**Rassegna giurisprudenziale**

**sulle procedure ad evidenza pubblica**

(**gennaio 2020**)

**a cura di** Francesco Armenante

**CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI – sentenza 2 gennaio 2020 n. 25**

***Sulla suddivisione in lotti e sul relativo obbligo motivazionale***

1. Negli appalti pubblici, la scelta della stazione appaltante circa la suddivisione in lotti costituisce una decisione normalmente ancorata, nei limiti previsti dall’ordinamento, a valutazioni di carattere tecnico-economico; in tali ambiti, il concreto esercizio del potere discrezionale dell’Amministrazione deve essere funzionalmente coerente con il bilanciato complesso degli interessi pubblici e privati coinvolti dal procedimento di appalto; il potere medesimo resta delimitato, oltre che da specifiche norme del codice dei contratti, anche dai principi di proporzionalità e di ragionevolezza; a tal fine, quale corollario dell’effettività della regola generale, è posta la previsione di un specifico obbligo di motivazione (art. 51 del d.lgs. n. 50/2016), proprio perché il precetto della ripartizione in lotti è funzionale alla tutela della concorrenza.

2. Anche se è vero che l’art. 51 d.lgs. n. 50/2016 ha mantenuto il principio della suddivisione in lotti, al fine di favorire l’accesso delle microimprese, piccole e medie imprese alle gare pubbliche, già previsto dall’art. 2, comma 1-bis, d.lgs. n. 163/2006, tuttavia, nel nuovo regime, **il principio non risulta posto in termini assoluti ed inderogabili**, giacché il medesimo art. 51, comma 1, secondo periodo afferma che “le stazioni appaltanti motivano la mancata suddivisione dell’appalto in lotti nel bando di gara o nella lettera di invito o nella relazione unica di cui agli articoli 99 e 139”. Il principio della suddivisione in lotti può dunque essere derogato, seppur attraverso una decisione che deve essere adeguatamente motivata ed è espressione di scelta discrezionale, sindacabile soltanto nei limiti della ragionevolezza e proporzionalità, oltre che dell’adeguatezza dell’istruttoria, in ordine alla decisione di frazionare o meno un appalto “di grosse dimensioni” in lotti”.

***Sull’ammissibilità di un unico appalto per attività di portierato e vigilanza***

3. Negli appalti pubblici, le attività di “portierato” e “vigilanza” sono nettamente distinte tra di loro, atteso che la prima è diretta ad assicurare l’ordinato utilizzo degli immobili e non richiede il possesso di autorizzazioni di pubblica sicurezza, mentre la seconda è invece preordinata a contribuire alla preservazione dell’ordine e della sicurezza pubblica.

4. Anche se sussiste una differenza tra i servizi di vigilanza e portierato – la vigilanza privata caratterizzandosi per l’esercizio di poteri di intervento diretto per la difesa dell’immobile, laddove l’attività di portierato o di guardiania non implica un obbligo di difesa attiva, ma solo passiva, degli immobili – cionondimeno è innegabile una certa loro correlazione funzionale, nel senso che la difesa attiva si innesta e consegue ad attività di controllo dei luoghi e di segnalazione di situazioni di allarme. In relazione a tale **contiguità tecnico-operativa tra i due servizi**, è da ritenere legittimo un loro accorpamento funzionale nell’ambito della stessa gara di appalto.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**TAR SARDEGNA, SEZ. II – sentenza 2 gennaio 2020 n. 8**

***Sulla derogabilità del principio di rotazione in caso di procedura aperta a tutti gli operatori***

Negli appalti pubblici, il principio di rotazione delle imprese non si applica laddove il nuovo affidamento avvenga tramite procedure ordinarie o comunque aperte al mercato, nelle quali la stazione appaltante, in virtù di regole prestabilite dal Codice dei contratti pubblici ovvero dalla stessa s.a. in caso di indagini di mercato o consultazione di elenchi, non operi alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione.

**\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**

**TAR PUGLIA – BARI, SEZ. I – sentenza 3 gennaio 2020 n. 6**

***Sul criterio di riparto della giurisdizione in tema di contratti pubblici***

In materia di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture:

a) sussiste la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell’art. 133, comma 1, lett. e), n. 1 del cod. proc. amm., sulle controversie relative alla sola fase procedimentale, cioè dall’inizio della procedura sino all’aggiudicazione definitiva estendendosi detta giurisdizione a qualsiasi provvedimento, atto, accordo e comportamento tenuto entro quel lasso temporale, nonché in ogni caso ad eventuali provvedimenti dell’amministrazione di annullamento d’ufficio della stessa aggiudicazione definitiva ai sensi dell’art. 21-nonies della legge n. 241 del 1990 o comunque previsti da norme di legge, in quanto direttamente incidenti sulla stessa genesi dell’aggiudicazione all’atto della sua effettuazione e, dunque, riconducibili alla relativa procedura;

b) quanto, invece, alla situazione successiva all’efficacia dell’aggiudicazione definitiva, e prima del sopravvenire dell’efficacia della conclusione del contratto (ivi compresa la sua anticipata esecuzione), vige il normale criterio di riparto imperniato sulla distinzione fra interesse legittimo e diritto soggettivo, di modo che si configurava la giurisdizione del giudice amministrativo solo in presenza di una controversia inerente all’esercizio da parte dell’amministrazione di un potere astratto previsto dalla legge, mentre, al di fuori di tal caso (e, dunque, in assenza di riconducibilità dell’agire dell’Amministrazione ad un potere di quel genere), la situazione è di diritto comune e, dunque, si configura la giurisdizione del giudice ordinario.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**TAR CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. I – sentenza 3 gennaio 2020 n. 12**

***Sull’inammissibilità dell’avvalimento per conseguire un maggior punteggio***

1. Ai sensi dell’art. 89, del d.lgs. 50/2016, l’oggetto dell’avvalimento consiste nella messa a disposizione, da parte dell’impresa ausiliaria, non di requisiti di qualificazione intesi come valore astratto, bensì delle risorse e dei mezzi che li sostanziano e di cui l’ausiliata è carente per l’esecuzione del contratto. Per le medesime ragioni l’avvalimento rileva ai soli fini della qualificazione dell’offerta e non anche ai fini del punteggio, come si desume plasticamente dall’art. 89, comma 1, del d.lgs. citato, secondo cui “l’operatore economico, singolo o in raggruppamento di cui all’articolo 45, per un determinato appalto, può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale di cui all’articolo 83, comma 1, lettere b) e c), necessari per partecipare ad una procedura di gara”.

***Sulla necessità di un avvalimento reale ed effettivo e non astratto***

2. Non è consentito ai concorrenti privi di taluni requisiti di qualificazione di ottenerli in prestito, attraverso l’istituto dell’avvalimento, al fine di partecipare alle gare d’appalto senza che sussistano adeguate garanzie circa l’effettivo impiego e disponibilità, in fase di esecuzione contrattuale, delle risorse necessarie; l’impresa ausiliaria deve mettere a disposizione del concorrente non i requisiti di qualificazione, intesi come valore astratto, bensì le risorse ed i mezzi che li sostanziano e di cui l’ausiliata è carente per l’esecuzione del contratto; tanto perché l’avvalimento, per com’è configurato dalla legge, deve essere reale e non astratto, cioè non è sufficiente « prestare » il requisito o la certificazione posseduta ed al contempo assumere sul punto impegni del tutto generici, a pena di svuotare di significato l’essenza dell’istituto, che serve non già ad arricchire la capacità tecnica ed economica del concorrente, bensì a consentire a soggetti che ne siano sprovvisti di concorrere alla gara ricorrendo ai requisiti di altri soggetti.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 7 gennaio 2020 n. 70**

***Sul grave illecito professionale (sull’obbligo di dichiarare tutte le circostanze relative all’esercizio dell’attività professionale e sull’inapplicabilità del falso innocuo)***

1. La previsione dell’art. 80, comma 5 lett. c) del d.lgs. n. 50 del 2016 non ha carattere tassativo: non contempla cioè un numero chiuso di illeciti professionali, bensì un’elencazione di natura esemplificativa, comprendente ogni vicenda oggettivamente riconducibile alla fattispecie astratta del grave illecito professionale. In particolare, nell’ambito di applicazione della lett. c) rientrano sicuramente le condanne per reati diversi da quelli che comportano l’automatica esclusione ai sensi del comma 1 dell’art. 80 (nella specie i precedenti non dichiarati consistevano in una condanna per truffa e tre per violazione della normativa sulla sicurezza nei luoghi di lavoro).

2. Nel caso di gravi illeciti professionali, l’esclusione della concorrente dalla gara trova la propria causa non nella ritenuta rilevanza, ai fini dell’art. 80, comma 5, lettera c) del d.lgs. n. 50 del 2016, della condanna penale irrogata, bensì nella mancata indicazione di detta condanna, costituente di per sé autonoma causa di esclusione, comportando l’impossibilità della stazione appaltante di valutare consapevolmente l’affidabilità del concorrente. Va quindi confermato il principio per cui qualsiasi condotta *contra legem*, ove collegata all’esercizio dell’attività professionale, è di per sé potenzialmente idonea ad incidere con il processo decisionale rimesso alle stazioni appaltanti sull’accreditamento dei concorrenti come operatori complessivamente affidabili.

3. Deve riconoscersi, in capo alla PA, un potere di apprezzamento discrezionale in ordine alla sussistenza dei requisiti di “integrità o affidabilità” dei concorrenti: per l’effetto, proprio al fine di rendere possibile il corretto esercizio di tale potere, questi ultimi sono tenuti a dichiarare qualunque circostanza che possa ragionevolmente avere influenza sul processo valutativo demandato alla PA.

4. Nel caso di omessa dichiarazione, è legittimo il provvedimento di esclusione, non sussistendo in capo alla stazione appaltante l’ulteriore obbligo di vagliare la gravità del precedente di cui è stata omessa la dichiarazione, conseguendo il provvedimento espulsivo all’omissione della prescritta dichiarazione, che invece deve essere resa completa ai fini dell’attestazione del possesso dei requisiti di ordine generale 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.

5. Il concorrente non può operare alcun filtro nell’individuazione dei precedenti penali valutando esso stesso la loro rilevanza ai fini dell’ammissione alla procedura di gara in quanto tale potere spetta esclusivamente alla stazione appaltante. In materia non trovano applicazione gli istituti – di derivazione penalistica – del falso innocuo e del falso inutile, la completezza delle dichiarazioni costituendo, in materia di pubblici appalti, un autonomo valore da perseguire, in quanto strumentale alla celere decisione in ordine all’ammissione dell’operatore economico alla procedura: in questi termini si spiega il concetto per cui una dichiarazione falsa o incompleta è di per sé inaffidabile al di là delle effettive intenzioni del suo autore.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 7 gennaio 2020 n. 83**

**Sulla competenza dei commissari di gara**

L’art. 77 d.lgs. n. 50 del 2016 (secondo cui, in caso di gara da aggiudicarsi secondo il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, la valutazione delle offerte è rimessa a commissari «esperti nello specifico settore cui afferisce l’oggetto del contratto»; v. nello stesso senso, già l’art. 84, comma 2, d.lgs. n. 163 del 2006) va interpretato nel senso che, da un lato, la legittima composizione della commissione presuppone solo la prevalente, seppure non esclusiva, presenza di membri esperti del settore oggetto dell’appalto; dall’altro che il requisito enunciato debba essere inteso in modo coerente con la poliedricità delle competenze richieste in relazione alla complessiva prestazione da affidare, considerando anche, secondo un approccio di natura sistematica e contestualizzata, le professionalità occorrenti a valutare sia le esigenze dell’amministrazione sia i concreti aspetti gestionali ed organizzativi sui quali i criteri valutativi siano destinati ad incidere.

