

LABORATORIO:
APPALTI@ PSR.BAS.1420

ACCOMPAGNAMENTO APPLICAZIONE PROCEDURE DI GARA A VALERE SUL PSR
BASILICATA 2014-2020

Rassegna giurisprudenziale sulle procedure ad evidenza pubblica

(gennaio – marzo 2017)

a cura di Francesco Armenante consulente FormezPA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

E' legittimo il provvedimento con il quale la P.A., prima della stipula del contratto e/o convenzione, ha disposto la revoca in autotutela dell'aggiudicazione definitiva di una gara per l'affidamento in

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

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

Sui presupposti per fissare requisiti più rigorosi

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

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

Sul diniego di iscrizione alla white list

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

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

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

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

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

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

Sulle modalità di conservazione dei plichi

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

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

Sui presupposti per la previsione di requisiti di partecipazione più rigorosi

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

Sempre in ragione del criterio dell'adeguatezza, stavolta congiunto a quello della necessità, tali particolari requisiti vanno parametrati all'oggetto complessivo del contratto di appalto ed essere riferiti alle sue specifiche peculiarità, al fine di valutarne la corrispondenza effettiva e concreta alla gara medesima, specie con riferimento a quei requisiti che esprimono la capacità tecnica dei concorrenti.

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

Sull'esclusione della ditta per conflitto di interesse

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

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

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

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

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

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

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

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

Sulla formula matematica per la valutazione dell'offerta

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

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

Sugli oneri di sicurezza aziendali nel precedente codice

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

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

Sulla differenza tra proposte migliorative e varianti

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

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

Sugli oneri di sicurezza aziendali

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

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

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

Sull'accesso alla fase esecutiva dell'appalto

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

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

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

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

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

Sulle necessaria persistenza dei requisiti di partecipazione

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

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

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

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

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

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

4. Nel caso di avvalimento infragruppo, è da ritenere sufficiente la produzione della dichiarazione sostitutiva attestante il legame giuridico ed economico esistente nel gruppo *ex* art. 49, comma 2, lett. g), d.lgs. n. 163 del 2006, che accorda un regime probatorio e documentale semplificato in favore delle imprese appartenenti al medesimo gruppo societario; infatti, non sussiste l'obbligo di stipulare con l'impresa appartenente allo stesso gruppo un contratto di avvalimento, con il quale l'impresa ausiliaria si obbliga a mettere a disposizione del concorrente le risorse necessarie per tutta la durata del contratto, essendo sufficiente, in base alla disposizione di cui all'art. 49, co. 2, lett. g), d.lgs. n. 163 del 2006 una dichiarazione unilaterale attestante il legame giuridico ed economico esistente nel gruppo.

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

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

Ai sensi dell'art. 95, commi 2, 3 e 4, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, legittimamente la stazione appaltante fa ricorso al criterio del minor prezzo per affidare un appalto sotto soglia comunitaria (nella specie, relativo al servizio di vigilanza antincendio dei presidi ospedalieri di una Azienda sanitaria) che, pur relativo a servizio ad elevata manodopera, ha per oggetto una prestazione fortemente ripetitiva.

Il Tar, in ordine al rapporto tra le prescrizioni dei commi 3 e 4 dell'art. 95, d.lgs. n. 50 del 2016, che esse si trovano in rapporto di complementarietà. In un sistema in cui il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa è quello che la Stazione appaltante deve di regola seguire, il comma 3 stabilisce i casi in cui gli appalti "sono aggiudicati esclusivamente sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa". Si tratta, tra l'altro, dei contratti relativi a "servizi ad alta intensità di manodopera, come definiti all'art. 50, comma 1". Il successivo comma 4, però, prevede una deroga al sistema delineato dai commi 2 e 3 dell'art. 95 citato, ammettendo il criterio del minor prezzo, tra l'altro, per l'affidamento di "servizi e forniture di importo inferiore alla soglia di cui all'art. 35, caratterizzati da elevata ripetitività, fatta eccezione per quelli di notevole contenuto tecnologico o che hanno un carattere innovativo". Insomma, qualora l'appalto rientri in uno dei casi di cui al comma 4 del citato art. 95 è aggiudicabile con il criterio del massimo ribasso. Se poi l'appalto presenta, come nel caso di specie, entrambe le caratteristiche, nel senso che, in forza del suo oggetto, rientra tanto nell'ambito di applicazione del comma 3, tanto nell'ambito di applicazione del comma 4, la previsione di esclusività del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa cede il passo alla possibilità di aggiudicare l'appalto al massimo ribasso.

