

33-2017

# *//* **Massimario**

## **Appalti & Contratti**

Direttore  
**Avv. Alessandro Massari**

Massime a cura di  
**Ornella Cutajar e Alessandro Massari**

con la collaborazione di  
**Maurizio Greco e Carla Ragionieri**



È consentita la stampa e la copia per uso esclusivamente personale.

**Copyright 2016 by Maggioli S.p.a**

Redazione: [appaltiecontratti@maggioli.it](mailto:appaltiecontratti@maggioli.it)

Maggioli Editore è un marchio di Maggioli S.p.A.

Azienda con sistema di qualità certificata ISO 9001:94

47822 Santarcangelo di Romagna (RN) – Via del Carpino, 8

Tel 0541 628111 – Fax 0541 622060

Diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica, di riproduzione e di adattamento, totale o parziale con qualsiasi mezzo sono riservati per tutti i paesi.

# SOMMARIO 33-2017

## Consiglio di Stato

Avvalimento infragruppo Consiglio di Stato sez. V 22/9/2017, n. 4432 .....	5
Punteggio numerico Consiglio di Stato sez. V 22/9/2017, n. 4438 .....	5
Offerte anomale - Calcolo soglia anomalia - Offerte aventi eguale valore Consiglio di Stato Adunanza plenaria 19/9/2017, n. 5.....	6
Regolarità contributiva Consiglio di Stato sez. VI 15/9/2017, n. 4349 .....	6

## TAR

Farmacie - Attività di distribuzione all'ingrosso e di vendita al pubblico TAR Lombardia Brescia sez. II 15/9/2017, n. 1109.....	8
Precedenti penali - Reati estinti TAR Lombardia Milano sez. IV 25/9/2017, n. 1858.....	9
Invarianza della soglia di anomalia TAR Lombardia Milano sez. IV 25/9/2017, n. 1861 .....	10
Informativa antimafia TAR Puglia Bari sez. I 21/9/2017, n. 979 .....	11
Contratto di avvalimento TAR Puglia Lecce sez. I 22/9/2017, n. 1494.....	13
Partecipazione di dipendente pubblico in RTI di professionisti	

TAR Puglia Lecce sez. I 22/9/2017, n. 1499 .....	13
RTI e specificazione parti del servizio	
TAR Toscana sez. I 12/9/2017, n. 1077 .....	15
Lex specialis e chiarimenti	
TAR Basilicata sez. I 11/9/2017, n. 596 .....	16
Accesso difensivo	
TAR Sicilia Catania sez. III 13/9/2017, n. 2170.....	17

## TRGA

Oneri di sicurezza aziendali	
Tribunale Regionale Giustizia Amministrativa Trentino Alto Adige Bolzano 18/9/2017, n. 281 .....	18

## Corte di Cassazione

Controversie nomina e revoca amministratori	
Corte di Cassazione Civile Sezioni unite 14/9/2017, n. 21299 .....	20
Imprese esercenti i servizi di TPL - Controversie. Giurisdizione g.o.	
Corte di Cassazione Civile Sezioni unite 14/9/2017, n. 21298 .....	20

# 5 Consiglio di Stato

## **Avvalimento infragruppo**

Consiglio di Stato sez. V 22/9/2017, n. 4432

**Contratti pubblici - Avvalimento - Appartenenza al gruppo societario - Possibile fattore, genetico e giustificativo, dell'avvalimento da parte di un concorrente dei requisiti posseduti da un altro soggetto - Richiesta la sola dichiarazione attestante il legame societario**

Nelle gare pubbliche l'appartenenza al gruppo societario (e dunque il collegamento in senso ampio) rappresenta un possibile fattore, genetico e giustificativo, dell'avvalimento da parte di un concorrente dei requisiti posseduti da un altro soggetto (Cons. Stato, V, 12 marzo 2014, n. 1251). Per tale ragione il citato art. 49 si limita, in tale evenienza di collegamento societario, a richiedere la sola dichiarazione attestante il legame societario per fare legittimo ricorso all'istituto dell'avvalimento (Cons. Stato, VI, 30 settembre 2015, n. 4544; V, 15 ottobre 2015, n. 4764).