Ai fini del possesso del requisito della esperienza professionale dei componenti della commissione di gara non è in proposito necessario che l’esperienza professionale di ciascun componente copra tutti gli aspetti oggetto della gara, potendosi le professionalità dei vari membri integrare reciprocamente, in modo da completare ed arricchire il patrimonio di cognizioni della commissione, purché idoneo, nel suo insieme, ad esprimere le necessarie valutazioni di natura complessa, composita ed eterogenea.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 7 gennaio 2020 n. 64**

***Sui limiti all’accesso ai documenti recanti segreti tecnici e commerciali***

1. L’art. 53, comma 5, lett. a) d.lgs. n. 50 del 2016 (secondo cui nelle gare di appalto «sono esclusi il diritto di accesso e ogni forma di divulgazione in relazione […] alle informazioni fornite nell’ambito dell’offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell’offerente, segreti tecnici o commerciali») ha lo scopo di escludere dall’ostensibilità propria degli atti di gara quella parte dell’offerta o delle giustificazioni della anomalia che riguardano le specifiche e riservate capacità tecnico-industriali o in genere gestionali proprie dell’impresa in gara (il *know how*), vale a dire l’insieme del “saper fare” e delle competenze ed esperienze, originali e tendenzialmente riservate, maturate ed acquisite nell’esercizio professionale dell’attività industriale e commerciale e che concorre a definire e qualificare la specifica competitività dell’impresa nel mercato aperto alla concorrenza.

2. In materia di accesso agli atti di gara, il sancito limite alla ostensibilità è comunque subordinato all’espressa «manifestazione di interesse» da parte dell’impresa interessata, cui incombe l’onere dell’allegazione di «motivata e comprovata dichiarazione», mediante la quale dimostri l’effettiva sussistenza di un segreto industriale o commerciale meritevole di salvaguardia; a tal fine, la presentazione di una istanza di accesso impone alla stazione appaltante di coinvolgere, in rispetto del contraddittorio, il concorrente controinteressato, nelle forme di cui alla disciplina generale del procedimento amministrativo, e richiede una motivata valutazione delle argomentazioni offerte, ai fini dell’apprezzamento della ‘effettiva rilevanza per l’operatività del regime di segretezza.

3. Posto che trasparenza e riservatezza sono valori primari per l’azione amministrativa, in materia di accesso agli atti di gara la legge non pone una regola di esclusione basata su una presunzione assoluta valevole *ex ante*, ma impone un valutazione in concreto dei motivi addotti a difesa del segreto, per modo che possa non essere preclusivamente vulnerato «l’accesso al concorrente ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto» (cfr. art. 53, ult. cpv. d.lgs. n. 50 del 2016); ne consegue che, al fine di esercitare il diritto di accesso riguardo a informazioni contenenti eventuali segreti tecnici o commerciali, è essenziale dimostrare non già un generico interesse alla tutela dei propri interessi giuridicamente rilevanti, ma la concreta necessità (da riguardarsi, restrittivamente, in termini di stretta indispensabilità) di utilizzo della documentazione in uno specifico giudizio.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**TAR PIEMONTE, SEZ. I – sentenza 7 gennaio 2020 n. 16**

***Sull’esclusione in caso di mancata sottoscrizione dell’offerta telematica***

Nelle gare di appalto, la sottoscrizione dell’offerta economica è rivolta non solo ad accertarne la provenienza e a garantire l’integrità del documento informatico ma anche a vincolare l’autore al contenuto del documento per assicurare la serietà, l’affidabilità e l’insostituibilità dell’offerta stessa. La mancanza di sottoscrizione dell’offerta economica, anche nelle gare telematiche, non è dunque regolarizzabile e dà luogo ad esclusione dalla gara.

--------

Secondo **l’orientamento maggioritario** la mancata sottoscrizione del documento contenente l’offerta economica non è sanabile mediante il ricorso all’istituto del soccorso istruttorio il quale, in virtù dell’articolo 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016, non può essere utilizzato per sanare le carenze degli elementi sostanziali dell’offerta economica, tra i quali rientra a pieno titolo, per le funzioni essenziali che essa spiega, la sottoscrizione, senza che sia necessaria un’espressa previsione nella *lex specialis* (Consiglio di Stato, sez. IV, 19 marzo 2015, n. 1425; T.A.R. Lazio – Roma, sez. III quater, 2 luglio 2019, n. 8605; sez. III ter, 22 dicembre 2015, n. 14451).

Secondo un altro orientamento la mancata sottoscrizione con firma digitale del documento contenente l’offerta economica è invece sanabile con il ricorso al soccorso istruttorio in quanto trattasi di sottoscrizione incompleta che non preclude la riconoscibilità della provenienza dell’offerta e non comporta un’incertezza assoluta sulla stessa (T.A.R. Sardegna, sez. I, 1 luglio 2019, n. 593.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**TAR CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. V – sentenza 8 gennaio 2020 n. 91**

***Sull’inapplicabilità del soccorso istruttorio alle carenze del contratto di avvalimento***

La carenza del contratto di avvalimento non è emendabile mediante il ricorso al c.d. “soccorso istruttorio” giacché quest’ultimo è volto solo a chiarire e a completare dichiarazioni o documenti comunque idonei e non può essere invocato qualora, in sede di gara, sia accertata la sostanziale inutilizzabilità di un requisito essenziale per la partecipazione.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**TAR CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. I – sentenza 9 gennaio 2020 n. 114**

***Sull’inammissibilità di una regolarizzazione postuma dell’irregolarità fiscale e tributaria***

1. Le certificazioni relative alla regolarità contributiva e tributaria delle imprese partecipanti, emanate dagli organi preposti, si impongono alle stazioni appaltanti che non possono in alcun modo sindacarne il contenuto, non residuando alle stesse alcun potere valutativo sul contenuto o sui presupposti di tali certificazioni; spetta, infatti, in via esclusiva all’Agenzia delle Entrate il compito di dare un giudizio sulla regolarità fiscale dei partecipanti a gara pubblica, non disponendo la stazione appaltante di alcun potere di autonomo apprezzamento del contenuto delle certificazioni di regolarità tributaria, ciò al pari della valutazione circa la gravità o meno della infrazione previdenziale, riservata agli enti previdenziali.

2. **L’eventuale regolarizzazione contributiva e tributaria successiva non sana** la carenza originaria del requisito di partecipazione; invero, la regolarità fiscale e contributiva, nell’economia della l*ex specialis* di gara mutuante la disciplina normativa, è un requisito necessario di partecipazione che deve essere posseduto dall’impresa partecipante alla gara non solo al momento di scadenza del termine di presentazione dell’offerta ma per tutto l’arco temporale in cui s’articola il procedimento di gara, restando peraltro irrilevante un eventuale adempimento tardivo dell’obbligazione.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**TAR MOLISE, SEZ. I – sentenza 10 gennaio 2020 n. 8**

***Sulla competenza dei commissari di gara***

1. Ai sensi dell’art. 77, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016 (secondo cui, nelle procedure di aggiudicazione di contratti di appalti o di concessioni, da aggiudicarsi con il criterio della offerta economicamente più vantaggiosa, la valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico ed economico è affidata ad una commissione giudicatrice, composta da esperti nello specifico settore cui afferisce l’oggetto del contratto), la legittima composizione della commissione presuppone la prevalente, seppure non esclusiva, presenza di membri esperti del settore oggetto dell’appalto (1), mentre il riferimento normativo al “settore” cui afferisce l’oggetto del contratto sta a significare che ciò che rileva è la competenza per aree tematiche omogenee, anche se non per tutte e ciascuna delle materie rientranti nell’area tematica oggetto dell’appalto o addirittura per i singoli e specifici aspetti presi in considerazione dalla *lex specialis* di gara ai fini valutativi.

2. Il requisito dell’esperienza nello “specifico settore” richiesto ai fini della composizione della commissione va inteso nel senso che la competenza ed esperienza richieste ai commissari deve essere riferita ad aree tematiche omogenee e non anche alle singole e specifiche attività oggetto dell’appalto.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 10 gennaio 2020 n. 249**

***Sulla disponibilità del centro di cottura***

1. Nel caso in cui la *lex specialis* di una gara per l’appalto del servizio di preparazione di pasti prescriva la dimostrazione della disponibilità di un centro di cottura ad una certa distanza dal sito presso il quale debbono somministrarsi i pasti (nella specie, più precisamente, la *lex specialis* richiedeva la piena disponibilità dell’immobile «da adibire» a centro di cottura esterno), deve ritenersi che, prima dell’aggiudicazione, considerata l’alea della gara, **sia sufficiente solo che vi sia la formale disponibilità e l’impegno del concorrente ad allestire il centro di cottura dichiarato ai fini della stipula e della successiva esecuzione del contratto**.

***Sul procedimento di verifica dell’anomalia***

2. Il procedimento di verifica dell’anomalia dell’offerta è finalizzato all’accertamento dell’attendibilità e della serietà della stessa e dell’effettiva possibilità dell’impresa di eseguire correttamente l’appalto alle condizioni proposte. La relativa valutazione della stazione appaltante ha natura globale e sintetica e costituisce espressione di un tipico potere tecnico-discrezionale insindacabile in sede giurisdizionale, salvo che la manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza dell’operato renda palese l’inattendibilità complessiva dell’offerta.

3. Il procedimento di verifica dell’anomalia dell’offerta non ha carattere sanzionatorio e non ha per oggetto una capillare “caccia all’incongruenza” né la ricerca di specifiche e singole inesattezze dell’offerta economica, mirando invece ad accertare se in concreto l’offerta, nel suo complesso, sia attendibile e affidabile in relazione alla corretta esecuzione del contratto. La verifica mira, quindi, in generale, a garantire e tutelare l’interesse pubblico concretamente perseguito dall’amministrazione attraverso la procedura di gara per la effettiva scelta del miglior contraente possibile ai fini dell’esecuzione dell’appalto, così che l’esclusione dalla gara dell’offerente per l’anomalia della sua offerta è l’effetto della valutazione (operata dall’amministrazione appaltante) di complessiva inadeguatezza della stessa rispetto al fine da raggiungere.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**TAR SARDEGNA, SEZ. I – sentenza 10 gennaio 2020 n. 17**

***Sulla doverosità della cauzione provvisoria***

1. Tra le cause di esclusione rientrano non solo le ipotesi di violazione di prescrizioni imposte dal codice dei contratti pubblici, dal regolamento di esecuzione o da altre leggi, le quali prevedano espressamente – quale conseguenza della violazione – l’esclusione dalla gara, ma anche quelle norme che impongano adempimenti doverosi o introducano, comunque, norme di divieto, pur senza prevedere espressamente l’esclusione.

