



Unione Europea

Fondo europeo agricolo
per lo sviluppo rurale:
*l'Europa investe
nelle zone rurali*



Assessorato Agricoltura



1

PERCORSO AGGIORNAMENTO APPALTI PUBBLICI
PSR 2014-2020
REGIONE CAMPANIA

**Rassegna giurisprudenziale
sulle procedure ad evidenza pubblica**

(luglio – dicembre 2016)

a cura di Francesco Armenante consulente FormezPA



Sommario

TAR LAZIO – ROMA, SEZ. II BIS – sentenza 1° luglio 2016 n. 7598	13
<i>Sulla discrezionalità di scegliere gli invitati in tema di cottimo fiduciario</i>	13
TAR LAZIO – ROMA, SEZ. II – sentenza 1° luglio 2016 n. 7586.....	13
<i>Sull’obbligo di dichiarare tutte le condanne penali</i>	13
<i>Sulla dichiarazione da parte dell’istitutore</i>	13
<i>Sul soccorso istruttorio</i>	13
TAR CAMPANIA – SALERNO, SEZ. I – sentenza 6 luglio 2016 n. 1604.....	14
<i>Sull’obbligo di indicazione degli oneri di sicurezza aziendale (ai sensi dell’art. 95 del d.lgs. 50/2016)</i>	14
CONSIGLIO DI STATO, SEZ. IV – sentenza 7 luglio 2016 n. 3014	14
<i>Sull’inapplicabilità del falso innocuo alle procedure di gara</i>	14
CONSIGLIO DI STATO, SEZ. IV – sentenza 11 luglio 2016 n. 3070	14
<i>Sulla grave negligenza e malafede ex art. 38 comma 1, lett. f) del d.lgs. n. 163 del 2006</i>	14
CORTE DI GIUSTIZIA U.E., SEZ. V – sentenza 14 luglio 2016 (causa C-67/15)	15
<i>Sull’illegittimità della proroga automatica della concessione demaniale</i>	15
TAR LOMBARDIA, MILANO, SEZ. I – sentenza 14 luglio 2016 n. 1423	15
<i>Sulla compatibilità della nuova disciplina del soccorso istruttorio con le Direttive UE</i>	15
TAR TOSCANA, SEZ. I – sentenza 15 luglio 2016 n. 1197.....	16
<i>Sull’inapplicabilità del soccorso istruttorio in caso di contratto di avvalimento generico</i>	16
CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI – sentenza 18 luglio 2016 n. 3198	16
<i>Sulla cauzione provvisoria</i>	16
<i>Sul grave errore professionale</i>	16
<i>Sul contratto di avvalimento</i>	17
CONSIGLIO DI STATO, SEZ. IV – sentenza 20 luglio 2016 n. 3247	17
<i>Sulla vincolatività dell’interdittiva anitmafia</i>	17



CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – ordinanza 20 luglio 2016 n. 3265	17
<i>Sugli oneri di sicurezza aziendali per gli appalti di servizi (sospensione del processo)</i>	17
CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 20 luglio 2016 n. 3275	18
<i>Sull’obbligatorietà della dichiarazione di tutte le condanne penali</i>	18
CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 20 luglio 2016 n. 3300	18
<i>Sulla facoltà di richiedere in ogni caso l’informativa antimafia</i>	18
CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - sentenza 20 luglio 2016 n. 3266	19
<i>Sulla portata generale del principio di trasparenza</i>	19
CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 20 luglio 2016 n. 3270	19
<i>Sull’ammissione a gara delle imprese in fase di rinnovo della SOA</i>	19
CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 20 luglio 2016 n. 3271	20
<i>Sulla facoltà di sottoporre le offerte a giudizio di anomalia</i>	20
TAR LAZIO – ROMA, SEZ. II BIS – sentenza 21 luglio 2016 n. 8367.....	20
<i>Sui presupposti per la nomina di esterni quali componenti della Commissione di gara</i>	20
MINISTERO DELLE INFRASTRUTTURE E DEI TRASPORTI - COMUNICATO (in G.U. n. 170 del 22 luglio 2016) - Linee guida per la compilazione del modello di formulario di Documento di gara unico europeo (DGUE) approvato dal regolamento di esecuzione (UE) 2016/7 della Commissione del 5 gennaio 2016. (16A05350).....	20
CONSIGLIO DI STATO, ADUNANZA PLENARIA – sentenza 27 luglio 2016 n. 19	21
<i>Sull’applicabilità del soccorso istruttorio per l’omessa indicazione degli oneri di sicurezza aziendali relativamente alle gare bandite prima del nuovo codice dei contratti</i>	21
CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 1 agosto 2016 n. 3451	21
<i>Sul termine di impugnazione degli atti di gara</i>	21
TAR SICILIA – PALERMO, SEZ. I – sentenza 1° agosto 2016 n. 1989.....	21
<i>Sul ricalcolo della soglia di anomalia in caso di riammissione di una ditta inizialmente esclusa</i>	21
CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 2 agosto 2016 n. 3481	22
<i>Sull’inapplicabilità del soccorso istruttorio alle offerte</i>	22
Sul profilo motivazionale delle valutazioni della Commissione di gara.....	22
CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 2 agosto 2016 n. 3482	22



<i>Sui presupposti per la nomina di commissari esterni</i>	22
TAR LAZIO – ROMA, SEZ. II – sentenza 3 agosto 2016 n. 9036	23
<i>Sulla regolarità fiscale</i>	23
Sui limiti alla modificazione dei consorziati	23
TAR TOSCANA, SEZ. I – sentenza 5 agosto 2016 n. 1309.....	23
<i>Sulla natura dell’aggiudica provvisoria e sui limiti al risarcimento</i>	23
TAR CALABRIA – CATANZARO, SEZ. I – sentenza 5 agosto 2016 n. 1621.....	24
<i>Sull’illegittimità di rinnovi taciti di contratti</i>	24
CGA, SEZ. GIURISDIZIONALE – sentenza 8 agosto 2016 n. 258.....	25
<i>Sull’onere di immediata impugnazione del bando di gara</i>	25
CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 10 agosto 2016 n. 3573	25
<i>Sulla risoluzione del contratto e sulle condizioni per il subentro</i>	25
TAR CAMPANIA – SALERNO, SEZ. I – sentenza 11 agosto 2016 n. 1826.....	26
<i>Sul collegamento sostanziale delle imprese</i>	26
CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 16 agosto 2016 n. 3638	26
<i>Sul durc interno ed esterno</i>	26
CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 19 agosto 2016 n. 3646	27
<i>Sull’incompetenza della Giunta alla revoca della gara</i>	27
Sulla revoca della gara per ragioni di risparmio di spesa.....	27
CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 22 agosto 2016 n. 3667	27
<i>Sulla disciplina del soccorso istruttorio a pagamento nel nuovo e nel precedente codice</i>	27
CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 22 agosto 2016 n. 3666	28
<i>Sulla quota di qualificazione e sulla quota di esecuzione in caso di RTI</i>	28
CONSIGLIO DI STATO, SEZ. IV – sentenza 26 agosto 2016 n. 3701	28
<i>Sull’ammissione di prodotti equivalenti</i>	28
Sull’insindacabilità della valutazione delle offerte tecniche	29
CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 31 agosto 2016 n. 3755	29



<i>Sulla risarcibilità del danno in caso di mancata stipula del contratto da parte del concorrente</i>	29
TAR CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. VIII – sentenza 5 settembre 2016 n. 4171	29
<i>Sulla prevalenza del bando rispetto al capitolato</i>	29
TAR ABRUZZO – L’AQUILA, SEZ. I – sentenza 5 settembre 2016 n. 505.....	30
<i>Sul soccorso istruttorio</i>	30
TAR LAZIO – ROMA, SEZ. II TER – sentenza 5 settembre 2016 n. 9543	30
<i>Sulla revocabilità degli atti di gara</i>	30
TAR LOMBARDIA – MILANO, SEZ. I – sentenza 6 settembre 2016 n. 1624	30
<i>Sull’obbligo di dichiarare tutte le condanne e sulla necessità di un provvedimento di estinzione</i> ...	30
TAR LOMBARDIA – MILANO, SEZ. I – sentenza 6 settembre 2016 n. 1625	31
<i>Sulla decorrenza del termine per la stipula del contratto</i>	31
TAR VENETO, SEZ. I – sentenza 7 settembre 2016 n. 994	31
<i>Sull’inammissibilità dell’avvalimento generico</i>	31
CONSIGLIO DI STATO, SEZ. IV – sentenza 12 settembre 2016 n. 3847	32
<i>Sull’inammissibilità dei prodotti non di serie</i>	32
Sull’inammissibilità del soccorso istruttorio per integrare le offerte	32
TAR LAZIO – ROMA, SEZ. III – sentenza 12 settembre 2016 n. 9656.....	32
<i>Sull’inapplicabilità della sanzione in caso di non avvalimento del soccorso istruttorio</i>	32
CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V, sentenza 13 settembre 2016 n. 3858	33
<i>Sul risarcimento del danno in caso di mancata aggiudicazione</i>	33
CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 13 settembre 2016 n. 3865	33
<i>Sul diritto di recesso azionabile in fase negoziale</i>	33
Sulla differenza tra concessione di servizi e appalto di servizi	33
CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 13 settembre 2016 n. 3866	34
<i>Sulla necessità del possesso dei requisiti generali e speciali senza soluzione di continuità</i>	34
Sul termine di validità dell’offerta	34
TAR CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. I – sentenza 14 settembre 2016 n. 4300.....	35



<i>Sulla revoca dell'aggiudica provvisoria e sulla responsabilità precontrattuale della PA</i>	35
CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III - sentenza 15 settembre 2016 n. 3889	36
<i>Sull'informativa antimafia</i>	36
TAR TOSCANA, SEZ. I – sentenza 16 settembre 2016 n. 1364	37
<i>Sulla non sanabilità di una domanda di partecipazione senza firma</i>	37
CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 20 settembre 2016 n. 3911	37
<i>Sui presupposti per l'idoneità del punteggio numerico</i>	37
TAR PIEMONTE, SEZ. II – sentenza 20 settembre 2016 n. 1158	37
<i>Sul soccorso istruttorio per referenze bancarie incomplete</i>	37
TAR CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. II – sentenza 19 settembre 2016 n. 4353	38
<i>Sull'inapplicabilità del soccorso istruttorio in sede di verifica dei requisiti nei confronti dell'aggiudicatario e sulla natura perentoria del termine di dieci gironi</i>	38
TAR MARCHE, SEZ. I – sentenza 23 settembre 2016 n. 530	38
<i>Sull'obbligo di dichiarare tutte le condanne e sull'inapplicabilità del soccorso istruttorio</i>	38
TAR LAZIO, ROMA, sez. II <i>BIS</i> , 26 settembre 2016, n. 9927	39
<i>Sulla clausola sociale</i>	39
CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III– sentenza 27 settembre 2016 n. 3970	39
<i>Sul divieto di commistione tra requisiti soggettivi ed elementi dell'offerta</i>	39
TAR PUGLIA – LECCE, SEZ. II – sentenza 29 settembre 2016 n. 1508	40
<i>Sul grave errore professionale</i>	40
CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 3 ottobre 2016 n. 4050	40
<i>Sulla gara telematica</i>	40
TAR FRIULI VENEZIA GIULIA, sez. I - sentenza 4 ottobre 2016 n. 419	40
<i>Sul principio di rotazione</i>	40
CORTE DI CASSAZIONE, SEZ. I CIVILE – sentenza 4 ottobre 2016 n. 19802	41
<i>Sulle riserve nei contratti di appalto</i>	41
TAR LIGURIA, SEZ. II – sentenza 5 ottobre 2016 n. 978	41



<i>Sulla partecipazione alle gare di una ditta in amministrazione giudiziaria</i>	41
CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 5 ottobre 2016 n. 4118	41
<i>Sulla doverosità dell'esclusione in caso di dichiarazione non veritiera</i>	41
TAR LIGURIA, SEZ. II – sentenza 5 ottobre 2016 n. 987.....	42
<i>Sull'inammissibilità dell'avvalimento generico</i>	42
CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 6 ottobre 2016 n. 4129	42
<i>Sui presupposti per la riserva alle cooperative sociali</i>	42
TAR PUGLIA – BARI, SEZ. III – sentenza 11 ottobre 2016 n. 1193.....	43
<i>Sull'inaccessibilità dei pareri legali resi in sede transattiva</i>	43
CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 11 ottobre 2016 n. 4184	43
<i>Sull'onere di immediata impugnazione del bando</i>	43
Sul divieto di commistione tra requisiti dell'impresa ed elementi dell'offerta.....	43
CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 12 ottobre 2016 n. 4218	44
<i>Sulla responsabilità precontrattuale della PA</i>	44
TAR CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. VIII – sentenza 13 ottobre 2016 n. 4707	44
<i>Sull'obbligo di dichiarare una precedente risoluzione del contratto</i>	44
CORTE DI CASSAZIONE, SEZ. I CIVILE – sentenza 13 ottobre 2016 n. 20690	44
<i>Sulla necessità della forma scritta per la stipula e per il rinnovo del contratto</i>	44
CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 13 ottobre 2016 n. 4238	45
<i>Sulla certificazione di qualità</i>	45
TAR LOMBARDIA – MILANO, SEZ. IV – sentenza 14 ottobre 2016 n. 1865.....	46
<i>Sulle gare telematiche e sulle modalità di trasmissione degli atti</i>	46
TAR LIGURIA, SEZ. II – sentenza 17 ottobre 2016 n. 1023.....	46
<i>Sull'applicabilità del soccorso istruttorio in caso di mancato impegno del fideiussore</i>	46
TAR LOMBARDIA – MILANO, SEZ. I – sentenza 17 ottobre 2016 n. 1871	46
<i>Sulla necessità di una procedura selettiva per l'autorizzazione ad installare cartelloni pubblicitari</i>	46
CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 18 ottobre 2016 n. 4343	47



<i>Sulle modalità di determinazione del valore della concessione</i>	47
TAR UMBRIA, SEZ. I – sentenza 19 ottobre 2016 n. 653.....	47
<i>Sull’indicazione del fatturato in caso di concessione</i>	47
CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 24 ottobre 2016 n. 4414	47
<i>Sulla doverosità del soccorso istruttorio in caso di mancata indicazione degli oneri di sicurezza interna per le gare espletate in vigenza del precedente codice dei contratti</i>	47
CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 24 ottobre 2016 n. 4476	48
<i>Sulla necessità di esperire una procedura di gara per la locazione di locali e la fornitura di servizi</i>	48
TAR TOSCANA, SEZ. I – sentenza 24 ottobre 2016 n. 1524.....	48
<i>Sull’irrelevanza di una offerta tecnica di maggiori dimensioni</i>	48
TAR LAZIO – ROMA, SEZ. II – sentenza 26 ottobre 2016 n. 10598	48
<i>Sulle modalità di estinzione delle condanne</i>	48
Sull’escussione della cauzione provvisoria.....	48
TAR CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. V – sentenza 27 ottobre 2016 n. 4975	49
<i>Sull’ipotesi di mera irregolarità della dichiarazione</i>	49
CORTE DI CASSAZIONE, SEZ. II CIVILE – sentenza 27 ottobre 2016 n. 21763	49
<i>Sulla nullità dell’incarico conferito senza copertura finanziaria</i>	49
CORTE DI CASSAZIONE, SEZ. I CIVILE – sentenza 27 ottobre 2016 n. 21746	50
<i>Sul rapporto tra autorità concedente e soggetto concessionario</i>	50
CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 27 ottobre 2016 n. 4528	50
<i>Sulla regolarizzabilità mediante il soccorso istruttorio della cauzione provvisoria irregolare</i>	50
TAR CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. III – sentenza 31 ottobre 2016 n. 5014.....	51
<i>Sulla segretezza dell’offerta economica</i>	51
CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 31 ottobre 2016 n. 4558	51
<i>Sul possesso dei requisiti per tutta la durata della gara e del contratto</i>	51
Sulla regolarità fiscale.....	52
Sul possesso dei requisiti in capo all’impresa ausiliaria	52