## **Punteggio numerico**

Consiglio di Stato sez. V 22/9/2017, n. 4438

**Contratti pubblici - Offerte tecniche - Valutazione - Punteggio numerico - Sufficienza della motivazione - Condizioni - Individuazione**

Il punteggio numerico espresso sui singoli oggetti di valutazione equivale a sufficiente motivazione quando la griglia delle voci e sottovoci predisposto dalla stazione appaltante, con i relativi punteggi, è sufficientemente chiaro, analitico, articolato e tale quindi da circoscrivere in modo adeguato il giudizio della commissione giudicatrice nell'ambito di un minimo e di un massimo, così da rendere comprensibile l'iter logico seguito in concreto da quest'ultima nel valutare i singoli profili tecnici delle offerte sulla base dei criteri predisposti nella legge di gara (in tal senso, ex multis: Cons Stato, III, 11 agosto 2017, n. 3994, 8 novembre 2016, nn. 4650 e 4651, 7 marzo 2016, n. 921; IV, 20 aprile 2016, n. 1556; V, 20 marzo 2017, n. 1228, 30 settembre 2016, n. 3911, 18 gennaio 2016, n. 120, 24 marzo 2014, n. 1428).

# 6 Consiglio di Stato

## **Offerte anomale - Calcolo soglia anomalia - Offerte aventi eguale valore**

Consiglio di Stato Adunanza plenaria 19/9/2017, n. 5

**Contratti pubblici - Offerte anomale - Calcolo soglia di anomalia - Taglio delle ali - Offerte aventi eguale valore - Vanno considerate come unica offerta**

Devono essere enunciati i seguenti principi di diritto:

1) il comma 1 dell'articolo 86 del decreto legislativo n. 163 del 2006 deve essere interpretato nel senso che, nel determinare il dieci per cento delle offerte con maggiore e con minore ribasso (da escludere ai fini dell'individuazione di quelle utilizzate per il computo delle medie di gara), la stazione appaltante deve considerare come 'unica offerta' tutte le offerte caratterizzate dal medesimo valore, e ciò sia se le offerte uguali si collocano 'al margine delle ali', sia se si collocano 'all'interno' di esse;

2) il secondo periodo del comma 1 del d.P.R. 207 del 2010 (secondo cui "qualora nell'effettuare il calcolo del dieci per cento di cui all'articolo 86, comma 1, del codice siano presenti una o più offerte di eguale valore rispetto alle offerte da accantonare, dette offerte sono altresì da accantonare ai fini del successivo calcolo della soglia di anomalia") deve a propria volta essere interpretato nel senso che l'operazione di accantonamento deve essere effettuata considerando le offerte di eguale valore come 'unica offerta' sia nel caso in cui esse si collocano 'al margine delle ali', sia se si collocano 'all'interno' di esse.

## **Regolarità contributiva**

Consiglio di Stato sez. VI 15/9/2017, n. 4349

**Contratti pubblici - Requisiti generali - Regolarità contributiva - Sussistenza del requisito - Individuazione secondo costante orientamento della giurisprudenza**

Secondo il costante orientamento della giurisprudenza:

- la regolarità contributiva deve sussistere dalla presentazione dell'offerta e deve permanere per tutta la durata della procedura di aggiudicazione e del rapporto con la stazione appaltante, restando irrilevante un eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva (Cons. Stato, Adunanza plenaria, 4 maggio 2012, n.

# 7 Consiglio di Stato

8; Cons. Stato, V, 29 aprile 2016 n. 1650; Cons. Stato, III, 9 marzo 2016, n. 955); la regolarizzazione postuma, infatti, violerebbe il principio della par condicio tra i concorrenti (Cons. Stato, Sez. III, n. 287 del 2015; Sez. V, n. 681 del 2015);

- tale principio non è stato inciso dall'art. 31, comma 8, del decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69, in quanto anche dopo l'entrata in vigore di tale disposizione non sono consentite regolarizzazioni postume della posizione previdenziale, dovendo l'impresa essere in regola con l'assolvimento degli obblighi previdenziali ed assistenziali fin dalla presentazione dell'offerta e conservare tale stato per tutta la durata della procedura di aggiudicazione e del rapporto con la stazione appaltante, restando dunque irrilevante un eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva (Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 29 febbraio 2016, n. 5 e n. 6; da ultimo, Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, n. 10 del 2016);