2. L’adempimento imposto dall’art. 93, comma 1, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (prestazione della cauzione provvisoria) deve ritenersi compreso nell’ambito delle prescrizioni il cui rispetto è presidiato dalla conseguenza dell’esclusione dalla gara, in primo luogo, per le espressioni letterali contenute nella disposizione; e ciò soprattutto dopo la modifica al comma 1 dell’art. 93 cit. operata dall’art. 59 del d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56, che, prevedendo la facoltà della stazione appaltante di non richiedere la garanzia provvisoria solo nelle procedure di cui all’art. 36, comma 2, lettera a), del codice, dimostra – argomentando a contrario – che il richiedere la cauzione provvisoria costituisce per l’amministrazione (e, di riflesso, per i partecipanti alla gara) un adempimento doveroso in tutte le altre procedure di affidamento. Inoltre, la prescrizione svolge una funzione essenziale anche sul piano dell’interesse dell’amministrazione procedente a concludere celermente la gara, prevedendo uno strumento attraverso il quale sollecitare l’aggiudicatario a stipulare il contratto e, nel contempo, ad assicurare la liquidazione anticipata del danno per il caso di mancata stipula.

***Sul soccorso istruttorio relativo ad una cauzione provvisoria di data anteriore al bando***

3. L’omessa allegazione della cauzione provvisoria non preclude il soccorso istruttorio di cui all’art. 83, comma 9, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50. Il soccorso istruttorio, però, va a buon fine – e l’operatore può restare in gara – solo se la cauzione provvisoria presentata in sanatoria è stata emessa in data anteriore al termine per la presentazione delle domande di partecipazione; sarebbe, infatti, violata la par condicio tra i concorrenti, qualora fosse consentita la presentazione di una cauzione provvisoria formata successivamente alla scadenza del termine per la presentazione della domanda di partecipazione, e, nel termine del soccorso istruttorio. L’offerente, in questi casi, si gioverebbe, infatti, di un termine più lungo per acquisire la documentazione necessaria alla partecipazione alla gara.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**TAR FRIULI VENEZIA GIULIA, SEZ. I – sentenza 11 gennaio 2020 n. 15**

***Sui limiti alla sindacabilità delle offerte tecniche***

1. In linea di principio la valutazione delle offerte nonché l’attribuzione dei punteggi da parte della commissione giudicatrice rientrano nell’ampia discrezionalità tecnica riconosciuta a quest’ultima per cui, fatto salvo il limite della abnormità della scelta tecnica, di norma sono inammissibili le censure che impingono il merito di valutazioni per loro natura opinabili, perché sollecitano il giudice amministrativo ad esercitare un sindacato sostitutorio, al di fuori dei tassativi dell’art. 134 c.p.a..

2. Le valutazioni amministrative di discrezionalità tecnica sono sindacabili in giudizio solo in caso di manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza; in tali ipotesi il giudice amministrativo può soltanto sindacare le valutazioni amministrative sotto il profilo della logicità, ragionevolezza ed adeguatezza dell’istruttoria (e in assenza di un sindacato di carattere sostitutivo), ma il suo sindacato rimane limitato ai casi di macroscopiche illegittimità, quali errori di valutazione gravi ed evidenti, oppure valutazioni abnormi o inficiate da errori di fatto che le rendano inattendibili.

***Sul giudizio di anomalia***

3. La formulazione di un’offerta economica e la conseguente verifica di anomalia si fondano su stime previsionali e dunque su apprezzamenti e valutazioni implicanti un ineliminabile margine di opinabilità ed elasticità, essendo quindi impossibile pretendere una rigorosa quantificazione preventiva delle grandezze delle voci di costo rivenienti dall’esecuzione futura di un contratto, essendo per contro sufficiente che questa si mostri ex ante ragionevole ed attendibile.

4. Il giudizio di verifica della congruità dell’offerta sospetta di anomalia non ha per oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze dell’offerta economica, essendo invero finalizzato ad accertare se l’offerta nel suo complesso sia attendibile e dunque se dia o meno serio affidamento circa la corretta esecuzione dell’appalto, rilevando che l’offerta nel suo complesso appaia “seria”.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**TAR PIEMONTE, SEZ. I – sentenza 13 gennaio 2020 n. 31**

***Sull’illegittimità dell’esclusione in caso di mancata indicazione del costo della manodopera nel caso in cui tale voce sia già prevista negli atti di gara.***

Non sussiste la possibilità di disporre l’esclusione dalla gara per omessa indicazione degli oneri di sicurezza e del costo del lavoro nell’offerta economica, in violazione dell’art. 95, co. 10, d.lgs. n. 50/2016, nel caso in cui non solo sussista la situazione fattuale ipotizzata dalla Corte di giustizia U.E. (ossia di “disposizioni della gara d’appalto [che] non consentono agli offerenti di indicare i costi in questione nelle loro offerte economiche”), ma nessuna incertezza sorga sul costo del lavoro relativo a ciascuna offerta (atteso che nella specie l’invito non solo non prevedeva l’obbligo di indicazione separata dei costi della manodopera, bensì, stabiliva che “il costo della manodopera è fisso ed invariabile ed è pari a €/h 36,70”).

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**TAR EMILIA ROMAGNA – BOLOGNA, SEZ. II – sentenza 14 gennaio 2020 n. 18**

***Sulla legittimità del giudizio di anomalia di una offerta ove tale giudizio non sia perfettamente coincidente con le richieste di chiarimenti avanzate dalla P.A.***

Non comporta una violazione delle regole del contraddittorio la circostanza che la stazione appaltante abbia richiesto più volte chiarimenti ad un concorrente, in modo da consentire a quest’ultimo di fornire giustificazioni, salvo ritenere all’esito del procedimento le spiegazioni offerte **insufficienti** a superare le perplessità riscontrate; invero, il principio del contraddittorio non può costituire per l’Amministrazione un vincolo così stringente da imporle una perfetta coincidenza tra chiarimenti richiesti e gli elementi posti a fondamento del giudizio di anomalia, bastando a tal fine una corrispondenza sostanziale e di massima, a maggior ragione tenuto conto della sinteticità e complessività del giudizio espresso in tale sede.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**TAR LAZIO – ROMA, SEZ. I *quater* – sentenza 14 gennaio 2020 n. 384**

***Sul possesso dei requisiti per l’intera procedura di gara***

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. In particolare, **l’eventuale perdita del requisito in una fase successiva all’aggiudicazione, ma precedente la stipulazione del contratto, impedisce alla stazione appaltante la stipulazione del contratto di appalto**.

Qualora si verifichi una delle cause di esclusione prevista dall’art. 80 del d.l.vo n. 50 del 2016, ai commi 1, 2, 4 e 5, quindi anche nel caso contemplato al comma 5 di sottoposizione dell’operatore economico ad una procedura di concordato preventivo ancora non definita, la stazione appaltante è tenuta ad applicare la norma recata dal comma 6 dello stesso articolo 80, **escludendo l’operatore economico in qualunque momento della procedura**. L’obbligo di esclusione, quindi, sussiste anche **dopo la conclusione della gara**, nel senso che l’operatore economico che incorre in una causa di esclusione, seppure aggiudicatario, non può essere ammesso alla stipulazione del contratto.

Nel caso in cui illegittimamente sia stato stipulato un contratto di appalto con un operatore economico privo dei requisiti per contrarre con la p.a., è consentito, a chi vi abbia interesse e sia legittimato a contestare la stipulazione, agire in giudizio per chiedere l’accertamento della illegittimità del comportamento della P.A., collegato al mancato esercizio del potere di dichiarare la decadenza dell’aggiudicatario, per ottenere dal giudice amministrativo la privazione di efficacia del contratto eventualmente stipulato.

***Sulla possibilità di una modifica soggettiva di un r.t.i., purchè la mandante originaria abbia conservato i requisiti di partecipazione***

L’art. 48 del d.l.vo n. 50 del 2016, codice dei contratti pubblici, al comma 19 consente il recesso di una o più imprese raggruppate e quindi la modificazione soggettiva del raggruppamento, purché essa non sia finalizzata ad eludere la mancanza di un requisito di partecipazione alla gara. La legittimità del recesso da una r.t.i., con sostituzione della stessa da parte altra impresa mandante, **è condizionata, quindi, dalla verifica che la mandante originaria non sia incorsa in una causa di esclusione dalla procedura di affidamento, per perdita dei requisiti soggettivi**.

Illegittimamente viene autorizzata la sostituzione di una impresa facente parte di una r.t.i. che sia stata sottoposta a una procedura di fallimento, di liquidazione coatta o di concordato preventivo, anche se il procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni sia ancora in corso e non sia stato definito, costituendo tale situazione causa di esclusione.

***Sull’ammissibilità a gara di un operatore che ha presentato una domanda di concordato con continuità aziendale, ma non la diversa istanza di concordato c.d. in bianco***

L’articolo 186-bis del regio decreto n. 267 del 1942, dedicato al concordato con continuità aziendale, consente, qualora il piano di concordato con continuità aziendale preveda la prosecuzione dell’impresa, anche mediante la cessione dell’azienda, la partecipazione alle procedure di assegnazione di contratti pubblici, a condizione che sia attestata la conformità di tale partecipazione al piano concordatario e la ragionevole capacità di adempimento agli obblighi contrattuali. Tuttavia non può essere ammessa in gara una ditta che non ha presentato una domanda di concordato con continuità aziendale, ma la diversa istanza di concordato c.d. in bianco, con riserva di presentazione del piano e della restante documentazione richiesta dall’art. 186-bis L. Fall. nel termine concesso dal Giudice.

***Sulla natura dei gravi illeciti professionali***

**Non è indispensabile** che i gravi illeciti professionali che devono essere posti a supporto della sanzione espulsiva del concorrente ai sensi dell’art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 50 del 2016 **siano accertati con sentenza**, ma è sufficiente che gli stessi siano ricavabili da altri gravi indizi, atteso che l’elencazione dei gravi illeciti professionali rilevanti contenuta nella disposizione normativa succitata è meramente esemplificativa e la PA ha la possibilità di fornirne la dimostrazione con mezzi adeguati.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**TAR CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. VII – sentenza 14 gennaio 2020 n. 168**

***Sul grave illecito professionale (sull’obbligo di dichiarare tutte le circostanze relative all’esercizio dell’attività professionale)***

Alla luce dell’attuale testo dell’art. 80, comma 5, del d.lgs. n. 50 del 2016, deve ritenersi che i c.d. obblighi informativi, in particolare quelli di cui alla lettera c- *bis*) ed alla lettera f – *bis*), sono posti a carico dell’operatore economico per consentire alla stazione appaltante un’adeguata e ponderata valutazione sull’affidabilità e sull’integrità del medesimo; infatti sussiste in capo alla stazione appaltante un potere di apprezzamento discrezionale in ordine alla sussistenza dei requisiti di “integrità o affidabilità” dei concorrenti, e, pertanto, al fine di rendere possibile il corretto esercizio di tale potere, **questi ultimi sono tenuti a dichiarare qualunque circostanza che possa ragionevolmente avere influenza sul processo valutativo demandato all’amministrazione**.