Sul risarcimento dei danni.....	52
TAR CALABRIA – REGGIO CALABRIA, SEZ. I – sentenza 2 novembre 2016 n. 1079	52
<i>Sulla possibilità di sostituire una consorzata in corso di gara</i>	52
CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 3 novembre 2016 n. 4606.....	53
<i>Sul requisito della regolarità fiscale</i>	53
CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 3 novembre 2016 n. 4617.....	53
<i>Sulla non necessità di indicare il nome del subappaltatore.....</i>	53
TAR LAZIO – ROMA, SEZ. III – sentenza 7 novembre 2016 n. 11025	53
<i>Sul risarcimento dei danni in caso di illegittima revoca dell’aggiudicazione.....</i>	53
TAR TOSCANA, SEZ. I – sentenza 7 novembre 2016 n. 1592 – Pres. Pozzi, Est. Bellucci	54
<i>Sull’illegittimità dell’esclusione in caso di requisito posseduto dal concorrente.....</i>	54
TAR TOSCANA, SEZ. I – sentenza 7 novembre 2016 n. 1591	54
<i>Sull’inapplicabilità del soccorso istruttorio in caso di mancanza del contratto di avvalimento.....</i>	54
TAR EMILIA ROMAGNA – BOLOGNA, SEZ. II – sentenza 8 novembre 2016 n. 917.....	55
<i>Sulla discrezionalità nell’introduzione di requisiti più rigorosi</i>	55
Sulla discrezionalità della suddivisione in lotti.....	55
TAR PUGLIA – BARI, SEZ. III – sentenza 8 novembre 2016 n. 1262.....	55
<i>Sul termine di impugnazione degli atti di gara</i>	55
Sul concetto di servizi analoghi.....	56
CORTE DI GIUSTIZIA U.E., SEZ. IX – sentenza 10 novembre 2016 (causa C-199/15).....	56
<i>Sulla regolarità contributiva alla data della domanda di partecipazione.....</i>	56
CORTE DI GIUSTIZIA U.E., SEZ. VI – ordinanza 10 novembre 2016 (causa C-162/16).....	56
<i>Sugli oneri di sicurezza interni e sull’applicabilità del soccorso istruttorio</i>	56
CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 11 novembre 2016 n. 4685.....	57
<i>Sull’omessa dichiarazione di una precedente violazione.....</i>	57
TAR SICILIA – CATANIA, SEZ. III – sentenza 14 novembre 2016 n. 2936.....	57
<i>Sul diritto di accesso agli atti di gara.....</i>	57



TAR LAZIO – ROMA, SEZ. II – sentenza 14 novembre 2016 n. 11286.....	57
<i>Sulla doverosità dell'esclusione in caso di dichiarazione non veritiera e sul falso innocuo.....</i>	57
TAR VENETO, SEZ. I – sentenza 16 novembre 2016 n. 1269.....	58
<i>Sul divieto di anticipazione dell'offerta economica</i>	58
TAR LAZIO – ROMA, SEZ. II QUATER – sentenza 21 novembre 2016 n. 11560	58
<i>Sulle caratteristiche dell'offerta tecnica.....</i>	58
CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 23 novembre 2016 n. 4906.....	59
<i>Sull'ammissibilità di un DURC "in compensazione".....</i>	59
.....	59
CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 24 novembre 2016 n. 4960.....	59
<i>Sul requisito della regolarità fiscale in caso di rateizzazione</i>	59
TAR LAZIO – ROMA, SEZ. II – sentenza 24 novembre 2016 n. 11754.....	60
<i>Sull'esperienza dei commissari di gara</i>	60
TAR TOSCANA, SEZ. II – sentenza 24 novembre 2016 n. 1707.....	60
<i>Sulla necessità della gara per il concessionario del servizio di distributori automatici.....</i>	60
TAR LIGURIA, SEZ. II – sentenza 25 novembre 2016 n. 1172	60
<i>Sull'esclusione dalla gara per grave inadempimento</i>	60
CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 25 novembre 2016 n. 4994.....	60
<i>Sull'applicabilità dell'onere di immediata impugnazione dell'elenco degli ammessi e degli esclusi</i>	60
Sui limiti del sindacato giustiziale relativo alle valutazioni della Commissione di gara	61
CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 25 novembre 2016 n. 4990.....	61
<i>Sulle modalità di apertura delle offerte tecniche nelle gare telematiche</i>	61
CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 29 novembre 2016 n. 5026.....	61
<i>Sulla revoca dell'aggiudicazione definitiva.....</i>	61
TAR PUGLIA – BARI, SEZ. I – sentenza 28 novembre 2016 n. 1319.....	62
<i>Sul giudizio di anomalia dell'offerta</i>	62
TAR LOMBARDIA – MILANO, SEZ. I – sentenza 29 novembre 2016 n. 2248.....	62



<i>Sul collegamento sostanziale delle imprese</i>	62
TAR UMBRIA, SEZ. I – sentenza 1° dicembre 2016 n. 749	63
<i>Sull'estinzione del reato</i>	63
CONSIGLIO DI STATO, SEZ. IV – sentenza 2 dicembre 2016 n. 5052.....	63
<i>Sull'inammissibilità dell'avvalimento generico</i>	63
TAR PUGLIA – LECCE, SEZ. III – sentenza 2 dicembre 2016 n. 1834	63
<i>Sulla prevalenza (in caso di contrasto) del bando sul disciplinare</i>	63
CORTE DI CASSAZIONE, SEZ. UNITE CIVILI – ordinanza 7 dicembre 2016 n. 25041	64
<i>Risarcimento danni richiesto da altro concorrente per annullamento di una procedura di gara</i>	64
TAR CAMPANIA – SALERNO - SEZ. I, sentenza 9 dicembre 2016, n. 2631	64
<i>Sull'indicazione delle prestazioni in caso di raggruppamenti di tipo “orizzontale”</i>	64
TAR MOLISE – sentenza 9 dicembre 2016, n. 513.....	64
<i>Sull'obbligo di indicare gli oneri di sicurezza aziendali e sull'inapplicabilità del soccorso istruttorio</i>	64
TAR TOSCANA, SEZ. III – sentenza 12 dicembre 2016 n. 1755.....	65
<i>Sulla suddivisione in lotti</i>	65
TAR LAZIO, SEZ. III <i>ter</i> – sentenza 12 dicembre 2016 n. 12439	65
<i>Sulla vincolatività dei casi di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa</i>	65
TAR LAZIO, SEZ. II – sentenza 13 dicembre 2016 n. 12405.....	66
<i>Sull'inapplicabilità del collegamento sostanziale in caso di gara suddivisa in lotti</i>	66
CORTE COSTITUZIONALE – sentenza 14 dicembre 2016 n. 263	66
<i>Sulla potestà legislativa statale in tema di attività contrattuale della PA</i>	66
TAR CALABRIA – REGGIO CALABRIA – sentenza 15 dicembre 2016 n. 1315.....	66
<i>Sulle offerte anomale</i>	66
TAR PUGLIA – LECCE, SEZ. II – sentenza 15 dicembre 2016 n. 1906	67
<i>Sul principio di rotazione</i>	67
CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – ordinanza 15 dicembre 2016 n. 5582.....	67



<i>Sull'obbligatoria indicazione degli oneri di sicurezza aziendali</i>	67
TAR LIGURIA, SEZ. I – sentenza 15 dicembre 2016 n. 1240.....	67
<i>Sull'illegittimità dell'esclusione automatica delle offerte anomale</i>	67
TAR ABRUZZO – L'AQUILA, SEZ. I – sentenza 15 dicembre 2016 n. 793	68
<i>Sull'obbligo di dichiarare una precedente risoluzione</i>	68
TAR LOMBARDIA - BRESCIA, SEZ. II - 19 dicembre 2016 n. 1757.....	68
<i>Sulla nomina del RUP quale presidente della Commissione di gara</i>	68
.....	68
TAR CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. II – sentenza 19 dicembre 2016 n. 5832.....	68
<i>Sull'insussistenza dell'obbligo di provvedere a fronte di un'istanza di revoca della gara</i>	68
TAR EMILIA ROMAGNA – BOLOGNA, SEZ. II – sentenza 21 dicembre 2016 n. 1055.....	69
<i>Sull'ammissibilità di un'offerta tecnica composta da un numero di pagine superiore a quello previsto</i>	69
CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 22 dicembre 2016 n. 5423	69
Sul c.d. “avvalimento di garanzia”	69
TAR PUGLIA – LECCE, SEZ. III – sentenza 22 dicembre 2016 n. 1935	69
<i>Sull'insussistenza del grave illecito professionale in caso di risoluzione oggetto di impugnativa pendente</i>	69
TAR SICILIA – PALERMO, SEZ. III – sentenza 22 dicembre 2016 n. 3057	70
<i>Sull'incompetenza della Giunta ad adottare un avviso puntuale e dettagliato per conferimento incarico</i>	70
CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 28 dicembre 2016 n. 5494.....	70
<i>Sull'irregolarità fiscale</i>	70
CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 28 dicembre 2016 n. 5488.....	71
<i>Sui limiti al soccorso istruttorio</i>	71
Sul risarcimento del danno derivante da mancata aggiudicazione	71



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

Sulla discrezionalità di scegliere gli invitati in tema di cottimo fiduciario

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

13

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

Sull'obbligo di dichiarare tutte le condanne penali

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

Sulla dichiarazione da parte dell'istitutore

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

Sul soccorso istruttorio

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



ambiguità, mentre non è possibile inferirne la diversa e più radicale regola che consentirebbe alla stazione appaltante di intervenire anche in caso di dichiarazione mendace.

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

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

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

14

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

Sull'inapplicabilità del falso innocuo alle procedure di gara

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

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

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

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

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



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

Sull'illegittimità della proroga automatica della concessione demaniale

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

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

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

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

Né al considerando n. 84, secondo cui: “L’offerente al quale è stato deciso di aggiudicare l’appalto dovrebbe tuttavia essere tenuto a fornire le prove pertinenti e le amministrazioni aggiudicatrici non dovrebbero concludere appalti con offerenti che non sono in grado di produrre le suddette prove. Le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero anche avere la facoltà di richiedere in qualsiasi momento tutti i documenti complementari o parte di essi se ritengono che ciò sia necessario per il buon andamento della procedura”, né all’art. 56, comma 3, secondo il quale: “Se le informazioni o la documentazione che gli operatori economici devono presentare sono o sembrano essere incomplete o non corrette, o se mancano documenti specifici, le amministrazioni aggiudicatrici possono chiedere, salvo disposizione contraria del diritto nazionale che attua la presente direttiva, agli operatori economici interessati di presentare, integrare, chiarire o completare le informazioni o la documentazione in questione entro un termine adeguato, a condizione che tale richiesta sia effettuata nella piena osservanza dei principi di parità di trattamento e trasparenza”, né, infine, all’art. 59, comma 4, secondo cui: “L’amministrazione aggiudicatrice può chiedere a offerenti e candidati, in qualsiasi momento nel corso della procedura, di presentare tutti i documenti complementari o parte di essi, qualora questo sia necessario per assicurare il corretto svolgimento della procedura”, la direttiva 2014/24/UE subordina l’esercizio del soccorso istruttorio al pagamento di una sanzione pecuniaria, ma solamente all’osservanza dei principi di parità di trattamento e trasparenza. Introdurre un tale obbligo significherebbe, dunque, violare il divieto di “gold plating”, stabilito dall’art. 1 della legge 28 gennaio 2016, n. 11, tra i criteri e principi direttivi per l’attuazione delle deleghe in materia di attuazione delle direttive europee sui contratti e sulle concessioni pubbliche, che impone il divieto di introdurre livelli di regolazione superiori a quelli imposti dalle direttive europee da recepire.

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



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

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

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

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

Sulla cauzione provvisoria

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

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

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

Sul grave errore professionale

4. La mera esistenza di un errore professionale dichiarato ex art. 38, comma 1, lett. f), del d.lgs. n. 163/2006 non determina di per sé l'automatica esclusione dalla gara; infatti la valutazione circa la sussistenza in concreto di un errore grave nell'esercizio dell'attività professionale è rimessa al giudizio discrezionale della stazione appaltante; nel caso di valutazione positiva, non occorre apposita motivazione espressa, che è invece richiesta soltanto in caso di adozione di un provvedimento di esclusione e non invece per il caso di mancata esclusione.



Sul contratto di avvalimento

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

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

Sulla vincolatività dell'interdittiva antimafia

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

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

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

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



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

Sull'obbligatorietà della dichiarazione di tutte le condanne penali

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

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

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

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

Sulla facoltà di richiedere in ogni caso l'informativa antimafia

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



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

Sulla portata generale del principio di trasparenza

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

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

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

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

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

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



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

Sulla facoltà di sottoporre le offerte a giudizio di anomalia

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

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

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

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

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



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

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

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

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

Sul termine di impugnazione degli atti di gara

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

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

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

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

E' illegittimo il provvedimento con il quale la P.A. ha aggiudicato definitivamente una gara di appalto, nel caso in cui, a seguito della riammissione ex officio in gara di un concorrente (nella specie il concorrente inizialmente era stato escluso per ritenuta scadenza della certificazione SOA), abbia omesso di ricalcolare la soglia di anomalia delle offerte; in tal caso, infatti, avendo la stazione appaltante, ex



ufficio, annullato in autotutela l'atto di esclusione di un concorrente e avendone disposto la riammissione in gara prima dell'aggiudicazione definitiva, dunque ancora entro la "fase di regolarizzazione" di cui all'art. 38, comma 2 bis, d.lgs. 163 del 2006, il ricalcolo della soglia di anomalia costituisce un adempimento doveroso.

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

Sull'inapplicabilità del soccorso istruttorio alle offerte

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

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

Sul profilo motivazionale delle valutazioni della Commissione di gara

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

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

Sui presupposti per la nomina di commissari esterni

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



sostanziale necessario per il ricorso a membri esterni emerge comunque dagli atti relativi alla nomina della commissione di gara.

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

Sulla regolarità fiscale

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

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

Sui limiti alla modificazione dei consorziati

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

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

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

Sulla natura dell'aggiudica provvisoria e sui limiti al risarcimento

1. Nelle gare pubbliche d'appalto, l'aggiudicazione provvisoria costituisce un mero atto endoprocedimentale ad effetti ancora instabili e del tutto interinali, sintomatico cioè di una scelta non ancora definitiva della stazione appaltante e come tale inidoneo dunque a ingenerare nell'aggiudicatario



provvisorio un affidamento meritevole di per sé e comunque di tutela. La possibilità che all'aggiudicazione provvisoria non segua quella definitiva è, dunque, da considerare alla stregua di un evento sempre plausibile oltre che fisiologico e connaturato al vigente sistema.

2. La natura giuridica di atto provvisorio ad effetti instabili tipica dell'aggiudicazione provvisoria non consente di applicare nei suoi riguardi la disciplina dettata dagli artt. 21 *quinquies* e 21 *nonies* della legge n. 241/1990. La c.d. revoca dell'aggiudicazione provvisoria (o meglio, la sua mancata approvazione ex artt. 12 e 48 del codice dei contratti pubblici) non è, difatti, correttamente qualificabile alla stregua di un esercizio del potere di autotutela, sì da richiedere un raffronto tra l'interesse pubblico e quello privato. Tanto ciò è vero che la giurisprudenza non riconosce all'aggiudicatario provvisorio lo speciale indennizzo ex art. 21 *quinquies*, comma 1, L. n. 241/1990.

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

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

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

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

Sull'illegittimità di rinnovi taciti di contratti

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

2. E' legittimo, in quanto adeguatamente motivato, il provvedimento con il quale un Comune ha disposto l'annullamento di ufficio ex art. 21 *octies* L. 241 del 1990 di un incarico professionale (nella specie si trattava di un incarico conferito dall'Ente locale ad una società, finalizzato alla valorizzazione e alla



cura dei luoghi di culto nel territorio comunale), che sia motivato con riferimento al fatto che il relativo contratto è stato più volte automaticamente e direttamente prorogato in favore della società stessa, senza alcuna preventiva indagine di mercato. Infatti, il divieto di rinnovo tacito ed espresso dei contratti pubblici, espressamente previsto dall'art. 57, co. 7 del D.lgs. n. 163 del 2006 determinando una ulteriore procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando, è diretta espressione dei principi di tutela della concorrenza di derivazione europea.

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

Sull'onere di immediata impugnazione del bando di gara

25

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

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

Sulla risoluzione del contratto e sulle condizioni per il subentro

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

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

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



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

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

Sul collegamento sostanziale delle imprese

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

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

Sul durc interno ed esterno

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

2. L'istituto dell'invito alla regolarizzazione (il c.d. 'preavviso di DURC negativo'), già previsto dall'articolo 7, comma 3, del decreto ministeriale 24 ottobre 2007 e ora recepito a livello legislativo dall'art. 31, comma 8, del decreto legge 21 giugno 2013 n. 69, può operare soltanto nei rapporti tra impresa ed Ente previdenziale, ossia con riferimento al DURC chiesto dall'impresa e non anche al DURC richiesto dalla stazione appaltante per la verifica della veridicità dell'autodichiarazione resa ai sensi dell'articolo 38, comma 1, lettera i) ai fini della partecipazione alla gara d'appalto.