- la nozione di «violazione grave» non è rimessa alla valutazione caso per caso della stazione appaltante, ma si desume dalla disciplina previdenziale, e in particolare dalla disciplina del documento unico di regolarità contributiva; ne consegue che la verifica della regolarità contributiva delle imprese partecipanti a procedure di gara per l'aggiudicazione di appalti con la pubblica amministrazione è demandata agli istituti di previdenza, le cui certificazioni (DURC) si impongono alle stazioni appaltanti, che non possono sindacarne il contenuto (Cons. Stato, Adunanza plenaria, n. 8 del 2012);

- l'irregolarità contributiva sussistente al momento della domanda non può essere giustificata dal fatto che l'impresa sia in possesso di un precedente DURC, ottenuto in seguito alla proposizione di una istanza all'ente previdenziale, che attesti, con riferimento ad una data precedente rispetto a quella di presentazione della domanda, la sussistenza della regolarità contributiva; in senso contrario non giova invocare il termine trimestrale di efficacia del DURC precedentemente rilasciato, atteso che l'art. 7, comma 2, del d.m. 24 ottobre 2007 riferisce tale termine di efficacia al solo settore degli appalti privati, ai fini di quanto previsto a carico del committente o del responsabile dei lavori dall'art. 31, comma 8, decreto-legge n. 69 del 2013 (che prevede fra l'altro la sospensione del titolo abilitativo edilizio nel caso in cui non venga trasmesso all'Amministrazione concedente un DURC in corso di validità dell'impresa esecutrice dei lavori); il termine di efficacia del DURC non può, quindi, essere strumentalmente utilizzato per giustificare la partecipazione alla gara di imprese che al momento della presentazione della domanda non siano comunque più in regola con gli obblighi contributivi (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 29 febbraio 2016, n. 5).

## **Farmacie - Attività di distribuzione all'ingrosso e di vendita al pubblico**

TAR Lombardia Brescia sez. Il 15/9/2017, n. 1109

**Farmacie - Eliminazione dell'incompatibilità tra attività di distribuzione all'ingrosso e attività di vendita al pubblico - Non ha inteso consentire una totale commistione e indifferenziazione delle medesime, ma solo la possibilità per lo stesso soggetto di svolgere le due, distinte, attività**

Se è pur vero che il comma 1 bis dell'art. 100 del D. Lgs. n. 219 del 2006 – come introdotto dall'art. 2, comma 16, del D. Lgs. n. 274/2007 – prevede che i farmacisti titolari di farmacia ai sensi dell'art. 7 della legge n. 362/1991 possano svolgere attività di distribuzione all'ingrosso dei medicinali, nel rispetto delle disposizioni del titolo VII del decreto medesimo e che le società che svolgono attività di distribuzione all'ingrosso di medicinali possano, parimenti, svolgere attività di vendita al pubblico di medicinali attraverso la gestione di farmacie comunali, ciò non significa che si sia inteso stravolgere completamente le modalità di esercizio delle due attività, consentendo una totale commistione e indifferenziazione delle medesime, che al contrario restano ben distinte. In buona sostanza, l'eliminazione dell'incompatibilità (in precedenza sussistente) tra l'esercizio della distribuzione all'ingrosso e la vendita al dettaglio ha unicamente permesso lo svolgimento delle due attività in capo al medesimo soggetto giuridico, ma non ha affatto determinato l'inversione dell'ordine logico-giuridico che regola la filiera del farmaco e che trova la propria definizione e regolamentazione proprio nel D. Lgs n. 219 del 2006. Conseguentemente, la rimozione della suddetta incompatibilità non ha determinato una "ineliminabile commistione" tra le due attività che restano differenziate e diversamente regolate dal punto di vista strutturale e gestionale (ad esempio sotto il profilo della gestione separata dei rispettivi magazzini e della conseguente inammissibilità di un deposito indifferenziato di farmaci nei magazzini destinati alle due attività).

Invero, la filiera del farmaco, regolamentata dal D. Lgs n. 219 del 2006, opera secondo una direzione a senso unico, dal produttore al distributore all'ingrosso e da questi alle farmacie per la vendita al dettaglio; l'eliminazione della incompatibilità tra attività di distribuzione all'ingrosso e la vendita al dettaglio, come detto, non ha determinato lo stravolgimento della filiera predicato dalla ricorrente, ma solo la possibilità per lo stesso soggetto, ove debitamente autorizzato, di svolgere le due, distinte, attività.