***Sull’obbligo di dichiarare eventuali precedenti esclusioni, solo se iscritte al Casellario giudiziale.***

Eventuali esclusioni da precedenti procedure di gara, per quanto siano state accertate dal giudice amministrativo, assumono pertanto rilevanza solo se e fino a quando risultino iscritte nel Casellario informatico, per gli effetti e con le modalità previste nell’art. 80, comma 12, del d.lgs. n. 50 del 2016, qualora l’ANAC ritenga che emerga il dolo o la colpa grave dell’impresa interessata, in considerazione dell’importanza e della gravità dei fatti.

In riferimento all’omessa dichiarazione dell’esclusione da una precedente gara d’appalto, per potersi ritenere integrata l’ipotesi di omissione delle informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione (art. 80, comma 5, lett. c, d. lgs. n. 50 del 2016, nella formulazione anteriore alle modifiche di cui al d.l. n. 135 del 2018) è necessario che le informazioni di cui si lamenta la mancata segnalazione risultino, comunque, dal Casellario informatico dell’Anac, in quanto solo rispetto a tali notizie potrebbe porsi un onere dichiarativo ai fini della partecipazione alle procedure di affidamento.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 15 gennaio 2020 n. 378**

***Sulla suddivisione in lotti***

1. L’accorpamento di lavori ai servizi oggetto della prestazione principale è consentito dall’art. 28 del D.Lgs. n. 50/2016 (codice dei contratti pubblici), il quale per il caso di parti «oggettivamente separabili», attribuisce alle amministrazioni la facoltà («possono») di scelta «di aggiudicare appalti distinti per le parti distinte o di aggiudicare un appalto unico» (comma 5); la disciplina contenuta in tale disposizione non pone altre condizioni, ma si limita ad enunciare i criteri per individuare la disciplina applicabile in relazione alle varie parti del contratto misto. Deve dunque ritenersi consentita, nel presupposto da essa enunciato dell’ammissibilità di un unico contratto prestazioni anche oggettivamente separabili, che tale accorpamento avvenga sulla base di ragioni di connessione funzionale tra le diverse prestazioni.

2. In tanto può configurarsi l’obbligo di suddivisione degli appalti in lotti funzionali *ex* art. 51 del d.lgs. n. 50/2016 «al fine di favorire l’accesso delle microimprese, piccole e medie imprese», in quanto non vi si oppongano obiettive esigenze di connessione funzionale che rendano opportuno affidare congiuntamente prestazioni di servizi e lavori e che all’opposto sconsiglino di separare le stesse.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**TAR ABRUZZO – PESCARA, SEZ. I – sentenza 15 gennaio 2020 n. 22**

***Sulla natura del verbale di gara***

Il verbale di gara ha natura di atto pubblico in ordine ai fatti in esso riportati, secondo la disciplina dell’art. 2699 c.c. e dell’art. 2700 c.c., i quali dispongono che l’atto pubblico, in quanto documento firmato da pubblico ufficiale autorizzato ad attribuirgli pubblica fede, fa fede fino a querela di falso.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 16 gennaio 2020 n. 389**

***Sul subprocedimento di anomalia***

1. Nelle gare pubbliche, nel contraddittorio che va assicurato nel sub-procedimento di verifica dell’anomalia dell’offerta in base alle pertinenti disposizioni del codice dei contratti pubblici, a fronte dell’immodificabilità dell’offerta sono tuttavia modificabili le relative giustificazioni, ed in particolare sono consentite giustificazioni sopravvenute e compensazioni tra sottostime e sovrastime, purché l’offerta risulti nel suo complesso affidabile al momento dell’aggiudicazione e a tale momento dia garanzia di una seria esecuzione del contratto. L’amministrazione ha l’obbligo di valutare la complessiva attendibilità dell’offerta consentendo eventuali compensazioni tra sovrastime e sottostime, anche qualora le stesse riguardino il costo della manodopera.

***Sulla disponibilità del centro di cottura***

2. Nel caso in cui il disciplinare di gara disponga che “l’offerente in sede di presentazione dell’istanza di partecipazione dovrà impegnarsi irrevocabilmente a rendere disponibile un centro cottura avente le caratteristiche indicate nel capitolato prestazionale …”, non sussiste alcun obbligo di dimostrare in sede di gara la disponibilità del centro cottura, **essendo sufficiente una mera dichiarazione di impegno ad acquisirne la disponibilità per l’esecuzione della prestazione**.

3. In un appalto avente ad oggetto il servizio di mensa **la disponibilità di un centro di cottura è suscettibile di avvalimento**. Invero, il contratto di avvalimento è idoneo a comprovare tale disponibilità, intesa come possibilità di utilizzare il centro cottura, sia sotto il profilo giuridico che nella realtà dei fatti: con esso infatti l’impresa ausiliaria si impegna espressamente a mettere a disposizione dell’avvalente il centro di cottura e le risorse necessarie, per l’intera durata delle obbligazioni contrattuali assunte dalla ditta avvalente.

***Sull’avvalimento***

4. L’art. 89, comma 8, del codice dei contratti pubblici, nel prevedere che in caso di avvalimento l’appalto «è in ogni caso eseguito dall’impresa che partecipa alla gara, alla quale è rilasciato il certificato di esecuzione, e l’impresa ausiliaria può assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati», ha inteso affermare la regola secondo cui **l’unico responsabile dal punto di vista giuridico dell’esecuzione del contratto è il concorrente aggiudicatario** e che le prestazioni in concreto svolte dall’ausiliaria sono comunque riconducibili all’organizzazione da esso predisposta per l’adempimento degli obblighi assunti nei confronti della stazione appaltante.

***Sul subappalto (e sull’inapplicabilità del limite del 30%)***

5. Il limite del 30 per cento «dell’importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture», per l’istituto del subappalto – previsto dall’art. 105, comma 2, del codice dei contratti pubblici – deve ritenersi superato per effetto delle sentenze della Corte di giustizia dell’Unione europea del 26 settembre 2019 (C-63/18) e 27 novembre 2019 (C-402/18).

6. Il subappalto dà luogo ad un contratto derivato, rilevante nella fase di esecuzione del rapporto, contraddistinto dal fatto che il rischio imprenditoriale ed economico inerente all’esecuzione delle prestazioni in esso previste è assunto dal subappaltatore attraverso la propria organizzazione, mentre il subappaltante rimane responsabile nei confronti dell’amministrazione aggiudicatrice, ai sensi di quanto previsto dall’art. 105, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016.

***Sulla clausola sociale***

7. La clausola sociale va formulata in maniera elastica e non rigida, rimettendo all’operatore economico concorrente finanche la valutazione in merito all’assorbimento dei lavoratori impiegati dal precedente aggiudicatario; formulata in questi termini, è conforme alle indicazioni della giurisprudenza secondo la quale l’obbligo di mantenimento dei livelli occupazionali del precedente appalto va contemperato con la libertà d’impresa e con la facoltà in essa insita di organizzare il servizio in modo efficiente e coerente con la propria organizzazione produttiva, al fine di realizzare economie di costi da valorizzare a fini competitivi nella procedura di affidamento dell’appalto.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**TAR EMILIA ROMAGNA – BOLOGNA, SEZ. II – sentenza 16 gennaio 2020 n. 25**

***Sul soccorso istruttorio per le referenze bancarie***

Nelle gare di appalto, l’omessa allegazione di una referenza bancaria non rientra nell’ambito di applicazione della disciplina del soccorso istruttorio disciplinata dall’art. 83 comma 9, del d.lgs. n. 50/2016.

—————————————-

a) Una parte della giurisprudenza ha ritenuto che l’inidoneità delle referenze bancarie non è suscettibile di regolarizzazione, in quanto l’art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50/16 si riferisce all’ipotesi di integrazione, chiarimento e/o completamento di documenti e dichiarazioni e il difetto delle referenze bancarie previste dalla legge di gara non consente alla stazione appaltante di considerare comprovato, in capo all’impresa partecipante, il possesso dei requisiti economici e finanziari, i quali a norma dell’art. 46 comma 1 bis, assumono valenza di elemento essenziale dell’offerta (sul punto, cfr. T.A.R. Sicilia – Catania, n. 226/2018; parere dell’ANAC n. 100 del 26 novembre 2014; principi enunciati nelle decisioni del Consiglio di Stato, Ad. Plen., n. 16/2014);

b) altra parte della giurisprudenza ha chiarito che l’omessa allegazione di una referenza bancaria rientra nell’ambito di applicazione della disciplina del soccorso istruttorio disciplinata dall’art. 83 comma 9, d. lgs. 50/2016, trattandosi di un elemento estraneo all’offerta economica che si riferisce all’oggetto dell’appalto (cfr. T.A.R. Lazio – Latina, sez. I, 23 febbraio 2018 n. 88).

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**TAR ABRUZZO – L’AQUILA, SEZ. I – sentenza 16 gennaio 2020 n. 8**

***Sul termine assegnabile per il soccorso istruttorio e sulla possibilità di una sua riduzione***

1. Il termine di 10 giorni per il soccorso istruttorio nelle gare di appalto dall’art. 83 del d.lgs. n. 50 del 2016 è previsto come termine massimo dalla legge, secondo una *ratio* ispirata all’evidente esigenza di contenere i tempi complessivi di espletamento della gara in ossequio ai principi di accelerazione e tempestività delle procedure di aggiudicazione. E’, pertanto, ragionevole applicare siffatto termine nella sua maggiore ampiezza nei casi nei quali l’integrazione possa risultare più gravosa e complessa, avuto riguardo alla quantità e/o qualità degli elementi formali della domanda che siano risultati mancanti, incompleti o comunque affetti da irregolarità.

2. L’omessa previsione *ex lege* di una misura minima del termine per il soccorso istruttorio nelle gare di appalto comporta, quindi, che esso dovrà essere comunque adeguato a consentire la regolarizzazione e dunque proporzionato al numero e alla natura delle irregolarità essenziali accertate, sicché se nell’ipotesi di carenza di una pluralità di documenti o elementi, esso dovrà essere aumentato, viceversa nel caso in cui sia mancante solo il documento di riconoscimento del sottoscrittore di una dichiarazione, il termine com’è evidente potrà essere assai breve (alla stregua del principio nella specie è stato ritenuto **legittimo il dimezzamento del termine di 10 giorni per una richiesta di soccorso istruttorio relativa alla mancata allegazione del documento di identità** del legale rappresentante di una società concorrente; è stato ritenuto infatti che l’evidente lievità dell’onere integrativo, per di più riferito a elementi e documenti già nella piena disponibilità e diretta accessibilità da parte di chi è stato chiamato a rendere completa la dichiarazione, rende legittimo il dimezzamento del termine massimo).