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

Sulla non doverosità della sanzione in caso di mancato soccorso istruttorio

Deve ritenersi che l'art. 83, comma 9, del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 (secondo cui "la sanzione è dovuta esclusivamente in caso di regolarizzazione") abbia natura interpretativa e non innovativa e che, pertanto, la disciplina previgente (art. 38 comma 2 *bis* e 46 comma 1 *ter* del d.lgs. 12 aprile n. 163) vada interpretata nel senso di ritenere applicabile la sanzione solo nel caso in cui la ditta interessata abbia interesse alla regolarizzazione (alla stregua del principio nella specie è stato ritenuto illegittimo il provvedimento con il quale la stazione appaltante aveva applicato la sanzione prevista per la regolarizzazione, nonostante che la ditta interessata avesse informato la stazione appaltante stessa che non intendeva avvalersi della procedura sanante prevista dall'art. 38, comma 2 *bis*).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Sul requisito della regolarità fiscale e sulla decadenza della rateizzazione

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

esattoriali notificate alla impresa per l'omesso tempestivo pagamento dei ratei, in quanto deducete vizi propri del solo procedimento esattivo, che non incide sulla definitività dell'obbligazione tributaria a monte, già certa, liquida ed esigibile.

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

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

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

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

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

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

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

Sulla decorrenza del termine di impugnazione

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1. Nelle gare di appalto, un'offerta formulata in modo impreciso (o vago, sommario, generico) non può che essere considerata inidonea – siccome affetta da un vizio che la rende inefficace (se non addirittura radicalmente invalida) – ad adempiere alla sua funzione.

2. Il “soccorso istruttorio” non può essere utilizzato per “correggere” (*ex post*) le ambiguità scaturite da un’offerta formulata in modo impreciso; diversamente opinando si finirebbe con il consentire al concorrente che ha formulato l’offerta ambigua, di correggere (o rettificare) la sua azione propositiva a gara già avviata, conformandola utilmente al raggiungimento del risultato; il che finirebbe con l’alterare la par condicio dei concorrenti.

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

Sulla possibilità di correzione di errori materiali nell’offerta

1. Le offerte presentate in una procedura di affidamento di contratti pubblici devono essere interpretate al fine di ricercare l’effettiva volontà dell’impresa partecipante alla gara, anche superandone le eventuali ambiguità, a condizione di giungere ad esiti certi circa la portata dell’impegno negoziale assunto con tali offerte. In base a tale principio in particolare deve ritenersi che la commissione possa in ipotesi anche rettificare errori materiali di calcolo, mentre le è precluso qualsiasi intervento manipolativo sulle offerte.

2. L’indicazione nell’offerta presentata di oneri interni per la sicurezza pari a zero non comporta l’esclusione della concorrente per motivi di ordine formale, ed in particolare per violazione dell’art. 87, comma 4, del d.lgs. n. 163 del 2006. Infatti, allorché un importo a questo titolo sia indicato, e sebbene questa indicazione sia di ordine negativo, nel senso che nessuna spesa la concorrente sosterebbe per questa voce, ogni questione di verifica del rispetto dei doveri concernenti la salute e sicurezza sul lavoro si sposta dal versante dichiarativo a quello sostanziale, concernente la congruità di una simile quantificazione.

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

Sul contenuto del contratto di avvalimento

1. Ai fini della determinazione del contenuto necessario per il contratto di avvalimento nelle gare di appalto occorre distinguere fra requisiti generali (requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico-organizzativo) e risorse; soltanto per queste ultime, infatti, si giustifica l’esigenza di una messa “a disposizione” in modo specifico, con la conseguenza che il contratto di avvalimento dovrà per ciò stesso essere ad oggetto necessariamente determinato, piuttosto che semplicemente determinabile.

