'offerta risulti nel suo complesso affidabile al momento dell'aggiudicazione e a tale momento dia garanzia di una seria esecuzione del contratto (alla stregua del principio nella specie è stato ritenuto legittimo il giudizio di non anomalia dell'offerta, atteso che l'impresa sottoposta a verifica non aveva modificato i costi di personale, ma aveva solo dimostrato di poter ottenere un risparmio non pronosticato in virtù della applicazione della normativa dettata dal Piano del Governo per favorire il rilancio dell'occupazione e riformare il mercato del lavoro italiano – c.d. *job act*).

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. IV – sentenza 3 maggio 2016 n. 1716

Sulla possibilità di richiedere la documentazione mediante pec

1. Ai sensi dell'art. 77, co. 5 del d.lgs. n. 163/2006, le amministrazioni pubbliche che sono tenute all'osservanza delle disposizioni del Codice dell'amministrazione digitale (d.lgs. n. 82/2005), operano nel rispetto di tali disposizioni e delle relative norme di attuazione ed esecuzione; è, inoltre, previsto che “in particolare, gli scambi di comunicazioni tra amministrazioni aggiudicatrici ed operatori economici deve avvenire tramite posta elettronica certificata”. Pertanto, qualora ricorra l'ipotesi di una amministrazione pubblica tenuta ad operare nel rispetto delle disposizioni del Codice dell'amministrazione digitale, le comunicazioni stesse non possono che avvenire per il tramite della posta elettronica certificata.

2. È legittimo il provvedimento con il quale la P.A. appaltante ha escluso dalla gara di appalto una ditta per tardiva presentazione della documentazione relativa ai requisiti di partecipazione, richiesta a seguito di sorteggio ai sensi dell'art. 48 d.lgs. n. 163/2006, ove la richiesta di documentazione sia stata inviata mediante e-mail inviata all'indirizzo di posta elettronica certificata della ditta interessata, e non già – come indicato nel disciplinare di gara – “a mezzo fax oppure telegramma”. Invero, attesa la cogente formulazione dell'art. 77, co. 5, d.lgs. n. 163/2006, secondo cui “gli scambi di comunicazioni tra amministrazioni aggiudicatrici e operatori economici deve avvenire tramite posta elettronica certificata”, si produce un fenomeno di eterointegrazione del bando di gara, di guisa che il termine per la presentazione della documentazione decorre, anche in assenza di previsione della *lex specialis*, dalla data di ricezione della richiesta inviata mediante posta elettronica certificata.

Sulla vincolatività dell'art. 48 del codice dei contratti

3. Anche se è vero che, in sede di verifica del possesso dei requisiti ex art. 48 d.lgs. n. 163/2006, l'Amministrazione può procedere ad acquisire documentazione facendo ricorso agli archivi pubblici ai sensi degli art. 40 (nel testo modificato dall'art. 15, l. n. 183/2011) e 43, co. 1, DPR n. 445/2000 (sulla c.d. "decertificazione") (2), ciò non comporta né che il concorrente sia per ciò solo dispensato dal presentare la documentazione richiestagli, né che la possibilità di cui si sia eventualmente avvalsa l'Amministrazione si trasformi in un obbligo posto dalla legge a carico della medesima; diversamente argomentando, per un verso si snaturerebbe il subprocedimento di verifica dei requisiti dei partecipanti alle procedure di affidamento, per altro verso, si perverrebbe ad una sostanziale "abrogazione" dell'art. 48 cit. e, in particolare, dei termini cogenti da questo imposti e delle sanzioni previste per il loro mancato rispetto.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 5 maggio 2016 n. 1809

Esclusione dell'offerta inadeguata

1. Nelle gare di appalto, le difformità dell'offerta tecnica che rivelano l'inadeguatezza del progetto proposto dall'impresa offerente rispetto ai requisiti minimi previsti dalla *lex specialis* legittimano l'esclusione dalla gara e non già la mera penalizzazione dell'offerta nell'attribuzione del punteggio, perché determinano la mancanza di un elemento essenziale per la formazione dell'accordo necessario per la stipula del contratto.

2. È legittima l'esclusione da una gara per l'affidamento in concessione del servizio di illuminazione pubblica di un Comune, disposta per difformità essenziali dell'offerta tecnica rispetto alle specifiche definite nel capitolato speciale posto a base di gara, avendo la commissione di gara enucleato quattro specifici profili di inadeguatezza dei prodotti offerti per l'adeguamento tecnologico degli impianti di illuminazione, comportanti una diminuzione qualitativa di questi ultimi. Non vi è pertanto dubbio che, in tal caso, la P.A. appaltante possa disporre l'esclusione dalla gara di un'impresa autrice di un'offerta giudicata inidonea dal punto di vista tecnico.

3. L'esclusione per inadeguatezza tecnica dell'offerta non si pone in contrasto con il principio di tassatività sancito dall'art. 46, comma 1-bis, codice dei contratti pubblici, atteso che quest'ultima norma riguarda il mancato rispetto di adempimenti solo documentali o formali o privi, comunque, di una base normativa espressa, e non già l'accertata mancanza dei necessari requisiti dell'offerta che sono stati richiesti per la partecipazione alla gara. Né è applicabile in tale ipotesi il principio di equivalenza delle specifiche tecniche sancito dall'art. 68 del codice dei contratti pubblici, dal momento che esso presuppone la corrispondenza delle prestazioni offerte dal prodotto offerto e non già un'inidoneità di quest'ultimo rispetto alle specifiche indicate dall'Amministrazione e poste a base di gara.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI – sentenza 5 maggio 2016 n. 1766

Sull'obbligo di dichiarare precedenti risoluzioni contrattuali

La dichiarazione circa il possesso del requisito dell'assenza di un errore grave nell'esercizio dell'attività professionale, di cui all'art. 12, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 157 del 1995 – cui corrisponde la fattispecie ex art. 38, comma 1, lett. f), ultima parte, d.lgs. n. 163 del 2006 – non può essere limitata

ai soli errori commessi in precedenti rapporti con la stazione che ha indetto la gara, fondandosi la causa di esclusione in questione sulla necessità di garantire l'elemento fiduciario nei rapporti contrattuali con la P.A.; pertanto, le imprese concorrenti, in linea con l'onere collaborativo che sottende i rapporti con la P.A., sono obbligate a dichiarare, a pena di esclusione, pregresse risoluzioni contrattuali anche se relative ad appalti affidati da altre stazioni appaltanti, diverse da quella che ha bandito la gara che, proprio per tale ragione, normalmente non è a conoscenza di tali fatti.

CONSIGLIO DI STATO SEZ. V – sentenza 5 maggio 2016 n. 1796

Sui casi di esclusione dell'indicazione degli oneri di sicurezza aziendali

Il principio affermato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, secondo cui sussiste l'obbligo di indicare i costi interni per la sicurezza del lavoro, pena l'esclusione dell'offerta dalla procedura anche se non prevista nel bando di gara, non si applica nè agli appalti di servizi di natura prettamente intellettuale, nè, in caso di silenzio sul punto da parte della *lex specialis* di gara, agli appalti di servizi rientranti nelle tipologie di cui all'allegato II B del d.lgs. n. 163/2006, in quanto l'art. 20 dello stesso codice non reca rinvio alle regole sugli oneri di sicurezza.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. IV – sentenza 5 maggio 2016 n. 1803

Sulla natura perentoria del termine concesso per il soccorso istruttorio

1. La regolarizzazione “a pagamento” prevista dall'art. 38, comma 2 bis, del codice dei contratti pubblici, nel caso di mancanza, incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive di cui al comma 2, è il frutto della revisione legislativa dell'istituto del soccorso istruttorio ad opera dell'art. 39 del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90 che, inserendo il citato comma 2 bis, all'art. 38 del codice, introduce la possibilità per il concorrente, dietro richiesta della Stazione appaltante, di sanare l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale della propria documentazione, previo pagamento di una sanzione pecuniaria.

2. Il termine di dieci giorni per la regolarizzazione “a pagamento” prevista dall'art. 38, comma 2 bis, del codice dei contratti pubblici deve essere considerato perentorio, in quanto ogni dilazione ulteriore rispetto a quella consentita dalla legge contrasterebbe con la necessità di un celere svolgimento della procedura di affidamento, che sarebbe irrimediabilmente soggetta all'inerzia dei concorrenti. Una diversa conclusione, inoltre, determinerebbe la violazione della par condicio dei concorrenti, andando a premiare il comportamento di chi negligenzemente abbia ommesso di allegare la documentazione richiesta, anche a seguito di soccorso istruttorio, a scapito di quegli operatori, che, invece, hanno presentato una documentazione ab origine completa e regolare o che si sono immediatamente conformati alle richieste della Stazione appaltante.

TAR CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. VIII – sentenza 5 maggio 2016 n. 2312

Sulla centrale di committenza

E' illegittimo, per violazione degli artt. 33, comma 3 bis e 34 del d.lgs. n. 163 del 2006, il bando indetto da una società consortile (nella specie l'Asmel Consortile S.c. a r.l.) – quale centrale di

committenza o soggetto aggregatore – per l'affidamento di un appalto di servizi, nel caso in cui: a) detta società non sia un organismo costituito esclusivamente da enti locali, ma presenti comunque una partecipazione di soggetti privati; b) la partecipazione degli enti locali alla medesima centrale di committenza sia solo indiretta, in quanto realizzata attraverso l'adesione ad una associazione non riconosciuta e ad un successivo accordo con la medesima società consortile. In tal caso, infatti, la suddetta società consortile non corrisponde alle figure individuate dalla legge come validi soggetti aggregatori o centrali di committenza e, pertanto, non è legittimata ad indire bandi di gara per l'affidamento di appalti pubblici.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI – sentenza 6 maggio 2016 n. 1827

Sull'immodificabilità dell'offerta

Secondo la costante giurisprudenza nelle gare pubbliche è ammissibile una attività interpretativa della volontà dell'impresa partecipante alla gara da parte della stazione appaltante, al fine di superare eventuali ambiguità nella formulazione dell'offerta, purchè 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.

TAR TOSCANA, SEZ. I – sentenza 12 maggio 2016 n. 837

Sul soccorso istruttorio e sul PASSOE

Se al momento di verifica della documentazione presentata dai concorrenti la stazione appaltante si avveda della mancanza del PASSOE, ben può (*rectius*: deve) richiederlo in via di soccorso istruttorio, perché in tal modo non viene violata la parità di trattamento tra i concorrenti; in tal caso certamente dovrà essere stabilito un termine tassativo per il concorrente entro il quale produrre il PASSOE poiché, diversamente opinando, verrebbe menomato il principio di speditezza dell'azione amministrativa; ove però il concorrente non provveda entro tale termine, la sua esclusione diventa inevitabile.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 12 maggio 2016 n. 1883

Sulla possibilità di sostituire l'ausiliario a seguito di interdittiva antimafia

L'art. 95, comma 1, del d.lgs. 6 settembre 2011 n. 159 – Codice delle leggi antimafia (il quale, con riferimento ai raggruppamenti temporanei d'impresе, prevede che «le cause di divieto e di sospensione di cui all'art. 67 non operano nei confronti delle altre imprese partecipanti quando la predetta impresa sia estromessa o sostituita anteriormente alla stipulazione del contratto»), nello stabilire che, prima della stipula del contratto di appalto, è possibile la sostituzione dell'impresa mandante interessata da interdittiva antimafia, può applicarsi anche al caso della sostituzione dell'impresa ausiliaria divenuta destinataria di interdittiva antimafia.

TAR LAZIO – ROMA, SEZ. III QUATER – sentenza 17 maggio 2016 n. 5863

Sull'inapplicabilità della revisione prezzi in caso di rinnovo del contratto

Non può essere accolta una istanza di revisione dei prezzi contrattuali con decorrenza dal periodo in cui era in corso fra le parti il contratto rinnovato previa rinegoziazione. Invero, sussiste una netta incompatibilità tra il conseguimento di un nuovo rapporto contrattuale in assenza di procedura di gara e l'applicazione dell'istituto della revisione del prezzo; sotto tale profilo, la "ratio" della legge è quella di impedire la proroga automatica dei contratti di durata, che viene sostituita con la scelta consapevole della singola amministrazione di rinnovare o meno il contratto: deriva da ciò l'infondatezza della pretesa azionata in ordine al riconoscimento del diritto alla revisione dei prezzi, posto che l'impresa che ha beneficiato di una speciale disposizione, la quale preveda la possibilità di rinnovo del contratto senza gara a condizione di un prezzo concordato, non può poi pretendere di applicare allo stesso contratto il meccanismo della revisione dei prezzi, che condurrebbe ad effetti del tutto opposti rispetto al pattuito corrispettivo per la prosecuzione del rapporto contrattuale.

TAR LOMBARDIA – BRESCIA, SEZ. II – sentenza 17 maggio 2016 n. 691

Sulle condizioni per l'affidamento del servizio di igiene urbana alla società in house

E' legittima la delibera con la quale un Comune ha affidato direttamente *in house* il servizio di igiene urbana ad una società a capitale misto pubblico-privato: a) il cui socio privato è stato prescelto mediante gara; b) che gestisce i servizi di igiene ambientale a favore di numerosi Comuni e di oltre 350.000 abitanti nella Provincia interessata e nelle Province limitrofe; c) nel caso in cui risulti che la scelta sia giustificata da una dettagliata e motivata relazione tecnica del Comune, da cui si evincono chiaramente le ragioni di convenienza economica di tale modalità di affidamento.

TAR PUGLIA – LECCE, SEZ. III – sentenza 18 maggio 2016 n. 829

Sulla doverosità del soccorso istruttorio nel caso di carenza della referenza bancaria

E' illegittimo il provvedimento con il quale un Comune ha escluso una ditta da una gara di appalto, motivato con esclusivo riferimento al fatto che la ditta stessa, ai fini della dimostrazione del possesso del requisito di capacità finanziaria ed economica, ha prodotto una sola referenza bancaria, anziché due, come espressamente richiesto dal bando, ove, prima della esclusione, non sia stato attivato dalla P.A. il soccorso istruttorio di cui all'art. 46, comma 1 ter del codice dei contratti pubblici.

TAR TOSCANA, SEZ. I – sentenza 19 maggio 2016 n. 871

Sull'inammissibilità di un'offerta sottoscritta senza valida procura

Nel caso di presentazione di una offerta con procura irregolare o carente non è applicabile la regolarizzazione prevista dall'art. 46, co. 1 ter, del codice dei contratti pubblici, la quale è testualmente riferita all'esistenza o al contenuto delle dichiarazioni di cui all'art. 38 dello stesso codice; nemmeno può soccorrere l'istituto della ratifica, atteso che l'art. 1399 c.c., nella parte in cui prevede la possibilità di ratifica del contratto concluso da un rappresentante senza averne i poteri o che ha agito

eccedendo i limiti delle facoltà conferitegli, è disposizione volta a regolare rapporti tra privati e non è estensibile alle gare ed ai contratti ad evidenza pubblica, settore nel quale operano norme dirette alla tutela di un interesse pubblico generale di sicura e preventiva riferibilità dell'offerta e del principio della "par condicio", senza possibilità di esenzione dalla loro osservanza.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 19 maggio 2016 n. 2106

Sull'inammissibilità del soccorso istruttorio per dichiarazione non veritiera

1. In materia di soccorso istruttorio nelle gare di appalto, la novella portata dall'art. 39 comma 1 del D.L. 24 giugno 2014, n. 90, all'art. 38, d.lgs. 163/2006, ha chiarito la volontà del legislatore di evitare - nella fase del controllo delle dichiarazioni e, quindi, dell'ammissione alla gara delle offerte presentate - esclusioni dalla procedura per mere carenze documentali, ivi compresa anche la mancanza assoluta delle dichiarazioni. Questione diversa, evidentemente, è quella della dichiarazione non veritiera, dovendo operare in tale ipotesi quanto disposto dall'art. 75 del d.P.R. n. 445/2000.

2. E' illegittima l'aggiudicazione di una gara di appalto ad una ditta che ha presentato, in sede di gara, una dichiarazione attestante di non trovarsi in alcuna delle situazioni costituenti cause di esclusione ai sensi di cui all'art. 38, 1 comma, lett. f) del d.lgs. 163/2006, "*e specificatamente... che, secondo motivata valutazione della stazione appaltante, non ha commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara; di non aver commesso un errore grave nell'esercizio della propria attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante...*", dichiarazione questa che si è rivelata poi falsa in relazione alla rilevata iscrizione nel casellario informatico di n. 2 risoluzioni contrattuali. In tal caso, infatti, essendosi in presenza non già di una mera carenza documentale, ma di una dichiarazione falsa, non può attivarsi il soccorso istruttorio, dovendo valere il disposto dell'art. 75 del d.P.R. n. 445/2000.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 19 maggio 2016 n. 2095

Sull'illegittimità della revoca motivata dall'insorgenza del contenzioso

È illegittima la delibera con la quale un Comune ha disposto la revoca per sopravvenuti motivi di opportunità dell'aggiudicazione definitiva di una gara di appalto motivata con riferimento al contenzioso giurisdizionale apertosi a seguito dell'aggiudicazione, contenzioso che avrebbe portato l'affidamento definitivo a tempi lunghi e comunque alla perdita dei finanziamenti.

Secondo il Giudicante la revoca dell'aggiudicazione definitiva può sempre intervenire, ma deve essere accompagnata da ragioni convincenti sull'interesse della pubblica amministrazione coinvolta tanto da non comprimere oltre la giusta misura l'affidamento del privato e soprattutto deve essere corredata da un'applicazione corretta delle norme in materia e dei principi generali dell'ordinamento giuridico. Nel caso di specie, si deve ritenere patentemente illegittima una deliberazione di ritiro di un'aggiudicazione definitiva in vista del formarsi di un contenzioso giurisdizionale, sia perché ciò porterebbe ad una chiara ed evidente violazione della tutela dei diritti degli interessi dei soggetti, principio garantito dall'art. 24 della Costituzione, e ciò in un campo ove la velocizzazione dei processi negli ultimi anni non può essere messa in discussione, se non cadendo in grave mala fede e senza ignorare i lunghi tempi amministrativi richiamati dalle parti appellanti che hanno preceduto l'aggiudicazione in questione; sia perché una diversa interpretazione potrebbe portare facilmente ed assurdamente ad una continua elusione di qualsiasi forma di tutela giurisdizionale.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. IV – sentenza 23 maggio 2016 n. 2111

Sul danno risarcibile

Non può essere accolta la domanda di risarcimento del danno da mancata aggiudicazione di una gara di appalto, nel caso in cui la ditta istante, pur avendo impugnato con successo l'aggiudicazione disposta dalla P.A. in favore di un altro concorrente, ottenendone l'annullamento, si sia limitata a chiedere il risarcimento del danno per equivalente, senza fornire la prova del fatto che, una volta annullata l'aggiudicazione in favore dell'impresa prima classificata, sarebbe risultata prima in graduatoria e quindi aggiudicataria, dovendosi tenere conto dell'esito del ricalcolo delle offerte e dell'accertamento di possibili mancanze dei necessari requisiti soggettivi.

TAR PUGLIA – BARI. SEZ. II – sentenza 23 maggio 2016 n. 695

Sul contratto di avalimento

Ove una ditta, ai fini della partecipazione ad una gara di appalto: a) abbia fatto ricorso all'istituto dell'avvalimento; b) il relativo contratto contenga una clausola del seguente specifico tenore: "Il presente contratto avrà efficacia solo nel caso in cui la società concorrente conseguirà la aggiudicazione della gara. In mancanza, il medesimo rimarrà privo di effetto e nulla sarà dovuto tra le parti"; c) il "prestito" dei requisiti mancanti sia stato ripetuto e ribadito dall'impresa ausiliaria, con formula cristallina, con dichiarazione resa in sede di gara, deve ritenersi illegittimo il provvedimento di esclusione della medesima ditta, motivato con riferimento alla non immediata efficacia del contratto di avvalimento; in tal caso, infatti, da un lato, non si è al cospetto di una clausola meramente potestativa, in quanto tale, nulla ai sensi e per gli effetti dell'art. 1355 c.c. e, dall'altro, l'evento dedotto in condizione è proprio l'aggiudicazione dell'appalto, sicché non risulta in alcun modo minata la certezza dell'impegno assunto con il contratto di avvalimento.

CONSIGLIO DI STATO, ADUNANZA PLENARIA – sentenza 25 maggio 2016 n. 10

Sull'inammissibilità della regolarizzazione posta della posizione contributiva

1. In materia di controversie aventi ad oggetto l'affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture, rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo la definizione dell'accertamento inerente alla regolarità del documento unico di regolarità contributiva, quale atto interno della fase procedimentale di verifica dei requisiti di ammissione dichiarati dal partecipante ad una gara; va tuttavia precisato che tale accertamento viene effettuato del giudizio relativo all'affidamento del contratto pubblico, in via incidentale, cioè con accertamento privo di efficacia di giudicato nel rapporto previdenziale.

2. Anche a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 31, comma 8, D.L. 21 giugno 2013 n. 69, convertito 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; va al riguardo ribadito che l'istituto dell'invito alla regolarizzazione (il c.d. preavviso di DURC negativo), già previsto dall'art. 7, comma

3, del D.M. 24 ottobre 2007 ed 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 DURC richiesto dalla stazione appaltante per la verifica della veridicità dell'autodichiarazione resa ai sensi dell'art. 38 comma 1 lett. i), D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163 ai fini della partecipazione alla gara d'appalto.

TAR CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. I – sentenza 27 maggio 2016 n. 2749

Sul soccorso istruttorio

E' illegittimo il provvedimento con il quale la P.A. ha irrogato la sanzione pecuniaria, ex artt. 38, comma 2 bis e 46, comma 1 ter, d.lgs. n. 163 del 2006, introdotti dalla L. n. 114/14, prevista nell'ambito del c.d. soccorso istruttorio a pagamento, ove il concorrente interessato – incorso in un'irregolarità essenziale – abbia formalmente e chiaramente manifestato, nei confronti della stazione appaltante, la volontà di non voler usufruire e/o di non aderire al soccorso istruttorio; infatti, l'impresa che non intenda beneficiare del soccorso istruttorio: a) semplicemente accetta e, quindi, presta acquiescenza alla estromissione che sarà disposta dalla P.A.; b) non costringe l'amministrazione ad aprire una ulteriore fase di verifica della regolarità della documentazione; c) non determina alcun ritardo nell'espletamento della gara, poiché consente alla P.A. di procedere celermente con le operazioni concorsuali; d) in ultima analisi, non lede l'interesse pubblico alla rapida definizione della selezione; con la conseguenza che, in caso di mancata fruizione del beneficio del soccorso istruttorio viene meno la *ratio* sottesa all'applicazione della sanzione e, pertanto, la stessa non è dovuta.

Nella sentenza, è stato dato atto del fatto che il recente orientamento della giurisprudenza (T.A.R. Palermo, n. 1043/2016; T.A.R. Parma, n. 66/2016; T.A.R. L'Aquila, n. 784/2015) è nel senso che la sanzione di cui all'art. 38, comma 2-bis, deve essere comminata in ogni caso di incompletezza e irregolarità di elementi essenziali, sia che il concorrente che vi sia incorso decida di avvalersi del soccorso istruttorio, integrando o regolarizzando la dichiarazione resa, sia nell'ipotesi in cui questi, non usufruendo del soccorso istruttorio, manifesti il proprio disinteresse alla prosecuzione della gara e, quindi, venga escluso dalla procedura.

CORTE DI GIUSTIZIA U.E., SEZ. VI – sentenza 2 giugno 2016 (causa C-27/15)

Sull'avvalimento frazionato e sul soccorso istruttorio

1. Gli articoli 47 e 48 della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, devono essere interpretati nel senso che non ostano ad una normativa nazionale che autorizza un operatore economico a fare affidamento sulle capacità di uno o più soggetti terzi per soddisfare i requisiti minimi di partecipazione ad una gara che tale operatore soddisfa solo in parte.

2. Il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza devono essere interpretati nel senso che ostano all'esclusione di un operatore economico da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico in seguito al mancato rispetto, da parte di tale operatore, di un obbligo che non risulta espressamente dai documenti relativi a tale procedura o dal diritto nazionale vigente, bensì da un'interpretazione di tale diritto e di tali documenti nonché dal meccanismo diretto a colmare, con un intervento delle autorità o dei giudici amministrativi nazionali, le lacune presenti in tali documenti. In tali circostanze, i principi di parità di trattamento e di proporzionalità devono essere interpretati nel

sensu che non ostano al fatto di consentire all'operatore economico di regolarizzare la propria posizione e di adempiere tale obbligo entro un termine fissato dall'amministrazione aggiudicatrice.

TAR LAZIO – ROMA, SEZ. II QUATER – sentenza 1° giugno 2016 n. 6465

Sull'inammissibilità di un'offerta tecnica in contrasto con quella economica

E' illegittima l'aggiudicazione di una gara di appalto di servizi, ad una ditta che, mentre nell'offerta tecnica ha indicato l'utilizzo di un determinato numero di unità di personale (nella specie, si trattava di 26 unità), nell'offerta economica ha invece indicato un numero inferiore (nella specie, si trattava di 21 unità), senza alcuna ulteriore precisazione, né in ordine ad eventuale personale per le sostituzioni né comunque all'incidenza dei relativi costi; in tal caso, infatti, la modifica operata tra offerta tecnica e offerta economica, viola il principio della concorrenza in relazione alla immodificabilità dell'offerta, considerato corollario del principio di par condicio dei concorrenti nonché la complessiva affidabilità dell'offerta; e ciò a maggior ragione ove il disciplinare di gara espressamente assegni il punteggio tecnico in relazione alla quantità del personale da utilizzare per l'espletamento del servizio.

TAR UMBRIA, SEZ. I – sentenza 3 giugno 2016 n. 482

Sull'insussistenza dell'obbligo di adesione Consip

E' illegittimo il provvedimento con il quale un Comune ha annullato in autotutela l'aggiudicazione di una gara per l'affidamento del servizio di approvvigionamento di energia e combustibili, che sia motivato con riferimento alla sussistenza dell'obbligo, in capo all'Ente locale, di aderire alla convenzione Consip del settore di riferimento – sopraggiunta in corso di gara – che prevede condizioni economiche più favorevole e/o convenienti per la P.A.; in tal caso, infatti, non sussiste nei confronti del Comune l'obbligo di aderire alla suddetta convenzione, dovendo trovare applicazione l'art. 1, comma 7, del d.l. n. 95 del 2012 per un appalto di fornitura di energia elettrica; con la conseguenza che non è configurabile l'obbligo di approvvigionamento attraverso le convenzioni Consip.

TAR TOSCANA, SEZ. I – sentenza 8 giugno 2016 n. 968

Sull'incompetenza del RUP a valutare elementi dell'offerta

In forza del combinato-disposto di cui agli artt. 10, comma 2 e 84, comma 1, del codice dei contratti pubblici, nelle gare pubbliche di appalto per la cui aggiudicazione è stato prescelto il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, possono essere svolte dal responsabile unico del procedimento (RUP) solo quelle attività che non implicano l'esercizio di poteri valutativi, tanto in ragione della previsione generale contenuta nell'art. 10, comma 2, d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, che affida al responsabile unico del procedimento lo svolgimento di tutti i compiti relativi alle procedure di affidamento, non specificamente attribuiti ad altri organi o soggetti, mentre competenza esclusiva della commissione è l'attività valutativa. E' pertanto illegittima la revoca dell'aggiudicazione provvisoria, nel caso la P.A. si sia determinata in tal senso all'esito dell'attività svolta dal RUP, consistente nell'accertamento della sussistenza o meno, in capo all'aggiudicatario, del possesso di un elemento che non è né un requisito di partecipazione, né un titolo abilitativo richiesto per l'esecuzione del contratto, bensì un elemento dell'offerta tecnica soggetto a valutazione della commissione.

TAR TOSCANA, SEZ. I – sentenza 9 giugno 2016 n. 987

Sulla necessità di una procedura selettiva per la concessione di un bene demaniale

Nel caso in cui sia disponibile un tratto di costa da adibire a spiaggia attrezzata, il Comune è obbligato, sulla scorta dei principi di derivazione comunitaria a tutela della concorrenza (imparzialità, trasparenza, parità di trattamento), a far precedere l'assegnazione della concessione da una procedura competitiva, non ostandovi l'art. 36 Cod. nav. in tema di diritto di insistenza, giacché anche tale norma va interpretata e applicata alla stregua dei principi appena ricordati, non potendosi ritenere che il precedente concessionario alla luce dei principi comunitari possa vantare alcun tipo di aspettativa alla conferma della concessione in essere.

