

LABORATORIO:
APPALTI@ PSR.BAS.1420

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

Rassegna giurisprudenziale sulle procedure ad evidenza pubblica

(fine marzo - giugno 2017)

a cura di Francesco Armenante consulente FormezPA

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

Sulla responsabilità precontrattuale e sul danno risarcibile

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

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

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

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

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

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

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

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

Sull'inapplicabilità del soccorso istruttorio al contratto di avvalimento generico

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

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

Sul giudizio di anomalia dell'offerta

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Sul termine di validità delle offerte

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

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

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

3. La firma, sui documenti concernenti l'offerta, di uno solo dei due soci amministratori non è una situazione assimilabile alla mancanza della sottoscrizione, o alla sottoscrizione di un soggetto privo di procura, costituendo invece un caso di mancato perfezionamento di una fattispecie a formazione progressiva o di incompleta sottoscrizione che non preclude la riconoscibilità della provenienza dell'offerta e non comporta un'incertezza assoluta sulla stessa, il che induce a ritenere il vizio sanabile mediante il soccorso istruttorio e non idoneo a cagionare l'immediata ed automatica estromissione.

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

Sul costo del lavoro nel giudizio di anomalia

I valori del costo del lavoro risultanti dalle tabelle ministeriali costituiscono un semplice parametro di valutazione della congruità dell'offerta, con la conseguenza che l'eventuale scostamento delle voci di costo da quelle riassunte nelle tabelle ministeriali non legittima di per sé un giudizio di anomalia o di incongruità, occorrendo, perché possa dubitarsi della sua congruità, che la discordanza sia considerevole e palesemente ingiustificata.

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

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

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

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

Sul divieto di commistione tra offerta tecnica e offerta economica

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

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

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

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

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

E' legittimo il provvedimento con il quale la P.A. appaltante ha scelto di non aggiudicare una gara (nella specie si trattava di una gara di appalto per la fornitura di farmaci) che sia motivato con riferimento alla valutazione di non convenienza dell'offerta, nel caso in cui tale valutazione si fondi su una completa ed approfondita istruttoria, svolta anche a mezzo di contraddittorio procedimentale con la ditta non aggiudicataria, con riferimento a dati di mercato e alle condizioni tecnico-economiche alle

quali sono state aggiudicate gare indette per la fornitura di farmaci analoghi o similari; infatti, il potere della stazione appaltante di non aggiudicare la gara previsto dall'art. 81, comma 3, d.lgs. n. 163 del 2006, non è riconducibile all'esercizio del potere di autotutela, bensì configura un potere fondato su ragioni di pubblico interesse.

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

Sulla natura eccezionale della proroga

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

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

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

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

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

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

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

Sulla competenza dei commissari di gara

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

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

Sull'incompatibilità dei Commissari di gara

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

Sul rito *super* accelerato

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

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

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

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

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

Sull'ammissibilità di una modulistica alternativa al DGUE

1. Il DGUE (documento di gara unico europeo), previsto dall'art. 85 del d.lgs. n. 50 del 2016, è un modello autodichiarativo introdotto dal nuovo codice appalti, volto a semplificare e ridurre gli oneri

amministrativi che gravano sugli operatori economici, ma anche sugli enti aggiudicatori, che infatti sono tenuti ad accettarlo (comma 1 dell'art. 85).

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

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

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

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

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

Sulle modalità di sigillatura dei plichi

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

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

Sull'ammissibilità della riparametrazione

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

Sul valore da considerare ai fini dell'anomalia

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

Sulla diversità tra soluzioni tecniche e varianti

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

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

Sulla competenza dei commissari di gara

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

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

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

E' legittimo il provvedimento con il quale la commissione di gara di una procedura negoziata per l'affidamento del servizio di rappresentanza legale di un Comune in un procedimento giurisdizionale di recupero di un credito ha escluso l'offerta presentata da un Avvocato estremamente bassa (nella specie l'offerta era pari ad euro 550,00), che è stata giustificata col fatto che la stessa corrispondeva soltanto alle spese "vive" dell'attività giurisdizionale, in quanto il vero e proprio compenso professionale sarebbe stato costituito dal compenso liquidato dal giudice e posto a carico della parte soccombente, vista la "certezza della vittoria processuale pronosticata". Tale offerta infatti appare inammissibile ed indeterminata nel proprio contenuto e quindi non suscettibile di positiva valutazione

ed accoglimento da parte della stazione appaltante. Contrasta con ogni regola di comune esperienza l'affermazione circa l'esito certamente vittorioso di una controversia processuale, essendo noto ad ogni operatore del diritto, che ogni azione giurisdizionale reca in sé inevitabilmente un margine più o meno ampio di incertezza.

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

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

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

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

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

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

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

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

3. Non è violato il principio di segretezza dell'offerta economica laddove il computo metrico estimativo relativo alle migliori offerte, inserito nell'offerta tecnica, sia stato compilato con

l'indicazione di prezzi dichiarati espressamente "al lordo del ribasso economico offerto in sede di gara"; in tal caso, infatti, la lettura dell'offerta tecnica non consente di prevedere l'entità del ribasso economico offerto dall'impresa rispetto alla base d'asta.

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

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

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

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

Sulla decorrenza del termine di impugnazione e sul soccorso istruttorio

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

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

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

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

Sul supporto probatoria dell'informazione interdittiva

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

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

Sul collegamento sostanziale

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

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

Sul collegamento sostanziale delle imprese

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

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

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

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

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

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

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

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

Sul giudizio di anomalia dell'offerta

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

2. Mentre il provvedimento che valuta un'offerta non anomala non abbisogna di una motivazione analitica, essendo sufficiente anche un rinvio alle argomentazioni e giustificazioni della parte che l'ha formulata, quello che la ritiene anomala, deve essere invece puntualmente motivato. In particolare, il giudizio negativo sul piano dell'attendibilità deve riguardare voci che, per la loro incidenza complessiva, rendano l'intera operazione economica non plausibile, e per l'effetto, non suscettibile di

accettazione da parte della stazione appaltante, con irrilevanza di eventuali singole voci di scostamento, non avendo ad oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze dell'offerta economica, quanto invece la dimostrazione della complessiva inaffidabilità dell'offerta, e dunque la sua inidoneità a garantire la serietà nell'esecuzione del contratto.

