



**Rassegna giurisprudenziale
sulle procedure ad evidenza pubblica**

(aprile 2018 – giugno 2018)

a cura di Francesco Armenante – consulente *FORMEZPA*

Formez **PA**

COMUNICATO del M.I.T. DEL 30 marzo 2018 – DGUE elettronico

Dal prossimo 18 aprile il Documento di gara unico europeo (DGUE) dovrà essere reso disponibile esclusivamente in forma elettronica, nel rispetto di quanto previsto dal Codice dei contratti pubblici (art. 85, comma 1).

Per le procedure di gara bandite dal 18 aprile, le stazioni appaltanti predisporranno ed accetteranno il DGUE **in formato elettronico** secondo le disposizioni del DPCM 13 novembre 2014.

I documenti di gara dovranno contenere le informazioni sullo specifico formato elettronico del DGUE, l'indirizzo del sito internet in cui è disponibile il servizio per la compilazione del DGUE e le modalità con le quali il DGUE elettronico deve essere trasmesso dall'operatore economico alla stazione appaltante.

Fino al 18 ottobre 2018 - data di entrata in vigore dell'obbligo delle comunicazioni elettroniche *ex art.* 40, comma 2, del Codice dei contratti pubblici - le stazioni appaltanti che non dispongano di un proprio servizio di gestione del DGUE in formato elettronico, o che non si servano di altri sistemi di gestione informatica del DGUE, richiederanno nei documenti di gara all'operatore economico di trasmettere il documento in formato elettronico, compilato secondo le modalità ivi indicate, su supporto informatico all'interno della busta amministrativa o mediante la piattaforma telematica di negoziazione eventualmente utilizzata per la presentazione delle offerte.

Dal 18 ottobre, il DGUE dovrà essere predisposto esclusivamente in conformità alle regole tecniche che saranno emanate da AgID ai sensi dell'art. 58 comma 10 del Codice dei contratti pubblici. Per tutte le procedure di gara bandite a partire dal 18 ottobre, eventuali DGUE di formati diversi da quello definito dalle citate regole tecniche saranno considerati quale documentazione illustrativa a supporto.

I requisiti di integrità, autenticità e non ripudio del DGUE elettronico devono essere garantiti secondo quanto prescritto dal Codice dell'Amministrazione digitale (d. lgs. 7 marzo 2005, n. 82).

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

Sulla mancata suddivisione in lotti

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

Se è vero che l'art. 51, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 ha mantenuto il principio della suddivisione in lotti, al fine di favorire l'accesso delle microimprese, piccole e medie imprese alle gare pubbliche, già previsto dall'art. 2, comma 1-bis, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163,

tuttavia, nel nuovo regime, il principio non risulta posto in termini assoluti ed inderogabili, giacché il medesimo art. 51, comma 1, secondo periodo afferma che “le stazioni appaltanti motivano la mancata suddivisione dell’appalto in lotti nel bando di gara o nella lettera di invito o nella relazione unica di cui agli artt. 99 e 139”.

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

Sul requisito della regolarità fiscale

1. La regolarità fiscale delle imprese partecipanti ad appalti pubblici sussiste quando, alternativamente, a carico dell’impresa non risultino contestate violazioni tributarie mediante atti ormai definitivi per decorso del termine di impugnazione ovvero, in caso d’impugnazione, la relativa pronuncia giurisdizionale sia passata in giudicato; pertanto, nel caso in cui l’atto di accertamento sia divenuto definitivo per l’infruttuoso decorso del termine di impugnazione oppure per passaggio in giudicato della sentenza, l’impresa che partecipi ad una procedura ad evidenza pubblica deve essere esclusa per il mancato rispetto del requisito della regolarità fiscale ex art. 80 d.lgs. n. 50 del 2016.

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

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

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

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

l'esclusione di una ditta nel caso in cui l'importo delle cartelle di pagamento sia superiore al limite di euro 10.000,00 sopra richiamato.

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

Sull'invarianza della soglia

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

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

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

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

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

stessa alle sole imprese che già operano nel territorio, in palese violazione delle disposizioni comunitarie.

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

Sul principio di rotazione

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

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

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

Sull'avvalimento di garanzia

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

2. In caso di avvalimento della capacità economica finanziaria, rappresentato dal fatturato sia globale che specifico (c.d. avvalimento "di garanzia"), la prestazione oggetto specifico dell'obbligazione è costituita non già dalla messa a disposizione da parte dell'impresa ausiliaria di strutture organizzative e mezzi materiali, ma dal suo impegno a garantire con le proprie complessive risorse economiche, il cui indice è costituito dal fatturato; in sostanza, ciò che la impresa ausiliaria mette a disposizione è il suo valore aggiunto in termini di solidità finanziaria e di acclarata esperienza di settore, dei quali il fatturato costituisce indice significativo. **Ne consegue che non occorre che la dichiarazione negoziale costitutiva dell'impegno contrattuale si riferisca a specifici beni patrimoniali o ad indici materiali**

atti ad esprimere una determinata consistenza patrimoniale e, dunque, alla messa a disposizione di beni da descrivere ed individuare con precisione, essendo sufficiente che da essa dichiarazione emerga l'impegno contrattuale della società ausiliaria a mettere a disposizione la sua complessiva solidità finanziaria ed il suo patrimonio esperienziale, garantendo con essi una determinata affidabilità ed un concreto supplemento di responsabilità.

TAR CALABRIA – CATANZARO – sentenza 4 aprile 2018 n. 815

Sull'incompatibilità tra RUP e Commissario di gara

E' illegittima la partecipazione del RUP alla commissione di gara. Secondo il Collegio il comma 4 dell'art. 77, escludendo ogni astratto e aprioristico automatismo in punto di incompatibilità, valorizzerebbe la necessità di procedere, da parte dei competenti organi della stazione appaltante, a uno scrutinio "fattuale e in concreto" del livello di coinvolgimento del RUP nella regolamentazione e nello svolgimento delle operazioni della procedura di gara. In altri termini, deve ritenersi che la "valutazione" richiesta dalla norma alle stazioni appaltanti debba attenersi e focalizzarsi sulle attività effettivamente e concretamente svolte dal RUP nell'ambito della specifica procedura di gara allo scopo di prevenire il pericolo concreto di possibili effetti distorsivi e di favoritismi prodotti dalla partecipazione alle commissioni giudicatrici di soggetti che siano intervenuti a diverso titolo nella procedura concorsuale definendone i contenuti e le regole. La richiamata norma deve essere quindi intesa nel senso di prescrivere la necessità, ogni qualvolta vi sia coincidenza soggettiva tra RUP e membro (o presidente) della commissione, di dare conto, (eventualmente) nel corpo della relativa determinazione amministrativa di nomina, quantomeno, della insussistenza di ragioni ostative in ordine a siffatta sovrapposizione di funzioni.

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

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

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

Nelle gare di appalto, la formula, da utilizzare per la valutazione dell'offerta economica, può essere scelta discrezionalmente dalla Pubblica amministrazione sia nella definizione dei criteri, da utilizzare quale riferimento per l'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, sia nella individuazione delle formule matematiche da usare per l'attribuzione del punteggio e, in ogni caso la formula proporzionale inversa ha pari dignità logico –

giuridica di quella diretta, pure per le offerte tecniche, ai fini della ripartizione dei punteggi, e non lede né la par condicio, né la trasparenza e il buon andamento dell'azione amministrativa.

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

Sul principio di tassatività delle ipotesi di esclusione

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

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

Sulla clausola sociale

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

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

Sulla doverosità dell'esclusione in caso di conflitto di interessi

1. L'art. 42, 2° comma, del d.lgs. n. 50/2016 (il quale prevede che: «Si ha conflitto d'interesse quando il personale di una stazione appaltante o di un prestatore di servizi che, anche per conto della stazione appaltante, interviene nello svolgimento della procedura di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni o può influenzarne, in qualsiasi modo, il risultato, ha, direttamente o indirettamente, un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di appalto o di concessione. In particolare, costituiscono situazione di conflitto di interesse quelle che determinano l'obbligo di astensione previste dall'articolo 7 del decreto del Presidente della Repubblica 16 aprile 2013, n. 62 ...») costituisce una norma di portata estremamente ampia e atipica, destinata a colorarsi

in funzione della finalità di tutela della concorrenza e della imparzialità, sicché non sembra dettare una disciplina univoca del “conflitto di interesse”, ma indica solamente una **soglia minima di contenuto e tutela**; l’espressione “personale” utilizzata dalla norma va riferita non solo ai dipendenti in senso stretto (ossia, i lavoratori subordinati) dei soggetti giuridici ivi richiamati, ma anche a quanti, in base ad un valido titolo giuridico (legislativo o contrattuale), siano in grado di validamente impegnare, nei confronti dei terzi, i propri danti causa o comunque rivestano, di fatto o di diritto, un ruolo tale da poterne obiettivamente influenzare l’attività esterna.

2. Va annullata l’aggiudicazione di una gara in favore di una società che, per effetto di legami societari con l’Amministrazione appaltante, si trovi in una situazione di conflitto di interessi, tale da ritenere inverata la situazione di potenziale conflitto tra gli interessi di cui l’Amministrazione è portatrice nello svolgimento delle funzioni di Stazione appaltante e quelli che deve esprimere nella qualità di socio della società aggiudicataria.

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

Sull’immodificabilità dell’ATI e sulla sostituzione della mandante o della mandataria

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

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

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

Si ricava un diverso regime applicabile all’ipotesi in cui l’evento interdittivo colpisca una mandante di un’A.T.I. (esecuzione o fase di gara che sia, in conseguenza dell’estensione operata dal comma 19 ter), **ovvero una mandataria**, in quanto anche in quest’ultimo caso la normativa consente la sua sostituzione, ma soltanto con un operatore che fa già parte dell’A.T.I., purché abbia i requisiti di qualificazione adeguati alla prestazione da eseguire.

TAR MARCHE, SEZ. I – sentenza 7 aprile 2018 n. 237

Sull'esclusione dell'impresa per offerta in aumento

E' legittimo, in quanto adeguatamente motivato, il provvedimento con il quale una Azienda Ospedaliera ha escluso una ditta da una gara di appalto per l'affidamento della concessione del servizio di gestione di distributori automatici, che sia motivato con riferimento al fatto che la ditta interessata, in violazione di una espressa previsione del bando in tal senso, ha presentato una offerta recante prezzi unitari, offerti al pubblico, superiori ai prezzi unitari posti a base d'asta.

TAR CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. I – sentenza 9 aprile 2018 n. 2285

Sull'inapplicabilità del collegamento sostanziale in caso di partecipazione a lotti diversi

Nel caso in cui le offerte presentate dalle imprese, asseritamente riferibili ad un unico centro decisionale, riguardino lotti diversi, non trova applicazione la previsione di cui all'art. 80, comma 5, lett. m) del D.Lgs. n. 50/2016, che sanziona con l'esclusione l'eventuale riconducibilità ad un medesimo centro decisionale delle offerte presentate da più concorrenti.

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

Sull'avvalimento interno, plurimo e a cascata

L'art. 89, comma 7, prima parte, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (il quale prevede che «*in relazione a ciascuna gara non è consentito, a pena di esclusione, che della stessa impresa ausiliaria si avvalga più di un concorrente, ovvero che partecipino sia l'impresa ausiliaria che quella che si avvale dei requisiti*») – pone un divieto che operatori economici in competizione in gara si avvalgano della stessa impresa per qualificarsi Per ragioni analoghe la disposizione in esame vieta all'impresa ausiliaria di assumere la veste del concorrente nella medesima procedura di affidamento. L'avvalimento all'interno dei partecipanti ad un raggruppamento temporaneo di imprese è espressamente consentito dall'art. 89, comma 1, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, così come è riconosciuto l'avvalimento «*di più imprese ausiliarie*» (comma 6), a differenza dell'avvalimento “*a cascata*”, invece vietato dal medesimo comma 6.

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

Sull'idoneità di una sola referenza bancaria.

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

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

Sulla giurisdizione in caso di esecuzione anticipata del contratto

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

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

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

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

La previsione della *lex specialis* che richiede l'iscrizione alla CCIAA per l'attività oggetto dell'appalto, al fine della dimostrazione della capacità tecnica e professionale delle imprese partecipanti alla gara, non può considerarsi immotivata o illogica, essendo l'iscrizione finalizzata a dar atto dell'effettivo svolgimento di tale attività, laddove le indicazioni dell'oggetto sociale individuano solamente i settori (potenzialmente illimitati) nei quali la

stessa potrebbe astrattamente venire ad operare, senza però nulla dire sull'effettivo ed attuale svolgimento dell'attività stessa.

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

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

Sui gravi illeciti professionali

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

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

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

Sul criterio del confronto a coppie

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

Nel caso di confronto a coppie negli appalti pubblici, la commissione di gara gode di ampia discrezionalità, atteso che i commissari esprimono una valutazione, necessariamente soggettiva e opinabile, circa le diverse soluzioni tecniche offerte: la metodologia in questione, in altre parole, non mira ad una ponderazione di ogni singola offerta rispetto a standard ideali, ma ad una graduazione comparativa delle varie proposte dei concorrenti attraverso l'attribuzione di coefficienti numerici nell'ambito di ripetuti "confronti a due".

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

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

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

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

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

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 13 aprile 2018 n. 2214

Sulla non applicabilità del soccorso istruttorio in caso di assenza del Piano economico finanziario

1. Negli appalti pubblici, il Piano economico finanziario (PEF) è volto a dimostrare la concreta capacità del concorrente di correttamente eseguire la prestazione per l'intero arco temporale prescelto attraverso la responsabile prospettazione di un equilibrio economico-finanziario di investimenti e connessa gestione, nonché il rendimento per l'intero periodo: il che consente all'amministrazione concedente di valutare l'adeguatezza dell'offerta e l'effettiva realizzabilità dell'oggetto della concessione stessa.

2. Nelle gare di appalto, il soccorso istruttorio può solo consentire la sanatoria di difformità e carenze formali e facilmente riconoscibili, ma non supplire a sostanziali carenze dell'offerta; in particolare, un vizio sostanziale del Piano economico finanziario (PEF) (nella specie riguardante l'aver indicato un diverso arco temporale), non configura una mera irregolarità formale o un errore materiale e pertanto non è sanabile mediante il soccorso istruttorio.

CORTE COSTITUZIONALE – ordinanza 13 aprile 2018 n. 76

Sulla non applicabilità del soccorso istruttorio in caso di dichiarazione mendace

1. La nuova disciplina del soccorso istruttorio, introdotta dall'art. 39 del d.l. n. 90 del 2014, non intacca affatto il principio – pacifico in rapporto alla disciplina anteriore – di inapplicabilità dell'istituto nei casi di falsa dichiarazione; la nuova regolamentazione della materia mira, in effetti, a evitare – in termini più ampi che per il passato – l'esclusione dalla gara per mere carenze documentali (comprehensive, oltre che dell'incompletezza e dell'irregolarità, anche della mancanza assoluta delle dichiarazioni prescritte), in ossequio a istanze "sostanzialistiche" volte a promuovere la massima partecipazione alle gare. Anche in tale versione ampliata, il soccorso istruttorio non "copre", dunque, l'ipotesi – totalmente diversa – della dichiarazione mendace, idonea a fuorviare la stazione appaltante nell'individuazione e nella valutazione dei requisiti di ammissione.

2. Nel caso di dichiarazione mendace resa in sede di gara di appalto, rimane applicabile la generale previsione dell'art. 75 del d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, recante il «Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa (Testo A)», a mente della quale la falsità della dichiarazione sostitutiva (forma nella quale deve essere attestato il possesso dei requisiti soggettivi di partecipazione alle gare) determina la decadenza «dai benefici eventualmente conseguenti al provvedimento emanato sulla base della dichiarazione» stessa».

3. Si ha una dichiarazione mendace anche nel caso di dichiarazione relativa ai precedenti penali che non menzioni talune delle condanne riportate, in quanto implicante l'infedele attestazione dell'inesistenza delle condanne stesse, impedendo così alla Stazione appaltante di valutare il loro carattere ostativo alla partecipazione alla gara da parte del concorrente.