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 16 gennaio 2020 n. 399**

***Sui presupposti per applicare il soccorso istruttorio alla carenza della cauzione provvisoria***

1. La mancanza ovvero la presentazione di una cauzione provvisoria di importo insufficiente, incompleto o deficitario rispetto a quello richiesto dalla *lex specialis* non costituisce causa di esclusione -salva diversa esplicita previsione della legge di gara- ed è sanabile mediante soccorso istruttorio. Infatti, come già evidenziato, anche l’art. 93 del d.lgs. n. 50 del 2016, in tema di garanzie, non prevede l’esclusione, per la mancanza della cauzione provvisoria, a differenza di quanto stabilisce, al comma 8, per la carenza dell’impegno del fideiussore a rilasciare la cauzione definitiva a garanzia dell’esecuzione del contratto nel caso di aggiudicazione e affidamento dell’appalto (Cons. di Stato, VI, 18 luglio 2016, n. 3198, richiamata di recente da Cons. Stato, V, 22 luglio 2019, n. 5138).

2. Anche l’art. 93 del d.lgs. n. 50 del 2016 in tema di garanzie, non prevede l’esclusione dalla gara per la mancanza della cauzione provvisoria, a differenza di quanto stabilisce, al comma 8, per la carenza dell’impegno del fideiussore a rilasciare la cauzione definitiva a garanzia dell’esecuzione del contratto nel caso di aggiudicazione e affidamento dell’appalto.

3. Nel caso di mancata prestazione della cauzione provvisoria, il soccorso istruttorio va a buon fine – e l’operatore può restare in gara – **solo se la cauzione provvisoria presentata in sanatoria (come pure la dichiarazione di impegno alla prestazione di garanzia definitiva) sono di data anteriore al termine per la presentazione delle domande di partecipazione**; tale principio va limitato alla sola ipotesi di mancanza di cauzione provvisoria, quando questa sia richiesta dalla legge di gara come elemento essenziale della domanda (prevendendosi apposita ed esplicita causa di esclusione, non interpretabile estensivamente).

***Sulla natura perentoria del termine assegnato per il soccorso istruttorio***

4. Il termine di 10 giorni previsto dall’art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016, qualora si tratti di soccorso istruttorio concesso prima dell’aggiudicazione, ha natura perentoria, essendo stato previsto ai fini di un’istruttoria veloce ma preordinata ad acquisire la completezza delle dichiarazioni prima della valutazione dell’ammissibilità della domanda; tale interpretazione risulta coerente, oltreché con la ratio, anche con la lettera dell’attuale art. 83, comma 9, il quale espresse prevede: “in caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara”.

***Sui presupposti per l’accesso difensivo agli atti recanti segreti tecnici e commerciali***

5. L’accesso c.d. difensivo, in deroga a quanto previsto dall’art. 53, comma 5, del d.lgs. n. 50 del 2016, è strettamente legato, dall’art. 53, comma 6, alla sola esigenza di «difesa in giudizio»: previsione più restrittiva di quella dell’art. 24, comma 7, l. n. 241 del 1990, che contempla un ventaglio più ampio di possibilità, consentendo l’accesso, ove necessario, senza alcuna restrizione alla sola dimensione processuale. Pertanto, al fine di esercitare il diritto di accesso riguardo a informazioni contenenti eventuali segreti tecnici o commerciali, è essenziale dimostrare non già un generico interesse alla tutela dei propri interessi giuridicamente rilevanti, ma la concreta necessità (da riguardarsi, restrittivamente, in termini di stretta indispensabilità) di utilizzo della documentazione in sede giudiziale, specificamente – quando si tratta di istanza avanzata ai sensi dell’art. 116, comma 2, cod. proc. amm. – di utilizzazione nel giudizio nell’ambito del quale necessita produrre i documenti a cui è chiesto l’accesso.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**TAR TOSCANA, SEZ. I – sentenza 16 gennaio 2020 n. 35**

***Sull’ammissibilità della rettifica dell’offerta in caso di errore materiale***

Nelle gare di appalto, l’errore materiale può essere rettificato d’ufficio dall’Amministrazione qualora facilmente riconoscibile, in base ad una valutazione ex ante; ciò significa che deve essere palese sia il fatto che l’offerente è incorso in una svista, sia l’effettiva volontà negoziale che lo stesso ha inteso manifestare.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 17 gennaio 2020 n. 431**

***Sulla procedura ad evidenza pubblica per la concessione demaniale marittima***

1. Nel caso di assegnazione di un’area demaniale marittima, il Comune è tenuto ad avviare una procedura di selezione pubblica, ispirata ai principi di par condicio, di imparzialità e di trasparenza, diretta ad individuare la proposta di gestione dell’area demaniale marittima maggiormente corrispondente allo specifico interesse pubblico che, per le caratteristiche particolari dell’area concedibile, sia utilmente perseguibile; il rilascio della concessione demaniale marittima per finalità turistico-ricreative avviene sulla base della procedura descritta, sia in maniera sintetica, dagli artt. 36 (Concessioni di beni demaniali) e 37 (Concorso di più domande di concessione) del Codice della navigazione e dell’art. 18 del Regolamento di esecuzione del Codice della navigazione; si tratta, in ogni caso, di una procedura di carattere comparativo.

***Sul conflitto di interessi anche potenziale***

2. Le situazioni di conflitto di interessi, nell’ambito dell’ordinamento pubblicistico, non sono tassative, ma possono essere rinvenute volta per volta, in relazione alla violazione dei principi di imparzialità e buon andamento sanciti dall’art. 97 Cost., quando esistano contrasto ed incompatibilità, anche solo potenziali, tra il soggetto e le funzioni che gli sono attribuite.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**TAR SICILIA – CATANIA, SEZ. III – sentenza 17 gennaio 2020 n. 102**

***Sull’illegittimità della nomina ad opera del Sindaco dei Commissari di gara***

È illegittima una gara di appalto indetta da un Comune nel caso in cui risulti che la commissione di gara sia stata nominata dal Sindaco piuttosto che dal Dirigente, atteso che la nomina della commissione giudicatrice è atto gestionale, ricadente nell’ambito della competenza dirigenziale. La illegittima nomina della commissione di gara costituisce un vizio che comporta in modo caducante il travolgimento per illegittimità derivata dei successivi atti della procedura di gara.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**TAR LAZIO – ROMA, SEZ. II *bis* – sentenza 20 gennaio 2020 n. 715**

***Sulla clausola sociale***

1. In sede di gara pubblica, la c.d. clausola sociale deve essere sempre interpretata conformemente ai principi nazionali e comunitari in materia di libertà di iniziativa imprenditoriale e di concorrenza, risultando altrimenti essa lesiva della concorrenza, scoraggiando la partecipazione alla gara e limitando ultroneamente la platea dei partecipanti nonché atta a ledere la libertà d’impresa riconosciuta a e garantita dall’art. 41 Cost., che sta a fondamento dell’autogoverno dei fattori della produzione e dell’autonomia di gestione propria dell’archetipo del contratto di appalto; ne consegue che l’obbligo di riassorbimento dei lavoratori alle dipendenze dell’appaltatore uscente nello stesso posto di lavoro e nel contesto dello stesso appalto deve essere armonizzato e reso compatibile con l’organizzazione di impresa prescelta dall’imprenditore aggiudicatario.

2. Nel caso in cui il capitolato di gara preveda per la aggiudicataria l’obbligo di utilizzare “prioritariamente” lo stesso personale in servizio della precedente gestione, garantendo il mantenimento della retribuzione da contratto nazionale in essere, tale clausola va interpretata nel senso che tutti i lavoratori debbano essere riassunti con il medesimo orario e con mansioni del tutto identiche rispetto all’organizzazione del gestore uscente, ma che il riassorbimento del personale deve avvenire nella misura e nei limiti in cui sia risultato compatibile con il fabbisogno richiesto dall’esecuzione del nuovo contratto e con la pianificazione e l’organizzazione del lavoro elaborata dal nuovo assuntore.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**TAR CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. I – sentenza 21 gennaio 2020 n. 292**

***Sul grave illecito professionale (sull’obbligo di dichiarare tutte le circostanze relative all’esercizio dell’attività professionale)***

Per potersi ritenere integrata l’ipotesi di omissione delle informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione “*è necessario che le informazioni di cui si lamenta la mancata segnalazione risultino, comunque, dal Casellario informatico dell’Anac, in quanto solo rispetto a tali notizie potrebbe porsi un onere dichiarativo ai fini della partecipazione alle procedure di affidamento (…)*”.

Con riferimento alla fattispecie dell’avvalimento l’art. 89, comma 1, dello stesso *corpus* normativo, dopo avere disposto che l’operatore economico avvalentesi delle capacità di altri soggetti è tenuto ad allegare una dichiarazione sottoscritta dalla impresa ausiliaria attestante il possesso da parte di quest’ultima dei requisiti generali di cui all’art. 80, aggiunge che «*nel caso di dichiarazioni mendaci […] la stazione appaltante esclude il concorrente e escute la garanzia*». Dal combinato disposto di queste norme contenute nel codice dei contratti pubblici emerge dunque inequivocabilmente che la dichiarazione mendace presentata dall’operatore economico, anche con riguardo alla posizione dell’impresa ausiliaria, comporta l’esclusione dalla gara.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**TAR TOSCANA, SEZ. I – sentenza 22 gennaio 2020 n. 86**

***Sul principio di rotazione***

1. L’art. 36, comma 1, del del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 sancisce, per i contratti sotto soglia, il principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti.

2. In applicazione del principio di rotazione delle imprese, l’invito all’affidatario uscente ha carattere eccezionale e deve essere adeguatamente motivato, avuto riguardo al numero ridotto di operatori presenti sul mercato, al grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale (esecuzione a regola d’arte, nel rispetto dei tempi e dei costi pattuiti) ovvero all’oggetto e alle caratteristiche del mercato di riferimento.

3. La “*ratio*” del principio di rotazione – rappresentata dall’esigenza di evitare il consolidamento di rendite di posizione – induce a ritenere che il gestore uscente vada escluso dalla procedura negoziata a prescindere dai modi in cui aveva ottenuto il precedente affidamento, e quindi anche se l’affidamento della concessione scaduta sia scaturito dall’adesione della stazione appaltante ad una convenzione Consip e dall’aggiudicazione a seguito di procedura aperta.

4. Il principio di rotazione delle imprese è volto a tutelare le esigenze della concorrenza in un settore, quale quello degli appalti “sotto soglia”, nel quale è maggiore il rischio del consolidarsi, ancor più a livello locale, di posizioni di rendita anticoncorrenziale da parte di singoli operatori del settore risultati in precedenza aggiudicatari della fornitura o del servizio; ne deriva che esso si applica anche agli operatori economici che erano affidatari a seguito di precedente procedura ad evidenza pubblica, ad evitare che, una volta scaduto il rapporto contrattuale, la precedente aggiudicataria possa di fatto sfruttare la sua posizione di gestore uscente per indebitamente rinnovare o vedersi riaffidare il contratto tramite procedura negoziata.

5. L’operatività del principio di rotazione non risulta per nulla ridotta dalla più recente giurisprudenza che ha escluso che possano assumere validità, ai fini dell’applicazione del principio di rotazione, affidamenti determinati da ragioni qualificate di urgenza e che abbiano avuto svolgimento “per un tempo estremamente limitato”, ove nella specie manchino elementi che possano portare a concludere per una caratterizzazione in termini d’urgenza dell’affidamento.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**TAR TOSCANA, SEZ. I – sentenza 22 gennaio 2020 n. 87**

***Sul divieto di commistione tra offerta tecnica ed offerta economica***

1. Nelle gare di appalto, qualora sia previsto il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, la valutazione delle offerte tecniche costituisce espressione della discrezionalità tecnica della commissione giudicatrice e, pertanto, non può essere oggetto di sindacato, salvo che non sia inficiata da macroscopici errori di fatto, da illogicità o da irragionevolezza manifesta.