CONSIGLIO DI STATO, sez. V – sentenza 9 giugno 2016 n. 2433

Sulla clausola sociale

Secondo la costante giurisprudenza del Consiglio di Stato (da ultimo: III, 30 marzo 2016, n. 1255, 9 dicembre 2015, n. 5598, 5 aprile 2013, n. 1896; V, 25 gennaio 2016, n. 242; VI, 27 novembre 2014, n. 5890) la clausola sociale va interpretata conformemente ai principi nazionali e comunitari in materia di libertà di iniziativa imprenditoriale garantita dall'art. 41 della Costituzione.

La conseguenza è che, fermo l'obbligo di riassorbimento dei lavoratori alle proprie dipendenze, il nuovo gestore del servizio può collocarne alcuni in altri contratti da esso eseguiti (e anche ricorrere agli ammortizzatori sociali previsti dalla legge allorché in esubero), quando nell'organizzazione prefigurata per quello in contestazione gli stessi risultino superflui.

Pertanto la clausola sociale funge da strumento per favorire la continuità e la stabilità occupazionale dei lavoratori, ma nel contempo non può esser tale da comprimere le esigenze organizzative dell'impresa subentrante che ritenga di potere ragionevolmente svolgere il servizio utilizzando una minore componente di lavoro rispetto al precedente gestore, e dunque ottenendo in questo modo economie di costi da valorizzare a fini competitivi nella procedura di affidamento

TAR VENETO, SEZ. III – sentenza 10 giugno 2016 n. 626

Sui presupposti per la fornitura di un prodotto equivalente

E' legittimo il provvedimento con il quale la P.A. ha escluso una ditta da una gara di appalto di forniture, che sia motivato con riferimento al fatto che la ditta stessa ha offerto un prodotto avente caratteristiche tecniche diverse da quelle richieste dalla *lex specialis*, senza tuttavia fornire alcuna dimostrazione che il medesimo prodotto ha caratteristiche equivalenti a quelle oggetto di gara; infatti, affinché una ditta partecipante ad una procedura selettiva possa avvalersi della clausola di equivalenza ex art. 68, d.lgs. n. 163 del 2006 al fine di poter validamente formulare una offerta non esattamente rispondente alle specifiche della *lex specialis*, ma ciò nonostante idonea ad assicurare alla stazione appaltante le prestazioni richieste, è necessario che nell'offerta stessa venga fornita la prova che la prestazione o il bene ivi proposti abbiano caratteristiche equivalenti a quelle oggetto di gara.

TAR LOMBARDIA – MILANO, SEZ. IV – sentenza 10 giugno 2016 n. 1179

Sull'insussistenza dell'obbligo di indicare il subappaltatore

1. Per le gare di appalto, non si evince alcun obbligo per i partecipanti, che abbiano dichiarato di volersi avvalere del subappalto per alcune specifiche lavorazioni, di indicare già in sede di presentazione dell'offerta il nominativo dell'impresa subappaltatrice.

Sugli effetti della caducazione della nomina della Commissione

2. La caducazione della nomina della commissione di gara, nel caso in cui sia stata effettuata in violazione delle regole di cui all'art. 84 del codice dei contratti pubblici, comporta il travolgimento, per illegittimità derivata, di tutti gli atti successivi della procedura fino all'affidamento del servizio ed impone quindi la rinnovazione dell'intero procedimento, non essendo pertanto necessario per il ricorrente dimostrare lo specifico pregiudizio derivante da tale vizio.

Sulla prova di resistenza in caso di ricorso proposto dal terzo in graduatoria

3. In una gara di appalto, se il terzo classificato non deduce vizi travolgenti l'intera procedura, ai fini della dimostrazione dell'interesse allo scrutinio degli stessi, l'istante dovrà superare la prova di resistenza, dimostrando l'illegittima ammissione di entrambe le imprese che lo precedono, non essendo sufficiente, ad esempio, la contestazione del giudizio di congruità dell'offerta della prima classificata. Nel caso invece in cui vengano dedotti vizi indirizzati al travolgimento dell'intera procedura, il ricorrente non deve dimostrare che, in caso di legittimità della stessa, avrebbe conseguito l'aggiudicazione.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 13 giugno 2016 n. 2522

Sull'applicabilità dell'art. 84 del cdc alle concessioni di servizi

Nel caso in cui sia indetta una gara per l'affidamento di concessioni di servizi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, anche in assenza di un espresso richiamo nel bando, sono applicabili le disposizioni di cui all'art 84, comma 4 (relativo alle incompatibilità dei componenti della commissione giudicatrice) e comma 10 (relativo ai tempi di nomina della commissione) del codice dei contratti pubblici, in quanto espressive dei principi di trasparenza e di parità di trattamento. La stessa regola di principio deve intendersi valere anche per la disposizione di cui all'art. 84, comma 8, del codice dei contratti pubblici, atteso che tale scelta del legislatore di ricorrere in via prioritaria nell'ambito della stessa Amministrazione e soltanto ove ricorrano particolari condizioni e, nei casi tassativamente previsti, in caso di accertata carenza in organico di adeguate professionalità, di nominare commissari esterni, è giustificata dalla finalità di contenimento dei costi, che impone un criterio di sussidiarietà nella nomina di consulenti esterni.

E' illegittimo, perchè viziato da difetto di motivazione e di istruttoria, l'atto di nomina di un componente esterno di una commissione ove sia stata dimostrata all'interno della P.A. che ha bandito la gara la sussistenza di funzionari di altri settori che hanno già gestito procedure di appalto e che avrebbero dovuto essere presi in considerazione prima di ricorrere ad un membro esterno.

TAR PUGLIA – LECCE, SEZ. III – sentenza 16 giugno 2016 n. 983

Sull'illegittimità di una clausola sociale generica

E' illegittima la clausola di un bando di gara per l'affidamento di un appalto di servizi (nella specie, si trattava del servizio di igiene urbana), che prevede l'onere per i concorrenti, genericamente indicato, di formulare l'offerta tenendo conto del costo dei lavoratori da reintegrare, nel caso in cui tale clausola sia del tutto incerta nell'*an*, nel *quando* e nel *quantum*, e, in particolare, non consenta di conoscere se, quando e quanti dipendenti dovranno essere reimpiegati nello svolgimento dei servizi da appaltare; così formulata, infatti, detta clausola rende impossibile anche la formulazione (attuale) corretta ed adeguata dell'offerta tecnica, per la quale è necessaria una relazione tecnica-organizzativa dettagliata, che esponga i criteri e le modalità di organizzazione e di svolgimento di ciascuno dei servizi oggetto della gara.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 21 giugno 2016 n. 2727

Sull'inammissibilità della regolarizzazione postuma del DURC

nelle gare d'appalto, 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 deve 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, con l'irrelevanza di un eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva, tenendo presente che l'istituto dell'invito alla regolarizzazione - il c.d. preavviso di documento unico di regolarità contributiva 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 d.u.r.c. 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) ai fini della partecipazione alla gara d'appalto (Cons. Stato, Ad. Plen., 29 febbraio 2016 nn. 5 e 6; id., 25 maggio 2016 n. 10).

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 22 giugno 2016 n. 2774

Sulla natura e sulla ratio delle informative interdittive

1. La informativa interdittiva antimafia obbedisce a una logica di anticipazione della soglia di difesa sociale e non postula, come tale, l'accertamento in sede penale di uno o più reati che attestino il collegamento o la contiguità dell'impresa con associazioni di tipo mafioso, potendo, perciò, restare legittimata anche dal solo rilievo di elementi sintomatici che dimostrino il concreto pericolo (anche se non la certezza) di infiltrazioni della criminalità organizzata nell'attività imprenditoriale.

2. Il fondamento logico della informativa antimafia interdittiva dev'essere rintracciato nell'esigenza di contrastare il fenomeno dell'inquinamento mafioso delle attività economiche per mezzo dell'estromissione dal perimetro della contrattazione pubblica delle imprese che, in esito alla formulazione di un giudizio probabilistico di permeabilità alla criminalità organizzata di stampo mafioso, abbiano irrimediabilmente perduto quella «fiducia sulla serietà e sulla moralità dell'imprenditore» che costituisce l'indefettibile presupposto della capacità di accedere ai rapporti

contrattuali con le pubbliche amministrazioni. La ragione fondante di tale provvedimento dev'essere rinvenuta nella più efficace tutela dell'interesse pubblico alla limitazione del novero delle imprese ammesse alla contrattazione con le pubbliche amministrazioni a quelle (sole) che meritano la (imprescindibile) fiducia sulla liceità dell'oggetto e dello scopo dell'attività imprenditoriale.

3. Sono legittime le informative interdittive antimafia esclusivamente fondate sul rilievo della sussistenza di legami associativi stabili tra l'impresa colpita dall'informativa ostativa e quella gravata da un'interdittiva precedente e senza, quindi, diversi e ulteriori addebiti rivolti alla prima. Più precisamente deve ritenersi che nel caso in cui l'analisi dei rapporti tra le due imprese manifesti una plausibile condivisione di finalità illecite e una verosimile convergenza verso l'assoggettamento agli interessi criminali di organizzazioni mafiose, desumibili, ad esempio, dalla stabilità, dalla persistenza e dalla intensità dei vincoli associativi o delle relazioni commerciali, può presumersi l'esistenza di un sodalizio criminoso tra i due operatori. Viceversa, nel caso in cui l'esame dei contatti tra le società riveli il carattere del tutto episodico, inconsistente o remoto delle relazioni d'impresa, deve escludersi l'automatico trasferimento delle controindicazioni antimafia dalla prima alla seconda società.

TAR CAMPANIA – SALERNO, SEZ. I – sentenza 22 giugno 2016 n. 1552

Sul requisito della grave irregolarità fiscale

E' illegittima, per violazione dell'art. 38, comma 1, lett. g), D.Lgs. n. 163 del 2006, la esclusione di una ditta da una gara di appalto, motivata con riferimento al difetto del requisito della regolarità fiscale, ove la ditta stessa abbia dimostrato che, al momento della presentazione della domanda di partecipazione alla gara, è pendente il ricorso ex art. 700 c.p.c. proposto innanzi al G.O. avverso il diniego di ammissione alla rateizzazione del debito tributario; in tal caso, infatti, la irregolarità fiscale non può ritenersi definitivamente accertata.

TAR PUGLIA – LECCE, SEZ. I – sentenza 23 giugno 2016 n. 1021

Sul requisito della grave negligenza o malafede nell'esecuzione di precedenti appalti

E' illegittima, per difetto di istruttoria e di motivazione, la esclusione di una ditta da una gara di appalto, ex art. 38, comma 1, lettera f), d.lgs. n. 163/2006 (secondo cui sono esclusi dalle procedure di gara i soggetti che: “secondo motivata valutazione della stazione appaltante, hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara; o che hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante”), motivata con riferimento ad asserite inadempienze riscontrate in relazione a precedenti servizi analoghi resi dalla ditta interessata nei confronti di altre PP.AA., nel caso in cui la medesima ditta: a) abbia prodotto alcune attestazioni di regolare espletamento del servizio oggetto di appalto rilasciate da altre e differenti PP.AA. per periodi assai prossimi a quello di espletamento della gara; b) abbia, sotto altro profilo, contestato le suddette inadempienze, con instaurazione dei relativi giudizi, pendenti al momento di espletamento della gara stessa; c) la Stazione appaltante abbia omissso di comparare opportunamente le risultanze di tutta la documentazione prodotta dalla società interessata.

TAR LAZIO – ROMA, SEZ. II BIS – sentenza 23 giugno 2016 n. 7294

Sulla sanabilità di una cauzione provvisoria irregolare

Nelle gare di appalto, la mancata prestazione della c.d. cauzione provvisoria di cui all'art. 75 del d.lgs. n. 163 del 2006 e, a maggior ragione, la presentazione di una cauzione provvisoria d'importo insufficiente e/o deficitario rispetto a quello richiesto dalla *lex specialis* di gara non costituisce di per sé causa di esclusione ed, anzi, costituisce – nel pieno rispetto del principio di tassatività delle cause di esclusione introdotto dall'art. 46, comma 1 *bis*, del medesimo decreto – un vizio assolutamente sanabile mediante il c.d. soccorso istruttorio.

TAR TOSCANA, SEZ. II – sentenza 24 giugno 2016 n. 1060

Sulla nomina della commissione di gara dopo la scadenza del termine di presentazione delle offerte

1. E' illegittima, per violazione dell'art. 84, comma 10, d.lgs. n. 163 del 2006, la nomina della commissione giudicatrice di una gara per l'affidamento in concessione di un servizio (nella specie si trattava della somministrazione di bevande calde e fredde tramite distributori automatici presso un Istituto scolastico), nel caso in cui sia avvenuta prima della scadenza del termine per la presentazione delle domande di partecipazione alla gara, non potendo essere attribuita efficacia scriminante al fatto che l'accettazione dell'incarico da parte dei commissari sia intervenuto successivamente (nella specie, peraltro, in data non meglio individuata dalle Amministrazioni resistenti) o che siano intercorsi pochi giorni tra la nomina della Commissione e la scadenza del termine per la presentazione delle offerte; tali circostanze, infatti, non sono idonee ad escludere il pericolo concreto di violazione della imparzialità della commissione, posta a tutela della correttezza del procedimento, della trasparenza e imparzialità dell'azione amministrativa.

2. Anche alle concessioni di servizi di cui all'art. 30 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 è applicabile la previsione dell'art. 84, 10° comma del codice dei contratti, relativa all'obbligo di procedere alla nomina della Commissione di gara dopo la scadenza del termine di presentazione delle offerte, trattandosi di un principio generale posto a presidio della trasparenza (intesa in senso più lato rispetto al senso della generale accessibilità alla attività amministrativa) e della imparzialità della procedura.

TAR PUGLIA – LECCE, SEZ. II – sentenza 27 giugno 2016 n. 1040

Sull'incompatibilità dei Commissari di gara

E' legittimo il provvedimento con il quale la Stazione appaltante ha annullato in autotutela l'aggiudicazione di una gara di appalto, unitamente a tutti gli atti della gara stessa, che sia adottato in ragione del fatto che due dei componenti il Comitato esecutivo dell'Ente procedente hanno approvato gli atti di gara e hanno anche assunto il ruolo di componenti della commissione giudicatrice. Infatti, per un verso, in materia di procedure di gara d'appalto, sussiste l'incompatibilità prevista dall'art. 84, comma 4, del D.Lgs. n. 163 del 2006, quando un commissario di gara ha partecipato alla predisposizione di atti della *lex specialis* della procedura, per l'altro, il comma 4 dell'art. 84 D.Lgs. n. 163 del 2006 (secondo cui "i commissari diversi dal presidente non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta") è prescrizione che mira ad assicurare due concorrenti ma distinti valori: quello dell'imparzialità, per evitare indebiti favoritismi da parte di chi conosce approfonditamente le regole del gioco avendo contribuito alla loro gestazione, nascita e formalizzazione; quello dell'oggettività, ad evitare che lo stesso autore di quelle regole dia ad esse significati impliciti, presupposti, indiretti o,

comunque, effetti semantici che risentano di convinzioni o concezioni preconette che hanno indirizzato la formulazione delle regole stesse.

TAR EMILIA ROMAGNA – BOLOGNA, SEZ. I – sentenza 27 giugno 2016 n. 622

Sui requisiti formali del contratto di avvalimento

E' illegittima l'aggiudicazione di una gara ad una società che ha fatto ricorso all'avvalimento, ex art. 49, d. lgs. n. 163 del 2006, nel caso in cui il contratto di avvalimento prodotto dalla società stessa: a) rechi la sottoscrizione della sola ausiliaria; b) sia privo dell'analitica e approfondita descrizione delle prestazioni contrattuali ivi previste, tale da comprovarne la concretezza ed effettività.

TAR TOSCANA, SEZ. I – sentenza 29 giugno 2016 n. 1116

Sul principio di pubblicità delle operazioni di gara

E' illegittima, per violazione del principio di pubblicità delle operazioni di gara, l'aggiudicazione di una gara di appalto, ove il seggio di gara abbia aperto i plichi contenenti la documentazione amministrativa e quelli relativi all'offerta economica ed effettuato la valutazione delle proposte progettuali presentate, in seduta segreta, a nulla rilevando che la medesima commissione abbia verificato in seduta pubblica la documentazione integrativa richiesta ad alcuni concorrenti.

TAR EMILIA ROMAGNA-PARMA – sentenza 30 giugno 2016 n. 223

Sugli oneri di sicurezza interni

E' illegittima la esclusione di una ditta da una gara di appalto di servizi, esperita dalla P.A. ex art. 125, comma 11, d.lgs. 163 del 2006 (nella specie si trattava di una gara sottosoglia in economia, per l'affidamento del servizio di noleggio e pulizia di wc chimici), per omessa indicazione nell'offerta degli oneri per la sicurezza aziendale, nel caso in cui il bando nulla prescrivere al riguardo, limitandosi la *lex specialis* a puntualizzare che, nella determinazione dei prezzi, si deve tenere conto di tutti gli obblighi ivi compresi quelli in tema di sicurezza dei lavoratori; infatti, per un verso, in mancanza di una chiara previsione nella *lex specialis* di gara dell'obbligo di specificare i prezzi relativi agli oneri per la sicurezza, anche solo mediante un riferimento alle norme che prevedono tale obbligo, nulla legittima l'esclusione della offerta che non contenga una specificazione di detti costi, per l'altro, il fine della disposizione normativa che prevede l'obbligo di specificare i costi per la sicurezza può essere realizzato anche attraverso una specifica valutazione della congruità del costo per la sicurezza nella appropriata sede della verifica dell'anomalia dell'offerta.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 30 giugno 2016 n. 2952

Sul contratto di avvalimento

1. Nelle gare di appalto, il contratto di avvalimento non può risolversi nella indeterminata e tautologica ripetizione letterale della formulazione lessicale della disposizione legislativa di riferimento, ma esige la declinazione negoziale di un vincolo puntuale ed univoco al “prestito” dei requisiti organizzativi, tecnici o finanziari di cui difetta l’impresa ausiliata per la partecipazione alla procedura; l’indagine circa l’efficacia del contratto allegato al fine di attestare il possesso dei relativi titoli partecipativi dev’essere pertanto 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 dall’art. 49 del d.lgs. n. 163 del 2006.

2. E’ da ritenere idoneo a comprovare il requisito del fatturato prescritto dalla *lex specialis* un contratto di avvalimento sottoscritto ai sensi dell’art. 49, comma 2, d.lgs. n. 163 del 2006 nel quale risultano puntualmente indicati l’importo annuo dell’appalto, i requisiti oggetto dell’avvalimento (per come previsti dalla *lex specialis*), la dichiarazione dell’impresa ausiliaria di possederli e il suo impegno a prestare alla impresa ausiliata tutte le risorse necessarie e, in particolare, il proprio fatturato globale e specifico, oltre all’assunzione della responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante; in tal caso, quindi, l’impegno negoziale deve intendersi completo, concreto, serio e determinato, nella misura in cui attesta la messa a disposizione della impresa ausiliata del fatturato (puntualmente indicato) e delle risorse eventualmente necessarie e contiene un vincolante impegno finanziario nei confronti della stazione appaltante.

TAR LAZIO – ROMA, SEZ. II BIS – sentenza 1° luglio 2016 n. 7598

Sulla discrezionalità di scegliere gli invitati in tema di cottimo fiduciario

E’ legittimo il provvedimento con il quale un Comune ha stabilito di non accettare un offerta per la partecipazione ad una gara per l’affidamento di un appalto di servizi mediante cottimo fiduciario ex art. 125, d.lgs. n. 163 del 2006, motivato con riferimento al fatto che la ditta offerente non è stata preventivamente invitata a partecipare alla procedura di evidenza pubblica, ove la P.A. abbia invitato cinque soggetti e rispettato i principi di trasparenza, rotazione e parità di trattamento; infatti, in relazione a procedure di affidamento di servizi definite “semplificate”, sussiste l’ampia discrezionalità della P.A. anche nella fase dell’individuazione delle ditte da consultare e, quindi, della negazione della sussistenza di un diritto o, comunque, di una valida pretesa in capo a qualsiasi operatore del settore ad essere invitato o, comunque, ammesso alla procedura, con le uniche limitazioni giuridiche costituite dalla selezione di almeno cinque soggetti e dal rispetto dei principi di trasparenza, rotazione e parità di trattamento.

TAR LAZIO – ROMA, SEZ. II – sentenza 1° luglio 2016 n. 7586

Sull’obbligo di dichiarare tutte le condanne penali

1. La omessa dichiarazione di condanne penali riportate dal concorrente comporta di per sé l’esclusione dalla gara di appalto, non sussistendo in capo alla stazione appaltante l’ulteriore obbligo di vagliare la gravità del precedente penale di cui è stata omessa la dichiarazione, conseguendo il provvedimento espulsivo alla omissione della prescritta dichiarazione, che invece deve essere resa completa ai fini dell’attestazione del possesso dei requisiti di ordine generale con particolare riferimento alla lett. c), del comma 1, dell’art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006 e deve contenere tutte le sentenze di condanna subite, a prescindere dalla gravità del reato e dalla sua connessione con il requisito della moralità professionale, la cui valutazione compete esclusivamente alla stazione appaltante.

Sulla dichiarazione da parte dell'istitutore

2. Ai fini della partecipazione alle gare pubbliche, l'istitutore rientra tra i soggetti per i quali è doverosa la produzione della dichiarazione sui requisiti soggettivi in ragione della sua posizione istituzionale all'interno dell'azienda quale è disciplinata dall'art. 2203 c.c..

Sul soccorso istruttorio

3. In base all'orientamento giurisprudenziale sostanzialistico, solamente la reale mancanza di un requisito generale legittima l'esclusione dalla gara, al punto che non appare né giusto né equo che un soggetto che possa dimostrare, eventualmente anche attraverso il c.d. soccorso istruttorio, di avere tutti i requisiti sia escluso dalla gara. Sulla base di tale evoluzione, è possibile ritenere che sia stato superato la precedente concezione che escludeva la possibilità di ricorrere al "soccorso istruttorio" nei casi di omessa produzione di un documento prescritto a pena di esclusione e che limitava la possibilità di utilizzo dell'istituto ai soli casi di avvenuta produzione di documenti contenenti errori, lacune o ambiguità, mentre non è possibile inferirne la diversa e più radicale regola che consentirebbe alla stazione appaltante di intervenire anche in caso di dichiarazione mendace.

TAR CAMPANIA – SALERNO, SEZ. I – sentenza 6 luglio 2016 n. 1604

Sull'obbligo di indicazione degli oneri di sicurezza aziendale (ai sensi dell'art. 95 del d.lgs. 50/2016)

L'art. 95, comma 10, del d. lgs. n. 50/2016 (secondo cui: "Nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro") configura un preciso ed ineludibile obbligo legale in sede di predisposizione dell'offerta economica.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. IV – sentenza 7 luglio 2016 n. 3014

Sull'inapplicabilità del falso innocuo alle procedure di gara

1. Alle procedure di evidenza pubblica è inapplicabile l'istituto del c.d. falso innocuo, atteso che in tali procedure la completezza delle dichiarazioni è già di per sé un valore da perseguire perché consente, anche in ossequio al principio di buon andamento dell'amministrazione e di proporzionalità, la celere decisione in ordine all'ammissione dell'operatore economico alla selezione; pertanto, una dichiarazione che è inaffidabile perché, al di là dell'elemento soggettivo sottostante, è falsa o incompleta, deve ritenersi già di per sé stessa lesiva degli interessi considerati dalla norma, a prescindere dal fatto che l'impresa meriti sostanzialmente di partecipare.

2. L'intero sistema della disciplina delle procedure di evidenza pubblica poggia sulla presentazione, da parte delle imprese concorrenti, di dichiarazioni sostitutive che le vincolano in base all'elementare principio dell'autoresponsabilità e che devono essere rese con diligenza e veridicità. Per tali dichiarazioni sostitutive non rileva un elemento intenzionale in capo al dichiarante.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. IV – sentenza 11 luglio 2016 n. 3070

Sulla grave negligenza e malafede ex art. 38 comma 1, lett. f) del d.lgs. n. 163 del 2006

E' legittimo il provvedimento con il quale la P.A. ha escluso una ditta da una gara, motivato con riferimento al fatto che, nei confronti della ditta interessata, la medesima P.A. procedente, in precedenza, aveva disposto la risoluzione di un contratto di appalto per grave inadempimento dell'impresa, accertato, peraltro, anche in sede di consulenza tecnica di ufficio espletata in un giudizio civile. Infatti, ai fini dell'applicazione della causa di esclusione di cui all'art. 38 comma 1, lettera f) del d.lgs. n. 163 del 2006, non occorre che sia accertata in modo inconfutabile la responsabilità contrattuale dell'impresa, essendo sufficiente la valutazione fatta dalla stessa Amministrazione con il richiamo *per relationem* all'atto con cui, in altro rapporto contrattuale di appalto, ha provveduto alla risoluzione per inadempimenti contrattuali.

CORTE DI GIUSTIZIA U.E., SEZ. V – sentenza 14 luglio 2016 (causa C-67/15)

Sull'illegittimità della proroga automatica della concessione demaniale

1. L'articolo 12, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, deve essere interpretato nel senso che osta a una misura nazionale, come quella di cui ai procedimenti principali, che prevede la proroga automatica delle autorizzazioni demaniali marittime e lacuali in essere per attività turistico-ricreative, in assenza di qualsiasi procedura di selezione tra i potenziali candidati.

2. L'articolo 49 TFUE deve essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale, come quella di cui ai procedimenti principali, che consente una proroga automatica delle concessioni demaniali pubbliche in essere per attività turistico-ricreative, nei limiti in cui tali concessioni presentano un interesse transfrontaliero certo.

TAR LOMBARDIA, MILANO, SEZ. I – sentenza 14 luglio 2016 n. 1423

Sulla compatibilità della nuova disciplina del soccorso istruttorio con le Direttive UE

Né al considerando n. 84, secondo cui: *“L'offerente al quale è stato deciso di aggiudicare l'appalto dovrebbe tuttavia essere tenuto a fornire le prove pertinenti e le amministrazioni aggiudicatrici non dovrebbero concludere appalti con offerenti che non sono in grado di produrre le suddette prove. Le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero anche avere la facoltà di richiedere in qualsiasi momento tutti i documenti complementari o parte di essi se ritengono che ciò sia necessario per il buon andamento della procedura”*, né all'art. 56, comma 3, secondo il quale: *“Se le informazioni o la documentazione che gli operatori economici devono presentare sono o sembrano essere incomplete o non corrette, o se mancano documenti specifici, le amministrazioni aggiudicatrici possono chiedere, salvo disposizione contraria del diritto nazionale che attua la presente direttiva, agli operatori economici interessati di presentare, integrare, chiarire o completare le informazioni o la documentazione in questione entro un termine adeguato, a condizione che tale richiesta sia effettuata nella piena osservanza dei principi di parità di trattamento e trasparenza”*, né, infine, all'art. 59, comma 4, secondo cui: *“L'amministrazione aggiudicatrice può chiedere a offerenti e candidati, in qualsiasi momento nel corso della procedura, di presentare tutti i documenti complementari o parte di essi, qualora questo sia necessario per assicurare il corretto svolgimento della procedura”*, la direttiva 2014/24/UE subordina l'esercizio del soccorso istruttorio al pagamento di una sanzione pecuniaria, ma solamente all'osservanza dei principi di parità di trattamento e trasparenza. Introdurre un tale obbligo significherebbe, dunque, violare il divieto di *“gold plating”*, stabilito dall'art. 1 della

81

legge 28 gennaio 2016, n. 11, tra i criteri e principi direttivi per l'attuazione delle deleghe in materia di attuazione delle direttive europee sui contratti e sulle concessioni pubbliche, che impone il divieto di introdurre livelli di regolazione superiori a quelli imposti dalle direttive europee da recepire.

La nuova disciplina del soccorso istruttorio in materia di appalti pubblici risulta, dunque, emendata proprio nel senso di non prevedere più l'obbligo del pagamento della sanzione nel caso di mancata regolarizzazione. In tale parte, quindi, la norma risulta del tutto conforme alla direttiva succitata.