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

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

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

Sulle competenza del RUP a disporre l'esclusione

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

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

Sull'inapplicabilità del soccorso istruttorio

E' legittima l'esclusione di un concorrente per mancato rispetto dell'art. 11 del disciplinare, e segnatamente per mancata sottoscrizione e allegazione degli allegati alla *lex specialis*, ritenuta comportante la non accettazione delle condizioni ivi previste. Invero, alla luce della struttura conferita alla gara dalla *lex specialis*, la sottoscrizione per accettazione dei predetti allegati era l'unica fonte con cui assumere, per il concorrente, il vincolo all'esecuzione dell'appalto nel rispetto delle condizioni contrattuali, delle specifiche tecniche e delle altre prescrizioni fornite dalla SA, ciò che assume un

rilievo essenziale ai fini della corretta instaurazione del rapporto, anche atteso che l'affidamento era previsto con il criterio del minor prezzo, ai sensi dell'art. 5 dell'OPDPC 394/2016 già sopra citata, e che nessun altro documento di gara consentiva la possibilità di dedurre tale accettazione.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Sull'applicabilità dell'avvalimento anche per le procedure negoziate

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

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

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

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

Sul riparto di giurisdizione in tema di appalti

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

2. La giurisdizione del giudice ordinario, quale giudice dei diritti, diviene pienamente operativa nella fase aperta dalla stipula del contratto, nella quale si è entrati a seguito della conclusione – con l'aggiudicazione – di quella pubblicistica: questa seconda fase, pur strettamente connessa con la

precedente, e ad essa consequenziale, ha inizio con l'incontro delle volontà delle parti per la stipulazione del contratto e prosegue con tutte le vicende in cui si articola la sua esecuzione, infatti, i contraenti – P.A. e privato – si trovano in una posizione paritetica e le rispettive situazioni soggettive si connotano del carattere, rispettivamente, di diritti soggettivi ed obblighi giuridici a seconda delle posizioni assunte in concreto.

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

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

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

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

Sul rapporto tra Durc interno e Durc esterno

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

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

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

Sulla clausola sociale

1. La c.d. clausola sociale deve essere interpretata conformemente ai principi nazionali e comunitari in materia di libertà di iniziativa imprenditoriale e di concorrenza, risultando altrimenti lesiva della concorrenza, scoraggiando la partecipazione alla gara e limitando ultroneamente la platea dei partecipanti; conseguentemente, l'obbligo di riassorbimento dei lavoratori alle dipendenze dell'appaltatore uscente, nello stesso posto di lavoro e nel contesto dello stesso appalto, deve essere armonizzato e reso compatibile con l'organizzazione di impresa prescelta dall'imprenditore

subentrante; i lavoratori, che non trovano spazio nell'organigramma dell'appaltatore subentrante e che non vengano ulteriormente impiegati dall'appaltatore uscente in altri settori, sono destinatari delle misure legislative in materia di ammortizzatori sociali. La clausola non comporta invece alcun obbligo per l'impresa aggiudicataria di un appalto pubblico di assumere a tempo indeterminato ed in forma automatica e generalizzata il personale già utilizzato dalla precedente impresa o società affidataria.

Sulle referenze bancarie

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

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

Sulla responsabilità extracontrattuale e quella precontrattuale della PA

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

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

Sul rinnovo dell'attestazione SOA

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

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

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

Sull’indicazione di oneri di sicurezza pari a 0

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

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

Sulla non sanabilità, tramite soccorso istruttorio, delle offerte

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

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

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

Sulla decorrenza del termine di impugnazione dei provvedimenti di ammissione

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

in una comunicazione o notificazione individuale del provvedimento, purché completa di ogni elemento utile a farne apprezzare la lesività da parte di un operatore di normale diligenza.

Sulla necessità del contratto anche in caso di avvalimento infragruppo

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

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

Sulla possibilità di meri chiarimenti nell'offerta

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

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

Sulla possibilità di prevedere requisiti più restrittivi

E' legittimo il bando di una gara indetta da un Comune per la concessione di spazi idonei per la gestione del servizio di erogazione di bevande calde e fredde e prodotti vari a mezzo distributori automatici, nella parte in cui richiede ai concorrenti, quanto ai requisiti di capacità tecnica e professionale, il possesso del sistema di qualità particolarmente elevata e, in particolare, conforme alle norme: ISO 9001:UNI EN ISO 90001:2008; Certificazione TQS Vending (Top qualità Standard); ISO 14000. Infatti, l'art. 83 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 attribuisce alle amministrazioni aggiudicatrici

ampia discrezionalità nella scelta dei requisiti di idoneità tecnica dei concorrenti all'esecuzione dell'appalto con elevati standard di qualità; e ciò a maggior ragione, ove la ditta interessata non abbia dedotto specifiche ragioni economiche od organizzative per ritenere che la scelta dell'amministrazione di richiedere il possesso di tre diverse certificazioni attestanti il livello di qualità (ISO 9001: UNI EN ISO 9001:2008; certificazione TQS Vending (Top Quality Standard; ISO 14000) sia irragionevole od eccessiva.

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

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

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

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

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

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

1. Dal giudicato amministrativo, quando riconosce la fondatezza della pretesa sostanziale, esaurendo ogni margine di discrezionalità nel successivo esercizio del potere, nasce *ex lege*, in capo all'Amministrazione, un'obbligazione, il cui oggetto consiste nel concedere "in natura" il bene della vita di cui è stata riconosciuta la spettanza.

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

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

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

5. Il mancato utile spetta nella misura integrale, in caso di annullamento dell'aggiudicazione impugnata e di certezza dell'aggiudicazione in favore del ricorrente, solo se questo dimostri di non aver utilizzato o potuto altrimenti utilizzare maestranze e mezzi, in quanto tenuti a disposizione in vista della commessa. In difetto di tale dimostrazione, può presumersi che l'impresa abbia riutilizzato o potuto riutilizzare mezzi e manodopera per altri lavori, a titolo di *aliunde perceptum vel percipiendum* trova il suo fondamento normativo nell'articolo 112, comma 3, c.p.a..

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

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

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

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

Sul rilievo viziante di una dichiarazione non veritiera

E' legittima la esclusione da una gara di appalto, disposta dalla P.A. ai sensi dell'art. 80, comma 5, del d.lgs. n. 50/2016, che sia motivata con riferimento al fatto che la ditta interessata ha falsamente dichiarato che il legale rappresentante non ha commesso gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro ove, al contrario, sia risultata la esistenza di una sentenza penale di condanna a mesi 3 di reclusione per il reato di cui all'art. 590, commi 2 e 3 cod. pen. per gravi lesioni colpose (nella specie il reato era aggravato dalla circostanza della "violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro"). Tale falsa dichiarazione, infatti, ha impedito alla stazione appaltante, nell'esercizio del potere discrezionale riconosciutole dalla norma

richiamata, di valutare la gravità dell'infrazione accertata; in tal caso, inoltre, il ricorso al meccanismo per così dire riabilitativo (cosiddetto *self cleaning*) (v. il 7° comma dello stesso art. 80), deve ritenersi precluso in radice dalla condotta reticente della ditta interessata.