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

Sull'incompetenza della Giunta alla revoca della gara

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

Sulla revoca della gara per ragioni di risparmio di spesa

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

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

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

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

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



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

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

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

28

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

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

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

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

Sull'ammissione di prodotti equivalenti

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



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

Sull'insindacabilità della valutazione delle offerte tecniche

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

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

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

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

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

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

Sulla prevalenza del bando rispetto al capitolato

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



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

Sul soccorso istruttorio

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

30

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

Sulla revocabilità degli atti di gara

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

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

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

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

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



esclusivamente alla stazione appaltante; l'omessa indicazione delle condanne riportate giustifica quindi, di per sé sola, la decisione di revocare in autotutela il provvedimento di aggiudicazione.

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

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

Sulla decorrenza del termine per la stipula del contratto

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

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

Sull'inammissibilità dell'avvalimento generico

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

2. E' inammissibile un contratto di avvalimento per comprovare il certificato di qualità che sia sprovvisto dei requisiti minimi, tassativamente richiesti dalla normativa di settore, per potersi configurare un valido avvalimento ed in particolare ove: a) non risultino indicate in maniera chiara, determinata e specifica le



risorse e i mezzi prestati; b) non risulti chiaro se è stata messa a disposizione l'intera azienda o solamente alcuni mezzi; c) venga fatto riferimento ad un elenco specifico di mezzi prestati che non risulta allegato; d) si faccia riferimento ad alcuni dipendenti, solo eventualmente messi a disposizione.

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

Sull'inammissibilità dei prodotti non di serie

1. Nel caso di appalto di forniture, ove la *lex specialis* della gara non contenga alcuna previsione che imponga la necessità che siano forniti prodotti “di serie”, ma, anzi, consenta anche l'offerta di prodotti simili, è legittima l'ammissione in gara di una offerta che prevede la fornitura di prodotti non di serie, purché aventi le caratteristiche equivalenti e/o simili a quelle richieste; un'interpretazione diversa urterebbe con il principio di massima partecipazione alle gare e di tassatività delle clausole di esclusione, dovendosi le ipotesi di esclusione previste dal bando di gara essere interpretate in senso restrittivo, a causa della loro incidenza in termini di tutela della concorrenza.

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

Sull'inammissibilità del soccorso istruttorio per integrare le offerte

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

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

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

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

La sanzione pecuniaria prevista nel caso di soccorso istruttorio “a pagamento”, ai sensi dell'art. 38, comma 2-bis, del D.lgs. n. 163/2006, per sanare le irregolarità o l'incompletezza documentale, deve essere versata solo per le ipotesi in cui l'operatore economico intenda proseguire nella gara, costituendo tale sanzione una sorta di corrispettivo in favore della stazione appaltante, connesso all'aggravamento



del procedimento derivante dal ricorso al soccorso istruttorio; viceversa, qualora il partecipante non intenda avvalersi di tale beneficio, preferendo non proseguire la propria partecipazione alla gara, la procedura selettiva proseguirà più velocemente. Nelle ipotesi di mancata regolarizzazione degli elementi essenziali carenti, la stazione appaltante procederà all'esclusione del concorrente dalla gara; in quest'ultimo caso, la stazione appaltante potrà, altresì, incamerare la cauzione soltanto se la mancata integrazione dipenda da una effettiva carenza del requisito dichiarato. L'incameramento, invece, non è consentito nelle ipotesi in cui il concorrente decida di non avvalersi del soccorso istruttorio.

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

Sul risarcimento del danno in caso di mancata aggiudicazione

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

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

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

Sul diritto di recesso azionabile in fase negoziale

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

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

Sulla differenza tra concessione di servizi e appalto di servizi

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



massima consentono all'imprenditore di prevedere le possibili oscillazioni della prestazione eroganda, escludono che lo stesso possa vedersi non remunerato il capitale investito.

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

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

1. Negli appalti pubblici i requisiti generali e speciali devono essere posseduti dai partecipanti alla gara non solo alla data di scadenza del termine per la presentazione della richiesta di partecipazione alla procedura di affidamento, ma anche per tutta la durata della procedura stessa fino all'aggiudicazione definitiva ed alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell'esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità.

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

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

Sul termine di validità dell'offerta

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



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

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

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

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

3. La clausola della *lex specialis* con la quale l'Amministrazione appaltante si ritiene esonerata da ogni responsabilità contrattuale o anche precontrattuale, non può dispiegare alcuna efficacia nei confronti dei partecipanti ad una procedura di evidenza pubblica; la clausola stessa, infatti, deve essere interpretata alla stregua del riconoscimento all'Ente pubblico di un potere di implicita revoca dell'aggiudicazione, con obbligo di congrua motivazione che illustri la corretta ed esauriente ponderazione degli interessi pubblici e privati coinvolti; d'altra parte, qualsiasi interpretazione che tenda a sostenere l'insindacabile natura di tale facoltà e, per questa via, l'irresponsabilità civile dell'Amministrazione, comporterebbe la nullità della clausola ex art. 1335 c.c., in quanto si configurerebbe come condizione meramente potestativa.

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

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



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

Sull'informativa antimafia

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

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

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

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



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

Sulla non sanabilità di una domanda di partecipazione senza firma

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

37

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

Sui presupposti per l'idoneità del punteggio numerico

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

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

Data di pubblicazione: 22 settembre 2016

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

Sul soccorso istruttorio per referenze bancarie incomplete

È illegittimo il provvedimento con il quale una ditta partecipante ad una gara di appalto è stata esclusa perché le dichiarazioni bancarie presentate non contenevano alcuna indicazione circa il fido eventualmente concedibile, così come richiesto, a pena di esclusione, da bando di gara, senza aver prima invitato la ditta stessa a integrare la documentazione, mediante l'istituto del soccorso istruttorio. Infatti,



nel caso in questione le dichiarazioni dei due istituti bancari non erano mancanti, ma tutt'al più incomplete; non si vede quindi perché non possa trovare applicazione la disciplina sul soccorso istruttorio, la cui portata è stata generalizzata dal legislatore con l'introduzione del comma 2-bis dell'art. 38 del codice dei contratti; e ciò nell'interesse non solo del singolo concorrente, ma anche della stazione appaltante a garantire la più ampia partecipazione alla gara.

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

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

38

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

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

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

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

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

1. Nella gare di appalto l'omessa indicazione di una o più sentenze di condanna in sede di domanda di partecipazione costituisce autonoma causa di esclusione, in quanto ciò impedisce in radice alla stazione appaltante la possibilità di procedere alla valutazione dell'inerenza delle condanne con l'oggetto



dell'appalto e, quindi, a verificare l'eventuale sussistenza della causa di esclusione di cui all'art. 38, let. c), d.lgs. n. 163/2006.

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

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

Sulla clausola sociale

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

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

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

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

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



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

Sul grave errore professionale

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

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

Sulla gara telematica

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

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

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

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

Sul principio di rotazione

E' legittimo il mancato invito di una ditta ad una procedura negoziata ex art. 36, comma 2, lettera b), del d.lgs. n. 50 del 2016 d'importo sotto la soglia comunitaria nel caso in cui si tratti di ditta che aveva nell'anno precedente svolto lo stesso servizio, atteso che in tale ipotesi il mancato invito è giustificato dal principio di rotazione, previsto dall'art. 36, comma primo, del d.lgs. n. 50 del 2016.



CORTE DI CASSAZIONE, SEZ. I CIVILE – sentenza 4 ottobre 2016 n. 19802

Sulle riserve nei contratti di appalto

1. Le finalità dell'istituto della riserva nell'appalto di opere pubbliche è quella di consentire all'Amministrazione committente la verifica dei fatti suscettibili di produrre un incremento delle spese previste con l'immediatezza che ne rende più sicuro e meno dispendioso l'accertamento, ovvero di assicurare la continua evidenza delle spese dell'opera, in relazione alla corretta utilizzazione ed eventuale integrazione dei mezzi finanziari all'uopo predisposti, nonché di mettere l'Amministrazione in grado di adottare tempestivamente altre possibili determinazioni, in armonia con il bilancio pubblico, fino ad esercitare la potestà di risoluzione unilaterale del contratto.

2. Se per l'appaltatore l'iscrizione della riserva costituisce un onere, al fine di non incorrere nella decadenza per la proposizione delle proprie domande, le stesse non possono considerarsi provate per il semplice fatto dell'iscrizione stessa: l'ottemperanza all'onere della riserva non esclude il rispetto di quanto previsto dall'art. 2697 cod. civ., secondo cui chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento.

TAR LIGURIA, SEZ. II – sentenza 5 ottobre 2016 n. 978

Sulla partecipazione alle gare di una ditta in amministrazione giudiziaria

Nel caso di partecipazione ad una gara di appalto di una impresa in amministrazione giudiziaria, deve ritenersi, anche alla luce dell'art. 38, comma 1 *bis* del d.lgs. 163/2006, che se è vero che le cause di esclusione pregresse alla nomina dell'amministratore giudiziario non hanno efficacia escludente dalla partecipazione alla gara, ciò vale esclusivamente per la gare bandite successivamente alla nomina dell'amministratore giudiziario stesso, provvedimento che dovrebbe recidere i legami della società con l'ambiente malavitoso; invece, per le gare bandite precedentemente (e pertanto nel periodo di tempo in cui ancora gli amministratori sostituiti erano nel pieno delle loro prerogative), deve ritenersi con una presunzione *iusuris et de iure* che l'illecita infiltrazione criminale possa avere influito con effetto inquinante sull'esito della procedura di gara, non potendo la successiva nomina dell'amministratore giudiziario sanare *ex post* il *vulnus* alle esigenze di concorrenza, trasparenza, qualità e legalità che le cause di esclusione sono finalizzate a tutelare.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 5 ottobre 2016 n. 4118

Sulla doverosità dell'esclusione in caso di dichiarazione non veritiera

Nel caso in cui la *lex specialis* di una gara di appalto prescriva chiaramente l'obbligo, per le imprese partecipanti alla gara, di dichiarare «tutte le sentenze di condanna, decreti penali di condanna e sentenze di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'art. 44 del codice di procedura penale, comprese quelle che godano della non menzione, al fine di consentire alla stazione appaltante una valutazione circa l'incidenza di dette pronunce giudiziarie sull'affidabilità e sull'elemento fiduciario ai fini



dell'eventuale affidamento», è legittimo il provvedimento con il quale la P.A., ai sensi dell'art. 75, D.P.R. n. 445 del 2000, ha dichiarato la decadenza di una ditta dall'aggiudicazione provvisoria, contestualmente escludendola dalla procedura di evidenza pubblica, che sia motivato con riferimento al fatto che il legale rappresentante della ditta stessa ha dichiarato di non aver riportato alcuna condanna penale, laddove – a seguito di accertamenti effettuati dalla stazione appaltante – è risultata l'esistenza, nei confronti del medesimo legale rappresentante, di una condanna penale; in tal caso, infatti, si è al cospetto di una dichiarazione manifestamente falsa e/o non veritiera che configura, di per sé, una causa autonoma di esclusione dalle procedura di evidenza pubblica; con conseguente correttezza e doverosità della sanzione espulsiva comminata dalla stazione appaltante.

TAR LIGURIA, SEZ. II – sentenza 5 ottobre 2016 n. 987

42

Sull'inammissibilità dell'avvalimento generico

Ai sensi dell'art. 88 del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, “per la qualificazione in gara, il contratto di cui all'articolo 49, comma 2, lettera f), del codice deve riportare in modo compiuto, esplicito ed esauriente: a) oggetto: le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico [...]”; l'esigenza di una puntuale individuazione dell'oggetto del contratto di avvalimento, oltre ad avere un sicuro ancoraggio sul terreno civilistico nella generale previsione codicistica che configura quale causa di nullità di ogni contratto l'indeterminatezza ed indeterminabilità del relativo oggetto (art. 1346 cod. civ.), trova la propria essenziale giustificazione funzionale, inscindibilmente connessa alle procedure contrattuali del settore pubblico, nella necessità di non permettere agevoli aggiramenti del sistema dei requisiti di ingresso alle gare pubbliche. Va pertanto esclusa da una gara di appalto una impresa che non abbia indicato nel contratto di avvalimento le specifiche risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria ed in particolare nel caso in cui, rispetto al personale, non sia stato indicato il numero del personale e le corrispondenti qualifiche professionali messe concretamente a disposizione.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 6 ottobre 2016 n. 4129

Sui presupposti per la riserva alle cooperative sociali

1. La possibilità di stipulare convenzioni con le cooperative sociali prevista dall'art. 5 della l. 8 novembre 1991, n. 381 sussiste solo per la fornitura di beni e servizi strumentali alla P.A. e non anche per i servizi pubblici destinati a soddisfare la collettività, nel cui *genus* è compresa in particolare la gestione di un canile comunale. E' pertanto legittima la delibera con la quale un Comune ha indetto una gara per la gestione del canile, atteso che la gestione del canile è un servizio pubblico locale che, ancorché privo di rilevanza economica, non è preordinato a soddisfare esigenze strumentali del Comune, sicché in tal caso non trova applicazione l'art. 5 della l. 8 novembre 1991, n. 381, che consente agli enti pubblici, per la fornitura di beni e servizi c.d. strumentali, «anche in deroga alla disciplina in materia di contratti della pubblica amministrazione, di stipulare convenzioni con le cooperative sociali».

2. La P.A. che, benché non obbligata da una disposizione nazionale o comunitaria all'utilizzo di sistemi di scelta del contraente mediante gara pubblica, via abbia comunque fatto ricorso, resta tenuta all'osservanza di moduli propri della formazione pubblica della volontà contrattuale e deve pertanto



rispettare i principi di imparzialità, parità di trattamento e concorrenzialità, di cui la procedura di gara prescelta è l'espressione di diritto positivo, senza che le sia consentito, pena l'elusione dei principi richiamati, la previsione di deroghe che si risolvano di fatto nell'ingiustificata restrizione della concorrenza (nella specie mediante l'apposizione nel bando di gara della clausola di riserva in favore delle sole cooperative sociali).

TAR PUGLIA – BARI, SEZ. III – sentenza 11 ottobre 2016 n. 1193

Sull'inaccessibilità dei pareri legali resi in sede transattiva

43

E' legittimo il provvedimento con il quale una società a partecipazione pubblica, interamente controllata da un Ente locale, ha espresso un diniego in ordine ad una istanza tendente ad ottenere il rilascio di copia di alcuni pareri legali, ove tali pareri siano stati espressamente richiamati in una delibera della Giunta Municipale volta ad approvare la successiva formalizzazione di alcune proposte transattive relative a procedimenti contenziosi; in tal caso, infatti, il diritto di accesso non può essere consentito, in quanto deve escludersi il carattere "endoprocedimentale" dei pareri stessi, resi, invece, in vista della stipula di atti transattivi di procedimenti contenziosi, e, in quanto tali, coperti da segreto professionale in relazione al diritto difesa della P.A..

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 11 ottobre 2016 n. 4184

Sull'onere di immediata impugnazione del bando

1. L'onere di immediata impugnazione del bando o del disciplinare di gara sussiste solo in caso di clausole escludenti, tra cui quelle che impediscono la partecipazione alla gara; altrettanto non può ritenersi per le previsioni della *lex specialis* che invece disciplinano la fase di valutazione delle offerte. Invero, la lesività di queste ultime si manifesta solo per effetto della successiva applicazione da parte della commissione di gara, per cui nessun onere di immediata impugnativa è configurabile prima di questo momento, sia che per effetto di tali clausole l'aggiudicazione sia disposta in favore di altri, sia che in ragione delle medesime una concorrente non raggiunga la soglia di sbarramento per la successiva valutazione delle offerte.

Sul divieto di commistione tra requisiti dell'impresa ed elementi dell'offerta

2. È illegittimo il disciplinare di una gara per l'affidamento di lavori che abbia previsto di attribuire il 50% del punteggio teorico massimo ai partecipanti in possesso di certificazioni di qualità aziendale. Invero, i principi di massima concorrenzialità e *par condicio* impediscono in linea di principio alle stazioni appaltanti di introdurre – tra i criteri di valutazione delle offerte – elementi attinenti alla capacità tecnica dell'impresa; solo in casi particolari l'Amministrazione può derogare a tale principio al fine di valorizzare profili soggettivi diretti a riflettersi in modo specifico sullo svolgimento dell'appalto, ma ciò alla condizione che il punteggio attribuibile alle offerte per elementi di carattere soggettivo non incida in maniera rilevante su quello complessivo.



CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 12 ottobre 2016 n. 4218

Sulla responsabilità precontrattuale della PA

Non può configurarsi la responsabilità precontrattuale della stazione appaltante, ex art. 1337 c.c., a seguito della revoca in autotutela dell'aggiudicazione di una gara di appalto di lavori (nella specie si trattava di lavori di realizzazione di un raccordo stradale), ove il provvedimento di secondo grado sia stato adottato dalla P.A. in ragione della sopravvenuta oggettiva impossibilità di realizzare l'opera pubblica (nella specie la sopravvenuta impossibilità era stata determinata dalla necessità di realizzare preventivamente una infrastruttura ferroviaria); in tal caso, infatti: a) tale provvedimento deve ritenersi correttamente e, quindi, legittimamente motivato, in quanto la relativa adozione è stata la diretta ed esclusiva conseguenza della oggettiva incompatibilità della realizzazione dell'opera pubblica (raccordo stradale) rispetto ai tempi ed ai costi originariamente previsti dalla P.A. con la procedura di evidenza pubblica; b) la responsabilità precontrattuale della PA non può ritenersi sussistente, trattandosi di gara non inficiata dall'inosservanza del principio di buon fede (art. 1337 cod. civ.).

44

TAR CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. VIII – sentenza 13 ottobre 2016 n. 4707

Sull'obbligo di dichiarare una precedente risoluzione del contratto

A proposito dell'ambito di applicazione dell'art. 38, comma 1, lett. f), del d.lgs. n. 163 del 2006 (“*che, secondo motivata valutazione della stazione appaltante, hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara; o che hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante ...*”), si rivela necessario che il concorrente, in linea con l'onere collaborativo che sottende i rapporti con la pubblica Amministrazione, renda completa dichiarazione dei fatti considerati dalla suindicata previsione normativa e dia quindi esauriente conto di tutte le inadempienze e mancanze commesse nell'esercizio dell'attività professionale – senza alcun preventivo “filtro” –, per consentire alla stazione appaltante di autonomamente valutare, in rapporto alle esigenze del contratto che si andrà a stipulare, l'effettiva valenza dell'errore professionale precedentemente compiuto dall'impresa, condizione necessaria per assicurare l'affidabilità di chi si propone quale contraente dell'Amministrazione pubblica.

CORTE DI CASSAZIONE, SEZ. I CIVILE – sentenza 13 ottobre 2016 n. 20690

Sulla necessità della forma scritta per la stipula e per il rinnovo del contratto

1. In tema di attività *jure privatorum* della P.A., deve ribadirsi che i contratti degli enti pubblici devono essere stipulati, a pena di nullità, in forma scritta, la quale assolve una funzione di garanzia del regolare svolgimento dell'attività amministrativa, permettendo d'identificare con precisione il contenuto del programma negoziale, anche ai fini della verifica della necessaria copertura finanziaria e dell'assoggettamento al controllo dell'autorità tutoria. Ciò comporta non solo l'esclusione della

possibilità di desumere l'intervenuta stipulazione del contratto da una manifestazione di volontà implicita o da comportamenti meramente attuativi, ma anche la necessità che, salvo diversa previsione di legge, l'intera vicenda negoziale sia consacrata in un unico documento, contenente tutte le clausole destinate a disciplinare il rapporto.

2. Il principio secondo cui i contratti degli enti pubblici devono essere stipulati, a pena di nullità, in forma scritta trova applicazione non soltanto in sede di conclusione del contratto, ma anche in sede di eventuale rinnovazione dello stesso, a meno che quest'ultima non sia prevista come effetto automatico da apposita clausola, nonché alle modificazioni che le parti intendano in seguito apportare alla disciplina concordata, le quali devono pertanto risultare da un atto posto in essere nella medesima forma del contratto originario, richiesta anche in tal caso *ad substantiam*, non potendo essere introdotte in via di mero fatto mediante l'adozione di pratiche difformi da quelle precedentemente convenute, ancorché le stesse si siano protratte nel tempo e rispondano ad un accordo tacitamente intervenuto tra le parti in epoca successiva.

3. La ricaduta del regime formalistico applicabile ai contratti degli enti pubblici fa sì che, sul versante dell'interpretazione del contratto, è predicabile il principio secondo cui la ricerca della comune intenzione delle parti, ove il senso letterale delle parole presenti un margine di equivocità, deve aver luogo, con riferimento agli elementi essenziali del contratto, soltanto attingendo alle manifestazioni di volontà contenute nel testo scritto, mentre non è consentito valutare il comportamento complessivo delle parti, anche successivo alla stipulazione, in quanto la formazione del consenso non può spiegare rilevanza ove non sia stata incorporata nel documento scritto.

4. In tema di appalto di opere pubbliche deve escludersi l'applicabilità del principio secondo cui la fattura commerciale, avuto riguardo alla sua formazione unilaterale ed alla funzione di far risultare documentalmente elementi relativi all'esecuzione di un contratto, possa modificare il contenuto del contratto, atteso che l'onere della forma scritta, imposto *ad substantiam* per i contratti degli enti pubblici, impedisce non solo di ritenerne provata la stipulazione, in assenza dell'atto dotato del predetto requisito, ma anche di attribuire alla produzione delle fatture l'efficacia di comportamento processuale implicitamente ammissivo del diritto sorto dal contratto.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 13 ottobre 2016 n. 4238

Sulla certificazione di qualità

1. Gli artt. 43 e 44 d.lgs. n. 163/2006, rispettivamente in tema di norme di garanzia della qualità e norme di gestione ambientale, stabiliscono che i requisiti richiesti per la partecipazione alla gara possano essere provati utilizzando tre diversi strumenti: a) certificati rilasciati da organismi indipendenti accreditati; b) certificati equivalenti rilasciati da organismi stabiliti in altri Stati membri; c) altre prove relative all'impiego di misure equivalenti di garanzia della qualità prodotte dagli operatori economici. Si tratta di strumenti utili allo stesso modo per raggiungere il risultato di poter dimostrare di avere i requisiti per la partecipazione alla procedura di gara; in base a tali norme, l'impresa partecipante deve poter provare l'esistenza della qualificazione con mezzi idonei che garantiscano un soddisfacente grado di certezza, nel limite della ragionevolezza e della proporzionalità della previsione della legge speciale di gara, la quale deve garantire la massima partecipazione.

2. La produzione di un certificato di qualità non rilasciata da soggetto accreditato non può comportare *ex se* l'esclusione da una procedura di gara, ma impone all'Amministrazione una valutazione in ordine al concreto possesso dei requisiti in capo al concorrente; valutazione che ben può avvenire anche attraverso l'esame della detta certificazione, giacché ciò che il legislatore ha inteso scongiurare è la possibilità che imprese prive dei necessari requisiti possano partecipare alla procedura di gara.

TAR LOMBARDIA – MILANO, SEZ. IV – sentenza 14 ottobre 2016 n. 1865

Sulle gare telematiche e sulle modalità di trasmissione degli atti

1. La sempre maggiore diffusione delle gare svolte con modalità informatiche pone in capo agli operatori una “peculiare diligenza nella trasmissione degli atti di gara”, con conseguente impossibilità di addossare alla stazione appaltante ogni tipo di anomalia nel meccanismo di invio e ricezione, salva la prova del malfunzionamento del sistema “pubblico” per la trasmissione delle offerte, con la specificazione che spetta al concorrente offrire un principio di prova del suddetto malfunzionamento.

2. Le imprese partecipanti ad una gara, a fronte di un preciso termine di presentazione delle offerte, conosciuto con congruo anticipo, hanno l’onere di predisporre la propria organizzazione in modo da ottemperare con tempestività al termine medesimo: pertanto, la causa di forza maggiore che, in ipotesi, renderebbe scusabile il ritardo, potrebbe consistere solo in un evento tale da impedire, in modo assoluto e per tutti i possibili concorrenti, fin dalla conoscenza del termine di gara, la possibilità di scelta, non solo dei vari sistemi di spedizione e consegna, ma altresì del giorno in cui effettuarle.

46

TAR LIGURIA, SEZ. II – sentenza 17 ottobre 2016 n. 1023

Sull’applicabilità del soccorso istruttorio in caso di mancato impegno del fideiussore

Si può fare ricorso all’istituto del soccorso istruttorio, nel caso in cui non sia stato prodotto l’impegno del fideiussore di costituire la cauzione definitiva, trattandosi di dichiarazione che non attiene al contenuto dell’offerta.

TAR LOMBARDIA – MILANO, SEZ. I – sentenza 17 ottobre 2016 n. 1871

Sulla necessità di una procedura selettiva per l’autorizzazione ad installare cartelloni pubblicitari

E’ legittimo il provvedimento con il quale un Comune ha rigettato una istanza avanzata da una società, tendente ad ottenere il rilascio, in via diretta, dell’autorizzazione alla installazione di un elevato numero di impianti pubblicitari che sia motivato con riferimento alla necessità di esperire preventivamente una procedura di evidenza pubblica; infatti, essendo il mercato degli spazi pubblici destinati agli impianti pubblicitari contingentato, è necessaria la sottoposizione a procedure pubbliche e trasparenti di ogni tipo di attribuzione ai privati di utilità economicamente appetibili.



CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 18 ottobre 2016 n. 4343

Sulle modalità di determinazione del valore della concessione

E' illegittimo il bando di gara per l'affidamento dell'appalto del servizio di ristoro mediante distributori automatici, nella parte in cui prevede che il valore della concessione è determinato sulla base del parametro del canone concessorio, anziché del fatturato; infatti, il valore della concessione non può essere computato con riferimento al c.d. "ristorno" e cioè al costo della concessione, che è un elemento del tutto eventuale, ma deve essere calcolato sulla base del fatturato generato dal consumo dei prodotti da parte degli utenti del servizio di distribuzione automatica.

Secondo il Collegio, la correttezza di detto criterio di calcolo risulta confermata dalla previsione contenuta nella direttiva 2014/23/UE che ha stabilito all'art. 8, comma 2, rubricato "soglia e metodo di calcolo del valore stimato delle concessioni" che "... Il valore di una concessione è costituito dal fatturato totale del concessionaria generato per tutta la durata del contratto, al netto dell'IVA, stimato dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore, quale corrispettivo dei lavori e dei servizi oggetto della concessione, nonché per le forniture accessorie a tali lavori e servizi. Tale valore stimato è valido al momento dell'invio del bando....". Inoltre, il comma 3 stabilisce che il valore della concessione deve essere calcolato secondo un metodo oggettivo specificato nei documenti della concessione, indicando poi gli stessi elementi di valutazione, consentendo alle imprese di poter verificare anche i criteri utilizzati dalla stazione appaltante per la sua commisurazione. Detta disposizione è stata recepita nell'art. 167 del D.Lgs. n. 50/2016.

TAR UMBRIA, SEZ. I – sentenza 19 ottobre 2016 n. 653

Sull'indicazione del fatturato in caso di concessione

E' illegittimo il bando di gara indetto da una ASL per l'affidamento dell'appalto del servizio di ristoro mediante distributori automatici, ove nella *lex specialis* sia stata omessa la esatta indicazione del fatturato stimato della concessione immessa nel mercato; tale omissione, infatti, rende soltanto apparente la possibilità per gli operatori interessati di formulare un'offerta consapevole, con il risultato di restringere se non impedire ingiustificatamente la partecipazione alla gara.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 24 ottobre 2016 n. 4414

Sulla doverosità del soccorso istruttorio in caso di mancata indicazione degli oneri di sicurezza interna per le gare espletate in vigenza del precedente codice dei contratti

In conformità a quanto affermato dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (n. 19 del 2016), deve ritenersi che, per le gare bandite anteriormente all'entrata in vigore del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, nelle ipotesi in cui l'obbligo di indicazione separata dei costi di sicurezza aziendale non sia stato specificato dalla legge di gara, e non sia in contestazione che dal punto di vista sostanziale l'offerta rispetti i costi minimi di sicurezza aziendale, l'esclusione del concorrente non possa essere disposta se non dopo che lo stesso sia stato invitato a regolarizzare l'offerta dalla stazione appaltante nel doveroso esercizio dei poteri di soccorso istruttorio.



CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 24 ottobre 2016 n. 4476

Sulla necessità di esperire una procedura di gara per la locazione di locali e la fornitura di servizi

Solo la contrattuale “disponibilità di locali” per un periodo di tempo determinato può qualificarsi come locazione in senso proprio e stretto, riguardando soltanto la detenzione provvisoria un immobile considerato nella sua consistenza fisica e funzionale; situazione che non ricorre allorché la detenzione è collegata a una serie di servizi e di forniture, che concretizzano ulteriori prestazioni nient’affatto “accessorie” o “complementari”, poiché senza di esse la pura disponibilità dei locali è inidonea a soddisfare le esigenze della PA (Cons. Stato, V, 1 luglio 2015 n. 3265).

48

TAR TOSCANA, SEZ. I – sentenza 24 ottobre 2016 n. 1524

Sull'irrilevanza di una offerta tecnica di maggiori dimensioni

Non può ritenersi illegittima l’aggiudicazione di una gara di appalto esperita con modalità telematiche, per il solo fatto che il file contenente l’offerta tecnica presentata dall’aggiudicatario abbia dimensioni più ampie di quelle prescritte dal bando di gara. Anche perché non vi era certezza che la maggiore ampiezza del file utilizzato dalla controinteressata abbia favorito una più convincente descrizione dell’offerta a cui di conseguenza sarebbe stata, per tal motivo, attribuito il miglior punteggio.

In virtù del principio di tassatività delle cause di esclusione, il superamento delle dimensioni dell’offerta (non rileva se in forma cartacea o digitale) non può costituire, di per sé motivo, per l’estromissione dalla procedura dell’impresa che non vi si sia attenuta.

TAR LAZIO – ROMA, SEZ. II – sentenza 26 ottobre 2016 n. 10598

Sulle modalità di estinzione delle condanne

L’estinzione della condanna penale a seguito del decorso del termine previsto dall’art. 460, comma 5 c.p.p. non è automatica e legata al mero decorso del tempo (due o cinque anni dalla commissione del fatto a seconda che si tratti di una contravvenzione o di un delitto), ma deve essere formalizzata in una pronuncia espressa del giudice dell’esecuzione penale.

Sull’escussione della cauzione provvisoria

L’escussione della cauzione per il concorrente opera anche nel caso in cui non corrisponda al vero quanto dichiarato in occasione della rappresentazione di requisiti generali.

AUTORITA' NAZIONALE ANTICORRUZIONE - comunicato del presidente del 26 ottobre 2016 (pubblicato il 14 novembre 2016) - Oggetto: Indicazioni alle stazioni appaltanti e agli operatori economici sulla definizione dell’ambito **soggettivo dell’art. 80** del d.lgs. 50/2016 e sullo svolgimento delle verifiche sulle dichiarazioni sostitutive rese dai concorrenti.



AUTORITA' NAZIONALE ANTICORRUZIONE – **Linee guida n. 3**, di attuazione del D.Lgs. n. 50/2016 –
Oggetto: Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento (RUP) per l'affidamento di appalti e
concessioni (deliberazione n. 1096 del 26 ottobre 2016, in G.U. n. 273 del 22 novembre 2016).

AUTORITA' NAZIONALE ANTICORRUZIONE – **Linee guida n. 4**, di attuazione del D.Lgs. n. 50/2016 –
Oggetto: Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza
comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici (deliberazione n.
1097 del 26 ottobre 2016).

TAR CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. V – sentenza 27 ottobre 2016 n.
4975

Sull'ipotesi di mera irregolarità della dichiarazione

La precisazione resa in sede di soccorso istruttorio secondo cui l'impresa ha partecipato singolarmente e non quale impresa consorziata configura solo un chiarimento non essenziale di mera specificazione del contenuto di una dichiarazione *ex se* sufficientemente comprensiva, con conseguente non onerosità del meccanismo integrativo e irrilevanza dell'omesso pagamento della somma.

CORTE DI CASSAZIONE, SEZ. II CIVILE – sentenza 27 ottobre 2016
n. 21763

Sulla nullità dell'incarico conferito senza copertura finanziaria

1. Nelle deliberazioni dei Comuni che importino spese, la indicazione del mezzo per farvi fronte deve tradursi, ai sensi dell'art. 284 del r.d. 3 marzo 1934 n. 383 (applicabile "*ratione temporis*"), nel riferimento ad un mezzo di copertura della spesa che sia attuale, certo e precisamente indicato; viceversa, la indicazione di un mezzo di copertura della spesa che sia ipotetico, solo possibile, indicato alternativamente e, comunque, non certo e non attuale comporta la nullità della deliberazione ai sensi dell'art. 288 dello stesso T.U.. La delibera con la quale un Comune conferisce un incarico professionale ed il contratto stipulato in base a tale delibera sono affetti da nullità, ove carenti del reale riferimento ai mezzi finanziari necessari al pagamento della corrispondente spesa per il compenso del professionista incaricato, all'uopo rivelandosi insufficiente il solo generico e formale richiamo ("possibilità di finanziamento a mezzo mutuo da contrarre con la Cassa DD.PP.") a mezzi di copertura della stessa non effettivamente pertinenti alle opere deliberate.