2. Ai fini della determinazione del contenuto del contratto di avvalimento nelle gare di appalto, poiché non sono ancora entrati in vigore i “pertinenti atti attuativi”, previsti dall’art. 217, comma 1, lett. u) n. 1, del nuovo codice dei contratti – “atti attuativi” ai quali è subordinata la cedevolezza delle disposizioni del regolamento al previgente codice dei contratti, approvato con d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 – deve a tutt’oggi ritenersi in vigore la previsione del comma 1 dell’art. 88 del regolamento, secondo cui il contratto di avvalimento “deve riportare in modo compiuto, esplicito ed esauriente: a) oggetto: le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico”.

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

Sull’illegittimità dell’esclusione automatica dell’offerta anomala

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

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

Sul giudizio di anomalia dell'offerta

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

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

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

Sulla partecipazione alle gara delle Associazioni di volontariato

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

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

Sull'informativa antimafia

1. Nell'ipotesi in cui non vengano impugnati, unitamente all'informativa antimafia, atti inerenti alla procedura di gara, di cui all'art. 119, comma 1, lett. a), c.p.a., ma solo il recesso dal contratto di appalto e gli atti consequenziali, non si applica il termine dimidiato di 30 giorni previsto dall'art. 120, comma 5, del cod. proc. amm., ma quello ordinario di 60 giorni, atteso che in tal caso non sussiste

l'interesse pubblico specifico alla sollecita definizione delle relative controversie, sotteso alla disposizione che dimezza i termini processuali.

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

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

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

Sulla revoca della gara per mancato rispetto della clausola sociale

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

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

Sul principio di pubblicità delle operazioni di gara

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Nel caso in cui una ditta che ha concorso ad una gara, per la quale la *lex specialis* aveva previsto l'invio telematico delle offerte, abbia trasmesso il file contenente il modello di dichiarazione di offerta economica illeggibile, non è applicabile l'istituto del c.d. soccorso istruttorio e va disposta l'esclusione ai sensi dell'art. 46, comma 1 bis, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, essendosi – così come previsto da

quest'ultima norma – in presenza di un'ipotesi di “incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali”, non essendo le firme digitali leggibili.

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

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

Sulla necessaria indicazione, per le concessioni, del fatturato stimato

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Sul divieto di modificazione soggettiva nelle gare d’appalto

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

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

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

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

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

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

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

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

Sul giudizio di anomalia dell'offerta

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

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

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

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

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

Sul contenuto del contratto in caso di avvalimento di garanzia

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

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

Sui limiti della previsione di requisiti più rigorosi

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

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

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

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

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

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

1. L'art. 2, comma 1, lett. c) della l. 13 agosto 2010, n. 136 (il quale ha istituito la Banca dati nazionale unica della documentazione antimafia, con immediata efficacia delle informative antimafia negative su tutto il territorio nazionale e "con riferimento a tutti i rapporti, anche già in essere, con la pubblica amministrazione, finalizzata all'accelerazione delle procedure di rilascio della medesima documentazione e al potenziamento dell'attività di prevenzione dei tentativi di infiltrazione mafiosa nell'attività di impresa") si riferisce a tutti i rapporti con la P.A., senza differenziare le autorizzazioni dalle concessioni e dai contratti, come fanno invece, ed espressamente, le lett. a) e b); dunque, la lettera c) si riferisce anche a quei rapporti che, per quanto oggetto di mera autorizzazione, hanno un impatto fortissimo e potenzialmente devastante su beni e interessi pubblici, come nei casi di scarico di sostanze inquinanti o l'esercizio di attività pericolose per la salute e per l'ambiente (1).

2. Nel caso in cui il rapporto della concessione demaniale non attinga la soglia di € 150.000,00 prevista dall'art. 83, comma 3, lett. e), del d. lgs. n. 159 del 2011, ciò non necessariamente implica che non sia soggetto ai controlli antimafia, atteso che la predetta disposizione deve essere interpretata nel senso che non è obbligatorio, per le pubbliche amministrazioni, richiedere la documentazione antimafia anche per i provvedimenti, gli atti e contratti inferiori a tale soglia, e non nel senso che ad

esse sia vietato farlo, con un esito paradossale che conduce, di fatto, alla impenetrabilità di tali atti ai controlli antimafia, che non corrisponde affatto all'intenzione del legislatore.

