



**Rassegna giurisprudenziale**  
**sulle procedure ad evidenza pubblica**

**(febbraio – marzo 2019 )**

a cura di

*Francesco Armenante – consulente FORMEZPA*

**CORTE DI CASSAZIONE, SEZ. UNITE CIVILI – ordinanza 1° febbraio 2019 n. 3160**

***Sulla giurisdizione amministrativa in caso di revisione prezzi***

1. Rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo una azione proposta dall'appaltatore di un servizio pubblico nei confronti di un Comune con la quale è stato chiesto di accertare l'inadempimento (e dichiarato risolto il contratto), con condanna del Comune stesso al risarcimento dei danni ed al pagamento della somma dovuta a titolo di "compenso revisionale". In tal caso, infatti, la controversia appartiene al giudice amministrativo, alla luce dell'art. 133, comma 1, lettera e), n. 2, del c.p.a., che devolve "alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo... le controversie... relative alla clausola di revisione del prezzo e al relativo provvedimento applicativo nei contratti ad esecuzione continuata o periodica, nell'ipotesi di cui all'art. 115 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, nonché quelle relative ai provvedimenti applicativi dell'adeguamento dei prezzi ai sensi" dei successivi commi 3 e 4 dello stesso art. 133 del c.p.a..

2. Anche nei contratti di appalti pubblici di servizi ad esecuzione continuata o periodica è obbligatoria la clausola di revisione del prezzo; le controversie relative alla clausola di revisione del prezzo ed al relativo provvedimento applicativo nei contratti ad esecuzione continuata o periodica comprendono anche quelli aventi ad oggetto il *quantum debeatur*.

3. L'ambito della giurisdizione esclusiva in materia di revisione dei prezzi – per effetto di quanto disposto prima dall'art. 244 del d.lgs. 2006, n. 163, e poi dall'art. 133, comma 1, lettera e), n. 2, del c.p.a. – ormai assunto una portata ampia e generale, superandosi il tradizionale orientamento interpretativo secondo cui al giudice amministrativo spettavano le sole controversie relative all'an della pretesa alla revisione del prezzo, mentre competevano al giudice ordinario le questioni inerenti alla quantificazione del compenso, e rientrando nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, in virtù della detta norma del c.p.a., ogni controversia concernente la revisione dei prezzi di un contratto di appalto, compreso il profilo del *quantum debeatur*.

4. La regola secondo cui le controversie in materia di revisione dei prezzi contrattuali nei contratti pubblici rientra nella giurisdizione amministrativa incontra un limite nel caso in cui sia in contestazione esclusivamente l'espletamento di una prestazione già puntualmente prevista nel contratto e disciplinata in ordine all'*an* ed al *quantum* del corrispettivo (benché le parti controvertano nell'interpretazione della clausola quanto al secondo profilo). In tal caso, infatti, la controversia concerne l'espletamento da parte dell'appaltatore di una prestazione già puntualmente convenuta e disciplinata (anche in ordine al *quantum*) con il contratto, con la conseguenza che essa ha ad oggetto una mera pretesa di adempimento contrattuale e, quindi, comporta l'accertamento dell'esistenza di un diritto soggettivo, che ricade nell'ambito della giurisdizione ordinaria. In tali ipotesi la domanda rinviene la sua ragione nel contratto, in relazione al quale la P.A. si trova in una situazione paritetica e, concernendo la controversia un diritto soggettivo, rientra nella giurisdizione del giudice ordinario.

---

**TAR CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. VII – sentenza 4 febbraio 2019 n. 579**

***Sull'ammissibilità del soccorso istruttorio per il PassOE e per la cauzione provvisoria***

La mancata presentazione della cauzione provvisoria ovvero la presentazione di una cauzione provvisoria invalida non costituisce causa di esclusione dalla procedura di aggiudicazione ma irregolarità sanabile attraverso l'istituto del soccorso istruttorio (cfr. Cons. Stato, sez. III, 23 novembre 2017, n. 5467; sez. III, 27 ottobre 2016, n. 4528, che aggiunge la precisazione per la quale il principio esposto trova applicazione a prescindere dagli stati soggettivi del concorrente relativi all'imputabilità o meno dell'omissione o della irregolarità; nonché in precedenza Cons. Stato, sez. III, 11 agosto 2015, n. 3918; sez. V, 10 febbraio 2015, n. 687)". (Cons. Stato, sez. V sent 1846 del 23.3.2018).

Il Codice dei contratti non indica il possesso del PassOE quale requisito di partecipazione previsto a pena di esclusione dalla procedura; neppure può ritenersi, sotto il profilo operativo e funzionale, che lo stesso si configuri come elemento essenziale, incidente sulla par condicio dei concorrenti.

---

## **CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 5 febbraio 2019 n. 881**

### ***Sul giudizio di anomalia***

1. Il giudizio sull'anomalia delle offerte presentate in una gara è ampiamente discrezionale ed espressione paradigmatica di discrezionalità tecnica, sindacabile solo in caso di manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza. In particolare, il giudice amministrativo può sindacare le valutazioni dell'amministrazione sotto il profilo della logicità, ragionevolezza ed adeguatezza dell'istruttoria, ma non può invece procedere ad un'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.

2. Il giudizio di incongruità dell'offerta costituisce sempre espressione di discrezionalità tecnica di esclusiva pertinenza dell'amministrazione ed esula dalla competenza del giudice amministrativo, che può sindacare le valutazioni della pubblica amministrazione soltanto in caso di macroscopiche illegittimità, quali gravi e plateali errori di valutazione abnormi o inficiati da errori di fatto; giammai il giudice amministrativo può sostituire il proprio giudizio a quello dell'amministrazione e procedere ad una autonoma verifica della congruità dell'offerta e delle singole voci.

3. La Stazione appaltante non deve necessariamente indicare "elementi specifici" a fondamento della scelta di avviare la verifica facoltativa di anomalia ex art. 97, comma 6, d.lgs. n. 50 del 2016, dovendosi al riguardo confermare il principio secondo cui l'amministrazione dispone di una discrezionalità quanto mai ampia. Del resto, l'ampia discrezionalità che la citata disposizione del Codice dei contratti pubblici attribuisce alle stazioni appaltanti sul se procedere a verifica facoltativa della congruità dell'offerta non abbisogna di essere particolarmente motivata, tanto che la scelta può essere sindacata solo in caso di macroscopica irragionevolezza o di decisivo errore di fatto.

---

## **CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 5 febbraio 2019 n. 882**

### ***Sulla prevalenza del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa***

Il rapporto tra il comma 3 ed il comma 4 dell'articolo 95 deve essere declinato come di specie a genere: ove ricorrano cioè le fattispecie di cui al comma 3 (tra cui le prestazioni ad alta intensità di

manodopera) si pone, dunque, un obbligo speciale e cogente di adozione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa che, sovrapponendosi e irrigidendo la ordinaria preferenza per tale criterio prevista in via generale dal codice, non ammetterebbe giammai deroghe, nemmeno al ricorrere delle fattispecie di cui al comma 4 ed indipendentemente dallo sforzo motivazionale compiuto dall'amministrazione.

---

**TAR TOSCANA, SEZ. II – sentenza 6 febbraio 2019 n. 185**

***Sull'inapplicabilità dell'avvalimento per conseguire un maggior punteggio***

In base all'art. 89, comma 1, del d.lgs n. 50 del 2016, l'istituto dell'avvalimento è previsto per soddisfare l'esigenza dell'operatore economico di “soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale di cui all'art. 83, comma 1, lett. b) e c), necessari per partecipare ad una procedura di gara”. Pertanto, nelle procedure ad evidenza pubblica, l'avvalimento ha la funzione di consentire al concorrente sfornito di alcuni requisiti di ammissione alla gara, di parteciparvi ugualmente acquisendo i requisiti mancanti da altro operatore economico che li possieda, ma non può tramutarsi in uno strumento volto a conseguire una più elevata valutazione dell'offerta.

---

**TAR VENETO, SEZ. I – sentenza 7 febbraio 2019 n. 180**

***Sulla applicabilità del criterio del prezzo più basso per i servizi ripetitivi e standardizzati***

È legittima una gara di appalto indetta per l'affidamento di un servizio pubblico (nella specie si trattava del servizio di trasporto pubblico locale settore urbano ed extraurbano) per la quale il bando ha previsto il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso, in considerazione del fatto che si tratta di un servizio con caratteristiche ripetitive ed altamente standardizzate, privo quindi per definizione di originalità e di discrezionalità nel modus operandi degli esecutori.

---

**TAR CALABRIA – CATANZARO, SEZ. I – sentenza 7 febbraio 2019 n. 258**

***Sul sopralluogo***

La clausola del bando di gara che prevede a pena di esclusione il sopralluogo non può di per sé dirsi contraria alla legge o non prevista dalla legge, salvo che il sopralluogo abbia carattere di adempimento strumentale a garantire anche il puntuale rispetto delle ulteriori prescrizioni imposte dalla legge di gara e che l'obbligo di sopralluogo abbia un ruolo sostanziale, e non meramente formale, per consentire ai concorrenti di formulare un'offerta consapevole e più aderente alle necessità dell'appalto. L'obbligo di sopralluogo, strumentale a una completa ed esaustiva conoscenza dello stato dei luoghi, è infatti funzionale alla miglior valutazione degli interventi da effettuare in modo da formulare, con maggiore precisione, la migliore offerta tecnica.