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

Sulla composizione della Commissione di gara e sul principio del plenum

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

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

TAR CAMPANIA – SALERNO, SEZ. I – sentenza 16 maggio 2017 n. 926

Sul principio di rotazione

Il carattere cogente del principio di rotazione **non richiede che esso sia necessariamente richiamato dalla *lex specialis***. Il principio assume particolare rilievo nelle procedure sotto soglia, in quanto, secondo le coordinate ermeneutiche seguite in sede pretoria, “la rotazione dunque, che nei contratti sotto soglia è la regola e non l'eccezione, si configura come strumento idoneo a perseguire l'effettività del principio di concorrenza” (cfr. TAR Napoli, Sez. II, 8 marzo 2017, n. 1336).

La giurisprudenza più recente valorizza ulteriormente l'importanza pro-concorrenziale della norma in analisi, affermando che “il principio di rotazione esclude tendenzialmente e preferibilmente non solo l'affidatario uscente, ma anche i precedenti aggiudicatari, privilegiando gli operatori del settore che hanno giammai svolto tale servizio” (T.A.R. Campania Napoli Sez. II, Sent., 11/11/2016, n. 5227; v. anche TAR Friuli Venezia Giulia, Sez. I, sentenza n. 419/2016);

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

Sui costi della sicurezza e sul giudizio di anomalia

1. I costi c.d. da “interferenza” sono quantificati a monte dalla stazione appaltante, nel D.U.V.R.I (documento unico per la valutazione dei rischi da interferenze, art. 26, d.lgs. n. 81 del 2008) e, per gli appalti di lavori, nel P.S.C. (piano di sicurezza e coordinamento, art. 100, cit. d.lgs. n. 81 del 2008). Essi non sono soggetti a ribasso perché ontologicamente diversi dalle prestazioni stricto sensu oggetto di affidamento e debbono quindi essere sostenuti dall’impresa senza poter formulare alcuna rimodulazione.

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

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

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

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

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

Sul giudizio di anomalia e sulla natura dei termini ivi assegnati

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

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

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

Sulla risoluzione del contratto per grave inadempienza

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

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

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

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

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

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

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

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

Sull'obbligo di dichiarare tutte le condanne

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

appaltante. Peraltro giova puntualizzare che anche gli inadempimenti che abbiano dato luogo ad una conclusione transattiva della vicenda possono essere apprezzati ai fini di valutare l'affidabilità professionale dell'appaltatore (Cons. Stato, Sez. V, 20/6/2011, n. 3671).

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

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

Sul divieto di modificare o correggere l'offerta economica

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

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

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

Sull'inammissibilità di una regolarizzazione postuma del DURC

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

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

Sulla fase in cui rileva il CIG

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

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

Sul giudizio di anomalia dell'offerta

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

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

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

TAR LAZIO – LATINA, SEZ. I – sentenza 23 maggio 2017 n. 325

Sull'incompatibilità del Rup quale presidente della Commissione di gara

E' illegittima l'aggiudicazione di una gara di appalto, nel caso in cui il r.u.p. abbia svolto funzioni di presidente della commissione giudicatrice; infatti, a seguito della formulazione dell'articolo 77, comma 4, d.lgs. 19 aprile 2016, n. 50 secondo cui "i commissari non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta", la mancata esclusione del presidente dalla regola prevista dal menzionato articolo 77, implica chiaramente che il r.u.p. non possa essere componente della commissione nemmeno quale presidente.

TAR SICILIA - PALERMO, SEZ. III, sentenza 23 maggio 2017 n. 1370

Sul costo del lavoro e sui minimi tariffari

Non è conforme al quadro normativo di riferimento l'inserimento nella *lex specialis* di una clausola di esclusione automatica dell'offerta che contenga un costo orario del personale dipendente inferiore a quello stabilito dalle tabelle ministeriali senza che sia consentita una valutazione di congruità della stessa nella fase di verifica della anomalia (cfr. delibera/parere ANAC n. 1092 del 26 ottobre 2016).

L'art. 97 D.lgs. n. 50/2016, sulle offerte anormalmente basse, prevede, infatti, ai commi 5 e 6 quanto segue: "La stazione appaltante richiede per iscritto, assegnando al concorrente un termine non inferiore a quindici giorni, la presentazione, per iscritto, delle spiegazioni. Essa esclude l'offerta solo se la prova fornita non giustifica sufficientemente il basso livello di prezzi o di costi proposti".

La *ratio* della norma sopra citata è in contrasto con il principio di libera concorrenza, specie se, come nel caso in esame, l'esclusione *ex ante* dal ribasso dell'importo del costo del lavoro sia stato definito *ex ante* dalla stazione appaltante, soprattutto trattandosi di un appalto assume estrema rilevanza la componente della manodopera.

TAR VENETO, SEZ. I – sentenza 26 maggio 2017 n. 519

Sull'inammissibilità di un'offerta difforme da quella richiesta dalla lex specialis

E' illegittima, per violazione dell'art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50/2016, l'aggiudicazione di una gara di appalto (nella specie per l'affidamento della concessione mista di beni e servizi, finalizzati alla riqualificazione energetica e alla gestione degli edifici pubblici di proprietà della P.A.) ad una ditta che ha presentato un'offerta difforme, rispetto a quella espressamente prevista dalla *lex specialis*, relativamente all'arco temporale di inizio della esecuzione della prestazione contrattuale; in tal caso, infatti, si è al cospetto di una irregolarità concernente un elemento essenziale dell'offerta, contrastante con il principio di immodificabilità delle offerte.

TAR VENETO, ord., 26 maggio 2017, n. 512

Sul differimento dell'accesso alle sole offerte

L'art. 53, comma 2, lett. c), d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, secondo cui l'accesso in relazione alle offerte è differito fino al momento dell'aggiudicazione, deve essere interpretato nel senso che tale norma si riferisce solamente al contenuto delle offerte, essendo posta a presidio della segretezza delle offerte tecnico-economiche, ma non impedisce l'accesso alla documentazione amministrativa, relativa ai requisiti soggettivi dei concorrenti, essendo peraltro la conoscenza di tale documentazione elemento imprescindibile per l'esercizio del diritto di difesa in relazione al nuovo sistema delineato dall'art. 120, comma 2 bis, c.p.a., che onera i concorrenti dell'impugnazione immediata delle ammissioni e delle esclusioni.

CORTE DI CASSAZIONE, SEZ. UNITE CIVILI – sentenza 29 maggio 2017 n. 13454

Sulla responsabilità precontrattuale della PA e sul riparto di giurisdizione

1. Sia gli artt. 6 e 7 della L. 21 luglio 2000, n. 205, che l'art. 133 del cod. proc. amm. hanno attribuito esclusivamente al giudice amministrativo il contenzioso sulla procedura di affidamento dell'appalto, restando devolute al giudice civile le vertenze afferenti al contratto e alla sua esecuzione, dato che esse ineriscono a diritti e obblighi scaturenti dal contratto stesso.