TAR CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. II – sentenza 16 aprile 2018 n. 2494

Sull'omessa indicazione dei costi della manodopera e degli oneri di sicurezza aziendali

1. E' legittima l'esclusione da una gara di appalto di una offerta nella quale non sono stati indicati separatamente i costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, così come prescritto dall'art. 95, comma 10 del d.lgs. n. 50 del 2016 e s.m.i.. Quest'ultima disposizione prevede espressamente che nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro; in considerazione della natura imperativa della previsione, non derogabile dal bando, la stessa si inserisce direttamente nell'atto unilaterale amministrativo anche in presenza di clausole contrastanti difformi.

2. Nel caso di mancata indicazione nell'offerta degli oneri per la mano d'opera e degli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, trattandosi di requisiti dell'offerta economica, non è applicabile il soccorso istruttorio, espressamente escluso dall'art. 85 comma 9 c.c.p., né può farsi riferimento alla tutela dell'affidamento del contraente alla luce del carattere imperativo della norma e dei requisiti professionali richiesti ad un operatore economico qualificato partecipante a una gara pubblica. E, anzi, il Codice ha definitivamente rimosso ogni possibile residua incertezza sulla sussistenza dell'obbligo del ricorso al soccorso istruttorio, insuscettibile, comunque, di trovare applicazione nel caso di incompletezze e irregolarità relative all'offerta economica.

TAR VENETO, SEZ. I – sentenza 17 aprile 2018 n. 411

Sulla necessità dell'iscrizione in capo a tutte le ditte del raggruppamento

In forza di quanto previsto dall'art. 48, comma 2 del d.lgs. n. 50 del 2016 e dalla *lex specialis*, va escluso un costituendo raggruppamento temporaneo di imprese di tipo verticale, da una gara per l'affidamento del servizio di raccolta, trasporto e conferimento ad impianti di smaltimento/recupero dei rifiuti speciali pericolosi e non pericolosi a favore di alcune aziende sanitarie, ove una ditta componente del medesimo raggruppamento sia risultata priva del requisito di iscrizione all'Albo dei gestori ambientali; infatti, tutte le società partecipanti al raggruppamento, in quanto chiamate all'esecuzione di un'unitaria prestazione, non scorporata in distinte attività, essere in possesso del requisito tecnico professionale dell'iscrizione all'Albo Nazionale dei Gestori Ambientali.

TRGA, SEZ. BOLZANO – sentenza 18 aprile 2018 n. 139

Sul costo della manodopera

E' legittima l'esclusione da una gara di appalto indetta da una ASL per l'affidamento del servizio riabilitativo presso residenze per anziani, disposta perché l'impresa interessata non ha indicato nell'offerta i costi della manodopera; infatti, l'art. 95, comma 10, del codice dei contratti, recante "criteri di aggiudicazione dell'appalto", come modificato con l'art. 60, comma 1, lett. d) del D. Lgs. 19.4.2017, n. 56 (decreto correttivo), a differenza della normativa previgente, prevede esplicitamente l'obbligo dell'operatore economico di indicare

nell'offerta, oltre ai propri costi aziendali della sicurezza, anche i costi della manodopera, salvo che in tre specifiche ipotesi, in cui detto adempimento non è richiesto; in tale tre ipotesi, tuttavia, non può farsi rientrare il servizio riabilitativo presso residenze per anziani, dovendosi escludere che lo stesso sia riconducibile ad un servizio di natura intellettuale, essendo connotato dal significativo apporto della manodopera, seppure d'alta qualificazione, organizzata dall'operatore economico per l'erogazione delle prestazioni richieste (1).

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 19 aprile 2018 n. 2386

Sull'ammissibilità del soccorso istruttorio in caso di ritardato pagamento del contributo ANAC

1. Non può essere disposta l'esclusione dalla gara di una ditta che abbia corrisposto con ritardo il contributo all'ANAC di cui all'art. 1, comma 67, l. n. 266 del 2005, nel caso in cui la *lex specialis* non preveda in modo espresso l'esclusione per il caso di mancato versamento di tale somma.

2. In base alla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, deve ritenersi conforme ai principi di parità di trattamento e di trasparenza nella materia dei contratti pubblici un meccanismo di soccorso istruttorio inteso a salvaguardare la partecipazione alla procedura di affidamento in caso di irregolarità essenziali, purché ciò non avvenga in caso di carenze documentali sanzionate in modo espresso con l'esclusione o sia così consentito all'operatore economico di formulare nella sostanza una nuova offerta. Proprio con riguardo al caso dell'omesso versamento del contributo per il funzionamento dell'Autorità nazionale anticorruzione, la Corte di giustizia ha affermato che i principi di tutela del legittimo affidamento, certezza del diritto e proporzionalità ostano ad una regola dell'ordinamento di uno Stato membro che consenta di escludere da una procedura di affidamento di un contratto pubblico l'operatore economico non avvedutosi di una simile conseguenza, perché non espressamente indicata dagli atti di gara (sentenza della Corte di giustizia UE, 2 giugno 2016).

TAR LOMBARDIA – BRESCIA, SEZ. I – sentenza 20 aprile 2018 n. 434

Sull'illegittimità del criterio del prezzo più basso per servizi non standardizzati

Il ricorso al criterio del prezzo più basso deve ritenersi non compatibile con l'affidamento di un servizio di manutenzione del parco automezzi che comporta una manutenzione ordinaria e straordinaria, non risultando ammissibile ricondurre dette attività, in mancanza di precise giustificazioni, nell'alveo della nozione di standardizzazione, ai fini dell'applicazione del criterio del massimo ribasso ai sensi dell'art. 95 commi 3 e 4 del D.lgs. 50/2016; e ciò segnatamente laddove dall'esame degli atti di gara non sia possibile evincere l'esistenza di un grado di dettaglio delle prestazioni, tanto da rendere "standardizzata" l'attività oggetto del servizio di affidamento, mancando una definizione del servizio e, nel contempo, risultando

astrattamente ammissibile la possibilità di miglioramenti, così come la facoltà delle imprese partecipanti di introdurre una diversificazione delle modalità di svolgimento del servizio.

TAR PUGLIA – LECCE, SEZ. II – sentenza 23 aprile 2018 n. 718

Sull'utilizzo del criterio del prezzo più basso

E' legittimo, ai sensi dell'art. 95, comma 4, d.lgs. 50/2016, un appalto per il servizio di vigilanza privata il cui bando preveda, quale criterio di aggiudicazione, quello del prezzo più basso nel caso in cui l'Amministrazione, nella propria lettera di invito e nelle "condizioni particolari di contratto", abbia **puntualmente indicato le condizioni tecniche richieste per l'esecuzione del servizio**, specificando dettagliatamente i tempi, le modalità e il numero di operatori e cioè elementi predefiniti e condizioni standardizzate, con conseguente sussistenza di tutte le condizioni richieste per l'applicazione del minor prezzo in conformità all'art. 95 cit..

CGA, SEZ. GIURISDIZIONALE – sentenza 23 aprile 2018 n. 230

Sul principio dell'invarianza della media

Il principio secondo cui il divieto di correzione della media trova applicazione solamente a decorrere dall'aggiudicazione definitiva va, comunque, declinato nel senso: a) che il Giudice non può disporre rettifiche o correzioni della media dipendenti da "variazioni" (nel numero dei concorrenti e delle offerte valide) intervenute per la prima volta, ossia innovativamente (rispetto all'assetto raggiunto), dopo l'aggiudicazione definitiva (neanche se derivanti da pronunzie giurisdizionali); b) ma non anche che il Giudice non possa disporre rettifiche e correzioni della media correlate a "variazioni" già intervenute o che avrebbero dovuto essere effettuate precedentemente a tale aggiudicazione, e cioè proprio nella fase di verifica a ciò deputata; sempreché, beninteso, la questione da cui dipende la variazione sia stata sollevata tempestivamente (sia sorta, cioè, nell'ambito e nel rispetto dei termini del sub-procedimento specificamente volto alla verifica della regolarità della documentazione).

In altri termini, il principio di immodificabilità della media non può essere invocato né per indurre il Seggio di gara a modificare condotte errate ed illegittime né per indurre a non farlo. Non può essere usato, cioè, per determinare la stasi dell'attività di individuazione della platea dei concorrenti e del numero delle offerte nella fase procedimentale a ciò preordinata. Se così non fosse – se, cioè, non fosse consentito al Giudice di accertare la legittimità delle "variazioni" intervenute nella fase che precede l'aggiudicazione definitiva neanche allorquando le ditte abbiano agito tempestivamente (id est: entro e non oltre la conclusione della fase riservata alla verifica delle offerte), sarebbe oltremodo facile per l'Amministrazione aggiudicare gli appalti in maniera del tutto arbitraria. Per conseguire tale risultato sarebbe sufficiente che l'Amministrazione – a fronte di qualsiasi contestazione (pur se volta a far cessare condotte illegittime) – si limitasse (rectius: si affrettasse) ad adottare repentinamente il provvedimento di aggiudicazione definitiva, con il che resterebbe preclusa ogni forma di tutela ripristinatoria e/o reintegratoria.

Nella specie, poichè la variazione della platea dei concorrenti era dipesa dal fatto che quattro ditte erano state escluse – illegittimamente (come esattamente rilevato dal Giudice di primo grado con statuizione sulla quale, in ragione della mancanza di qualsiasi contestazione in appello, si è formato il c.d. “giudicato interno”) – per non aver fornito le cc.dd. “giustificazioni” in ordine all’attendibilità (rectius: sostenibilità) delle loro offerte (non ostante con esse fosse stato proposto un ribasso superiore al 25%), giustificazioni che non hanno nulla a che vedere con i documenti certificatori indicati dall’art. 38 del D.Lgs. n. 163 del 2006, appare evidente che nella fattispecie dedotta in giudizio il ‘principio di immutabilità’ della media non era assolutamente applicabile; e che pertanto l’Amministrazione ben avrebbe potuto (e dovuto) effettuare la correzione e le modifiche invocate.

TAR LAZIO – ROMA, SEZ. I – sentenza 23 aprile 2018 n. 4452

Sul grave illecito professionale

E’ legittimo il provvedimento con il quale la stazione appaltante ha escluso dalla gara una ditta nei cui confronti, anche in base alle annotazioni presenti nel casellario informatico, risultavano inadempimenti perpetrati in precedenti rapporti contrattuali con la P.A., tali da integrare i “gravi illeciti professionali”, come declinati dall’art. 80, comma 5, lett. c) del D.Lgs. n. 50/2016.

Nella specie risultava l’esistenza di una sentenza resa dal Tribunale Ordinario di Roma, II Sezione civile, che aveva rigettato la domanda svolta dalla ricorrente laddove la stessa contestava l’illegittimità e l’infondatezza della determinazione di risoluzione del rapporto contrattuale da parte di altra P.A. e per l’effetto dell’annotazione di tale vicenda nel casellario informatico tenuto dall’Anac.

TAR CALABRIA – CATANZARO, SEZ. I – sentenza 24 aprile 2018 n. 952

Sull’incompatibilità del Commissario di gara con il Responsabile del servizio

Deve ritenersi illegittima, per incompatibilità e per violazione dell’art. 77 del d.lgs. n. 50 del 2016, la composizione della commissione giudicatrice di una gara indetta da un Ente locale, per l’affidamento di un appalto di lavori, nel caso in cui sia stato nominato, quale Presidente, il responsabile dell’Ufficio Tecnico del Comune, che ha redatto e sottoscritto il bando di gara e che ha anche partecipato alle attività propedeutiche relative alla approvazione del progetto esecutivo.

TAR PIEMONTE, SEZ. II – sentenza 24 aprile 2018 n. 482

Sulla revoca della gara e sulla responsabilità precontrattuale della PA

1. Nel caso in cui la procedura di gara sia pervenuta alla fase della sola aggiudicazione provvisoria, nella quale l'aggiudicatario non vanta ancora un'aspettativa qualificata al bene della vita, ma un'aspettativa di mero fatto, la decisione della stazione appaltante di procedere alla revoca dell'aggiudicazione provvisoria stessa e di non dar corso definitivamente alla gara non è neppure da classificare come attività di secondo grado (diversamente dal ritiro dell'aggiudicazione definitiva), e non vincola la PA al rispetto dei presupposti motivazionali di cui all'art. 21 quinquies L. n. 241/90.

2. Una volta bandita una gara per l'affidamento di lavori, la stazione appaltante non può effettuare, nel corso della stessa, pena una chiara alterazione del principio della par condicio fra i partecipanti alla procedura, valutazioni che comportino in sostanza la realizzazione di un progetto che risulta sostanzialmente diverso da quello posto a base di gara, anche se realizzabile a costi certamente molto più contenuti nell'immediato e con oneri prevedibilmente minori negli anni successivi.

Sull'ammontare del danno risarcibile

3. La circostanza che la revoca della gara, per quanto legittima, sia dipesa da un grave vizio progettuale imputabile alla stazione appaltante, rende fondata la domanda risarcitoria proposta da parte dell'aggiudicatario provvisoria nei limiti della cosiddetta responsabilità precontrattuale per culpa in contrahendo di cui all'art. 1337 c.c., e quindi nei limiti del c.d. "interesse negativo" della parte ricorrente a non investire inutilmente tempo e risorse economiche per partecipare ad una gara d'appalto viziata ab origine da carenze progettuali imputabili alla stessa stazione appaltante, con conseguente risarcibilità dei (soli) danni consistenti nelle spese di partecipazione alla gara e nel mancato conseguimento di altre favorevoli occasioni contrattuali (3). A tale voce di danno va aggiunta quella relativa alla perdita di altre favorevoli occasioni contrattuali, quanto meno in relazione al periodo intercorrente tra la data dell'aggiudicazione provvisoria e quella della revoca della procedura di gara, periodo nel quale è verosimile che la società ricorrente, confidando nella imminente aggiudicazione della gara, abbia ommesso di prendere parte ad altre procedure di gara, con conseguente perdita delle relative chance di aggiudicazione.

TAR SARDEGNA, SEZ. I – sentenza 26 aprile 2018 n. 375

Sul costo della manodopera

1. Nelle gare di appalto indette dopo l'entrata in vigore del nuovo codice, la separata indicazione del costo della manodopera, prevista dall'art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50/2016, è necessaria a pena di esclusione dalla gara, non essendo oggetto esclusivamente del giudizio di anomalia dell'offerta economica di cui all'art. 97, comma 5, lett. d), (ai cui sensi, l'offerta è anormalmente bassa se «il costo del personale è inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle di cui all'articolo 23, comma 16»); infatti, la richiamata norma ha definitivamente rimosso ogni possibile residua incertezza sulla sussistenza di tale obbligo, onde non si intravedono ragioni sufficienti per discriminare le conseguenze giuridiche che sarebbero riconducibili alla mancata indicazione nell'offerta economica dei costi della manodopera, limitate alla sola verifica della anomalia dell'offerta.

2. Nel caso di mancata indicazione nell'offerta del costo della mano d'opera, non può farsi ricorso al soccorso istruttorio, che il codice dei contratti vigente non ammette in tutte le ipotesi di incompletezze e irregolarità relative all'offerta economica (art. 83, comma 9; che l'indicazione dei costi della manodopera costituisca un elemento dell'offerta economica è precisato dall'art. 95, comma 10).

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 26 aprile 2018 n. 2527

Sulla obbligatorietà della sostituzione dell'ausiliaria non in regola

1. Nelle gare di appalto, l'obbligo di immediata esclusione vale nel caso di irregolarità contributiva della impresa concorrente, non potendo operare nel caso di irregolarità di impresa ausiliaria della quale la concorrente intende avvalersi. In tal caso, invece, si applica l'art. 89, comma 3, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, secondo cui: “La stazione appaltante verifica, conformemente agli articoli 85, 86 e 88, se i soggetti della cui capacità l'operatore economico intende avvalersi, soddisfano i pertinenti criteri di selezione o se sussistono motivi di esclusione ai sensi dell'articolo 80. Essa impone all'operatore economico di sostituire i soggetti che non soddisfano un pertinente criterio di selezione o per i quali sussistono motivi obbligatori di esclusione”.