TAR TOSCANA, SEZ. I – sentenza 15 luglio 2016 n. 1197

Sull'inapplicabilità del soccorso istruttorio in caso di contratto di avvalimento generico

L'esclusione da una gara di appalto di una impresa che abbia fatto ricorso all'avvalimento, producendo un contratto non contenente l'analitica e specifica elencazione delle risorse e dei mezzi in concreto prestati, non può essere evitata facendo applicazione dei principi in materia di soccorso istruttorio ed in particolare del c.d. soccorso istruttorio "a pagamento" ex art. 38, comma 2 bis, del codice dei contratti pubblici, a ciò ostando la nullità per indeterminatezza ed indeterminabilità dell'oggetto dei contratti di avvalimento, ex artt. 1418 e 1346 del codice civile, con conseguente impossibilità di integrare ex post i requisiti di partecipazione richiesti, pena la violazione del principio della par condicio. Invero, in generale, il soccorso istruttorio è volto solo a chiarire e a completare dichiarazioni o documenti comunque esistenti, non essendo invece applicabile quando in sede di gara si sia accertata la sostanziale carenza di un requisito essenziale per la partecipazione.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI – sentenza 18 luglio 2016 n. 3198

Sulla cauzione provvisoria

1. Nelle gare di appalto, il giudizio di anomalia delle offerte va tarato sull'offerta nel suo complesso e non sui singoli prezzi unitari offerti che possono subire modificazioni correttive, in esito alle operazioni di riparametrazione imposte dalla necessità di vincolare l'offerente al ribasso d'asta complessivamente offerto.

2. La comminatoria dell'esclusione dalla gara può essere prevista dal bando soltanto per l'ipotesi di "garanzia non sottoscritta dal garante", e non anche per il caso di sottoscrizione non leggibile. In quest'ultimo caso, è pacifico che la cauzione sia stata prestata ed è altrettanto pacifico che vi sia una sottoscrizione. Di tal che si tratta di una fattispecie, a tutto concedere, in cui dovrebbe essere ammesso il soccorso istruttorio, a specificazione e chiarimento di dati documentali già acquisiti al seggio di gara.

3. L'art. 75 del d.lgs. 163/2006, in tema di garanzie, non prevede l'esclusione per la mancanza ed i vizi della cauzione provvisoria, a differenza di quanto stabilisce, al comma 8, per la carenza dell'impegno del fidejussore a rilasciare la garanzia per l'esecuzione del contratto (cauzione definitiva).

Sul grave errore professionale

4. La mera esistenza di un errore professionale dichiarato ex art. 38, comma 1, lett. f), del d.lgs. n. 163/2006 non determina di per sé l'automatica esclusione dalla gara; infatti la valutazione circa la sussistenza in concreto di un errore grave nell'esercizio dell'attività professionale è rimessa al giudizio

discrezionale della stazione appaltante; nel caso di valutazione positiva, non occorre apposita motivazione espressa, che è invece richiesta soltanto in caso di adozione di un provvedimento di esclusione e non invece per il caso di mancata esclusione.

Sul contratto di avvalimento

5. In base al disposto dell'art. 49, comma 2, lett. d), del d.lgs. n. 163/2006 l'impresa ausiliaria deve presentare una dichiarazione con cui si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto "le risorse necessarie di cui è carente il concorrente"; inoltre l'art. 88, comma 1, lett. a), del d.P.R. n. 207/2010 prevede poi che il contratto di avvalimento "deve riportare in modo compiuto, esplicito ed esauriente ... le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico". Tali disposizioni debbono essere interpretate in modo da non frustrare l'applicazione dell'istituto, di matrice comunitaria, dell'avvalimento, implementato negli ordinamenti degli Stati membri in funzione di un allargamento della platea dei concorrenti alle pubbliche gare d'appalto.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. IV – sentenza 20 luglio 2016 n. 3247

Sulla vincolatività dell'interdittiva antimafia

Nel caso in cui l'informativa antimafia interdittiva sopravvenga in corso di esecuzione di un contratto stipulato con la P.A., il provvedimento di revoca dell'affidamento dell'appalto va ricondotto nell'ambito degli atti che concernono l'affidamento dell'appalto (avvenuto in favore di un soggetto a ciò interdetto, e dunque in difetto dei presupposti necessari per essere destinatario dell'affidamento), con conseguente applicazione dell'art. 120 c.p.a. e dei termini dimidiati ivi previsti; in tal caso, inoltre, non sussiste l'obbligo di invio della comunicazione di avvio del procedimento di revoca dell'atto di affidamento ovvero di recesso dal contratto, non potendosi l'Amministrazione appaltante determinare diversamente (art. 21-octies, co. 2, l. n. 241/1990), né potendo, peraltro, la stessa né procedere ad istruttoria ed a valutazioni autonome su quanto risultante dall'informativa, né valutare lo stato di esecuzione del contratto, stante il chiaro disposto dell'art. 92 d. lgs. n. 159/2011.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – ordinanza 20 luglio 2016 n. 3265

Sugli oneri di sicurezza aziendali per gli appalti di servizi (sospensione del processo)

Va disposta la sospensione "impropria" del giudizio, ai sensi dell'art. 79, comma 1, c.p.a., in attesa della pronuncia della Corte di Giustizia U.E. sulla questione pregiudiziale concernente l'applicabilità o meno, anche nel caso degli appalti di servizi, del principio secondo cui andrebbe disposta l'esclusione dei concorrenti che non abbiano indicato nella loro offerta gli oneri di sicurezza aziendale; tale principio, infatti, sembra porsi in contrasto con i principi di certezza del diritto, di tutela dell'affidamento e del *favor participationis* e tale esclusione colpisce i concorrenti che hanno prodotto un'offerta perfettamente conforme alle prescrizioni stabilite nel bando e nei modelli ad esso allegati.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 20 luglio 2016 n. 3275

Sull'obbligatorietà della dichiarazione di tutte le condanne penali

L'art. 38, comma 1, lett. c), del D. Lgs. n. 163 del 2006 stabilisce l'esclusione dalle pubbliche procedure di gara degli amministratori muniti del potere di rappresentanza nei cui confronti sia stata pronunciata sentenza di condanna passate in giudicato, o emesso decreto penale di condanna divenuta irrevocabile, oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'art. 444 del codice di procedura penale, per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale. Detta previsione esprime una sorta di automatismo connesso ad un riconoscimento normativo di un'insussistenza di requisiti morali e giuridici che colpiscono direttamente la figura degli amministratori – o del singolo amministratore – in quanto tali.

Altro genere di previsione si rinviene nel comma 2 dello stesso art, 38, ove si stabilisce nella prima parte che “il candidato il concorrente attesta possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva in conformità alle previsioni del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, di cui al dPR n. 445/2000, in cui indica delle condanne penali riportate, ivi comprese quelle per le quali abbia beneficiato della non menzione”.

Mentre l'esclusione predetta di cui alla lett. c) del comma 1 costituisce una regola automatica che prescinde da valutazioni discrezionali della stazione appaltante, la dichiarazione di cui al comma 2 è un obbligo per i soggetti chiamati a tale dichiarazione indipendentemente dalla gravità delle condanne, poiché in questo caso spetta alla P.A. precedente la valutazione sull'affidabilità dei soggetti partecipanti, con la possibilità di effettuare un vaglio ulteriore a quello tassativo già operato dal legislatore allo scopo di una conoscenza effettiva e generale della moralità e della professionalità dei soggetti concorrenti e per verificarne a fondo la reale affidabilità: naturalmente, mentre le esclusioni di cui al comma lett. c) sono vincolanti, un'esclusione fondata su condanne di altro genere potrà sempre essere sindacata dal giudice amministrativo per quanto concerne la sua ragionevolezza e la sua attinenza con i requisiti per contrattare con le pubbliche amministrazioni. Ciò dimostra che la dichiarazione di cui al comma 2 non è un passaggio burocratico ininfluenza, ma costituisce lo strumento adeguato per svolgere un controllo generale sui rappresentanti delle ditte concorrenti.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 20 luglio 2016 n. 3300

Sulla facoltà di richiedere in ogni caso l'informativa antimafia

Anche per i rapporti «sotto soglia», le pubbliche amministrazioni possono acquisire delle informazioni antimafia, sia quando si dia attuazione ad un «protocollo di legalità», sia quando questo non sia stato concluso. Potendosi sempre accertare se l'impresa meriti la «fiducia delle Istituzioni», si può attivare il procedimento volto alla verifica della sussistenza o meno del tentativo di infiltrazione della criminalità organizzata, con il conseguente esercizio dei poteri della Prefettura.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - sentenza 20 luglio 2016 n. 3266

Sulla portata generale del principio di trasparenza

Il principio di trasparenza ha applicazione generale essendo previsto a garanzia non solo degli interessi degli operatori economici ma anche di quelli della stazione appaltante, sicchè la rilevanza della sua violazione prescinde dalla prova concreta delle conseguenze negative della sua violazione. La funzione di partecipazione alla seduta pubblica di apertura dei plichi non è solo quella di verifica di eventuali sottrazioni o manomissioni dei plichi ma anche che il materiale documentario trovi correttamente ingresso nella procedura, giacchè la pubblicità delle sedute risponde all'esigenza di

tutela non solo della parità di trattamento dei concorrenti ma anche dell'interesse pubblico alla trasparenza e all'imparzialità dell'azione amministrativa.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 20 luglio 2016 n. 3270

Sull'ammissione a gara delle imprese in fase di rinnovo della SOA

La richiesta di rinnovo di un'attestazione SOA, la quale comprenda una categoria già in precedenza posseduta, produce gli stessi effetti della verifica di quest'ultima e consente di partecipare alle pubbliche gare senza soluzione di continuità. Ciò in base alla considerazione logica per cui la procedura di rilascio di una nuova attestazione che copra sia le categorie precedentemente possedute, sia categorie nuove, comprende gli stessi contenuti della procedura di verifica delle sole categorie già possedute, e quindi non può avere su queste ultime effetti deteriori.

A quanto sopra può aggiungersi che il procedimento di rinnovo si sostanzia in un'istruttoria a più ampio raggio, che coinvolge oltre agli elementi rilevanti in sede di verifica triennale (si veda art. 77, comma 5), anche elementi ulteriori rispetto a quelli da valutare ai fini di quest'ultima. Sarebbe, quindi, illogico attribuire al procedimento di rinnovo effetti minori o addirittura deteriori rispetto a quelli ricollegabili al procedimento di verifica.

In definitiva ritiene il Collegio che, ove l'impresa richieda tempestivamente la verifica quinquennale, non vi sia soluzione di continuità nella propria qualificazione, per cui essa può, nelle more, partecipare alle pubbliche gare. Invero, la valenza costitutiva della certificazione rilasciata da una SOA va correlata con lo scopo che la funzione di certificazione persegue, cioè l'attestazione che l'impresa possiede determinati requisiti soggettivi per eseguire opere pubbliche di un certo importo e che li mantiene nel corso di validità del periodo di vigenza della relativa certificazione. Pertanto, il rinnovo, così come la verifica, di una SOA hanno effetti solutori della validità della stessa solo nel caso in cui venga accertata la perdita dei requisiti di qualificazione posseduti dall'impresa al momento del rilascio della prima attestazione; ciò vale anche per il periodo intertemporale tra due certificazioni SOA: il rilascio di un nuovo attestato SOA, in fatto, certifica non solo la sussistenza dei requisiti di capacità da un data ad un'altra, ma anche che l'impresa non solo non ha mai perso quei requisiti in passato già valutati e certificati positivamente ma che, indubitabilmente, li ha mantenuti anche nel periodo di rilascio della nuova certificazione.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 20 luglio 2016 n. 3271

Sulla facoltà di sottoporre le offerte a giudizio di anomalia

L'art. 86, comma 3, del d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163 conferisce alle stazioni appaltanti piena discrezionalità nel procedere a verifica facoltativa dell'anomalia dell'offerta, senza che essa debba essere particolarmente motivata, con la precisazione che può essere sindacata solo in caso di "macroscopica irragionevolezza" (Cons. Stato, Sez. V, 6 maggio 2015, n. 2274).

TAR LAZIO – ROMA, SEZ. II BIS – sentenza 21 luglio 2016 n. 8367

Sui presupposti per la nomina di esterni quali componenti della Commissione di gara

Ai sensi dell'art. 84, comma 8, del codice dei contratti, deve ritenersi illegittimo l'atto di nomina di più componenti di una commissione di gara, chiamati a ricoprire l'incarico mediante l'individuazione di più commissari esterni, a seguito di sorteggio dei nominativi trasmessi alla P.A. dai competenti ordini professionali, nel caso in cui l'Amministrazione abbia omissa la effettiva verifica sulla disponibilità a ricoprire tale ruolo da parte dei funzionari e/o delle figure professionali interni della stazione appaltante adatte allo scopo, avendo la P.A. formulato, al personale interno, una mera "richiesta" di "disponibilità" al conferimento dell'incarico di membro della medesima commissione di gara; infatti, l'eventuale esito negativo di verifiche effettuate in ordine alla mera "disponibilità" dei funzionari della stazione appaltante, non vale – di per sé – ad evidenziare la carenza di "adeguate professionalità interne" e, anzi, comprova la sussistenza di soggetti che potrebbero assumere tale incarico.

MINISTERO DELLE INFRASTRUTTURE E DEI TRASPORTI - COMUNICATO (in G.U. n. 170 del 22 luglio 2016) - Linee guida per la compilazione del modello di formulario di Documento di gara unico europeo (DGUE) approvato dal regolamento di esecuzione (UE) 2016/7 della Commissione del 5 gennaio 2016. (16A05350)

CONSIGLIO DI STATO, ADUNANZA PLENARIA – sentenza 27 luglio 2016 n. 19

Sull'applicabilità del soccorso istruttorio per l'omessa indicazione degli oneri di sicurezza aziendali relativamente alle gare bandite prima del nuovo codice dei contratti

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

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 1 agosto 2016 n. 3451

Sul termine di impugnazione degli atti di gara

1. Il termine per impugnare gli atti di gara decorre in ogni caso dal momento in cui la conoscenza degli atti di gara sia tale da consentire al concorrente che intenda impugnarli di formulare censure specifiche di legittimità, mentre la conoscenza successiva al ricorso di elementi dai quali desumere l'esistenza di vizi ulteriori o, al contrario, atti a smentire le illegittimità dedotte rileva rispettivamente ai fini della proposizione di motivi aggiunti o di un'eventuale rinuncia all'impugnazione.

2. Nel caso di conoscenza immediata dei vizi dell'aggiudicazione, decorre il termine di impugnazione e la successiva comunicazione dell'aggiudicazione ai sensi dell'art. 79, comma 5, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 diviene irrilevante ai fini della decorrenza di detto termine; infatti, quest'ultima disposizione va coordinata con le regole generali in materia di termine per proporre ricorso, ed in particolare con la «conoscenza» cui si riferisce l'art. 120, comma 5, del codice del processo amministrativo.

TAR SICILIA – PALERMO, SEZ. I – sentenza 1° agosto 2016 n. 1989

Sul ricalcolo della soglia di anomalia in caso di riammissione di una ditta inizialmente esclusa

E' illegittimo il provvedimento con il quale la P.A. ha aggiudicato definitivamente una gara di appalto, nel caso in cui, a seguito della riammissione ex officio in gara di un concorrente (nella specie il concorrente inizialmente era stato escluso per ritenuta scadenza della certificazione SOA), abbia omesso di ricalcolare la soglia di anomalia delle offerte; in tal caso, infatti, avendo la stazione appaltante, ex officio, annullato in autotutela l'atto di esclusione di un concorrente e avendone disposto la riammissione in gara prima dell'aggiudicazione definitiva, dunque ancora entro la "fase di regolarizzazione" di cui all'art. 38, comma 2 bis, d.lgs. 163 del 2006, il ricalcolo della soglia di anomalia costituisce un adempimento doveroso.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 2 agosto 2016 n. 3481

Sull'inapplicabilità del soccorso istruttorio alle offerte

La commissione di gara deve interpretare le offerte al fine di ricercare l'effettiva volontà dell'impresa partecipante alla gara, superandone le eventuali ambiguità, in conformità al principio di conservazione degli atti giuridici e salvaguardia della massima concorrenzialità delle procedure di affidamento di contratti pubblici; tuttavia in tanto questa ricostruzione della volontà contrattuale espressa dall'impresa concorrente è ammessa, in quanto sia consentito attraverso di essa di giungere ad esiti certi circa la portata dell'impegno negoziale espresso nell'offerta, altrimenti essendo legittima l'esclusione dalla gara o il disconoscimento di punti in sede di valutazione delle offerte.

L'ampiezza con cui il potere di soccorso istruttorio è riconosciuto nel settore dei contratti pubblici in seguito alle novità introdotte con il decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90 è tuttavia pur sempre circoscritta alle dichiarazioni e attestazioni su fatti, stati e qualità che compongono la documentazione amministrativa che i partecipanti a procedure di affidamento di tali contratti sono tenuti a presentare. Il potere di soccorso istruttorio non si estende quindi agli elementi attinenti alle offerte, pena altrimenti la vanificazione del canone generale della parità di trattamento e l'essenza stessa della procedura selettiva, il cui fondamento volontaristico finalizzato alla conclusione del contratto posto a gara rende le stesse immodificabili una volta che le stesse siano state presentate nei termini previsti dalla *lex specialis*.

Sul profilo motivazionale delle valutazioni della Commissione di gara

Nelle gare da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la commissione giudicatrice può autovincolare la discrezionalità ad essa attribuita dai criteri di valutazione stabiliti dal bando di gara, senza modificare in alcun modo questi ultimi, ma, ad ulteriore garanzia della trasparenza del percorso motivazionale che presiede all'attribuzione dei punteggi per le offerte, solo specificando le modalità applicative di tale operazione, con criteri definiti appunto "motivazionali", sempreché ciò non avvenga a buste già aperte e che in ogni caso non si modifichino i criteri di valutazione e i fattori di ponderazione fissati nel bando di gara. In particolare questa non consentita modificazione si realizza quando la commissione enuclei sub-criteri di valutazione non previsti dal bando o alteri il peso di quelli contemplati dalla *lex specialis*.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 2 agosto 2016 n. 3482

Sui presupposti per la nomina di commissari esterni

Non sussiste la violazione dell'art. 84, comma 8, del previgente codice dei contratti pubblici, a causa del fatto che la nomina di commissari esterni di una commissione di gara non è stata preceduta dall'attestazione *ex art.* 120, comma 3, d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, del responsabile unico del procedimento circa l'accertata carenza nell'organico dell'ente di «adeguate professionalità» ai sensi della citata norma primaria, nel caso in cui, pur in mancanza della formale attestazione, il presupposto sostanziale necessario per il ricorso a membri esterni emerga comunque dagli atti relativi alla nomina della commissione di gara.

TAR LAZIO – ROMA, SEZ. II – sentenza 3 agosto 2016 n. 9036

Sulla regolarità fiscale

Nelle gare d'appalto, la regolarità contributiva e fiscale richiesta dall'art. 38 del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, deve essere mantenuta per tutto l'arco di svolgimento della gara, fino al momento dell'aggiudicazione, sussistendo l'esigenza della stazione appaltante di verificare l'affidabilità del soggetto partecipante alla gara fino alla conclusione della stessa, restando irrilevante un eventuale adempimento tardivo degli obblighi contributivi e fiscali, ancorché con effetti retroattivi, giacché la ammissibilità della regolarizzazione postuma si tradurrebbe in un'integrazione dell'offerta, configurandosi come violazione della par condicio.

Ai sensi dell'art. 38, comma 2, del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 ai fini del comma 1 lett. g), si intendono gravi le violazioni che comportano un omesso pagamento di imposte e tasse per un importo superiore all'importo di cui all'art. 48 bis, commi 1 e 2 bis, del decreto del Presidente della Repubblica n. 602 del 1973 (euro 10.000,00) e costituiscono violazioni definitivamente accertate quelle relative all'obbligo di pagamento di debiti per imposte e tasse certi, scaduti ed esigibili.

Sui limiti alla modificazione dei consorziati

Nel caso di partecipazione ad una gara di appalto di un Consorzio stabile, ai sensi dell'art. 34, comma 1, lett. c), D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, non si applica il divieto di qualsiasi modificazione alla composizione dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi ordinari di concorrenti rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta previsto dall'art. 37, comma 9, del codice del 2006. Tuttavia, il quinto comma dell'art. 36 dispone che i Consorzi stabili sono tenuti ad indicare in sede di offerta per quali consorziati il Consorzio concorre, essendo fatto divieto a questi ultimi di partecipare, in qualsiasi altra forma, alla medesima gara e, soprattutto, l'art. 94 del d.P.R. n. 207 del 2010 stabilisce che i Consorzi stabili di cui agli artt. 34, comma 1, lett. c), e 36 del codice dei contratti eseguono i lavori o con la propria struttura o tramite i consorziati indicati in sede di gara senza che ciò costituisca subappalto, ferma la responsabilità solidale degli stessi nei confronti della stazione appaltante.

Una volta fatta la designazione in sede di offerta, il Consorzio stabile non può individuare ad libitum un'ulteriore impresa anche se questa è una sua associata, dovendo ritenersi del tutto preclusa – fatti salvi gli altri casi specificamente individuati dal codice – ogni possibilità di far luogo ad un meccanismo di ulteriori designazioni di soggetti, non previamente indicati in sede di gara dal Consorzio.

TAR TOSCANA, SEZ. I – sentenza 5 agosto 2016 n. 1309

Sulla natura dell’aggiudica provvisoria e sui limiti al risarcimento

1. Nelle gare pubbliche d’appalto, l’aggiudicazione provvisoria costituisce un mero atto endoprocedimentale ad effetti ancora instabili e del tutto interinali, sintomatico cioè di una scelta non ancora definitiva della stazione appaltante e come tale inidoneo dunque a ingenerare nell’aggiudicatario provvisorio un affidamento meritevole di per sé e comunque di tutela. La possibilità che all’aggiudicazione provvisoria non segua quella definitiva è, dunque, da considerare alla stregua di un evento sempre plausibile oltre che fisiologico e connaturato al vigente sistema.

2. 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. La c.d. revoca dell’aggiudicazione provvisoria (o meglio, la sua mancata approvazione ex artt. 12 e 48 del codice dei contratti pubblici) non è, difatti, correttamente qualificabile alla stregua di un esercizio del potere di autotutela, sì da richiedere un raffronto tra l’interesse pubblico e quello privato. Tanto ciò è vero che la giurisprudenza non riconosce all’aggiudicatario provvisorio lo speciale indennizzo ex art. 21 *quinquies*, comma 1, L. n. 241/1990.

3. Fino a quando non sia intervenuta l’aggiudicazione definitiva, rientra nel potere discrezionale dell’Amministrazione disporre, ad esempio, la revoca del bando di gara e degli atti successivi, laddove sussistano concreti motivi di interesse pubblico tali da rendere inopportuna la prosecuzione della gara e senza bisogno di alcuna comunicazione di avvio del procedimento.

4. Ai sensi dell’art. 30, comma 3, c.p.a. (secondo cui: “Nel determinare il risarcimento il giudice valuta tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti e, comunque, esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l’ordinaria diligenza, anche attraverso l’esperienza degli strumenti di tutela previsti”), deve escludersi la risarcibilità dei danni che sarebbero stati “in toto” evitati se l’impresa si fosse tempestivamente avvalsa degli strumenti di tutela predisposti all’uopo dall’ordinamento ed avesse posto in essere le ulteriori iniziative esigibili secondo un criterio di comportamento di buona fede, specificato nell’art. 1227 cod. civ..

5. Anche se – così come affermato recentemente dalla Cassazione, Sez. I – “l’eventuale responsabilità dell’Amministrazione, in pendenza dell’approvazione ministeriale (leggi: approvazione dell’aggiudicazione provvisoria da parte dell’organo di amministrazione attiva, n.d.r.), deve essere, di conseguenza, configurata come responsabilità precontrattuale, ai sensi degli artt. 1337 e 1338 c.c. , inquadrabile nella responsabilità di tipo contrattuale da “contatto sociale qualificato”, inteso come fatto idoneo a produrre obbligazioni, ai sensi dell’art. 1173 c.c. , e dal quale derivano, a carico delle parti, non obblighi di prestazione ai sensi dell’art. 1174 c.c. , bensì reciproci obblighi di buona fede, di protezione e di informazione, ai sensi degli artt. 1175 e 1375 c.c. , con conseguente applicabilità del termine decennale di prescrizione ex art. 2946 c.c.”, tuttavia tale principio non è applicabile ove: a) i reciproci obblighi di buona fede, di protezione e di informazione, ai sensi degli artt. 1175 e 1375 c.c., risultino comunque rispettati dalla stazione appaltante; b) la ditta privata non vantì, in quanto aggiudicatario provvisorio, alcuna posizione di buona fede ad affidamento meritevoli di tutela di per sé; c) il danno sia sfornito di qualsiasi prova; d) l’ingiustizia del danno sia comunque da escludere.

TAR CALABRIA – CATANZARO, SEZ. I – sentenza 5 agosto 2016 n. 1621

Sull’illegittimità di rinnovi taciti di contratti

1. La qualificazione dell'atto amministrativo come revoca di un provvedimento di autotutela motivato in relazione non già all'inopportunità, ma all'illegittimità (per violazione della norma regolante l'esercizio del potere) configura una imprecisione emendabile e non invalidante.

2. E' legittimo, in quanto adeguatamente motivato, il provvedimento con il quale un Comune ha disposto l'annullamento di ufficio ex art. 21 *octies* L. 241 del 1990 di un incarico professionale (nella specie si trattava di un incarico conferito dall'Ente locale ad una società, finalizzato alla valorizzazione e alla cura dei luoghi di culto nel territorio comunale), che sia motivato con riferimento al fatto che il relativo contratto è stato più volte automaticamente e direttamente prorogato in favore della società stessa, senza alcuna preventiva indagine di mercato. Infatti, il divieto di rinnovo tacito ed espresso dei contratti pubblici, espressamente previsto dall'art. 57, co. 7 del D.lgs. n. 163 del 2006 determinando una ulteriore procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando, è diretta espressione dei principi di tutela della concorrenza di derivazione europea.

CGA, SEZ. GIURISDIZIONALE – sentenza 8 agosto 2016 n. 258

Sull'onere di immediata impugnazione del bando di gara

Nel campo dei contratti della P.A., ai fini dell'immediata impugnabilità del bando di gara, deve profilarsi una sostanziale impossibilità per l'impresa interessata di accedere alla gara, oppure risultare minata in radice la serietà del procedimento concorsuale nel suo insieme, non essendo invece sufficienti a giustificare un'impugnativa immediata le mere difficoltà attinenti all'appropriata formulazione dell'offerta, come neppure qualsivoglia aspetto di eventuale genericità o lacunosità o altra violazione di dettaglio in difetto di un'incidenza tale da inficiare e svuotare di senso la partecipazione alla gara stessa.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 10 agosto 2016 n. 3573

Sulla risoluzione del contratto e sulle condizioni per il subentro

1. L'art. 140 del d.lgs. n. 163/2006 consente lo scorrimento della graduatoria di gara anche nel caso di risoluzione del contratto per grave inadempimento, grave irregolarità e grave ritardo. La citata norma prevede che si giunga alla risoluzione in ragione di un procedimento articolato in più fasi: a) contestazione degli addebiti all'appaltatore, con assegnazione di un termine non inferiore a quindici giorni per la presentazione delle proprie controdeduzioni al responsabile del procedimento; b) acquisizione e valutate delle predette controdeduzioni; c) risoluzione del contratto. Si tratta all'evidenza dell'esercizio di un potere dell'Amministrazione strettamente vincolato alle dette scansioni procedurali e che deve poggiare sui citati motivi. Una volta conclusosi il procedimento in questione ai sensi del citato art. 140, l'Amministrazione può procedere all'interpello a partire dal soggetto che ha formulato la prima migliore offerta; l'affidamento avviene alle medesime condizioni già proposte dall'originario aggiudicatario in sede in offerta.