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

Sulla necessità di dichiarare tutte le sanzioni subite

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

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

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

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

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

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

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

Sulla clausola sociale

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

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

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

Sul principio di segretezza dell’offerta

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1. Nel caso di gara per l'affidamento del servizio di somministrazione di bevande tramite distributori automatici da parte di un istituto scolastico è applicabile l'articolo 34 del D.I. 1 febbraio 2001, n. 44, il quale prevede espressamente, al comma 5, che: "*Le istituzioni scolastiche sono tenute ad osservare le norme dell'Unione Europea in materia di appalti e/o forniture di beni e servizi*". Da ciò discende che l'utilizzo di una procedura semplificata non può assolutamente derogare ai principi generali della materia, che risultano declinati nell'art. 2 del D.lgs. n. 163/2006, il quale opera riferimento al "rispetto dei principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità nonché quello di pubblicità".

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

illegittima la lettera di invito che non preveda la separazione delle due componenti dell'offerta, in modo da consentire, all'interno del processo valutativo, il sopra indicato modus procedendi.

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

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

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

Sull'inapplicabilità della revisione prezzi agli appalti nei settori speciali

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

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

Sulla necessaria indicazione del fatturato per la gara dei distributori

E' illegittimo un bando per l'affidamento in concessione di un servizio (nella specie si trattava del servizio di ristorazione, installazione e gestione di n. 41 distributori automatici di bevande e prodotti alimentari preconfezionati) che, in violazione dell'art. 29 del D.Lgs. 163 del 2006, non ha calcolato l'importo dell'affidamento con riferimento al fatturato presunto derivante dalla gestione del servizio, ma con riferimento al canone richiesto per l'utilizzo del bene.

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

Sul requisito del grave errore professionale

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

aggiudicataria, verificando i presupposti specifici di ciascuno di tali atti e, su questa base, facendo proprio il giudizio di gravità espresso in tali sedi.

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

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

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

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

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

Il rito "superaccelerato" previsto dai commi 2 bis e 6 bis dell'art. 120 c.p.a., aggiunto dall'art. 204, d.lgs. 18 aprile 2006, n. 50, non si applica nel caso di esclusione dalla gara fondata su presupposti diversi da quelli soggettivi e, quindi, a seguito di estromissione disposta per carenza di elementi essenziali dell'offerta tecnica prescritti dalla *lex specialis* di gara.

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

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

MINISTERO DELLE INFRASTRUTTURE E DEI TRASPORTI – DECRETO 2 dicembre 2016, n. 263 (in G.U. n. 36 del 13 febbraio 2017; in vigore dal **28 febbraio 2017) – Regolamento recante**

definizione dei requisiti che devono possedere gli operatori economici per l'affidamento dei servizi di architettura e ingegneria e individuazione dei criteri per garantire la presenza di giovani professionisti, in forma singola o associata, nei gruppi concorrenti ai bandi relativi a incarichi di progettazione, concorsi di progettazione e di idee, ai sensi dell'articolo 24, commi 2 e 5 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Nel campo delle opere pubbliche il direttore dei lavori, nel caso in cui non sia un dipendente dell'Amministrazione appaltante, è un professionista che, pur potendo assumere la veste di pubblico ufficiale nello svolgimento del compito affidatogli, rimane esterno all'Amministrazione, ha diritto al

compenso regolato dalle previsioni della tariffa approvata con L. n. 143 del 1949, senza che si instauri alcun rapporto di impiego con l'Amministrazione stessa.

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

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

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

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

3. Atteso il carattere tipico del procedimento di sospensione dei lavori, consegue che lo stesso non ammette equipollenti, tanto meno ad iniziativa dell'appaltatore; e principalmente che ne assume efficacia costitutiva il verbale di sospensione dei lavori redatto dall'ingegnere capo o dal direttore dei lavori (cui peraltro nella ricostruzione della legge si contrappone analogo successivo "verbale di ripresa dei lavori"): perciò comportando che la sua stessa emissione, la sua data e le ragioni in esso esplicitate divengono componente indefettibile (e non altrimenti dimostrabile) della sospensione disposta dalla stazione appaltante (legittima o illegittima che sia). In mancanza del quale nella forma vincolata imposta dalla legge, la stessa non è neppure configurabile, e non è di conseguenza ipotizzabile alcun giudizio di corrispondenza delle ragioni del fermo con quelle individuate dagli art.16 r.d. 350 e 30 d.p.r. 1063, né infine di responsabilità dell'amministrazione per illegittimità iniziale o sopravvenuta della sospensione; che se di fatto attuata resta imputabile all'appaltatore (che ne è l'autore).