2. Nel caso di irregolarità nella posizione contributiva dell'ausiliaria (motivo di esclusione obbligatoria ex art. 80, comma 4, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50), la stazione appaltante non può imporre all'operatore economico – anziché la sostituzione dell'ausiliaria di cui all'art. 89, comma 3, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 – la regolarizzazione.

CONSIGLIO DI STATO, ADUNANZA PLENARIA – sentenza 26 aprile 2018 n. 4

Sulla legittimazione ad impugnare il bando di gara

L'operatore del settore che non ha presentato domanda di partecipazione alla gara non è legittimato a contestare le clausole di un bando di gara che non rivestano nei suoi confronti portata escludente, precludendogli con certezza la possibilità di partecipazione.

Anche con riferimento al vigente quadro legislativo, deve trovare persistente applicazione l'orientamento secondo il quale le clausole non escludenti del bando vanno impugnate unitamente al provvedimento che rende attuale la lesione (*id est*: aggiudicazione a terzi), considerato altresì che la postergazione della tutela avverso le clausole non escludenti del bando, al momento successivo ed eventuale della denegata aggiudicazione, secondo quanto già stabilito dalla decisione dell'Adunanza plenaria n. 1 del 2003, non si pone certamente in contrasto con il principio di concorrenza di matrice europea, perché non lo oblitera, ma lo adatta alla realtà dell'incedere del procedimento nella sua connessione con i tempi del processo.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 27 aprile 2018 n. 2554

Sulla non doverosità dell'esclusione per omessa indicazione formale degli oneri di sicurezza interni

L'isolato esame dell'art. 95, comma 10, del d. lgs. n. 50 del 2016 non è, dunque, in sé decisivo, nemmeno sulla base dei principi contenuti nella sentenza n. 9 del 25 febbraio 2014 dell'Adunanza plenaria, per affermare il suo carattere imperativo, a pena di esclusione, e l'effetto ipso iure espulsivo della mancata formale evidenziazione degli oneri per la sicurezza nel contesto dell'offerta economica, poiché esso deve essere letto insieme con l'art. 97, comma 5, lett. c), dello stesso codice, il quale prevede al contrario – e in coerenza con l'art. 69, par. 2, lett. d), della Direttiva 2014/24/UE e con tutto l'impianto della nuova normazione europea – che la stazione appaltante escluda il concorrente solo laddove, in sede di spiegazioni richieste dalla stazione appaltante, detti oneri risultino incongrui.

La soluzione automaticamente escludente si pone, dunque, in contrasto con l'indirizzo del diritto UE quale consacrato dal giudice eurounitario (v., per tutte, Corte di Giustizia UE, sez. VI, 10 novembre 2016, in C-162/16), secondo cui dal quadro della normativa eurounitaria – quello precedente della direttiva 2004/18/CE che, però, sul punto è stata "replicata" senza alcuna sostanziale modifica dalla direttiva 2014/24/UE – «non emerge che la mancanza di indicazioni, da parte degli offerenti, del rispetto di tali obblighi determini automaticamente l'esclusione dalla procedura di aggiudicazione», ma ora, e maggior ragione, anche con il divieto di goldplating, di cui all'art. 32, comma 1, lett. c), della l. n. 234 del 2012 e di cui all'art. 14, commi 24-bis e 24-ter, della l. n. 246 del 2005.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 27 aprile 2018 n. 2579

Sul principio dell'invarianza della soglia

L'art. 95, comma 15, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (recante il c.d. principio della invarianza della soglia) – secondo cui: “Ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte” – non si può applicare nel caso in cui il concorrente abbia tempestivamente impugnato l'atto di ammissione, nelle forme e nei termini di cui all'art. 120, comma 2 bis, c.p.a., in assenza, al momento, di qualsivoglia “cristallizzazione” della soglia per effetto di una graduatoria formata sulla base di ammissioni o esclusioni divenute inoppugnabili e immodificabili – per il rapidissimo susseguirsi degli atti di gara – e, anzi, in pendenza di un subprocedimento per la verifica dell'anomalia dell'offerta risultata prima graduata ancora aperto.

L'art. 95, comma 15, d.lgs. n. 50 del 2016, ha previsto l'immutabilità o invarianza della soglia, una volta cristallizzata, e cioè – al pari del suo diretto antecedente storico, l'art. 38, comma 2-bis, d.lgs. n. 163 del 2006, di cui ricalca la formulazione – al fine di “scoraggiare impugnazioni sui provvedimenti di ammissione o esclusione che avessero come obiettivo soltanto quello di modificare la media delle offerte” (C.g.a. 26 giugno 2017, n. 316).

Un diverso orientamento, che non considerasse tale potere di intervento in autotutela a procedura ancora aperta, da parte dell'amministrazione, e di esclusione dei concorrenti in qualunque momento della gara (art. 80, comma 6, d.lgs. n. 50 del 2016), creerebbe un irrigidimento non conforme ai principî costituzionali ed europei, prima ancora che alle disposizioni del codice, determinando una cristallizzazione della soglia insensibile a qualsivoglia illegittimità riscontrata in corso di gara persino dalla stessa stazione appaltante, e, come ogni automatismo che non consenta alla stessa di valutare in concreto le offerte presentate, sarebbe "contrario all'interesse stesso delle amministrazioni aggiudicatrici, in quanto queste ultime non sono in grado di valutare le offerte loro presentate in condizioni di concorrenza effettiva e quindi di assegnare l'appalto in applicazione dei criteri, anch'essi stabiliti nell'interesse pubblico, del prezzo più basso o dell'offerta economicamente più vantaggiosa" (Corte giust. comm. ue 15 maggio 2008, in C. 147/06, § 29

CONS. GIUST. AMM. REG. SIC., sentenza 30 aprile 2018, n. 252

Sul grave illecito professionale anche in caso di risoluzione ancora sub iudice

Anche in presenza di una risoluzione per inadempimento che si trovi *sub iudice*, alla Stazione appaltante non è precluso applicare ugualmente la causa di esclusione ex art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. 18 aprile 2018, n. 50, valorizzando la clausola normativa di chiusura sulla possibilità di dimostrare comunque "con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità"; è però necessario che la stazione appaltante dimostri con elementi probatori e motivi adeguatamente, l'effettività, gravità e inescusabilità degli inadempimenti dell'impresa.

TAR LOMBARDIA – MILANO, SEZ. IV – sentenza 2 maggio 2018 n. 1181

Sulla possibilità di un affidamento diretto in caso di unico operatore del settore

E' legittima, in quanto congruamente motivata, la deliberazione con la quale il Consiglio di Amministrazione dell'Università degli Studi ha approvato una procedura negoziata, senza previa pubblicazione di bando, con un solo operatore economico ai sensi dell'art. 63, comma 2, lett. b) del d. lgs. 50/2016 per l'affidamento del servizio di fornitura di una soluzione integrata per la gestione dei servizi per il diritto allo studio in modalità software as a service (software come servizio), che sia motivata con riferimento al fatto che: a) l'operatore economico cui il servizio è stato assegnato è sostanzialmente l'unico sul mercato capace di fornire il prodotto richiesto dalla P.A.; b) la soluzione per la gestione del diritto allo studio universitario, sviluppata dal medesimo operatore, risulta la più diffusa in ambito accademico, mentre quella proposta da un altro produttore ha assai più limitato riscontro e, comunque, a seguito della relativa disamina in dettaglio, la P.A. appaltante è pervenuta ad una valutazione d'inadeguatezza, in relazione alle proprie esigenze.

TAR LAZIO – ROMA, SEZ. III QUATER – sentenza 2 maggio 2018 n. 4793

Sulla tassatività delle ipotesi di grave illecito professionale

L'elencazione contenuta nell'art. 80, comma 5 lett. c del d.lgs. n. 50/2016, riguardante le cause di esclusione per "gravi illeciti professionali" è da ritenersi tassativa e non integrabile al di fuori delle fattispecie in essa elencate come sviluppate dalle Linee Guida dell'ANAC; a tal fine occorre che la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si sia reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità. Tra questi rientrano: le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni; il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio; il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione.

2. Le cause di esclusione da una gara per gravi illeciti professionali ex art. 80, comma 5, lett. c), D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, non possono essere oggetto di interpretazioni estensive (1).

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – ordinanza 3 maggio 2018 n. 2639

Sul grave illecito professionale

Va rimessa alla Corte di giustizia U.E. la questione se il diritto dell'Unione europea e, precisamente, l'art. 57 par. 4 della Direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici, unitamente al Considerando 101 della medesima Direttiva e al principio di proporzionalità e di parità di trattamento ostano ad una normativa nazionale, quale l'art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, che, definita quale causa di esclusione obbligatoria di un operatore economico il "grave illecito professionale", stabilisce che, nel caso in cui l'illecito professionale abbia causato la risoluzione anticipata di un contratto d'appalto, l'operatore può essere escluso solo se la risoluzione non è contestata o è confermata all'esito di un giudizio.

CONSIGLIO DI STATO, ADUNANZA PLENARIA – sentenza 4 maggio 2018 n. 5

Sulla responsabilità precontrattuale della PA

1. Anche nello svolgimento dell'attività autoritativa, l'Amministrazione è tenuta a rispettare oltre alle norme di diritto pubblico (la cui violazione implica, di regola, l'invalidità del provvedimento e l'eventuale responsabilità da provvedimento per lesione dell'interesse legittimo), anche le norme generali dell'ordinamento civile che impongono di agire con lealtà e correttezza, la violazione delle quali può far nascere una responsabilità da comportamento scorretto, che incide non sull'interesse legittimo, ma sul diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali, cioè sulla libertà di compiere le proprie scelte negoziali senza subire ingerenze illecite frutto dell'altrui scorrettezza.

2. Nell'ambito del procedimento di evidenza pubblica, i doveri di correttezza e buona fede sussistono, anche prima e a prescindere dell'aggiudicazione, nell'ambito in tutte le fasi della procedura ad evidenza pubblica, con conseguente possibilità di configurare una responsabilità precontrattuale da comportamento scorretto nonostante la legittimità dei singoli provvedimenti che scandiscono il procedimento.

3. La responsabilità precontrattuale della P.A. può derivare non solo da comportamenti anteriori al bando, ma anche da qualsiasi comportamento successivo che risulti contrario, all'esito di una verifica da condurre necessariamente in concreto, ai doveri di correttezza e buona fede.

4. Affinché nasca la responsabilità dell'Amministrazione non è sufficiente che il privato dimostri la propria buona fede soggettiva (ovvero che egli abbia maturato un affidamento incolpevole circa l'esistenza di un presupposto su cui ha fondato la scelta di compiere conseguenti attività economicamente onerose), ma occorrono gli ulteriori seguenti presupposti: a) che l'affidamento incolpevole risulti leso da una condotta che, valutata nel suo complesso, e a prescindere dall'indagine sulla legittimità dei singoli provvedimenti, risulti oggettivamente contraria ai doveri di correttezza e di lealtà; b) che tale oggettiva violazione dei doveri di correttezza sia anche soggettivamente imputabile all'amministrazione, in termini di colpa o dolo; c) che il privato provi sia il danno-evento (la lesione della libertà di autodeterminazione negoziale), sia il danno-conseguenza (le perdite economiche subite a causa delle scelte negoziali illecitamente condizionate), sia i relativi rapporti di causalità fra tali danni e la condotta scorretta che si imputa all'amministrazione.

TAR PUGLIA – BARI, SEZ. II – sentenza 4 maggio 2018 n. 656

Sulla regolarità contributiva (durc interno ed esterno)

1. Nel caso di procedure di gara per l'aggiudicazione di appalti con la P.A., la verifica della regolarità contributiva delle imprese partecipanti è demandata agli istituti di previdenza, le cui certificazioni (DURC) si impongono alle stazioni appaltanti, che non possono sindacarne il contenuto.

2. Anche dopo l'entrata in vigore dell'art. 31, comma 8, del d.l. n. 69 del 2013, non sono consentite regolarizzazioni postume della posizione previdenziale, dovendo l'impresa essere in regola con l'assolvimento degli obblighi previdenziali ed assistenziali fin dalla presentazione dell'offerta e conservare tale stato per tutta la durata della procedura di aggiudicazione e del rapporto con la stazione appaltante, restando dunque irrilevante un eventuale adempimento tardivo.

3. La regolarità contributiva deve sussistere dalla presentazione dell'offerta e deve permanere per tutta la durata della procedura di aggiudicazione e del rapporto con la stazione appaltante, restando irrilevante un eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva, dovendo l'impresa essere in regola con l'assolvimento degli obblighi previdenziali ed assistenziali fin dalla presentazione dell'offerta e conservare tale stato per tutta la durata della procedura di aggiudicazione e del rapporto con la stazione appaltante, restando dunque irrilevante un eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva.

TAR PUGLIA – LECCE, SEZ. III – sentenza 4 maggio 2018 n. 750 –

Sulla giurisdizione del Giudice ordinario per controversie in fase di esecuzione

Rientra nella giurisdizione del Giudice ordinario una controversia avente ad oggetto le contestazioni insorte tra le parti in ordine ad una istanza avanzata nei confronti del Comune dalla ditta appaltatrice del servizio di igiene urbana, tendente ad ottenere il riconoscimento economico dei costi aggiuntivi rispetto a quelli previsti dal contratto, sostenuti per il trasporto a destinazione dei rifiuti, presso impianti di smaltimento diversi da quello contemplato nell'accordo negoziale; in tal caso, infatti, la controversia afferisce a rapporti obbligatori derivanti da pattuizioni di tipo negoziale, intervenute per regolamentare sul piano meramente privatistico la gestione dei rifiuti, esulanti dall'esercizio di poteri autoritativi.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI – sentenza 7 maggio 2018 n. 2704

Sull'effetto estintivo del reato oggetto di patteggiamento per mero decorso del tempo

Secondo la più recente giurisprudenza della Cassazione penale, l'estinzione del reato oggetto di una sentenza di patteggiamento, in conseguenza del verificarsi delle condizioni previste dall'art. 445, comma 2 c.p.p. opera in via automatica, e non richiede una formale pronuncia da parte del giudice dell'esecuzione.

TAR CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. I – sentenza 7 maggio 2018 n. 3048

Sul rilievo della riduzione del costo del personale

1. Nelle gare di appalto, l'inosservanza dei (non inderogabili) parametri determinativi del costo orario del personale rivenienti dalla contrattazione collettiva non comporta l'automatica esclusione dalla gara; tuttavia tale inosservanza rappresenta pur sempre un significativo e fondamentale indice di anomalia dell'offerta, dal quale la valutazione globale di remuneratività non può non restare sfavorevolmente condizionata, allorché lo scostamento dai cennati parametri risulti particolarmente consistente, fino ad incidere, in relazione all'importanza del fattore lavoro, sull'affidabilità della stima complessiva e, quindi, sull'equilibrio economico dell'appalto (1).

2. Nelle gare di appalto, anche se un notevole scostamento dalle tabelle ministeriali sul costo del lavoro è insuscettibile di convertirsi, ex se, in un giudizio di incongruità dell'offerta, esso, per essere superato, richiede, comunque, una giustificazione puntuale e rigorosa (2).

TAR LOMBARDIA – MILANO, SEZ. I – sentenza 7 maggio 2018 n. 1223

Sul soccorso istruttorio per omessa indicazione del costo della manodopera

1. Nel caso in cui la *lex specialis* della gara non prescriva espressamente l'indicazione del costo della mano d'opera a pena di esclusione, è illegittima l'esclusione disposta dalla stazione appaltante sulla base del mero riscontro formale della mancata esplicitazione nell'offerta della ricorrente del costo della manodopera. In tal caso, infatti, l'amministrazione, a fronte di tale riscontro, doveva chiedere chiarimenti alla concorrente in esercizio del dovere di soccorso istruttorio, al fine di consentirle di sopperire alla lacuna presente nella formulazione dell'offerta e ciò non contrasta con i limiti che l'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016 pone all'esercizio del soccorso istruttorio, poiché nello stadio in cui si trova la procedura non è ancora possibile stabilire se l'omissione sottenda una carenza essenziale dell'offerta o una mera irregolarità formale.