2. È illegittima la risoluzione per grave inadempimento del contratto di appalto nel caso di mancata contestazione degli addebiti ed assegnazione di un termine per controdedurre a favore dell'appaltatore. Si tratta, infatti, di fasi tipizzate del procedimento disciplinato dall'art. 136 del d.lgs. 163/2006, che non possono ritenersi surrogate dal previo dialogo avvenuto tra le parti in corso di esecuzione del contratto, che ha avuto ad oggetto non la contestazione di un grave inadempimento, quanto le vicende contrattuali e la possibilità di modifica delle condizioni pattizie.

3. La possibilità dell'Amministrazione di esercitare uno *jus variandi* rispetto alle condizioni già proposte dall'originario aggiudicatario in sede di offerta risulta inammissibile alla luce del testo dell'art. 140 del d.lgs. n. 163/2006. Quest'ultima norma, infatti, alla stregua di una esegesi orientata al rispetto delle regole europee, disvela la sua natura eccezionale ed è pertanto soggetta a regole di stretta interpretazione; può trovare applicazione solo quando sia possibile stipulare con l'imprenditore che ha presentato la seconda migliore offerta un contratto avente lo stesso contenuto di quello concluso con l'aggiudicatario originale e poi risolto.

4. Il principio della immodificabilità delle originarie condizioni contrattuali non lascia spazio alcuno al riconoscimento degli oneri di frammentazione, miranti a compensare l'impresa subentrante per i maggiori costi che derivano dall'eseguire una prestazione già in parte eseguita rispetto all'originaria offerta. Non deve dimenticarsi del resto che l'utilizzo dell'interpello disciplinato dall'art. 140 del d.lgs. n. 163/2006 è espressione di facoltà discrezionale rimessa all'Amministrazione, rispetto alla possibilità di bandire una nuova gara per la parte residua del servizio rimasta ineseguita e che questa facoltà non può essere utilizzata a detrimento del principio di par condicio e di elusione dell'obbligo di gara pubblica, che si realizzerebbe nel caso in cui si rimettesse all'Amministrazione la libertà di rinegoziare senza vincolo di gara le migliori condizioni contrattuali cristallizzate all'esito della procedura di evidenza pubblica.

TAR CAMPANIA – SALERNO, SEZ. I – sentenza 11 agosto 2016 n. 1826

Sul collegamento sostanziale delle imprese

E' legittima la esclusione di una ditta da una gara di appalto motivata con riferimento al fatto che è stato rilevato un collegamento sostanziale tra imprese, ove tale collegamento sia stato ritenuto sussistente dalla P.A. in forza di plurimi indizi gravi, precisi e concordanti e, in particolare: a) dei protocolli consecutivi di presentazione dell'offerta; b) dell'identica fattura dei plichi contenenti le offerte e della presentazione dei medesimi allo stesso orario; c) della coincidenza dei curricula sia per la figura professionale espressamente richiesta per un lotto, sia per tutte le figure professionali richieste per un altro lotto e dell'identico carattere di stampa; d) nonché della stipula di un contratto di avvalimento tra le due imprese interessate, di recente prodotto in altra gara. In tal caso, infatti, deve ritenersi che la verifica del collegamento sostanziale tra i due concorrenti alla stessa gara, ai fini della comminabilità dell'esclusione prevista nell'ipotesi di cui all'art. 38, comma 1, lettera *m-quater*, d. lgs. n. 163 del 2006, sia stata disposta sulla scorta della sussistenza, in concreto accertata, di plurimi elementi univoci che dimostrano l'imputabilità delle offerte ad un unico centro decisionale.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 16 agosto 2016 n. 3638

Sul durc interno ed esterno

1. Ai fini della partecipazione alle gare di appalto, anche dopo l'entrata in vigore dell'art. 31, comma 8, del decreto-legge 21 giugno 2013 n. 69, non sono consentite regolarizzazioni postume della posizione previdenziale, dovendo l'impresa concorrente essere in regola con l'assolvimento degli obblighi previdenziali ed assistenziali fin dalla presentazione dell'offerta e conservare tale stato di regolarità per tutta la durata della procedura di aggiudicazione e del rapporto con la stazione appaltante, essendo irrilevante un eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva.

2. L'istituto dell'invito alla regolarizzazione (il c.d. 'preavviso di DURC negativo'), già previsto dall'articolo 7, comma 3, del decreto ministeriale 24 ottobre 2007 e ora recepito a livello legislativo

dall'art. 31, comma 8, del decreto legge 21 giugno 2013 n. 69, può operare soltanto 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'articolo 38, comma 1, lettera i) ai fini della partecipazione alla gara d'appalto.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 19 agosto 2016 n. 3646

Sull'incompetenza della Giunta alla revoca della gara

1. La Giunta municipale è competente ad adottare una delibera con la quale ha stabilito di non procedere all'aggiudicazione definitiva di un appalto, revocando l'aggiudicazione provvisoria, atteso che la Giunta stessa, ai sensi degli artt. 48, comma 2, e 107, commi 1 e 2, del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (t.u.e.l.), è l'organo con funzioni essenzialmente di amministrazione attiva ed attuazione degli indirizzi politico-amministrativi.

Sulla revoca della gara per ragioni di risparmio di spesa

2. È legittima la revoca dell'aggiudicazione provvisoria di una gara di appalto motivata con riferimento al risparmio economico che ne deriverebbe, ovvero con riferimento alla carenza di copertura finanziaria o sopravvenuta mancata corrispondenza della procedura alle esigenze dell'interesse pubblico.

3. Non spetta il risarcimento dei danni nel caso di revoca dell'aggiudicazione provvisoria di una gara di appalto: infatti, 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 conseguente obbligo risarcitorio. In tal caso non spetta neppure l'indennizzo di cui all'art. 21-quinquies della legge 7 agosto 1990, n. 241, dato che si è di fronte al mero ritiro di un provvedimento che ha per sua natura efficacia destinata ad essere superata dal provvedimento conclusivo del procedimento, non a una revoca di un atto amministrativo ad effetti durevoli, come previsto dalla citata disposizione sull'indennizzabilità della revoca.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 22 agosto 2016 n. 3667

Sulla disciplina del soccorso istruttorio a pagamento nel nuovo e nel precedente codice

1. L'introduzione (ad opera del d.l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114) dell'art. 38, comma 2-bis, nel codice dei contratti pubblici, sul c.d. "soccorso istruttorio a pagamento", con la previsione della sanzione pecuniaria per il caso di mancanza, incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale delle dichiarazioni sostitutive di cui al comma 2, ha inteso prevenire, nella fase del controllo delle dichiarazioni e, quindi, dell'ammissione alla gara delle offerte presentate, il fenomeno delle esclusioni dalla procedura causate da mere carenze documentali; tale sanzione, come si evince dalla lettera della disposizione («la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive di cui al comma 2 obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara ...»), colpisce il semplice fatto dell'aver presentato una offerta difettosa o mancante di una dichiarazione e di un documento prescritto; resta invece irrilevante il fatto che l'omissione venga poi sanata dall'impresa interessata o che questa, benché richiestane, rinunci a regolarizzarla.

2. L'art. 83, comma 9, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, il quale prevede che «la sanzione è dovuta esclusivamente in caso di regolarizzazione» – il quale muove dal criterio direttivo indicato dall'art. 1, lett. z), della legge di delega 28 gennaio 2016, n. 11, che attribuisce ai partecipanti alla gara la piena possibilità di integrazione documentale non onerosa di qualsiasi elemento di natura formale della domanda – è innovativamente incentrato sul concetto di sanatoria conseguente al soccorso istruttorio e non separa il momento procedimentale da quello sanzionatorio. La pregressa diversa disciplina prevista dall'art. 38, comma 2-bis, del d.lgs. n. 163 del 2006, resta pertanto applicabile *ratione temporis*.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 22 agosto 2016 n. 3666

Sulla quota di qualificazione e sulla quota di esecuzione in caso di RTI

1. In tema di riunioni temporanee d'impresa, anche se è vero che (con l'abrogazione dell'art. 37, comma 13, del d.lgs. n. 163 del 2006, per effetto dell'art. 12, comma 8, del d.l. 28 marzo 2014, n. 47) è venuto meno l'obbligo della corrispondenza tra quote di partecipazione e quote di esecuzione dei lavori, ciò tuttavia non ha modificato l'ulteriore condizione del possesso della quota di qualificazione necessaria per eseguire la quota dell'appalto dichiarata nell'offerta; resta pertanto fermo che ciascuna impresa va qualificata per la parte delle prestazioni che si impegna ad eseguire, nel rispetto delle speciali prescrizioni e modalità contenute nella normativa di gara.

2. In tema di riunioni temporanee d'impresa, non vanno confusi i requisiti di qualificazione con la quota di partecipazione al raggruppamento e soprattutto con la quota di esecuzione della prestazione posta in gara e da affidare. I requisiti di qualificazione attengono alle caratteristiche soggettive del concorrente che aspira all'aggiudicazione del lavoro, della fornitura o del servizio in gara e riguardano un aspetto essenziale per la valutazione delle potenzialità o meglio della capacità dell'aspirante a realizzare quanto poi eventualmente aggiudicatogli; la quota di partecipazione invece rappresenta null'altro che l'espressione della percentuale di “presenza” all'interno del raggruppamento ed ha riflessi in riferimento alla responsabilità del componente del raggruppamento temporaneo di imprese; la quota di esecuzione è semplicemente la parte di lavoro, di servizio o di fornitura che verrà effettivamente realizzato nel caso di affidamento.

3. Il soccorso istruttorio non può intervenire nel caso dell'assenza di un requisito di qualificazione, visto che non consiste nell'integrazione tardiva della documentazione che doveva essere acquisita con la domanda di partecipazione, e concretizzerebbe la sanatoria di un vizio di documentazione mancante in origine: tale operazione risulterebbe contraria al principio di par condicio dei concorrenti e di tassatività dei termini per la presentazione delle offerte, nonché alla stessa disciplina di gara ed alle norme in materia di possesso del requisito di qualificazione, quindi realizzerebbe una vera modifica sostanziale degli elementi dell'offerta stessa avvenuta oltre la scadenza del termine per la partecipazione alla gara.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. IV – sentenza 26 agosto 2016 n. 3701

Sull'ammissione di prodotti equivalenti

1. L'art. 68 del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, in tema di “specifiche tecniche”, allorché prevede (al comma 4) che: “Quando si avvalgono della possibilità di fare riferimento alle specifiche di cui al comma 3 lettera a), le stazioni appaltanti non possono respingere un'offerta per il motivo che i prodotti e i servizi offerti non sono conformi alle specifiche alle quali hanno fatto riferimento, se nella prova

offerta l'offerente prova in modo ritenuto soddisfacente dalle stazioni appaltanti, con qualsiasi mezzo appropriato, che le soluzioni da lui proposte ottemperano in maniera equivalente ai requisiti definiti dalla specifiche tecniche", consente l'ammissione in gara di prodotti equivalenti. In base a tale norma, in sede di gara è applicabile il criterio di sostanziale ottemperanza alle specifiche tecniche dei prodotti considerati equivalenti, senza che ciò possa comportare la esclusione dalla gara stessa.

Sull'insindacabilità della valutazione delle offerte tecniche

2. La possibilità di ammettere – a seguito di valutazione della stazione appaltante – prodotti aventi specifiche tecniche equivalenti a quelle richieste risponde al principio del *favor participationis* (ampliamento della platea dei concorrenti) e costituisce altresì espressione del legittimo esercizio della discrezionalità tecnica da parte dell'Amministrazione.

3. La valutazione delle offerte tecniche da parte della Commissione di gara, a fronte peraltro dei criteri valutativi puntualmente previsti dal bando, costituisce apprezzamento connotato da chiara discrezionalità tecnica, sì da rendere detta valutazione insindacabile in sede giurisdizionale.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 31 agosto 2016 n. 3755

Sulla risarcibilità del danno in caso di mancata stipula del contratto da parte del concorrente

In giurisprudenza si è consolidato il principio per il quale la stazione appaltante può ottenere il risarcimento del danno effettivo per il caso di mancata stipula dell'aggiudicatario, pur se esso ecceda l'importo della cauzione provvisoria (v. anche Cass., Sez. Un., 4 febbraio 2009, n. 2634; Cons. Stato, Sez. IV, 22 dicembre 2014, n. 6302; citate dall'appellante principale).

TAR CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. VIII – sentenza 5 settembre 2016 n. 4171

Sulla prevalenza del bando rispetto al capitolato

E' illegittima l'aggiudicazione di una gara indetta da un Comune per l'affidamento di un appalto di servizi assicurativi, nel caso in cui: a) il capitolato speciale rechi un valore dei premi di polizza non coincidente e/o in contrasto con il valore dei medesimi premi indicato dal bando; b) la stazione appaltante, in sede di valutazione della anomalia delle offerte, abbia applicato i valori dei premi di polizza indicati nel capitolato speciale, piuttosto che i valori previsti dal bando; infatti, in caso di conflitto tra *lex specialis* e capitolato, sussiste sempre la prevalenza della prima; con conseguente illegittimità, in tal caso, dell'aggiudicazione, in ragione della evidente falsificazione del giudizio di anomalia delle offerte che, tra l'altro, costituisce il vero e più grave effetto invalidante ascrivibile all'originario errore in cui è incorsa la P.A.

TAR ABRUZZO – L'AQUILA, SEZ. I – sentenza 5 settembre 2016 n. 505

Sul soccorso istruttorio

Va esclusa da una gara di appalto – a prescindere dal fatto che si tratti di appalto stricto sensu o concessione di servizi – una ditta che, nonostante il soccorso istruttorio accordatole dalla stazione

appaltante, ha omesso di indicare gli oneri per la sicurezza, a nulla rilevando la circostanza dell'assenza di esplicita previsione sul punto della *lex specialis*; infatti, resta indubbio che l'onere allegativo disposto mediante soccorso istruttorio deve essere puntualmente onorato dal concorrente interessato che, da una parte è preavvisato – sia pure dopo la presentazione dell'offerta – sull'importanza di tali costi, e dall'altra fruisce di una interlocuzione che le consente una integrazione postuma dell'offerta; con la ulteriore conseguenza che qualsiasi lacuna sulla precisa entità degli oneri di sicurezza, in sede di riscontro al soccorso istruttorio, deve essere valutata con la massima severità, ai fini della conseguente misura espulsiva.

TAR LAZIO – ROMA, SEZ. II TER – sentenza 5 settembre 2016 n. 9543

Sulla revocabilità degli atti di gara

1. Anche se, in linea di principio, i pareri dell'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) non hanno *ex se* un valore obbligatorio o vincolante, la loro incidenza sulla fattispecie va valutata pur sempre caso per caso, con riguardo alla loro capacità di integrare la motivazione del provvedimento finale; onde essi debbono essere ritenuti impugnabili assieme al provvedimento finale che li recepisce.

2. L'unico limite alla possibilità di esercitare un potere di revoca della procedura di gara è costituito dall'avvenuta stipula del contratto, anche se, ovviamente, va tenuta distinta la fase anteriore all'aggiudicazione definitiva dalla sussistenza di quest'ultima, che è idonea a costituire un principio di affidamento in capo alla concorrente che ne sia destinataria, così che, una volta intervenuta l'aggiudicazione provvisoria non è richiesto un particolare onere motivazionale a sostegno della revoca del procedimento, mentre dopo l'aggiudicazione definitiva e prima della stipula del contratto, la revoca è pur sempre possibile, salvo un particolare e più aggravato onere di motivazione.

TAR LOMBARDIA – MILANO, SEZ. I – sentenza 6 settembre 2016 n. 1624

Sull'obbligo di dichiarare tutte le condanne e sulla necessità di un provvedimento di estinzione

1. Nelle gare pubbliche di appalto, il provvedimento espulsivo consegue legittimamente alla omissione della dichiarazione delle condanne riportate, che deve essere resa completa ai fini dell'attestazione del possesso dei requisiti di ordine generale di cui alla lett. c) del comma 1 dell'art. 38, d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 e che deve contenere tutte le sentenze di condanna subite, e ciò a prescindere dalla entità del reato e dalla sua connessione con il requisito della moralità professionale, la cui valutazione compete esclusivamente alla stazione appaltante; l'omessa indicazione delle condanne riportate giustifica quindi, di per sé sola, la decisione di revocare in autotutela il provvedimento di aggiudicazione.

2. Nel caso di esclusione dalla gara per omessa dichiarazione di condanne penali riportate, non assume rilevanza che le condanne stesse sono risalenti nel tempo; infatti nei procedimenti di evidenza pubblica, come in ogni altro settore dell'ordinamento giuridico, ai fini della rilevanza della causa di estinzione del reato ex art. 445, comma 2, c.p.p., risulta necessaria l'adozione di un apposito provvedimento dichiarativo del giudice dell'esecuzione penale ex art. 676 c.p.p., in assenza del quale l'estinzione ex art. 445, comma 2, c.p.p. non opera *ipso jure* o automaticamente; ne consegue che laddove difetti tale pronuncia giudiziale, la condanna per un reato che incide sull'affidabilità morale e professionale di colui nei cui confronti è pronunciata costituisce a tutti gli effetti una causa di esclusione dalla gara ai sensi dell'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006.

TAR LOMBARDIA – MILANO, SEZ. I – sentenza 6 settembre 2016 n. 1625

Sulla decorrenza del termine per la stipula del contratto

1. L’art. 11, c. 8, d.lgs. n. 163/2006 – ai sensi del quale “divenuta efficace l’aggiudicazione definitiva, e fatto salvo l’esercizio dei poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti, la stipulazione del contratto di appalto o di concessione ha luogo entro il termine di sessanta giorni, salvo diverso termine previsto nel bando o nell’invito ad offrire, ovvero l’ipotesi di differimento espressamente concordata con l’aggiudicatario” – subordina chiaramente l’efficacia dell’aggiudicazione definitiva alla conclusione delle attività di verifica del possesso dei requisiti effettuate dall’amministrazione; in forza di questa disposizione, e in assenza di previsioni derogatorie, deve ritenersi che ogni sopravvenienza, che si verifica in un momento antecedente alla stipula del contratto e che obblighi l’Amministrazione a riavviare le attività di verifica del possesso dei requisiti in capo all’aggiudicatario, vada ad incidere sull’efficacia dell’aggiudicazione e, conseguentemente, sul termine entro il quale l’Amministrazione stessa è chiamata a stipulare il contratto.

TAR VENETO, SEZ. I – sentenza 7 settembre 2016 n. 994

Sull’inammissibilità dell’avvalimento generico

1. Nelle gare di appalto, per potersi avvalere dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo di un altro soggetto è necessario che risulti chiaramente, sia dal contratto di avvalimento (art. 49, comma 2, lett. f), del d.lgs. n. 163 del 2006), che dalla dichiarazione unilaterale dell’impresa ausiliaria indirizzata alla stazione appaltante (art. 49, comma 2, lett. d), d.lgs. n. 163 del 2006), che l’impresa ausiliaria presti 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, prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti), richiedendo l’art. 49 del d.lgs. n. 163 del 2006 e l’art. 88 comma 1 lett. a) d.P.R. 207 del 2010 che il contratto di avvalimento soddisfi l’esigenza di determinazione dell’oggetto riportando in modo compiuto, esplicito ed esauriente le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico.

2. E’ inammissibile un contratto di avvalimento per comprovare il certificato di qualità che sia sprovvisto dei requisiti minimi, tassativamente richiesti dalla normativa di settore, per potersi configurare un valido avvalimento ed in particolare ove: a) non risultino indicate in maniera chiara, determinata e specifica le risorse e i mezzi prestati; b) non risulti chiaro se è stata messa a disposizione l’intera azienda o solamente alcuni mezzi; c) venga fatto riferimento ad un elenco specifico di mezzi prestati che non risulta allegato; d) si faccia riferimento ad alcuni dipendenti, solo eventualmente messi a disposizione.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. IV – sentenza 12 settembre 2016 n. 3847

Sull’inammissibilità dei prodotti non di serie

1. Nel caso di appalto di forniture, ove la *lex specialis* della gara non contenga alcuna previsione che imponga la necessità che siano forniti prodotti “di serie”, ma, anzi, consenta anche l’offerta di prodotti similari, è legittima l’ammissione in gara di una offerta che prevede la fornitura di prodotti non di

serie, purché aventi le caratteristiche equivalenti e/o simili a quelle richieste; un'interpretazione diversa urterebbe con il principio di massima partecipazione alle gare e di tassatività delle clausole di esclusione, dovendosi le ipotesi di esclusione previste dal bando di gara essere interpretate in senso restrittivo, a causa della loro incidenza in termini di tutela della concorrenza.

2. Nelle gare di appalto, l'esclusione di una ditta concorrente non può desumersi in via interpretativa e discrezionale dalla mera carenza di alcuni elementi non previsti a pena di nullità del bando. L'art. 46, comma 1 bis, del d.lgs. n. 163 del 2006, nel prevedere che i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione, oltre a quelle indicate dallo stesso comma 1 bis, è chiaramente volto a favorire la massima partecipazione alle gare attraverso il divieto di un aggravio del procedimento e mira a correggere quelle soluzioni che sfociavano in esclusioni derivanti da violazioni puramente formali.

Sull'inammissibilità del soccorso istruttorio per integrare le offerte

3. Con l'istituto del soccorso istruttorio, la stazione appaltante supera una mera incompletezza della documentazione attestante i requisiti soggettivi del concorrente, al fine di evitare esclusioni fondate su mere carenze formali. Non può invece farsi ricorso ad una richiesta di chiarimenti sull'offerta, laddove questa sia totalmente carente degli elementi essenziali.

4. È conforme al disposto dell'art. 38, comma 2 bis, del d.lgs. n. 163 del 2006, che prevede l'istituto del soccorso istruttorio nelle gare di appalto, l'operato della Stazione appaltante che ha chiesto ad una impresa partecipante ad una gara per la fornitura di prodotti di chiarire le caratteristiche tecniche del prodotto offerto; tale richiesta, infatti, non finisce per determinare una integrazione postuma della offerta, ma solo una sua migliore descrizione.

TAR LAZIO – ROMA, SEZ. III – sentenza 12 settembre 2016 n. 9656

Sull'inapplicabilità della sanzione in caso di non avvalimento del soccorso istruttorio

La sanzione pecuniaria prevista nel caso di soccorso istruttorio "a pagamento", ai sensi dell'art. 38, comma 2-bis, del D.lgs. n. 163/2006, per sanare le irregolarità o l'incompletezza documentale, deve essere versata solo per le ipotesi in cui l'operatore economico intenda proseguire nella gara, costituendo tale sanzione una sorta di corrispettivo in favore della stazione appaltante, connesso all'aggravamento del procedimento derivante dal ricorso al soccorso istruttorio; viceversa, qualora il partecipante non intenda avvalersi di tale beneficio, preferendo non proseguire la propria partecipazione alla gara, la procedura selettiva proseguirà più velocemente. Nelle ipotesi di mancata regolarizzazione degli elementi essenziali carenti, la stazione appaltante procederà all'esclusione del concorrente dalla gara; in quest'ultimo caso, la stazione appaltante potrà, altresì, incamerare la cauzione soltanto se la mancata integrazione dipenda da una effettiva carenza del requisito dichiarato. L'incameramento, invece, non è consentito nelle ipotesi in cui il concorrente decida di non avvalersi del soccorso istruttorio.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V, sentenza 13 settembre 2016 n. 3858

Sul risarcimento del danno in caso di mancata aggiudicazione

Alla stregua di consolidati principi elaborati dalla giurisprudenza, inquadrando la responsabilità della P.A. da provvedimento illegittimo nell'ambito del modello aquiliano, il privato può provare la colpa dell'amministrazione anche semplicemente dimostrando l'illegittimità del provvedimento lesivo, illegittimità la quale, pur non identificandosi nella colpa, costituisce, tuttavia, un indizio (grave, preciso e concordante) idoneo a fondare una presunzione (semplice) di colpa che l'amministrazione può vincere dimostrando elementi concreti da cui possa evincersi la scusabilità dell'errore compiuto“.

Il danno da mancata aggiudicazione, in assenza di allegazione probatoria, debba essere liquidato nella misura del 5 per cento dell'offerta, in quanto è ragionevole ritenere che essa abbia riutilizzato mezzi e manodopera impiegati per la gara da cui è stata esclusa illegittimamente per lo svolgimento di altri lavori analoghi o di servizi e forniture, vedendo così ridotta la propria perdita di utilità.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 13 settembre 2016 n. 3865

Sul diritto di recesso azionabile in fase negoziale

1. Nel procedimento di affidamento di un appalto pubblico se, una volta stipulato il contratto di appalto, le Pubbliche amministrazioni rinvenivano sopravvenute ragioni di inopportunità della prosecuzione del rapporto negoziale, non possono utilizzare lo strumento pubblicistico della revoca dell'aggiudicazione, ma devono esercitare il diritto potestativo (di recesso) regolato dall'art. 134 del D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163.

2. Sulla scorta di quanto disposto dall'art. 133, comma 1, lett. e), n. 1, c.p.a., deve escludersi la sussistenza della giurisdizione esclusiva del G.A. nel caso di azione volta a contestare un provvedimento dirigenziale riguardante la risoluzione dell'affidamento un servizio (nella specie di ristorazione scolastica), ancorché esso stia stato conferito in via d'urgenza, atteso che tale conferimento anticipa il prodursi degli effetti della disciplina negoziale prima della formale stipulazione del contratto.

Sulla differenza tra concessione di servizi e appalto di servizi

3. Non si è in presenza di una concessione di servizi, ma di un appalto di servizi nel caso in cui non risulti che il rischio economico incomba in capo alla ditta appaltatrice e risulti invece che l'appalto è finanziato con fondi propri dell'Amministrazione, in quanto servizio a domanda individuale, in quota parte, rimborsato all'ente successivamente dagli utenti. In tal caso, quindi, il rischio di impresa è a carico dell'appaltatore, dal momento che l'Amministrazione riserva allo stesso una prestazione che remunera in via diretta e che può essere quantificata preventivamente sulla base di indicazioni che, sebbene di massima consentono all'imprenditore di prevedere le possibili oscillazioni della prestazione eroganda, escludono che lo stesso possa vedersi non remunerato il capitale investito.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 13 settembre 2016 n. 3866

Sulla necessità del possesso dei requisiti generali e speciali senza soluzione di continuità

1. Negli appalti pubblici i requisiti generali e speciali devono essere posseduti dai partecipanti alla gara non solo alla data di scadenza del termine per la presentazione della richiesta di partecipazione alla procedura di affidamento, ma anche per tutta la durata della procedura stessa fino

all'aggiudicazione definitiva ed alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell'esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità.

2. Nelle gare d'appalto, la dichiarazione sostitutiva relativa all'assenza delle condizioni preclusive previste dall'art. 38 del D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163 può essere riferita in via generale ai requisiti di moralità professionale previsti dalla norma de qua e non deve necessariamente indicare in modo puntuale le singole situazioni ostative previste dal Legislatore, con la conseguenza che la dichiarazione in parola è completa e non necessita di integrazioni o regolarizzazioni mediante l'uso dei poteri di soccorso istruttorio.

3. Nelle gare d'appalto, la dichiarazione sostitutiva relativa all'insussistenza delle condizioni ostative circa i requisiti morali previste dall'art. 38 D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163, non deve contenere la menzione nominativa di tutti i soggetti muniti di poteri rappresentativi dell'impresa, a condizione che questi ultimi possano essere agevolmente identificati mediante l'accesso a banche dati ufficiali o a registri pubblici.

Sul termine di validità dell'offerta

4. L'art. 11, comma 6, del D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163 – a norma del quale nelle gare d'appalto l'offerta del concorrente è vincolante per il periodo indicato nel bando e, in caso di mancata indicazione, per 180 giorni decorrenti dalla scadenza del termine per la sua presentazione, salvo che la Stazione appaltante chieda ai concorrenti il differimento di tale termine – è posto a protezione e tutela dell'offerente, il quale, decorso il termine, può ritenersi sciolto dall'offerta presentata; pertanto, la sussistenza del “vincolo” non significa che l'offerta decade *ex lege* decorso il termine, ma solo che l'offerente può svincolarsi da essa e se non dichiara di ritenersi sciolto, l'offerta non decade, con la conseguenza che la circostanza che allo scadere dei predetti 180 giorni il concorrente non abbia dichiarato di voler mantenere l'offerta non comporta la decadenza dell'offerta medesima.