La filiera del farmaco definita dal citato D. Lgs 219/2006 e la specifica regolamenta-

zione delle due distinte attività in discussione, peraltro, rispondono a finalità di salute pubblica e trovano la propria giustificazione non solo nella necessità di garantire la tracciabilità dei farmaci, ma soprattutto consentono alle strutture a ciò deputate di monitorare e, quindi, di assicurare la reperibilità e disponibilità dei farmaci medesimi. Dunque, la mancata differenziazione e la sostanziale commistione di due attività che devono, invece, restare distinte (per quanto esercitate dal medesimo soggetto), si pone in contrasto con le esigenze di tutela della salute pubblica sopra evidenziate e perseguite dalla complessiva disciplina delineata, tra l'altro, dal D. Lgs n. 219/2006.

### **Precedenti penali - Reati estinti**

TAR Lombardia Milano sez. IV 25/9/2017, n. 1858

**Contratti pubblici - Requisiti generali- Omessa dichiarazione da parte del concorrente di tutte le condanne penali eventualmente riportate- Ne comporta senz'altro l'esclusione dalla gara, essendo impedito alla stazione appaltante di valutarne la gravità - Divieto di soccorso istruttorio- Estinzione del reato- Non è automatica per il mero decorso del tempo, ma deve essere formalizzata in una pronuncia espressa del giudice dell'esecuzione penale**

Dall'art. 38, comma 1, lettera c), e comma 2 del d.l.vo 2006 n. 163 si ricava che nelle procedure ad evidenza pubblica preordinate all'affidamento di un appalto pubblico, l'omessa dichiarazione da parte del concorrente di tutte le condanne penali eventualmente riportate, anche se attinenti a reati diversi da quelli contemplati nell'art. 38, comma 1, lett. c), ne comporta senz'altro l'esclusione dalla gara, essendo impedito alla stazione appaltante di valutarne la gravità (cfr. fra le tante, Consiglio di Stato, sez. III, 29 maggio 2017, n. 2548, nonché Consiglio di Stato, sez. III, n. 4019/2016; Consiglio di Stato, sez. IV, n. 834/2016; Consiglio di Stato, sez. V, n. 4219/2016).

- non sussiste la possibilità che l'omissione sia sanata attraverso il soccorso istruttorio, il quale non può essere utilizzato per sopperire a dichiarazioni (riguardanti elementi essenziali) radicalmente mancanti - pena la violazione della par condicio fra concorrenti - ma soltanto per chiarire o completare dichiarazioni o documenti già comunque acquisiti agli atti di gara (cfr. Consiglio di Stato, Ad. Pl. n. 9/2014; Consiglio di Stato, sez. V, n. 4219/2016; Consiglio di Stato, sez. n. 927/2015);

- né può essere condivisa la tesi secondo la quale la condanna non doveva essere dichiarata perché relativa ad una contravvenzione per la quale erano maturate le condizioni necessarie per l'estinzione del reato;
- invero, l'estinzione del reato (che consente di non dichiarare la relativa decisione di condanna) non è automatica per il mero decorso del tempo, ma deve essere formalizzata in una pronuncia espressa del giudice dell'esecuzione penale, che è l'unico soggetto al quale l'ordinamento attribuisce il compito di verificare la sussistenza dei presupposti e delle condizioni per la relativa declaratoria, con la conseguenza che, fino a quando non intervenga tale provvedimento giurisdizionale, non può legittimamente parlarsi di "reato estinto" (cfr. tra le altre, Consiglio di Stato, sez. III, 29 maggio 2017, n. 2548, nonché Consiglio di Stato, sez. III, n. 4118/2016; Consiglio di Stato, sez. V, n. 3105/2015) e, di conseguenza, il concorrente non è esonerato dalla dichiarazione dell'intervenuta condanna;
- del resto, la stazione appaltante si trova a dover considerare la rilevanza di una condanna e non può che tener conto della sua esistenza, fino a che non sia intervenuta una valutazione dell'unico giudice competente, quello penale, in ordine al venir meno dei suoi effetti ed all'adozione del conseguente provvedimento dichiarativo.