2. Una volta che, tramite il soccorso istruttorio, la concorrente abbia dettagliato il costo della manodopera, spetta alla stazione appaltante verificare la congruità dell'offerta economica originariamente presentata, al fine di accertare se la particolare voce di costo fosse già compresa nel valore economico complessivamente esposto, sicché la sua mancata esplicitazione si riduce ad una mera irregolarità, ovvero si tratti di valori che la concorrente ha ommesso di prendere in considerazione nella formulazione dell'offerta, introducendoli ex novo solo a seguito dei chiarimenti richiesti dall'amministrazione e così palesando una carenza essenziale nell'offerta proposta.

TAR CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. VIII – sentenza 8 maggio 2018 n. 3067

Sulla necessità di un termine congruo per il soccorso istruttorio

1. Nel rapporto fra principio di massima partecipazione e par condicio è ormai il primo a essere considerato prevalente. Infatti, nell'espletamento delle procedure di gara, la stazione appaltante deve sempre ispirarsi al criterio della massima partecipazione, evitando interpretazioni eccessivamente restrittive e formalistiche, quindi ostative alla partecipazione ed in contrasto con la regola legislativa della tassatività delle cause di esclusione.

2. E' illegittimo l'operato di un commissione di gara che ha concesso ad una impresa, in sede di soccorso istruttorio, un termine di cinque giorni al fine di consentire la produzione della documentazione integrativa; e cioè un termine inferiore a quello di dieci giorni stabilito dalla suddetta disposizione normativa e non previsto dal disciplinare di gara, né giustificato da particolari emergenze. Tale riduzione del termine è illegittima per violazione del principio di massima partecipazione e per manifesta irragionevolezza, tenuto conto altresì del fatto che nella specie il *dies quo* e quello successivo erano giorni festivi, sì da ridursi in modo significativo e gravoso lo spazio di tempo concesso alla ditta per completare le formalità richieste.

TAR CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. II – sentenza 8 maggio 2018 n. 3079

Sugli oneri di sicurezza interna e sui costi della manodopera e sull'inapplicabilità del soccorso istruttorio

1. Il Collegio condivide l'ormai diffuso e prevalente orientamento giurisprudenziale (cfr. per tutte Consiglio di Stato, Sez. V, 7 febbraio 2018 n. 815; TAR Campania Napoli, Sez. III, 3 maggio 2017 n. 2358) che, sull'analoga questione della quantificazione degli oneri di sicurezza aziendali, ha reputato non più percorribile l'integrazione dell'offerta economica tramite soccorso istruttorio, alla luce del quadro normativo introdotto dal nuovo codice dei contratti pubblici (artt. 83, comma 9, e 95, comma 10, del d.lgs. n. 50/2016). Pertanto, facendo tesoro dei citati approdi giurisprudenziali, vanno formulate le seguenti decisive osservazioni: i) per le gare indette sotto l'egida del nuovo codice dei contratti pubblici (come quella che qui viene in rilievo), non sono più rinvenibili le condizioni perché possa darsi ingresso al soccorso istruttorio nell'ipotesi di omessa indicazione degli oneri di sicurezza aziendali e/o dei costi della manodopera: ciò, in quanto il nuovo codice ha definitivamente rimosso ogni possibile residua incertezza sulla sussistenza di tale obbligo di indicazione, esprimendosi in maniera chiara ed univoca sulla necessaria quantificazione dei suddetti oneri e costi già in sede di predisposizione dell'offerta economica. Più in generale, va evidenziato che il nuovo codice non ammette comunque che il soccorso istruttorio possa essere utilizzato per sanare mancanze, incompletezze e/o irregolarità essenziali relative all'offerta economica (in tal senso – e in modo espresso – l'articolo 83, comma 9, cit.), laddove l'omessa indicazione degli oneri di sicurezza e/o dei costi della manodopera incide sicuramente su elementi essenziali dell'offerta economica, rappresentati nello specifico dagli importi destinati dalla singola impresa alla salvaguardia delle condizioni di sicurezza sul lavoro ed al soddisfacimento del diritto all'equa retribuzione costituzionalmente garantito; ii) a nuova disciplina fissa un obbligo legale inderogabile a carico dei partecipanti alla gara pubblica, cosicché resta ininfluenza che gli atti della procedura non dispongano espressamente al riguardo, operando piuttosto il meccanismo dell'eterointegrazione con l'obbligo discendente dalla norma primaria; iii) una volta accertato che l'obbligo di indicazione dei costi della manodopera è chiaramente sancito dalla legge, la sua violazione determina conseguenze escludenti a prescindere dal dato che l'esclusione non sia stata testualmente enunciata dagli articoli 83 e 95 del d.lgs. n. 50/2016. Infatti, con riferimento al principio di tassatività delle clausole escludenti, è ormai orientamento consolidato (e condiviso dal Collegio) che tale principio vada inteso nel senso che l'esclusione dalla gara deve essere disposta sia nel caso in cui il testo normativo la commini espressamente, sia nell'ipotesi in cui lo stesso imponga adempimenti doverosi (come nella specie) o introduca, comunque, norme di divieto pur senza prevedere espressamente l'esclusione.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 8 maggio 2018 n. 2753

Sul contratto di avvalimento

Non si può configurare la nullità del contratto di avvalimento nell'ipotesi in cui una parte dell'oggetto del contratto di avvalimento, pur non essendo puntualmente determinata, sia tuttavia agevolmente determinabile dal tenore complessivo del documento, anche in applicazione degli artt. 1346, 1363 e 1367 Cod. civ..

L'istituto del soccorso istruttorio non può valere ad apportare integrazioni postume al contratto di avvalimento carente dell'oggetto, ovvero della documentazione del possesso dei requisiti per la partecipazione alla gara alla data di presentazione dell'offerta.

TAR BASILICATA, SEZ. I – sentenza 8 maggio 2018 n. 321

Sulla illegittimità della concessione in uso di un suolo del demanio pubblico senza la preventiva indizione di una procedura di evidenza pubblica.

E' illegittimo il provvedimento con il quale la Regione ha affidato, in via diretta, senza esperire una procedura di evidenza pubblica, la concessione in uso di un suolo del demanio pubblico dello Stato, da utilizzare per lo svolgimento di attività di deposito inerti avente rilevanza economica (nella specie, si trattava dell'utilizzo produttivo a piazzale di servizio dell'impianto di lavorazione e stoccaggio di inerti fluviali e dell'impianto per la produzione di conglomerato cementizio); in tal caso, infatti, sussiste la violazione dell'art. 3, del r. d. 2440 del 1923, nonché dei principi comunitari di trasparenza, non discriminazione e parità di trattamento; e ciò sul rilievo che l'indizione di una procedura comparativa, al fine dell'individuazione del concessionario, costituisce un adempimento espressamente prescritto dalla normativa comunitaria e dall'art. 3 della legge di contabilità dello Stato; con la ulteriore conseguenza che l'obbligo di esperire procedure ad evidenza pubblica ai fini della individuazione del soggetto contraente riguarda, dunque, anche la materia delle concessioni di beni pubblici, siano essi del demanio ovvero del patrimonio indisponibile dello Stato, delle Regioni o dei Comuni.

TAR PUGLIA – BARI, SEZ. II – sentenza 9 maggio 2018 n. 672

Sull'assenza del grave illecito professionale in caso di risoluzione impugnata in sede giustiziale

E' legittima l'ammissione in gara di una ditta nei cui confronti, in precedenza, è stata disposta la risoluzione di un contratto di appalto per gravi illeciti professionali ex art. 80, comma 5 lett. c del d.lgs. n. 50/2016, ove la medesima ditta abbia tempestivamente contestato in giudizio il provvedimento di risoluzione contrattuale; infatti, il citato art. 80, nel consentire alla stazione appaltante di escludere il concorrente la cui integrità o affidabilità sia resa dubbia dalla circostanza – da dimostrarsi con mezzi adeguati – che lo stesso si sia reso colpevole di gravi illeciti professionali, vi include l'ipotesi di risoluzione anticipata per significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione; tuttavia con la precisazione che deve trattarsi di risoluzione anticipata “non contestata in giudizio” ovvero “confermata all'esito di un giudizio” ovvero che abbia dato luogo “ad una condanna del risarcimento del danno o ad altre sanzioni”.

CONSIGLIO DI STATO, COMMISSIONE SPECIALE – parere 10 maggio 2018 n. 1241

Sui contratti di acquisto o di locazione di immobili della P.A.

L'art. 4, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, così come modificato dall'art. 5, d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56, letto in combinato disposto con l'art. 17, lett. a), dello stesso Codice dei contratti comporta che in riferimento ai contratti "aventi ad oggetto l'acquisto o la locazione, quali che siano le relative modalità finanziarie, di terreni, fabbricati esistenti o altri beni immobili o riguardanti diritti su tali beni" vanno rispettati i principi "di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica" previsti dall'art. 4 per tutti i contratti pubblici esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del codice; conseguentemente, la vigilanza e il controllo sui detti contratti pubblici sono attribuiti all'Autorità Nazionale Anticorruzione ai sensi dell'art. 213 dello stesso Codice.

TAR CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. V – sentenza 11 maggio 2018 n. 3149

Sugli oneri di sicurezza aziendali (sanabilità con il soccorso istruttorio)

Nelle gare di appalto, la mancata quantificazione degli oneri per la sicurezza interni o aziendali non comporta necessariamente un'irregolarità insanabile dell'offerta economica, quando il bando non preveda espressamente l'analitica quantificazione degli oneri interni o aziendali e l'incidenza di detti oneri sia stata considerata ai fini della formulazione della offerta economica, con la conseguenza che, in tali casi, non può ritenersi operante la preclusione di cui all'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016 in materia di c.d. "soccorso istruttorio". Infatti, l'art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50/2016, nel prevedere che nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, non commina l'esclusione automatica del concorrente per violazione del predetto obbligo.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 11 maggio 2018 n. 2835

Sulla nomina del RUP quale componente della Commissione di gara

Non ricorre alcuna incompatibilità tra le funzioni del responsabile unico del procedimento (RUP) e quella di componente della commissione di gara. In tal senso deponeva l'articolo 10, comma 2, dell'abrogato d.lgs. n. 163 del 2006 per cui il RUP "svolge tutti i compiti relativi alle procedure di affidamento previste dal presente codice...che non siano specificamente attribuiti ad altri organi o soggetti", per cui ben può svolgere, nella medesima procedura di gara, anche funzioni di componente del seggio di gara. Tale precetto è stato confermato anche dal comma 4 dell'art. 77 del d.lgs. n. 50/2016, per cui "... La nomina del RUP a membro delle commissioni di gara è valutata con riferimento alla singola procedura". Quindi la nomina del RUP nella commissione di gara non pone *ex ante* una preclusione assoluta e di principio.

TAR LAZIO – ROMA, SEZ. III – sentenza 11 maggio 2018 n. 5264

Sull'esclusione della ditta per presentazione di due offerte

E' legittima l'esclusione da una gara di appalto di una ditta che ha presentato due offerte, l'una di importo superiore a quella della aggiudicataria, e l'altra di importo inferiore, in violazione dell'art. 32, comma 4, del D.Lgs. n. 50/2016, il quale dispone che "ciascun concorrente non può presentare più di un'offerta. 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". Tale norma è posta, evidentemente, a presidio della serietà dell'offerta, che deve essere tenuta ferma per un dato periodo di tempo, il che depone per la conclusione che non è data neppure alla stazione appaltante la possibilità di "scegliere" quale delle due offerte ammettere in gara, specie in relazione alle possibili premissioni della posizione in graduatoria dei controinteressati a seconda della "scelta" dell'una o dell'altra offerta riconducibile al medesimo concorrente: sicché la violazione del divieto deve necessariamente comportare l'esclusione di chi l'abbia violato.

TAR PIEMONTE, SEZ. I - sentenza 11 maggio 2018, n. 578

Sulla legittimità dell'attribuzione di un punteggio tecnico all'operatore che subappalta di meno

Di commistione tra elementi rilevanti per la partecipazione alla gara ed elementi determinanti ai fini della valutazione della offerta tecnica si può parlare solo allorquando l'elemento che viene valorizzato come requisito di partecipazione venga allo stesso tempo valorizzato ai fini della attribuzione di un punteggio specifico nella fase di valutazione della offerta tecnica: il che accade ad esempio quando per la partecipazione alla gara si richieda all'operatore economico di possedere un certo numero di automezzi e poi il possesso di quegli stessi automezzi (e non di quelli in maggior numero eventualmente messi a disposizione dell'appaltatore) sia cagione di attribuzione di un punteggio tecnico.

La clausola della *lex specialis* che premia con un punteggio aggiuntivo l'offerta dell'operatore che subappalta la minor quota dell'appalto non può ritenersi discriminatoria né ingiustificatamente limitativa della libertà di stabilimento e della libera concorrenza, avendo essa lo scopo non di precludere bensì semplicemente di scoraggiare il ricorso ad una modalità di esecuzione dell'appalto, il subappalto, che per natura è idoneo a creare problemi che si riflettono sulla corretta esecuzione dell'appalto e sul rispetto di alcune norme a carattere imperativo (rispetto degli obblighi previdenziali per i dipendenti del subappaltatore; rispetto di norme a tutela dell'ambiente).

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 14 maggio 2018 n. 2853

Sulle offerte tecniche (casi di esclusione e sindacabilità)

1. Il principio di tassatività delle cause di esclusione esige che le offerte tecniche debbano essere escluse solo quando siano a tal punto carenti degli elementi essenziali da ingenerare una situazione di incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta, ovvero in presenza di specifiche clausole della legge di gara che tipizzino una siffatta situazione di incertezza assoluta.

2. La valutazione delle offerte – e dunque anche della loro “incertezza assoluta” – nonché l'attribuzione dei punteggi da parte della commissione giudicatrice, rientrano nell'ampia discrezionalità tecnica riconosciuta a tale organo, sicché le censure che impingono il merito di tale valutazione (opinabile) sono inammissibili, perché sollecitano il giudice amministrativo ad esercitare un sindacato sostitutorio, al di fuori dei tassativi casi sanciti dall'art. 134 c.p.a., fatto salvo il limite della abnormità della scelta tecnica.

Sulla distinzione tra offerta migliorativa e variante progettuale

3. Va effettuata una distinzione tra offerte migliorative e varianti progettuali, atteso che: a) le prime consistono in soluzioni tecniche che, senza incidere sulla struttura, sulla funzione e sulla tipologia del progetto a base di gara, investono singole lavorazioni o singoli aspetti tecnici dell'opera, lasciati aperti a diverse soluzioni; b) le seconde, invece, si sostanziano in modifiche del progetto dal punto di vista tipologico, strutturale e funzionale, per la cui ammissibilità è necessaria una previa manifestazione di volontà della stazione appaltante, mediante previsione contenuta nel bando di gara ed individuazione dei requisiti minimi che segnano i limiti entro i quali l'opera proposta dal concorrente costituisce un *aliud* rispetto a quella prefigurata dalla pubblica amministrazione.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 14 maggio 2018 n. 2855

Sull'avvalimento di garanzia

Nelle gare pubbliche di appalto, allorquando un'impresa intenda avvalersi, mediante stipula di un c.d. contratto di avvalimento, dei requisiti finanziari di un'altra (c.d. avvalimento di garanzia), la prestazione oggetto specifico dell'obbligazione è costituita non già dalla messa a disposizione da parte dell'impresa ausiliaria di strutture organizzative e mezzi materiali, ma dal suo impegno a garantire con le proprie complessive risorse economiche, il cui indice è costituito dal fatturato, l'impresa ausiliata munendola, così, di un requisito che altrimenti non avrebbe e consentendole di accedere alla gara nel rispetto delle condizioni poste dal bando. Ne consegue che non occorre che la dichiarazione negoziale costitutiva dell'impegno contrattuale si riferisca a specifici beni patrimoniali o ad indici materiali atti ad esprimere una determinata consistenza patrimoniale e, dunque, alla messa a disposizione di beni da descrivere ed individuare con precisione, essendo sufficiente che da essa dichiarazione emerga l'impegno contrattuale della società ausiliaria a prestare ed a mettere a disposizione della c.d. società ausiliata la sua complessiva solidità finanziaria ed il suo patrimonio esperienziale, garantendo con essi una determinata affidabilità ed un concreto supplemento di responsabilità.