TAR CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. I – sentenza 14 settembre 2016 n. 4300

Sulla revoca dell'aggiudica provvisoria e sulla responsabilità precontrattuale della PA

1. Poichè nel caso di revoca dell'aggiudicazione provvisoria l'atto di autotutela non riguarda un provvedimento conclusivo del procedimento ma solo atti endoprocedimentali, non sussiste alcun obbligo di comunicazione del procedimento di ritiro.

2. È legittima la revoca dell'aggiudicazione provvisoria di una gara di appalto motivata con riferimento a due distinte ragioni di interesse pubblico, la prima, connessa all'accertamento del mancato rispetto dei termini fissati nella convenzione tra Regione ed il Comune appaltante per l'erogazione dei finanziamenti necessari per l'esecuzione delle opere, la seconda imputabile a carenze del progetto. La rappresentazione da parte del Comune che ha indetto la gara di ambedue tali situazioni esclude la sussistenza di profili di eccesso di potere per sviamento e di contraddittorietà della motivazione; invero, trattasi di due situazioni distinte ed autonome, ciascuna idonea e sufficiente a giustificare il ritiro dell'intero procedimento.

3. La clausola della *lex specialis* con la quale l'Amministrazione appaltante si ritiene esonerata da ogni responsabilità contrattuale o anche precontrattuale, non può dispiegare alcuna efficacia nei confronti dei partecipanti ad una procedura di evidenza pubblica; la clausola stessa, infatti, deve essere interpretata alla stregua del riconoscimento all'Ente pubblico di un potere di implicita revoca dell'aggiudicazione, con obbligo di congrua motivazione che illustri la corretta ed esauriente ponderazione degli interessi pubblici e privati coinvolti; d'altra parte, qualsiasi interpretazione che

tenda a sostenere l'insindacabile natura di tale facoltà e, per questa via, l'irresponsabilità civile dell'Amministrazione, comporterebbe la nullità della clausola *ex art. 1335 c.c.*, in quanto si configurerebbe come condizione meramente potestativa.

4. Sussiste la responsabilità della P.A. appaltante, a fini risarcitori, nel caso di revoca dell'aggiudicazione provvisoria, ove la condotta colpevole della stessa sia da individuare nelle criticità e ritardi registrati durante la fase di pubblicazione della *lex specialis* e nel consequenziale slittamento dei termini di partecipazione, nonché nella lenta celebrazione delle attività di esame delle offerte, dichiaratamente ricondotta a problemi di tipo organizzativo interno. In tal caso si è dunque in presenza di un'ipotesi di responsabilità da "contatto qualificato", attualmente ricadente nella figura generale di cui all'art. 2043 c.c., specificamente come paradigma di cattiva gestione dei tempi e dell'organizzazione del procedimento e sussiste il nesso di causalità, da individuarsi nella relazione causa-effetto tra colpevole mancata conclusione del procedimento e perdita della possibilità di stipulazione del contratto.

5. Nel caso di revoca dell'aggiudicazione provvisoria, pur non essendo applicabili i principi generali propri del risarcimento dei danni da lesione dell'interesse contrattuale negativo previsti nel caso di revoca dell'aggiudicazione definitiva, sarà invece risarcibile, in termini di lucro cessante, il danno da mancato conseguimento dell'aggiudicazione definitiva per fatto colpevole della stazione appaltante; danno che può essere liquidato nella misura del 3% della base d'asta, oltre alla maggiore somma tra interessi e rivalutazione monetaria dalla data di verifica del danno fino al soddisfo. Nulla spetta invece per il danno emergente, essendo state le spese di partecipazione alla gara sostenute dalla società ricorrente spese necessarie per l'acquisizione della posizione di aggiudicatario provvisorio, né quelle per danno curriculare, rimesse invece alla condizione di mancata stipulazione del contratto.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III - sentenza 15 settembre 2016 n. 3889

Sull'informativa antimafia

In materia di informativa antimafia, trovano applicazione i seguenti principi (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 3 maggio 2016, n. 1743):

- l'informativa antimafia, ai sensi degli artt. 84, comma 4, e 91, comma 6, del d. lgs. n. 159/2011, presuppone "concreti elementi da cui risulti che l'attività d'impresa possa, anche in modo indiretto, agevolare le attività criminose o esserne in qualche modo condizionata»;
- quanto alla *ratio* dell'istituto, si tratta di una misura volta alla salvaguardia dell'ordine pubblico economico, della libera concorrenza tra le imprese e del buon andamento della pubblica Amministrazione: l'interdittiva antimafia comporta che il Prefetto escluda che un imprenditore – pur dotato di adeguati mezzi economici e di una adeguata organizzazione – meriti la fiducia delle Istituzioni e possa essere titolare di rapporti contrattuali con le pubbliche Amministrazioni o degli altri titoli abilitativi, individuati dalla legge;
- ai fini dell'adozione del provvedimento, rileva il complesso degli elementi concreti emersi nel corso del procedimento: una visione ridotta di un singolo elemento fa perdere a ciascuno di essi la sua rilevanza nel suo legame sistematico con gli altri;
- è estranea al sistema delle informative antimafia, non trattandosi di provvedimenti nemmeno lontanamente sanzionatori, qualsiasi logica penalistica di certezza probatoria raggiunta al di là del ragionevole dubbio;
- il rischio di inquinamento mafioso deve essere valutato in base al criterio del più 'probabile che non', alla luce di una regola di giudizio, cioè, che ben può essere integrata da dati di comune esperienza, evincibili dall'osservazione dei fenomeni sociali, qual è, anzitutto, anche quello mafioso;

- pertanto, gli elementi posti a base dell'informativa possono essere anche non penalmente rilevanti o non costituire oggetto di procedimenti o di processi penali o, addirittura e per converso, possono essere già stati oggetto del giudizio penale, con esito di proscioglimento o di assoluzione.

Il Consiglio di Stato si è inoltre espresso sui rapporti di parentela tra titolari, soci, amministratori, direttori generali dell'impresa e familiari che siano soggetti affiliati, organici, contigui alle associazioni mafiose. In tal caso l'Amministrazione può dare loro rilievo laddove tale rapporto, per la sua natura, intensità, o per altre caratteristiche concrete, lasci ritenere, per la logica del 'più probabile che non', che l'impresa abbia una conduzione collettiva e una regia familiare (di diritto o di fatto, alla quale non risultino estranei detti soggetti) ovvero che le decisioni sulla sua attività possano essere influenzate, anche indirettamente, dalla mafia attraverso la famiglia, o da un affiliato alla mafia mediante il contatto col proprio congiunto.

Possono assumere rilevanza, dunque, anche circostanze obiettive (come, ad es., la convivenza, la cointeressenza di interessi economici, il coinvolgimento nei medesimi fatti, che pur non abbiano dato luogo a condanne in sede penale) e rilevano le peculiari realtà locali, ben potendo l'Amministrazione evidenziare come sia stata accertata l'esistenza – su un'area più o meno estesa – del controllo di una 'famiglia' e del sostanziale coinvolgimento dei suoi componenti (specialmente se questi non risultino avere proprie fonti legittime di reddito).

TAR TOSCANA, SEZ. I – sentenza 16 settembre 2016 n. 1364

Sulla non sanabilità di una domanda di partecipazione senza firma

E' legittima la esclusione di una società da una gara di appalto che sia motivata con riferimento alla omessa apposizione, da parte del legale rappresentante, della firma in originale sulla domanda di partecipazione. La sottoscrizione della domanda di partecipazione alla gara deve essere pertanto costituita da una firma autografa, e non fotocopiata o prestampata, in quanto solo la diretta apposizione da parte del dichiarante può valere a ricondurre il contenuto del documento a lui. Non rileva l'allegazione del documento di identità, che funge da strumento sostitutivo dell'autenticazione di una sottoscrizione effettiva, e non impressa a stampa o fotocopiata. Tali conclusioni valgono anche alla luce dell'art. 83, comma 9, ultimo periodo, del d.lgs. n. 50/2016, trattandosi di irregolarità che non consente l'individuazione del soggetto responsabile, in quanto non è riconoscibile l'effettivo autore dell'apposizione di una firma a stampa in calce al documento.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 20 settembre 2016 n. 3911

Sui presupposti per l'idoneità del punteggio numerico

Per consolidato orientamento giurisprudenziale nelle gare pubbliche, e relativamente a quanto attiene alla valutazione delle offerte, il punteggio numerico espresso sui singoli oggetti di valutazione opera alla stregua di una sufficiente motivazione, quando il complesso delle voci e sottovoci fornito dalla disciplina della procedura, con i relativi punteggi, è sufficientemente chiaro, analitico e articolato, sì da delimitare adeguatamente il giudizio della Commissione nell'ambito di un minimo e di un massimo, e da rendere con ciò comprensibile l'*iter* logico seguito in concreto nel valutare i singoli progetti in applicazione di puntuali criteri predeterminati, permettendo così di controllarne la logicità e la congruità: onde solo in difetto di questa condizione si rende necessaria una motivazione dei punteggi numerici. L'idoneità del voto numerico a rappresentare in modo adeguato l'*iter* logico seguito dalla Commissione nella sua espressione è direttamente proporzionale al grado di

specificazione dei criteri allo stesso sottesi. **Ne consegue che, tanto più è dettagliata l'articolazione dei criteri e sub-criteri di valutazione, tanto più risulta esaustiva l'espressione del punteggio in forma numerica.**

ANAC - delibera 14 settembre 2016 n. 973 (pubblicata il 21 settembre 2016) - Linee Guida n. 1 recanti "**Indirizzi generali sull'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria**".
Data di pubblicazione: 22 settembre 2016

TAR PIEMONTE, SEZ. II – sentenza 20 settembre 2016 n. 1158

Sul soccorso istruttorio per referenze bancarie incomplete

È illegittimo il provvedimento con il quale una ditta partecipante ad una gara di appalto è stata esclusa perché le dichiarazioni bancarie presentate non contenevano alcuna indicazione circa il fido eventualmente concedibile, così come richiesto, a pena di esclusione, da bando di gara, senza aver prima invitato la ditta stessa a integrare la documentazione, mediante l'istituto del soccorso istruttorio. Infatti, nel caso in questione le dichiarazioni dei due istituti bancari non erano mancanti, ma tutt'al più incomplete; non si vede quindi perché non possa trovare applicazione la disciplina sul soccorso istruttorio, la cui portata è stata generalizzata dal legislatore con l'introduzione del comma 2-bis dell'art. 38 del codice dei contratti; e ciò nell'interesse non solo del singolo concorrente, ma anche della stazione appaltante a garantire la più ampia partecipazione alla gara.

TAR CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. II – sentenza 19 settembre 2016 n. 4353

Sull'inapplicabilità del soccorso istruttorio in sede di verifica dei requisiti nei confronti dell'aggiudicatario e sulla natura perentoria del termine di dieci giorni

1. Nelle gare di appalto, il c.d. soccorso istruttorio, ivi compreso il soccorso rinforzato, attiene alla fase della verifica delle dichiarazioni relative al possesso dei requisiti generali e speciali, non anche alla fase della comprova della loro sussistenza. Infatti, l'art. 46, comma 1, del D.Lgs. n. 163/2006 obbliga le stazioni appaltanti al soccorso nei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45 ed il terzo comma specifica che le disposizioni sul c.d. soccorso istruttorio rinforzato si applicano a ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni. Ne consegue che la fase di comprova dei requisiti di idoneità non è affatto contemplata nel perimetro di applicazione del soccorso istruttorio.

2. Il termine di 10 giorni previsto dall'art. 48, 1° e 2° comma del d.lgs. n. 163/2006, entro il quale si deve presentare la documentazione comprovante il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, ha natura perentoria. In entrambi i casi la perentorietà del termine, pur non essendo espressamente definita come tale dalla norma, si ricollega alle esigenze di celerità insite nel procedimento di gara e nel carattere automatico delle sanzioni previste per la sua inosservanza, salva l'oggettiva impossibilità della produzione della documentazione, la cui prova grava sull'impresa.

AUTORITA' NAZIONALE ANTICORRUZIONE – determinazione 21 settembre 2016 n. 1005 – Linee Guida n. 2, di attuazione del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti “Offerta economicamente più vantaggiosa”

TAR MARCHE, SEZ. I – sentenza 23 settembre 2016 n. 530

Sull’obbligo di dichiarare tutte le condanne e sull’inapplicabilità del soccorso istruttorio

1. Nella gare di appalto l’omessa indicazione di una o più sentenze di condanna in sede di domanda di partecipazione costituisce autonoma causa di esclusione, in quanto ciò impedisce in radice alla stazione appaltante la possibilità di procedere alla valutazione dell’inerenza delle condanne con l’oggetto dell’appalto e, quindi, a verificare l’eventuale sussistenza della causa di esclusione di cui all’art. 38, let. c), d.lgs. n. 163/2006.

2. Il c.d. soccorso istruttorio (anche se “a pagamento”) non può applicarsi per sanare le carenze delle dichiarazioni “reticenti”.

TAR LAZIO, ROMA, sez. II BIS, 26 settembre 2016, n. 9927

Sulla clausola sociale

La corretta osservanza della c.d. clausola sociale inserita nella *lex specialis* non impone alcun obbligo di assumere tutti i precedenti lavoratori, con connessa attribuzione agli stessi di identiche mansioni, né comporta ‘automatismi’ tali da inficiare la libertà dell’imprenditore nell’organizzare la propria attività di impresa, bensì impone semplicemente di assumere un numero di lavoratori tali da assicurare il servizio. La clausola sociale, quale strumento per favorire la continuità e la stabilità occupazionale dei lavoratori, non può comprimere le esigenze organizzative dell’impresa subentrante che ritenga di potere ragionevolmente svolgere il servizio utilizzando una minore componente di lavoro rispetto al precedente gestore, e dunque ottenendo in questo modo economie di costi da valorizzare a fini competitivi nella procedura di affidamento.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III– sentenza 27 settembre 2016 n. 3970

Sul divieto di commistione tra requisiti soggettivi ed elementi dell’offerta

1. Nelle gare di appalto la riparametrazione di cui alla lettera a), punto 5, dell’allegato P del d.P.R. n. 207/2010 è indispensabile nel caso in cui sia prevista una soglia di sbarramento, vale a dire un punteggio minimo che le offerte devono raggiungere al fine di potere essere valutate, per evitare anomale restrizioni alla concorrenza ed al principio di massima partecipazione. In tali casi, la fissazione di una soglia minima di punteggio per l’offerta tecnica non è un requisito di ammissione, ma semplicemente un valore al di sotto del quale l’Amministrazione non ritiene l’offerta accettabile quale che sia la proposta economica; è proprio in tali casi che deve ritenersi il carattere “indispensabile” della riparametrazione, di modo che sia ripristinato, anche in funzione proconcorrenziale, un equilibrio tra i fattori di valutazione delle offerte.

2. E' illegittima l'individuazione dei criteri e punteggi da attribuire alle offerte, in applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, nel caso in cui abbia finito con il confondere i requisiti soggettivi di partecipazione alla gara con gli elementi oggettivi di valutazione dell'offerta, in violazione, dunque, della normativa comunitaria e nazionale, che pone una chiara e ragionevole distinzione tra i requisiti soggettivi di partecipazione e criteri oggettivi di valutazione dell'offerta.

TAR PUGLIA – LECCE, SEZ. II – sentenza 29 settembre 2016 n. 1508

Sul grave errore professionale

E' illegittimo, per insufficienza o difetto di motivazione, il provvedimento con il quale la P.A. ha revocato in autotutela l'aggiudicazione di una gara di appalto, motivato con esclusivo riferimento a negligenze poste in essere dalla ditta interessata, nel caso in cui, in ordine a dette negligenze, sussista una situazione di conflittualità e di reciproche contestazioni tra le parti; in tal caso, infatti, la suddetta situazione di conflittualità non può ritenersi da sé idonea a giustificare la revoca dell'aggiudicazione per gravi negligenze o gravi errori nell'esecuzione delle prestazioni affidate alla ditta interessata.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 3 ottobre 2016 n. 4050

Sulla gara telematica

1. Ciò che caratterizza le gare telematiche è l'utilizzo di una piattaforma on-line di e-procurement e di strumenti di comunicazione digitali (firma digitale e PEC), che di fatto rendono l'*iter* più efficiente, veloce e sicuro rispetto a quello tradizionale, basato sull'invio cartaceo di documentazione e offerte. Le fasi di gara seguono una successione temporale che offre garanzia di corretta partecipazione, inviolabilità e segretezza delle offerte: la firma digitale garantisce la certezza del firmatario dell'offerta e la marcatura temporale ne garantisce la data certa di firma e l'univocità della stessa.

2. Nelle gare telematiche, attraverso l'apposizione della firma e marcatura temporale, da effettuare inderogabilmente prima del termine perentorio fissato per la partecipazione, e la trasmissione delle offerte esclusivamente durante la successiva fase di finestra temporale, si garantisce la corretta partecipazione e inviolabilità delle offerte. I sistemi provvedono, infatti, alla verifica della validità dei certificati e della data e ora di marcatura: l'affidabilità degli algoritmi di firma digitale e marca temporale garantiscono la sicurezza della fase di invio/ricezione delle offerte in busta chiusa.

3. Nelle gare telematiche la conservazione dell'offerta è affidata allo stesso concorrente, garantendo che questa non venga, nelle more, modificata proprio attraverso l'imposizione dell'obbligo di firma e marcatura nel termine fissato per la presentazione delle offerte. Firma e marcatura corrispondono alla "chiusura della busta".

TAR FRIULI VENEZIA GIULIA, sez. I - sentenza 4 ottobre 2016 n. 419

Sul principio di rotazione

E' legittimo il mancato invito di una ditta ad una procedura negoziata *ex art. 36, comma 2, lettera b)*, del d.lgs. n. 50 del 2016 d'importo sotto la soglia comunitaria nel caso in cui si tratti di ditta che aveva

nell'anno precedente svolto lo stesso servizio, atteso che in tale ipotesi il mancato invito è giustificato dal principio di rotazione, previsto dall'art. 36, comma primo, del d.lgs. n. 50 del 2016.

CORTE DI CASSAZIONE, SEZ. I CIVILE – sentenza 4 ottobre 2016 n. 19802

Sulle riserve nei contratti di appalto

1. Le finalità dell'istituto della riserva nell'appalto di opere pubbliche è quella di consentire all'Amministrazione committente la verifica dei fatti suscettibili di produrre un incremento delle spese previste con l'immediatezza che ne rende più sicuro e meno dispendioso l'accertamento, ovvero di assicurare la continua evidenza delle spese dell'opera, in relazione alla corretta utilizzazione ed eventuale integrazione dei mezzi finanziari all'uopo predisposti, nonché di mettere l'Amministrazione in grado di adottare tempestivamente altre possibili determinazioni, in armonia con il bilancio pubblico, fino ad esercitare la potestà di risoluzione unilaterale del contratto.

2. Se per l'appaltatore l'iscrizione della riserva costituisce un onere, al fine di non incorrere nella decadenza per la proposizione delle proprie domande, le stesse non possono considerarsi provate per il semplice fatto dell'iscrizione stessa: l'ottemperanza all'onere della riserva non esclude il rispetto di quanto previsto dall'art. 2697 cod. civ., secondo cui chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento.

TAR LIGURIA, SEZ. II – sentenza 5 ottobre 2016 n. 978

Sulla partecipazione alle gare di una ditta in amministrazione giudiziaria

Nel caso di partecipazione ad una gara di appalto di una impresa in amministrazione giudiziaria, deve ritenersi, anche alla luce dell'art. 38, comma 1 *bis* del d.lgs. 163/2006, che se è vero che le cause di esclusione pregresse alla nomina dell'amministratore giudiziario non hanno efficacia escludente dalla partecipazione alla gara, ciò vale esclusivamente per la gara bandite successivamente alla nomina dell'amministratore giudiziario stesso, provvedimento che dovrebbe recidere i legami della società con l'ambiente malavitoso; invece, per le gare bandite precedentemente (e pertanto nel periodo di tempo in cui ancora gli amministratori sostituiti erano nel pieno delle loro prerogative), deve ritenersi con una presunzione *iuris et de iure* che l'illecita infiltrazione criminale possa avere influito con effetto inquinante sull'esito della procedura di gara, non potendo la successiva nomina dell'amministratore giudiziario sanare *ex post* il *vulnus* alle esigenze di concorrenza, trasparenza, qualità e legalità che le cause di esclusione sono finalizzate a tutelare.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 5 ottobre 2016 n. 4118

Sulla doverosità dell'esclusione in caso di dichiarazione non veritiera

Nel caso in cui la *lex specialis* di una gara di appalto prescriva chiaramente l'obbligo, per le imprese partecipanti alla gara, di dichiarare «tutte le sentenze di condanna, decreti penali di condanna e sentenze di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'art. 44 del codice di procedura penale, comprese quelle che godano della non menzione, al fine di consentire alla stazione appaltante una valutazione circa l'incidenza di dette pronunce giudiziarie sull'affidabilità e sull'elemento fiduciario ai

fini dell'eventuale affidamento», è legittimo il provvedimento con il quale la P.A., ai sensi dell'art. 75, D.P.R. n. 445 del 2000, ha dichiarato la decadenza di una ditta dall'aggiudicazione provvisoria, contestualmente escludendola dalla procedura di evidenza pubblica, che sia motivato con riferimento al fatto che il legale rappresentante della ditta stessa ha dichiarato di non aver riportato alcuna condanna penale, laddove – a seguito di accertamenti effettuati dalla stazione appaltante – è risultata l'esistenza, nei confronti del medesimo legale rappresentante, di una condanna penale; in tal caso, infatti, si è al cospetto di una dichiarazione manifestamente falsa e/o non veritiera che configura, di per sé, una causa autonoma di esclusione dalle procedura di evidenza pubblica; con conseguente correttezza e doverosità della sanzione espulsiva comminata dalla stazione appaltante.

TAR LIGURIA, SEZ. II – sentenza 5 ottobre 2016 n. 987

Sull'inammissibilità dell'avvalimento generico

Ai sensi dell'art. 88 del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, “per la qualificazione in gara, il contratto di cui all'articolo 49, comma 2, lettera f), del codice deve riportare in modo compiuto, esplicito ed esauriente: a) oggetto: le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico [...]”; l'esigenza di una puntuale individuazione dell'oggetto del contratto di avvalimento, oltre ad avere un sicuro ancoraggio sul terreno civilistico nella generale previsione codicistica che configura quale causa di nullità di ogni contratto l'indeterminatezza ed indeterminabilità del relativo oggetto (art. 1346 cod. civ.), trova la propria essenziale giustificazione funzionale, inscindibilmente connessa alle procedure contrattuali del settore pubblico, nella necessità di non permettere agevoli aggiramenti del sistema dei requisiti di ingresso alle gare pubbliche. Va pertanto esclusa da una gara di appalto una impresa che non abbia indicato nel contratto di avvalimento le specifiche risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria ed in particolare nel caso in cui, rispetto al personale, non sia stato indicato il numero del personale e le corrispondenti qualifiche professionali messe concretamente a disposizione.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 6 ottobre 2016 n. 4129

Sui presupposti per la riserva alle cooperative sociali

1. La possibilità di stipulare convenzioni con le cooperative sociali prevista dall'art. 5 della l. 8 novembre 1991, n. 381 sussiste solo per la fornitura di beni e servizi strumentali alla P.A. e non anche per i servizi pubblici destinati a soddisfare la collettività, nel cui *genus* è compresa in particolare la gestione di un canile comunale. E' pertanto legittima la delibera con la quale un Comune ha indetto una gara per la gestione del canile, atteso che la gestione del canile è un servizio pubblico locale che, ancorché privo di rilevanza economica, non è preordinato a soddisfare esigenze strumentali del Comune, sicché in tal caso non trova applicazione l'art. 5 della l. 8 novembre 1991, n. 381, che consente agli enti pubblici, per la fornitura di beni e servizi c.d. strumentali, «anche in deroga alla disciplina in materia di contratti della pubblica amministrazione, di stipulare convenzioni con le cooperative sociali».

2. La P.A. che, benché non obbligata da una disposizione nazionale o comunitaria all'utilizzo di sistemi di scelta del contraente mediante gara pubblica, via abbia comunque fatto ricorso, resta tenuta all'osservanza di moduli propri della formazione pubblica della volontà contrattuale e deve pertanto rispettare i principi di imparzialità, parità di trattamento e concorrenzialità, di cui la procedura di gara prescelta è l'espressione di diritto positivo, senza che le sia consentito, pena l'elusione dei principi richiamati, la previsione di deroghe che si risolvano di fatto nell'ingiustificata restrizione della

concorrenza (nella specie mediante l'apposizione nel bando di gara della clausola di riserva in favore delle sole cooperative sociali).

TAR PUGLIA – BARI, SEZ. III – sentenza 11 ottobre 2016 n. 1193

Sull'inaccessibilità dei pareri legali resi in sede transattiva

E' legittimo il provvedimento con il quale una società a partecipazione pubblica, interamente controllata da un Ente locale, ha espresso un diniego in ordine ad una istanza tendente ad ottenere il rilascio di copia di alcuni pareri legali, ove tali pareri siano stati espressamente richiamati in una delibera della Giunta Municipale volta ad approvare la successiva formalizzazione di alcune proposte transattive relative a procedimenti contenziosi; in tal caso, infatti, il diritto di accesso non può essere consentito, in quanto deve escludersi il carattere "endoprocedimentale" dei pareri stessi, resi, invece, in vista della stipula di atti transattivi di procedimenti contenziosi, e, in quanto tali, coperti da segreto professionale in relazione al diritto difesa della P.A..

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 11 ottobre 2016 n. 4184

Sull'onere di immediata impugnazione del bando

1. L'onere di immediata impugnazione del bando o del disciplinare di gara sussiste solo in caso di clausole escludenti, tra cui quelle che impediscono la partecipazione alla gara; altrettanto non può ritenersi per le previsioni della *lex specialis* che invece disciplinano la fase di valutazione delle offerte. Invero, la lesività di queste ultime si manifesta solo per effetto della successiva applicazione da parte della commissione di gara, per cui nessun onere di immediata impugnativa è configurabile prima di questo momento, sia che per effetto di tali clausole l'aggiudicazione sia disposta in favore di altri, sia che in ragione delle medesime una concorrente non raggiunga la soglia di sbarramento per la successiva valutazione delle offerte.

Sul divieto di commistione tra requisiti dell'impresa ed elementi dell'offerta

2. È illegittimo il disciplinare di una gara per l'affidamento di lavori che abbia previsto di attribuire il 50% del punteggio teorico massimo ai partecipanti in possesso di certificazioni di qualità aziendale. Invero, i principi di massima concorrenzialità e *par condicio* impediscono in linea di principio alle stazioni appaltanti di introdurre – tra i criteri di valutazione delle offerte – elementi attinenti alla capacità tecnica dell'impresa; solo in casi particolari l'Amministrazione può derogare a tale principio al fine di valorizzare profili soggettivi diretti a riflettersi in modo specifico sullo svolgimento dell'appalto, ma ciò alla condizione che il punteggio attribuibile alle offerte per elementi di carattere soggettivo non incida in maniera rilevante su quello complessivo.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 12 ottobre 2016 n. 4218

Sulla responsabilità precontrattuale della PA

Non può configurarsi la responsabilità precontrattuale della stazione appaltante, *ex art. 1337 c.c.*, a seguito della revoca in autotutela dell'aggiudicazione di una gara di appalto di lavori (nella specie si

trattava di lavori di realizzazione di un raccordo stradale), ove il provvedimento di secondo grado sia stato adottato dalla P.A. in ragione della sopravvenuta oggettiva impossibilità di realizzare l'opera pubblica (nella specie la sopravvenuta impossibilità era stata determinata dalla necessità di realizzare preventivamente una infrastruttura ferroviaria); in tal caso, infatti: a) tale provvedimento deve ritenersi correttamente e, quindi, legittimamente motivato, in quanto la relativa adozione è stata la diretta ed esclusiva conseguenza della oggettiva incompatibilità della realizzazione dell'opera pubblica (raccordo stradale) rispetto ai tempi ed ai costi originariamente previsti dalla P.A. con la procedura di evidenza pubblica; b) la responsabilità precontrattuale della PA non può ritenersi sussistente, trattandosi di gara non inficiata dall'inosservanza del principio di buon fede (art. 1337 cod. civ.).