CORTE DI CASSAZIONE, SEZ. I CIVILE – sentenza 27 ottobre 2016 n. 21746

Sul rapporto tra autorità concedente e soggetto concessionario

La ‘concessione di sola costruzione’ conferita dalla P.A. non solo obbliga il concessionario a compiere l’opera pubblica, come nell’appalto, ma lo investe di poteri e facoltà proprie dell’ente concedente, quali la progettazione dell’opera o dei lavori, la direzione degli stessi, la sorveglianza, la scelta degli appaltatori, e le attività tecniche e/o amministrative preparatorie o connesse o comunque accessorie all’esecuzione dei lavori stessi; sostituendosi il concessionario all’amministrazione concedente nello svolgimento dell’attività organizzativa e direttiva necessaria per realizzare l’opera pubblica, nessun affidamento del concessionario possono ingenerare note o comunicazioni dell’amministrazione concernenti lo stato di elaborazione ed approvazione della progettazione da parte dell’ente, comprese eventuali varianti in corso d’opera, anche con riferimento al reperimento della necessaria provvista finanziaria.

50

La concessione di sola costruzione non solo obbliga il concessionario a compiere l’opera pubblica (cioè a svolgere la semplice attività materiale di sua costruzione, come nell’appalto), ma lo investe di poteri e facoltà proprie dell’ente concedente, quali, ad esempio, la progettazione dell’opera o dei lavori, la direzione degli stessi, la sorveglianza, la scelta degli appaltatori. Ne consegue che al medesimo competono, insieme alla realizzazione dell’opera, tutte indistintamente le fasi dei lavori pubblici commissionati, ivi incluse le attività tecniche e/o amministrative preparatorie o connesse o comunque accessorie all’esecuzione dei lavori stessi (cfr. Cass. nn. 4145/2003; 2308/2016).

Ed invero, allorché la pubblica amministrazione affidi ad un privato la realizzazione di opere programmate nell’interesse pubblico, il rapporto non può definirsi di delegazione amministrativa, che è istituto peculiare del diritto pubblico e non può configurarsi che tra enti pubblici diversi (delegazioni intersoggettive) o tra organi diversi dello stesso ente pubblico (delegazione interorganica), ricorrendo, invece, o la figura dell’appalto, ove l’affidamento sia strettamente limitato all’esecuzione del lavoro, ovvero quella della concessione, caratterizzata dal trasferimento, in tutto o in parte, al concessionario dell’esercizio delle funzioni oggettivamente pubbliche (progettazione di massima ed esecutiva, direzione dei lavori, e perfino – laddove si versi in ipotesi di concessione traslativa – acquisizione delle aree mediante provvedimenti ablatori, ecc.) necessarie per la realizzazione delle opere (cfr. Cass. 6474/1983).

Ne consegue che il concessionario si sostituisce all’amministrazione nello svolgimento dell’attività organizzativa e direttiva necessaria per realizzare l’opera pubblica e diviene, in veste di soggetto attivo del rapporto attuativo della concessione, l’unico titolare di tutte le obbligazioni che ad esso si ricollegano (Cass. 26261/2007).

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 27 ottobre 2016 n. 4528

Sulla regolarizzabilità mediante il soccorso istruttorio della cauzione provvisoria irregolare

Gli artt. 38, comma 2-bis, e 46, comma 1-ter, del d.lgs. n. 163/2006, come introdotti dal d.l. n. 90/2014, convertito nella legge n. 144/2014, consentono la regolarizzazione – testualmente, prescindendo dagli stati soggettivi del concorrente relativi all’imputabilità o meno dell’omissione o della irregolarità – in ogni ipotesi di “mancanza, incompletezza o irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni, anche di soggetti terzi, che devono essere prodotte dai concorrenti in base alla legge, al bando e al disciplinare di gara”; la latitudine applicativa della disposizione consente di comprendere nell’ambito del soccorso



istruttorio l'irregolarità della cauzione provvisoria e della dichiarazione di impegno alla costituzione della cauzione definitiva.

Secondo il Giudicante, a fronte dell'orientamento secondo il quale la mancata presentazione o i vizi della cauzione provvisoria *ex art. 75 del d.lgs. 163/2006* non costituiscono causa di esclusione ma irregolarità sanabile, non rientrando tra le ipotesi considerate dall'art. 46, comma 1-*bis* (cfr. Cons. Stato, III, n. 5781/2013; V, n. 687/2015; III, n. 3918 o 6918/2015; in ultimo, V, n. 424/2016), è stato obiettato che l'art. 75, al comma 8, prevede espressamente l'esclusione per la carenza dell'impegno del fideiussore a rilasciare la garanzia per l'esecuzione del contratto (cauzione definitiva), che invece costituisce elemento essenziale dell'offerta (cfr. Cons. Stato, VI, n. 3198/2016), e che una garanzia invalida, perché rilasciata da soggetto non abilitato, determina l'invalidità anche dell'impegno che tale garante ha assunto alla prestazione della garanzia definitiva. Tuttavia, secondo la sentenza, detta previsione non impedisce che trovi applicazione il soccorso istruttorio di cui all'art. 38, comma 2-bis e 46, comma 1-ter, e che solo in caso di inadempimento dell'integrazione entro il termine assegnato si determini l'esclusione dalla gara.

TAR CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. III – sentenza 31 ottobre 2016 n. 5014

Sulla segretezza dell'offerta economica

I documenti che compongono l'offerta economica devono essere contenuti in una busta debitamente chiusa e separata dalla documentazione per l'ammissione alla gara e per l'offerta tecnica, e tale plico non deve essere aperto dalla Commissione giudicatrice prima di aver completato la valutazione delle offerte tecniche. Pertanto, nella busta contenente l'offerta tecnica, al fine di evitare la violazione del principio di segretezza, non deve essere inserito alcun documento che contenga informazioni rilevanti ai fini della individuazione dell'offerta economica, essendo ammessi soltanto quegli elementi economici che, in base alla *lex specialis* di gara e nel rispetto dei principi di parità di trattamento e di imparzialità, siano utili e doverosi ai fini della valutazione della qualità tecnica senza concorrere a determinare anche l'offerta economica.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 31 ottobre 2016 n. 4558

Sul possesso dei requisiti per tutta la durata della gara e del contratto

1. Conformemente a quanto affermato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (1), deve ritenersi che, nelle gare di appalto per l'aggiudicazione di contratti pubblici, i requisiti generali e speciali devono essere posseduti dai candidati non solo alla data di scadenza del termine per la presentazione della richiesta di partecipazione alla procedura di affidamento, ma anche per tutta la durata della procedura stessa fino all'aggiudicazione definitiva ed alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell'esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità; invero, in base ai canoni dell'imparzialità e della par condicio, non si può consentire che vengano ammesse alla gara offerte provenienti da soggetti sprovvisti dei requisiti: questi, in ragione della loro peculiare rilevanza sul piano economico e tecnico, per la legge prevede debbono essere "a qualificazione obbligatoria"; la qualificazione, insomma, deve essere valutata "in gara" (v. art. 88 d.P.R. n. 207 del 2010)."



Sulla regolarità fiscale

2. Va esclusa da una gara una impresa che, pur possedendo il requisito della regolarità fiscale al momento della domanda, l'ha perso prima dell'aggiudicazione definitiva, essendo intervenuta una cartella esattoriale che non è stata impugnata, a nulla rilevando che, sempre in corso di gara, dopo la formulazione della graduatoria e prima dell'aggiudicazione definitiva, è stata formalizzata l'intesa per la rateizzazione. Questa intesa non può essere considerata una regolarizzazione ex post, da qualificarsi come effetto automatico discendente dalla mera richiesta dell'interessato; è piuttosto una concessione ad opera dell'esattore riguardo l'adempimento di un debito ormai scaduto e non contestato nei termini di legge.

Sul possesso dei requisiti in capo all'impresa ausiliaria

3. Nelle gare di appalto, per l'accertamento dei requisiti di ordine generale, tecnico-professionali ed economici, vi è piena equiparazione tra gli operatori economici offerenti in via diretta e gli operatori in rapporto di avvalimento; perciò vi è parità di situazione tra i primi e tra gli imprenditori con possesso solo mediato e indiretto dei requisiti di partecipazione alla gara; vi è coerente l'esclusione per chi si avvale però di un soggetto ausiliario privo di uno di questi requisiti.

Sul risarcimento dei danni

4. Nel caso in cui all'impresa ricorrente che si era graduata seconda in graduatoria non sia possibile accordare un risarcimento in forma specifica, cioè il subentro nel contratto, vista ormai l'avvenuta esecuzione delle opere, residua il risarcimento in forma generica che va quantificato secondo i seguenti parametri: a) in primo luogo va escluso il richiesto danno emergente circa le spese per la partecipazione alla gara; infatti la partecipazione non è un effetto lesivo, ma è solo il presupposto di base nel cui contesto si è poi manifestato il fatto lesivo; b) in secondo luogo il lucro cessante, cioè il mancato guadagno per ingiusta collocazione in graduatoria, va commisurato sull'importo offerto, altrimenti un calcolo fatto sull'importo a base d'asta porterebbe ad un indebito arricchimento; c) il lucro cessante va calcolato nel 10% dell'importo offerto dalla impresa, composto come segue: 1) il 7% appare misura congrua, perché la impresa ricorrente non ha dato la dimostrazione di un'inerzia di personale e mezzi nelle more dell'esecuzione delle opere (2); nondimeno il parametro di quantificazione non appare ridicibile al minimo corrente del 5%, vista la certezza, a quel punto, che in un ipotetico svolgimento della procedura senza i vizi riscontrati, l'impresa classificatasi seconda sarebbe risultata aggiudicataria; 2) il 3% corrisponde alla perdita di chances stimabile in via equitativa e commisurabile alla media di tale forma di risarcimento secondo la giurisprudenza.

TAR CALABRIA – REGGIO CALABRIA, SEZ. I – sentenza 2 novembre 2016 n. 1079

Sulla possibilità di sostituire una consorziata in corso di gara

E' illegittima la esclusione di un consorzio stabile da una gara di appalto di lavori, motivata con riferimento al fatto che una consorziata è stata raggiunta da una misura interdittiva antimafia, ove il consorzio stesso, in corso di gara, abbia tempestivamente inoltrato alla P.A. formale richiesta di sostituzione della suddetta consorziata, ai sensi dell'art. 95 del codice antimafia; deve, infatti, essere garantita l'estensione del sistema delle esclusioni previsto per le associazioni temporanee di impresa anche ai consorzi qualunque siano le modalità attraverso le quali essi partecipano ad una procedura di gara, ove una delle imprese associate (o consorziate) sia raggiunta da informativa prefettizia interdittiva



sancendo che la sostituzione della impresa raggiunta da interdittiva va consentita da parte della stazione appaltante anche prima della stipula del contratto.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 3 novembre 2016 n. 4606

Sul requisito della regolarità fiscale

E' legittima – in ragione della irregolarità fiscale grave e definitivamente accertata – la esclusione di una ditta da una gara di appalto, che sia motivata con riferimento al difetto del possesso del requisito della regolarità fiscale, ove la ditta interessata, dapprima sia stata ammessa al beneficio del pagamento rateale di un debito tributario superiore ad Euro 10.000,00, e, successivamente, sia decaduta dal medesimo beneficio per mancato pagamento di una rata; infatti, ai sensi del comma 2, dell'art. 38, d. lgs. n. 163 del 2006, applicabile *ratione temporis*, la previsione espulsiva di cui al comma 1, lettera g) deve essere intesa nel senso: a) che si intendono gravi le violazioni che comportano un omesso pagamento di imposte e tasse per un importo superiore all'importo di cui all'articolo 48-bis, commi 1 e 2-bis, del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602 (i.e.: per oltre diecimila euro); b) che costituiscono violazioni definitivamente accertate quelle relative all'obbligo di pagamento di debiti per imposte e tasse certi, scaduti ed esigibili.

53

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 3 novembre 2016 n. 4617

Sulla non necessità di indicare il nome del subappaltatore

In conformità a quanto affermato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (n. 9 del 2015), deve ritenersi che, in sede di offerta, non sia necessaria l'indicazione nominativa dell'impresa subappaltatrice, anche nel caso in cui la concorrente sia sprovvista del requisito di qualificazione per alcune categorie scorporabili e abbia manifestato l'intenzione di subappaltare le relative lavorazioni; infatti, in linea generale, deve escludersi l'obbligatorietà dell'indicazione del nominativo del subappaltatore già in sede di presentazione dell'offerta, anche nell'ipotesi in cui il concorrente non possieda la qualificazione nelle categorie scorporabili previste dall'art. 107, comma 2, del d.P.R. 207/2010 (c.d. subappalto necessario).

TAR LAZIO – ROMA, SEZ. III – sentenza 7 novembre 2016 n. 11025

Sul risarcimento dei danni in caso di illegittima revoca dell'aggiudicazione

Nel caso di risarcimento dei danni derivanti da illegittima revoca dell'aggiudicazione provvisoria di una gara di appalto, si realizza un'ipotesi di responsabilità da "contatto qualificato", ricadente nella fattispecie di cui all'art. 2043 c.c., che si è concretizzata in una cattiva gestione del procedimento di gara; ne discende che, pur non essendo applicabili al caso in questione i principi propri del risarcimento dei danni da lesione dell'interesse contrattuale negativo (ascrivibili cioè alla mancata stipulazione), essendosi il procedimento di gara arrestato prima di tale momento, dovranno comunque essere risarcite, a titolo di danno emergente, le sole spese documentate ed effettivamente sostenute dalle ricorrenti per la redazione del progetto presentato in sede di gara. Per quanto riguarda il lucro cessante, dovrà invece essere risarcito il danno derivante dalla condotta colpevole della stazione appaltante (nella specie liquidato nella misura del 2% del prezzo offerto in sede di gara).



TAR TOSCANA, SEZ. I – sentenza 7 novembre 2016 n. 1592 – Pres. Pozzi, Est. Bellucci

Sull'illegittimità dell'esclusione in caso di requisito posseduto dal concorrente

E' illegittima la esclusione di una ditta da una gara di appalto per un vizio riguardante il contratto di avvalimento nel caso in cui comunque risulti che la ditta stessa possedga in proprio (e cioè anche senza l'intervento della ditta ausiliaria) i requisiti di capacità tecnica richiesti dalla *lex specialis* di gara, con la conseguenza che l'invalidità del contratto di avvalimento, in tale ipotesi, deve ritenersi irrilevante e tale da non viziare la partecipazione al procedimento selettivo.

TAR TOSCANA, SEZ. I – sentenza 7 novembre 2016 n. 1591

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

1. La dichiarazione di avvalimento e la relativa scheda di avvalimento prodotte in sede di gara costituiscono atti unilaterali, privi della forma e dei contenuti propri del contratto, che non possono essere considerati equivalenti al contratto stesso, atteso che, da un lato, difetta, nei predetti documenti, lo scambio dei consensi delle parti configurante l'incontro di proposta e accettazione contrattuale, dall'altro mancano la specificazione dei reciproci impegni e la determinazione delle risorse assicurate dall'ausiliaria.

2. In forza dei principi a tutela della "par condicio" dei concorrenti, deve ritenersi che attraverso il "soccorso istruttorio" possa essere consentita una integrazione di documentazione valida, ma non possa essere consentita la "sostituzione" di un contratto nullo già prodotto in sede di presentazione dell'offerta, con un successivo contratto valido posto in essere successivamente alla presentazione dell'offerta a seguito della contestazione di nullità dell'originario contratto; si deve quindi escludere la sanabilità con il soccorso istruttorio del vizio della mancanza del contratto di avvalimento, che si risolverebbe in un'inammissibile integrazione postuma della originaria carenza – al momento della partecipazione alla gara – dei requisiti di partecipazione richiesti.

3. Il contratto di avvalimento, lungi dall'essere un mero documento da allegare alla domanda per dimostrare il possesso di un requisito, è il presupposto stesso per la partecipazione alla gara, fornendo all'avvalente il requisito mancante: sicché, in ogni caso, il soccorso istruttorio non può essere strumentalmente utilizzato per l'acquisizione, ex post, di un requisito di partecipazione mancante alla data di presentazione dell'offerta, poiché, in questo modo, si altererebbe la "par condicio" tra i concorrenti.

4. È legittima l'esclusione da una gara di appalto di una impresa che ha prodotto il contratto di avvalimento trasmesso attraverso la piattaforma "Start", ad esito di soccorso istruttorio, il quale risultava firmato digitalmente successivamente al termine di scadenza di presentazione dell'offerta. In tal caso, infatti, le firme sono state apposte sul contratto di avvalimento dopo la scadenza del termine di presentazione delle offerte, con la conseguenza che il medesimo non era esistente al momento della partecipazione alla gara, ma solo successivamente, allorquando era già scaduto il termine di presentazione delle offerte. La produzione del suddetto contratto da parte della impresa interessata si è quindi tradotta nell'acquisizione tardiva di un requisito di partecipazione, non sanabile nemmeno attraverso il soccorso istruttorio, stante la preminenza del principio della "par condicio" dei concorrenti.