### **Invarianza della soglia di anomalia**

TAR Lombardia Milano sez. IV 25/9/2017, n. 1861

**Contratti pubblici - Offerte anomale - Soglia di anomalia - Invarianza della soglia di anomalia - Articolo 95, comma 15 d.lgs. n. 50 del 2016 - Ambito di applicazione specifico, riferendosi alle "medie della procedura" ed alla "soglia di anomalia delle offerte" - Solo questi valori sono insensibili alle variazioni intervenute nella compagine dei concorrenti per effetto di interventi giurisdizionali - Consiglio di Stato n. 847/2017 - Precedente isolato che offre un'interpretazione estensiva della norma per i punteggi attribuiti nell'ambito del confronto a coppie - Si correla al fatto che nel confronto a coppie il punteggio finale sottende comunque valori medi**

Resta irrilevante il riferimento all'art. 95, comma 15, del d.l.vo n. 50/2016, ove si prevede che "ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte";

- tale disposizione, che reitera la norma prevista dal previgente art. 38, comma 2 bis, del d.l. vo n. 163/2006, disciplina la c.d. "invarianza della soglia di anomalia", introducendo la regola per cui la soglia calcolata in sede di gara resta insensibile ad eventuali successive modifiche della platea dei concorrenti determinatesi per effetto di decisioni giurisdizionali;
- la norma ha un ambito di applicazione specifico, riferendosi alle "medie della procedura" ed alla "soglia di anomalia delle offerte", sicché solo questi valori sono insensibili alle variazioni intervenute nella compagine dei concorrenti per effetto di interventi giurisdizionali;
- (..)
- è noto al Tribunale il precedente (Consiglio di Stato n. 847/2017) ove si sostiene un'interpretazione estensiva della norma in esame, riferendola anche ai punteggi attribuiti nell'ambito del confronto a coppie, ma si tratta di un precedente che, oltre ad essere isolato, attiene ad una fattispecie diversa da quella in esame, non solo perché si riferisce ad un caso in cui il punteggio doveva essere assegnato sulla base del confronto a coppie, ma anche perché si correla al fatto che nel confronto a coppie il punteggio finale sottende comunque valori medi, mentre, nel caso di specie, l'applicazione della formula matematica di determinazione del punteggio da assegnare all'offerta economica non sottende alcun valore medio.

### **Informativa antimafia**

TAR Puglia Bari sez. I 21/9/2017, n. 979

**Contratti pubblici - Informativa antimafia - Misura volta alla salvaguardia dell'ordine pubblico economico, della libera concorrenza tra le imprese e del buon andamento della P.A.- Deve riscontrarsi la presenza di fatti sintomatici ed indizianti che, considerati e valutati nel loro complesso, inducano ad ipotizzare la sussistenza di un collegamento tra impresa e criminalità organizzata - Ampia potestà discrezionale in capo all'organo istruttore - Sindacato in sede giurisdizionale - Diretto soltanto ad accertare l'assenza di eventuali vizi della funzione**

L'informativa antimafia, ai sensi degli artt. 84, comma 4, e 91, comma 6, del D.Lgs. n. 159/2011, presuppone "concreti elementi da cui risulti che l'attività d'impresa possa, anche in modo indiretto, agevolare le attività criminose o esserne in qualche modo condizionata".

Si tratta di una misura volta alla salvaguardia dell'ordine pubblico economico, della libera concorrenza tra le imprese e del buon andamento della P.A.: nella sostanza, l'interdittiva antimafia comporta che il Prefetto escluda che un imprenditore - pur dotato di adeguati mezzi economici e di una adeguata organizzazione - meriti la fiducia delle Istituzioni (vale a dire che risulti «affidabile») e possa essere titolare di rapporti contrattuali con le Pubbliche Amministrazioni.

Tale provvedimento evidentemente non richiede, per la sua adozione, la prova di un fatto, ma solo la presenza di elementi in base ai quali non sia illogico o inattendibile ritenere la sussistenza di un collegamento dell'impresa con organizzazioni mafiose o di un condizionamento dell'impresa stessa da parte di queste.