Sul principio di rotazione degli affidamenti e degli inviti

1. La latitudine applicativa del principio di rotazione di cui agli artt. 30 e 36 del d.lgs. 50/2016 – che ha come scopo precipuo di evitare che il carattere discrezionale della scelta si traduca in uno strumento di favoritismo e si estrinseca mediante l'affidamento, preferibilmente e ove possibile, a soggetti diversi da quelli che in passato hanno svolto il servizio – è ampia e ricomprende già la fase della individuazione degli operatori cui indirizzare gli inviti. Tale principio può configurarsi in termini di obbligo per le stazioni appaltanti di non invitare il gestore uscente, nelle gare di lavori, servizi e forniture negli appalti cd sotto soglia, al fine di evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente, soprattutto nei mercati in cui il numero di agenti economici attivi non è elevato.

2. Al fine di ostacolare le pratiche di affidamenti senza gara ripetuti nel tempo e di favorire la distribuzione temporale delle opportunità di aggiudicazione tra tutti gli operatori potenzialmente idonei, il principio di rotazione comporta in linea generale che l'invito all'affidatario uscente riveste carattere eccezionale e debba essere adeguatamente motivato, avuto riguardo al numero ridotto di operatori presenti sul mercato, al grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale ovvero all'oggetto e alle caratteristiche del mercato di riferimento.

3. E' legittimo l'annullamento in autotutela, da parte di un Comune, di una determinazione con la quale è stato conferito un incarico professionale (nella specie dell'importo di 32mila euro, riguardante la "progettazione, direzione lavori, [...] collaudo, rilievi, indagini e prove di laboratorio per verifiche sismiche, ed attività connesse alla funzione di coordinatore per la progettazione in materia di sicurezza dei lavori, relativamente all'intervento di miglioramento sismico della sede del Comune") motivato con riferimento alla violazione del principio di rotazione nel conferimento degli incarichi professionali (nella specie non trovando obiettiva giustificazione a mente degli artt. 30 e 36 del d.lgs. 50/2016 l'attribuzione, per la terza volta nell'arco di soli 3 anni, con affidamento diretto, di un ulteriore incarico professionale al professionista interessato) (3).

4. La decisione di affidare un ulteriore incarico al professionista in questione, secondo le convergenti indicazioni della giurisprudenza, del parere espresso dal Consiglio di Stato e dalla stessa ANAC, **doveva essere motivata**, a differenza di quanto avvenuto nel caso di specie, in modo particolarmente efficace e persuasivo, dando conto delle specifiche ragioni, ove sussistenti, legittimanti la – vistosa – deroga al principio di rotazione. Del tutto insufficienti, pertanto, sotto tale profilo, i generici riferimenti, contenuti nella determina annullata, alla "adeguata competenza tecnico-professionale maturata con riferimento alla [...] prestazione richiesta per l'incarico".

Sulla necessità della copertura finanziaria

5. È illegittimo il conferimento di un incarico professionale effettuato da un Comune in difetto delle condizioni richieste dall'art. 191, comma 1, d.lgs. n. 267/2000 (T.U.E.L.) per "effettuare spese" da parte degli enti locali, vale a dire la sussistenza del previo impegno contabile in bilancio e l'attestazione della relativa copertura finanziaria. In assenza dell'impegno contabile registrato sul competente capitolo del bilancio di previsione e

dell'attestazione della copertura finanziaria, il rapporto obbligatorio intercorre, ai fini della controprestazione e per la parte non riconoscibile ai sensi dell'art. 194, comma 1, lett. e), tra il privato fornitore e l'amministratore, funzionario o dipendente che hanno consentito la fornitura" (art. 191, comma 4). L'inosservanza delle prescrizioni contabili e delle forme ritenute fondamentali da parte del legislatore comporta quindi la personale responsabilità di chi ha disposto la spesa non potendo gli amministratori sovrapporre o sostituire le proprie scelte a quelle assunte dagli organi deliberanti attraverso, ad esempio, irrituali conferimenti di incarichi.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 14 maggio 2018 n. 2867

Sul giudizio di anomalia e sulla deroga alle tabelle ministeriali

1. Negli appalti pubblici, lo scostamento del costo del lavoro rispetto ai valori ricavabili dalle tabelle ministeriali o dai contratti collettivi non può comportare, di regola e di per sé, un giudizio di inattendibilità dell'offerta; detto scostamento è, tuttavia, rivelatore di inattendibilità e anti-economicità se sia consistente e rilevante, riscontrandosi, cioè, una divergenza quantitativamente significativa.

2. La valutazione favorevole circa le giustificazione dell'offerta sospetta di anomalia non richiede un particolare onere motivazionale, mentre è richiesta una motivazione più approfondita laddove l'amministrazione ritenga di non condividere le giustificazione offerte dall'impresa, in tal modo disponendone l'esclusione.

3. Negli appalti pubblici, l'impiego di soci volontari non retribuiti, ai sensi dell'art. 2, comma 5, della legge 381/1991, non implica di per sé una non rispondenza agli obiettivi di qualità del servizio esigibili dalla stazione appaltante, purché si tratti di un contributo "marginale" nell'economia complessiva del servizio. Dispone l'art. 2, comma 5, della L. 8 novembre 1991 n. 381 (sulla "Disciplina delle cooperative sociali") che: *"Nella gestione dei servizi di cui all'articolo 1, comma 1, lettera a), da effettuarsi in applicazione dei contratti stipulati con amministrazioni pubbliche, le prestazioni dei soci volontari possono essere utilizzate in misura complementare e non sostitutiva rispetto ai parametri di impiego di operatori professionali previsti dalle disposizioni vigenti. Le prestazioni dei soci volontari non concorrono alla determinazione dei costi di servizio, fatta eccezione per gli oneri connessi all'applicazione dei commi 3 e 4"*.

MINISTERO DELLE INFRASTRUTTURE E DEI TRASPORTI – DECRETO 7 marzo 2018, n. 49 (in G.U. n. 111 del 15 maggio 2018; in vigore dal 30 maggio 2018) – Regolamento recante: *«Approvazione delle linee guida sulle modalità di svolgimento delle funzioni del direttore dei lavori e del direttore dell'esecuzione»*.

TAR LAZIO, ROMA, SEZ. II bis - sentenza 14 maggio 2018, n. 5417

Sull'obbligo di dichiarare anche eventuali annotazioni presso l'Anac

Posto che eventuali valutazioni circa la sussistenza o meno dei presupposti richiesti dalla legge per la segnalazione e la successiva annotazione nel Casellario di cui si discute, disposta a carico della ricorrente, sono da considerare estranee alla materia del contendere del presente giudizio (tanto più ove si consideri che – come si trae da quanto in precedenza rilevato – l'annotazione de qua era assolutamente passibile di autonoma, tempestiva impugnazione), si ravvisano giusti motivi per affermare che la ricorrente avrebbe dovuto riportare l'annotazione in questione nel su menzionato Modello 1 bis, nel rispetto, tra l'altro, del principio – di carattere generale – secondo cui le concorrenti debbono fornire “alla stazione appaltante tutte le informazioni utili ai fini delle valutazioni di sua esclusiva competenza, circa la verifica dell'affidabilità ed integrità” delle stesse (cfr., tra le altre, C.d.S., 5 settembre 2017, n. 4192);

TAR LAZIO – ROMA, SEZ. II BIS – sentenza 15 maggio 2018 n. 5423

Sull'omessa indicazione dei costi della manodopera e degli oneri di sicurezza aziendali

Nelle gare di appalto, l'omessa specificazione dei costi di cui all'art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50 del 2016 e, segnatamente, dei “costi della manodopera”, non concretizza in alcun modo un'ipotesi di omesso computo degli stessi costi e, quindi, non consente di riscontrare – a seguito delle richieste formulate dalla Commissione a tale concorrente – alcuna modificazione e/o un'integrazione dell'offerta economica in origine presentata; deve pertanto ritenersi che non può essere disposta l'esclusione di un concorrente da una gara pubblica a causa dell'omessa indicazione degli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e di sicurezza sui luoghi di lavoro e/o dei costi della manodopera, nel caso in cui la *lex specialis* non richieda alcuna specifica dichiarazione in ordine a detti costi.

TAR LAZIO – ROMA, SEZ. II BIS – sentenza 15 maggio 2018 n. 5417

Sul mendacio per omessa dichiarazione della sussistenza di un'iscrizione nel casellario informatico dell'ANAC.

E' legittimo il provvedimento con il quale la P.A. appaltante ha escluso una ditta da una gara di appalto, che sia motivata, tra l'altro, con riferimento al fatto che la medesima ditta, in sede di presentazione della domanda di partecipazione, ha omesso di dichiarare, nell'apposito modello, la sussistenza di una iscrizione nel casellario informatico tenuto presso l'ANAC (nella specie l'iscrizione era stata disposta in esito alla segnalazione dell'ANAS della esclusione da una precedente gara, in quanto la medesima impresa aveva partecipato in due raggruppamenti); in tal caso, infatti, il concorrente interessato, mediante la dichiarazione formalmente riportata nel modello “di non essersi reso colpevole di gravi illeciti professionali” ha reso una dichiarazione “non veritiera”, idonea – in quanto tale – a comportare l'esclusione dalla gara ai sensi dell'art. 80, co. 5, lett. f *bis*, del d.lgs. n. 50/2016.

TAR PIEMONTE, SEZ. I – sentenza 17 maggio 2018 n. 622

Sulla stima del fatturato per le concessioni

1. E' illegittimo il bando di una gara per l'affidamento di una concessione (del bar interno all'Istituto) che ha violato la previsione dell'art. 167, 1° e 2° comma del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 la quale impone, anche con riferimento alle concessioni, l'inserimento nel bando di gara del fatturato della concessione ("valore della concessione, ...costituito dal fatturato totale del concessionario generato per tutta la durata del contratto, al netto dell'IVA, stimato dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore, quale corrispettivo dei lavori e dei servizi oggetto della concessione, nonché per le forniture accessorie a tali lavori e servizi").

2. Deve escludersi che l'indicazione del valore stimato della concessione ex art. 167, 1° e 2° comma del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, possa essere surrogata dalla stima del numero dei possibili utenti: l'art. 167 cit. opera, infatti, un preciso riferimento a un valore della concessione stimato in termini monetari (secondo i precisi criteri di cui al quarto comma della disposizione) ed appare pertanto del tutto insufficiente l'utilizzazione di altri criteri di valutazione che, per di più, come nel caso di specie, non possono strutturalmente individuare quale sia il numero concreto di utenti interessati ad utilizzare il servizio e per quale volume di prestazioni.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 17 maggio 2018 n. 2953

Sull'avvalimento della certificazione di qualità e sul giudizio di anomalia

1. Nell'ambito della gare di appalto, sussiste la possibilità di ricorrere all'istituto dell'avvalimento anche in relazione alla certificazione di qualità, essendo necessario a tal fine che l'ausiliaria metta a disposizione dell'ausiliata tutti i fattori della produzione e di tutte le risorse, che, complessivamente considerate, le ha consentito di acquisire la certificazione di qualità da mettere a disposizione (in tal senso funzionale va intesa la messa a disposizione della propria organizzazione aziendale).

2. Non può automaticamente parlarsi di invalidità del contratto di avvalimento ogni qualvolta in sede contrattuale non sia stato espressamente stabilito un corrispettivo in favore dell'impresa ausiliaria: il negozio manterrà infatti intatta la sua efficacia ove dal testo contrattuale sia comunque possibile individuare l'interesse – di carattere direttamente o indirettamente patrimoniale – che ha indotto l'ausiliaria medesima ad assumere, senza corrispettivo, gli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento e le connesse responsabilità (2). Dal tenore dell'accordo deve dunque potersi desumere l'interesse patrimoniale, che può avere carattere diretto (cioè consistere in un'utilità immediata) o anche solo indiretto, purché effettivo.

3. Nelle gare di appalto, il giudizio sull'anomalia dell'offerta ha natura globale e sintetica, con conseguente irrilevanza di eventuali singole voci di scostamento, in quanto oggetto di tale

giudizio non è la ricerca di specifiche e singole inesattezze, ma l'attendibilità dell'offerta economica ovverosia ad accertare in concreto che la proposta economica risulti nel suo complesso attendibile in relazione alla corretta esecuzione dell'appalto. Invero, il giudice amministrativo può sindacare le valutazioni della pubblica amministrazione sotto il profilo della logicità, ragionevolezza ed adeguatezza dell'istruttoria, ma non procedere ad una autonoma verifica della congruità dell'offerta e delle singole voci, di modo che il sindacato del giudice è limitato ai casi di macroscopiche illegittimità, quali errori di valutazione gravi ed evidenti oppure valutazioni abnormi o inficiate da errori di fatto.

4. Nelle gare pubbliche, il giudizio circa l'anomalia o l'incongruità dell'offerta è tipica espressione di discrezionalità tecnica, sindacabile dal giudice amministrativo solo in caso di macroscopica illogicità o di erroneità fattuale, non anche estensibile ad un'autonoma verifica della congruità dell'offerta e delle singole voci.

TAR SICILIA – PALERMO, SEZ. I – sentenza 17 maggio 2018 n. 1096

Sulla terna dei subappaltatori

E' illegittimo il provvedimento con il quale la P.A. ha escluso una ditta da una gara di appalto di lavori, motivato con riferimento al fatto che la medesima ditta, a seguito del soccorso istruttorio accordato dall'Amministrazione, ha comunicato di essere nella oggettiva impossibilità di sostituire due dei tre subappaltatori nominati, privi di idonea qualificazione, nel caso in cui il concorrente abbia, tuttavia, contestualmente comunicato alla P.A. che la sostituzione non è necessaria, in quanto uno dei tre soggetti indicati è risultato qualificato per i lavori appaltati; infatti, quando è fornita una terna di possibili subappaltatori, è sufficiente ad evitare l'esclusione del concorrente che almeno uno dei subappaltatori abbia i requisiti e sia qualificato per eseguire la prestazione da subappaltare, ovvero che il concorrente dichiari di rinunciare al subappalto, avendo in proprio i requisiti per eseguire le prestazioni.

CONSIGLIO DI STATO, ADUNANZA PLENARIA – sentenza 18 maggio 2018 n. 8

Sulla sufficienza della notifica del ricorso alla sola amministrazione capofila

Ai sensi dell'art. 41, comma 2, c.p.a., in caso di impugnazione di una gara di appalto svolta in forma aggregata da un soggetto per conto e nell'interesse anche di altri enti, il ricorso deve essere notificato esclusivamente alla pubblica amministrazione che ha emesso l'atto impugnato.

Con riferimento al quesito concernente la necessità, o meno, in caso di procedura di aggiudicazione in forma aggregata, di provvedere alla notificazione del ricorso introduttivo del giudizio non solo al soggetto capofila che ha curato la procedura e che ha adottato il provvedimento (o i provvedimenti) impugnati ma anche a tutti i soggetti che aderiscono alla procedura di aggiudicazione in forma aggregata, il Collegio osserva che appare preferibile quell'orientamento giurisprudenziale del giudice di appello (Cons. Stato, Sez. III, 13 settembre 2013 n. 4541; Sez. V, 6 luglio 2012 n. 3966; Sez. V, 15 marzo 2010 n. 1500) che

ritiene sufficiente la notifica alla sola amministrazione capofila, che abbia curato la procedura concorsuale attraverso l’emanazione del bando, la costituzione della Commissione giudicatrice l’adozione degli atti di gara e l’emanazione del provvedimento di aggiudicazione.