2. Rientra nella giurisdizione esclusiva del G.A. una controversia relativa all'aggiudicazione di una gara di appalto, ove non si sia mai giunti alla stipulazione del contratto, a nulla rilevando che dopo

l'aggiudicazione – e su esclusivo impulso della P.A. appaltante – si sia aperta una fase interlocutoria volta ad anticipare alcune prestazioni afferenti all'oggetto dell'instaurando rapporto d'appalto, in realtà mai più instaurato per effetto della deliberazione di annullamento in autotutela della già dichiarata aggiudicazione, per carenza di copertura finanziaria. Pertanto, in tale ipotesi, mancando il contratto d'appalto, perchè mai stipulato, si è rimasti nella fase di quel procedimento ad evidenza pubblica connotato da una mera aggiudicazione seguita da annullamento in autotutela.

3. L'azione di risarcimento del danno per responsabilità in relazione ad una procedura di affidamento di appalto di opere pubbliche per attività amministrativa non conforme a buona fede appartiene alla giurisdizione del comparto TAR – Consiglio di Stato, avendo pur essa per oggetto atti o provvedimenti della procedura concorsuale obbligatoria, nonchè relativi all'individuazione del contraente a seguito dell'aggiudicazione, e comunque inerenti alla fase antecedente alla stipulazione del contratto di appalto. Sono, dunque, comprese nella giurisdizione amministrativa anche le liti concernenti il risarcimento del danno da responsabilità della P.A. per il mancato rispetto delle norme di correttezza, regole la cui violazione si concretizza quando siano venuti meno gli atti della fase pubblicistica attributiva degli effetti vantaggiosi, che avevano ingenerato affidamento di buona fede e in special modo l'eventuale esecuzione anticipata, però senza alcun seguito contrattuale.

4. Sussiste la responsabilità del soggetto pubblico quando l'Amministrazione, dopo avere indetto una gara e pronunciato l'aggiudicazione, ne disponga la revoca per carenza delle risorse finanziarie. In tale ipotesi, infatti, la responsabilità risale alla mancanza di vigilanza e coordinamento sugli impegni economici che l'amministrazione aveva assunto quando la procedura di evidenza pubblica era stata avviata, emettendo atti sulla cui legittimità aveva confidato il soggetto aggiudicatario, in special modo se proceda ad esecuzione anticipata su sollecitazione della parte pubblica.

CORTE DEI CONTI, SEZ. GIUR. REGIONE LAZIO – sentenza 29 maggio 2017 n. 124

Sulla responsabilità erariale in caso di affidamenti di incarichi esterni senza adeguata motivazione

Sussiste la responsabilità amministrativa nei confronti del Sindaco di un Comune che ha conferito incarichi giudiziali a legali esterni, pur in presenza di un ufficio legale interno, senza una preventiva – seria e concreta – verifica in ordine alla effettiva impossibilità di ricorrere a risorse interne, imposta sia dalle disposizioni regolamentari e da legge ordinaria, dovendo l'incarico essere adeguatamente motivato con specifico riferimento all'assenza di strutture organizzative o professionalità interne all'ente in grado di assicurare i medesimi servizi. L'affidamento dell'incarico deve essere preceduto, perciò, da un accertamento reale, che coinvolge la responsabilità del dirigente competente, sull'assenza di servizi o di professionalità, interne all'ente, che siano in grado di adempiere l'incarico.

E' stata ritenuta sussistente la responsabilità dell'ex Sindaco di Roma Capitale Giovanni Alemanno per il danno erariale determinato dal conferimento di un incarico di patrocinio dell'Ente locale a due avvocati del libero Foro (Avv.ti Filippo Lubrano ed Elisabetta Rampelli), per un totale di euro 486.720,00 netti. E' stato tra l'altro rilevato che, all'epoca dei fatti, nel mese di febbraio 2009, l'Avvocatura Civica romana disponeva di ben ventiquattro avvocati in servizio permanente. La grave carenza istruttoria rilevata milita, peraltro, nel senso che la nomina dei legali esterni sia stata frutto di scelta fiduciaria da parte del Sindaco. È stato ricordato in generale che, ai sensi dell'art. 110 del Tuel e dall'art. 7, comma 6 e seguenti del dlgs n. 165/2001, secondo la giurisprudenza contabile, per gli incarichi vanno osservati i criteri ivi indicati.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 29 maggio 2017 n. 2548

Sull'inapplicabilità del soccorso istruttorio in caso di dichiarazioni radicalmente mancanti

La mancata dichiarazione di una condanna penale non può essere sanata attraverso il soccorso istruttorio, il quale non può essere utilizzato per sopperire a dichiarazioni (riguardanti elementi essenziali) radicalmente mancanti – pena la violazione della par condicio fra concorrenti – ma soltanto per chiarire o completare dichiarazioni o documenti già comunque acquisiti agli atti di gara.

Sull'estinzione del reato

Ai fini della sussistenza del requisito della moralità professionale, deve ritenersi che l'estinzione del reato (che consente di non dichiarare il relativo provvedimento di condanna) non sia automatica per il mero decorso del tempo, ma debba 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".

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 29 maggio 2017 n. 2542

Sul principio di continuità delle operazioni di gara

Il principio di continuità delle operazioni di gara è un principio solo tendenziale, derogabile in presenza di ragioni oggettive quali la complessità delle operazioni di valutazione delle offerte, il numero delle offerte in gara, l'eventuale indisponibilità dei membri della commissione, la correlata necessità di nominare sostituti ecc. che giustifichino il ritardo anche in relazione al preminente interesse alla effettuazione di scelte ponderate", derogabilità cui fa da sponda, ovviamente, la garanzia di conservazione dei plichi (da ultimo, Cons. Stato, sez. V, sent., 23/01/2017, n. 259).

Sulla preclusione di un'offerta in aumento

Il riferimento all'importo, nell'ambito di una gara da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, seppur fatto con formule vaghe e sibilline, non può che avere il senso di individuare il costo massimo della fornitura, calcolato al lordo dei risparmi derivanti dai ribassi offerti, ossia il prezzo a base d'asta, essendo in via generale preclusa, dall'ordinamento, la possibilità di formulare offerte in aumento.

TAR UMBRIA, SEZ. I – ordinanza 31 maggio 2017 n. 428

Sulla natura dei pareri del Presidente dell'ANAC

I comunicati del Presidente dell'ANAC hanno natura di meri pareri, privi di qualsivoglia efficacia vincolante per le stazioni appaltanti, trattandosi di meri opinamenti inerenti l'interpretazione della normativa in tema di appalti pubblici e possono senz'altro essere disattesi senza apposita motivazione.