Deve riscontrarsi la presenza di fatti sintomatici ed indizianti che, considerati e valutati nel loro complesso, inducano ad ipotizzare la sussistenza di un collegamento tra impresa e criminalità organizzata.

Ciò presuppone e comporta nello stesso tempo un'ampia potestà discrezionale in capo all'organo istruttore, cui spettano i compiti di polizia e di mantenimento dell'ordine pubblico, in relazione alla ricerca ed alla valutazione di tale elementi, da cui poter desumere eventuali connivenze e collegamenti di tipo mafioso.

Il quadro indiziario dell'infiltrazione mafiosa posto a base dell'informativa deve dar conto in modo organico e coerente di quei fatti, aventi le caratteristiche di gravità, precisione e concordanza, dai quali, sulla base della regola causale del "più probabile che non", si possa pervenire in via presuntiva alla conclusione ragionevole che tale rischio sussista (cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I ter, 19.7.2017, n. 8737).

La misura dell'interdittiva antimafia, dunque, può essere emessa dall'Amministrazione in una logica di anticipazione della soglia di difesa dell'ordine pubblico economico e non postula, come tale, l'accertamento in sede penale di uno o più reati che attestino il collegamento o la contiguità dell'impresa con associazioni di tipo mafioso, potendo basarsi anche sul solo rilievo di elementi sintomatici che dimostrino il concreto pericolo di infiltrazioni della criminalità organizzata (cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, 31.7.2017, n. 3827).

Il sindacato in sede giurisdizionale è così diretto soltanto ad accertare l'assenza di eventuali vizi della funzione, che possano essere sintomo di un non corretto esercizio del potere, quanto all'accuratezza dell'istruttoria, alla completezza dei dati e fatti acquisiti, alla non travisata valutazione dei fatti stessi, alla sufficienza della motivazione ed alla logicità e ragionevolezza delle conclusioni rispetto ai presupposti ed elementi di fatto presi in considerazione.

## **Contratto di avvalimento**

TAR Puglia Lecce sez. I 22/9/2017, n. 1494

**Contratti pubblici - Avvalimento - Contratto di avvalimento - Necessità della previsione di un corrispettivo in favore dell'ausiliaria - Va esclusa**

Per condivisibile giurisprudenza, la previsione di un corrispettivo in favore dell'ausiliaria non è necessaria ai fini della validità del contratto di avvalimento (Tar Lazio, sentenza n. 30033/2010; Tar Lecce, sentenza n. 659/2014; C.G.A., sentenza n. 35/2015; Consiglio di Stato, sentenza n. 3277/2016).

## **Partecipazione di dipendente pubblico in RTI di professionisti**

TAR Puglia Lecce sez. I 22/9/2017, n. 1499

**Contratti pubblici - Principio di tassatività delle cause di esclusione - Partecipazione di un dipendente pubblico in un raggruppamento per servizi di ingegneria - Non è motivo di esclusione, stante la possibilità di autorizzazione da parte dell'Ente di appartenenza**

Non è motivo di esclusione la partecipazione di un dipendente pubblico in un raggruppamento per servizi di ingegneria, stante la possibilità di autorizzazione da parte dell'Ente di appartenenza.

La disciplina sugli appalti è improntata ormai da tempo al principio della tassatività delle cause di esclusione (cfr. l'art. 46 d. lgs. n. 163/2006, ed ora l'art. 83, comma 8, d. lgs. 50/2016). Ciò implica che l'operatore economico può essere escluso dalla gara soltanto nel caso in cui la legge commini espressamente tale sanzione, ovvero quando essa imponga adempimenti doverosi o introduca norme di divieto (cfr. in tal senso, C.d.S., AP n. 9/14).

In tal senso, si è sostenuto che: "Di regola, le condizioni di partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici devono tutte essere indicate nel bando di gara, la cui eterointegrazione con obblighi imposti da norme di legge si deve ritenere ammessa in casi eccezionali, poiché l'enucleazione di cause di esclusione non conosciute o conoscibili dai concorrenti contrasta con i principi europei di certezza giuridica e di massima concorrenza" (C.d.S., VI, 28.10.2016, n. 4553).