***Sull'iscrizione camerale***

L'art. 83, commi 1, lett. a), e 3, d.lgs. n. 50 del 2016 prevede l'iscrizione camerale quale requisito di idoneità professionale, anteposto ai più specifici requisiti attestanti la capacità tecnico-professionale ed

economico-finanziaria dei partecipanti alla gara, con la necessaria conseguenza che vi debba essere congruenza contenutistica, tendenzialmente completa, tra le risultanze descrittive della professionalità dell'impresa, come riportate nell'iscrizione alla Camera di commercio, e l'oggetto del contratto d'appalto, evincibile dal complesso di prestazioni in esso previste; tuttavia, la corrispondenza contenutistica non deve tradursi in una perfetta ed assoluta sovrapposibilità tra tutte le componenti dei due termini di riferimento, ma la stessa va appurata secondo un criterio di rispondenza alla finalità di verifica della richiesta idoneità professionale, e quindi in virtù di una considerazione non già atomistica e frazionata, bensì globale e complessiva delle prestazioni dedotte in contratto.

***Sull'idoneità del rinvio a giudizio a configurare un illecito professionale***

L'eventuale rinvio a giudizio dell'amministratore o del direttore tecnico di un operatore economico per corruzione o per riciclaggio, nonché l'applicazione di una misura cautelare per i medesimi reati, non costituiscono adeguati mezzi di prova della commissione di un grave illecito professionale, che comporta l'esclusione dalla gara ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) d.lgs. n. 50 del 2016; la loro omessa dichiarazione, pertanto, non configura la causa di esclusione dell'operatore ai sensi della successiva lett. c-bis) dell'art. 80.

---

**TAR LAZIO, ROMA, SEZ. I bis- sentenza 7 febbraio 2019 n. 1554**

***Sull'inapplicabilità del soccorso istruttorio in caso di offerta tecnica inadeguata***

Nel caso in esame, a causa dell'accertamento della carenza dei requisiti minimi prescritti per l'offerta tecnica e, quindi, della sostanziale inadeguatezza dell'operatore economico, l'esclusione della ricorrente si poneva in termini di "atto dovuto", affatto sproporzionato e, anzi, espressamente imposto dalla *lex specialis* in veste di strumento utile per la PA per esprimere il proprio dissenso ad un prodotto non rispondente alle caratteristiche tecniche minime richieste nel disciplinare.

A carenze di tale genere, atte a rivelare l'inadeguatezza dell'offerta tecnica formulata (perché non rispondente ai requisiti minimi prescritti dal disciplinare di gara), non è possibile ovviare con il rimedio del c.d. soccorso istruttorio né, d'altro canto, mediante il richiamo del principio di tassatività dei casi di esclusione, concernenti i differenti casi del mancato rispetto di adempimenti solo documentali o formali o privi, comunque, di una base normativa espressa.

---

**TAR CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. III – sentenza 8 febbraio 2019 n. 713**

***Sulla necessità del preventivo invito a sostituire l'ausiliaria***

E' illegittimo l'operato della Stazione appaltante la quale, nel disporre l'esclusione dell'impresa ausiliaria perché autrice di numerose di inadempienze contrattuali pregresse, non ha consentito la sostituzione dell'ausiliaria stessa, così come previsto dall'art. 89, terzo comma, d.lgs. n. 50/2016.

---

**CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 8 febbraio 2019 n. 942**

***Sulla necessità dell'esperimento di una gara per l'affidamento del servizio di pubblicità***

Il soggetto intermediario che svolge la pubblicità legale, da effettuare per le vendite giudiziarie, per le procedure esecutive e fallimentari ed altri servizi connessi, deve essere scelto mediante il preventivo esperimento di una apposita procedura di evidenza pubblica, vertendosi al cospetto di una concessione di servizi di pubblicità legale; infatti: a) la scelta di individuare un operatore unico che si occupi degli adempimenti pubblicitari di volta in volta necessari non lede le prerogative del singolo giudice, potendo al contrario l'amministrazione fornire un adeguato supporto ex ante; b) l'esperimento di una apposita gara di appalto, non può ritenersi in alcun modo lesivo delle prerogative del giudice dell'esecuzione ex art. 490 c.p.c., e non palesa dunque, in questa prospettiva, profili di difetto di attribuzione del Tribunale.

---

**CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 9 febbraio 2019 n. 947**

***Sulla decorrenza del termine di impugnazione in caso di piena conoscenza dell'atto lesivo***

Decorrono i termini per impugnare l'ammissione se la causa di illegittimità di un provvedimento di ammissione emerge nel corso delle sedute di gara, e la controinteressata ne sia in piena conoscenza.

Secondo la giurisprudenza (Cons. St. n. 1843 del 2018; Cons. St. 5870 del 2017) la regola della pubblicazione di cui all'art. 120 *bis* non implica l'assoluta inapplicabilità del generale principio sancito dagli artt. 41, comma 2 e 120, comma 5, ultima parte, del c.p.a., e quindi non esclude la rilevanza della piena conoscenza dell'atto da impugnare. Ciò implica che, in difetto della formale comunicazione dell'atto – in particolare in mancanza di pubblicazione di un autonomo atto di ammissione sulla piattaforma telematica della stazione appaltante – il termine decorre, comunque, dal momento dell'intervenuta piena conoscenza del provvedimento da impugnare, ma ciò a patto che l'interessato sia in grado di percepire i profili che ne rendano evidente la lesività per la propria sfera giuridica in rapporto al tipo di rimedio apprestato dall'ordinamento processuale.

---

**TAR FRIULI VENEZIA GIULIA, SEZ. I – sentenza 12 febbraio 2019 n. 67**

***Sull'insussistenza del diritto di prelazione in capo al promotore escluso dalla gara.***

La previsione, contenuta nell'art. 183, comma 15, codice dei contratti pubblici, in base alla quale “il promotore non ... aggiudicatario, può esercitare, entro quindici giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione, il diritto di prelazione e divenire aggiudicatario se dichiara di impegnarsi ad adempiere alle obbligazioni contrattuali alle medesime condizioni offerte dall'aggiudicatario”, implica la partecipazione a tutte le fasi di gara e l'inserimento in graduatoria.

---

**TAR SARDEGNA, SEZ. I – sentenza 13 febbraio 2019 n. 129**

***Sul concetto di servizi standardizzati e sul criterio del prezzo più basso***

E' legittimo il bando di gara dei servizi di manutenzione ordinaria e straordinaria delle parti meccaniche degli automezzi della P.A. nella parte in cui prevede l'utilizzo del criterio del massimo ribasso, ai sensi dell'art. 95 comma 4, lett. b), del d.lgs. n. 50/2016, trattandosi di servizi con caratteristiche standardizzate e ripetitivi per la stazione appaltante in cui risultano definite tutte le specifiche tali da rendere necessaria soltanto una comparazione sul prezzo.

L'appalto aveva ad oggetto servizi "con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato", dovendosi ricostruire in termini più estensivi la nozione di "servizio standardizzato" e di conseguenza attribuire un più ampio ambito di operatività al criterio del massimo ribasso, atteso che:

1) la riparazione di automezzi è, come noto, un'attività che presuppone esperienze professionali e tecnologie ampiamente e da tempo diffuse, né il discorso muta per effetto dell'introduzione di nuove strumentazioni diagnostiche, le quali, semmai, riducono l'apporto del fattore umano e dunque "standardizzano" ulteriormente gran parte dei controlli cui gli automezzi sono sottoposti;

2) perché, inoltre, nell'ambito del servizio di cui si discute assume peso economico decisamente prevalente il costo dei pezzi di ricambio, i quali, a loro volta, presentano spesso "caratteristiche standard" e sono oggetto di prezzi prefissati nei tariffari di mercato delle rispettive case produttrici, il che evidenzia la sussistenza dell'ulteriore elemento che per legge giustifica il ricorso al criterio del massimo ribasso, cioè l'incidenza delle condizioni generali di mercato sul contenuto della prestazione.

---

**CORTE DI GIUSTIZIA U.E. – ordinanza del 14 febbraio 2019 (causa C-54/18)**

***Sui presupposti per la decorrenza del termine nel rito super-accelerato***

La direttiva 89/665/CEE del Consiglio, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, e in particolare i suoi articoli 1 e 2 quater, letti alla luce dell'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, deve essere interpretata nel senso che essa non osta ad una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che prevede che i ricorsi avverso i provvedimenti delle amministrazioni aggiudicatrici recanti ammissione o esclusione dalla partecipazione alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici debbano essere proposti, a pena di decadenza, entro un termine di 30 giorni a decorrere dalla loro comunicazione agli interessati, a condizione che i provvedimenti in tal modo comunicati siano accompagnati da una relazione dei motivi pertinenti tale da garantire che detti interessati siano venuti o potessero venire a conoscenza della violazione del diritto dell'Unione dagli stessi lamentata.

---

**TAR LAZIO, ROMA, SEZ. III - sentenza 14 febbraio 2019 n. 1965**

***Sull'immodificabilità dell'offerta in sede di gara***

Alla luce dei principi generali richiamati da numerose pronunce del Consiglio di Stato (cfr., tra le molte, Cons. Stato, V, 11 gennaio 2018, n. 113), vige nella materia degli appalti pubblici il principio generale della immodificabilità dell'offerta, a tutela dell'imparzialità e della trasparenza dell'agire della stazione appaltante, nonché della parità di trattamento tra gli operatori economici.

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

Le offerte devono essere interpretate al fine di ricercare l'effettiva volontà dell'impresa partecipante alla gara, superando le eventuali ambiguità, a condizione di giungere ad esiti certi circa la portata dell'impegno negoziale assunto (cfr. Cons. Stato, V, n. 2082/2015; III, n. 5196/2014).