TAR PUGLIA - LECCE, SEZ. II, sentenza 31 maggio 2017 n. 875

Sulla necessità del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa per i servizi legali

Il criterio qualità/prezzo è certamente più agevolmente coniugabile (rispetto al criterio del massimo ribasso) con il disposto dell'art. 2233, 2° comma, cod. civ., che – nel disciplinare il contratto d'opera intellettuale, cui è pur sempre riconducibile l'attività legale – dispone che “in ogni caso la misura del compenso deve essere adeguata all'importanza dell'opera e al decoro della professione”.

Ne consegue l'illegittimità della scelta dell'amministrazione di procedere con il criterio del prezzo più basso, atteso che esso non è compatibile con le disposizioni dell'art. 95 del codice, poiché il legislatore ne ha reso possibile l'applicazione solo in presenza di prestazioni ripetitive ovvero standardizzate, connotati questi che certo non possono ritenersi propri della attività legale che si caratterizza, invece, proprio per la peculiarità e specificità di ciascuna questione, sia essa contenziosa o stragiudiziale.

TAR VALLE D'AOSTA – sentenza 5 giugno 2017 n. 34

Sull'accessibilità dell'offerta tecnica e sui relativi limiti

1. L'art. 53, comma 5, lett. a), del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 – che prevede i casi di esclusione “relativa” dal diritto di accesso in materia di contratti della P.A., stabilendo che sono esclusi il diritto di accesso e ogni forma di divulgazione in relazione alle informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali – non fa riferimento all'offerta nel suo complesso, che in linea di principio è accessibile, ma soltanto alla parte di essa che contiene informazioni che costituiscano segreti tecnici o commerciali, parti che devono essere indicate, motivate e comprovate da una espressa dichiarazione dell'offerente, contenuta nell'offerta stessa.

2. Le limitazioni del diritto di accesso ai documenti di gara, previste dalla 53, comma 5, lett. a), del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, non sono assolute, essendo consentito, dal successivo comma 6, l'accesso al concorrente che lo chieda in vista della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto nell'ambito della quale viene formulata la richiesta di accesso, senza che tale possibilità venga meno a seguito del decorso del termine utile per intraprendere azioni giurisdizionali volte alla contestazione dell'esito della procedura di gara avanti il T.A.R. competente.

TAR CAMPANIA – SALERNO, SEZ. I – sentenza 6 giugno 2017 n. 1031

Sul soccorso istruttorio in caso di manifestazione di interesse priva di firma

E' legittimo il provvedimento con il quale la P.A. ha pronunciato l'aggiudicazione di una gara di appalto in favore di una ditta che, nel presentare la domanda di partecipazione alla gara, ha ommesso di sottoscrivere la dichiarazione di manifestazione di interesse originaria, ovvero relativa alle fasi preliminari della procedura e che, a seguito del soccorso istruttorio accordato dalla stazione appaltante, ha sanato tale carenza inoltrando a mezzo Pec (da un indirizzo di posta certificata, con richiesta di ricevuta di ricezione completa), all'indirizzo della P.A. la medesima dichiarazione regolarmente sottoscritta, allegando copia del documento d'identità del legale rappresentante. In tal caso, infatti, non concernendo, l'irregolarità riscontrata, l'offerta tecnica ed economica, e comunque non impedendo di

risalire al contenuto o alla paternità del documento, non v'è ragione per non consentire l'accesso della ditta concorrente all'istituto del soccorso istruttorio.

TAR BASILICATA, SEZ. I – sentenza 7 giugno 2017 n. 439

Sulla previsione del sopralluogo in tema di appalti di servizi

E' legittimo il provvedimento con il quale la P.A. ha escluso una ditta da una gara di appalto di servizi (nella specie si trattava di una gara di appalto per l'affidamento del servizio di illuminazione votiva cimiteriale), che sia motivata con riferimento al fatto che la medesima ditta ha omesso di effettuare il sopralluogo obbligatorio assistito, espressamente richiesto dalla lex specialis a pena di esclusione.

TAR LAZIO – ROMA, SEZ. II – sentenza 8 giugno 2017 n. 6764

Sulla necessità del rinnovo espresso anche per le concessioni amministrative

Una concessione amministrativa non può ritenersi rinnovata tacitamente, atteso che l'istituto del rinnovo tacito non può applicarsi ai contratti pubblici, in quanto la volontà di obbligarsi della P.A. deve sempre essere manifestata nelle forme richieste dalla legge, tra cui l'atto scritto *ad substantiam*, risultando irrilevante un mero comportamento concludente, anche se protrattosi per anni.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 12 giugno 2017 n. 2844

Sul giudizio di anomalia e sulla diversità dei costi del personale e degli oneri di sicurezza interni

1. Nelle gare con il criterio del prezzo più basso l'utilizzo di una formula matematica non è da ritenere precluso, nel caso in cui tale formula sia effettivamente funzionale a soddisfare l'esigenza di ricondurre tutte le offerte a una percentuale di ribasso che consenta la redazione di una graduatoria.

2. Ai fini della congruità delle offerte, deve ritenersi che il costo del lavoro non sia un costo standardizzato ed uguale per tutte le imprese, che possa essere predeterminato dalla stazione appaltante e previamente scorporato sulla base di indicazioni tassative da questa provenienti, e così pure il costo per la sicurezza aziendale, trattandosi di elementi che possono variare in relazione all'organizzazione del lavoro dell'impresa e all'efficienza della stessa.

TAR TOSCANA, SEZ. II – sentenza 12 giugno 2017 n. 816

Sul principio di rotazione e sul criterio di anomalia in caso di concessione

1. Nelle gare di appalto, il principio di rotazione è servente e strumentale rispetto a quello di concorrenza e deve quindi trovare applicazione nei limiti in cui non incida su quest'ultimo. Tale principio non può pertanto trovare applicazione ove all'avviso esplorativo abbiano fornito riscontro

solo due operatori, di cui uno era il gestore uscente; in tal caso infatti, l'esclusione di quest'ultimo avrebbe limitato e non promosso la concorrenza nel mercato.