5. Il contratto di avvalimento deve riportare in modo esauriente l'oggetto e le risorse messe a disposizione, ovvero deve assolvere ai requisiti di specificità e determinatezza imposti dall'art. 88 del d.p.r. n. 207/2010, il quale esprime un principio generale valevole non solo per gli appalti di lavori, ma anche per gli appalti di servizi e forniture.



TAR EMILIA ROMAGNA – BOLOGNA, SEZ. II – sentenza 8 novembre 2016 n. 917

Sulla discrezionalità nell'introduzione di requisiti più rigorosi

In sede di predisposizione della *lex specialis*, l'Amministrazione è legittimata ad introdurre disposizioni atte a limitare la platea dei concorrenti, onde consentire la partecipazione alla gara stessa di soggetti particolarmente qualificati, specie per ciò che attiene al possesso di requisiti di capacità tecnica e finanziaria, tutte le volte in cui tale scelta non sia eccessivamente quanto irragionevolmente limitativa della concorrenza, in quanto correttamente esercitata attraverso la previsione di requisiti pertinenti e congrui rispetto allo scopo perseguito.

Sulla discrezionalità della suddivisione in lotti

Nella determina a contrarre le stazioni appaltanti indicano la motivazione circa la mancata suddivisione dell'appalto in lotti; tuttavia, secondo la giurisprudenza costante, l'opzione sottesa alla suddivisione o meno in lotti dell'appalto è espressiva di una scelta discrezionale, non suscettibile di essere censurata in base a criteri di mera opportunità, tanto più nel caso in cui l'unitarietà sia imposta dall'oggetto dell'appalto e dalle modalità esecutive scaturenti dalla situazione materiale e giuridica dei luoghi entro cui operare.

TAR PUGLIA – BARI, SEZ. III – sentenza 8 novembre 2016 n. 1262

Sul termine di impugnazione degli atti di gara

1. Nel caso in cui il bando di gara sia stato pubblicato sia nella G.U.R.I. che nella G.U.C.E. in data successiva al 19 aprile 2016, il procedimento di gara è soggetto alla disciplina prevista dal nuovo codice dei contratti pubblici di cui al d. lgs 18 aprile 2016 n. 50. In particolare tale procedura di gara è soggetta alle previsioni di cui all'art. 120, comma 2 *bis* (introdotto dall'art. 204, comma 1, lett. b) per cui occorre procedere all'immediata impugnazione del provvedimento relativo all'ammissione delle concorrenti, nel termine di trenta giorni, decorrente dalla pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante, a pena di inammissibilità dell'impugnazione dei successivi atti della procedura di affidamento, anche con ricorso incidentale.

2. La novella legislativa di cui all'art. 120, comma 2 *bis*, c.p.a. confligge con il quadro giurisprudenziale, storicamente consolidatosi, atteso che veicola nell'ordinamento l'onere di immediata impugnazione dell'ammissione di tutti gli operatori economici – quale condizione di ammissibilità della futura impugnazione del provvedimento di aggiudicazione – anche in carenza di un'effettiva lesione od utilità concreta.

3. Se l'impresa assiste, tramite rappresentante, alla seduta in cui vengono adottate determinazioni in ordine all'esclusione della sua offerta, è in tale seduta che l'impresa acquisisce la piena conoscenza del provvedimento ed è dalla data della stessa seduta che decorre il termine per impugnare il medesimo provvedimento, mentre la presenza di un rappresentante della ditta partecipante alla gara di appalto in quella seduta non comporta *ex se* la piena conoscenza dell'atto di esclusione ai fini della decorrenza del termine per l'impugnazione solo qualora il rappresentante stesso non sia munito di apposito mandato o non rivesta una specifica carica sociale ovvero non ricorrano i casi in cui la conoscenza avuta dal medesimo sia riferibile alla società concorrente. Tale principio, affermato in materia di esclusione dal procedimento di gara, deve ritenersi utilizzabile, nel nuovo codice, anche per i provvedimenti di ammissione (equiparati, nella loro portata lesiva, ai provvedimenti di esclusione), di talchè, laddove sia ravvisabile la piena conoscenza dell'atto di ammissione da parte dei rappresentanti della ditta controinteressata, presenti alla seduta pubblica e muniti di apposito mandato, è da tale seduta che decorre il termine per impugnare l'atto.



Sul concetto di servizi analoghi

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

CORTE DI GIUSTIZIA U.E., SEZ. IX – sentenza 10 novembre 2016
(causa C-199/15)

Sulla regolarità contributiva alla data della domanda di partecipazione

L'articolo 45 della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, deve essere interpretato nel senso che non osta a una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che obbliga l'amministrazione aggiudicatrice a considerare quale motivo di esclusione una violazione in materia di versamento di contributi previdenziali ed assistenziali risultante da un certificato richiesto d'ufficio dall'amministrazione aggiudicatrice e rilasciato dagli istituti previdenziali, qualora tale violazione sussistesse alla data della partecipazione ad una gara d'appalto, anche se non sussisteva più alla data dell'aggiudicazione o della verifica d'ufficio da parte dell'amministrazione aggiudicatrice.

CORTE DI GIUSTIZIA U.E., SEZ. VI – ordinanza 10 novembre 2016
(causa C-162/16)

Sugli oneri di sicurezza interni e sull'applicabilità del soccorso istruttorio

Ostano all'esclusione di un offerente dalla procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico a seguito dell'inosservanza, da parte di detto offerente, dell'obbligo di indicare separatamente nell'offerta i costi aziendali per la sicurezza sul lavoro, obbligo il cui mancato rispetto è sanzionato con l'esclusione dalla procedura e che non risulta espressamente dai documenti di gara o dalla normativa nazionale, bensì emerge da un'interpretazione di tale normativa e dal meccanismo diretto a colmare, con l'intervento del giudice nazionale di ultima istanza, le lacune presenti in tali documenti.

I principi della parità di trattamento e di proporzionalità devono inoltre essere interpretati nel senso che non ostano al fatto di concedere a un tale offerente la possibilità di rimediare alla situazione e di adempiere detto obbligo entro un termine fissato dall'amministrazione aggiudicatrice.



CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 11 novembre 2016 n. 4685

Sull'omessa dichiarazione di una precedente violazione

Va esclusa da una gara di appalto una impresa che, in violazione dell'obbligo di dichiarazione di cui all'articolo 38, comma 1, lettera e) del d.lgs. n. 163 del 2006 (il quale fa riferimento alla commissione di "gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di sicurezza e a ogni altro obbligo derivante dai rapporti di lavoro"), non ha dichiarato una condanna per aver fatto ricorso alla figura dell'appalto di mera somministrazione di lavoro (una figura che denota un atteggiamento di parte datoriale nel suo complesso ispirata a complessiva slealtà, comportando in via surrettizia una rilevante compromissione dei diritti dei lavoratori coinvolti); in tal caso la gravità delle condotte illecite commesse non consente di invocare a discopla la circostanza per cui le stesse risalissero ad alcuni anni addietro.

57

TAR SICILIA – CATANIA, SEZ. III – sentenza 14 novembre 2016 n. 2936

Sul diritto di accesso agli atti di gara

Sussiste il diritto di una ditta operante in un determinato settore del mercato di accedere agli atti riguardanti una serie di procedure concorsuali indette da un Comune, nell'arco temporale di un triennio, volte all'individuazione di un contraente operante nel medesimo settore, alle quali l'accedente non è stata invitata ove, con la domanda di accesso, la ditta istante lamenti irregolarità commesse dalle imprese aggiudicatrici nel corso dell'esecuzione degli appalti. Infatti, ove l'impresa accedente, a seguito dell'esercizio del diritto di accesso, acquisisca la prova di (eventuali) irregolarità commesse dalle imprese aggiudicatrici nel corso dell'esecuzione degli appalti, ha la possibilità di intimare alle Amm.ni interessate di provvedere a revocare gli affidamenti; ciò dimostra in concreto l'utilità della documentazione richiesta in ostensione, al fine di tutela della posizione di operatore del settore a fronte di affidamenti diretti ai quali (peraltro) non risulta che l'impresa accedente non è stata invitata.

TAR LAZIO – ROMA, SEZ. II – sentenza 14 novembre 2016 n. 11286

Sulla doverosità dell'esclusione in caso di dichiarazione non veritiera e sul falso innocuo

1. E' legittimo il provvedimento della CONSIP di revoca dell'abilitazione alla piattaforma MePA nei confronti di una società, perché quest'ultima, in sede di rinnovo delle dichiarazioni sostitutive richieste per il mantenimento dell'abilitazione, non ha dichiarato l'emissione, nei confronti dell'amministratore unico della società stessa, di un decreto penale di condanna del GIP del Tribunale divenuto esecutivo (nella specie recante la condanna alla pena di 110,00 € di ammenda per il reato di cui all'art. 81 c.p. e di cui all'art. 4, comma 7, come modificato dal d.lgs. 758/94). In tal caso, infatti, il provvedimento in questione è da ritenere legittimo ai sensi dell'art. 75 del d.P.R. n. 445/2000 (secondo cui «Fermo restando quanto previsto dall'articolo 76, qualora dal controllo di cui all'articolo 71 emerga la non veridicità del contenuto della dichiarazione, il dichiarante decade dai benefici eventualmente conseguenti al provvedimento emanato sulla base della dichiarazione non veritiera»), atteso che l'amministratore della società ha attestato, contrariamente al vero, che, nei suoi confronti "non sono state pronunciate sentenze penali di condanna passate in giudicato o decreti penali di condanna divenuti irrevocabili o sentenze di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'art. 444 c.p.p. o condanne per le quali si sia beneficiato delle non menzione".

2. Nelle gare pubbliche, non può operare la teoria del "falso innocuo", essendo la stessa incompatibile con l'obbligo dichiarativo posto dall'art. 38, comma 2, d.lgs. n. 163/2006. Pertanto, l'omissione e/o la falsa attestazione



circa l'esistenza di precedenti penali, comporta senz'altro l'esclusione dalla gara, in quanto viene impedito alla stazione appaltante di valutarne la gravità.

3. Nel caso di esclusione da una procedura di affidamento, disposta dalla stazione appaltante o dalla centrale di committenza in ragione della presentazione di una dichiarazione non veritiera, non può essere invocato il principio di proporzionalità, atteso che l'esclusione non è una sanzione avente finalità "punitiva", quanto ripristinatoria, essendo posta a presidio dell'imparzialità e della trasparenza dei procedimenti di affidamento delle pubbliche commesse; diversamente accade con le sanzioni irrogabili dall'ANAC in caso di presentazione di false dichiarazioni o falsa documentazione, le quali rivestono effettivamente una funzione afflittiva e/o preventiva (cfr. il comma 1 ter dell'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006). Per tale ragione, l'Autorità è chiamata a valutare se le dichiarazioni siano state rese con dolo o colpa grave, laddove invece l'esclusione dalla procedura consegue in via automatica alla dichiarazione radicalmente omessa o non veritiera.

4. E' tuttora vigente l'art. 75 del d.P.R. n. 445/2000, che, unitamente ai principi fondamentali che regolano le pubbliche gare, porta ad escludere la possibilità di emendare e/o regolarizzare dichiarazioni mendaci. D'altra parte, una volta che l'Amministrazione appaltante abbia conseguito la certezza della non veridicità di quanto dichiarato, ha il dovere di trarne le necessarie conseguenze, senza alcuna possibilità di fare applicazione dell'art. 21 nonies della l. n. 241/90, le cui disposizioni riguardano esclusivamente i procedimenti di autotutela aventi natura tipicamente discrezionale.

5. L' art. 75 del d.P.R. n. 445/2000, reca disposizioni di carattere generale, ed è quindi applicabile non solo alle procedure di affidamento dei contratti pubblici, ma ad ogni provvedimento amministrativo «emanato sulla base della dichiarazione non veritiera» dal quale siano derivati «benefici».

6. L'inosservanza dell'obbligo di rendere, al momento della presentazione della domanda di partecipazione, le dovute dichiarazioni, comporta l'esclusione del concorrente anche in assenza di un'espressa comminatoria nella "lex specialis", stante la eterointegrazione con la norma di legge; ove la legge di gara detti una disciplina incompatibile con i precetti stabiliti a pena di esclusione dal d.lgs. n. 163 del 2006, la portata imperativa di tali norme conduce, ai sensi dell'art. 1339 c.c., all'inserzione automatica della clausola espulsiva, ovvero alla eterointegrazione del bando che risultasse silente sul punto.

TAR VENETO, SEZ. I – sentenza 16 novembre 2016 n. 1269

Sul divieto di anticipazione dell'offerta economica

E' illegittima, per violazione del principio di separazione tra offerta tecnica e offerta economica, l'aggiudicazione di una gara di appalto di servizi, in favore di una ditta la cui offerta tecnica rechi la previsione di una franchigia annuale per lavori di manutenzione straordinaria fino a concorrenza di 5.000,00 euro, nel caso in cui dai verbali di gara emerga con evidenza come la previsione di tale franchigia – che indubbiamente costituisce un elemento economico, essendo genericamente e indistintamente riferita a tutta la gestione della manutenzione straordinaria per i servizi oggetto di appalto – abbia inciso in maniera determinante sulla valutazione positiva dell'offerta tecnica della ditta aggiudicataria, essendo stata favorevolmente apprezzata, fra le migliori da quest'ultima proposte, "soprattutto" la previsione di tale franchigia.

TAR LAZIO – ROMA, SEZ. II QUATER – sentenza 21 novembre 2016 n. 11560

Sulle caratteristiche dell'offerta tecnica

E' legittimo il provvedimento con il quale la Stazione appaltante ha escluso una società concorrente dalla gara (nella specie relativa all'acquisizione di beni e servizi ed in particolare all'acquisizione di licenze software con



relativo servizio di manutenzione) per la mancanza, nell'offerta tecnica, di alcuni requisiti previsti come obbligatori dal capitolato tecnico; in tal caso, infatti, le difformità essenziali nell'offerta tecnica che rivelano l'inadeguatezza del progetto proposto dall'impresa offerente rispetto a quello posto a base di gara, legittimano l'esclusione dell'impresa dalla gara, determinando la mancanza di un elemento essenziale per la formazione dell'accordo necessario per la stipula del contratto.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 23 novembre 2016 n. 4906

Sull'ammissibilità di un DURC "in compensazione"

1. L'art. 13-bis, comma 5, del decreto-legge 7 maggio 2012, n. 52 (convertito con modificazioni dalla legge 6 luglio 2012, n. 94) ammette che il DURC sia rilasciato anche in presenza di una certificazione, rilasciata ai sensi dell'articolo 9, comma 3-bis del decreto-legge 29 novembre 2008, n. 185, la quale attesti la sussistenza e l'importo di crediti certi, liquidi ed esigibili vantati nei confronti delle pubbliche amministrazioni di importo almeno pari agli oneri contributivi accertati e non ancora versati da parte di un medesimo soggetto; in base al decreto ministeriale attuativo 13 marzo 2013, tuttavia, il rilascio del DURC in presenza di crediti certificati richiede l'attivazione da parte dell'operatore interessato; il che risulta comprensibile se solo si consideri che la conoscenza in ordine alla sussistenza di crediti nei confronti delle amministrazioni pubbliche rientra in primis nella disponibilità del creditore.

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

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 24 novembre 2016 n. 4960

Sul requisito della regolarità fiscale in caso di rateizzazione

Nelle gare di appalto, ai fini della dimostrazione del possesso del requisito della regolarità fiscale di cui all'art. 38, comma 1, lettera g) del codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 163 del 2006), non è sufficiente che, entro il termine di presentazione dell'offerta, sia stata presentata da parte del concorrente istanza di rateazione del debito tributario, ma occorre anche che il relativo procedimento si sia concluso con un provvedimento favorevole; deve pertanto ritenersi che non sia ammissibile la partecipazione alla procedura di gara del soggetto che, al momento della scadenza del termine di presentazione della domanda di partecipazione, non abbia conseguito il provvedimento di accoglimento dell'istanza di rateizzazione.



TAR LAZIO – ROMA, SEZ. II – sentenza 24 novembre 2016 n. 11754

Sull'esperienza dei commissari di gara

Nelle gare di appalto da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, l'esperienza nello specifico settore dei componenti della commissione è richiesta solo e soltanto per l'attribuzione dei punteggi relativi all'offerta tecnica e non anche per l'attribuzione dei punteggi relativi all'offerta economica, frutto di un mero calcolo non opinabile, al punto che la necessità di costituire una commissione di gara sussiste solo nel caso in cui il criterio di aggiudicazione sia quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ma non anche ove il criterio prescelto sia quello del prezzo più basso.