TAR CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. VIII – sentenza 13 ottobre 2016 n. 4707

Sull'obbligo di dichiarare una precedente risoluzione del contratto

A proposito dell'ambito di applicazione dell'art. 38, comma 1, lett. f), del d.lgs. n. 163 del 2006 (“*che, secondo motivata valutazione della stazione appaltante, hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara; o che hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante ...*”), si rivela necessario che il concorrente, in linea con l'onere collaborativo che sottende i rapporti con la pubblica Amministrazione, renda completa dichiarazione dei fatti considerati dalla suindicata previsione normativa e dia quindi esauriente conto di tutte le inadempienze e mancanze commesse nell'esercizio dell'attività professionale – senza alcun preventivo “filtro” –, per consentire alla stazione appaltante di autonomamente valutare, in rapporto alle esigenze del contratto che si andrà a stipulare, l'effettiva valenza dell'errore professionale precedentemente compiuto dall'impresa, condizione necessaria per assicurare l'affidabilità di chi si propone quale contraente dell'Amministrazione pubblica.

CORTE DI CASSAZIONE, SEZ. I CIVILE – sentenza 13 ottobre 2016 n. 20690

Sulla necessità della forma scritta per la stipula e per il rinnovo del contratto

1. In tema di attività *jure privatorum* della P.A., deve ribadirsi che i contratti degli enti pubblici devono essere stipulati, a pena di nullità, in forma scritta, la quale assolve una funzione di garanzia del regolare svolgimento dell'attività amministrativa, permettendo d'identificare con precisione il contenuto del programma negoziale, anche ai fini della verifica della necessaria copertura finanziaria e dell'assoggettamento al controllo dell'autorità tutoria. Ciò comporta non solo l'esclusione della possibilità di desumere l'intervenuta stipulazione del contratto da una manifestazione di volontà implicita o da comportamenti meramente attuativi, ma anche la necessità che, salvo diversa previsione di legge, l'intera vicenda negoziale sia consacrata in un unico documento, contenente tutte le clausole destinate a disciplinare il rapporto.

2. Il principio secondo cui i contratti degli enti pubblici devono essere stipulati, a pena di nullità, in forma scritta trova applicazione non soltanto in sede di conclusione del contratto, ma anche in sede di eventuale rinnovazione dello stesso, a meno che quest'ultima non sia prevista come effetto automatico da apposita clausola, nonché alle modificazioni che le parti intendano in seguito apportare alla disciplina concordata, le quali devono pertanto risultare da un atto posto in essere nella medesima forma del contratto originario, richiesta anche in tal caso *ad substantiam*, non potendo essere introdotte in via di mero fatto mediante l'adozione di pratiche difformi da quelle precedentemente

convenute, ancorché le stesse si siano protratte nel tempo e rispondano ad un accordo tacitamente intervenuto tra le parti in epoca successiva.

3. La ricaduta del regime formalistico applicabile ai contratti degli enti pubblici fa sì che, sul versante dell'interpretazione del contratto, è predicabile il principio secondo cui la ricerca della comune intenzione delle parti, ove il senso letterale delle parole presenti un margine di equivocità, deve aver luogo, con riferimento agli elementi essenziali del contratto, soltanto attingendo alle manifestazioni di volontà contenute nel testo scritto, mentre non è consentito valutare il comportamento complessivo delle parti, anche successivo alla stipulazione, in quanto la formazione del consenso non può spiegare rilevanza ove non sia stata incorporata nel documento scritto.

4. In tema di appalto di opere pubbliche deve escludersi l'applicabilità del principio secondo cui la fattura commerciale, avuto riguardo alla sua formazione unilaterale ed alla funzione di far risultare documentalmente elementi relativi all'esecuzione di un contratto, possa modificare il contenuto del contratto, atteso che l'onere della forma scritta, imposto *ad substantiam* per i contratti degli enti pubblici, impedisce non solo di ritenerne provata la stipulazione, in assenza dell'atto dotato del predetto requisito, ma anche di attribuire alla produzione delle fatture l'efficacia di comportamento processuale implicitamente ammissivo del diritto sorto dal contratto.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 13 ottobre 2016 n. 4238

Sulla certificazione di qualità

1. Gli artt. 43 e 44 d.lgs. n. 163/2006, rispettivamente in tema di norme di garanzia della qualità e norme di gestione ambientale, stabiliscono che i requisiti richiesti per la partecipazione alla gara possano essere provati utilizzando tre diversi strumenti: a) certificati rilasciati da organismi indipendenti accreditati; b) certificati equivalenti rilasciati da organismi stabiliti in altri Stati membri; c) altre prove relative all'impiego di misure equivalenti di garanzia della qualità prodotte dagli operatori economici. Si tratta di strumenti utili allo stesso modo per raggiungere il risultato di poter dimostrare di avere i requisiti per la partecipazione alla procedura di gara; in base a tali norme, l'impresa partecipante deve poter provare l'esistenza della qualificazione con mezzi idonei che garantiscano un soddisfacente grado di certezza, nel limite della ragionevolezza e della proporzionalità della previsione della legge speciale di gara, la quale deve garantire la massima partecipazione.

2. La produzione di un certificato di qualità non rilasciata da soggetto accreditato non può comportare *ex se* l'esclusione da una procedura di gara, ma impone all'Amministrazione una valutazione in ordine al concreto possesso dei requisiti in capo al concorrente; valutazione che ben può avvenire anche attraverso l'esame della detta certificazione, giacché ciò che il legislatore ha inteso scongiurare è la possibilità che imprese prive dei necessari requisiti possano partecipare alla procedura di gara.

TAR LOMBARDIA – MILANO, SEZ. IV – sentenza 14 ottobre 2016 n. 1865

Sulle gare telematiche e sulle modalità di trasmissione degli atti

1. La sempre maggiore diffusione delle gare svolte con modalità informatiche pone in capo agli operatori una "peculiare diligenza nella trasmissione degli atti di gara", con conseguente impossibilità di addossare alla stazione appaltante ogni tipo di anomalia nel meccanismo di invio e ricezione, salva

la prova del malfunzionamento del sistema “pubblico” per la trasmissione delle offerte, con la specificazione che spetta al concorrente offrire un principio di prova del suddetto malfunzionamento.

2. Le imprese partecipanti ad una gara, a fronte di un preciso termine di presentazione delle offerte, conosciuto con congruo anticipo, hanno l’onere di predisporre la propria organizzazione in modo da ottemperare con tempestività al termine medesimo: pertanto, la causa di forza maggiore che, in ipotesi, renderebbe scusabile il ritardo, potrebbe consistere solo in un evento tale da impedire, in modo assoluto e per tutti i possibili concorrenti, fin dalla conoscenza del termine di gara, la possibilità di scelta, non solo dei vari sistemi di spedizione e consegna, ma altresì del giorno in cui effettuarle.

TAR LIGURIA, SEZ. II – sentenza 17 ottobre 2016 n. 1023

Sull’applicabilità del soccorso istruttorio in caso di mancato impegno del fideiussore

Si può fare ricorso all’istituto del soccorso istruttorio, nel caso in cui non sia stato prodotto l’impegno del fideiussore di costituire la cauzione definitiva, trattandosi di dichiarazione che non attiene al contenuto dell’offerta.

TAR LOMBARDIA – MILANO, SEZ. I – sentenza 17 ottobre 2016 n. 1871

Sulla necessità di una procedura selettiva per l’autorizzazione ad installare cartelloni pubblicitari

E’ legittimo il provvedimento con il quale un Comune ha rigettato una istanza avanzata da una società, tendente ad ottenere il rilascio, in via diretta, dell’autorizzazione alla installazione di un elevato numero di impianti pubblicitari che sia motivato con riferimento alla necessità di esperire preventivamente una procedura di evidenza pubblica; infatti, essendo il mercato degli spazi pubblici destinati agli impianti pubblicitari contingentato, è necessaria la sottoposizione a procedure pubbliche e trasparenti di ogni tipo di attribuzione ai privati di utilità economicamente appetibili.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 18 ottobre 2016 n. 4343

Sulle modalità di determinazione del valore della concessione

E’ illegittimo il bando di gara per l’affidamento dell’appalto del servizio di ristoro mediante distributori automatici, nella parte in cui prevede che il valore della concessione è determinato sulla base del parametro del canone concessorio, anziché del fatturato; infatti, il valore della concessione non può essere computato con riferimento al c.d. “ristorno” e cioè al costo della concessione, che è un elemento del tutto eventuale, ma deve essere calcolato sulla base del fatturato generato dal consumo dei prodotti da parte degli utenti del servizio di distribuzione automatica.

Secondo il Collegio, la correttezza di detto criterio di calcolo risulta confermata dalla previsione contenuta nella direttiva 2014/23/UE che ha stabilito all’art. 8, comma 2, rubricato “soglia e metodo di calcolo del valore stimato delle concessioni” che “.... Il valore di una concessione è costituito dal fatturato totale del concessionaria generato per tutta la durata del contratto, al netto dell’IVA, stimato dall’amministrazione aggiudicatrice o dall’ente aggiudicatore, quale corrispettivo dei lavori e dei servizi oggetto della concessione, nonché per le forniture accessorie a tali lavori e servizi. Tale valore stimato è valido al momento dell’invio del bando....”. Inoltre, il comma 3 stabilisce che il valore della concessione deve essere calcolato secondo un metodo oggettivo

specificato nei documenti della concessione, indicando poi gli stessi elementi di valutazione, consentendo alle imprese di poter verificare anche i criteri utilizzati dalla stazione appaltante per la sua commisurazione. Detta disposizione è stata recepita nell'art. 167 del D.Lgs. n. 50/2016.

TAR UMBRIA, SEZ. I – sentenza 19 ottobre 2016 n. 653

Sull'indicazione del fatturato in caso di concessione

E' illegittimo il bando di gara indetto da una ASL per l'affidamento dell'appalto del servizio di ristoro mediante distributori automatici, ove nella *lex specialis* sia stata omessa la esatta indicazione del fatturato stimato della concessione immessa nel mercato; tale omissione, infatti, rende soltanto apparente la possibilità per gli operatori interessati di formulare un'offerta consapevole, con il risultato di restringere se non impedire ingiustificatamente la partecipazione alla gara.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 24 ottobre 2016 n. 4414

Sulla doverosità del soccorso istruttorio in caso di mancata indicazione degli oneri di sicurezza interna per le gare espletate in vigenza del precedente codice dei contratti

In conformità a quanto affermato dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (n. 19 del 2016), deve ritenersi che, per le gare bandite anteriormente all'entrata in vigore del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, nelle ipotesi in cui l'obbligo di indicazione separata dei costi di sicurezza aziendale non sia stato specificato dalla legge di gara, e non sia in contestazione che dal punto di vista sostanziale l'offerta rispetti i costi minimi di sicurezza aziendale, l'esclusione del concorrente non possa essere disposta se non dopo che lo stesso sia stato invitato a regolarizzare l'offerta dalla stazione appaltante nel doveroso esercizio dei poteri di soccorso istruttorio.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 24 ottobre 2016 n. 4476

Sulla necessità di esperire una procedura di gara per la locazione di locali e la fornitura di servizi

Solo la contrattuale "disponibilità di locali" per un periodo di tempo determinato può qualificarsi come locazione in senso proprio e stretto, riguardando soltanto la detenzione provvisoria un immobile considerato nella sua consistenza fisica e funzionale; situazione che non ricorre allorché la detenzione è collegata a una serie di servizi e di forniture, che concretizzano ulteriori prestazioni nient'affatto "accessorie" o "complementari", poiché senza di esse la pura disponibilità dei locali è inadeguata a soddisfare le esigenze della PA (Cons. Stato, V, 1 luglio 2015 n. 3265).

TAR TOSCANA, SEZ. I – sentenza 24 ottobre 2016 n. 1524

Sull'irrelevanza di una offerta tecnica di maggiori dimensioni

Non può ritenersi illegittima l'aggiudicazione di una gara di appalto esperita con modalità telematiche, per il solo fatto che il file contenente l'offerta tecnica presentata dall'aggiudicatario abbia dimensioni

più ampie di quelle prescritte dal bando di gara. Anche perché non vi era certezza che la maggiore ampiezza del file utilizzato dalla controinteressata abbia favorito una più convincente descrizione dell'offerta a cui di conseguenza sarebbe stata, per tal motivo, attribuito il miglior punteggio.

In virtù del principio di tassatività delle cause di esclusione, il superamento delle dimensioni dell'offerta (non rileva se in forma cartacea o digitale) non può costituire, di per sé motivo, per l'estromissione dalla procedura dell'impresa che non vi si sia attenuta.

TAR LAZIO – ROMA, SEZ. II – sentenza 26 ottobre 2016 n. 10598

Sulle modalità di estinzione delle condanne

L'estinzione della condanna penale a seguito del decorso del termine previsto dall'art. 460, comma 5 c.p.p. non è automatica e legata al mero decorso del tempo (due o cinque anni dalla commissione del fatto a seconda che si tratti di una contravvenzione o di un delitto), ma deve essere formalizzata in una pronuncia espressa del giudice dell'esecuzione penale.

Sull'escussione della cauzione provvisoria

L'escussione della cauzione per il concorrente opera anche nel caso in cui non corrisponda al vero quanto dichiarato in occasione della rappresentazione di requisiti generali.

AUTORITA' NAZIONALE ANTICORRUZIONE - comunicato del presidente del 26 ottobre 2016 (pubblicato il 14 novembre 2016) - Oggetto: Indicazioni alle stazioni appaltanti e agli operatori economici sulla definizione dell'**ambito soggettivo dell'art. 80** del d.lgs. 50/2016 e sullo svolgimento delle verifiche sulle dichiarazioni sostitutive rese dai concorrenti.

AUTORITA' NAZIONALE ANTICORRUZIONE – **Linee guida n. 3**, di attuazione del D.Lgs. n. 50/2016 – Oggetto: Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento (RUP) per l'affidamento di appalti e concessioni (deliberazione n. 1096 del 26 ottobre 2016, in G.U. n. 273 del 22 novembre 2016).

AUTORITA' NAZIONALE ANTICORRUZIONE – **Linee guida n. 4**, di attuazione del D.Lgs. n. 50/2016 – Oggetto: 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 (deliberazione n. 1097 del 26 ottobre 2016).

TAR CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. V – sentenza 27 ottobre 2016 n. 4975

Sull'ipotesi di mera irregolarità della dichiarazione

La precisazione resa in sede di soccorso istruttorio secondo cui l'impresa ha partecipato singolarmente e non quale impresa consorziata configura solo un chiarimento non essenziale di mera specificazione

del contenuto di una dichiarazione *ex se* sufficientemente comprensiva, con conseguente non onerosità del meccanismo integrativo e irrilevanza dell'omesso pagamento della somma.

CORTE DI CASSAZIONE, SEZ. II CIVILE – sentenza 27 ottobre 2016 n. 21763

Sulla nullità dell'incarico conferito senza copertura finanziaria

1. Nelle deliberazioni dei Comuni che importino spese, la indicazione del mezzo per farvi fronte deve tradursi, ai sensi dell'art. 284 del r.d. 3 marzo 1934 n. 383 (applicabile "*ratione temporis*"), nel riferimento ad un mezzo di copertura della spesa che sia attuale, certo e precisamente indicato; viceversa, la indicazione di un mezzo di copertura della spesa che sia ipotetico, solo possibile, indicato alternativamente e, comunque, non certo e non attuale comporta la nullità della deliberazione ai sensi dell'art. 288 dello stesso T.U.. La delibera con la quale un Comune conferisce un incarico professionale ed il contratto stipulato in base a tale delibera sono affetti da nullità, ove carenti del reale riferimento ai mezzi finanziari necessari al pagamento della corrispondente spesa per il compenso del professionista incaricato, all'uopo rivelandosi insufficiente il solo generico e formale richiamo ("possibilità di finanziamento a mezzo mutuo da contrarre con la Cassa DD.PP.") a mezzi di copertura della stessa non effettivamente pertinenti alle opere deliberate.

CORTE DI CASSAZIONE, SEZ. I CIVILE – sentenza 27 ottobre 2016 n. 21746

Sul rapporto tra autorità concedente e soggetto concessionario

La 'concessione di sola costruzione' conferita dalla P.A. non solo obbliga il concessionario a compiere l'opera pubblica, come nell'appalto, ma lo investe di poteri e facoltà proprie dell'ente concedente, quali la progettazione dell'opera o dei lavori, la direzione degli stessi, la sorveglianza, la scelta degli appaltatori, e le attività tecniche e/o amministrative preparatorie o connesse o comunque accessorie all'esecuzione dei lavori stessi; sostituendosi il concessionario all'amministrazione concedente nello svolgimento dell'attività organizzativa e direttiva necessaria per realizzare l'opera pubblica, nessun affidamento del concessionario possono ingenerare note o comunicazioni dell'amministrazione concernenti lo stato di elaborazione ed approvazione della progettazione da parte dell'ente, comprese eventuali varianti in corso d'opera, anche con riferimento al reperimento della necessaria provvista finanziaria.

La concessione di sola costruzione non solo obbliga il concessionario a compiere l'opera pubblica (cioè a svolgere la semplice attività materiale di sua costruzione, come nell'appalto), ma lo investe di poteri e facoltà proprie dell'ente concedente, quali, ad esempio, la progettazione dell'opera o dei lavori, la direzione degli stessi, la sorveglianza, la scelta degli appaltatori. Ne consegue che al medesimo competono, insieme alla realizzazione dell'opera, tutte indistintamente le fasi dei lavori pubblici commissionati, ivi incluse le attività tecniche e/o amministrative preparatorie o connesse o comunque accessorie all'esecuzione dei lavori stessi (cfr. Cass. nn. 4145/2003; 2308/2016).

Ed invero, allorché la pubblica amministrazione affidi ad un privato la realizzazione di opere programmate nell'interesse pubblico, il rapporto non può definirsi di delegazione amministrativa, che è istituto peculiare del diritto pubblico e non può configurarsi che tra enti pubblici diversi (delegazioni intersoggettive) o tra organi diversi dello stesso ente pubblico (delegazione interorganica), ricorrendo, invece, o la figura dell'appalto, ove l'affidamento sia strettamente limitato all'esecuzione del lavoro, ovvero quella della concessione, caratterizzata dal trasferimento, in tutto o in parte, al concessionario dell'esercizio delle funzioni oggettivamente pubbliche

(progettazione di massima ed esecutiva, direzione dei lavori, e perfino – laddove si versi in ipotesi di concessione traslativa – acquisizione delle aree mediante provvedimenti ablatori, ecc.) necessarie per la realizzazione delle opere (cfr. Cass. 6474/1983).

Ne consegue che il concessionario si sostituisce all'amministrazione nello svolgimento dell'attività organizzativa e direttiva necessaria per realizzare l'opera pubblica e diviene, in veste di soggetto attivo del rapporto attuativo della concessione, l'unico titolare di tutte le obbligazioni che ad esso si ricollegano (Cass. 26261/2007).

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 27 ottobre 2016 n. 4528

Sulla regolarizzabilità mediante il soccorso istruttorio della cauzione provvisoria irregolare

Gli artt. 38, comma 2-bis, e 46, comma 1-ter, del d.lgs. n. 163/2006, come introdotti dal d.l. n. 90/2014, convertito nella legge n. 144/2014, consentono la regolarizzazione – testualmente, prescindendo dagli stati soggettivi del concorrente relativi all'imputabilità o meno dell'omissione o della irregolarità – in ogni ipotesi di “mancanza, incompletezza o irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni, anche di soggetti terzi, che devono essere prodotte dai concorrenti in base alla legge, al bando e al disciplinare di gara”; la latitudine applicativa della disposizione consente di comprendere nell'ambito del soccorso istruttorio l'irregolarità della cauzione provvisoria e della dichiarazione di impegno alla costituzione della cauzione definitiva.

Secondo il Giudicante, a fronte dell'orientamento secondo il quale la mancata presentazione o i vizi della cauzione provvisoria *ex art. 75* del d.lgs. 163/2006 non costituiscono causa di esclusione ma irregolarità sanabile, non rientrando tra le ipotesi considerate dall' art. 46, comma 1-*bis* (cfr. Cons. Stato, III, n. 5781/2013; V, n. 687/2015; III, n. 3918 o 6918/2015; in ultimo, V, n. 424/2016), è stato obiettato che l'art. 75, al comma 8, prevede espressamente l'esclusione per la carenza dell'impegno del fideiussore a rilasciare la garanzia per l'esecuzione del contratto (cauzione definitiva), che invece costituisce elemento essenziale dell'offerta (cfr. Cons. Stato, VI, n. 3198/2016), e che una garanzia invalida, perché rilasciata da soggetto non abilitato, determina l'invalidità anche dell'impegno che tale garante ha assunto alla prestazione della garanzia definitiva. Tuttavia, secondo la sentenza, detta previsione non impedisce che trovi applicazione il soccorso istruttorio di cui all'art. 38, comma 2-bis e 46, comma 1-ter, e che solo in caso di inadempimento dell'integrazione entro il termine assegnato si determini l'esclusione dalla gara.

TAR CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. III – sentenza 31 ottobre 2016 n. 5014

Sulla segretezza dell'offerta economica

I documenti che compongono l'offerta economica devono essere contenuti in una busta debitamente chiusa e separata dalla documentazione per l'ammissione alla gara e per l'offerta tecnica, e tale plico non deve essere aperto dalla Commissione giudicatrice prima di aver completato la valutazione delle offerte tecniche. Pertanto, nella busta contenente l'offerta tecnica, al fine di evitare la violazione del principio di segretezza, non deve essere inserito alcun documento che contenga informazioni rilevanti ai fini della individuazione dell'offerta economica, essendo ammessi soltanto quegli elementi economici che, in base alla *lex specialis* di gara e nel rispetto dei principi di parità di trattamento e di imparzialità, siano utili e doverosi ai fini della valutazione della qualità tecnica senza concorrere a determinare anche l'offerta economica.

Sul possesso dei requisiti per tutta la durata della gara e del contratto

1. Conformemente a quanto affermato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (1), deve ritenersi che, nelle gare di appalto per l'aggiudicazione di contratti pubblici, i requisiti generali e speciali devono essere posseduti dai candidati non solo alla data di scadenza del termine per la presentazione della richiesta di partecipazione alla procedura di affidamento, ma anche per tutta la durata della procedura stessa fino all'aggiudicazione definitiva ed alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell'esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità; invero, in base ai canoni dell'imparzialità e della par condicio, non si può consentire che vengano ammesse alla gara offerte provenienti da soggetti sprovvisti dei requisiti: questi, in ragione della loro peculiare rilevanza sul piano economico e tecnico, per la legge prevede debbono essere "a qualificazione obbligatoria"; la qualificazione, insomma, deve essere valutata "in gara" (v. art. 88 d.P.R. n. 207 del 2010)."

Sulla regolarità fiscale

2. Va esclusa da una gara una impresa che, pur possedendo il requisito della regolarità fiscale al momento della domanda, l'ha perso prima dell'aggiudicazione definitiva, essendo intervenuta una cartella esattoriale che non è stata impugnata, a nulla rilevando che, sempre in corso di gara, dopo la formulazione della graduatoria e prima dell'aggiudicazione definitiva, è stata formalizzata l'intesa per la rateizzazione. Questa intesa non può essere considerata una regolarizzazione ex post, da qualificarsi come effetto automatico discendente dalla mera richiesta dell'interessato; è piuttosto una concessione ad opera dell'esattore riguardo l'adempimento di un debito ormai scaduto e non contestato nei termini di legge.

Sul possesso dei requisiti in capo all'impresa ausiliaria

3. Nelle gare di appalto, per l'accertamento dei requisiti di ordine generale, tecnico-professionali ed economici, vi è piena equiparazione tra gli operatori economici offerenti in via diretta e gli operatori in rapporto di avvalimento; perciò vi è parità di situazione tra i primi e tra gli imprenditori con possesso solo mediato e indiretto dei requisiti di partecipazione alla gara; vi è coerente l'esclusione per chi si avvale però di un soggetto ausiliario privo di uno di questi requisiti.

Sul risarcimento dei danni

4. Nel caso in cui all'impresa ricorrente che si era graduata seconda in graduatoria non sia possibile accordare un risarcimento in forma specifica, cioè il subentro nel contratto, vista ormai l'avvenuta esecuzione delle opere, residua il risarcimento in forma generica che va quantificato secondo i seguenti parametri: a) in primo luogo va escluso il richiesto danno emergente circa le spese per la partecipazione alla gara; infatti la partecipazione non è un effetto lesivo, ma è solo il presupposto di base nel cui contesto si è poi manifestato il fatto lesivo; b) in secondo luogo il lucro cessante, cioè il mancato guadagno per ingiusta collocazione in graduatoria, va commisurato sull'importo offerto, altrimenti un calcolo fatto sull'importo a base d'asta porterebbe ad un indebito arricchimento; c) il lucro cessante va calcolato nel 10% dell'importo offerto dalla impresa, composto come segue: 1) il 7% appare misura congrua, perché la impresa ricorrente non ha dato la dimostrazione di un'inerzia di personale e mezzi nelle more dell'esecuzione delle opere (2); nondimeno il parametro di quantificazione non appare riducibile al minimo corrente del 5%, vista la certezza, a quel punto, che in un ipotetico svolgimento della procedura senza i vizi riscontrati, l'impresa classificatasi seconda sarebbe risultata aggiudicataria; 2) il 3% corrisponde alla perdita di chances stimabile in via equitativa e commisurabile alla media di tale forma di risarcimento secondo la giurisprudenza.

TAR CALABRIA – REGGIO CALABRIA, SEZ. I – sentenza 2 novembre 2016 n. 1079

Sulla possibilità di sostituire una consorziata in corso di gara

E' illegittima la esclusione di un consorzio stabile da una gara di appalto di lavori, motivata con riferimento al fatto che una consorziata è stata raggiunta da una misura interdittiva antimafia, ove il consorzio stesso, in corso di gara, abbia tempestivamente inoltrato alla P.A. formale richiesta di sostituzione della suddetta consorziata, ai sensi dell'art. 95 del codice antimafia; deve, infatti, essere garantita l'estensione del sistema delle esclusioni previsto per le associazioni temporanee di impresa anche ai consorzi qualunque siano le modalità attraverso le quali essi partecipano ad una procedura di gara, ove una delle imprese associate (o consorziate) sia raggiunta da informativa prefettizia interdittiva sancendo che la sostituzione della impresa raggiunta da interdittiva va consentita da parte della stazione appaltante anche prima della stipula del contratto.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 3 novembre 2016 n. 4606

Sul requisito della regolarità fiscale

E' legittima – in ragione della irregolarità fiscale grave e definitivamente accertata – la esclusione di una ditta da una gara di appalto, che sia motivata con riferimento al difetto del possesso del requisito della regolarità fiscale, ove la ditta interessata, dapprima sia stata ammessa al beneficio del pagamento rateale di un debito tributario superiore ad Euro 10.000,00, e, successivamente, sia decaduta dal medesimo beneficio per mancato pagamento di una rata; infatti, ai sensi del comma 2, dell'art. 38, d. lgs. n. 163 del 2006, applicabile ratione temporis, la previsione espulsiva di cui al comma 1, lettera g) deve essere intesa nel senso: a) che si intendono gravi le violazioni che comportano un omesso pagamento di imposte e tasse per un importo 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 (i.e.: per oltre diecimila euro); b) che costituiscono violazioni definitivamente accertate quelle relative all'obbligo di pagamento di debiti per imposte e tasse certi, scaduti ed esigibili.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 3 novembre 2016 n. 4617

Sulla non necessità di indicare il nome del subappaltatore

In conformità a quanto affermato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (n. 9 del 2015), deve ritenersi che, in sede di offerta, non sia necessaria l'indicazione nominativa dell'impresa subappaltatrice, anche nel caso in cui la concorrente sia sprovvista del requisito di qualificazione per alcune categorie scorporabili e abbia manifestato l'intenzione di subappaltare le relative lavorazioni; infatti, in linea generale, deve escludersi l'obbligatorietà dell'indicazione del nominativo del subappaltatore già in sede di presentazione dell'offerta, anche nell'ipotesi in cui il concorrente non possieda la qualificazione nelle categorie scorporabili previste dall'art. 107, comma 2, del d.P.R. 207/2010 (c.d. subappalto necessario).