2. L'art. 97 del d.lgs. n. 50/2016, in tema di verifica dell'anomalia delle offerte presentate in gara, prevede da un lato casi di obbligatorietà della verifica (commi 2 e 3) e, dall'altro, al comma 6, terzo periodo, che la stazione appaltante possa in ogni caso valutare qualunque offerta la quale, in base a specifici elementi, appaia anormalmente bassa. Anche se tali disposizioni sono senz'altro applicabili "per quanto compatibili" all'affidamento delle concessioni, ai sensi dell'articolo 164, comma 2, dello stesso d.lgs. n. 50/2016, con conseguente predicabilità della facoltà in capo al concedente di procedere alla verifica di anomalia sulle offerte che, in base a specifici indizi, appaiono anormalmente basse, non altrettanto può dirsi per le norme nelle quali vengono identificati i casi in cui la verifica di anomalia è obbligatoria: esse infatti sono costruite in specifico per le procedure di appalto. Nel caso della concessione, infatti, non è dato ravvisare alcuna media aritmetica di ribassi percentuali (comma 2 dell'art. 97), né una combinazione di punteggi relativi alla qualità dell'offerta e al "prezzo" proposto dal concorrente il quale ultimo è altra cosa rispetto al canone di concessione.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 12 giugno 2017 n. 2815

Sul costo del lavoro in caso di giudizio di anomalia

Nelle gare di appalto, per il costo orario del personale da dimostrare in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta non va assunto a criterio di calcolo il "monte-ore teorico", comprensivo cioè anche delle ore medie annue non lavorate (per ferie, festività, assemblee, studio, malattia, formazione, etc.) di un lavoratore che presti servizio per tutto l'anno, ma va considerato il "costo reale" (o costo ore lavorate effettive, comprensive dei costi delle sostituzioni). Il costo tabellare medio, infatti, è indicativo di quello "effettivo", che include i costi delle sostituzioni cui il datore di lavoro deve provvedere per ferie, malattie e tutte le altre cause di legittima assenza dal servizio.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - sentenza 12 giugno 2017 n. 2852

Sulla riparametrazione delle offerte

Nel sistema degli appalti pubblici nessuna norma di carattere generale impone, per le gare da aggiudicare con il criterio dell'offerta più vantaggiosa, l'obbligo della stazione appaltante di attribuire alla migliore offerta tecnica in gara il punteggio massimo previsto dalla *lex specialis*, mediante il criterio della c.d. doppia riparametrazione, atteso che nelle gare da aggiudicarsi con detto criterio la riparametrazione ha la funzione di ristabilire l'equilibrio fra i diversi elementi qualitativi e quantitativi previsti per la valutazione dell'offerta solo se e secondo quanto voluto e disposto dalla stazione appaltante con il bando, con la conseguenza che l'operazione di riparametrazione deve essere espressamente prevista dalla legge di gara per poter essere applicata e non può tradursi in una modalità di apprezzamento delle offerte facoltativamente introdotta dalla commissione giudicatrice.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 14 giugno 2017 n. 2914

Sull'illegittimità della concessione in via diretta di un bene pubblico

E' illegittima, per violazione dell'art. 12 della l. n. 241 del 1990 e dell'obbligo sussistente in generale in capo a tutte le PP.AA. di ricorrere a procedure competitive ogni qualvolta si tratti di assegnare beni pubblici suscettibili di sfruttamento economico e/o di produrre utilità economiche, nonché dei principi di trasparenza e di parità di trattamento, una deliberazione con la quale il Consiglio comunale ha stabilito di assegnare in concessione – in via diretta, gratuitamente e senza il preventivo esperimento di una procedura di evidenza pubblica – in favore di una associazione, alcuni terreni comunali particolarmente estesi, per la realizzazione di tartufaie controllate.

TAR CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. I – sentenza 14 giugno 2017 n. 3281

Sulla revoca/decadenza dell'aggiudicazione

E' legittimo il provvedimento con il quale la P.A. appaltante ha disposto la decadenza e/o revocato in autotutela l'aggiudicazione di una gara per l'affidamento di un appalto di lavori, motivato con riferimento al diniego dell'aggiudicatario di sottoscrivere il 'verbale di cantierabilità', quale atto propedeutico alla stipula del contratto e all'inizio dei lavori, ove la ditta interessata, in sede di domanda di partecipazione, abbia dichiarato di aver esaminato tutti gli elaborati progettuali pubblicati sul sito dell'Ente, di aver effettuato il sopralluogo sui luoghi di esecuzione dell'appalto, di aver considerato la realizzabilità dei lavori, l'adeguatezza degli elaborati progettuali e la remuneratività dei prezzi; tali elementi, infatti, depongono, tutti, nel senso della piena consapevolezza da parte della società istante circa l'effettivo oggetto dell'appalto in corso di affidamento; in tal caso, il diniego deve ritenersi ingiustificato, e idoneo a determinare la revoca dell'aggiudicazione.

TAR UMBRIA, SEZ. I – sentenza 15 giugno 2017 n. 457

Sui fattori giustificativi delle offerte anomale

Ai sensi dell'art. 97 del d.lgs. n. 50/2016 (codice dei contratti pubblici), le giustificazioni rese dall'offerente nell'ambito del giudizio di anomalia della propria offerta devono riguardare elementi che concernono l'offerta stessa, tra cui: l'economia del processo di fabbricazione dei prodotti, dei servizi prestati o del metodo di costruzione; le soluzioni tecniche prescelte o le condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'offerente per fornire i prodotti, per prestare i servizi o per eseguire i lavori; infine, l'originalità dei lavori, delle forniture o dei servizi proposti. Non è pertanto possibile giustificare l'eventuale notevole ribasso offerto, facendo riferimento ad elementi aleatori e futuri estranei all'offerta stessa.

TAR VENETO, SEZ. I – sentenza 15 giugno 2017 n. 563

Sull'omesso versamento del contributo all'ANAC in caso di concessioni

Nel caso di gara per l'affidamento in concessione di un servizio pubblico (nella specie si trattava del servizio di accertamento e riscossione dell'imposta comunale sulle pubblicità e dei diritti sulle pubbliche affissioni), non può essere disposta l'esclusione di una ditta per il mancato versamento del contributo all'Autorità di Vigilanza (ora all'ANAC) di cui all'art. 1, comma 67, della l. n. 266/2005; infatti l'art. 1, comma 67, di quest'ultima legge non è applicabile alle concessioni di servizi, poiché la disposizione stessa pone il versamento del ridetto contributo come condizione di ammissibilità

dell'offerta unicamente per gli appalti di opere pubbliche: la succitata condizione di ammissibilità non può, in difetto di espressa previsione di legge, estendersi alle concessioni di servizi, perché una simile estensione risulterebbe incompatibile con il principio di tassatività delle cause di esclusione dalla gara (v. art. 83, comma 8, del d. lgs. n. 50 del 2016)

TAR SICILIA – CATANIA, SEZ. IV – sentenza 16 giugno 2017 n. 1454

Offerte equivalenti ed esperimento di migliororia

1. Nel caso in cui, in una gara di appalto, due o più offerte identiche siano risultate aggiudicatarie, occorre far luogo all'esperimento di migliororia ex art. 77 del R.D. 23 maggio 1924 n. 827, applicabile mediante il meccanismo di eterointegrazione previsto dall'art. 1339 c.c., in mancanza di espressa previsione della *lex specialis*.