TAR TOSCANA, SEZ. II – sentenza 24 novembre 2016 n. 1707

Sulla necessità della gara per il concessionario del servizio di distributori automatici

Anche sotto il vigore della nuova disciplina dei contratti della P.A. di cui al d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, l'affidamento del servizio di ristoro, mediante distributori automatici di alimenti e bevande, può essere legittimamente disposto soltanto a seguito dell'esperimento di una procedura di evidenza pubblica, anche informale.

TAR LIGURIA, SEZ. II – sentenza 25 novembre 2016 n. 1172

Sull'esclusione dalla gara per grave inadempimento

E' legittima la esclusione di una ditta da una gara indetta da un Comune per l'affidamento in gestione di una spiaggia libera attrezzata, che sia motivato con riferimento al mancato pagamento, da parte del concorrente interessato, dei canoni demaniali relativi ad alcuni anni precedenti, essendo la ditta stessa il precedente gestore della spiaggia; infatti, il mancato reiterato pagamento dei canoni demaniali, che costituisce la prestazione più importante posta a carico del concessionario nel rapporto concessorio, integra, quantomeno, la grave negligenza di cui all'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006 – applicabile, in difetto di deroghe previste da specifiche disposizioni della *lex specialis*, anche relativamente alle gare per la concessione delle aree demaniali – nonché, di per sé, grave inadempimento, a prescindere dall'entità della somma, idonei a legittimare il provvedimento di espulsivo.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 25 novembre 2016 n. 4994

Sull'applicabilità dell'onere di immediata impugnazione dell'elenco degli ammessi e degli esclusi

L'onere di impugnazione immediata, nel termine di trenta giorni, del "provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali" risulta esigibile solo a fronte della contestuale operatività delle



disposizioni del decreto legislativo che ne consentono l'immediata conoscenza da parte delle imprese partecipanti alla gara e, segnatamente, degli artt.29, comma 1, e 76, comma 3.

In difetto del (contestuale) funzionamento delle regole che assicurano la pubblicità e la comunicazione dei provvedimenti di cui si introduce l'onere di immediata impugnazione – che devono, perciò, intendersi legate da un vincolo funzionale inscindibile - la relativa prescrizione processuale si rivela del tutto inattuabile, per la mancanza del presupposto logico della sua operatività e, cioè, la predisposizione di un apparato regolativo che garantisca la tempestiva informazione degli interessati circa il contenuto del provvedimento da gravare nel ristretto termine di decadenza ivi stabilito.

Sui limiti del sindacato giustiziale relativo alle valutazioni della Commissione di gara

61

Il giudizio sulla legittimità dell'attività espletata dalle Commissioni incaricate di valutare le offerte tecniche e di attribuire i relativi punteggi non può estendersi fino a scrutinare il merito dei pertinenti giudizi tecnici, se non nelle limitate ipotesi in cui gli stessi risultino assunti sulla base di una fallace rappresentazione della realtà fattuale o in esito ad una delibazione del tutto illogica o arbitraria della qualità dell'offerta tecnica.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 25 novembre 2016 n. 4990

Sulle modalità di apertura delle offerte tecniche nelle gare telematiche

Nel caso di gara svoltasi tramite una procedura telematica, non è necessaria una seduta pubblica per l'apertura delle offerte tecniche, essendo rimesso alla scelta della stazione appaltante di effettuare in seduta riservata la valutazione delle offerte in conformità al criterio di aggiudicazione prescelto, come consente l'art. 85, comma 7, del D.lgs. n. 163 del 2006.

La gestione telematica della gara offre il vantaggio di una maggiore sicurezza nella "conservazione" dell'integrità delle offerte in quanto permette automaticamente l'apertura delle buste in esito alla conclusione della fase precedente e garantisce l'immodificabilità delle stesse, nonché la tracciabilità di ogni operazione compiuta; inoltre, nessuno degli addetti alla gestione della gara può accedere ai documenti dei partecipanti, fino alla data ed all'ora di seduta della gara, specificata in fase di creazione della procedura.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 29 novembre 2016 n. 5026

Sulla revoca dell'aggiudicazione definitiva

La revoca dei provvedimenti amministrativi, disciplinata dall'art. 21-*quinquies* della legge n.241 del 1990 (e introdotta dall'art. 14 della legge n. 15 del 2005), si configura come lo strumento dell'autotutela decisoria preordinato alla rimozione, con efficacia *ex nunc* (e, quindi, non retroattiva), di un atto ad efficacia durevole, in esito a una nuova (e diversa) valutazione dell'interesse pubblico alla conservazione della sua efficacia. I presupposti del valido esercizio dello *ius poenitendi* sono definiti dall'art. 21-*quinquies* (per come modificato dall'art. 25, comma 1, lett. b-*ter*, d.l. n.133 del 2014) con formule lessicali (volutamente) generiche e consistono nella sopravvenienza di motivi di interesse pubblico, nel mutamento della situazione di fatto (imprevedibile al momento dell'adozione del provvedimento) e in una rinnovata (e diversa) valutazione dell'interesse pubblico originario (tranne che per i provvedimenti autorizzatori o attributivi di vantaggi economici).



Mentre la revoca resta impraticabile dopo la stipula del contratto d'appalto, dovendo utilizzarsi, in quella fase, il diverso strumento del recesso (come chiarito dall'Adunanza Plenaria con la decisione in data 29 giugno 2014, n.14), prima del perfezionamento del documento contrattuale, al contrario, l'aggiudicazione è pacificamente revocabile (cfr. *ex multis* Cons. St., sez. III, 13 aprile 2011, n.2291).

A fronte, infatti, della nota strutturazione procedimentale della scelta del contraente, la definizione regolare della procedura mediante la selezione di un'offerta (giudicata migliore) conforme alle esigenze della stazione appaltante (per come cristallizzate nella *lex specialis*) consolida in capo all'impresa aggiudicataria una posizione particolarmente qualificata ed impone, quindi, all'Amministrazione, nell'esercizio del potere di revoca, l'onere di una ponderazione particolarmente rigorosa di tutti gli interessi coinvolti.

Il ritiro di un'aggiudicazione legittima postula, in particolare, la sopravvenienza di ragioni di interesse pubblico (o una rinnovata valutazione di quelle originarie) particolarmente consistenti e preminenti sulle esigenze di tutela del legittimo affidamento ingenerato nell'impresa che ha diligentemente partecipato alla gara, rispettandone le regole e organizzandosi in modo da vincerla, ed esige, quindi, una motivazione particolarmente convincente circa i contenuti e l'esito della necessaria valutazione comparativa dei predetti interessi (cfr. Cons. St., sez. V, 19 maggio 2016, n.2095).

L'esercizio dei poteri di autotutela finalizzati al ritiro dell'aggiudicazione definitiva impone alla stazione appaltante di assicurare la partecipazione dell'impresa aggiudicataria, onde consentirle di tutelare adeguatamente, in sede procedimentale, la posizione qualificata validamente acquisita, per mezzo della necessaria osservanza della prescrizione di cui all'art. 7 della legge n.241 del 1990.

TAR PUGLIA – BARI, SEZ. I – sentenza 28 novembre 2016 n. 1319

Sul giudizio di anomalia dell'offerta

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

TAR LOMBARDIA – MILANO, SEZ. I – sentenza 29 novembre 2016 n. 2248

Sul collegamento sostanziale delle imprese

E' illegittima l'aggiudicazione di una gara ad una ditta nei cui confronti sia risultata comprovata l'esistenza di un collegamento sostanziale tra imprese, in forza di plurimi indizi gravi, precisi e concordanti e, in particolare: a) strettissime connessioni parentali tra i soci delle due società; b) identità delle sedi amministrative, site al medesimo indirizzo; c) identità di indirizzo del magazzino; d) presenza, su svariati siti internet, di pubblicità delle due società rappresentanti il medesimo ed identico indirizzo di sede; e) calligrafia di compilazione delle domande di partecipazione alla gara per le due società palesemente identica; f) indicazione di numero telefono e fax identici nella domanda di partecipazione alla gara; g) segreteria telefonica che risponde al medesimo numero; h) contratti di locazione di entrambe le sedi delle società stipulati con la stessa locataria; in tal caso, infatti, deve ritenersi comprovata la sussistenza di plurimi elementi univoci che dimostrano l'imputabilità delle offerte ad un unico



centro decisionale, con conseguente illegittimità dell'aggiudicazione per violazione dei principi di segretezza delle offerte e di trasparenza delle gare pubbliche nonché della parità di trattamento dei concorrenti.

TAR UMBRIA, SEZ. I – sentenza 1° dicembre 2016 n. 749

Sull'estinzione del reato

L'omessa dichiarazione di una condanna penale costituisce legittima causa di esclusione dalla gara, senza che sia possibile invocare un automatico effetto estintivo del reato ex art. 460, comma 5, c.p.p., in quanto l'estinzione deve essere formalizzata in una pronuncia espressa del giudice dell'esecuzione penale antecedente al termine di scadenza fissato per la presentazione delle offerte (termine entro il quale devono essere posseduti i requisiti partecipativi).

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. IV – sentenza 2 dicembre 2016 n. 5052

Sull'inammissibilità dell'avvalimento generico

1. Nelle gare pubbliche di appalto, non può ritenersi valido ed efficace il contratto di avvalimento che si limiti ad indicare genericamente che l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti della concorrente a fornirle i propri requisiti e a mettere a sua disposizione le risorse necessarie, di cui essa è mancante, per tutta la durata dell'appalto, senza però in alcun modo precisare in che cosa tali risorse materialmente consistano. Nè tale carenza può ritenersi colmata dal semplice riferimento contrattuale all'attestazione SOA per le categorie in questione; le parti, principale e ausiliaria, devono infatti impegnarsi a mettere a disposizione non il solo requisito soggettivo quale mero valore astratto, ma è necessario che risulti chiaramente che l'ausiliaria presti le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo, a seconda dei casi: mezzi, personale e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti.

2. Nel caso in cui la *lex specialis* della gara preveda che "i concorrenti" debbono produrre, a pena di esclusione, garanzia provvisoria a copertura della mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'aggiudicatario ai sensi dell'art. 75 del d.lgs. 163/2006, l'onere cauzionale in parola non può gravare anche su un soggetto ulteriore e diverso, quale le società avvalse; invero, in mancanza di una specifica previsione della *lex specialis*, non sussiste un obbligo di inclusione nell'intestazione della cauzione provvisoria, riferito alle imprese ausiliarie discendente dall'art. 49 del D.Lgs. n. 163 del 2006, posto che ivi, dopo aver contemplato un regime di responsabilità solidale tra l'impresa avvalente e quella ausiliaria, si dispone che il contratto di appalto è comunque eseguito dall'impresa avvalente, a nome della quale è rilasciato il certificato di esecuzione dei lavori.

TAR PUGLIA – LECCE, SEZ. III – sentenza 2 dicembre 2016 n. 1834

Sulla prevalenza (in caso di contrasto) del bando sul disciplinare

E' illegittimo il provvedimento con il quale la P.A. ha escluso una ditta da una gara di appalto, motivato con riferimento al fatto che la domanda di partecipazione è stata presentata in ritardo rispetto al termine indicato dalla *lex specialis*, nel caso in cui: a) sussista un contrasto tra il termine indicato dal bando e quello indicato dal disciplinare di gara; b) la domanda sia stata presentata con ritardo rispetto ai termini – differenziati per la presentazione delle offerte in relazione alla prescelta modalità di presentazione delle stesse – indicati dal disciplinare, ma tempestivamente rispetto al termine indicato nel bando; infatti l'acclarata situazione di contrasto tra bando e disciplinare determina senz'altro la prevalenza del primo in parte qua, in quanto fonte normativa gerarchicamente sovraordinata rispetto al secondo.



AUTORITÀ NAZIONALE ANTICORRUZIONE – DELIBERA 16 novembre 2016 (in G.U. n. 283 del 3 dicembre 2016) – **Linee guida n. 5**, di attuazione del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, recanti «Criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici».

CORTE DI CASSAZIONE, SEZ. UNITE CIVILI – ordinanza 7 dicembre 2016 n. 25041

Risarcimento danni richiesto da altro concorrente per annullamento di una procedura di gara

64

Va dichiarata la giurisdizione del giudice ordinario per una azione di risarcimento dei danni per responsabilità precontrattuale, o comunque extracontrattuale proposta da una società privata nei confronti di un ente pubblico per un ordine di fornitura poi annullato dal giudice amministrativo, su ricorso di una società concorrente, per l'omessa adozione di una procedura ad evidenza pubblica.

TAR CAMPANIA – SALERNO - SEZ. I, sentenza 9 dicembre 2016, n. 2631

Sull'indicazione delle prestazioni in caso di raggruppamenti di tipo "orizzontale"

La distinzione tra - e la stessa configurazione di - raggruppamenti di tipo orizzontale e verticale, *ex art. 48, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50*, con riferimento allo specifico procedimento di gara, presuppone che la *lex specialis* abbia indicato la prestazione principale e quella/e secondaria/e; pertanto, ove, invece, la *lex specialis* non rechi la suddetta distinzione, indicando quale oggetto dell'affidamento un servizio unitario, pur articolato in diversi segmenti attuativi, la qualificazione -come orizzontale- di un raggruppamento concorrente discende ed è coerente con la disciplina di gara, in assenza dei presupposti (correlati alla necessaria distinzione ad opera del bando delle prestazioni oggetto di affidamento) per la configurazione di un raggruppamento di tipo verticale.

L'indicazione nell'offerta delle imprese ricorrenti delle singole parti dell'unitario servizio, la cui esecuzione è demandata alle imprese raggruppate, lungi dal contraddire la suddetta auto-qualificazione del raggruppamento ricorrente come orizzontale (che, ai sensi del comma 2 dell'art. 48, d.lgs. n. 50 del 2016, presuppone che gli operatori economici eseguono il medesimo tipo di prestazione), risponde alla prescrizione di cui all'art. 48, comma 4, d.lgs. n. 50 del 2016, ai sensi del quale *"nel caso di forniture o servizi nell'offerta devono essere specificate le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati"*.

TAR MOLISE – sentenza 9 dicembre 2016, n. 513

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

L'art. 95, comma 10, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, secondo cui *"nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro"*, configura un ineludibile obbligo legale da assolvere necessariamente già in sede di predisposizione



dell'offerta economica proprio al fine di garantire la massima trasparenza dell'offerta economica nelle sue varie componenti, evitando che la stessa possa essere modificata *ex post* nelle sue componenti di costo, in sede di verifica dell'anomalia, con possibile alterazione dei costi della sicurezza al fine di rendere sostenibili e quindi giustificabili le voci di costo riferite alla fornitura del servizio o del bene.

Nelle gare d'appalto sotto soglia da aggiudicare mediante procedura negoziata con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi degli artt. 36, comma 2, lett. b), 95, comma 10, e 216, comma 9, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, deve essere escluso il concorrente che non ha indicato nell'offerta gli oneri di sicurezza aziendale senza che sia possibile invocare l'istituto del soccorso istruttorio.

La dichiarazione dei costi aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro configura un elemento essenziale dell'offerta economica non può ritenersi integrabile *ex post* mediante l'istituto del soccorso istruttorio e comporta l'esclusione dalla gara anche in assenza di una espressa sanzione prevista dalla legge o dal disciplinare. Siffatta dichiarazione è obbligatoria anche in mancanza di espressa previsione di tale obbligo dichiarativo nel disciplinare di gara e nella lettera di invito, come pure nel modulo di predisposizione dell'offerta, se la gara è espletata ai sensi del nuovo Codice dei contratti e cioè del nuovo corpus normativo disciplinante la materia degli appalti che prevede in via generalizzata l'obbligo di immediata dichiarazione degli oneri relativi alla sicurezza già in fase di predisposizione dell'offerta economica.

TAR TOSCANA, SEZ. III – sentenza 12 dicembre 2016 n. 1755

Sulla suddivisione in lotti

La “suddivisione in lotti”, prevista dall’art. 51 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (nuovo codice dei contratti pubblici) al fine di favorire l’accesso alle gare pubbliche delle micro, piccole e medie imprese, non è prevista in termini assoluti, ma costituisce un principio che può essere derogato, seppure con una decisione adeguatamente motivata; lo stesso art. 51, al comma 1, secondo periodo, del codice degli appalti, del resto, afferma che “le stazioni appaltanti motivano la mancata suddivisione dell’appalto in lotti nel bando di gara o nella lettera d’invito e nella relazione unica di cui agli artt. 99 e 139”.