Ne consegue che tale ricerca può anche consistere nell'individuazione e nella rettifica di eventuali errori di scritturazione o di calcolo, a condizione, però, che alla rettifica si possa pervenire con ragionevole certezza e, comunque, senza attingere a fonti di conoscenza estranee all'offerta (cfr., Cons. Stato, III, n. 1487/2014 e n. 4592/2012; VI, n. 889/2013); dunque risulta legittimo il potere di rettifica di errori materiali o refusi, ma soltanto se circoscritto alle ipotesi in cui l'effettiva volontà negoziale sia stata comunque espressa nell'offerta e risulti palese che la dichiarazione discordante non è voluta, ma è frutto di un errore ostativo, da rettificare in applicazione dei principi civilistici contenuti negli artt. 1430-1433 del codice civile (cfr., nel solco di Cons. Stato, A.P., n. 9/2014, TAR Lazio Roma, II, n. 5060/2016; TAR Lombardia, IV, n. 1554/2016).

---

## **TAR VENETO, SEZ. I – sentenza 15 febbraio 2019 n. 198**

### ***Sulla differenza tra subappalto e contratto di cooperazione***

Le prestazioni oggetto di contratti continuativi di cooperazione, servizio e/o fornitura (ora espressamente così definite dall'art. 105, comma 3, lett. c-bis) del codice) sono rivolte a favore dell'operatore economico affidatario del contratto di appalto con il soggetto pubblico, e non, invece, direttamente a favore di quest'ultimo come avviene nel caso del subappalto (che, non a caso è definito dall'art. 105, comma 2, come "Il contratto con il quale l'appaltatore affida a terzi l'esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto"). Il principale elemento che differenzia il subappalto dal contratto di cooperazione è quindi la "direzione" delle prestazioni, rivolte alla Stazione appaltante oppure al soggetto affidatario dell'appalto.

### ***Sull'inapplicabilità del contratto di subappalto e del contratto di cooperazione per sopperire alla carenza dell'iscrizione all'Albo dei gestori ambientali***

Si deve escludere che il contratto di cooperazione – così come il subappalto – possa essere utilizzato per sopperire alla carenza dei requisiti soggettivi di partecipazione alla gara. Il subappalto e il contratto di cooperazione – seppur diversi – comportano entrambi l'affidamento a terzi di una prestazione oggetto del contratto di appalto.

### ***Sull'inapplicabilità dell'avvalimento per l'iscrizione all'Albo dei gestori ambientali***

Per sopperire alla carenza dei requisiti soggettivi di partecipazione alla gara il vigente ordinamento prevede il diverso istituto dell'avvalimento, che permette al concorrente di spendere, nei confronti della Stazione appaltante, il requisito posseduto da un soggetto terzo. Tuttavia, per il requisito dell'iscrizione all'Albo Nazionale Gestori Ambientali, la vigente normativa esclude espressamente anche la possibilità di ricorrere all'istituto dell'avvalimento. Recita infatti l'art. 89, comma 10 del D.Lgs. n. 50/2016 "L'avvalimento non è ammesso per soddisfare il requisito dell'iscrizione all'Albo nazionale dei gestori ambientali di cui all'art. 121 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152".

---

## **TAR CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. II – sentenza 18 febbraio 2019 n. 905**

### ***Sulla doverosità dell'esclusione delle offerte parziali***



L'offerta presentata in sede di gara deve essere conforme sin dal principio alle caratteristiche tecniche previste nel capitolato per i beni o i servizi da fornire, atteso che difformità, anche parziali, si risolvono in un "*aliud pro alio*", che giustifica l'esclusione dalla selezione; pertanto, ai fini dell'esclusione, non è necessaria un'espressa previsione in tal senso, essendo sufficiente il riscontro della difformità dell'offerta proposta rispetto alle specifiche tecniche richieste dalla *lex specialis*, le quali, in quanto tali, assumono valore di elementi essenziali dell'offerta ai fini del soddisfacimento delle particolari esigenze dell'amministrazione.

---

## CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 19 febbraio 2019 n. 1143

### *Sul contratto a corpo*

E' da ritenere nulla la clausola del disciplinare che disponga l'esclusione dell'operatore economico in ragione della discrepanza tra l'importo totale del computo metrico estimativo del progetto e il prezzo a corpo derivante dall'applicazione del ribasso percentuale offerto all'importo a base di gara; tale clausola infatti si pone in contrasto con la previsione dell'art. 118 d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 che, al secondo comma, prevede che: "Ai sensi dell'art. 53, comma 4, del codice, per le prestazioni a corpo, il prezzo convenuto non può essere modificato sulla base della verifica della quantità o della qualità della prestazione, per cui il computo metrico estimativo, posto a base di gara ai soli fini di agevolare lo studio dell'intervento, non ha valore negoziale". L'art. 118, comma 2, è applicabile a tutti i casi di contratto "a corpo", giusto il rinvio in apertura all'art. 53, comma 4, del codice dei contratti pubblici, il quale a sua volta ha quale ambito di applicazione proprio i contratti di appalto di lavori (anche se integrati) "stipulati a corpo".

---

## CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 18 febbraio 2019 n. 1099

### *Sul criterio del prezzo più basso per servizi con caratteristiche standardizzate*

1. E' **legittima** la *lex specialis* di una gara per l'affidamento del **servizio di riparazione, manutenzione e revisione dei automezzi** della P.A. che preveda, quale criterio di aggiudicazione, quello del **prezzo più basso** e non quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, atteso che, ai sensi dell'art. 95, commi 3 e 4, del d.lgs. n. 50 del 2016, il servizio in questione è riconducibile a servizi e forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato, per le quali l'art. 95, comma 4, cit. consente il ricorso al criterio del prezzo più basso: ciò in quanto, per un verso, le prestazioni oggetto di affidamento sono prive di carattere altamente specialistico, dall'altro esse non possono essere assimilate, tanto più a ragione del sempre più massiccio ricorso a sistemi informatici di diagnostica dei guasti, a servizi di natura tecnica e intellettuale, soggetti all'applicazione esclusiva del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'art. 95, comma 3, lett. b) del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

### *Sul costo del lavoro per la valutazione della congruità dell'offerta*

2. Nelle gare pubbliche i valori del costo del lavoro indicati nelle tabelle ministeriali costituiscono un semplice parametro di valutazione della congruità dell'offerta, con la conseguenza che l'eventuale scostamento delle voci di costo da detti valori non legittima di per sé un giudizio di anomalia dell'offerta. In applicazione di tali principi, deve ritenersi che in relazione all'esatta quantificazione del costo orario del personale, deve rilevarsi come nelle pubbliche gare un'offerta non può ritenersi anomala per il solo fatto che il costo del lavoro sia stato calcolato secondo valori inferiori a quelli risultanti dalle tabelle ministeriali o dai contratti collettivi, occorrendo invece che sussistano

discordanze considerevoli e ingiustificate rispetto a tali valori. In sostanza, i costi medi della manodopera, indicati nelle tabelle ministeriali, non assumono valore di parametro assoluto e inderogabile, ma svolgono una funzione indicativa, ben potendo l'impresa concorrente evidenziare una particolare organizzazione imprenditoriale idonea a dimostrare la sostenibilità degli scostamenti (e di eventuali costi inferiori) in relazione a valutazioni statistiche ed analisi aziendali.

---

**TAR LIGURIA, SEZ. II – sentenza 18 febbraio 2019 n. 129**

***Sul grave illecito professionale (sulla rilevanza della mancata indicazione della penale subita)***

E' illegittima l'ammissione in una gara di appalto di servizi (nella specie si trattava del servizio di mensa scolastica) di una ditta che ha omesso di dichiarare di essere stata destinataria, in precedenza, da parte di altra P.A., di un provvedimento – del quale non è provata la contestazione in giudizio – di applicazione ex artt. 297-298 D.P.R. n. 207/10 della penale massima prevista dal capitolato speciale per operazioni di preparazione e cottura di pasti non eseguite secondo il capitolato tecnico (trattavasi, in particolare, della preparazione in anticipo di un sugo di pomodoro); infatti, premesso il carattere meramente esemplificativo dell'elencazione delle fattispecie di grave illecito professionale contemplate dall'art. 80 comma 5, lett. c) del D. Lgs. n. 50 del 2016, deve ritenersi che tra queste rientri comunque l'applicazione di una penale nell'importo massimo previsto dal capitolato per l'inadempimento di una obbligazione contrattuale, in quanto – in astratto – indice di una (potenzialmente) significativa carenza nell'esecuzione del contratto.

---

**TAR LAZIO – ROMA, SEZ. II – sentenza 22 febbraio 2019 n. 2420**

***Sulla partecipazione del RUP alla Commissione (in caso di prezzo più basso)***

Poiché l'art. 77, comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016 dispone che: "I commissari non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta. La nomina del RUP a membro delle commissioni di gara è valutata con riferimento alla singola procedura", è evidente che non sussiste una generale incompatibilità tra le due figure di RUP e commissario, ma deve di volta in volta aversi riguardo alla singola gara; in particolare, nel caso di procedura negoziata, da aggiudicarsi con il criterio del minor prezzo, poiché la discrezionalità in capo alla Commissione non sussiste, non si ravvisano in concreto ragioni di incompatibilità.

---

**CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 22 febbraio 2019 n. 1222**

***Sulla suddivisione in lotti (derogabilità del principio e adeguata motivazione)***

1. Anche se è vero che l'art. 51 d.lgs. n. 50 del 2016 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. n. 163 del 2006, 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 articoli 99 e 139". Il principio

della suddivisione in lotti può dunque essere derogato, seppur attraverso una decisione che deve essere adeguatamente motivata.