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

del certificato, dei compensi che gli saranno corrisposti o negati e non certamente di rimetterlo in termini per l'iscrizione di quelle per le quali è maturata la decadenza per il solo fatto che la lavorazione non è esaurita, ma prosegue con tutti i maggiori oneri che essa aveva palesato fin dalle fasi precedenti.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Sulla necessità dell'iscrizione camerale per il servizio in appalto

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

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

Sulle conseguenze del fallimento della mandataria

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

2. E' legittimo il provvedimento con il quale la P.A. appaltante, senza applicare la disciplina prevista dall'art. 37, 18° comma, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, riguardante il subentro nel caso di impresa mandataria dichiarata fallita, ha revocato, in autotutela, nei confronti di una riunione temporanea di imprese, l'aggiudicazione di una gara di appalto, che sia motivata con riferimento al fallimento della mandataria, intervenuto dopo l'aggiudicazione definitiva, ma prima della stipula del contratto; infatti, il tenore testuale nonché i riferimenti nella previsione di cui all'art. 37, comma 18, cit. al "rapporto d'appalto" ed ai "lavori o servizi o forniture ancora da eseguire" presuppongono, ai fini dell'applicazione della medesima norma, che il contratto d'appalto sia stato già stipulato.

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

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

L'art. 95, comma 4, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 individua i casi in cui la stazione appaltante "può" ricorrere al criterio del minor prezzo, rimettendo alla stessa quindi la facoltà della scelta; ciò a differenza di quanto previsto dal precedente comma 3, che invece individua i casi in cui si "deve"

utilizzare il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (nella specie (Nella specie si trattava di un servizio sopra soglia di prelievo, raccolta, evacuazione e smaltimento dei rifiuti sanitari).

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

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

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

Sulla tassatività delle ipotesi di esclusione

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

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

Sul principio dell'immodificabilità della graduatoria

Nel caso in cui, dopo l'aggiudicazione definitiva, sia stata emessa una sentenza che ha ritenuto illegittima l'esclusione di una impresa da una gara, è applicabile l'art. 38, comma 2 bis, del d.lgs. n. 163 del 2006 (ed oggi riprodotto dall'art. 95, comma 15, del d.lgs. n. 50 del 2016 – nuovo codice dei contratti pubblici), secondo cui "ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte"; in tal caso, quindi, essendo già intervenuta addirittura l'aggiudicazione definitiva, la media delle offerte e della soglia di anomalia non può essere oggetto di modifica per effetto della riammissione della impresa illegittimamente esclusa, indipendentemente dalle ragioni di detta esclusione (pacificamente ascrivibili, nel caso in questione, alla stazione appaltante).

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

Sul giudizio di non anomalia dell'offerta

1. In sede di verifica delle offerte sospettate di essere anomale, la Stazione appaltante può tener conto di esternalità positive di cui il concorrente possa eventualmente giovare in relazione ad altri

contestuali servizi in corso di esecuzione; d'altra parte, la possibilità di tener conto della specifica condizione di ciascun partecipante non appare ex se discriminatoria, in quanto non legata necessariamente all'elemento dimensionale dell'impresa (essendo d'altronde sempre consentita, per elidere tale profilo, la partecipazione alle gare in composizione plurisoggettiva).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

non costituisce automaticamente un grave illecito professionale, tale da rendere dubbia la affidabilità, né integra l'ipotesi di significative carenze nell'esecuzione di un precedente appalto.

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

Sui requisiti di capacità economico-finanziaria

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

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

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

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

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

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

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

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

1. Nel caso di commissione di un mero errore circa gli obblighi dell'assunzione di lavoratori disabili in sede di compilazione della modulistica (nella specie l'offerente aveva barrato la casella che conteneva la dichiarazione di regolarità per insussistenza dell'obbligo, anziché quella di regolarità per adempimento dell'obbligo) e tale errore emerga con evidenza dai dati dell'offerta tecnica (ove era

stato dichiarato l'impiego di ben trenta unità di personale dipendente), l'errore stesso non implica alcuna violazione della l. 68/1999, essendo pacifico che la ditta in questione ha proceduto all'assunzione di lavoratori disabili nei termini di legge. Sul piano formale esso dà luogo ad una mera contraddittorietà, sorretta da buona fede e certamente non integrante una irregolarità essenziale, suscettibile di essere ricondotta a coerenza a messo di una lettura complessiva della documentazione.