TAR LAZIO – ROMA, SEZ. III – sentenza 7 novembre 2016 n. 11025

Sul risarcimento dei danni in caso di illegittima revoca dell'aggiudicazione

Nel caso di risarcimento dei danni derivanti da illegittima revoca dell'aggiudicazione provvisoria di una gara di appalto, si realizza un'ipotesi di responsabilità da "contatto qualificato", ricadente nella fattispecie di cui all'art. 2043 c.c., che si è concretizzata in una cattiva gestione del procedimento di gara; ne discende che, pur non essendo applicabili al caso in questione i principi propri del risarcimento dei danni da lesione dell'interesse

contrattuale negativo (ascrivibili cioè alla mancata stipulazione), essendosi il procedimento di gara arrestato prima di tale momento, dovranno comunque essere risarcite, a titolo di danno emergente, le sole spese documentate ed effettivamente sostenute dalle ricorrenti per la redazione del progetto presentato in sede di gara. Per quanto riguarda il lucro cessante, dovrà invece essere risarcito il danno derivante dalla condotta colpevole della stazione appaltante (nella specie liquidato nella misura del 2% del prezzo offerto in sede di gara).

TAR TOSCANA, SEZ. I – sentenza 7 novembre 2016 n. 1592 – Pres. Pozzi, Est. Bellucci

Sull’illegittimità dell’esclusione in caso di requisito posseduto dal concorrente

E’ illegittima la esclusione di una ditta da una gara di appalto per un vizio riguardante il contratto di avvalimento nel caso in cui comunque risulti che la ditta stessa possedga in proprio (e cioè anche senza l’intervento della ditta ausiliaria) i requisiti di capacità tecnica richiesti dalla *lex specialis* di gara, con la conseguenza che l’invalidità del contratto di avvalimento, in tale ipotesi, deve ritenersi irrilevante e tale da non viziare la partecipazione al procedimento selettivo.

TAR TOSCANA, SEZ. I – sentenza 7 novembre 2016 n. 1591

Sull’inapplicabilità del soccorso istruttorio in caso di mancanza del contratto di avvalimento

1. La dichiarazione di avvalimento e la relativa scheda di avvalimento prodotte in sede di gara costituiscono atti unilaterali, privi della forma e dei contenuti propri del contratto, che non possono essere considerati equivalenti al contratto stesso, atteso che, da un lato, difetta, nei predetti documenti, lo scambio dei consensi delle parti configurante l’incontro di proposta e accettazione contrattuale, dall’altro mancano la specificazione dei reciproci impegni e la determinazione delle risorse assicurate dall’ausiliaria.

2. In forza dei principi a tutela della “par condicio” dei concorrenti, deve ritenersi che attraverso il “soccorso istruttorio” possa essere consentita una integrazione di documentazione valida, ma non possa essere consentita la “sostituzione” di un contratto nullo già prodotto in sede di presentazione dell’offerta, con un successivo contratto valido posto in essere successivamente alla presentazione dell’offerta a seguito della contestazione di nullità dell’originario contratto; si deve quindi escludere la sanabilità con il soccorso istruttorio del vizio della mancanza del contratto di avvalimento, che si risolverebbe in un’inammissibile integrazione postuma della originaria carenza – al momento della partecipazione alla gara – dei requisiti di partecipazione richiesti.

3. Il contratto di avvalimento, lungi dall’essere un mero documento da allegare alla domanda per dimostrare il possesso di un requisito, è il presupposto stesso per la partecipazione alla gara, fornendo all’avvalente il requisito mancante: sicché, in ogni caso, il soccorso istruttorio non può essere strumentalmente utilizzato per l’acquisizione, ex post, di un requisito di partecipazione mancante alla data di presentazione dell’offerta, poiché, in questo modo, si altererebbe la “par condicio” tra i concorrenti.

4. È legittima l’esclusione da una gara di appalto di una impresa che ha prodotto il contratto di avvalimento trasmesso attraverso la piattaforma “Start”, ad esito di soccorso istruttorio, il quale risultava firmato digitalmente successivamente al termine di scadenza di presentazione dell’offerta. In tal caso, infatti, le firme sono state apposte sul contratto di avvalimento dopo la scadenza del termine di presentazione delle offerte, con la conseguenza che il medesimo non era esistente al momento della partecipazione alla gara, ma solo successivamente, allorquando era già scaduto il termine di presentazione delle offerte. La produzione del suddetto contratto da parte della impresa interessata si è quindi tradotta nell’acquisizione tardiva di un requisito di partecipazione, non sanabile nemmeno attraverso il soccorso istruttorio, stante la preminenza del principio della “par condicio” dei concorrenti.

5. Il contratto di avvalimento deve riportare in modo esauriente l’oggetto e le risorse messe a disposizione, ovvero deve assolvere ai requisiti di specificità e determinatezza imposti dall’art. 88 del d.p.r. n. 207/2010, il

quale esprime un principio generale valevole non solo per gli appalti di lavori, ma anche per gli appalti di servizi e forniture.

TAR EMILIA ROMAGNA – BOLOGNA, SEZ. II – sentenza 8 novembre 2016 n. 917

Sulla discrezionalità nell'introduzione di requisiti più rigorosi

In sede di predisposizione della *lex specialis*, l'Amministrazione è legittimata ad introdurre disposizioni atte a limitare la platea dei concorrenti, onde consentire la partecipazione alla gara stessa di soggetti particolarmente qualificati, specie per ciò che attiene al possesso di requisiti di capacità tecnica e finanziaria, tutte le volte in cui tale scelta non sia eccessivamente quanto irragionevolmente limitativa della concorrenza, in quanto correttamente esercitata attraverso la previsione di requisiti pertinenti e congrui rispetto allo scopo perseguito.

Sulla discrezionalità della suddivisione in lotti

Nella determina a contrarre le stazioni appaltanti indicano la motivazione circa la mancata suddivisione dell'appalto in lotti; tuttavia, secondo la giurisprudenza costante, l'opzione sottesa alla suddivisione o meno in lotti dell'appalto è espressiva di una scelta discrezionale, non suscettibile di essere censurata in base a criteri di mera opportunità, tanto più nel caso in cui l'unitarietà sia imposta dall'oggetto dell'appalto e dalle modalità esecutive scaturenti dalla situazione materiale e giuridica dei luoghi entro cui operare.

TAR PUGLIA – BARI, SEZ. III – sentenza 8 novembre 2016 n. 1262

Sul termine di impugnazione degli atti di gara

1. Nel caso in cui il bando di gara sia stato pubblicato sia nella G.U.R.I. che nella G.U.C.E. in data successiva al 19 aprile 2016, il procedimento di gara è soggetto alla disciplina prevista dal nuovo codice dei contratti pubblici di cui al d. lgs 18 aprile 2016 n. 50. In particolare tale procedura di gara è soggetta alle previsioni di cui all'art. 120, comma 2 *bis* (introdotto dall'art. 204, comma 1, lett. b) per cui occorre procedere all'immediata impugnazione del provvedimento relativo all'ammissione delle concorrenti, nel termine di trenta giorni, decorrente dalla pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante, a pena di inammissibilità dell'impugnazione dei successivi atti della procedura di affidamento, anche con ricorso incidentale.

2. La novella legislativa di cui all'art. 120, comma 2 bis, c.p.a. confligge con il quadro giurisprudenziale, storicamente consolidatosi, atteso che veicola nell'ordinamento l'onere di immediata impugnazione dell'ammissione di tutti gli operatori economici – quale condizione di ammissibilità della futura impugnazione del provvedimento di aggiudicazione – anche in carenza di un'effettiva lesione od utilità concreta.

3. Se l'impresa assiste, tramite rappresentante, alla seduta in cui vengono adottate determinazioni in ordine all'esclusione della sua offerta, è in tale seduta che l'impresa acquisisce la piena conoscenza del provvedimento ed è dalla data della stessa seduta che decorre il termine per impugnare il medesimo provvedimento, mentre la presenza di un rappresentante della ditta partecipante alla gara di appalto in quella seduta non comporta *ex se* la piena conoscenza dell'atto di esclusione ai fini della decorrenza del termine per l'impugnazione solo qualora il rappresentante stesso non sia munito di apposito mandato o non rivesta una specifica carica sociale ovvero non ricorrano i casi in cui la conoscenza avuta dal medesimo sia riferibile alla società concorrente. Tale principio, affermato in materia di esclusione dal procedimento di gara, deve ritenersi utilizzabile, nel nuovo codice, anche per i provvedimenti di ammissione (equiparati, nella loro portata lesiva, ai provvedimenti di esclusione), di talchè, laddove sia ravvisabile la piena conoscenza dell'atto di ammissione da parte dei rappresentanti della ditta controinteressata, presenti alla seduta pubblica e muniti di apposito mandato, è da tale seduta che decorre il termine per impugnare l'atto.

Sul concetto di servizi analoghi

4. Nel caso in cui il bando di gara richieda quale requisito il pregresso svolgimento di “servizi analoghi”, tale nozione non può, se non con grave forzatura interpretativa, essere assimilata a quella di “servizi identici”, dovendo dunque ritenersi soddisfatta la prescrizione ove il concorrente abbia comunque dimostrato lo svolgimento di servizi rientranti nel medesimo settore imprenditoriale o professionale cui afferisce l'appalto.

CORTE DI GIUSTIZIA U.E., SEZ. IX – sentenza 10 novembre 2016 (causa C-199/15)

Sulla regolarità contributiva alla data della domanda di partecipazione

L'articolo 45 della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, deve essere interpretato nel senso che non osta a una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che obbliga l'amministrazione aggiudicatrice a considerare quale motivo di esclusione una violazione in materia di versamento di contributi previdenziali ed assistenziali risultante da un certificato richiesto d'ufficio dall'amministrazione aggiudicatrice e rilasciato dagli istituti previdenziali, qualora tale violazione sussistesse alla data della partecipazione ad una gara d'appalto, anche se non sussisteva più alla data dell'aggiudicazione o della verifica d'ufficio da parte dell'amministrazione aggiudicatrice.

CORTE DI GIUSTIZIA U.E., SEZ. VI – ordinanza 10 novembre 2016 (causa C-162/16)

Sugli oneri di sicurezza interni e sull'applicabilità del soccorso istruttorio

Ostano all'esclusione di un offerente dalla procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico a seguito dell'inosservanza, da parte di detto offerente, dell'obbligo di indicare separatamente nell'offerta i costi aziendali per la sicurezza sul lavoro, obbligo il cui mancato rispetto è sanzionato con l'esclusione dalla procedura e che non risulta espressamente dai documenti di gara o dalla normativa nazionale, bensì emerge da un'interpretazione di tale normativa e dal meccanismo diretto a colmare, con l'intervento del giudice nazionale di ultima istanza, le lacune presenti in tali documenti.

I principi della parità di trattamento e di proporzionalità devono inoltre essere interpretati nel senso che non ostano al fatto di concedere a un tale offerente la possibilità di rimediare alla situazione e di adempiere detto obbligo entro un termine fissato dall'amministrazione aggiudicatrice.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 11 novembre 2016 n. 4685

Sull'omessa dichiarazione di una precedente violazione

Va esclusa da una gara di appalto una impresa che, in violazione dell'obbligo di dichiarazione di cui all'articolo 38, comma 1, lettera e) del d.lgs. n. 163 del 2006 (il quale fa riferimento alla commissione di “gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di sicurezza e a ogni altro obbligo derivante dai rapporti di lavoro”), non ha dichiarato una condanna per aver fatto ricorso alla figura dell'appalto di mera somministrazione di lavoro (una figura che denota un atteggiamento di parte datoriale nel suo complesso ispirata a complessiva slealtà, comportando in via surrettizia una rilevante compromissione dei diritti dei lavoratori coinvolti); in tal caso la gravità delle condotte illecite commesse non consente di invocare a discolpa la circostanza per cui le stesse risalissero ad alcuni anni addietro.

TAR SICILIA – CATANIA, SEZ. III – sentenza 14 novembre 2016 n. 2936

Sul diritto di accesso agli atti di gara

Sussiste il diritto di una ditta operante in un determinato settore del mercato di accedere agli atti riguardanti una serie di procedure concorsuali indette da un Comune, nell'arco temporale di un triennio, volte all'individuazione di un contraente operante nel medesimo settore, alle quali l'accedente non è stata invitata ove, con la domanda di accesso, la ditta istante lamenti irregolarità commesse dalle imprese aggiudicatrici nel corso dell'esecuzione degli appalti. Infatti, ove l'impresa accedente, a seguito dell'esercizio del diritto di accesso, acquisisca la prova di (eventuali) irregolarità commesse dalle imprese aggiudicatrici nel corso dell'esecuzione degli appalti, ha la possibilità di intimare alle Amm.ni interessate di provvedere a revocare gli affidamenti; ciò dimostra in concreto l'utilità della documentazione richiesta in ostensione, al fine di tutela della posizione di operatore del settore a fronte di affidamenti diretti ai quali (peraltro) non risulta che l'impresa accedente non è stata invitata.

TAR LAZIO – ROMA, SEZ. II – sentenza 14 novembre 2016 n. 11286

Sulla doverosità dell'esclusione in caso di dichiarazione non veritiera e sul falso innocuo

1. E' legittimo il provvedimento della CONSIP di revoca dell'abilitazione alla piattaforma MePA nei confronti di una società, perché quest'ultima, in sede di rinnovo delle dichiarazioni sostitutive richieste per il mantenimento dell'abilitazione, non ha dichiarato l'emissione, nei confronti dell'amministratore unico della società stessa, di un decreto penale di condanna del GIP del Tribunale divenuto esecutivo (nella specie recante la condanna alla pena di 110,00 € di ammenda per il reato di cui all'art. 81 c.p. e di cui all'art. 4, comma 7, come modificato dal d.lgs. 758/94). In tal caso, infatti, il provvedimento in questione è da ritenere legittimo ai sensi dell'art. 75 del d.P.R. n. 445/2000 (secondo cui «Fermo restando quanto previsto dall'articolo 76, qualora dal controllo di cui all'articolo 71 emerga la non veridicità del contenuto della dichiarazione, il dichiarante decade dai benefici eventualmente conseguenti al provvedimento emanato sulla base della dichiarazione non veritiera»), atteso che l'amministratore della società ha attestato, contrariamente al vero, che, nei suoi confronti «non sono state pronunciate sentenze penali di condanna passate in giudicato o decreti penali di condanna divenuti irrevocabili o sentenze di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'art. 444 c.p.p. o condanne per le quali si sia beneficiato delle non menzione».

2. Nelle gare pubbliche, non può operare la teoria del «falso innocuo», essendo la stessa incompatibile con l'obbligo dichiarativo posto dall'art. 38, comma 2, d.lgs. n. 163/2006. Pertanto, l'omissione e/o la falsa attestazione circa l'esistenza di precedenti penali, comporta senz'altro l'esclusione dalla gara, in quanto viene impedito alla stazione appaltante di valutarne la gravità.

3. Nel caso di esclusione da una procedura di affidamento, disposta dalla stazione appaltante o dalla centrale di committenza in ragione della presentazione di una dichiarazione non veritiera, non può essere invocato il principio di proporzionalità, atteso che l'esclusione non è una sanzione avente finalità «punitiva», quanto ripristinatoria, essendo posta a presidio dell'imparzialità e della trasparenza dei procedimenti di affidamento delle pubbliche commesse; diversamente accade con le sanzioni irrogabili dall'ANAC in caso di presentazione di false dichiarazioni o falsa documentazione, le quali rivestono effettivamente una funzione afflittiva e/o preventiva (cfr. il comma 1 ter dell'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006). Per tale ragione, l'Autorità è chiamata a valutare se le dichiarazioni siano state rese con dolo o colpa grave, laddove invece l'esclusione dalla procedura consegue in via automatica alla dichiarazione radicalmente omessa o non veritiera.

4. E' tuttora vigente l'art. 75 del d.P.R. n. 445/2000, che, unitamente ai principi fondamentali che regolano le pubbliche gare, porta ad escludere la possibilità di emendare e/o regolarizzare dichiarazioni mendaci. D'altra parte, una volta che l'Amministrazione appaltante abbia conseguito la certezza della non veridicità di quanto dichiarato, ha il dovere di trarne le necessarie conseguenze, senza alcuna possibilità di fare applicazione dell'art. 21 nonies della l. n. 241/90, le cui disposizioni riguardano esclusivamente i procedimenti di autotutela aventi natura tipicamente discrezionale.

5. L' art. 75 del d.P.R. n. 445/2000, reca disposizioni di carattere generale, ed è quindi applicabile non solo alle procedure di affidamento dei contratti pubblici, ma ad ogni provvedimento amministrativo «emanato sulla base della dichiarazione non veritiera» dal quale siano derivati «benefici».

6. L'inosservanza dell'obbligo di rendere, al momento della presentazione della domanda di partecipazione, le dovute dichiarazioni, comporta l'esclusione del concorrente anche in assenza di un'espressa comminatoria nella "lex specialis", stante la eterointegrazione con la norma di legge; ove la legge di gara detti una disciplina incompatibile con i precetti stabiliti a pena di esclusione dal d.lgs. n. 163 del 2006, la portata imperativa di tali norme conduce, ai sensi dell'art. 1339 c.c., all'inserzione automatica della clausola espulsiva, ovvero alla eterointegrazione del bando che risultasse silente sul punto.

TAR VENETO, SEZ. I – sentenza 16 novembre 2016 n. 1269

Sul divieto di anticipazione dell'offerta economica

E' illegittima, per violazione del principio di separazione tra offerta tecnica e offerta economica, l'aggiudicazione di una gara di appalto di servizi, in favore di una ditta la cui offerta tecnica recchi la previsione di una franchigia annuale per lavori di manutenzione straordinaria fino a concorrenza di 5.000,00 euro, nel caso in cui dai verbali di gara emerga con evidenza come la previsione di tale franchigia – che indubbiamente costituisce un elemento economico, essendo genericamente e indistintamente riferita a tutta la gestione della manutenzione straordinaria per i servizi oggetto di appalto – abbia inciso in maniera determinante sulla valutazione positiva dell'offerta tecnica della ditta aggiudicataria, essendo stata favorevolmente apprezzata, fra le migliori da quest'ultima proposte, "soprattutto" la previsione di tale franchigia.

TAR LAZIO – ROMA, SEZ. II QUATER – sentenza 21 novembre 2016 n. 11560

Sulle caratteristiche dell'offerta tecnica

E' legittimo il provvedimento con il quale la Stazione appaltante ha escluso una società concorrente dalla gara (nella specie relativa all'acquisizione di beni e servizi ed in particolare all'acquisizione di licenze software con relativo servizio di manutenzione) per la mancanza, nell'offerta tecnica, di alcuni requisiti previsti come obbligatori dal capitolato tecnico; in tal caso, infatti, le difformità essenziali nell'offerta tecnica che rivelano l'inadeguatezza del progetto proposto dall'impresa offerente rispetto a quello posto a base di gara, legittimano l'esclusione dell'impresa dalla gara, determinando la mancanza di un elemento essenziale per la formazione dell'accordo necessario per la stipula del contratto.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 23 novembre 2016 n. 4906

Sull'ammissibilità di un DURC "in compensazione"

1. L'art. 13-bis, comma 5, del decreto-legge 7 maggio 2012, n. 52 (convertito con modificazioni dalla legge 6 luglio 2012, n. 94) ammette che il DURC sia rilasciato anche in presenza di una certificazione, rilasciata ai sensi dell'articolo 9, comma 3-bis del decreto-legge 29 novembre 2008, n. 185, la quale attesti la sussistenza e l'importo di crediti certi, liquidi ed esigibili vantati nei confronti delle pubbliche amministrazioni di importo almeno pari agli oneri contributivi accertati e non ancora versati da parte di un medesimo soggetto; in base al decreto ministeriale attuativo 13 marzo 2013, tuttavia, il rilascio del DURC in presenza di crediti certificati richiede l'attivazione da parte dell'operatore interessato; il che risulta comprensibile se solo si consideri che la conoscenza in ordine alla sussistenza di crediti nei confronti delle amministrazioni pubbliche rientra in primis nella disponibilità del creditore.

2. Anche se è vero che, nel caso di procedure ad evidenza pubblica, ricade sulla stazione appaltante l'onere di richiedere il DURC relativo ai concorrenti, nella peculiare ipotesi di rilascio del DURC a fronte di crediti da compensare nei confronti di Amministrazioni pubbliche, è onere della parte interessata quello: a) di allegare la sussistenza del credito (se del caso, suffragandola attraverso la produzione della certificazione *ex lege*); b) di

richiedere agli enti competenti di rilasciare il DURC “in compensazione” ai sensi dell’articolo 13-*bis* del decreto-legge n. 52 del 2012.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 24 novembre 2016 n. 4960

Sul requisito della regolarità fiscale in caso di rateizzazione

Nelle gare di appalto, ai fini della dimostrazione del possesso del requisito della regolarità fiscale di cui all’art. 38, comma 1, lettera g) del codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 163 del 2006), non è sufficiente che, entro il termine di presentazione dell’offerta, sia stata presentata da parte del concorrente istanza di rateazione del debito tributario, ma occorre anche che il relativo procedimento si sia concluso con un provvedimento favorevole; deve pertanto ritenersi che non sia ammissibile la partecipazione alla procedura di gara del soggetto che, al momento della scadenza del termine di presentazione della domanda di partecipazione, non abbia conseguito il provvedimento di accoglimento dell’istanza di rateizzazione.

TAR LAZIO – ROMA, SEZ. II – sentenza 24 novembre 2016 n. 11754

Sull’esperienza dei commissari di gara

Nelle gare di appalto da aggiudicare con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, l’esperienza nello specifico settore dei componenti della commissione è richiesta solo e soltanto per l’attribuzione dei punteggi relativi all’offerta tecnica e non anche per l’attribuzione dei punteggi relativi all’offerta economica, frutto di un mero calcolo non opinabile, al punto che la necessità di costituire una commissione di gara sussiste solo nel caso in cui il criterio di aggiudicazione sia quello dell’offerta economicamente più vantaggiosa, ma non anche ove il criterio prescelto sia quello del prezzo più basso.

TAR TOSCANA, SEZ. II – sentenza 24 novembre 2016 n. 1707

Sulla necessità della gara per il concessionario del servizio di distributori automatici

Anche sotto il vigore della nuova disciplina dei contratti della P.A. di cui al d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, l’affidamento del servizio di ristoro, mediante distributori automatici di alimenti e bevande, può essere legittimamente disposto soltanto a seguito dell’esperimento di una procedura di evidenza pubblica, anche informale.

TAR LIGURIA, SEZ. II – sentenza 25 novembre 2016 n. 1172

Sull’esclusione dalla gara per grave inadempimento

E’ legittima la esclusione di una ditta da una gara indetta da un Comune per l’affidamento in gestione di una spiaggia libera attrezzata, che sia motivato con riferimento al mancato pagamento, da parte del concorrente interessato, dei canoni demaniali relativi ad alcuni anni precedenti, essendo la ditta stessa il precedente gestore della spiaggia; infatti, il mancato reiterato pagamento dei canoni demaniali, che costituisce la prestazione più importante posta a carico del concessionario nel rapporto concessorio, integra, quantomeno, la grave negligenza di cui all’art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006 – applicabile, in difetto di deroghe previste da specifiche disposizioni della *lex specialis*, anche relativamente alle gare per la concessione delle aree demaniali – nonché, di per sé, grave inadempimento, a prescindere dall’entità della somma, idonei a legittimare il provvedimento di espulsivo.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 25 novembre 2016 n. 4994

Sull'applicabilità dell'onere di immediata impugnazione dell'elenco degli ammessi e degli esclusi

L'onere di impugnazione immediata, nel termine di trenta giorni, del “provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali” risulta esigibile solo a fronte della contestuale operatività delle disposizioni del decreto legislativo che ne consentono l'immediata conoscenza da parte delle imprese partecipanti alla gara e, segnatamente, degli artt.29, comma 1, e 76, comma 3.

In difetto del (contestuale) funzionamento delle regole che assicurano la pubblicità e la comunicazione dei provvedimenti di cui si introduce l'onere di immediata impugnazione – che devono, perciò, intendersi legate da un vincolo funzionale inscindibile - la relativa prescrizione processuale si rivela del tutto inattuabile, per la mancanza del presupposto logico della sua operatività e, cioè, la predisposizione di un apparato regolativo che garantisca la tempestiva informazione degli interessati circa il contenuto del provvedimento da gravare nel ristretto termine di decadenza ivi stabilito.

Sui limiti del sindacato giustiziale relativo alle valutazioni della Commissione di gara

Il giudizio sulla legittimità dell'attività espletata dalle Commissioni incaricate di valutare le offerte tecniche e di attribuire i relativi punteggi non può estendersi fino a scrutinare il merito dei pertinenti giudizi tecnici, se non nelle limitate ipotesi in cui gli stessi risultino assunti sulla base di una fallace rappresentazione della realtà fattuale o in esito ad una deliberazione del tutto illogica o arbitraria della qualità dell'offerta tecnica.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 25 novembre 2016 n. 4990

Sulle modalità di apertura delle offerte tecniche nelle gare telematiche

Nel caso di gara svoltasi tramite una procedura telematica, non è necessaria una seduta pubblica per l'apertura delle offerte tecniche, essendo rimesso alla scelta della stazione appaltante di effettuare in seduta riservata la valutazione delle offerte in conformità al criterio di aggiudicazione prescelto, come consente l'art. 85, comma 7, del D.lgs. n. 163 del 2006.

La gestione telematica della gara offre il vantaggio di una maggiore sicurezza nella “conservazione” dell'integrità delle offerte in quanto permette automaticamente l'apertura delle buste in esito alla conclusione della fase precedente e garantisce l'immodificabilità delle stesse, nonché la tracciabilità di ogni operazione compiuta; inoltre, nessuno degli addetti alla gestione della gara può accedere ai documenti dei partecipanti, fino alla data ed all'ora di seduta della gara, specificata in fase di creazione della procedura.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 29 novembre 2016 n. 5026

Sulla revoca dell'aggiudicazione definitiva

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. 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 (volutamente) generiche e consistono nella sopravvenienza di motivi di interesse pubblico, nel mutamento della situazione di fatto (imprevedibile al

momento dell'adozione del provvedimento) e in una rinnovata (e diversa) valutazione dell'interesse pubblico originario (tranne che per i provvedimenti autorizzatori o attributivi di vantaggi economici).

Mentre la revoca resta impraticabile dopo la stipula del contratto d'appalto, dovendo utilizzarsi, in quella fase, il diverso strumento del recesso (come chiarito dall'Adunanza Plenaria con la decisione in data 29 giugno 2014, n.14), prima del perfezionamento del documento contrattuale, al contrario, l'aggiudicazione è pacificamente revocabile (cfr. *ex multis* Cons. St., sez. III, 13 aprile 2011, n.2291).

A fronte, infatti, della nota strutturazione procedimentale della scelta del contraente, la definizione regolare della procedura mediante la selezione di un'offerta (giudicata migliore) conforme alle esigenze della stazione appaltante (per come cristallizzate nella *lex specialis*) consolida in capo all'impresa aggiudicataria una posizione particolarmente qualificata ed impone, quindi, all'Amministrazione, nell'esercizio del potere di revoca, l'onere di una ponderazione particolarmente rigorosa di tutti gli interessi coinvolti.

Il ritiro di un'aggiudicazione legittima postula, in particolare, la sopravvenienza di ragioni di interesse pubblico (o una rinnovata valutazione di quelle originarie) particolarmente consistenti e preminenti sulle esigenze di tutela del legittimo affidamento ingenerato nell'impresa che ha diligentemente partecipato alla gara, rispettandone le regole e organizzandosi in modo da vincerla, ed esige, quindi, una motivazione particolarmente convincente circa i contenuti e l'esito della necessaria valutazione comparativa dei predetti interessi (cfr. Cons. St., sez. V, 19 maggio 2016, n.2095).

L'esercizio dei poteri di autotutela finalizzati al ritiro dell'aggiudicazione definitiva impone alla stazione appaltante di assicurare la partecipazione dell'impresa aggiudicataria, onde consentirle di tutelare adeguatamente, in sede procedimentale, la posizione qualificata validamente acquisita, per mezzo della necessaria osservanza della prescrizione di cui all'art. 7 della legge n.241 del 1990.