2. Il principio della suddivisione in lotti di un appalto 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.

---

**TAR CALABRIA – CATANZARO, SEZ. I – sentenza 22 febbraio 2019 n. 388**

***Sulla sanabilità con il soccorso istruttorio di un documento scansionato (e non in originale)***

1. Nel caso in cui la sottoscrizione apposta in calce al contratto di avvalimento e alla domanda di partecipazione e ai relativi allegati sia in forma "scansionata" (quindi non in "originale"), tale circostanza non determina la nullità – o a fortiori l'inesistenza – del contratto, con conseguenti effetti espulsivi, venendo in rilievo una scrittura privata per la cui validità è necessaria e sufficiente la forma scritta e non essendo in discussione, inoltre, la concreta attribuzione della paternità del documento contrattuale all'impresa ausiliaria, che non ha mai formalizzato alcuna contestazione o disconoscimento al riguardo. Trattasi, al più, di mera irregolarità suscettibile di essere sanata mediante il ricorso al soccorso istruttorio posto che, nel caso di specie, non viene in rilievo un'ipotesi di difetto assoluto di sottoscrizione bensì, soltanto, una modalità di sottoscrizione che, tenuto anche conto dell'ulteriore documentazione prodotta e in possesso della stazione appaltante, risulta comunque idonea a consentire la riferibilità all'impresa ausiliante, sul piano soggettivo, dell'accordo di avvalimento stipulato.

***Sull'insussistenza della causa di esclusione in caso di misura cautelare (e non di condanna)***

2. Nessun automatismo espulsivo può riconnettersi all'applicazione di una misura cautelare emessa nei confronti del legale rappresentante della impresa ausiliante, trattandosi di vicenda penale che non assume rilevanza ai sensi dell'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016 e delle Linee Guida ANAC n. 6/2016. L'adozione di una misura cautelare, in particolare, non costituisce adeguato mezzo di prova della commissione di un grave illecito professionale, che comporterebbe l'esclusione dalla gara ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) d.lgs. n. 50 del 2016; la sua omessa dichiarazione, pertanto, non configura la causa di esclusione dell'operatore ai sensi della successiva lett. c-bis) dell'art. 80 (3), posto che le linee guida ANAC n. 6, con cui l'Autorità ha determinato quali mezzi di prova considerare adeguati per la dimostrazione, tra l'altro, delle circostanze di esclusione, prevedono che prova adeguata dell'illecito professionale sia costituita quanto meno da "provvedimenti di condanna non definitivi per i reati di cui agli artt. 353, 353-bis, 354, 355 e 356 c.p."

---

**TAR CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. VIII – sentenza 25 febbraio 2019 n. 1046**

***Sull'ammissibilità del soccorso istruttorio per le referenze bancarie***

Nelle gare di appalto le referenze bancarie, indipendentemente dal fatto che la loro allegazione sia, o meno, specificamente richiesta dalla *lex specialis*, non vengono ad integrare un elemento formale della domanda, bensì costituiscono soltanto documenti atti a comprovare la sussistenza dei requisiti sostanziali richiesti per la partecipazione (eventualmente dichiarati in sede di domanda), per cui la loro allegazione ben può essere richiesta in sede di "soccorso istruttorio"; conseguentemente, non può

costituire elemento pregiudizievole per il concorrente il rilascio di esse **in data successiva** a quella di scadenza dei termini di presentazione dell'offerta (in quanto destinate ad attestare un dato preesistente).

---

**TAR PIEMONTE, SEZ. II – sentenza 26 febbraio 2019 n. 228**

***Sull'ammissibilità della verifica facoltativa dell'anomalia e sul giudizio di anomalia***

1. L'art. 97, c. 6, ultimo periodo, del d.lgs. n. 50/2016, attribuisce alla stazione appaltante il potere di procedere alla valutazione di congruità di offerta, "in ogni caso", se "in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa". Alla stregua di tale norma, la scelta di sottoporre l'offerta a verifica facoltativa di anomalia è rimessa ad una valutazione ampiamente discrezionale della stazione appaltante, che non richiede un'espressa motivazione e che risulta sindacabile soltanto in caso di macroscopica irragionevolezza o illogicità.

2. La verifica di congruità dell'offerta può essere effettuata anche al di fuori delle ipotesi in cui essa sia obbligatoria, quindi, anche ove l'offerta non presenti un ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia, determinata mediante l'utilizzo di uno dei metodi previsto dall'art. 97, comma 2, e a prescindere da sollecitazioni di altri concorrenti.

3. Il giudizio circa l'anomalia dell'offerta è tipica espressione di discrezionalità tecnica, sindacabile dal giudice amministrativo solo in caso di macroscopica illogicità o di erroneità fattuale.

---

**CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 27 febbraio 2019 n. 1367**

***Sul grave illecito professionale***

In materia di esclusione per gravi illeciti professionali ex art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016, il legislatore ha voluto riconoscere alla stazione appaltante un ampio margine di apprezzamento circa la sussistenza del requisito dell'affidabilità dell'appaltatore; ne consegue che il sindacato che il G.A. è chiamato a compiere sulle motivazioni di tale apprezzamento deve essere mantenuto sul piano della "non pretestuosità" della valutazione degli elementi di fatto compiuta e non può pervenire ad evidenziare una mera "non condivisibilità" della valutazione stessa.

L'elencazione dei gravi illeciti professionali rilevanti contenuta nella lett. c), comma 5, dell'art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016, è meramente esemplificativa, per come è fatto palese sia dalla possibilità della stazione appaltante di fornirne la dimostrazione "con mezzi adeguati", sia dall'incipit del secondo inciso ("Tra questi (id est, gravi illeciti professionali) rientrano: [...]") che precede l'elencazione.

***Sul self cleaning e sull'insufficienza della mera sostituzione dell'amministratore***

Sono da ritenere insufficienti le misure di self-cleaning che la società afferma di aver posto in essere, nel caso in cui, al momento dell'adozione dei provvedimenti di revoca dell'aggiudicazione e di esclusione dell'appellante dalla gara, l'unica modifica intervenuta concerneva il mutamento dell'amministratore della società, che peraltro era stato sostituito dal coniuge del medesimo, senza che fosse mutata, dunque, la porzione maggioritaria delle quote societarie che il medesimo deteneva, circostanza che gli garantiva comunque una posizione di rilevante influenza, in considerazione del fatto che la società era composta da soli due soci.

---

**CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 27 febbraio 2019 n. 1387**

***Sulle funzioni di presidente della Commissione svolte dal R.U.P.***

Nella fattispecie nella quale il R.U.P. non ha anche predisposto gli atti di gara, redatti da altra unità organizzativa dell'Amministrazione, e peraltro riproduttivi della *lex specialis* delle precedenti procedure per l'affidamento del medesimo servizio, si ritiene possibile che il RUP sia anche presidente della Commissione di gara.

La norma contenuta nell'art. 77, comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016 può infatti essere interpretata, come ha fatto il primo giudice, nel senso che l'eventuale incompatibilità debba essere comprovata, sul piano concreto e di volta in volta, sotto il profilo dell'interferenza sulle rispettive funzioni assegnate al R.U.P. ed alla Commissione.

Sarebbe stato onere della ricorrente fornire precisi elementi di prova sull'esistenza di possibili e concreti condizionamenti, del componente in questione, in relazione all'attività di RUP»; al contrario, nessuna contestazione è stata svolta, se non marginalmente, e comunque tardivamente, con la memoria depositata in data 5 luglio 2018, ai punteggi attribuiti dalla Commissione alle offerte tecniche, in base al coefficiente ponderale previsto per ciascun criterio.

Del resto, il fondamento ultimo di razionalità della disposizione dell'art. 77, comma 4, è quello per cui chi ha redatto la *lex specialis* non può essere componente della Commissione, costituendo il principio della separazione tra chi predisponga il regolamento di gara e chi è chiamato a concretamente applicarlo una regola generale posta a tutela della trasparenza della procedura, e dunque a garanzia del diritto delle parti ad una decisione adottata da un organo terzo ed imparziale mediante valutazioni il più possibile oggettive, e cioè non influenzate dalle scelte che l'hanno preceduta. Il che conferma l'assunto secondo cui il ruolo di R.U.P. con le funzioni di presidente o componente della Commissione è precluso allorchè sussista la **concreta dimostrazione che i due ruoli siano incompatibili**, per motivi di interferenza e di condizionamento tra gli stessi (Cons. Stato, III, 26 ottobre 2018, n. 6082).

---

**CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI – sentenza 28 febbraio 2019 n. 1409**

***Sulla scelta del contratto da applicare in sede di esecuzione del contratto***

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

2. E' illegittimo il provvedimento con il quale la Stazione appaltante ha escluso dalla gara una impresa sotto il profilo che il costo della manodopera indicato in offerta non rispettava i minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle formulate dal Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali ai sensi dell'art. 23, comma 16, del d.lgs. n. 50 del 2016, ove risulti che l'impresa interessata, rispondendo ai chiarimenti, abbia affermato di essere un'impresa artigiana e di aver applicato il Contratto Nazionale Lavoratori Edili Artigiani / Edilizia Civile Industriale.

---

**TAR CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. II – sentenza 1° marzo 2019 n. 1153**

### ***Sulla partecipazione a gara delle cooperative sociali***

È illegittimo il provvedimento di esclusione da una gara per l'affidamento di un servizio pubblico (nella specie si trattava della concessione della gestione del servizio di sosta a pagamento senza custodia dei veicoli e i servizi/attività complementari, sulle aree pubbliche del territorio comunale) per la asserita incompatibilità della società esclusa – per la sua qualità soggettiva di cooperativa sociale di cui alla lett. a) dell'art. 1 co. 1 della l. 8 novembre 1991 n. 381 – e il servizio messo a gara di natura “commerciale”. In tal caso l'illegittimità dell'esclusione della cooperativa sociale deriva dalla violazione dell'art. 45 del D.lgs. n. 50/2016 che, nella individuazione degli operatori economici “ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici” fornisce un elenco non esaustivo comunque comprensivo delle “società anche cooperative” (così risolvendo positivamente anche la questione sorta nella vigenza dell'art. 34 del D.Lgs. n. 163/2006, che invece limitava la partecipazione solo alle “società commerciali”) e che, anche a prescindere da tale specifica indicazione, si incentra in ogni caso sul principio della “neutralità” della forma giuridica rivestita dai soggetti partecipanti, a sua volta corollario del principio della più ampia partecipazione possibile alle procedure di affidamento dei contratti pubblici.