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

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

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

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

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

luce della prognosi postuma fatta, che il vizio era sanabile e che l'offerente aveva interesse a sanarlo, previo pagamento della sanzione pecuniaria.

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

Sui chiarimenti resi dalla stazione appaltante

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

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

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

Sui requisiti per l'emissione dell'informativa interdittiva antimafia

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

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

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

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

Sull'indicazione di oneri di sicurezza interni pari a zero

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

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

Sull'inammissibilità della regolarizzazione postuma del DURC

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

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

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

Sugli oneri di sicurezza interni nel precedente codice

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

Sulla persistenza dei requisiti di partecipazione

2. E' principio generale che le qualificazioni richieste dal bando debbono essere possedute dai concorrenti non solo al momento della scadenza del termine per la presentazione delle offerte, ma anche in ogni successiva fase della gara e per tutta la durata dell'appalto, senza soluzione di continuità. Quando, tuttavia, la gara è aggiudicata ed il contratto stipulato, deve differenziarsi la posizione

dell'aggiudicatario da quella delle imprese collocatesi in posizione non utile: mentre infatti, per il primo, il momento contrattuale costituisce l'appendice negoziale e realizzativa della procedura ed impone il mantenimento dei requisiti richiesti e dichiarati in sede di partecipazione, per le seconde la procedura è da considerarsi terminata: l'offerta formulata non è più vincolante nei confronti dell'Amministrazione e cessa quel rapporto che si era instaurato con la domanda di partecipazione.

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

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

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

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

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

Sull'illegittimità dei macro-lotti

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

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

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

operatori economici del settore», individuabili in quelli già detentori di posizioni consolidate di mercato – incumbents, e per contro preclusa alle «imprese di media e piccola dimensione»).

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

Sull'esecuzione anticipata della prestazione

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

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

Sulla continuità della SOA in caso di rinnovo

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

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

Sul principio di rotazione negli appalti sotto-soglia

1. Nelle procedure di affidamento di lavori, servizi o forniture ai sensi dell'art. 36 del D.Lgs. n. 50/2016, definite "semplificate", va riconosciuta alle PP.AA. appaltanti una ampia discrezionalità anche nella fase dell'individuazione delle ditte da consultare e, quindi, della negazione della sussistenza di un diritto in capo a qualsiasi operatore del settore ad essere invitato alla procedura; la marcata discrezionalità che connota le predette procedure è temperata da alcuni principi, tra i quali la trasparenza (come antidoto preventivo a comportamenti arbitrari e, più in generale, alla questione "corruzione") e la rotazione (funzionale ad assicurare l'avvicendamento delle imprese affidatarie per evitare che il carattere discrezionale della scelta si traduca in uno strumento di favoritismo).

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

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

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

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

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

Sull'illegittimità della sanzione economica per carenze non essenziali

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

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

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

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

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

Sui presupposti per la riserva della progettazione agli architetti

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

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

Sul requisito del servizio analogo

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

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

Sull'avvalimento infragruppo

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

Inoltre, nell'attuale sistema normativo in materia di appalti pubblici ed in coerenza con le disposizioni comunitarie in tema di avvalimento, **non sussistono limiti di tipo soggettivo** in ordine all'impresa ausiliaria e ai legami tra essa e l'impresa ausiliata. Pertanto, è consentito l'avvalimento all'interno del gruppo, qualunque sia la posizione soggettiva dell'impresa nel gruppo (controllata o controllante).

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

Sull'ammissibilità di un soccorso istruttorio postumo all'aggiudica

In materia di procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, l'Amministrazione appaltante può fare ricorso all'istituto del c.d. soccorso istruttorio anche in un momento successivo all'aggiudicazione. Infatti, poiché la "ratio" e la finalità di detto istituto sono quelle di consentire alla stazione appaltante di ottenere chiarimenti in merito alla documentazione del concorrente interessato, risultata non sufficientemente chiara o completa nella dimostrazione dei requisiti di partecipazione alla gara, deve ritenersi che il relativo subprocedimento non sia precluso a valle dell'aggiudicazione;

quindi, la P.A. appaltante può chiedere la rettifica delle dichiarazioni rese in gara dal soggetto aggiudicatario, con possibilità di integrazione postuma – nei casi in cui la stessa P.A. si sia avveduta di eventuali carenze documentali – non solo a monte (nella fase di controllo delle dichiarazioni), ma anche all’esito dell’aggiudicazione.