TAR LAZIO, ROMA, Sez. I quater, 18 maggio 2018, n. 5534

Sull’esclusione in caso di mancata presentazioni delle giustificazioni

Quanto, invece, all’ulteriore linea difensiva dispiegata nel motivo, in ordine alla estraneità all’ordinamento vigente della previsione di una sanzione espulsiva per la mancata produzione nel termine perentorio delle giustificazioni di cui trattasi, deve rilevarsi che è vero che la tardività o la mancata presentazione delle giustificazioni non costituisce, *ex se*, causa di esclusione del concorrente dalla gara, atteso che l’art. 97 del d.lgs. 50/2016 attribuisce alla stazione appaltante il potere di fissare un termine per presentare le giustificazioni ma non lo definisce perentorio, né indica la sua violazione quale causa di esclusione dalla gara.

Ma è altresì vero che il dato sostanziale di rilievo nel subprocedimento *de quo* è l’anomalia o meno dell’offerta (C. Stato, V, 11 giugno 2014, n. 2982; IV, 30 maggio 2013, n. 2956; V, 18 febbraio 2013, n. 973; III, 14 dicembre 2012, n. 6442; V, 15 aprile 2013, n. 2063).

Di talchè, laddove il concorrente non rispetti il termine per il deposito delle giustificazioni e la Commissione di gara si sia, nel frattempo, riunita – come nel caso di specie – è legittima la decisione assunta da quest’ultima a prescindere dalle giustificazioni, purché sia, comunque, basata su una valutazione sostanziale dell’offerta in base a quanto già in atti.

TAR LAZIO, ROMA, SE. III quater - sentenza 18 maggio 2018, n. 5534

Sulla non perentorietà del termine per presentare le giustificazioni

La tardività o la mancata presentazione delle giustificazioni non costituisce, *ex se*, causa di esclusione del concorrente dalla gara, atteso che l’art. 97 del d.lgs. 50/2016 attribuisce alla stazione appaltante il potere di fissare un termine per presentare le giustificazioni ma non lo definisce perentorio, né indica la sua violazione quale causa di esclusione dalla gara.

TAR LAZIO – ROMA, SEZ. I – sentenza 19 maggio 2018 n. 5583

Sul diritto di accesso, per esigenze difensive, alle offerte tecniche del concorrente

1. L’art. 53 del d.lgs. n. 50/2016 (il quale prevede, al comma 5, che: “Fatta salva la disciplina prevista dal presente codice per gli appalti secretati o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza, sono esclusi il diritto di accesso e ogni forma di divulgazione in relazione: a) 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” e, al comma 6, che: “In relazione all’ipotesi di cui al comma 5, lettera a), è consentito l’accesso al concorrente ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto”), con tratti di specialità rispetto alla disciplina generale, prevale sulle contrapposte esigenze di tutela del segreto tecnico e commerciale, solo laddove l’accesso sia azionato 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; ne deriva che, alla luce della formulazione letterale della norma e della interpretazione sistematica del bilanciamento di valori attuata dall’art. 13, la prevalenza dell’accesso deve essere individuata nei soli casi in cui si impugnino atti della procedura di affidamento, ai fini di ottenerne l’annullamento e, comunque, il risarcimento del danno, anche in via autonoma.

2. Nel caso di istanza di accesso avanzata a fini difensivi nei confronti dell’offerta presentata da una impresa concorrente, è illegittimo il rigetto di tale istanza con la motivazione secondo cui l’impresa interessata “non ha autorizzato l’accesso”; si tratta infatti di una motivazione che si pone in diretto contrasto con l’art. 53 del d.lgs. n. 50/2016, che in primo luogo richiede, ai fini del diniego della ostensione di documenti contenenti segreti industriali e commerciali, una “motivata e comprovata dichiarazione dell’offerente”, mentre nel caso di specie la impresa interessata si è limitata, con formula generica e stereotipata, a non autorizzare l’accesso ai documenti di gara. D’altra parte, la P.A. appaltante non ha tenuto conto che la richiesta di accesso era correlata al soddisfacimento di una concreta e specifica esigenza difensiva delle parti ricorrenti, che intendevano impugnare (ed hanno successivamente impugnato) innanzi a T.A.R. l’aggiudicazione della gara in favore dell’impresa nei cui confronti era stato chiesto l’accesso.

TAR FRIULI VENEZIA GIULIA – SEZ. I – sentenza 21 maggio 2018 n. 166

Sul principio di rotazione

Ai sensi dell’art. 36, 1° comma, D. Lgs. n. 50 del 2016, l’affidamento e l’esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all’art. 35 avvengono nel rispetto “*del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti e in modo da assicurare l’effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese*”.

La norma, com’è noto, persegue l’esigenza di evitare il consolidarsi nel tempo di rendite di posizione in capo al gestore uscente, che potrebbe godere, nella gara successiva, di un’indebita posizione di vantaggio, derivante dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento. La giurisprudenza, ormai unanime, sottolinea inoltre che tale effetto, favorevole all’impresa uscente, potrebbe verificarsi soprattutto nei mercati in cui il numero di agenti economici attivi non è elevato, e precisa che, in siffatti contesti, andrebbe tendenzialmente escluso l’invito a partecipare alla procedura rivolto al soggetto titolare del precedente rapporto contrattuale (Cons. Stato, Sez. VI, n. 4125 del 2017), onde consentire una più equilibrata distribuzione temporale delle prospettive di aggiudicazione a favore delle imprese qualificate.

Va però osservato che il richiamo al principio di rotazione richiede pur sempre che l’oggetto della procedura possieda le **stesse caratteristiche in termini soggettivi, quantitativi e qualitativi, del servizio già assegnato** al soggetto destinatario del provvedimento di

esclusione, il quale potrebbe essere connotato come impresa uscente, solo in ragione di tali presupposti fattuali. In altri termini, l'applicazione del disposto di cui all'art. 36, 1° comma, D. Lgs. n. 50 del 2016, proprio perché rivolta a tutelare la dimensione temporale della concorrenza, è pur sempre condizionata al verificarsi di una specifica situazione di continuità degli affidamenti, tale per cui un identico servizio, una volta raggiunta la scadenza contrattuale, in seguito viene ciclicamente affidato mediante un nuova gara. La norma intende perciò evitare che la procedura di selezione del contraente si risolva in una mera rinnovazione del rapporto contrattuale scaduto, dando così luogo ad una sostanziale elusione delle regole della concorrenza, a discapito degli operatori più deboli del mercato cui, nel tempo, sarebbe sottratta la possibilità di accedere ad ogni prospettiva di aggiudicazione.

TAR LAZIO – ROMA, SEZ. I – sentenza 21 maggio 2018 n. 5621

Sul principio di rotazione

1. Corollario del principio di rotazione negli appalti pubblici è il **carattere eccezionale dell'invito all'affidatario uscente**. Ne consegue che non necessita di specifica motivazione l'opzione di escludere il precedente affidatario del servizio dal novero degli operatori invitati alla procedura negoziata, non trattandosi di una scelta di carattere sanzionatorio, quanto piuttosto dell'esigenza di evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente (la cui posizione di vantaggio deriva soprattutto dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento), e dell'applicazione del principio di concorrenza e massima partecipazione.

2. Legittimamente, nel caso in cui siano già intervenute numerose (nella specie quattro) proroghe tecniche, a favore del precedente gestore dei servizi, l'Amministrazione resistente ha optato, ricorrendone i presupposti, per l'avvio di una procedura negoziata in coerenza con il principio di rotazione che governa l'aggiudicazione degli appalti nell'ipotesi del ricorso alla procedura negoziata, evitando la cristallizzazione di relazioni esclusive tra la stazione appaltante ed il precedente gestore ed ampliando le possibilità concrete di aggiudicazione in capo agli altri concorrenti.

TAR SARDEGNA, Sez. I – sentenza 22 maggio 2018, n. 492

Sul principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti nelle procedure negoziate

Se la commessa è di valore pari o inferiore ai 40.000 il contratto può essere affidato senza alcun confronto concorrenziale e se ciò effettivamente accade il principio di rotazione non potrà che essere applicato in relazione all'aggiudicazione (art. 36, comma 2, lett. a).

Se, invece, la commessa è di valore superiore ai 40.000 (e sino a 150.000 euro), è necessario operare un confronto concorrenziale tra più ditte invitate dalla stazione appaltante (almeno cinque in caso di servizi e forniture, almeno dieci in caso di lavori) e, in questo caso, il principio di rotazione opera (esclusivamente) con riferimento alla fase degli inviti, il che, peraltro, è conforme a evidenti esigenze di corretto esercizio dell'azione amministrativa e di

tutela dell'affidamento (aspetto sul quale si tornerà successivamente, nella parte finale della trattazione).

Il principio di rotazione degli inviti non è dotato di portata precettiva assoluta e perciò sopporta alcune limitate deroghe, come espressamente chiarito dalle Linee Guida n. 4/2016 dell'A.N.A.C. sugli affidamenti sotto soglia approvate (ai sensi dell'art. 36, comma 7, del Codice). Già nelle prime Linee guida, infatti, è stata espressamente consentita una **motivata deroga** al principio di rotazione in caso di “*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 negli stessi termini si è pronunciata anche la Commissione speciale del Consiglio di Stato con parere 12 febbraio 2018, n. 361, chiarendo che “*il principio di rotazione comporta in linea generale che l'invito all'affidatario uscente rivesta carattere eccezionale e debba essere adeguatamente motivato, avuto riguardo al numero ridotto di operatori presenti sul mercato, al grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale ovvero all'oggetto ed alle caratteristiche del mercato di riferimento* (in tal senso, cfr. Cons. St., VI, 31 agosto 2017, n. 4125; Cons. St., V, 31 agosto 2017, n. 4142)”.

Nella fattispecie sottoposta all'esame del Collegio, pur vertendosi in una procedura di importo inferiore ai 40.000 euro, la stazione appaltante ha inteso procedere al confronto concorrenziale, in tal modo sostanzialmente “**sottoponendosi**” alla disciplina dettata dall'art. 36, comma 2, lett. b), che come si visto impone di invitare almeno cinque imprese per l'affidamento di una prestazione di servizi, come quella ora in esame. Tanto è vero che, coerentemente con tale scelta di base, il Comune ha pubblicato una manifestazione di interesse e invitato tutte le imprese che detto interesse avevano manifestato; ha esaminato le offerte concretamente presentate, nel caso specifico solo due, quella del gestore uscente e quella dell'impresa controinteressata nel presente giudizio.

Dalla lettura degli atti procedimentali emerge, inoltre, che la decisione “a monte” di invitare alla gara (anche) il gestore uscente (odierna ricorrente) è stata espressamente ricollegata tanto all'elevato “grado di soddisfazione” riscontrato nella sua precedente gestione, quanto all'assenza di un numero sufficiente di offerte alternative.

TAR MOLISE, SEZ. I – sentenza 22 maggio 2018 n. 302

Sulla doverosità dell'annullamento dell'aggiudica in presenza di documentazione falsa

In presenza delle condizioni della sicura rilevanza negativa del documento falso ai fini dell'ammissione alla gara e dell'inescusabilità del contegno colpevole della controinteressata, la Stazione appaltante deve sanzionare l'episodio con l'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione e con l'esclusione dalla gara, con la conseguenza che è illegittima la conferma implicita dell'aggiudicazione, contenuta nel provvedimento di archiviazione dell'autotutela.

TAR LAZIO – ROMA, SEZ. II BIS – sentenza 22 maggio 2018 n. 5686

Sulla non applicabilità alle concessioni in uso degli obblighi dichiarativi di cui all'art. 95 del codice

E' legittima l'ammissione in una gara indetta da un Comune per l'affidamento di un immobile comunale da destinare a stabilimento balneare, dei concorrenti che non hanno indicato, nelle rispettive offerte, **l'ammontare dei costi della manodopera e degli oneri di sicurezza** ex art. 95 del d. lgs. n. 50 del 2016 s.m.i.; in tal caso, infatti, viene in rilievo una procedura per la concessione di un bene pubblico demaniale ad uso stabilimento balneare e relativo arenile, sicché, in conformità alle previsioni di cui all'**art. 4** del d. lgs. n. 50 del 2016 s.m.i., per l'affidamento del relativo contratto (attivo e non passivo) è necessario e sufficiente il "rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica".

Per le **concessioni di beni pubblici demaniali**, dunque, non trova applicazione la puntuale disciplina dettata dal d. lgs. n. 50 del 2016 s.m.i. per le concessioni di servizi e lavori pubblici, con la conseguenza che deve escludersi l'operatività delle previsioni recate dall'art. 95 del d. lgs. sopra indicato, con l'ulteriore specificazione che anche la disciplina di cui agli artt. 164 ss. del d. lgs. n. 50 del 2016 s.m.i. è destinata a trovare applicazione subordinatamente alla sussistenza di specifici presupposti e nei limiti della compatibilità (art. 164, comma 2); l'applicazione dell'art. 95 del d. lgs. n. 50 del 2016 s.m.i. non discende neanche da "autovincoli" predeterminati dall'amministrazione, tenuto conto della circostanza che la gara è stata indetta ai sensi dell'art. 37 del Regio Decreto 23 maggio 1924, n. 827, mentre è prevista, ai sensi del disciplinare, l'applicazione della disciplina dei contratti pubblici nei limiti della compatibilità delle relative disposizioni.

TAR LAZIO, ROMA, SEZ. II bis, sentenza 25 maggio 2018, n. 5756

Sulla necessità di un provvedimento giurisdizionale in caso di estinzione del reato

Per costante giurisprudenza (Consiglio di Stato, sez. V, 23 marzo 2015, n. 1557; Consiglio di Stato, sez. V, 28 agosto 2017, n. 4077) ai fini della partecipazione alle gare pubbliche, l'estinzione del reato - che consente di non dichiarare il relativo provvedimento di condanna - sotto il profilo giuridico non è automatica per il mero decorso del tempo, ma deve essere formalizzata in una pronuncia espressa del giudice dell'esecuzione penale, sola figura cui l'ordinamento attribuisce il potere di verificare la sussistenza dei presupposti e delle condizioni per la relativa declaratoria, con la conseguenza che, fino a quando non intervenga quel provvedimento giurisdizionale, non può legittimamente parlarsi di reato estinto e il concorrente non è esonerato dalla dichiarazione dell'intervenuta condanna.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 25 maggio 2018, n. 3138

Sull'interdittiva antimafia

L'assunzione, se non esclusiva o prevalente da parte di imprese in ogni caso medio piccole, di personale con precedenti penali o contigui ad attività criminali non può giustificare, da sola,

l'adozione dell'informazione interdittiva. Diversamente opinando si giungerebbe alla conclusione che un soggetto pregiudicato non possa mai essere assunto da alcuna impresa o, qualora già assunto, possa essere immediatamente e legittimamente licenziato; ciò in aperto contrasto con i più recenti approdi ermeneutici del giudice del lavoro, che suggeriscono invece di adottare una maggiore cautela prima di risolvere il rapporto.

Dinanzi all'obbligo giuridico (della c.d. clausola sociale), volto a promuovere la stabilità occupazionale, l'imprenditore non può sottrarsi dall'assumere i predetti soggetti, se non per ragioni oggettive e quindi in presenza di informazioni qualificate (in quanto provenienti dalla Prefettura o dagli organi di Polizia) che inducano a ritenere verosimile la sussistenza del rischio "che l'assumendo possa essere un "cavallo di Troia" delle associazioni mafiose".

TAR LOMBARDIA, MILANO, SEZ. IV, 28 maggio 2018, n. 1348

Sulla legittimità della scelta di non aggiudicare la gara

E' legittimo il provvedimento con il quale la stazione appaltante ha scelto di non aggiudicare una gara di appalto di forniture, che sia motivato con riferimento al fatto che: a) i prodotti offerti dall'aggiudicatario non rispondono esattamente a quelli richiesti dal bando, in quanto privi di un requisito minimo essenziale, e, pertanto, non possono essere ritenuti nemmeno equivalenti; b) non vi sono altre offerte valide; in tal caso, infatti, la scelta operata dalla stazione appaltante di non procedere all'aggiudicazione deve ritenersi congruamente motivata.