---

**TAR LAZIO – ROMA, SEZ. I – sentenza 4 marzo 2019 n. 2771**

### ***Sul grave illecito professionale e sull'obbligo di una puntuale motivazione per l'esclusione***

1. La lettera dell'art. 80, c. 5, lett. c), del D.Lgs. n. 50/2016 non contempla un numero chiuso di illeciti professionali, ma disegna una fattispecie aperta contenente una elencazione avente chiara natura esemplificativa e non tassativa, rimettendo alle stazioni appaltanti la possibilità di individuare altre ipotesi, non espressamente contemplate dalla norma primaria o dalle linee guida Anac, che siano oggettivamente riconducibili alla fattispecie astratta del grave illecito professionale. Ciò è inequivocabilmente confermato dall'utilizzo dell'espressione “tra questi rientrano” e dalla correlazione dell'effetto escludente ad una particolare sintomaticità dei fatti (tali da rendere dubbia l'[..]integrità o affidabilità” dell'operato economico), piuttosto che alla loro riconducibilità ad un concetto giuridico definito”.

2. Sussiste l'obbligo di attivare il contraddittorio procedimentale nella fase di adozione del provvedimento di esclusione e di valutazione delle misure di self cleaning; tale obbligo tuttavia presuppone il rispetto del principio di lealtà nei confronti della stazione appaltante, e quindi in caso di dichiarazioni mendaci o reticenti, l'Amministrazione aggiudicatrice può prescindervi, disponendo l'immediata esclusione della concorrente.

3. È illegittimo il provvedimento con il quale una ditta è stata esclusa dalla gara – ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), del D.Lgs. n. 50/2016 – per la mera pendenza di un procedimento penale (nella specie per corruzione) a carico dell'ex amministratore unico e legale rappresentante della società regolarmente dichiarato in sede di gara. Infatti, in tal caso, l'Amministrazione era tenuta a fornire una motivazione particolarmente rigorosa al provvedimento adottato, in modo da provare “con mezzi adeguati”, come espressamente richiesto dall'art. 80 cit., il valore sintomatico del fatto dichiarato ai fini espulsivi; inoltre, a fronte della completezza delle informazioni rese dal partecipante, che non risultano di tenore reticente o comunque omissivo, l'Amministrazione appaltante avrebbe dovuto attivare il contraddittorio procedimentale, tanto in relazione alla valutazione sulla sussistenza di un presupposto idoneo a concretizzare una ipotesi di grave negligenza professionale quanto alla eventuale inefficacia delle misure di self cleaning dichiarate.

**TAR CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. VII – sentenza 4 marzo 2019 n. 1195**

***Sulla necessità di una specificazione dell’oggetto in caso di avvalimento operativo***

1. Nel caso di avvalimento c.d. “tecnico od operativo”, avente a oggetto requisiti diversi rispetto a quelli di capacità economico-finanziaria, sussiste sempre l’esigenza di una messa a disposizione in modo specifico di risorse determinate: **onde è imposto alle parti di indicare con precisione i mezzi aziendali messi a disposizione** dell’ausiliata per eseguire l’appalto.

2. Nel caso di carente indicazione nel contratto di avvalimento tecnico od operativo, a seconda dei casi, dei mezzi, personale, prassi e di tutti gli altri elementi aziendali qualificanti, in relazione all’oggetto dell’appalto, deve escludersi la possibilità di ricorrere al soccorso istruttorio, il quale è previsto solo per la regolarizzazione della documentazione prodotta, ma non anche per colmare il mancato possesso, nel termine stabilito per la presentazione dell’offerta, di uno dei requisiti, a pena della violazione della *par condicio*.

---

**CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 4 marzo 2019 n. 1491**

***Sulla sindacabilità della suddivisione in lotti dell’appalto***

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

2. Le norme di recepimento del diritto comunitario in materia di suddivisione dei lotti devono essere interpretate alla luce del principio di cui al Considerando 79, della Direttiva 2014/24/UE, secondo cui le Amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero limitare il numero dei lotti che possono essere aggiudicati a uno stesso offerente “...allo scopo di salvaguardare la concorrenza”. La tendenziale preferenza dell’ordinamento per una ragionevole divisione in lotti è fondata non solo sulla notoria esigenza di favorire la partecipazione delle piccole e medie imprese ex art. 51 del d.lgs. n. 50/2016 (ed in precedenza l’art. 2, comma 1 *bis*, dell’abrogato d.lgs. n. 163/2006), ma anche, e soprattutto, nella esigenza di assicurare realmente la libera concorrenza e la massima partecipazione non solo al momento dell’effettuazione della gara, ma anche in relazione a tutto il periodo successivo di svolgimento del rapporto.

E’ illegittima la suddivisione in lotti operata dalla P.A. visto che i sei lotti della gara (per complessivi € 303.510.618,83) erano caratterizzati da un notevole valore economico (ad es 31 milioni per il Lotto 3; € 54 milioni per il Lotto 1, fino ai € 66 milioni per il Lotto 6) ed erano strutturati su una notevole estensione territoriale con l’accorpamento di più Aziende sanitarie e presidi ospedalieri differenti.

---

**CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI – sentenza 4 marzo 2019 n. 1495**

***Sulla necessità dell’autorizzazione espressa per le clausole arbitrali dei contratti ante l. 190/2012***

In base a quanto previsto dall’art. 1, commi 19 e 25, della L. 6 novembre 2012, n. 190, deve ritenersi che – in relazione ai contratti contenenti clausole compromissorie stipulati antecedentemente

all'entrata in vigore della stessa L. n. 190/2012 – il deferimento delle controversie ad arbitri sia consentito solo in presenza di una preventiva autorizzazione amministrativa che assicuri la ponderata valutazione degli interessi coinvolti e delle circostanze del caso concreto. Invero, solo una preventiva autorizzazione espressa, attraverso la sua motivazione, è in grado di assicurare – a differenza dell'assenso tacito – che la scelta dell'amministrazione costituisca il coerente risultato della citata valutazione. La stessa disposizione che impone all'amministrazione, per finalità di pubblicità e trasparenza, di esternare la ragioni che l'hanno indotta ad avvalersi dell'arbitrato, porta ad escludere che un comportamento concludente possa essere equiparato all'autorizzazione espressa.

---

#### **CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 5 marzo 2019 n. 1524**

##### ***Sul principio di rotazione (sulla necessità di motivare l'invito anche per l'uscente di gara aperta)***

Il principio di rotazione che per espressa previsione normativa deve orientare le stazioni appaltanti nella fase di consultazione degli operatori economici da invitare a presentare le offerte trova fondamento nell'esigenza di evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente (la cui posizione di vantaggio deriva dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento e non invece – come ipotizzato dall'appellante – dalle modalità di affidamento, di tipo “aperto”, “ristretto” o “negoziato”), soprattutto nei mercati in cui il numero di operatori economici attivi non è elevato.

Pertanto, anche al fine di dissuadere le pratiche di affidamenti senza gara – tanto più ove ripetuti nel tempo – che ostacolano l'ingresso delle piccole e medie imprese e di favorire, per contro, la distribuzione temporale delle opportunità di aggiudicazione tra tutti gli operatori potenzialmente idonei, il principio in questione comporta, in linea generale, che ove la procedura prescelta per il nuovo affidamento sia di tipo ristretto o “chiuso” (*recte*, negoziato), l'invito all'affidatario uscente riveste carattere eccezionale.

Rileva quindi il **fatto oggettivo del precedente affidamento** in favore di un determinato operatore economico, **non anche la circostanza che questo fosse scaturito da una procedura di tipo aperto o di altra natura**. Per l'effetto, ove la stazione appaltante intenda comunque procedere all'invito del precedente affidatario, dovrà puntualmente motivare tale decisione, facendo in particolare riferimento al numero (eventualmente) ridotto di operatori presenti sul mercato, al grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale ovvero al peculiare oggetto ed alle caratteristiche del mercato di riferimento (in tal senso, si veda anche la delibera 26 ottobre 2016, n. 1097 dell'Autorità nazionale anticorruzione, linee-guida n. 4).

In particolare, per effetto del principio di rotazione l'impresa che in precedenza ha svolto un determinato servizio non ha più alcuna possibilità di vantare una legittima pretesa ad essere invitata ad una nuova procedura di gara per l'affidamento di un contratto pubblico di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, né di risultare aggiudicataria del relativo affidamento (*ex multis*, Cons. Stato, V, 13 dicembre 20017, n. 5854; V, 31 agosto 2017, n. 4142).

---

#### **TAR CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. I – sentenza 5 marzo 2019 n. 1223**

##### ***Sulla qualificata urgenza per la procedura negoziata senza bando***



1. L'art. 63, 1° comma, del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, il quale prevede e disciplina le condizioni per le quali le amministrazioni aggiudicatrici possono aggiudicare appalti pubblici mediante una procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, attesa la sua portata acceleratoria e compressiva del principio di concorrenza, deve essere inteso come disciplina di stretta interpretazione.

2. Non sussiste una situazione di urgenza derivante da eventi imprevedibili per P.A., tale da determinare l'inesistenza di un'alternativa rispetto all'affidamento mediante procedura negoziata, ove non si dimostri che non sussisteva una assoluta impossibilità di rispettare i termini per le procedure aperte o per le procedure ristrette o per le procedure competitive con negoziazione.