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

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

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

Sulla c.d. clausola sociale

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

2. E’ illegittimo il bando di una gara per l’appalto di servizi (nella specie si trattava del servizio integrato di raccolta, trasporto, avvio a recupero e smaltimento dei rifiuti urbani e assimilati) che richiede ai concorrenti una “dichiarazione di impegno ad assorbire, ove richiesto dalla ditta che cessa, il personale addetto ai servizi oggetto dell’appalto dell’impresa cessante a termini del contratto nazionale del personale dei servizi ambientali” e, quindi, un requisito di partecipazione (nella specie l’obbligo di integrale assorbimento era stato oggettivamente posto mediante il riferimento all’art. 6.2. del C.C.N.L. di settore).

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

Sulla necessità della dichiarazione di estinzione del reato

Ai fini della partecipazione alle gare pubbliche, l’estinzione del reato (che consente di non dichiarare l’emanazione del relativo provvedimento di condanna), sotto il profilo giuridico, non è automatica per il mero decorso del tempo, ma deve essere formalizzata in una pronuncia espressa del Giudice dell’Esecuzione Penale, che è l’unico soggetto al quale l’ordinamento attribuisce il compito di

verificare la sussistenza dei presupposti e delle condizioni per la relativa declaratoria, con la conseguenza che, fino a quando non intervenga tale provvedimento giurisdizionale, non può legittimamente parlarsi di reato estinto e il concorrente non è esonerato dalla dichiarazione dell'intervenuta condanna. Pertanto, anche nel caso di decreto penale di condanna, poiché l'estinzione non consegue al mero decorso del tempo, ma anche alla mancata commissione di ulteriori reati, l'attività di accertamento da parte del giudice penale non è in alcun modo surrogabile.

Sulla decadenza dal beneficio in caso di dichiarazione mendace

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

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

Sulla necessità di dichiarare tutte le precedenti risoluzioni contrattuali

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

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

Sulla perdita dei requisiti in capo all'ausiliaria

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

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

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

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

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

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

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

2. Anche se è vero che l'Amministrazione non può procedere alla revoca del contratto, di cui all'art. 21-*quinquies* della l. n. 241 del 1990, dopo la stipula del contratto stesso, sussiste tuttavia la possibilità dell'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione definitiva anche dopo detta stipula, così come era previsto dall'art. 1, comma 136, della legge n. 311 del 2004, ora abrogato. Un simile potere di annullamento in autotutela, nel preminente interesse pubblico al ripristino della legalità dell'azione amministrativa anzitutto da parte della stessa Amministrazione procedente, deve quindi riconoscersi a questa anche dopo l'aggiudicazione della gara e la stipulazione del contratto, con conseguente inefficacia di quest'ultimo, e trova ora un solido fondamento normativo, dopo le recenti riforme della l. n. 124 del 2015, anche nella previsione dell'art. 21-*nonies*, comma 1, della l. n. 241 del 1990, laddove esso si riferisce anche ai provvedimenti attributivi di vantaggi economici, che non possono non ritenersi comprensivi anche dell'affidamento di una pubblica commessa.

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

Sui presupposti per la valutazione delle offerte tecniche con punteggio numerico

Sono illegittimi gli atti di una gara per l'affidamento di un appalto di servizi, da aggiudicare secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ex art. 95 del D.Lgs. n. 50 del 2016, nel caso in cui, nonostante la genericità dei parametri di valutazione delle offerte prefissati dal capitolato e dal disciplinare di gara e l'omessa articolazione degli stessi in criteri e sub-criteri, il seggio di gara abbia

valutato le offerte attribuendo esclusivamente un punteggio numerico, senza alcuna motivazione al riguardo. Infatti, un giudizio formulato ed affidato ad un semplice punteggio numerico può ritenersi legittimo soltanto a condizione che alla base vi siano dei criteri di valutazione sufficientemente definiti e precisi, tali da consentire di ricostruire comunque l'*iter* logico seguito nell'espressione del giudizio.

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

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

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

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