2. E' legittimo l'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione provvisoria di una gara di appalto, originariamente disposta a seguito di sorteggio effettuato tra offerte con parità di punteggio, che sia motivato con riferimento al fatto che: a) un'altra ditta, presente alla originaria seduta di gara, ha dichiarato di voler proporre una offerta migliorativa; b) alla necessità, per tale ragione, di disporre l'aggiudicazione ai sensi dell'art. 77 del R.D. 23 maggio 1924 n. 827, nella parte in cui stabilisce che non si fa luogo al sorteggio allorché i concorrenti presenti alla seduta dichiarino di voler proporre un'offerta migliorativa, a nulla rilevando la mancata previsione nella lettera di invito dell'esperimento della procedura di "miglioramento" delle offerte prevista dal summenzionato art. 77 del R.D. 827/1924; tale mancata previsione, infatti, deve essere colmata attraverso il meccanismo di eterointegrazione della *lex specialis* previsto dall'art. 1339 c.c..

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI – sentenza 19 giugno 2017 n. 2973

Sull'ammissibilità di un'offerta recante un prezzo minore rispetto al bando per un singolo prodotto.

Non può ritenersi automaticamente illegittima l'aggiudicazione di una gara di appalto, esperita per l'affidamento triennale della gestione di un bar ubicato presso un Istituto scolastico, per il solo fatto che la società aggiudicataria, con riferimento ad un solo prodotto, abbia offerto un prezzo inferiore a quello minimo previsto dalla *lex specialis*; in tal caso, infatti, il discostamento del prezzo riguarda un singolo prodotto, senza estendersi all'offerta economica complessivamente considerata cui fa invece perspicuo riferimento la *littera legis*; con la conseguenza che, nella fattispecie, va valorizzata, in via ermeneutica, l'applicazione del principio di proporzionalità, sì da ritenere che il discostamento (oltretutto *in minus*) del singolo prezzo offerto da quello minimo prescritto dal bando non può comportare affatto l'automatica esclusione dell'offerente.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI – sentenza 19 giugno 2017 n. 2977

Sull'inammissibilità di un avvalimento generico

Ai fini della validità del contratto di avvalimento nelle gare ad evidenza pubblica, è necessario che questo abbia un oggetto che, seppur non determinato, sia tuttavia quantomeno agevolmente determinabile in base al tenore complessivo dell'atto. Infatti, dall'art. 49 del D.lgs. n. 163/2006, s'evince l'obbligo che l'oggetto del contratto di avvalimento sia determinato mediante la compiuta indicazione delle risorse e dei mezzi prestati, oppure che tali elementi siano facilmente determinabili dal contesto in cui è maturato l'accordo.

TAR CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. I – sentenza 21 giugno 2017 n. 3396

Sull'insussistenza della responsabilità precontrattuale in caso di revoca legittima della gara

Non si configura la responsabilità precontrattuale a carico della P.A. appaltante che – nonostante l'aggiudicazione – si è sostanzialmente rifiutata di stipulare il contratto di appalto, a cagione del venir meno del finanziamento dell'opera pubblica, per l'intervenuta scadenza del termine di ammissibilità, nel caso in cui il bando di gara contenga una espressa ed inequivoca clausola secondo la quale l'Amministrazione aggiudicatrice si riserva “la facoltà di non dar luogo alla procedura di gara e/o all'aggiudicazione definitiva e/o alla stipula del contratto d'appalto per ragioni di pubblico interesse, debitamente motivate, senza che gli offerenti abbiano nulla a pretendere in merito per aver rimesso offerta quale a titolo esemplificativo e non esaustivo la perdita e/o revoca del finanziamento”; in tal caso, infatti, non si rinvengono tutti gli elementi costitutivi richiesti perché possa configurarsi un fattispecie di illecito sia di natura contrattuale che extracontrattuale imputabile alla PA.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 21 giugno 2017 n. 3035

Sulla presentazione di un'offerta tecnica recante un numero di pagine superiore a quello prescritto

1. Non può essere esclusa dalla gara la impresa concorrente che ha presentato la relazione illustrativa dell'offerta tecnica composta da un numero di pagine superiore a quello previsto dal bando, qualora tale inosservanza non sia da questo sanzionata espressamente con l'esclusione; in ogni caso tale prescrizione, ove esistesse, deve ritenersi nulla per violazione del principio di tassatività delle clausole di esclusione ex art. 46, comma 1-bis, d.lgs. n. 163 del 2006 (nella specie il capitolato speciale di appalto imponeva un limite di 30 pagine, mentre la relazione presentata era di 124 pagine).

Sulla dichiarazione di acquisto di ramo d'azienda

2. Nel caso di mancata presentazione della dichiarazione di acquisizione di un ramo d'azienda, ove il bando non contenga al riguardo una espressa comminatoria di esclusione, quest'ultima potrà essere disposta soltanto là dove sia effettivamente riscontrabile l'assenza del requisito della moralità professionale in capo agli amministratori dell'impresa il cui ramo d'azienda sia stato acquisito.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 21 giugno 2017 n. 3042

Sull'inammissibilità di un'offerta non firmata e riportata in un file illeggibile

1. Nelle gare di appalto, la sottoscrizione dell'offerta, prescritta ai sensi dell'art. 74 d.lgs. n. 163 del 2006, si configura come lo strumento mediante il quale l'autore fa propria la dichiarazione contenuta nel documento e serve a renderne nota la paternità ed a vincolare l'autore alla manifestazione di volontà in esso contenuta; essa assolve la funzione di assicurare provenienza, serietà, affidabilità e insostituibilità dell'offerta e costituisce elemento essenziale per la sua ammissibilità, sia sotto il profilo formale che sotto quello sostanziale, potendosi solo ad essa riconnettere gli effetti dell'offerta come dichiarazione di volontà volta alla costituzione di un rapporto giuridico. La sua mancanza inficia, pertanto, la validità e la ricevibilità della manifestazione di volontà contenuta nell'offerta senza che sia necessaria, ai fini dell'esclusione, una espressa previsione della legge di gara.

2. Va esclusa da una gara di appalto indetta in forma elettronica una ditta nel caso in cui il "file" contenente il modello di dichiarazione di offerta economica sia risultato comunque essere illeggibile e non vi sia prova alcuna che il "file" corrotto sia stato firmato dal legale rappresentante della ditta in questione.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 21 giugno 2017 n. 3029

Sull'inapplicabilità del soccorso istruttorio alle carenze delle offerte

Anche all'indomani della modifica in senso ampliativo del potere di soccorso istruttorio nelle gare di appalto il potere di soccorso non può supplire a carenze dell'offerta, perché altrimenti verrebbe violato il principio di parità di trattamento da concorrenti che è insito nei meccanismi di selezione concorsuale del contraente della P.A..