---

**TAR LOMBARDIA – BRESCIA, SEZ. I – sentenza 05 marzo 2019 n. 215**

***Sulla rilevanza dell'illecito professionale (decadenza dall'aggiudicazione) anche se non iscritto nel casellario ANAC***

Affinché l'illecito professionale rilevi come motivo diretto di esclusione (lett. c/c-ter) o come motivo indiretto per falsità della dichiarazione (lett. f-bis) non è necessario che si sia formato un giudicato, come si poteva invece ritenere in base alla previgente versione dell'art. 80 comma 5-c del Dlgs. 50/2016. Pertanto, fino al giudicato (e in mancanza di sentenze esecutive favorevoli al concorrente) la valutazione del comportamento tenuto in appalti o concessioni precedenti spetta soltanto alla stazione appaltante, la quale deve essere lealmente informata di ogni episodio astrattamente rilevante il fatto che la decadenza dall'aggiudicazione non sia stata ancora iscritta nel Casellario Informatico dell'ANAC ai sensi dell'art. 213, comma 10, del Dlgs. 50/2016 non comporta né l'irrilevanza né l'inutilizzabilità dell'informazione. La pubblicità del Casellario Informatico non è costitutiva, e non è neppure vincolante per quanto riguarda le modalità con cui il fatto viene descritto. Se un grave illecito professionale, o comunque un episodio della vita professionale, viene inserito nel Casellario Informatico, le stazioni appaltanti non possono ignorarlo, ma sono autonome nel valutarne la rilevanza nelle gare di loro competenza. In mancanza di iscrizione, le stazioni appaltanti possono procurarsi con altri mezzi le informazioni sulla vita professionale dei concorrenti, o effettuare approfondimenti su segnalazioni provenienti da terzi. L'interesse pubblico alla trasparenza delle gare e all'espulsione dal mercato degli imprenditori inaffidabili consente che a un controllo centralizzato presso l'ANAC si affianchi un controllo decentrato presso le singole stazioni appaltanti.

---

**TAR EMILIA ROMAGNA – PARMA, SEZ. I – sentenza 6 marzo 2019 n. 58**

***Sul diritto di prelazione in caso di finanza di progetto***

Nel caso della prelazione prevista dall'art. 183, comma 15 del d.lgs. n. 50 del 2016, il procedimento nasce da una proposta di un operatore economico privato rivolta ad un'amministrazione aggiudicatrice e tesa alla realizzazione in concessione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità. L'amministrazione aggiudicatrice, se ritiene di porre la proposta – con il relativo progetto di fattibilità – a base di un bando di gara, espleta la relativa procedura ad evidenza pubblica e aggiudica la concessione al soggetto classificatosi primo in graduatoria.

Se il promotore non risulta aggiudicatario, può esercitare, entro quindici giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione, il diritto di prelazione e divenire aggiudicatario, qualora dichiararsi di impegnarsi ad adempiere alle obbligazioni contrattuali alle medesime condizioni offerte dall'aggiudicatario. Se il promotore non risulta aggiudicatario e non esercita la prelazione, ha diritto al pagamento, a carico dell'aggiudicatario, dell'importo delle spese per la predisposizione della proposta nei limiti di legge. Se

invece il promotore esercita la prelazione, l'originario aggiudicatario ha diritto al pagamento, a carico del promotore, dell'importo delle spese per la predisposizione dell'offerta, nei limiti di cui al comma 9 dell'art. 183.

Dalla sintetica ma necessaria ricostruzione del sistema vigente, emerge dunque che il diritto di prelazione attribuito dal codice dei contratti pubblici al promotore ha delle connotazioni decisamente peculiari rispetto agli altri casi di prelazione legale, connotazioni non compatibili automaticamente con la disciplina generale evincibile in materia.

Innanzitutto, si tratta di un diritto di prelazione che ha come oggetto una posizione di primato nell'ambito di una graduatoria di cui fanno previamente parte sia prelazionario che terzo, e non il subentro automatico in un diritto che il concedente ha intenzione di trasferire ad un terzo estraneo all'obbligo legale, o che addirittura, come nel caso della prelazione artistica, è già stato alienato.

In secondo luogo, l'istituto della *denuntiatio* è sostituito *de plano* dalla ordinaria comunicazione dell'aggiudicazione della gara e l'unica formalità prevista a carico del prelazionario è la dichiarazione, entro il termine di quindici giorni dalla suddetta comunicazione, di impegnarsi ad adempiere alle obbligazioni contrattuali alle medesime condizioni offerte dall'aggiudicatario, mentre il pagamento, a carico del promotore, dell'importo delle spese sostenute dal terzo per la predisposizione dell'offerta è previsto dalla legge come obbligazione da adempiere successivamente all'esercizio del diritto di prelazione, senza la previsione di alcun termine di decadenza.

Da un lato, l'esercizio del diritto di prelazione nelle forme previste dal comma 15 dell'art. 183 del d.lgs. n. 50 del 2016 fa nascere in capo all'amministrazione aggiudicatrice il mero obbligo di aggiudicare la gara al promotore, senza dunque generare alcun subentro automatico in un diritto da disporre o già acquisito da un terzo; dall'altro, il previo espletamento di una gara pubblica - in cui, tra l'altro, il diritto di prelazione legale del promotore è stato ribadito dal bando -, e la conclusione di tale gara con l'aggiudicazione provvisoria al terzo, in qualità di concorrente vincitore, esclude che la notificazione a costui del successivo esercizio del diritto di prelazione debba costituire un presupposto necessario per il perfezionamento di tale diritto.

---

## **TAR VENETO, SEZ. I – sentenza 7 marzo 2019 n. 302**

### ***Sull'omessa indicazione dei costi della manodopera***

L'art. 95, comma 10, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (secondo cui "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"), va interpretato nel senso che, nell'ipotesi in cui la *lex specialis* non preveda a pena di esclusione l'indicazione dei detti costi ed oneri, la Stazione appaltante non può disporre automaticamente l'esclusione di una ditta nel caso di mancata indicazione, ove la ditta stessa dimostri, almeno in sede di giustificazioni, che sostanzialmente la sua offerta comprende i costi della manodopera, consentendo la stazione appaltante all'impresa di specificare la consistenza di tali costi già inclusi (ma non distinti) nel prezzo complessivo dell'offerta, senza ovviamente manipolare o modificare in corso di gara l'offerta stessa, e ciò anche in considerazione della previsione racchiusa nell'art. 56, par. 3, della Direttiva 2014/24/UE che consente alle stazioni appaltanti di chiedere chiarimenti sulle informazioni già presenti nella documentazione presentata dai concorrenti, informazioni che a pieno titolo rientrerebbero tra le giustificazioni di cui all'art. 69, par. 2, lett. d), della stessa Direttiva.

***Sul concetto di servizi analoghi***

1. Nelle gare pubbliche, laddove il bando di gara richieda quale requisito il pregresso svolgimento di «servizi analoghi», tale nozione non può essere assimilata a quella di «servizi identici», dovendosi conseguentemente ritenere, in chiave di *favor participationis*, che un servizio possa considerarsi analogo a quello posto a gara se rientrando nel medesimo settore imprenditoriale o professionale cui afferisce l'appalto in contestazione, cosicché possa ritenersi che grazie ad esso il concorrente abbia maturato la capacità di svolgere quest'ultimo.

2. Nel caso in cui la *lex specialis* di gara richieda di dimostrare il pregresso svolgimento di servizi simili, non è consentito alla stazione appaltante di escludere i concorrenti che non abbiano svolto tutte le attività rientranti nell'oggetto dell'appalto, né le è consentito di assimilare impropriamente il concetto di servizi analoghi con quello di servizi identici, considerato che la ratio di siffatte clausole è proprio quella di perseguire un opportuno temperamento tra l'esigenza di selezionare un imprenditore qualificato ed il principio della massima partecipazione alle gare pubbliche.

3. Anche nel caso in cui un singolo servizio (o fornitura) non possa considerarsi pienamente “analogo” a quello oggetto di gara, la valutazione che dovrà compiere la stazione appaltante non potrà che essere di tipo complessivo e ciò in quanto la sommatoria di tutti i servizi o forniture dichiarate può ragionevolmente essere considerata quale indice di idoneità tecnica alla corretta esecuzione dell'appalto.

***Sul rapporto tra i criteri di selezione delle offerte e sui servizi ripetitivi***

4. Mentre l'art. 83 del vecchio D.lgs. n. 163/2006 poneva su una posizione di parità i criteri dell'offerta economicamente più vantaggiosa e del massimo ribasso, spettando unicamente all'Amministrazione nella sua discrezionalità optare per l'uno o per l'altro, l'art. 95 del D.Lgs. n. 50/2016 ha introdotto una preferenza per il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa; infatti il criterio del prezzo più basso può essere utilizzato esclusivamente in alcuni casi individuati ex ante dal Legislatore: a) per i lavori di importo pari o inferiore a 1.000.000 euro; b) per i servizi e forniture con caratteristiche standardizzate; c) per i servizi e le forniture di importo inferiore alla soglia di rilevanza comunitaria, caratterizzati da elevata ripetitività (fatta eccezione per quelli ad elevato contenuto tecnologico o che presentano carattere innovativo).

5. Per servizi e forniture “con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato” devono intendersi quei servizi o forniture che, anche con riferimento alla prassi produttiva sviluppatasi nel mercato di riferimento, non sono modificabili su richiesta della stazione appaltante oppure che rispondono a determinate norme nazionali, europee o internazionali. I servizi e le forniture “caratterizzati da elevata ripetitività” invece soddisfano esigenze generiche e ricorrenti, connesse alla normale operatività delle stazioni appaltanti, richiedendo approvvigionamenti frequenti al fine di assicurare la continuità della prestazione.