Più in particolare, C.g.A., 13.10.2015, n. 632, in una vicenda analoga, pur sottolineando che nella specie il TUPI non si applicava ai dipendenti delle Autorità portuali,

stante l'espressa previsione dell'art. 6 co. 2 l. n. 84/94, ha però soggiunto che: "... senza insistere in questi rilievi formali, dal punto di vista sostanziale l'autorizzazione dell'amministrazione di appartenenza costituisce in generale condizione per il conferimento in concreto dell'incarico professionale ad un pubblico dipendente, e non requisito di partecipazione all'eventuale procedura selettiva finalizzata all'individuazione del soggetto da incaricare".

"In altri termini - fatto salvo il caso in cui l'autorizzazione previa sia espressamente imposta dalla normativa che regola la specifica procedura - la necessità dell'autorizzazione emerge solo all'atto dell'accettazione dell'incarico o del conferimento dello stesso, e non nel segmento procedimentale, sia esso un concorso o una selezione di evidenza, che eventualmente precede l'instaurazione del rapporto" (C.g.A, sent. n. 632/15 cit.).

Reputa il Collegio di aderire al succitato orientamento giurisprudenziale, essendo esso in linea con il generale principio, di derivazione eurounitaria, di massima partecipazione alle gare. Principio che comporta, quale immediato corollario, quello di tassatività delle cause di esclusione, nei termini prima chiariti.

Tale principio trova una conferma nella previsione di cui all'art. 53 co. 7 d. lgs. n. 165/01 (TUPI), che nell'escludere la possibilità per i dipendenti pubblici di svolgere incarichi retribuiti che non siano stati conferiti o previamente autorizzati dall'amministrazione di appartenenza, ammette la deroga, costituita appunto dall'autorizzazione. A ciò aggiungasi poi che il citato regime limitativo trova applicazione nelle sole ipotesi di incarichi retribuiti, cui espressamente si riferisce la legge, e dunque non opera in caso di assunzione di incarichi a titolo gratuito, per i quali l'eventuale incompatibilità va ricercata in altre disposizioni normative.

Infine, reputa il Collegio di non condividere la tesi – propugnata dalla difesa della controinteressata – secondo cui il regime autorizzatorio potrebbe trovare applicazione unicamente in relazione ai pubblici dipendenti con rapporto di lavoro a tempo parziale con prestazione lavorativa non superiore al cinquanta per cento di quella a tempo pieno. Ciò in quanto per tale categoria di pubblici dipendenti non è necessaria la previa autorizzazione, stante il disposto dell'art. 53 co. 6 TUPI. Per i dipendenti a tempo pieno, lungi dal verificarsi l'incompatibilità propugnata dalla controinteressata, opera invece il regime autorizzatorio, posto che il citato comma 6 dell'art. 53 TUPI esordisce nel senso che: "I commi da 7 a 13 del presente articolo si applicano ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche ...", e il citato comma 7 prevede pertanto, per tutti i dipendenti pubblici, un regime autorizzatorio, e non una incompatibilità tout court.

In definitiva:

- per i pubblici dipendenti a tempo parziale con prestazione lavorativa non superiore al cinquanta per cento di quella a tempo pieno non vi è necessità di previa autorizzazione (art. 53 co. 6 TUPI);
- per i pubblici dipendenti che svolgano incarichi a titolo gratuito non è parimenti necessaria alcuna autorizzazione preventiva (art. 53 co. 7 TUPI);
- i dipendenti pubblici che intendano svolgere incarichi retribuiti sono tenuti a richiedere la preventiva autorizzazione all'amministrazione di appartenenza (art. 53 co. 7 TUPI).

## **RTI e specificazione parti del servizio**

TAR Toscana sez. I 12/9/2017, n. 1077

**Contratti pubblici - RTI - Obbligo di specificare nell'offerta le parti di servizio da eseguirsi dai singoli operatori riuniti - Assolto mediante l'indicazione, in termini descrittivi, delle singole parti del servizio da cui sia evincibile il riparto di esecuzione tra le imprese associate - Assolto anche con l'indicazione, in termini percentuali, della quota di riparto delle prestazioni che saranno eseguite tra le singole imprese, a prescindere dalla tipologia delle prestazioni**