TAR CALABRIA – CATANZARO, SEZ. I – sentenza 28 maggio 2018 n. 1100

Sulla doverosità dell'esclusione per omessa indicazione dei costi della manodopera

E' legittimo il provvedimento con il quale la P.A. appaltante ha disposto l'esclusione dalla gara di una impresa che non ha precisato, separatamente, nella sua offerta, il costo della manodopera, così come espressamente previsto dalla lettera d'invito, coerentemente con l'art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50 del 2016, sull'indicazione separata dei costi di manodopera; d'altra parte detto obbligo non avrebbe potuto essere integrato *ex post* attraverso il soccorso istruttorio, pena l'alterazione della par condicio tra i partecipanti, trattandosi di elemento sostanziale dell'offerta economica, non essendo invocabile alcuna scusabilità o regolarizzazione dell'omissione, trattandosi di norme legislative chiare ed univoche circa il possesso di determinati requisiti di qualificazione.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 31 maggio 2018 n. 3262

Oneri di sicurezza e servizi di natura intellettuale

E' illegittima l'esclusione di una ditta da una gara di appalto di servizi, indetta dalla P.A. per l'affidamento del servizio di supporto nell'espletamento delle procedure relative al servizio di distribuzione del gas naturale, motivata con riferimento al fatto che la ditta interessata ha ommesso di indicare i costi per la sicurezza, nel caso in cui: a) si tratti dell'affidamento di un servizio di natura intellettuale; b) la *lex specialis* preveda che l'importo per gli oneri della sicurezza è stimato pari a 0 (zero) in quanto non si rilevano rischi da interferenza; c) il bando non preveda alcuna sanzione espulsiva per la omessa indicazione separata degli oneri per la sicurezza; infatti, la omessa indicazione di oneri interni per la sicurezza 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. 95, comma 10, D.lgs. n. 50 del 2016.

TAR LAZIO – ROMA, SEZ. I – sentenza 31 maggio 2018 n. 6099

Sulla persistenza del requisito della regolarità contributiva

E' legittimo il provvedimento con il quale la P.A. appaltante ha revocato in autotutela l'aggiudicazione di una gara di appalto di progettazione esecutiva e di esecuzione dei lavori, che sia motivato con riferimento all'accertato venir meno, per un certo periodo di tempo e in capo all'aggiudicataria, del requisito della regolarità contributiva (nella specie, l'impresa interessata – che aveva presentato un DURC con scadenza al 25 giugno 2017 – aveva, in tempo successivo alla scadenza, consegnato una nuova attestazione di regolarità con effetto a partire solo dal successivo 28 luglio); in tal caso, infatti, ad avvenuta scadenza del DURC e in mancanza di tempestiva produzione di un documento tale da attestare, **senza soluzione di continuità**, la permanenza del requisito della regolarità contributiva, la stazione appaltante ha legittimamente provveduto, con atto dovuto, alla revoca della disposta aggiudicazione.

TAR SARDEGNA, SEZ. I – sentenza 31 maggio 2018 n. 534

Sui criteri per la valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa

E' illegittima, per violazione dell'art. 95, comma 2, d.lgs. 50/2016 l'aggiudicazione di una gara di appalto secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, nel caso in cui la P.A. appaltante abbia adottato criteri consistenti nella valutazione, per il 65%, dell'offerta economica e, per il residuo 35%, per il possesso di requisiti professionali a vario titolo (nella specie, si trattava di servizi prestati presso l'amministrazione appaltante; possesso di un marchio di qualità ecologica dell'Unione Europea (Ecolabel UE) in relazione ai beni o servizi oggetto del contratto; certificazioni e attestazioni in materia di sicurezza e salute dei lavoratori); in tal caso, infatti, non vi traccia è alcuna dei criteri, né qualitativi né quantitativi, di natura tecnica cui fa riferimento l'art. 95, comma 2, d.lgs. 50/2016 da cui dipende la natura di offerta economicamente più vantaggiosa al fine di differenziarla dal criterio del minor prezzo.

TAR LAZIO – ROMA, SEZ. III *quater* – sentenza 1° giugno 2018 n. 6148

Sull'omesso versamento del contributo ANAC

Nel caso in cui il bando non preveda la sanzione espulsiva per l'omesso o tardivo versamento del contributo ANAC, è illegittima la esclusione di una ditta da una gara di appalto di forniture, che sia stata disposta esclusivamente per tale motivo; infatti, fatte salve le ipotesi in cui la *lex specialis* preveda una espressa comminatoria di esclusione, l'omesso versamento del contributo Anac non comporta, in linea di principio, l'estromissione dalla gara.

TAR CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. I – sentenza 5 giugno 2018 n. 3718

Sulla direzione lavori per recupero edificio vincolato riservata agli architetti

E' legittima la scelta operata da un Comune che ha indetto una procedura selettiva per l'affidamento dell'incarico di direttore dei lavori finalizzati alla esecuzione di interventi di restauro e recupero di un edificio vincolato come bene culturale e di interesse storico-artistico, di riservare la partecipazione alla medesima procedura ai soli architetti e non anche agli ingegneri; infatti, è sempre vigente ed applicabile, non contrastando con il diritto comunitario, la normativa nazionale (nella specie, si tratta dell'art. 52 del R.D. n. 2537/1925, recante il regolamento per le professioni di ingegnere e di architetto), secondo cui la progettazione e la direzione lavori su beni di interesse storico e/o artistico è riservata agli architetti, ovvero a coloro che hanno compiuto un percorso formativo equiparabile a quello che in Italia è necessario per conseguire tale titolo.

TAR PIEMONTE, SEZ. I – sentenza 5 giugno 2018, n. 695

Sull'inammissibilità di un avvalimento generico e sull'inapplicabilità del soccorso istruttorio

La giurisprudenza sia anteriore all'entrata in vigore del D. Lgs. n. 50/2016, sia successiva ha messo in evidenza che la nullità per indeterminatezza ed indeterminabilità dell'oggetto dei contratti di avvalimento osta all'attivazione del soccorso istruttorio, attesa l'ineidoneità dei medesimi a produrre effetti (T.A.R. Sardegna, sez. I, 22 dicembre 2015, n. 1230).

TAR PIEMONTE, SEZ. I - sentenza 6 giugno 2018, n. 705

Sulla legittimità dell'avvalimento ad una società di capitali in caso di appalti riservati a cooperative sociali di tipo B

La pretesa limitazione alla facoltà di avvalimento, oltre a non essere contemplata espressamente dall'art. 89 del d.lgs. n. 50 del 2016, neppure risponderebbe alla *ratio* che ha ispirato la disciplina degli appalti riservati, dal momento che l'impiego (obbligatorio) di

lavoratori svantaggiati nell'esecuzione del servizio è del tutto compatibile con l'utilizzo, ai fini della qualificazione alla gara, di certificazioni e requisiti posseduti da una società di capitali ordinaria (il disciplinare di gara non poneva limitazioni soggettive alla facoltà di avvalimento, né prescriveva che l'impresa ausiliaria fosse anch'essa una cooperativa sociale).

CONS. GIUST. AMM. REG. SIC. – sentenza 07 giugno 2018, n. 344

Sugli oneri di sicurezza interni

Va confermata la soluzione già fatta propria dalla Plenaria 19/2016, nella vigenza del Codice del 2006, nel senso che la mancata indicazione degli oneri per la sicurezza interna non giustifica l'immediata esclusione dalla gara o l'annullamento dell'aggiudicazione.

All'esclusione si potrà procedere solamente all'esito del contraddittorio con il concorrente, qualora l'offerta non si dimostri "capiente", ossia effettivamente idonea a far fronte ai costi minimi imposti dagli obblighi per la sicurezza sul lavoro.

TAR LAZIO - ROMA, SEZ. II ter, sentenza 7 giugno 2018, n. 6339

Sul grave illecito professionale

L'esclusione dalla gara di una concorrente per difformità delle specifiche del prodotto rispetto a quelle di capitolato e dichiarate nelle relative schede tecniche o rapporti di prova non comporta la configurabilità a carico della concorrente esclusa di un illecito professionale rilevante ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 80, comma 5, del dlgs 50/2016.

Si avrebbe illecito professionale se si riscontrasse la difformità tra il campione (in tesi conforme alle specifiche del capitolato) ed il prodotto vero e proprio (con caratteristiche non conformi), perché allora la presentazione di un campione conforme sarebbe stata ingannevole e fuorviante, determinando l'aggiudicazione sulla base di un prodotto diverso da quello realmente disponibile.

Sull'ammissibilità della presentazione di una campionatura diversa

Per pacifica giurisprudenza, infatti, laddove richiesta nei sistemi di selezione, l'acquisizione di una campionatura ha solo valore dimostrativo del prodotto (T.A.R. Lazio Roma, III *quater*, 19 marzo 2018, n. 3082; Cons. Stato, V, 30 gennaio 2017, n. 371; Cons. Stato, III, 03 febbraio 2017, n. 475) e serve a riscontrarne la conformità rispetto alle specifiche di gara ed agli standard di qualità che l'Amministrazione si è proposta di garantire con le suddette specifiche, tanto che si ammette perfino la integrabilità o sostituibilità del campione durante la gara e la possibilità che al relativo esame si proceda in seduta riservata (TAR Veneto, Venezia, III, 29 maggio 2017 nr. 521), nonché la differibilità del termine per la presentazione dei campioni (Cons. Stato Sez. III, 08 settembre 2015, n. 4191) e la nullità di clausole di esclusione dalla gara per mancata presentazione della campionatura, per violazione del principio di tassatività di cui all'art. 46, comma 1 bis, d.lgs. n. 163/2006 (Cons. Stato, III, 03 febbraio 2017, n. 475).

TAR CAMPANIA - NAPOLI, SEZ. IV – sentenza 7 giugno 2018, n. 3809

Sulla giurisdizione del GA nella fase successiva all'aggiudicazione e precedente la stipula del contratto

Nella fase successiva all'aggiudicazione, ma precedente alla stipula del contratto, sussiste la giurisdizione del G.A.. Lo spartiacque tra le due giurisdizioni è, appunto, il momento della stipula del contratto, oltre il quale l'Amministrazione agisce, per lo più, in via paritetica come contraente piuttosto che come autorità.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 8 giugno 2018 n. 3471

Sulla clausola sociale

L'apposizione di una clausola sociale agli atti di una pubblica gara ai sensi della disposizione del Codice dei contratti pubblici (art. 50 del d.lgs. n. 50/2016) è costituzionalmente e comunitariamente legittima solo se non comporta un indiscriminato e generalizzato dovere di assorbimento di tutto il personale utilizzato dall'impresa uscente, in violazione dei principi costituzionali e comunitari di libertà d'iniziativa economica e di concorrenza oltreché di buon andamento, e consente invece una ponderazione con il fabbisogno di personale per l'esecuzione del nuovo contratto e con le autonome scelte organizzative ed imprenditoriali del nuovo appaltatore.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - sentenza 8 giugno 2018, n. 3480

Sulla legittimità di giustificazioni sopravvenute

Non sono *a priori* inammissibili modifiche delle giustificazioni ovvero giustificazioni sopravvenute, come pure eventuali compensazioni tra sottostime e sovrastime, a condizione che – al momento dell'aggiudicazione – l'offerta risulti nel suo complesso affidabile, ossia dia garanzia di una seria esecuzione del contratto.

Al concorrente è consentito dimostrare che determinate voci di prezzo erano eccessivamente basse, mentre altre, per converso, erano sopravvalutate, pervenendo così ad un rimaneggiamento delle stesse volto a documentare, per alcune di esse, un risparmio idoneo a compensare il maggior costo di voci differenti, incidendo peraltro anche sull'utile esposto, al fine di giungere ad una compensazione tra sottostime e sovrastime, che lasci l'offerta affidabile e seria (Consiglio di Stato, sez. V, 10 ottobre 2017, n. 4680 e 6 agosto 2015, n. 3859). Tale conclusione è del resto coerente con le finalità del sub-procedimento di verifica dell'anomalia, che si svolge nel contraddittorio dell'operatore economico al fine, appunto, di concretamente verificare l'adeguatezza e plausibilità dell'offerta, alla luce delle richieste di chiarimenti effettuate dalla stazione appaltante.

Sulla serietà di un'offerta in caso di utile basso

Ai fini della valutazione di anomalia delle offerte presentate, non può essere fissata una quota rigida di utile al di sotto della quale l'offerta debba considerarsi per definizione incongrua, dovendosi invece avere riguardo alla serietà della proposta contrattuale e risultando in sé ingiustificabile solo un utile pari a zero, atteso che anche un utile apparentemente modesto può comportare un vantaggio importante, come nel caso di ricadute positive che possono discendere non solo dalla prosecuzione in sé dell'attività lavorativa, ma anche della qualificazione, della pubblicità e dal curriculum discendenti per un'impresa dall'essersi aggiudicata e dell'aver poi portato a termine un appalto pubblico.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 11 giugno 2018 n. 3606

Sulla regolarità fiscale

E' legittimo il provvedimento con il quale la P.A. appaltante, facendo riferimento alle cause di esclusione di cui all'art. 80, comma 4, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, ha revocato in autotutela l'aggiudicazione di una gara di appalto e ha contestualmente escluso dalla gara il concorrente, che sia motivato con riferimento al fatto che l'aggiudicatario ha falsamente dichiarato, nel modello DGUE, di aver soddisfatto tutti gli obblighi relativi al pagamento di imposte, tasse e contributi, essendo invece emersa, a seguito degli appositi accertamenti effettuati dalla stazione appaltante, una situazione di grave irregolarità fiscale definitivamente accertata (nella specie si trattava di due cartelle di pagamento, per un debito complessivo di € 90.365,72=).

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 11 giugno 2018 n. 3588

Obbligo di procedura ad evidenza pubblica nel caso di concessioni demaniali

E' legittimo il provvedimento con il quale un Comune ha stabilito di annullare in autotutela la concessione di un impianto sportivo (nella specie si trattava di alcuni campi da tennis di proprietà comunale), che sia motivato con precipuo riferimento al fatto che l'affidamento del medesimo impianto è stato disposto in favore di un Club privato senza il preventivo esperimento di una procedura di evidenza pubblica; infatti, le concessioni demaniali, in quanto concernenti beni economicamente contendibili, devono essere affidate mediante procedura di gara.

Orbene, quando il vizio che inficia l'atto amministrativo è significativamente grave, in quanto implica la violazione di regole e principi posti a presidio di beni di particolare rilevanza, il potere di autotutela, pur non assumendo natura meramente vincolata, si caratterizza per una più intensa considerazione dell'interesse pubblico rispetto a quello privato con la conseguenza che il giudizio di prevalenza del primo sul secondo richiede una motivazione meno pregnante. E' stato, infatti, affermato che "che l'onere motivazionale gravante sull'amministrazione risulterà attenuato in ragione della rilevanza e autoevidenza degli interessi pubblici tutelati (al punto che, nelle ipotesi di maggior rilievo, esso potrà essere soddisfatto attraverso il richiamo alle pertinenti circostanze in fatto e il rinvio alle disposizioni di tutela che risultano in concreto violate, che normalmente possano integrare, ove necessario, le ragioni di interesse

pubblico che depongano nel senso dell'esercizio del *ius poenitendi*" (Cons. Stato, A.P. 17/10/2017, n. 8).

TAR LAZIO, ROMA, SEZ. I quater, sentenza 11 giugno 2018, n. 6414

Sulla legittimità di un'interdittiva antimafia che si basa su elementi indiziari

L'informativa sulla sussistenza dei tentativi di infiltrazione mafiosa, che, ai sensi dell' art. 4, d.lgs. n. 490 del 1994 e dell' art. 10 del D.P.R. n. 252 del 1998, preclude la stipulazione di contratti con le pubbliche amministrazioni, non presuppone l'accertamento di responsabilità penali in capo ai titolari dell'impresa sospettata, essendo sufficiente che dalle informazioni, acquisite tramite gli organi di polizia, si evinca un quadro indiziario sintomatico del pericolo di collegamento tra la singola impresa e la criminalità organizzata. A legittimare l'adozione dell'informativa prefettizia è pertanto sufficiente che, a esito dell'istruttoria, emergano elementi indiziari che, complessivamente considerati, rendano attendibile l'ipotesi del tentativo di ingerenza da parte delle organizzazioni criminali.