6. La “ratio” dell'art. 95 del D.Lgs. n. 50/2016, che prevede una preferenza per il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, è quello di evitare alle stazioni appaltanti (e agli operatori economici) gli oneri, in termini di tempi e costi, di un confronto concorrenziale basato sul miglior rapporto qualità e prezzo, quando i benefici derivanti da tale confronto sono nulli o ridotti (in relazione all'importo del contratto). Per esempio questo si verifica **quando la P.A. ha una lunga esperienza nell'acquisto di servizi o forniture a causa della ripetitività degli stessi.**

**TAR CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. I – sentenza 11 marzo 2019 n. 1382**

***Sulla competenza a svolgere la verifica dell'anomalia***

In tema di verifica delle offerte anomale nelle gare di appalto, anche se la disciplina attuale (art. 97 del D.Lgs. n. 50/2016), dispone genericamente che le operazioni di verifica spettano alla “stazione appaltante”, senza ulteriori specificazioni, deve ritenersi che sia il R.U.P. il titolare delle scelte, e se del caso delle valutazioni, in ordine alle offerte sospette di anomalia, che in tale fase interviene ad esercitare la propria funzione di verifica e supervisione sull’operato della commissione (1).

L’art. 31 del vigente Codice dei contratti pubblici, oltre a indicare alcuni specifici compiti del R.U.P., delinea la sua competenza in termini residuali precisando che “quest’ultimo, svolge tutti i compiti relativi alle procedure di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione previste dal presente codice, che non siano specificatamente attribuiti ad altri organi o soggetti”.

Tra i compiti espressamente attribuiti alla commissione giudicatrice di cui all’art. 77 non figura la verifica dell’anomalia dell’offerta, ragione per cui deve ritenersi che, anche nel novellato quadro normativo, tale attività rientri nella competenza del R.U.P..

---

**TAR LAZIO – ROMA, SEZ. I BIS – sentenza 11 marzo 2019 n. 3168**

***Sulla differenza tra avvalimento operativo e avviamento di garanzia***

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

2. Nel caso di avvalimento di garanzia (in cui l’impresa ausiliaria si limita a “mettere a disposizione” il suo valore aggiunto in termini di solidità finanziaria e di acclarata esperienza di settore), non è, in via di principio, necessario che la dichiarazione negoziale costitutiva dell’impegno contrattuale si riferisca a specifici beni patrimoniali o ad indici materiali atti ad esprimere una certa e determinata consistenza patrimoniale e, dunque, alla messa a disposizione di beni da descrivere ed individuare con precisione, ma è sufficiente che dalla ridetta dichiarazione emerga l’impegno contrattuale a prestare ed a mettere a disposizione dell’ausiliata la complessiva solidità finanziaria ed il patrimonio esperienziale, così garantendo una determinata affidabilità e un concreto supplemento di responsabilità. Tali elementi minimi risultano soddisfatti dal contratto di avvalimento qualora venga indicato il fatturato messo a disposizione ed è prevista la responsabilità solidale con l’ausiliata nei confronti della stazione appaltante, non potendosi in questo caso configurarsi un prestito di un valore puramente cartolare ed astratto, tale da soddisfare su di un piano meramente formale il requisito di partecipazione.

---

**TAR LOMBARDIA – MILANO, SEZ. IV – sentenza 12 marzo 2019 n. 521**

### ***Sul principio di rotazione***

1. Il principio di rotazione, fissato dall'articolo 36 del D.Lgs. n. 50/2016 per gli appalti sotto soglia mira a evitare il crearsi di posizioni di rendita anticoncorrenziali e a consentire, per contro, l'apertura del mercato agli operatori più ampia possibile.

2. E' illegittimo – per violazione del principio di rotazione – l'invito del gestore uscente a partecipare alla gara nonché tutti gli atti consequenziali, ove la Stazione appaltante non abbia indicato, con apposita motivazione, le ragioni che l'avrebbero indotto a derogare al principio invitando anche il gestore uscente. **Non** è stata ritenuta rilevante la circostanza che alla gara erano stati **inviati oltre mille operatori economici**, con la conseguenza che, in realtà, si sarebbe trattata di una procedura aperta, considerato che gli operatori economici invitati in larga appartenevano a settori merceologici non compatibili e risultano non idonei a rendere la prestazione oggetto dell'appalto (tra cui, esemplificativamente, architetti e ingegneri, carrozzerie e autofficine, geometri e studi tecnici, imprese di catering e fiorerie), tanto è varo che a presentare offerta erano stati solamente **quattro concorrenti**.

---

### **TAR CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. VIII – sentenza 14 marzo 2019 n. 1431**

#### ***Sulla natura giuridica dell'avviso pubblico di manifestazione d'interesse***

L'avviso pubblico di manifestazione d'interesse ha natura di atto **prodromico** alla successiva procedura negoziata, da indire ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. b), del d. lgs. n. 50/2016; infatti, nell'avviso per l'acquisizione della disponibilità delle ditte a svolgere un servizio non vi è ancora alcuna selezione tra i partecipanti e l'interesse perseguito è solo di tipo esplorativo, volto ad acquisire informazioni sulle ditte presenti sul mercato, potenzialmente in grado di fornire il servizio richiesto e disponibili a partecipare a una futura procedura di affidamento. Pertanto **la fase esplorativa e la fase di vera e propria competizione – o di gara ancorché con procedura negoziata – devono essere tenute nettamente distinte, con la conseguenza che rileva il possesso dei requisiti alla data della successiva procedura selettiva.**

---

### **CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 15 marzo 2019 n. 1710**

#### **Sulla decorrenza del termine di impugnazione, dalla comunicazione della determina di aggiudica anche se non ancora efficace**

Il Codice ha del tutto eliminato la tradizionale categoria della “aggiudicazione provvisoria”, ma distingue solo tra: la “proposta di aggiudicazione” (che è quella adottata dal seggio di gara, ai sensi dell'art. 32, co.5, e che ai sensi dell'art. 120, co. 2-bis ultimo periodo del codice del processo amministrativo non costituisce provvedimento impugnabile) e la “aggiudicazione” tout court che è il provvedimento conclusivo di aggiudicazione e che diventa efficace dopo la verifica del possesso dei requisiti di cui all'art. 33, co. 1 del cit. d.lgs. n. 50 della predetta proposta da parte della PA.

In tale sistematica, la verifica dei requisiti di partecipazione è dunque una mera condizione di efficacia dell'aggiudicazione e non di validità in quanto attiene sotto il profilo procedimentale alla “fase integrativa dell'efficacia” di un provvedimento esistente ed immediatamente lesivo, la cui efficacia è sottoposta alla condizione della verifica della proposta di aggiudicazione di cui al cit. art. 33 circa il corretto espletamento delle operazioni di gara e la congruità tecnica ed economica della relativa offerta.

Il termine per l'impugnazione dell'aggiudicazione da parte dei concorrenti non aggiudicatari, pertanto, inizia a decorrere dal momento in cui essi hanno ricevuto la comunicazione di cui all'art.76, co. 5, lett. a), d.lgs. n.50/2016, e non dal momento, eventualmente successivo, in cui la Stazione Appaltante abbia concluso con esito positivo la verifica del possesso dei requisiti di gara in capo all'aggiudicatario.

L'aggiudicazione come sopra definita, ancorché non ancora efficace, produce nei confronti degli altri partecipanti non aggiudicatari della gara un effetto immediato, consistente nella privazione definitiva, salvo interventi in autotutela della Stazione Appaltante o altre vicende comunque non prevedibili né controllabili, del "bene della vita" rappresentato dall'aggiudicazione della gara.

---

**CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 18 marzo 2019 n. 1753**

**Sulla regolarità fiscale (sulla necessità dell'atto di ammissione alla rateizzazione)**

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

---

**TAR LAZIO – ROMA, SEZ. I BIS – sentenza 18 marzo 2019 n. 3605**

**Sulla doverosità dell'esclusione in caso di omessa indicazione dei costi della manodopera**

Nelle gare di appalto, la mancata puntuale indicazione in sede di offerta dei costi della manodopera comporta necessariamente l'esclusione della concorrente senza possibilità di soccorso istruttorio.

---

**TAR CAMPANIA – SALERNO, SEZ. II – sentenza 18 marzo 2019 n. 406**

**Sulla necessità della motivazione per nominare un esperto esterno**

E' illegittima, per difetto di motivazione, la nomina, disposta da un Ente locale a seguito di avviso pubblico, di un componente esperto in "Legislazione Beni Culturali", ove la designazione del componente, quale esperto nella prefata materia, sia stata compiuta, dalla Commissione Straordinaria, con i poteri del Consiglio comunale, senza l'esplicitazione della benché minima giustificazione, circa la idoneità del soggetto nominato a ricoprire l'incarico in questione, nonché senza alcuna valutazione delle sue specifiche competenze, ovvero delle professionalità acquisite, quali ricavabili dal curriculum presentato, e, ancora, senza l'espressione d'alcun giudizio, di tipo analitico – comparativo, rispetto ai curricula ed alle specifiche competenze e professionalità degli altri professionisti; non può, infatti, essere revocato in dubbio, che in relazione a tale nomina, sussiste la necessità di una penetrante motivazione, trattandosi di nominare gli esperti di una commissione che s'inserisce, sia pur con criteri d'elevata professionalità e competenza, nell'ambito dell'esercizio delle ordinarie funzioni amministrative, attribuite all'Ente locale, nello specifico settore della tutela del paesaggio.