TAR PUGLIA – BARI, SEZ. I – sentenza 28 novembre 2016 n. 1319

Sul giudizio di anomalia dell'offerta

Il giudizio sull'anomalia delle offerte presentate in una gara di appalto è un giudizio ampiamente discrezionale, espressione paradigmatica di discrezionalità tecnica, sindacabile solo in caso di manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza; il giudice amministrativo può sindacare le valutazioni della P.A. sotto il profilo della logicità, ragionevolezza ed adeguatezza dell'istruttoria, ma non procedere ad una autonoma verifica della congruità dell'offerta e delle singole voci, che costituirebbe un'inammissibile invasione della sfera propria della P.A. e tale sindacato rimane limitato ai casi di macroscopiche illegittimità, quali errori di valutazione gravi ed evidenti, oppure valutazioni abnormi o inficiate da errori di fatto; le valutazioni sul punto devono essere compiute dall'Amministrazione in modo globale e sintetico, con riguardo alla serietà dell'offerta nel suo complesso e non con riferimento alle singole voci dell'offerta.

TAR LOMBARDIA – MILANO, SEZ. I – sentenza 29 novembre 2016 n. 2248

Sul collegamento sostanziale delle imprese

E' illegittima l'aggiudicazione di una gara ad una ditta nei cui confronti sia risultata comprovata l'esistenza di un collegamento sostanziale tra imprese, in forza di plurimi indizi gravi, precisi e concordanti e, in particolare: a) strettissime connessioni parentali tra i soci delle due società; b) identità delle sedi amministrative, site al medesimo indirizzo; c) identità di indirizzo del magazzino; d) presenza, su svariati siti internet, di pubblicità delle due società rappresentanti il medesimo ed identico indirizzo di sede; e) calligrafia di compilazione delle domande di partecipazione alla gara per le due società palesemente identica; f) indicazione di numero telefono e fax identici nella domanda di partecipazione alla gara; g) segreteria telefonica che risponde al medesimo numero; h) contratti di locazione di entrambe le sedi delle società stipulati con la stessa locataria; in tal caso, infatti, deve

ritenersi comprovata la sussistenza di plurimi elementi univoci che dimostrano l'imputabilità delle offerte ad un unico centro decisionale, con conseguente illegittimità dell'aggiudicazione per violazione dei principi di segretezza delle offerte e di trasparenza delle gare pubbliche nonché della parità di trattamento dei concorrenti.

TAR UMBRIA, SEZ. I – sentenza 1° dicembre 2016 n. 749

Sull'estinzione del reato

L'omessa dichiarazione di una condanna penale costituisce legittima causa di esclusione dalla gara, senza che sia possibile invocare un automatico effetto estintivo del reato ex art. 460, comma 5, c.p.p., in quanto l'estinzione deve essere formalizzata in una pronuncia espressa del giudice dell'esecuzione penale antecedente al termine di scadenza fissato per la presentazione delle offerte (termine entro il quale devono essere posseduti i requisiti partecipativi).

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. IV – sentenza 2 dicembre 2016 n. 5052

Sull'inammissibilità dell'avvalimento generico

1. Nelle gare pubbliche di appalto, non può ritenersi valido ed efficace il contratto di avvalimento che si limiti ad indicare genericamente che l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti della concorrente a fornirle i propri requisiti e a mettere a sua disposizione le risorse necessarie, di cui essa è mancante, per tutta la durata dell'appalto, senza però in alcun modo precisare in che cosa tali risorse materialmente consistano. Nè tale carenza può ritenersi colmata dal semplice riferimento contrattuale all'attestazione SOA per le categorie in questione; le parti, principale e ausiliaria, devono infatti impegnarsi a mettere a disposizione non il solo requisito soggettivo quale mero valore astratto, ma è necessario che risulti chiaramente che l'ausiliaria presti le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo, a seconda dei casi: mezzi, personale e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti.

2. Nel caso in cui la *lex specialis* della gara preveda che "i concorrenti" debbono produrre, a pena di esclusione, garanzia provvisoria a copertura della mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'aggiudicatario ai sensi dell'art. 75 del d.lgs. 163/2006, l'onere cauzionale in parola non può gravare anche su un soggetto ulteriore e diverso, quale le società avvalse; invero, in mancanza di una specifica previsione della *lex specialis*, non sussiste un obbligo di inclusione nell'intestazione della cauzione provvisoria, riferito alle imprese ausiliarie discendente dall'art. 49 del D.Lgs. n. 163 del 2006, posto che ivi, dopo aver contemplato un regime di responsabilità solidale tra l'impresa avvalente e quella ausiliaria, si dispone che il contratto di appalto è comunque eseguito dall'impresa avvalente, a nome della quale è rilasciato il certificato di esecuzione dei lavori.

TAR PUGLIA – LECCE, SEZ. III – sentenza 2 dicembre 2016 n. 1834

Sulla prevalenza (in caso di contrasto) del bando sul disciplinare

E' illegittimo il provvedimento con il quale la P.A. ha escluso una ditta da una gara di appalto, motivato con riferimento al fatto che la domanda di partecipazione è stata presentata in ritardo rispetto al termine indicato dalla *lex specialis*, nel caso in cui: a) sussista un contrasto tra il termine indicato dal bando e quello indicato dal disciplinare di gara; b) la domanda sia stata presentata con ritardo rispetto ai termini – differenziati per la presentazione delle offerte in relazione alla prescelta modalità di presentazione delle stesse – indicati dal disciplinare, ma tempestivamente rispetto al termine indicato nel bando; infatti l'acclarata situazione di contrasto tra bando e disciplinare determina senz'altro la prevalenza del primo in parte qua, in quanto fonte normativa gerarchicamente sovraordinata rispetto al secondo.

AUTORITÀ NAZIONALE ANTICORRUZIONE – DELIBERA 16 novembre 2016 (in G.U. n. 283 del 3 dicembre 2016) – Linee guida n. 5, di attuazione del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, recanti «Criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell’Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici».

CORTE DI CASSAZIONE, SEZ. UNITE CIVILI – ordinanza 7 dicembre 2016 n. 25041

Risarcimento danni richiesto da altro concorrente per annullamento di una procedura di gara

Va dichiarata la giurisdizione del giudice ordinario per una azione di risarcimento dei danni per responsabilità precontrattuale, o comunque extracontrattuale proposta da una società privata nei confronti di un ente pubblico per un ordine di fornitura poi annullato dal giudice amministrativo, su ricorso di una società concorrente, per l’omessa adozione di una procedura ad evidenza pubblica.

TAR CAMPANIA – SALERNO - SEZ. I, sentenza 9 dicembre 2016, n. 2631

Sull’indicazione delle prestazioni in caso di raggruppamenti di tipo “orizzontale”

La distinzione tra - e la stessa configurazione di - raggruppamenti di tipo orizzontale e verticale, *ex art. 48, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50*, con riferimento allo specifico procedimento di gara, presuppone che la *lex specialis* abbia indicato la prestazione principale e quella/e secondaria/e; pertanto, ove, invece, la *lex specialis* non rechi la suddetta distinzione, indicando quale oggetto dell’affidamento un servizio unitario, pur articolato in diversi segmenti attuativi, la qualificazione -come orizzontale- di un raggruppamento concorrente discende ed è coerente con la disciplina di gara, in assenza dei presupposti (correlati alla necessaria distinzione ad opera del bando delle prestazioni oggetto di affidamento) per la configurazione di un raggruppamento di tipo verticale.

L’indicazione nell’offerta delle imprese ricorrenti delle singole parti dell’unitario servizio, la cui esecuzione è demandata alle imprese raggruppate, lungi dal contraddire la suddetta auto-qualificazione del raggruppamento ricorrente come orizzontale (che, ai sensi del comma 2 dell’art. 48, d.lgs. n. 50 del 2016, presuppone che gli operatori economici eseguono il medesimo tipo di prestazione), risponde alla prescrizione di cui all’art. 48, comma 4, d.lgs. n. 50 del 2016, ai sensi del quale “*nel caso di forniture o servizi nell’offerta devono essere specificate le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati*”.

TAR MOLISE – sentenza 9 dicembre 2016, n. 513

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

L’art. 95, comma 10, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, secondo cui “nell’offerta economica l’operatore deve indicare i propri costi aziendali concernenti l’adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro”, configura 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.

Nelle gare d'appalto sotto soglia da aggiudicare mediante procedura negoziata con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi degli artt. 36, comma 2, lett. b), 95, comma 10, e 216, comma 9, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, deve essere escluso il concorrente che non ha indicato nell’offerta gli oneri di sicurezza aziendale senza che sia possibile invocare l’istituto del soccorso istruttorio.

La dichiarazione dei costi aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro configura un elemento essenziale dell'offerta economica non può ritenersi integrabile ex post mediante l'istituto del soccorso istruttorio e comporta l'esclusione dalla gara anche in assenza di una espressa sanzione prevista dalla legge o dal disciplinare. Siffatta dichiarazione è obbligatoria anche in mancanza di espressa previsione di tale obbligo dichiarativo nel disciplinare di gara e nella lettera di invito, come pure nel modulo di predisposizione dell'offerta, se la gara è espletata ai sensi del nuovo Codice dei contratti e cioè del nuovo corpus normativo disciplinante la materia degli appalti che prevede in via generalizzata l'obbligo di immediata dichiarazione degli oneri relativi alla sicurezza già in fase di predisposizione dell'offerta economica.

TAR TOSCANA, SEZ. III – sentenza 12 dicembre 2016 n. 1755

Sulla suddivisione in lotti

La “suddivisione in lotti”, prevista dall’art. 51 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (nuovo codice dei contratti pubblici) al fine di favorire l’accesso alle gare pubbliche delle micro, piccole e medie imprese, non è prevista in termini assoluti, ma costituisce un principio che può essere derogato, seppure con una decisione adeguatamente motivata; lo stesso art. 51, al comma 1, secondo periodo, del codice degli appalti, del resto, afferma che “le stazioni appaltanti motivano la mancata suddivisione dell’appalto in lotti nel bando di gara o nella lettera d’invito e nella relazione unica di cui agli artt. 99 e 139”.

TAR LAZIO, SEZ. III ter – sentenza 12 dicembre 2016 n. 12439

Sulla vincolatività dei casi di aggiudicazione con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa

L’art. 95 del codice dei contratti, al comma 3 individua alcune categorie di “contratti” aggiudicabili “esclusivamente sulla base del criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo”; tra questi, i contratti relativi ai servizi “ad alta intensità di manodopera, come definiti all’articolo 50, comma 1” (lett. a), ossia “quelli nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50 per cento dell’importo totale del contratto”.

TAR LAZIO, SEZ. II – sentenza 13 dicembre 2016 n. 12405

Sull’inapplicabilità del collegamento sostanziale in caso di gara suddivisa in lotti

Il comma 5, lett. m, dell’art. 80, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 80 (secondo cui è escluso dalla gara l'operatore economico che si trovi rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo di cui all'art. 2359 c.c. o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale), non si applica nell’ipotesi in cui le offerte presentate dalle imprese si riferiscano a lotti diversi, e ciò in quanto un bando di gara pubblica, suddiviso in lotti, costituisce un atto ad oggetto plurimo e determina l’indizione non di un’unica gara, ma di tante gare, per ognuna delle quali vi è un’autonoma procedura si conclude con un’aggiudicazione.

CORTE COSTITUZIONALE – sentenza 14 dicembre 2016 n. 263

Sulla potestà legislativa statale in tema di attività contrattuale della PA

1. Le disposizioni del d.lgs. n. 163 del 2006 (codice dei contratti pubblici) regolanti le procedure di gara, anche se relative ad appalti sotto soglia, sono riconducibili alla materia della tutela della concorrenza e vanno ascritte

all'area delle norme fondamentali delle riforme economico-sociali, nonché delle norme con le quali lo Stato ha dato attuazione agli obblighi internazionali nascenti dalla partecipazione dell'Italia all'Unione europea, sicché le autonomie speciali non possono dettare discipline da esse difformi.

2. Va dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 19, comma 6, della legge della Regione siciliana 12 luglio 2011, n. 12, come sostituito dell'art. 1 della legge della Regione siciliana 10 luglio 2015, n. 14 (Modifiche all'articolo 19 della legge regionale 12 luglio 2011, n. 12); tale disciplina regionale, infatti, detta una disciplina in materia di offerte anomale nelle gare di appalto difforme da quella prevista dal d.lgs. n. 163 del 2006 (codice dei contratti pubblici), prevedendo in particolare un articolato procedimento in contraddittorio con le imprese che hanno presentato offerte anormalmente basse (art. 88), indicando i criteri di verifica di tali offerte (art. 87) e gli strumenti di rilevazione della congruità dei prezzi (art. 89), demandando a un decreto assessoriale l'individuazione di non meglio specificate modalità di verifica per la congruità dell'offerta (e di eventuali ulteriori disposizioni per la valutazione della corrispondenza fra le previsioni formulate in sede di verifica di congruità dell'offerta e l'esecuzione delle opere).

TAR CALABRIA – REGGIO CALABRIA – sentenza 15 dicembre 2016 n. 1315

Sulle offerte anomale

Ai sensi dell'art. 97, comma 5, lett. a), del D.L.vo 18 aprile 2016 n. 50 (nuovo codice dei contratti pubblici), la P.A. appaltante è obbligata ad escludere il concorrente quando sia stato accertato che l'offerta è anormalmente bassa, in quanto, tra l'altro, non rispetta gli obblighi di cui all'art. 30, comma 3, lett. a) dello stesso D.L.vo, ovvero il costo del personale è inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle di cui all'art. 23 comma 16 del codice medesimo. Il rinvio operato dall'art. 97 comma 5 lett. a) all'art. 30 comma 3 implica che, nella esecuzione degli appalti pubblici, gli operatori economici sono obbligati a rispettare le norme poste a tutela dei diritti sociali, ambientali e del lavoro, essendo preciso obbligo della stazione appaltante chiedere i necessari giustificativi in sede di verifica sull'anomalia dell'offerta; con il vincolato esito della dovuta esclusione dell'offerta proposta in spregio degli obblighi retributivi minimi, e ciò, si badi bene, anche indipendentemente dalla congruità dell'offerta valutata nel suo complesso.

TAR PUGLIA – LECCE, SEZ. II – sentenza 15 dicembre 2016 n. 1906

Sul principio di rotazione

Per gli appalti c.d. sotto-soglia, l'art 36, comma 1, del D.L.vo 18 aprile 2016 n. 50, prevede l'osservanza del principio di rotazione, quale norma speciale che prevale sulla normativa attinente alle gare in generale; alla stregua di tale disciplina, non può configurarsi, in linea di principio, alcun obbligo per la Stazione appaltante di invitare il gestore uscente, ma una mera facoltà, di cui, proprio per il principio di massima partecipazione e in caso di esercizio effettivo, la stessa P.A. deve dare motivato conto all'esterno (alla stregua del principio nella specie è stato ritenuto legittimo il mancato invito del gestore uscente per un affidamento ex art. 36, 2° comma, del D. Lgs. n. 50/2016; si trattava del servizio di gestione del sistema informatico comunale).

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – ordinanza 15 dicembre 2016 n. 5582

Sull'obbligatoria indicazione degli oneri di sicurezza aziendali

Appare legittima l'esclusione da una gara di appalto celebrata nel vigore del D.L.vo n. 50/2016 (nuovo codice degli appalti) di una società che non ha indicato gli oneri per la sicurezza cc.dd. 'interni o aziendali', con conseguente violazione dell'articolo 95 del decreto legislativo n. 50 del 2016 (il quale, al comma 10, prevede che "nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi aziendali concernenti l'adempimento delle

disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro⁴); in ogni caso non emergono allo stato profili di incompatibilità fra le disposizioni di diritto interno che impongono ora in modo tassativo tale indicazione e il pertinente paradigma normativo eurounitario.

TAR LIGURIA, SEZ. I – sentenza 15 dicembre 2016 n. 1240

Sull'illegittimità dell'esclusione automatica delle offerte anomale

E' illegittimo, per violazione dell'art. 97, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016, il provvedimento con il quale la P.A., in ragione della sospetta anomalia di una offerta, ha escluso automaticamente, da una procedura negoziata, la ditta interessata, nel caso in cui difetti una specifica previsione della lex specialis in tal senso; infatti, l'esclusione automatica è un meccanismo che limita il confronto concorrenziale e incide potenzialmente sulla par condicio delle imprese partecipanti; con la conseguenza che, in assenza di una espressa previsione, nel bando di gara, di una clausola che la preveda, sussiste la necessità dello svolgimento della verifica di anomalia negli ordinari termini di contraddittorio con l'impresa interessata.

TAR ABRUZZO – L'AQUILA, SEZ. I – sentenza 15 dicembre 2016 n. 793

Sull'obbligo di dichiarare una precedente risoluzione

E' illegittima l'aggiudicazione di una gara di appalto in favore di una ditta che, in sede di partecipazione alla gara, ha ommesso di dichiarare un proprio precedente errore professionale contestato da altra P.A. (nella specie, si trattava di un errore di progettazione), a nulla rilevando che il precedente episodio di errore professionale sia *sub iudice*, essendo sufficiente che il relativo accertamento sia nella sede amministrativa; infatti, sussiste l'obbligo del partecipante ad una pubblica gara di mettere a conoscenza la Stazione appaltante delle vicende pregresse (negligenze ed errori) o fatti risolutivi occorsi in precedenti rapporti contrattuali con le pubbliche amministrazioni.

TAR LOMBARDIA - BRESCIA, SEZ. II - 19 dicembre 2016 n. 1757

Sulla nomina del RUP quale presidente della Commissione di gara

L'art. 77, prima parte, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, che disciplina la formazione e l'attività delle commissioni di gara, si applica solo a regime, ovvero dopo che sarà stato creato l'albo dei commissari cui essa allude, e che al presente ancora non esiste; sino a quel momento, ai sensi del comma 12 dello stesso art. 77, "la commissione continua ad essere nominata dall'organo della stazione appaltante competente ad effettuare la scelta del soggetto affidatario del contratto, secondo regole di competenza e trasparenza preventivamente individuate da ciascuna stazione appaltante". Anche dopo l'entrata in vigore dell'art. 77, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, può essere nominato presidente della commissione di gara anche il Responsabile unico del procedimento.

TAR CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. II – sentenza 19 dicembre 2016 n. 5832

Sull'insussistenza dell'obbligo di provvedere a fronte di un'istanza di revoca della gara

Nel caso in cui la ditta seconda classificata in una gara di appalto, ritenendo illegittima l'aggiudicazione, abbia inoltrato alla stazione appaltante un'istanza tendente ad ottenere la revoca in autotutela della medesima aggiudicazione, non sussiste, in capo alla P.A., l'obbligo di provvedere su tale istanza. I provvedimenti di autotutela sono manifestazione dell'esercizio di un potere tipicamente discrezionale dell'amministrazione che

non ha alcun obbligo di attivarlo e, qualora intenda farlo, deve valutare la sussistenza o meno di un interesse che giustifichi la rimozione dell'atto, valutazione che non può ritenersi dovuta nel caso di una situazione già definita con provvedimento inoppugnabile; pertanto, una volta che il privato, o per aver esaurito i mezzi di impugnazione che l'ordinamento gli garantisce, o per aver lasciato trascorrere senza attivarsi il termine previsto a pena di decadenza, si trovi di fronte ad un provvedimento inoppugnabile a fronte del quale può solo sollecitare l'esercizio del potere da parte dell'amministrazione, quest'ultima, a fronte della domanda di riesame non ha alcun obbligo di rispondere.

TAR EMILIA ROMAGNA – BOLOGNA, SEZ. II – sentenza 21 dicembre 2016 n. 1055

Sull'ammissibilità di un'offerta tecnica composta da un numero di pagine superiore a quello previsto

Non può ritenersi illegittima l'aggiudicazione, per il solo fatto che la ditta risultata vittoriosa ha presentato una offerta tecnica recante un numero di righe superiore a quello massimo previsto dal disciplinare; infatti, alla stregua del principio di tassatività delle cause di esclusione, deve escludersi che tra tali cause, possa essere annoverato il superamento di limiti dimensionali in senso materiale dell'offerta; e ciò sul rilievo che detti limiti dimensionali non sono imposti da alcuna disposizione di legge; con la conseguenza che, in assenza di disposizioni normative, l'interessato può presentare un atto avente il numero delle pagine che ritenga opportuno.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 22 dicembre 2016 n. 5423

Sul c.d. “avvalimento di garanzia”

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; ne consegue che, in tal caso, 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 prestare ed a mettere a disposizione della c.d. società ausiliata la sua complessiva solidità finanziaria ed il suo patrimonio esperienziale.

Allorquando un'impresa intenda avvalersi dei requisiti finanziari di un'altra, «la prestazione 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'», e cioè «il suo valore aggiunto in termini di “solidità finanziaria” e di acclarata “esperienza di settore», dei quali il fatturato costituisce indice significativo (Cons. Stato, III, 4 novembre 2015, nn. 5038 e 5041, 2 ottobre 2015, n. 4617).

TAR PUGLIA – LECCE, SEZ. III – sentenza 22 dicembre 2016 n. 1935

Sull'insussistenza del grave illecito professionale in caso di risoluzione oggetto di impugnativa pendente

E' illegittima la esclusione di una ditta da una gara di appalto, disposta per asseriti gravi illeciti professionali *ex* art. 80, comma 5, let. c) del d.lgs. n. 50 del 2016, nel caso in cui l'Amministrazione non abbia compiutamente dimostrato con mezzi adeguati che l'operatore si è reso colpevole di gravi illeciti professionali tali da rendere

dubbia la sua integrità o affidabilità, e, in particolare, laddove: a) l'esclusione sia stata disposta in ragione di una precedente risoluzione contrattuale disposta da altra P.A.; b) la ditta interessata abbia formalmente contestato tale risoluzione in sede giudiziale; c) il giudizio sia ancora pendente. In tal caso, infatti, l'allegato inadempimento difetta della prova dei caratteri della definitività e della gravità e la parte interessata non ha, pertanto, provato con mezzi adeguati che l'operatore si è reso colpevole di gravi illeciti professionali.

ANAC - **Linee Guida n. 6**, recante «*Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice*», pubblicate in data **22 dicembre 2016** (deliberate in data 16 novembre 2016).

TAR SICILIA – PALERMO, SEZ. III – sentenza 22 dicembre 2016 n. 3057

Sull'incompetenza della Giunta ad adottare un avviso puntuale e dettagliato per conferimento incarico

1. E' illegittima, per violazione dell'art. 107 del d.lgs. n. 267 del 2000 e per difetto di competenza, una deliberazione con la quale la Giunta comunale, ritenendo di adottare un mero atto di indirizzo politico-amministrativo, ha approvato un avviso pubblico esplorativo per l'individuazione di n. 3 avvocati, per l'affidamento degli incarichi professionali, nel caso in cui l'esecutivo comunale abbia specificamente indicato le condizioni di affidamento degli incarichi stessi, minuziosamente disciplinando la procedura e individuando i soggetti prescelti; in tal caso, infatti, la Giunta non si è limitata ad adottare un atto di indirizzo generale di assegnazione al dirigente dell'obiettivo di indire una selezione per l'individuazione di avvocati esterni ai quali affidare il contenzioso dell'ente, ma ha minuziosamente disciplinato la procedura e individuato i soggetti prescelti, svolgendo, quindi, attività di natura gestionale, e demandando al dirigente semplicemente il compito di sottoscrivere il disciplinare di incarico, ovvero sia un'attività meramente esecutiva.

2. E' illegittimo un avviso pubblico per l'individuazione di n. 3 avvocati, per l'affidamento degli incarichi professionali, nella parte in cui ha stabilito che, ai fini del conferimento degli incarichi, i professionisti devono costituirsi in associazione temporanea di scopo; infatti, l'art. 4 dell'ordinamento forense disciplina in maniera puntuale le modalità di costituzione di un'associazione tra avvocati la quale non può che avvenire liberamente.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 28 dicembre 2016 n. 5494

Sull'irregolarità fiscale

E' legittima – ai sensi dell'art. 38, comma 1, del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 – l'esclusione da una gara di appalto di un ditta che abbia omesso il pagamento di imposte e tasse per un importo superiore all'importo di cui all'articolo 48-bis, commi 1 e 2-bis, del DPR 29 settembre 1973, n. 602 (10.000 euro), a nulla rilevando il fatto che, al momento della scadenza della cartella esattoriale, fosse già stato dichiarato lo stato d'insolvenza, atteso che tale circostanza non impedisce che il debito tributario possa considerarsi esigibile.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 28 dicembre 2016 n. 5488

Sui limiti al soccorso istruttorio

1. Nei procedimenti ad evidenza pubblica, il soccorso istruttorio non può essere utilizzato per sopperire a dichiarazioni riguardanti elementi essenziali ai fini della partecipazione radicalmente mancanti ma soltanto per chiarire o completare dichiarazioni o documenti già comunque acquisiti agli atti di gara.

2. In una gara di appalto, non può essere consentito di ovviare all'omessa produzione di documentazione essenziale ai fini dell'ammissione (nella specie si trattava di dichiarazioni concernenti il possesso dei requisiti generali) mediante il ricorso al soccorso istruttorio, atteso che il rimedio in parola non può essere utilizzato per sanare la mancanza di dichiarazioni o documentazione da allegare, a pena di esclusione, alla domanda di partecipazione.

Sul risarcimento del danno derivante da mancata aggiudicazione

3. Il risarcimento del danno derivante da ritardata aggiudicazione può essere fissato dal g.a. in via equitativa (nella specie il danno è stato liquidato nella misura di un terzo dell'utile dichiarato dalla ditta ricorrente in sede di offerta, per il periodo intercorrente dalla già avvenuta stipula del contratto fino all'effettivo subentro della ricorrente). Trattandosi di danno da fatto illecito, sull'importo determinato dovranno essere corrisposti rivalutazione monetaria e interessi legali sul capitale via via rivalutato, dal momento della stipula del contratto sino all'effettivo soddisfo.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 28 dicembre 2016 n. 5478

Sulla necessità di dichiarare tutte le condanne, anche se risalenti nel tempo

E' legittima, in quanto sufficientemente motivata, la revoca in autotutela dell'aggiudicazione di una gara di appalto, disposta con riferimento al fatto che il rappresentante legale e direttore tecnico della ditta aggiudicataria ha omesso di dichiarare un risalente precedente penale (nella specie si trattava di un reato edilizio), a nulla rilevando la circostanza secondo cui il reato si sia estinto per il decorso dei termini di legge, ove difetti un formale accertamento e provvedimento in tal senso del giudice dell'esecuzione penale; infatti, per un verso, i concorrenti sono tenuti a dichiarare tutti i fatti e i dati che possono rilevare ai fini del giudizio di affidabilità morale spettante alla stazione appaltante (art. 38, comma 2, d.lgs. n. 163 del 2006) e, per l'altro, solo a seguito del provvedimento del giudice dell'esecuzione penale, il reato si può considerare davvero estinto.

TAR LOMBARDIA, BRESCIA, Sez. II – sentenza 29 dicembre 2016, n. 1790

Sull'ammissibilità del soccorso istruttorio per l'indicazione dei nominativi dei subappaltatori

Ai sensi dell'art. 105, comma 6, del nuovo Codice dei contratti pubblici, non deve essere esclusa dalla gara l'impresa che ha indicato nell'offerta di volersi avvalere del subappalto ma che, in violazione della disciplina introdotta dal Codice, non ha indicato una terna di subappaltatori, trattandosi di irregolarità essenziale ma sanabile con il c.d. soccorsi istruttorio oneroso ex art. 83, comma 9, dello stesso Codice.

TAR LIGURIA, Sez. II – sentenza 30 dicembre 2016, n. 1278

Sulla prorogabilità del termine di presentazione delle offerte

L'art. 79 del D. Lgs. n. 50/2016 ammette implicitamente, al comma 5, la possibilità ("non sono tenute"), rimessa alla discrezionalità amministrativa, di disporre la proroga, oltre che – doverosamente - in caso di informazioni significative per qualunque motivo (e, dunque, anche per un colpevole ritardo della stazione appaltante) tardivamente fornite rispetto a richieste tempestive (comma 3), anche in caso di informazioni supplementari che non siano state richieste in tempo utile, sicché la motivazione del provvedimento appare congrua rispetto alla necessità di rispettare il termine di cui all'art. 74, comma 4, del D. Lgs. n. 50/2016 (sei giorni prima della scadenza del termine per la ricezione delle offerte).