2. La violazione del divieto di commistione dell’offerta economica e dell’offerta tecnica costituisce legittima causa di esclusione. Il divieto non va inteso in senso assoluto, nell’offerta tecnica potendo anche essere inclusi singoli elementi economici, purché siano estranei all’offerta economica, ovvero ne rappresentino componenti isolate e marginali, la cui conoscenza non permetta di risalire all’offerta economica nel suo complesso; di esso, pertanto, deve farsi un’applicazione in concreto, con riguardo alla concludenza degli elementi economici esposti o desumibili dall’offerta tecnica, che debbono essere tali da consentire di ricostruire in via anticipata l’offerta economica nella sua interezza ovvero, quanto meno, in aspetti economicamente significativi, idonei a consentire potenzialmente al seggio di gara di apprezzare “prima del tempo” la consistenza e la convenienza di tale offerta.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**TAR LOMBARDIA – MILANO, SEZ. I – sentenza 22 gennaio 2020 n. 129**

***Sul soccorso istruttorio per l'inserimento di un documento di identità in una busta diversa***

E’ illegittima l’esclusione di un’offerta disposta in ragione della produzione della copia del documento di identità in una busta diversa da quella prescritta dalla *lex specialis*, ma comunque allegata agli atti di gara. In tal caso, trattandosi non già di mancanza ma di errato inserimento di un documento, l’Amministrazione procedente deve ricorrere al soccorso istruttorio.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**TAR ABRUZZO – PESCARA, SEZ. I – sentenza 23 gennaio 2020 n. 32**

***Sul soccorso istruttorio***

La disciplina della procedura di gara non deve essere concepita come una sorta di corsa ad ostacoli fra adempimenti formali imposti agli operatori economici e all’amministrazione aggiudicatrice, ma deve mirare ad appurare, in modo efficiente, quale sia l’offerta migliore, nel rispetto delle regole di concorrenza, verificando la sussistenza dei requisiti tecnici, economici, morali e professionali dell’aggiudicatario. In questo senso, dunque, l’istituto del soccorso istruttorio tende ad evitare che irregolarità e inadempimenti meramente estrinseci possano pregiudicare gli operatori economici più meritevoli, anche nell’interesse del seggio di gara, che potrebbe perdere l’opportunità di selezionare il concorrente migliore, per vizi procedimentali facilmente emendabili”.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**TAR TOSCANA, SEZ. I – sentenza 23 gennaio 2020 n. 100**

***Sul requisito del centro di cottura***

La disponibilità di un centro di cottura localizzato, richiesta dalla *lex specialis* nell’ambito di un appalto di servizio di ristorazione, costituisce requisito inerente le prestazioni negoziali e **non di partecipazione alla gara**.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 24 gennaio 2020 n. 604**

***Sull'obbligo di indicare i costi della sicurezza interna***

In base a quanto recentemente ritenuto dalla Corte di giustizia U.E. (sentenza 2 maggio 2019), deve ritenersi conforme al diritto europeo l’automatismo espulsivo correlato al mancato scorporo nell’offerta economica dei costi inerenti alla sicurezza interna derivante dal combinato disposto degli artt. 95, comma 10, e 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016 (codice dei contratti pubblici), potendosi derogare a tale regola ed ammettersi il soccorso istruttorio solo nel caso di materiale impedimento nell’assolvere ad un obbligo di legge che sulla base della diligenza professionale ciascun operatore economico è tenuto a conoscere .

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**TAR LOMBARDIA- MILANO, SEZ. II – sentenza 24 gennaio 2020 n. 174**

**Sui presupposti per la modifica del contratto**

Il ricorso all’istituto di cui all’articolo 106, comma 1, lettera b), del D.lgs. n. 50/2016 costituisce già una peculiare deroga alle regole euro-unitarie in materia di concorrenza ammessa dal legislatore per consentire alla stazione appaltante di governare le sopravvenienze che si verificano nella fase esecutiva. In tal caso, la c.d. “Vertragsrechtanpassung” non opera in ragione della insostenibilità delle condizioni originarie (c.d. “Unzumutbarkeit”) ma per consentire forniture “supplementari” resesi necessarie e consentite dall’ordinamento per governare in parte quello che un’autorevole dottrina chiama il “futuro indomabile” delle prestazioni di durata che la “razionalità limitata” dei contraenti non è da sola in grado di controllare. La revisione del contratto è, quindi, eccezionalmente consentita esonerando la stazione appaltante dal ricorso al mercato che, come indicato dalla previsione, comporterebbe “notevoli disguidi o una consistente duplicazione dei costi”. Tale eccezione deve, tuttavia, contenersi nei limiti propri della *regola iuris* in esame. Diversamente opinando si creerebbe quell’effetto moltiplicatore della lesione della concorrenza su cui correttamente incentra le proprie argomentazioni la parte ricorrente. Infatti, la prestazione derivante dalla pur legittima revisione del contratto da parte della stazione appaltante diviene, ove estesa da parte di una diversa Amministrazione, il veicolo attraverso il quale si esce dall’alveo della consentita deroga alla concorrenza determinando la sottrazione della prestazione alle regole dell’evidenza pubblica.

La previsione di cui all’articolo 106, comma 1, lettera b), del D.lgs. n. 50/2016 ammette la rinegoziazione negli stretti limiti in cui tale necessità sia imposta dalle sopravvenute esigenze della PA. La regola è, quindi, calibrata sulla situazione singolare e sopravvenuta. **La gestione delle sopravvenienze è la valvola attraverso cui l’istituto respira** e, di conseguenza, lo stesso non trova applicazione ove non si tratti di governare simili esigenze ulteriori e future ma di legittimare la lesione dei principi della concorrenza in nome di esigenze già attuali al momento dell’adesione.

**\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**

**CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 24 gennaio 2020 n. 608**

***Sulla distinzione tra appalto di servizi e concessione di servizi***

1. Va qualificato come appalto di servizi, e non come concessione di servizi, il contratto di gestione dei rifiuti urbani che prevede che l’attività svolta sia remunerata integralmente dalla PA, di modo che non gravi sull’operatore economico il rischio d’impresa; per tal via, le controversie relative alla fase di esecuzione del contratto rientrano nella giurisdizione dell’Autorità giudiziaria ordinaria.

***Sui presupposti per la procedura negoziata senza bando***

2. Ai sensi dall’art. 63 del [d. lgs. n. 50/2016](http://www.lexitalia.it/n/3163), sussistono le due alternative per il ricorso, in via eccezionale, all’affidamento diretto non preceduto da bando, quando sussista: a) l’assenza, per motivi di ordine tecnico, di adeguata concorrenza (comma 1, lett. b) n. 2); b) la ricorrenza di ragioni di “estrema urgenza”, derivanti da eventi “imprevedibili” ed incompatibili con l’ordinaria attivazione di procedura selettiva evidenziale. In particolare l’art. 63 autorizza il ricorso a “procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara”, a condizione che: a) l’urgenza derivi da “eventi imprevedibili” e “in alcun caso imputabili” alla amministrazione aggiudicatrice, che rendano impossibile il rispetto del termini “per le procedure aperte o per le procedure ristrette o per le procedure competitive con negoziazione”; b) della relativa giustificazione sia dato conto “con adeguata motivazione”; c) l’affidamento sia disposto “nella misura strettamente necessaria”.

3. L’opzione prevista dall’art. 63 del [d.lgs. n. 50/2016](http://www.lexitalia.it/n/3163) riveste, all’evidenza, carattere di eccezionalità rispetto all’obbligo delle amministrazioni aggiudicatrici di individuare il loro contraente attraverso il confronto concorrenziale, sicché, per condiviso intendimento, la scelta di tale modalità richiede un particolare rigore nell’individuazione dei presupposti giustificativi, da interpretarsi restrittivamente.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 24 gennaio 2020 n. 607**

***Sul favor patecipationis e sull’interpretazione della clausola dubbia***

1. Nelle gare di appalto, a fronte di più possibili interpretazioni di una clausola della *lex specialis* (una avente quale effetto l’esclusione dalla gara e l’altra tale da consentire la permanenza del concorrente), non può legittimamente aderirsi all’opzione che, ove condivisa, comporterebbe l’esclusione dalla gara, dovendo essere favorita l’ammissione del più elevato numero di concorrenti, in nome del principio del *favor partecipationis* e dell’interesse pubblico al più ampio confronto concorrenziale. D’altra parte, il principio generale della più ampia partecipazione alle gare pubbliche, volto a favorire la massima tutela della concorrenza e l’interesse pubblico alla selezione dell’impresa più idonea, è ulteriormente ribadito dall’art. 83, comma 2, del D.Lgs. n. 50 del 2016, il quale prevede che i requisiti e le capacità (economico-finanziarie e tecnico professionali) «sono attinenti e proporzionati all’oggetto dell’appalto, tenendo presente l’interesse pubblico ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti, nel rispetto dei principi di trasparenza e rotazione».

***Sulla clausola del servizio svolto nel triennio***

2. La clausola del bando di gara la quale prevede che «il concorrente deve aver eseguito nell’ultimo triennio servizi analoghi a quelli oggetto dell’appalto, erogando un numero di pasti all’anno non inferiore a n. 70.000 senza revoche di contratto», con l’ulteriore precisazione che «la comprova del requisito è fornita secondo le disposizioni di cui all’art. 86 e all’allegato XVII, parte II, del Codice» dei contratti pubblici non può essere interpretata nel senso che, ai fini della partecipazione alla gara, è necessario aver erogato almeno settantamila pasti in ogni singolo anno del triennio. Deve, al contrario, ritenersi che un’interpretazione conforme alla lettera della clausola conduca a intendere le locuzioni in esame come indicazione di una necessaria media ponderata sul periodo di riferimento: solo in questo modo è infatti possibile dare un senso alla parola “triennio”, che indica un intervallo di durata (id est: un periodo unitario), ove poi la distinta locuzione “all’anno” (contenuta nella seconda proposizione, successiva alla virgola) indica correttamente il valore per indicare la media.

3. Per le imprese di nuova e recente costituzione, il giudizio di idoneità sul possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria previsti dal bando deve essere formulato in concreto; diversamente opinando, si attribuirebbe al comma 4 dell’art. 86 del D.Lgs. n. 50 del 2016 un’interpretazione abrogatrice, che in sostanza rende immutabile la scelta preventiva fatta in sede di definizione nel bando dei requisiti di capacità economica e finanziaria e che non consente agli operatori che per impedimenti oggettivi e giustificati non posseggono questi ultimi di offrire prove alternative.