---

**CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 20 marzo 2019 n. 1846**

**Sui gravi illeciti professionali**

In tema di gare di appalto, non è indispensabile che i gravi illeciti professionali che devono essere posti a supporto della sanzione espulsiva del concorrente dalla gara ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016 siano accertati con sentenza, anche se non definitiva, ma è sufficiente che gli stessi siano ricavabili da altri gravi indizi, atteso che l'elencazione dei gravi illeciti professionali rilevanti contenuta nella disposizione normativa succitata è meramente esemplificativa e la stazione appaltante ha la possibilità di fornirne la dimostrazione con mezzi adeguati. L'elencazione contenuta in detta norma, del resto, è meramente esemplificativa, per come è fatto palese sia dalla possibilità della stazione appaltante di fornirne la dimostrazione "con mezzi adeguati", sia dall'incipit del secondo inciso – nella versione in vigore al momento di adozione del provvedimento impugnato ("Tra questi [id est, gravi illeciti professionali – ndr] rientrano: [...]") – che precede l'elencazione.

---

**TAR VENETO, SEZ. II – sentenza 20 marzo 2019 n. 344**

**Sul principio di rotazione**

E' legittima la previsione relativa ad una procedura negoziata senza pubblicazione del bando, in forza della quale la P.A. appaltante ha stabilito che "in ossequio ai principi di concorrenza e rotazione, come sostenuto dalle Linee Guida ANAC n. 4, non dovrà essere invitato l'operatore uscente", a nulla rilevando che il precedente affidamento sia stato disposto a seguito all'espletamento di una gara e che sul mercato non vi sarebbe un numero di operatori sufficiente a garantire la concorrenza; infatti, il principio di rotazione, nell'accezione accolta sia dalle Linee Guida ANAC, sia dalla giurisprudenza allo stato maggioritaria, sebbene non inderogabile, costituisce la regola negli affidamenti a trattativa privata, volta ad evitare il consolidarsi di rendite di posizione degli affidatari uscenti.

---

**CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 21 marzo 2019 n. 1857**

**Sulla suddivisione in lotti e sul divieto di motivazione postuma**

1. Ai sensi degli artt. 30 e 51 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, anche se sussiste la discrezionalità dell'Amministrazione nella fissazione dei requisiti di partecipazione, tale potere discrezionale deve essere esercitato con riguardo all'applicazione del principio di massima partecipazione e al favor legislativo per le piccole e medie imprese.

2. In materia di appalti pubblici costituisce principio di carattere generale la preferenza per la suddivisione in lotti, in quanto diretta a favorire la partecipazione alle gare delle piccole e medie imprese; tale principio come recepito all'art. 51 D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, non costituisce una regola inderogabile, in quanto la norma consente alla stazione appaltante di derogarvi per giustificati motivi, che devono però essere puntualmente espressi nel bando o nella lettera di invito, proprio perché il precetto della ripartizione in lotti è funzionale alla tutela della concorrenza, la cui violazione si verifica in caso di previsione di lotti di importo spropositato e riferiti ad ambiti territorialmente incongrui. Il principio della suddivisione in lotti può, dunque, essere derogato, ma attraverso una decisione che deve essere adeguatamente motivata.

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

4. La motivazione del provvedimento costituisce il baricentro e l'essenza stessa del legittimo esercizio del potere amministrativo e, per questo, un presidio di legalità sostanziale, per cui il divieto di integrazione postuma della motivazione può essere attenuato, ai sensi dell'art. 21 octies della legge n. 241 del 1990, nelle sole ipotesi in cui le ragioni del provvedimento siano chiaramente intuibili ovvero si tratti di attività vincolata.

[Nel caso di specie si è confermato l'annullamento del bando di gara, avendo la ASL suddiviso la gara solo in due macrolotti di rilevante valore (29.681.856 più iva; 12.757.500, più IVA) con violazione dei principi di massima partecipazione e concorrenza ed il difetto di motivazione in ordine alle ragioni di interesse pubblico prevalenti sul principio di massima partecipazione per derogare alla suddivisione in lotti, qualificando le argomentazioni difensive al riguardo come una integrazione postuma della motivazione].

---

#### **TAR VALLE D'AOSTA, SEZ. I – sentenza 22 marzo 2019 n. 13**

##### **Sulla possibilità di nominare la Commissione anche dopo l'apertura delle buste recanti l'offerta tecnica (per le gare telematiche)**

Il nuovo codice degli appalti non riproduce le norme in precedenza vigenti che rimettevano alla commissione il compito dell'apertura in seduta pubblica delle buste contenenti l'offerta.

La previsione delle Linee guida riflette il caso di gare svolte con metodo tradizionale, cioè con la presentazione di offerte in formato cartaceo; in questi casi la previsione dell'apertura da parte della commissione in seduta pubblica ha una sua giustificazione in esigenze di trasparenza, essendo possibili alterazioni e manomissioni del materiale cartaceo; a ben vedere, analoghe esigenze non si pongono o si pongono in modo molto meno pressante nel caso – quale è quello all'esame – di gare telematiche in cui i documenti di gara vengono caricati su una piattaforma telematica che permette di verificare ex post ogni accesso che vi sia stato alla documentazione. Se ci si muove in quest'ottica può ritenersi che la nomina della commissione in un momento successivo alla apertura delle buste (elettroniche) contenenti le offerte al fine di verificarne la integrità formale e la presenza dei documenti previsti dal bando non implichi alcun vizio della procedura.

---

#### **CORTE DI CASSAZIONE, SEZ. II CIVILE – ordinanza 22 marzo 2019 n. 8244**

##### **Sulla necessità della forma scritta per i contratti degli enti pubblici e per le loro modifiche**

1. I contratti degli enti pubblici devono essere stipulati, a pena di nullità, in forma scritta, la quale assolve una funzione di garanzia del regolare svolgimento dell'attività amministrativa, permettendo d'identificare con precisione il contenuto del programma negoziale, anche ai fini della verifica della necessaria copertura finanziaria e dell'assoggettamento al controllo dell'autorità tutoria. Tale principio esclude la possibilità di ritenere ammissibile il perfezionamento dell'accordo sulla base di una manifestazione di volontà implicita o di comportamenti concludenti o meramente attuativi.



2. Il requisito di forma scritta è richiesto non soltanto per la conclusione del contratto da parte della P.A., ma anche per le eventuali modificazioni successive, le quali devono rivestire, a pena di nullità, la medesima forma del contratto originario, non potendo essere introdotte in via di mero fatto mediante l'adozione di contenuti e pratiche difformi da quelle precedentemente convenute, ancorché protrattisi nel tempo e rispondenti ad un accordo tacitamente intervenuto tra le parti in epoca successiva o mediante comportamenti concludenti, venendo altrimenti eluso il suddetto vincolo di forma.

---

#### **TAR LOMBARDIA – MILANO, SEZ. I – sentenza 25 marzo 2019 n. 630**

##### **Sull'esclusione dell'accesso civico generalizzato per atti relativi all'affidamento di servizi**

E' legittimo il provvedimento con il quale l'Amministrazione appaltante ha respinto una richiesta di accesso ex art. 5, comma 2, del d.lgs. n. 33 del 2013, relativa ai preventivi di spesa per l'affidamento – disposto in favore di una cooperativa – dei servizi di assistenza legale per il recupero dell'evasione ed elusione tributaria, atteso che tale richiesta non rientra nel diritto di accesso civico “generalizzato” ai documenti, dati e informazioni non soggetti ad obbligo di pubblicazione (ai sensi dell'art. 5, comma 2 e ss. del D.Lgs. n. 33/2013); tali preventivi di spesa, infatti, si sostanziano in documenti afferenti alla “procedura di affidamento ed esecuzione” dell'incarico professionale affidato alla suddetta Cooperativa, che, in quanto tali, sono sottoposti alla disciplina di cui all'art. 53 del d.lgs. n. 50/2016.

---

#### **TAR CAMPANIA – SALERNO, SEZ. I – sentenza 26 marzo 2019 n. 482**

##### **Sull'inammissibilità dell'avvalimento per l'iscrizione in Albi e Registri**

L'ammissibilità dell'istituto dell'avvalimento va esclusa per le attestazioni di idoneità e/o iscrizioni ad albi professionali, trattandosi di requisiti personali, spesso conseguenti a verifiche o prove d'esame, che non possono diventare oggetto di circolazione in favore di soggetti privi dell'abilitazione medesima. Pur essendo il ricorso all'avvalimento in linea di principio legittimo, non ponendo la disciplina alcuna limitazione, per i requisiti strettamente personali di carattere generale vige un'evidente preclusione, poiché tali requisiti non sono attinenti all'impresa e ai mezzi di cui essa dispone e non sono intesi a garantire l'obiettiva qualità dell'adempimento, riguardando viceversa la mera e soggettiva idoneità professionale del concorrente — quindi non dell'impresa ma dell'imprenditore — a partecipare alla gara d'appalto e ad essere come tale contraente con la pubblica amministrazione.

---

#### **CONSIGLIO DI STATO, ADUNANZA PLENARIA – sentenza 27 marzo 2019 n. 6**

##### **Sui requisiti necessari in capo ai componenti di un RTI**

Ai sensi dell'art. 92, comma 2, d.P.R. 5 ottobre 2010 n. 207, la mancanza del requisito di qualificazione in misura corrispondente alla quota dei lavori, cui si è impegnata una delle imprese costituenti il raggruppamento temporaneo in sede di presentazione dell'offerta, è causa di esclusione dell'intero raggruppamento, anche se lo scostamento sia minimo ed anche nel caso in cui il raggruppamento nel suo insieme (ovvero un'altra delle imprese del medesimo) sia in possesso del requisito di qualificazione sufficiente all'esecuzione dell'intera quota di lavori.