TAR VALLE D'AOSTA – sentenza 23 giugno 2017 n. 36

Sul grave illecito professionale

1. L'art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 – che, innovando rispetto al previgente assetto normativo, consente alle stazioni appaltanti di escludere i concorrenti da una procedura di affidamento di contratti pubblici in presenza di "gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità" – prevede che l'esclusione del concorrente è condizionata al fatto che 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. Anche nel caso in cui sussista una pronuncia giudiziale, persiste in capo alla Stazione appaltante un coefficiente di discrezionalità, il cui esercizio – ed il cui correlato sindacato in sede giurisdizionale – comporta la esatta riconduzione della fattispecie astratta contemplata dalla norma (grave illecito professionale) a quella concretamente palesatasi nella singola gara.

Sul principio di rotazione

2. Il rispetto del principio di rotazione, espressamente sancito dall'art. 36, comma 1, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, fa sì che l'affidamento al contraente uscente abbia carattere eccezionale e richiede un onere motivazionale più stringente. La stazione appaltante motiva tale scelta in considerazione o della riscontrata effettiva assenza di alternative ovvero del grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale (esecuzione a regola d'arte, nel rispetto dei tempi e dei costi pattuiti) e in ragione della competitività del prezzo offerto rispetto alla media dei prezzi praticati nel settore di mercato di riferimento, anche tenendo conto della qualità della prestazione.

3. L'obbligo di rispettare i principi definiti dal richiamato 30, comma 1, del codice dei contratti (economicità, efficacia, tempestività, correttezza, libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, pubblicità), se da un lato esclude di riconnettere automaticamente la possibilità per le pubbliche amministrazioni di contrarre con uno specifico operatore economico senza procedure specifiche al solo dato oggettivo dell'importo economico, dall'altro implica che la motivazione può e deve essere costruita anche senza ricorrere all'acquisizione di una pluralità di preventivi atteso che la congruità di una proposta contrattuale può ricostruirsi anche *aliunde* (ad esempio, confrontandola con listini pubblici, quali i prezzi del MePa, o, ancora, con affidamenti di prestazioni analoghe di altre amministrazioni, dopo semplici ricerche in rete).

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 26 giugno 2017 n. 3110

Sull'illegittimità dei macro lotti (CONSIP)

È illegittimo il bando di gara a procedura aperta per l'affidamento di servizi professionali a supporto delle attività della CONSIP di alcuni di servizi, individuati come: (i) advisory strategico; (ii) implementazione operativa delle iniziative individuate; (iii) consulenza legale, nella parte in cui: a) richiede che i partecipanti alla gara dimostrino un complessivo requisito di un fatturato globale non inferiore ad €. 20.000.000, iva esclusa, per consulenze strategico-organizzative e un fatturato per servizi legali nel diritto amministrativo non inferiore ad €. 2.000.000,00, iva esclusa, di cui almeno €. 1.000.000,00 conseguiti per prestazioni di assistenza e di consulenza stragiudiziale legale in materia di contratti pubblici, all'interno di tre esercizi finanziari, e cioè un requisito che finisce per restringere ingiustificatamente la platea dei possibili partecipanti; b) invece di procedere alla previa suddivisione in lotti sia qualitativamente, sia quantitativamente differenziati, ha indetto una gara in unico lotto che riguarda promiscuamente il servizio di consulenza strategica, organizzativa, legale e merceologica, volto a supportare le sue attività: al contempo prestazioni di servizi di consulenza strategico-organizzativa in ambito procurement, dunque di advisory strategico, di implementazione operativa delle iniziative individuate, e di consulenza legale. Questa previsione è censurabile perché si trascendono i limiti di concorrenza, ragionevolezza e proporzionalità che connotano il margine di insindacabilità per discrezionalità dell'Amministrazione.

TAR CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. VIII – sentenza 27 giugno 2017 n. 3506

Sulla revoca dell'aggiudica per l'emersione di indagini penali a carico dell'affidataria

E' legittimo il provvedimento con il quale un Comune, prima della stipula del contratto di appalto, ha revocato in autotutela l'aggiudicazione definitiva di una gara di appalto di servizi (nella specie, si trattava del servizio di raccolta differenziata, trasporto e conferimento rifiuti e nettezza urbana sul territorio comunale), che sia motivato con riferimento alla comprovata esistenza – appresa da notizie giornalistiche – di indagini penali in corso, per gravi reati commessi in danno della P.A., in tema di appalti per la gestione del servizio di smaltimento dei rifiuti (comportanti anche l'applicazione di misure cautelari personali) sull'operato dei vertici della ditta risultata vittoriosa, in collegamento con quello di dipendenti e amministratori della P.A. appaltante; in tal caso, infatti, il provvedimento di revoca risulta fornito di adeguata motivazione, e quindi pienamente giustificato, nonché coerente con l'esplicito intento di salvaguardare l'interesse pubblico a che l'attribuzione dell'appalto del servizio in parola avvenga in favore di soggetto pienamente affidabile; e ciò sul rilievo che, in ragione delle suddette indagini penali, è venuta meno, nell'occasione, la necessaria fiducia nell'impresa (essendo stati vulnerati decisivi aspetti della sua moralità), in relazione a quella specifica gara.

Sull'onere della tempestiva e formale iscrizione delle riserve

1. Negli appalti pubblici, l'omessa contestazione del conto finale da parte dell'impresa appaltatrice è preclusiva di ulteriori richieste, atteso che il conto finale costituisce il documento in cui debbono essere confermate le richieste e le riserve già iscritte "immediatamente".

2. In tema di appalti pubblici, dal combinato disposto degli artt. 16, 54 e 64 del r.d. 25 maggio 1895, n. 350 e 26 del d.P.R. 16 luglio 1962, n. 1063 si ricava che 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, è tenuto ad iscrivere tempestivamente apposita riserva nel registro di contabilità o in altri appositi documenti contabili; ad esporre, poi, nel modo e nei termini indicati dalla legge, gli elementi idonei ad individuare la sua pretesa nel titolo e nella somma; ed a confermare, infine, la riserva all'atto della sottoscrizione del conto finale. Ne consegue che l'impresa che, pur avendo tempestivamente formulato la riserva, non la riproduca e non la espliciti nei termini e nei documenti previsti dalle citate norme, decade dalle relative domande; e nella medesima preclusione detta impresa incorre ove abbia iscritto tempestiva riserva, senza reiterare le richieste che ad essa si riferiscono in sede di liquidazione del conto finale, atteso che siffatta omissione è incompatibile con l'intenzione di persistere nella pretesa avanzata in precedenza, derivando dalla mancata conferma una presunzione relativa di accettazione del conto finale, superabile soltanto con la prova della positiva volontà dell'appaltatore di non accettarlo.