In definitiva, il parametro valutativo di tali elementi indiziari non è la certezza, ma la qualificata probabilità di infiltrazione mafiosa, e, nel rendere le informazioni richieste ai sensi dell'art. 10, comma 7, lett. c), D.P.R. n. 252 del 1998, il Prefetto non deve basarsi su specifici elementi, ma effettuare la propria valutazione sulla scorta di uno specifico quadro indiziario, ove assumono rilievo preponderante i fattori induttivi della non manifesta infondatezza che i comportamenti e le scelte dell'imprenditore possano rappresentare un veicolo di infiltrazione delle organizzazioni criminali negli appalti delle pubbliche amministrazioni.

L'ampiezza dei poteri di accertamento, giustificata dalla finalità preventiva sottesa al provvedimento, comporta che il Prefetto possa ravvisare l'emergenza di tentativi di infiltrazione mafiosa in fatti in sé e per sé privi dell'assoluta certezza, che tuttavia, nel loro coacervo, siano tali da fondare un giudizio di possibilità che l'attività d'impresa possa, anche in maniera indiretta, agevolare le attività criminali o esserne in qualche modo condizionata per la presenza, nei centri decisionali, o comunque per la colleganza, di soggetti legati ad organizzazioni malavitose (C. Stato, VI, n. 4737/2006; III, 5995/2011). In altre parole, ciò che viene in rilievo nella fattispecie è una concezione della pericolosità in senso oggettivo che prescinde dall'individuazione di responsabilità di rilevanza penale (C.G.A.R.S. 10/2012), in quanto tale tipologia di informativa cerca di cogliere l'affidabilità dell'impresa affidataria dei lavori complessivamente intesa (C. Stato, III, 5262/2011). In conclusione, non si postula, quale condizione per l'applicabilità della disposizione di cui trattasi, che ci si trovi sicuramente al cospetto di una impresa criminale posseduta o gestita o controllata da soggetti dediti ad attività criminali, ma che vi sia una qualificata probabilità che la stessa possa, anche in via indiretta, favorire la criminalità.

TAR LAZIO – ROMA, SEZ. II – sentenza 12 giugno 2018 n. 6540

Sull'omessa indicazione dei costi della manodopera

E' legittimo il provvedimento con il quale la P.A. appaltante ha disposto l'esclusione dalla gara (nella specie si trattava di una gara per l'affidamento del servizio di sorveglianza

stradale), di una impresa che non ha precisato, separatamente, nella sua offerta, il costo della manodopera, così come espressamente previsto dalla lettera d'invito coerentemente con l'art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50 del 2016, sull'obbligo di indicazione separata di tali costi.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 13 giugno 2018 n. 3623

Sul principio di corrispondenza tra requisiti di qualificazione e quote di esecuzione nei RTI

A seguito dell'intervenuta abrogazione dell'art. 37, comma 13, del d.lgs. n. 163 del 2006, che stabiliva il principio di corrispondenza tra quote di partecipazione al raggruppamento e quote di esecuzione delle prestazioni, anche se non vige più il principio di necessaria corrispondenza, essendo la relativa disciplina rimessa alle disposizioni della *lex specialis*, permane la necessità che ciascuna impresa sia qualificata per la parte di prestazioni che si impegna ad eseguire, specie negli appalti di lavori, ove tale disciplina è prevista anche dall'art. 92, comma 2, del d.P.R. n. 207 del 2010.

TAR LOMBARDIA – BRESCIA, SEZ. II – sentenza 18 giugno 2018 n. 591

Sull'obbligo dichiarare anche un precedente grave illecito professionale non ancora annotato presso l'Anac e sub judice

E' legittimo il provvedimento con il quale la P.A. appaltante ha escluso una ditta da una gara di appalto di forniture, che sia motivato con riferimento al fatto che la medesima ditta, pur avendo dichiarato di aver subito, in precedenza, due risoluzioni contrattuali, divenute ormai definitive, ha omesso di dichiarare di aver subito una terza risoluzione contrattuale, a nulla rilevando che tale ultima risoluzione non sia ancora annotata presso l'ANAC e che sia stata contestata in giudizio ed è, dunque, *sub judice*; non può ritenersi, infatti, che, a fronte dell'obbligo di dichiarare tutte le situazioni che potrebbero incidere sul giudizio di affidabilità del concorrente da parte della stazione appaltante, il primo possa arbitrariamente scegliere di non dichiarare una risoluzione contrattuale solo perché non ancora annotata presso l'ANAC (formalità che ha mero effetto di pubblicità) o in quanto contestata; con la conseguenza che, in tal caso, la ditta interessata ha violato l'art. 80, comma 5 del d. lgs. 50/2016, ed ha fornito informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni della P.A. appaltante .

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

Sull'inammissibilità di un avalimento generico

Ai fini della validità del contratto di avalimento 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 avalimento 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 LAZIO ROMA, SEZ. II BIS – sentenza 19 giugno 2018, n. 6869

Sul costo del lavoro in sede di giustificazioni

In tema di valutazione della anomalia dell'offerta, anche nella vigenza del nuovo Codice dei contratti pubblici, vige il principio secondo cui i costi medi della manodopera, indicati nelle tabelle ministeriali, non assumono valore di parametro assoluto ed inderogabile, ma svolgono una funzione indicativa, suscettibile di scostamento in relazione a valutazioni statistiche ed analisi aziendali evidenziando una particolare organizzazione in grado di giustificare la sostenibilità di costi inferiori; esprimendo solo una funzione di parametro di riferimento è allora possibile discostarsi da tali costi, in sede di giustificazioni dell'anomalia, sulla scorta di una dimostrazione puntuale e rigorosa;

Il costo del lavoro dalle tabelle indicato risulta essere, dunque, il “costo medio orario del lavoro”, e non “i minimi salariali retributivi”, come affermato nella norma di cui all'art. 97, comma 5, lett. d, d.lgs. n. 50 del 2016;

L'articolo 95 del codice dei contratti pubblici, al comma 10, prevede che nell'offerta economica l'operatore deve indicare, tra l'altro, i propri costi della manodopera; come già ricordato, l'articolo 36 dello stesso Codice, nello stabilire la disciplina applicabile ai contratti sotto soglia, richiama espressamente il rispetto dei principi di cui agli articoli 30, comma 1, 34 e 42, nonché del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti e in modo da assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese. La norma recata dall'articolo 95, comma 10, quindi non rientra tra le disposizioni di principio applicabili, in forza del codice dei contratti pubblici, alle procedure di affidamento dei contratti sotto soglia;

Sulla motivazione del giudizio di anomalia

In merito alla motivazione del giudizio di non anomalia dell'offerta, giova ricordare il costante orientamento della giurisprudenza (T.A.R. Molise, 11 dicembre 2017, n. 520) per cui la motivazione della commissione di gara circa l'anomalia dell'offerta deve essere rigorosa solo in caso di esito negativo, mentre in caso di valutazione di congruità è ritenuta sufficiente una motivazione “*per relationem*” alle giustificazioni presentate dall'impresa;

TAR EMILIA ROMAGNA - BOLOGNA, SEZ. II – sentenza 20 giugno 2018 n. 519

Sulla deroga al principio di rotazione in caso di procedura negoziata senza limitare il numero di inviti

Le Linee Guida ANAC n. 4 hanno affrontato alcuni aspetti di problematicità legati al principio di rotazione, in primo luogo si precisa che il principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti si applica alle procedure rientranti nel medesimo settore merceologico, categorie di opere e settore di servizi di quelle precedenti, nelle quali la stazione appaltante opera limitazioni al numero di operatori economici selezionati.

TAR LAZIO – LATINA, SEZ. I – sentenza 21 giugno 2018 n. 352

Sulla possibilità di valutare la pregressa esperienza

Nelle procedure di evidenza pubblica, il divieto di commistione tra criteri soggettivi di qualificazione e criteri oggettivi di valutazione dell'offerta non è eluso o violato quando la stazione appaltante richiede il dato relativo all'esperienza dell'offerente, quale elemento di valutazione da apprezzare da parte della commissione di gara, purché quest'ultimo non costituisca un elemento avulso dall'offerta tecnica, ma un indice di garanzia della successiva esecuzione del contratto.

Nella specie si trattava di una gara per l'affidamento in concessione del servizio di sgombero, bonifica, pulizia e ripristino delle condizioni di sicurezza e viabilità post incidente. Il criterio contenuto nella Lettera di invito che si prefigge lo scopo di valorizzare in proporzione ragionevole il requisito dell'esperienza in ragione del numero degli enti pubblici convenzionati aventi popolazione superiore a 100.000 abitanti, non è stato ritenuto lesivo del divieto di commistione fra criteri soggettivi di prequalificazione e quelli oggettivi afferenti alla valutazione dell'offerta, costituendo un parametro afferente alle caratteristiche oggettive dell'offerta.

TAR PUGLIA – BARI, SEZ. I – sentenza 21 giugno 2018 n. 906

Sull'omessa indicazione dei costi della manodopera

1. È legittimo il provvedimento con il quale la stazione appaltante non ha disposto l'esclusione di una ditta che non aveva indicato nell'offerta, ai sensi dell'art. 95, co. 10, del d.lgs n. 50/2016, i costi della manodopera nell'offerta economica, traducendosi tale omissione in una mera carenza nella specificazione delle singole voci di costo, le quali, comunque, sono state sostanzialmente e adeguatamente considerate nel prezzo finale complessivamente offerto dall'impresa, permettendo che dette voci venissero precisate nel corso del sub-procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta, senza con ciò violare il principio di immodificabilità dell'offerta economica.

Sul giudizio di anomalia dell'offerta

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

TAR SARDEGNA, SEZ. I – sentenza 21 giugno 2018 n. 601

Sulla compatibilità tra Rup/Dirigente di Settore e Presidente della Commissione di gara

Non può ritenersi automaticamente illegittima la composizione della Commissione giudicatrice di una gara di appalto, per il solo fatto che, tra i componenti della stessa, sia stato nominato – con funzioni di presidente – il Dirigente del Settore amministrativo competente, che ha contribuito all’approvazione degli atti di gara. Infatti, nelle more dell’entrata in vigore del nuovo sistema di nomina dei componenti delle commissioni di gara, di esse possono far parte i dirigenti dei settori competenti, anche laddove svolgano la funzione di R.U.P.; del resto, la nomina del R.U.P. a presidente della commissione, secondo quanto espressamente previsto dall’art. 77, comma 4, del Codice dei contratti pubblici, “è valutata con riferimento alla singola procedura”, dunque normalmente ammessa, a meno che emergano “concreti indici di compatibilità”, in relazione alle caratteristiche specifiche del caso concreto.

TAR LAZIO – ROMA, SEZ. III QUATER – sentenza 22 giugno 2018 n. 7039

Sui costi della manodopera e sugli oneri di sicurezza aziendali

1. E’ legittima l’esclusione da una gara di appalto di una ditta la cui offerta, diversamente da quanto prescritto espressamente dalla *lex specialis* a pena di esclusione, non contiene una dichiarazione circa i costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l’adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro; quest’ultima previsione della *lex specialis*, infatti, anche se sostanzialmente riproduttiva dell’art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50/2016, ha tuttavia una propria autonoma valenza prescrittiva e non può essere disapplicata dalla P.A. appaltante.

Sull’inapplicabilità del soccorso istruttorio

2. Nelle gare di appalto, l’istituto del soccorso istruttorio previsto e disciplinato dall’art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016 non è applicabile nel caso in cui la carenza formale di un elemento ritenuto essenziale dalla *lex specialis* ai fini della corretta formulazione dell’offerta riguardi l’offerta economica (nella specie si trattava dell’indicazione dei costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l’adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro).

TAR SICILIA – CATANIA, SEZ. IV – ordinanza 23 giugno 2018 n. 388

Sulla regolarità fiscale

Appare illegittima l’aggiudicazione di una gara di appalto, nel caso in cui sia risultato comprovato che la ditta risultata vittoriosa, alla data del termine di scadenza per la presentazione delle offerte, era, già da tempo, priva del possesso del requisito della regolarità

fiscale, a nulla rilevando che il concorrente interessato abbia successivamente sanato tale irregolarità, essendo stato ammesso alla rateizzazione del debito tributario prima dell'aggiudicazione definitiva.

TAR CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. VII – sentenza 26 giugno 2018 n. 4721

Sulla sussistenza di un grave illecito professionale anche in presenza di un rinvio a giudizio

E' legittimo il provvedimento con il quale la P.A. appaltante ha escluso una ditta da una gara, per gravi illeciti professionali ex art. 80 comma 5 lett. c), d. lgs. n. 50/2016, che sia motivato con riferimento al fatto che, a seguito dell'esperienza di apposita istruttoria, nel corso della quale è stata coinvolta anche l'Anac, è emerso che nei confronti dell'amministratore delegato e del legale rappresentante della ditta interessata è stato emesso un decreto di rinvio a giudizio per il reato di cui all'art. 353 c.p. (tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante), per fatti posti in essere in relazione alla precedente gara indetta dalla stessa P.A. per l'affidamento del medesimo servizio. Tale tipologia di illecito professionale, infatti, pur non essendo espressamente prevista dalla suddetta norma, è comunque idonea ad incidere negativamente sulla integrità e/o affidabilità del concorrente in rapporto allo specifico contratto (trasporto scolastico) da affidare proprio da parte della stessa P.A.; con la conseguenza che deve ritenersi ragionevole la valutazione compiuta dalla PA in ordine all'esistenza, per la nuova gara, di un illecito professionale escludente

I più recenti arresti giurisprudenziali in materia depongono nel senso che – anche al di là dei casi in cui ricorra una fattispecie tipizzata dall'art. 80 co. 5 lett. c del D.L.vo n. 50/2016 (illecito professionale che abbia dato luogo ad una risoluzione o ad altra sanzione giudizialmente “confermata”) residua in capo alla S.A. il potere di operare una valutazione discrezionale sulla gravità dell'illecito, fornendo adeguata motivazione sulla incidenza dell'inadempimento sull'affidabilità del concorrente (Cons. Stato, sez. V, sent. 2 marzo 2018, n. 1299, e sent. 11 giugno 2018, n. 3592; v. anche T.A.R. Lazio, – Roma sez. III, 8 marzo 2018 n. 2668, T.A.R. Campania – Napoli, sez. I, 11 aprile 2018).

TAR VENETO, SEZ. I – sentenza 27 giugno 2018 n. 695

Sulla competenza del RUP (e non del Dirigente) a disporre l'esclusione dalla gara

E' illegittimo, per difetto di competenza, il provvedimento di esclusione di una ditta da una gara appalto indetta da un Ente locale, nel caso in cui sia stato adottato dal Dirigente del settore comunale di interesse, piuttosto che dal RUP; infatti, l'art. 31, comma 3, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (il quale, peraltro, amplia la dizione normativa del previgente art. 10, comma 2, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163), ha stabilito che la disposizione richiamata delinea la competenza del responsabile unico del procedimento (RUP) in termini residuali, competenza che si estende anche all'adozione dei provvedimenti di esclusione delle partecipanti alla gara, secondo un orientamento che il Consiglio di Stato ha definito “pacifico”.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 27 giugno 2018 n. 3950

Sulla non rilevanza dell'omesso versamento del contributo Anac per le concessioni di servizi

Non può dare luogo all'esclusione da una gara per l'affidamento in concessione di servizi pubblici (nella specie si trattava di una gara per l'affidamento del servizio di accertamento e riscossione dell'imposta comunale sulle pubblicità e dei diritti sulle pubbliche affissioni) il mancato versamento del contributo ANAC, atteso che la l. 23 dicembre 2005 n. 266 pone tra l'altro all'art. 1, comma 67, "l'obbligo di versamento del contributo da parte degli operatori economici quale condizione di ammissibilità dell'offerta nell'ambito delle procedure finalizzate alla realizzazione di opere pubbliche" e che detta previsione legislativa appare comune una tipica espressione del brocardo "in claris non fit interpretatio", con la conseguenza che il versamento di tale contributo è caratteristica delle gare in materia di aggiudicazione della realizzazione di opere pubbliche.