TAR LAZIO, SEZ. III *ter* – sentenza 12 dicembre 2016 n. 12439

Sulla vincolatività dei casi di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa

L’art. 95 del codice dei contratti, al comma 3 individua alcune categorie di “contratti” aggiudicabili “esclusivamente sulla base del criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo”; tra questi, i contratti relativi ai servizi “ad alta intensità di manodopera, come definiti all’articolo 50, comma 1” (lett. a), ossia “quelli nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50 per cento dell’importo totale del contratto”.



TAR LAZIO, SEZ. II – sentenza 13 dicembre 2016 n. 12405

Sull'inapplicabilità del collegamento sostanziale in caso di gara suddivisa in lotti

Il comma 5, lett. m, dell'art. 80, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 80 (secondo cui è escluso dalla gara l'operatore economico che si trovi rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo di cui all'art. 2359 c.c. o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale), non si applica nell'ipotesi in cui le offerte presentate dalle imprese si riferiscano a lotti diversi, e ciò in quanto un bando di gara pubblica, suddiviso in lotti, costituisce un atto ad oggetto plurimo e determina l'indizione non di un'unica gara, ma di tante gare, per ognuna delle quali vi è un'autonoma procedura si conclude con un'aggiudicazione.

CORTE COSTITUZIONALE – sentenza 14 dicembre 2016 n. 263

Sulla potestà legislativa statale in tema di attività contrattuale della PA

1. Le disposizioni del d.lgs. n. 163 del 2006 (codice dei contratti pubblici) regolanti le procedure di gara, anche se relative ad appalti sotto soglia, sono riconducibili alla materia della tutela della concorrenza e vanno ascritte all'area delle norme fondamentali delle riforme economico-sociali, nonché delle norme con le quali lo Stato ha dato attuazione agli obblighi internazionali nascenti dalla partecipazione dell'Italia all'Unione europea, sicché le autonomie speciali non possono dettare discipline da esse difformi.

2. Va dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 19, comma 6, della legge della Regione siciliana 12 luglio 2011, n. 12, come sostituito dell'art. 1 della legge della Regione siciliana 10 luglio 2015, n. 14 (Modifiche all'articolo 19 della legge regionale 12 luglio 2011, n. 12); tale disciplina regionale, infatti, detta una disciplina in materia di offerte anomale nelle gare di appalto difforme da quella prevista dal d.lgs. n. 163 del 2006 (codice dei contratti pubblici), prevedendo in particolare un articolato procedimento in contraddittorio con le imprese che hanno presentato offerte anormalmente basse (art. 88), indicando i criteri di verifica di tali offerte (art. 87) e gli strumenti di rilevazione della congruità dei prezzi (art. 89), demandando a un decreto assessoriale l'individuazione di non meglio specificate modalità di verifica per la congruità dell'offerta (e di eventuali ulteriori disposizioni per la valutazione della corrispondenza fra le previsioni formulate in sede di verifica di congruità dell'offerta e l'esecuzione delle opere).

TAR CALABRIA – REGGIO CALABRIA – sentenza 15 dicembre 2016 n. 1315

Sulle offerte anomale

Ai sensi dell'art. 97, comma 5, lett. a), del D.L.vo 18 aprile 2016 n. 50 (nuovo codice dei contratti pubblici), la P.A. appaltante è obbligata ad escludere il concorrente quando sia stato accertato che l'offerta è anormalmente bassa, in quanto, tra l'altro, non rispetta gli obblighi di cui all'art. 30, comma 3, lett. a) dello stesso D.L.vo, ovvero il costo del personale è inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle di cui all'art. 23 comma 16 del codice medesimo. Il rinvio operato dall'art. 97 comma 5 lett. a) all'art. 30 comma 3 implica che, nella esecuzione degli appalti pubblici, gli operatori economici sono obbligati a rispettare le norme poste a tutela dei diritti sociali, ambientali e del lavoro, essendo preciso obbligo della stazione appaltante chiedere i necessari giustificativi in sede di verifica sull'anomalia dell'offerta; con il vincolato esito della dovuta esclusione dell'offerta



proposta in spregio degli obblighi retributivi minimi, e ciò, si badi bene, anche indipendentemente dalla congruità dell'offerta valutata nel suo complesso.

TAR PUGLIA – LECCE, SEZ. II – sentenza 15 dicembre 2016 n. 1906

67

Sul principio di rotazione

Per gli appalti c.d. sotto-soglia, l'art 36, comma 1, del D.L.vo 18 aprile 2016 n. 50, prevede l'osservanza del principio di rotazione, quale norma speciale che prevale sulla normativa attinente alle gare in generale; alla stregua di tale disciplina, non può configurarsi, in linea di principio, alcun obbligo per la Stazione appaltante di invitare il gestore uscente, ma una mera facoltà, di cui, proprio per il principio di massima partecipazione e in caso di esercizio effettivo, la stessa P.A. deve dare motivato conto all'esterno (alla stregua del principio nella specie è stato ritenuto legittimo il mancato invito del gestore uscente per un affidamento ex art. 36, 2° comma, del D. Lgs. n. 50/2016; si trattava del servizio di gestione del sistema informatico comunale).

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – ordinanza 15 dicembre 2016 n. 5582

Sull'obbligatoria indicazione degli oneri di sicurezza aziendali

Appare legittima l'esclusione da una gara di appalto celebrata nel vigore del D.L.vo n. 50/2016 (nuovo codice degli appalti) di una società che non ha indicato gli oneri per la sicurezza cc.dd. 'interni o aziendali', con conseguente violazione dell'articolo 95 del decreto legislativo n. 50 del 2016 (il quale, al comma 10, prevede che "nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro"); in ogni caso non emergono allo stato profili di incompatibilità fra le disposizioni di diritto interno che impongono ora in modo tassativo tale indicazione e il pertinente paradigma normativo eurounitario.

TAR LIGURIA, SEZ. I – sentenza 15 dicembre 2016 n. 1240

Sull'illegittimità dell'esclusione automatica delle offerte anomale

E' illegittimo, per violazione dell'art. 97, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016, il provvedimento con il quale la P.A., in ragione della sospetta anomalia di una offerta, ha escluso automaticamente, da una procedura negoziata, la ditta interessata, nel caso in cui difetti una specifica previsione della lex specialis in tal senso; infatti, l'esclusione automatica è un meccanismo che limita il confronto concorrenziale e incide potenzialmente sulla par condicio delle imprese partecipanti; con la conseguenza che, in assenza di una espressa previsione, nel bando di gara, di una clausola che la preveda, sussiste la necessità dello svolgimento della verifica di anomalia negli ordinari termini di contraddittorio con l'impresa interessata.

TAR ABRUZZO – L'AQUILA, SEZ. I – sentenza 15 dicembre 2016 n. 793

Sull'obbligo di dichiarare una precedente risoluzione

E' illegittima l'aggiudicazione di una gara di appalto in favore di una ditta che, in sede di partecipazione alla gara, ha omesso di dichiarare un proprio precedente errore professionale contestato da altra P.A. (nella specie, si trattava di un errore di progettazione), a nulla rilevando che il precedente episodio di errore professionale sia *sub iudice*, essendo sufficiente che il relativo accertamento sia nella sede amministrativa; infatti, sussiste l'obbligo del partecipante ad una pubblica gara di mettere a conoscenza la Stazione appaltante delle vicende pregresse (negligenze ed errori) o fatti risolutivi occorsi in precedenti rapporti contrattuali con le pubbliche amministrazioni.

68

TAR LOMBARDIA - BRESCIA, SEZ. II - 19 dicembre 2016 n. 1757

Sulla nomina del RUP quale presidente della Commissione di gara

L'art. 77, prima parte, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, che disciplina la formazione e l'attività delle commissioni di gara, si applica solo a regime, ovvero dopo che sarà stato creato l'albo dei commissari cui essa allude, e che al presente ancora non esiste; sino a quel momento, ai sensi del comma 12 dello stesso art. 77, "la commissione continua ad essere nominata dall'organo della stazione appaltante competente ad effettuare la scelta del soggetto affidatario del contratto, secondo regole di competenza e trasparenza preventivamente individuate da ciascuna stazione appaltante". Anche dopo l'entrata in vigore dell'art. 77, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, può essere nominato presidente della commissione di gara anche il Responsabile unico del procedimento.

TAR CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. II – sentenza 19 dicembre 2016 n. 5832

Sull'insussistenza dell'obbligo di provvedere a fronte di un'istanza di revoca della gara

Nel caso in cui la ditta seconda classificata in una gara di appalto, ritenendo illegittima l'aggiudicazione, abbia inoltrato alla stazione appaltante un'istanza tendente ad ottenere la revoca in autotutela della medesima aggiudicazione, non sussiste, in capo alla P.A., l'obbligo di provvedere su tale istanza. I provvedimenti di autotutela sono manifestazione dell'esercizio di un potere tipicamente discrezionale dell'amministrazione che non ha alcun obbligo di attivarlo e, qualora intenda farlo, deve valutare la sussistenza o meno di un interesse che giustifichi la rimozione dell'atto, valutazione che non può ritenersi dovuta nel caso di una situazione già definita con provvedimento inoppugnabile; pertanto, una volta che il privato, o per aver esaurito i mezzi di impugnazione che l'ordinamento gli garantisce, o per aver lasciato trascorrere senza attivarsi il termine previsto a pena di decadenza, si trovi di fronte ad un provvedimento inoppugnabile a fronte del quale può solo sollecitare l'esercizio del potere da parte dell'amministrazione, quest'ultima, a fronte della domanda di riesame non ha alcun obbligo di rispondere.



TAR EMILIA ROMAGNA – BOLOGNA, SEZ. II – sentenza 21 dicembre 2016 n. 1055

Sull'ammissibilità di un'offerta tecnica composta da un numero di pagine superiore a quello previsto

Non può ritenersi illegittima l'aggiudicazione, per il solo fatto che la ditta risultata vittoriosa ha presentato una offerta tecnica recante un numero di righe superiore a quello massimo previsto dal disciplinare; infatti, alla stregua del principio di tassatività delle cause di esclusione, deve escludersi che tra tali cause, possa essere annoverato il superamento di limiti dimensionali in senso materiale dell'offerta; e ciò sul rilievo che detti limiti dimensionali non sono imposti da alcuna disposizione di legge; con la conseguenza che, in assenza di disposizioni normative, l'interessato può presentare un atto avente il numero delle pagine che ritenga opportuno.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 22 dicembre 2016 n. 5423

Sul c.d. “avvalimento di garanzia”

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

Allorché un'impresa intenda avvalersi dei requisiti finanziari di un'altra, «la prestazione è costituita non già dalla messa a disposizione da parte dell'impresa ausiliaria di strutture organizzative e mezzi materiali», ma dal suo impegno a “garantire” con le proprie complessive risorse economiche – il cui indice è costituito dal fatturato – l'impresa ‘ausiliata’, e cioè «il suo valore aggiunto in termini di “solidità finanziaria” e di acclarata “esperienza di settore», dei quali il fatturato costituisce indice significativo (Cons. Stato, III, 4 novembre 2015, nn. 5038 e 5041, 2 ottobre 2015, n. 4617).

TAR PUGLIA – LECCE, SEZ. III – sentenza 22 dicembre 2016 n. 1935

Sull'insussistenza del grave illecito professionale in caso di risoluzione oggetto di impugnativa pendente

E' illegittima la esclusione di una ditta da una gara di appalto, disposta per asseriti gravi illeciti professionali ex art. 80, comma 5, let. c) del d.lgs. n. 50 del 2016, nel caso in cui l'Amministrazione non abbia compiutamente dimostrato con mezzi adeguati che l'operatore si è reso colpevole di gravi illeciti professionali tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità, e, in particolare, laddove: a) l'esclusione sia stata disposta in ragione di una precedente risoluzione contrattuale disposta da altra P.A.; b) la ditta interessata abbia formalmente contestato tale risoluzione in sede giudiziale; c) il giudizio sia ancora pendente. In tal caso, infatti, l'allegato inadempimento



difetta della prova dei caratteri della definitività e della gravità e la parte interessata non ha, pertanto, provato con mezzi adeguati che l'operatore si è reso colpevole di gravi illeciti professionali.

ANAC - **Linee Guida n. 6**, recante *«Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice»*, pubblicate in data **22 dicembre 2016** (deliberate in data 16 novembre 2016).

TAR SICILIA – PALERMO, SEZ. III – sentenza 22 dicembre 2016 n. 3057

70

Sull'incompetenza della Giunta ad adottare un avviso puntuale e dettagliato per conferimento incarico

1. E' illegittima, per violazione dell'art. 107 del d.lgs. n. 267 del 2000 e per difetto di competenza, una deliberazione con la quale la Giunta comunale, ritenendo di adottare un mero atto di indirizzo politico-amministrativo, ha approvato un avviso pubblico esplorativo per l'individuazione di n. 3 avvocati, per l'affidamento degli incarichi professionali, nel caso in cui l'esecutivo comunale abbia specificamente indicato le condizioni di affidamento degli incarichi stessi, minuziosamente disciplinando la procedura e individuando i soggetti prescelti; in tal caso, infatti, la Giunta non si è limitata ad adottare un atto di indirizzo generale di assegnazione al dirigente dell'obiettivo di indire una selezione per l'individuazione di avvocati esterni ai quali affidare il contenzioso dell'ente, ma ha minuziosamente disciplinato la procedura e individuato i soggetti prescelti, svolgendo, quindi, attività di natura gestionale, e demandando al dirigente semplicemente il compito di sottoscrivere il disciplinare di incarico, ovverosia un'attività meramente esecutiva.

2. E' illegittima una deliberazione con la quale la Giunta comunale ha approvato un avviso pubblico esplorativo per l'individuazione di n. 3 avvocati, per l'affidamento degli incarichi professionali, nella parte in cui ha stabilito che, ai fini del conferimento degli incarichi, i professionisti devono costituirsi in associazione temporanea di scopo; infatti, l'art. 4 dell'ordinamento forense disciplina in maniera puntuale le modalità di costituzione di un'associazione tra avvocati la quale non può che avvenire liberamente.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 28 dicembre 2016 n. 5494

Sull'irregolarità fiscale

E' legittima – ai sensi dell'art. 38, comma 1, del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 – l'esclusione da una gara di appalto di un ditta che abbia omissso il pagamento di imposte e tasse per un importo superiore all'importo di cui all'articolo 48-bis, commi 1 e 2-bis, del dPR 29 settembre 1973, n. 602 (10.000 euro), a nulla rilevando il fatto che, al momento della scadenza della cartella esattoriale, fosse già stato dichiarato lo stato d'insolvenza, atteso che tale circostanza non impedisce che il debito tributario possa considerarsi esigibile.



CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 28 dicembre 2016 n. 5488

Sui limiti al soccorso istruttorio

1. Nei procedimenti ad evidenza pubblica finalizzati all'affidamento di un appalto, il soccorso istruttorio non può essere utilizzato per sopperire a dichiarazioni riguardanti elementi essenziali ai fini della partecipazione radicalmente mancanti – pena la violazione della *par condicio* fra concorrenti – ma soltanto per chiarire o completare dichiarazioni o documenti già comunque acquisiti agli atti di gara.

2. In una gara di appalto, non può essere consentito di ovviare all'omessa produzione di documentazione essenziale ai fini dell'ammissione (nella specie si trattava di dichiarazioni concernenti il possesso dei requisiti generali) mediante il ricorso al soccorso istruttorio, atteso che il rimedio in parola non può essere utilizzato per sanare la mancanza di dichiarazioni o documentazione da allegare, a pena di esclusione, alla domanda di partecipazione.

3. Nel caso di gara di appalto riguardante la progettazione di una opera pubblica, la riconducibilità dell'offerta di uno Studio professionale a tutti i professionisti che ne fanno parte non può essere desunta dal fatto che, nella busta contenente la domanda di partecipazione, sono state inserite le dichiarazioni dei requisiti generali di tutti e otto gli associati, atteso che la sottoscrizione della domanda si configura come elemento infungibile, costituendo l'unica modalità attraverso cui il concorrente ne assume la paternità con le conseguenti responsabilità nei confronti della stazione appaltante. Rappresentando la sottoscrizione elemento essenziale della domanda di partecipazione, non è consentito acquisire le firme mancanti mediante soccorso istruttorio.

Sul risarcimento del danno derivante da mancata aggiudicazione

4. Il risarcimento del danno derivante da ritardata aggiudicazione può essere fissato dal g.a. in via equitativa (nella specie il danno è stato liquidato nella misura di un terzo dell'utile dichiarato dalla ditta ricorrente in sede di offerta, per il periodo intercorrente dalla già avvenuta stipula del contratto fino all'effettivo subentro della ricorrente). Trattandosi di danno da fatto illecito, sull'importo determinato dovranno essere corrisposti rivalutazione monetaria e interessi legali sul capitale via via rivalutato, dal momento della stipula del contratto sino all'effettivo soddisfo.