***Sul giudizio di anomalia***

4. In materia di verifica di congruità dell’offerta, la relativa valutazione della Stazione appaltante ha natura globale e sintetica, riguardando l’attendibilità e la serietà dell’offerta economica nel suo complesso, e non singole voci o componenti della medesima; siffatta valutazione costituisce espressione ed esercizio di poteri tecnico discrezionali riservati alla Pubblica amministrazione, sottratti al sindacato giurisdizionale salvo i casi di manifesta o macroscopica illogicità o di evidente irragionevolezza inficiante l’operato della Stazione appaltante.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**TAR LAZIO – ROMA, SEZ. III *TER* – sentenza 28 gennaio 2020 n. 1139**

***Sul grave illecito professionale e sull’obbligo di dichiarare tutte le condanne***

1. Qualsiasi condotta *contra legem*, ove collegata all’esercizio dell’attività professionale, è di per sé potenzialmente idonea ad incidere sul processo decisionale rimesso alle stazioni appaltanti sull’accreditamento dei concorrenti come operatori complessivamente affidabili; pertanto, ai fini del corretto esercizio di tale potere, **ciascun concorrente è tenuto a dichiarare qualunque circostanza che possa ragionevolmente avere influenza sul potere**, in capo della stazione appaltante, di apprezzamento discrezionale in ordine alla sussistenza dei requisiti di integrità o affidabilità.

2. E’ legittimo il provvedimento di esclusione di una r.t.i. costituenda da una gara di appalto che si fonda sull’omessa dichiarazione di un precedente penale relativo all’amministratore delegato della società mandante della costituenda r.t.i. (nella specie si trattava dell’**omessa dichiarazione di una condanna per il reato di cui all’art. 590, commi 1 e 3, c.p. – Lesioni personali colpose commesse con violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro**) e che assume, pertanto, rilievo ai sensi dell’art. 80, comma 5, d.lgs. n. 50/2016, in quanto espressione di una grave infrazione delle norme in materia di sicurezza sul lavoro nonché degli obblighi di cui all’art. 30, comma 3, d.lgs. n. 50/2016; e dunque in tale prospettiva costituisce potenzialmente, un “grave illecito professionale”, a nulla rilevando che si tratta di una condanna irrogata oltre cinque anni prima della data di presentazione dell’offerta.

3. L’omissione informativa che abbia ad oggetto una pregressa vicenda professionale suscettibile di integrare grave illecito professionale non può essere emendata mediata attivazione del soccorso istruttorio di cui all’art. 83, comma 11, d.lg. 18 aprile 2016, n. 50, essendo la condotta omissiva in sé ad assumere rilevanza per la valutazione dell’affidabilità dell’operatore e non soltanto l’oggetto dell’informazione omessa domina il dovere di fedele redazione e presentazione del DGUE, perché – in specificazione normativa dell’immanente principio di buona fede nelle trattative – è l’amministrazione e non l’interessato a vagliare la sua meritevolezza e affidabilità in base ai precedenti penali”).

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 29 gennaio 2020 n. 720**

***Sui contratti attivi***

La procedura ad evidenza pubblica indetta da un Comune per l’affitto di fondi agricoli va qualificata come una procedura diretta alla conclusione di un contratto attivo, poiché realizza un’entrata (e non un’uscita, come in caso di contratto di appalto) a favore del soggetto pubblico quale corrispettivo del godimento del bene attribuito al privato.

***Sui presupposti per la revoca della gara***

In materia di appalti pubblici – ma il ragionamento si può estendere ad ogni procedura che impegna la pubblica amministrazione nei confronti di un privato, che attraverso detta procedura sia scelto, alla stipulazione di un futuro contratto – le ragioni in grado di supportare la revoca legittima sono principalmente le seguenti: a) la revoca per sopravvenuta non corrispondenza dell’appalto alle esigenze dell’amministrazione; b) ka revoca per sopravvenuta indisponibilità di risorse finanziarie ovvero per sopravvenuta non convenienza economica dell’appalto; c) la revoca per inidoneità della prestazione descritta nella *lex specialis* a soddisfare le esigenze contrattuali che hanno determinato l’avvio della procedura, nonché d) i comportamenti scorretti dell’aggiudicatario che si sono manifestati successivamente all’aggiudicazione definitiva.

***Sull’illegittimità della revoca per ragioni preesistenti al bando***

E’ illegittimo il provvedimento con il quale un Comune ha revocato una procedura di gara per l’affitto di terreni agricoli per asserita sopravvenuta non convenienza economica del contratto, ove risulti che le circostanze di fatto allegate non costituiscano fattori di sopravvenuta sconvenienza economica del contratto, poiché l’amministrazione comunale era in condizione, già prima dell’indizione della procedura di gara, di sapere che avrebbe potuto conseguire ricavi maggiori dalla vendita e dall’affitto frazionato dei terreni rispetto all’affitto dell’intero compendio ad unico soggetto.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 30 gennaio 2020 n. 746**

***Sull’esclusione (non sanabile col soccorso istruttorio) dell’omesso versamento del contributo ANAC***

Nelle gare di appalto, in caso di omesso pagamento del contributo ANAC, trova applicazione il principio per cui tale omissione non può essere sanata dopo la scadenza del termine perentorio di presentazione delle offerte, poiché il mancato pagamento del contributo previsto per tutti gli appalti pubblici costituisce una “condizione di ammissibilità dell’offerta” e la sanzione dell’esclusione dalla gara deriva direttamente ed obbligatoriamente dalla legge.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**TAR ABRUZZO – PESCARA, SEZ. I – sentenza 30 gennaio 2020 n. 41**

**Sull’eterointegrazione del bando per le cause normative di esclusione**

1. Rispetto al principio di tassatività delle cause di esclusione è da ritenere operante il meccanismo della eterointegrazione, laddove i principi di esclusione derivano da disposizione imperativa o sono facilmente individuabili in base alla medesima legge. In tal senso, dunque, l’eterointegrazione potrà ben estendersi a requisiti che, sebbene non previsti dal bando, siano previsti dalla legge e/o facilmente conoscibili dagli interessati in base alla stessa; e ciò anche avuto conto della tutela del legittimo affidamento dell’operatore economico, laddove lo stesso sarebbe comunque tenuto, al di là delle previsioni del bando, a conoscere le disposizioni normative che regolano le procedure di affidamento dei contratti pubblici

2. E’ legittima l’esclusione dalla gara di una impresa che ha dichiarato che l’operatore economico “non si è reso colpevole di gravi illeciti professionali di cui all’art. 80 comma 5 lettera c) del Codice”, nel caso in cui, a seguito della verifica della sussistenza dei requisiti richiesti dal Codice degli appalti ai sensi dell’art. 80 comma 5 lett. c), c *bis*) e c *ter*) e delle Linee Guida A.n.a.c. n. 6, in sede di verifica dei requisiti sia emersa un’annotazione sul Casellario informatico dell’A.n.a.c. su segnalazione di un Comune in merito alla revoca dell’aggiudicazione definitiva.

***Sulla carenza di legittimazione processuale in capo all’impresa legittimamente esclusa dalla gara***

3. L’impresa legittimamente esclusa dalla gara rimane privata non soltanto del titolo a partecipare alla gara, ma anche della legittimazione a contestare gli esiti e la legittimità della scansioni procedimentali, dovendo il suo interesse protetto essere qualificato quale interesse di “mero fatto”, non dissimile da quello di qualsiasi operatore del settore che, non avendo partecipato alla gara, non ha titolo ad impugnarne gli atti.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**CORTE DI GIUSTIZIA U.E., SEZ. II – sentenza 30 gennaio 2020 (causa C‑395/18)**

***Sulla compatibilità con il diritto comunitario del codice dei contratti pubblici nella parte in cui prevede una diversa disciplina, in fase di gara (esclusione del concorrente) o in fase di esecuzione (possibilità di sostituire il subappaltatore), per assenza dei requisiti in capo al subappaltatore***

Qualora l’amministrazione aggiudicatrice si attivi per verificare nel corso della procedura di aggiudicazione di appalto, conformemente all’obbligo gravante su di essa in forza dell’articolo 56, paragrafo 1, lettera b), della direttiva 2014/24, se esistano motivi di esclusione ai sensi dell’articolo 57, paragrafo 4, lettera a), della medesima direttiva, e la normativa nazionale stabilisca che detta amministrazione aggiudicatrice ha la facoltà, o addirittura l’obbligo, di escludere l’operatore economico in ragione di una violazione, da parte di un subappaltatore, degli obblighi in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro, essa è tenuta, al fine di rispettare il principio della parità di trattamento, **a verificare l’esistenza di qualsiasi violazione degli obblighi suddetti nei confronti non soltanto di tutti gli operatori economici che hanno presentato un’offerta, ma anche di tutti i subappaltatori indicati** da tali operatori nelle loro rispettive offerte.

Dal momento che tale verifica uniforme interviene nella fase della procedura di affidamento dell’appalto, occorre precisare che il principio della parità di trattamento non osta a che una normativa nazionale stabilisca che la constatazione di una violazione, in capo ad un subappaltatore, dopo l’attribuzione dell’appalto non determina l’esclusione dell’aggiudicatario, bensì soltanto la sostituzione del subappaltatore. Infatti, nella misura in cui tutti gli operatori economici e tutti i subappaltatori indicati nelle offerte di tali operatori siano stati sottoposti, nel corso della procedura di aggiudicazione dell’appalto, ad un processo di verifica condotto dall’amministrazione aggiudicatrice secondo identiche condizioni, occorre considerare che tali operatori e subappaltatori sono stati, sotto questo aspetto, trattati su un piede di parità durante la procedura di aggiudicazione dell’appalto, dato che **il principio della parità di trattamento non impedisce che sia prevista una regola differente qualora la violazione abbia potuto essere accertata soltanto successivamente nel corso della fase di esecuzione dell’appalto**.

***Sulla non compatibilità con il diritto comunitario del codice dei contratti pubblici nella parte in cui prevede l’esclusione automatica del concorrente (in fase di gara) per assenza dei requisiti in capo al subappaltatore***

Una normativa nazionale che preveda una esclusione automatica dell’operatore economico che ha presentato l’offerta viola il principio di proporzionalità, imponendo alle amministrazioni aggiudicatrici di procedere automaticamente a tale esclusione a causa della violazione commessa da un subappaltatore. Una normativa siffatta priva altresì l’operatore economico della possibilità di dimostrare, conformemente all’articolo 57, paragrafo 6, della direttiva 2014/24, la propria affidabilità malgrado l’esistenza di una violazione compiuta da uno dei suoi subappaltatori. Di conseguenza, **un’esclusione automatica** dell’operatore economico che ha presentato l’offerta, prevista dalla normativa nazionale, privando, da un lato, tale operatore della possibilità di fornire elementi circostanziati in merito alla situazione e, dall’altro, l’amministrazione aggiudicatrice della possibilità di disporre di un margine di discrezionalità al riguardo, **non può essere considerata compatibile con l’articolo 57, paragrafi 4 e 6, della direttiva 2014/24 e con il principio di proporzionalità**.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**TAR LOMBARDIA – MILANO, SEZ. IV – sentenza 3 febbraio 2020 n. 234**

***Sulla doverosità dell’esclusione per omessa dichiarazione di condanne***

E’ legittimo il provvedimento di esclusione da una gara di appalto nel caso di omessa dichiarazione di condanne, 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 all’omissione della prescritta dichiarazione, che invece deve essere resa in modo completo ai fini dell’attestazione del possesso dei requisiti di ordine generale 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; invero, la completezza delle dichiarazioni è già di per sé un valore da perseguire poiché consente, anche in ossequio al principio di buon andamento dell’amministrazione e di proporzionalità, la celere decisione in ordine al possesso dei requisiti morali in capo all’operatore economico.

**\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**

**TAR BASILICATA, SEZ. I – sentenza 3 febbraio 2020 n. 117**

***Sulla continuità della validità dell’attestazione SOA in caso di tempestiva richiesta di rinnovo***

1. Nel caso di presentazione dell’istanza di rinnovo nel termine ex art. 76, comma 5, DPR n. 207/2010 (di 90 giorni precedenti la scadenza di validità dell’attestazione SOA), il rilascio della nuova SOA dopo il termine perentorio di presentazione delle offerte ha efficacia retroattiva, in quanto viene a crearsi una **saldatura con il periodo successivo** alla scadenza della precedente attestazione fino all’esito positivo della domanda di rinnovo, se tale esito positivo si verifica prima dell’emanazione del provvedimento di aggiudicazione, in quanto il rilascio della nuova attestazione SOA certifica che l’impresa non ha mai perso i requisiti in passato già valutati e certificati positivamente, ma li ha mantenuti anche nel periodo intercorrente tra la domanda di rinnovo e quella di rilascio della nuova certificazione, senza alcuna soluzione di continuità.

***Sulla valenza del DURC***

2. Nell’ambito delle gare di appalto, il DURC costituisce l’unico documento attestante il rispetto degli oneri previdenziali ed assistenziali da parte dell’operatore economico partecipante alla procedura di gara; in presenza di DURC regolare a favore dell’operatore economico, la stazione appaltante non è tenuta ad alcun altra verifica, sebbene segnalazioni in senso contrario a quanto ivi certificato siano pervenute da terzi interessati all’esclusione dell’operatore della procedura di gara. Peraltro costituisce “grave violazione” idonea a giustificare l’esclusione dalla procedura, solo quell’inadempimento agli obblighi contributivi che preclude il rilascio di un DURC regolare, laddove è da escludere la rilevanza ai fini della partecipazione alla gara di altre eventuali circostanze o ritardi che non hanno comunque impedito l’emanazione di un DURC regolare.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**TAR SICILIA – CATANIA, SEZ. IV – sentenza 3 febbraio 2020 n. 272**

***Sui casi di impugnazione immediata degli atti di gara***

1. Sussiste l’esigenza di proporre immediata impugnazione oltre che nei casi di cui all’art. 120, comma 5, c.p.a., allorché in esso si fa riferimento ai bandi e agli avvisi autonomamente lesivi, anche nel caso “clausole immediatamente escludenti” e precisamente:

a) di clausole impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale;

b) regole che rendano la partecipazione incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile;

c) disposizioni abnormi o irragionevoli che rendano impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara; ovvero prevedano abbreviazioni irragionevoli dei termini per la presentazione dell’offerta;

d) condizioni negoziali che rendano il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente;

e) clausole impositive di obblighi *contra ius* (es. cauzione definitiva pari all’intero importo dell’appalto);

f) bandi contenenti gravi carenze nell’indicazione di dati essenziali per la formulazione dell’offerta (come ad esempio quelli relativi al numero, qualifiche, mansioni, livelli retributivi e anzianità del personale destinato ad essere assorbiti dall’aggiudicatario), ovvero che presentino formule matematiche del tutto errate (come quelle per cui tutte le offerte conseguono comunque il punteggio di “0” pt.);

g) atti di gara del tutto mancanti della prescritta indicazione nel bando di gara dei costi della sicurezza “non soggetti a ribasso”.

2. E’ qualificabile come clausola immediatamente escludente qualunque disposizione, contenuta nella *lex specialis* che, a prescindere dal suo contenuto (e cioè indipendentemente dal fatto che abbia ad oggetto un requisito soggettivo od un adempimento da assolvere contestualmente alla presentazione della domanda di partecipazione) e della fase di concreta operatività, sia tale da precludere la partecipazione dell’impresa interessata conseguentemente a contestarla, o comunque da giustificare una prognosi, avente carattere di ragionevole certezza, di esito infausto della sua eventuale partecipazione.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**CONSIGLIO DI STATO, Sez. V - sentenza 10 febbraio 2020, n. 1005**

***Sulle fasi della procedura di project financing***

La procedura di *project financing* individua due serie procedimentali strutturalmente autonome, ma biunivocamente interdipendenti sotto il profilo funzionale, la prima di selezione del progetto di pubblico interesse, la seconda di gara di evidenza pubblica sulla base del progetto dichiarato di pubblica utilità, quest’ultima a sua volta distinta nelle subfasi di individuazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa e di eventuale esercizio da parte del promotore del diritto di prelazione (Cons. Stato, V, 19 giugno 2019, n. 4186).

In tale ambito, la giurisprudenza ha ripetutamente riconosciuto: che la fase preliminare di individuazione del promotore, ancorché procedimentalizzata, è connotata da **amplissima discrezionalità amministrativa**, tale da non potere essere resa coercibile nel giudizio amministrativo di legittimità, essendo intesa non già alla scelta della migliore fra una pluralità di offerte sulla base di criteri tecnici ed economici preordinati, ma **alla valutazione di un interesse pubblico** che giustifichi, alla stregua della programmazione delle opere pubbliche, l’accoglimento della proposta formulata dall’aspirante promotore; che lo scopo finale dell’intera procedura, interdipendente dalla fase prodromica di individuazione del promotore, è l’aggiudicazione della concessione in base al criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa (Cons. Stato, V, 14 aprile 2015, n. 1872; VI, 5 marzo 2013, n. 1315).

***Sull’ammissibilità della soglia di sbarramento delle offete tecniche***

Quanto alla c.d. “soglia di sbarramento”, si è chiarito che la *ratio* di questo strumento, censurabile solo in presenza di macroscopiche irrazionalità, di incongruenze o di palesi abnormità, si ricollega all’esigenza specifica di addivenire, ai fini della singola, particolare procedura contrattuale, in coerenza con le specificità del contratto da concludere e con il complesso dei criteri di scelta del relativo contraente, a un livello qualitativo delle offerte particolarmente elevato, sì da comportare l’esclusione di quelle che, pur magari astrattamente convenienti sul piano economico, non raggiungano sul versante qualitativo lo standard che l’Amministrazione si prefigge.

La posizione del concorrente/promotore nella procedura di gara indetta *ex* art. 183, comma 15 del Codice dei contratti pubblici si connota di sue proprie particolarità, risultando rafforzata rispetto agli altri concorrenti, in quando egli, pur ove non risulti aggiudicatario della gara all’esito dell’ordinario svolgimento della comparazione delle offerte dei partecipanti, può divenirlo mediante l’esercizio del diritto di prelazione che deve essergli assicurato dal bando in caso di partecipazione alla gara, come previsto dalla stessa norma (“Nel bando è specificato che il promotore può esercitare il diritto di prelazione”; “Se il promotore non risulta aggiudicatario, può esercitare, entro quindici giorni dalla comunicazione dell’aggiudicazione, il diritto di prelazione e divenire aggiudicatario se dichiara di impegnarsi ad adempiere alle obbligazioni contrattuali alle medesime condizioni offerte dall’aggiudicatario”).

In particolare, la posizione del concorrente/proponente, che, già a monte, per effetto della dichiarazione di pubblico interesse della proposta di progetto di finanza pubblica da esso presentata, si diversificava da quella di altri operatori, ricevendo “un’aspettativa e una posizione tutelata”, assume nella conseguente procedura di gara una “maggiore consistenza giuridica” per effetto del diritto di prelazione e dei correlati diritti patrimoniali (Cons. Stato, V, 11 gennaio 2018, n.111; 26 giugno 2015, n. 3237), questi ultimi consistenti, in caso di mancato esercizio del diritto di prelazione, nel “diritto al pagamento, a carico dell’aggiudicatario, dell’importo delle spese per la predisposizione della proposta”, speculare alla previsione che, in caso di esercizio della prelazione, “l’originario aggiudicatario ha diritto al pagamento, a carico del promotore, dell’importo delle spese per la predisposizione dell’offerta”.

In altre parole “la posizione di vantaggio acquisita per effetto della dichiarazione di pubblico interesse si esplica solo all’interno della gara, una volta che la decisione di affidare la concessione sia stata assunta” (Cons. Stato, V, 18 gennaio 2017, n. 207; 21 giugno 2016, n. 4177).

***Sull’assenza del diritto al rimborso delle spese in caso di offerta del promotore non ammissibile***

Il giudizio di inidoneità dell’offerta tecnica del concorrente/promotore derivante dal mancato raggiungimento del previsto punteggio minimo, che rende insuscettibile di valutazione la correlata offerta economica e impossibile la graduazione finale dell’offerta complessiva, che viene conseguentemente esclusa, si riflette anche sul diritto di prelazione, rendendo la stessa offerta complessiva *tamquam non esset* anche ai fini della venuta a esistenza del diritto.

***Sulla verifica di anomalia***

Nella disciplina del project finacing non è dato rinvenire il richiamo alla verifica di anomalia. In particolare, la verifica di anomalia è regolata dall’art. 97, comma 3, contenuto nella Parte II, Titolo IV del vigente Codice dei contratti pubblici, mentre l’art. 179, recante la Disciplina comune applicabile al Partenariato pubblico privato e contraente generale ed altre modalità di affidamento di cui agli articoli seguenti, dispone che “1. Alle procedure di affidamento di cui alla presente parte si applicano le disposizioni di cui alla parte I, III, V e VI, in quanto compatibili. 2. Si applicano inoltre, in quanto compatibili con le previsioni della presente parte, le disposizioni della parte II, titolo I a seconda che l’importo dei lavori sia pari o superiore alla soglia di cui all’articolo 35, ovvero inferiore, nonché le ulteriori disposizioni della parte II indicate all’articolo 164, comma 2”.

Deve pertanto concludersi che **il Codice non prevede la verifica di anomalia nel project financing**, cosa del resto coerente con la specifica previsione della diversa verifica del “valore economico e finanziario” del PEF prescritto dal comma 5 dell’art. 183, richiamato dal successivo comma 15.

Del resto, questo Consiglio di Stato ha osservato che “nella procedura di project financing la commissione di gara deve accertare la coerenza e sostenibilità economica dell’offerta procedendo all’esame del piano economico e finanziario sotto il profilo dei ricavi attesi e dei relativi flussi di cassa in rapporto ai costi di produzione e gestione (Cons. Stato, Sez. V, 25/6/2010, n. 4084; 17/11/2006 n. 6727; 11/7/2002 n. 391)” e che il PEF rappresenta “il documento giustificativo della sostenibilità economico-finanziaria dell’offerta, non si sostituisce all’offerta ma ne costituisce il documento di supporto nella valutazione della sua congruità, e cioè dell’idoneità dei suoi contenuti ad assicurare al concessionario una fonte di utili in grado di consentire il rimborso dei prestito e la gestione proficua dell’attività oggetto di concessione” (Cons. Stato, III, 16 gennaio 2017, n.116).