L'art. 37 co. 4 del d.lgs. n. 163/2006, applicabile ratione temporis alla fattispecie, faceva obbligo ai raggruppamenti di imprese, concorrenti all'affidamento di un appalto di servizi, di specificare nell'offerta le parti di servizio da eseguirsi dai singoli operatori riuniti. L'obbligo – oggi riprodotto dall'art. 48 co. 4 del d.lgs. n. 50/2016 – riguarda tutte le forme di associazione, orizzontali e verticali, e rinviene la sua ragion d'essere nell'esigenza di evitare che l'esecuzione di quote rilevanti dell'appalto possa venire in concreto affidata a soggetti sprovvisti dei requisiti di capacità tecnico-organizzativa ed economico-finanziaria fissati dalla stazione appaltante; e, specularmente, per consentire a quest'ultima di verificare la coerenza dei requisiti di qualificazione esibiti dalle singole imprese raggruppate con l'entità delle prestazioni di servizio da ognuna di esse assunte (cfr. Cons. Stato, A.P., 13 giugno 2012, n. 22; id., 5 luglio 2012, n. 26).

La giurisprudenza, come correttamente ricordato dalle ricorrenti, ha escluso che dalla norma sopra richiamata potesse farsi derivare l'ulteriore obbligo della corrispondenza fra quote di partecipazione e quote di esecuzione. Resta ferma, nondimeno, la necessità che ciascuna impresa fosse adeguatamente qualificata per

la parte di prestazioni che s'impegnava ad eseguire, nel rispetto delle speciali prescrizioni e modalità contenute nella normativa di gara (così Cons. Stato, A.P., 28 agosto 2014, n. 27; id., 30 gennaio 2014, n. 7).

L'obbligo di specificare le parti di servizio da eseguirsi da ciascuna delle imprese raggruppate è da considerarsi assolto sia mediante l'indicazione, in termini descrittivi, delle singole parti del servizio da cui sia evincibile il riparto di esecuzione tra le imprese associate, sia in caso di indicazione, in termini percentuali, della quota di riparto delle prestazioni che saranno eseguite tra le singole imprese, a prescindere dalla tipologia delle prestazioni (cfr. Cons. Stato, A.P., nn. 22 e 26/2012, citt.).

### **Lex specialis e chiarimenti**

TAR Basilicata sez. I 11/9/2017, n. 596

**Contratti pubblici - Lex specialis - Non può essere disapplicata nel corso del procedimento neppure nel caso in cui talune delle regole in essa contenute risultino non più conformi allo ius superveniens, salvo naturalmente l'esercizio del potere di autotutela - Chiarimenti - Non possono in nessun caso integrare il capitolato di gara ed essere vincolanti per la commissione aggiudicatrice**

Una costante giurisprudenza afferma che la stazione appaltante è tenuta ad applicare rigorosamente le regole fissate dalla lex specialis della procedura ad evidenza pubblica, che non può essere disapplicata nel corso del procedimento neppure nel caso in cui talune delle regole in essa contenute risultino non più conformi allo ius superveniens, salvo naturalmente l'esercizio del potere di autotutela (Cons. Stato, sez. V, 28 aprile 2014, n. 2201). Inoltre, i chiarimenti non possono in nessun caso integrare il capitolato di gara ed essere vincolanti per la commissione aggiudicatrice (Cons. Stato, 23 settembre 2015, n. 4441). In altri termini, la lex specialis deve essere osservata integralmente dalla stessa stazione appaltante, e non può formare oggetto di disapplicazione, mentre ogni modificazione va previamente disposta nelle medesime forme con le quali è stata adottata, sicché i chiarimenti in risposta a quesiti non possono costituire integrazioni o modificazioni delle disposizioni di gara (C.d.S., sez. III, 13 gennaio 2014, n. 98).

## Accesso difensivo

TAR Sicilia Catania sez. III 13/9/2017, n. 2170

**Contratti pubblici - Accesso difensivo - Legittimo per la verifica da parte dell'impresa di settore della correttezza dell'operato dell'impresa concorrente in atto esecutrice della fornitura**

Questa Sezione (cfr. TAR Catania, III, 3.5.2017, n. 924) ha ribadito che debba essere escluso che si <<sia in presenza di una fattispecie di accesso preordinato ad un controllo generalizzato dell'operato dell'Amministrazione ovvero di carattere emulativo, in quanto la ricorrente "è una impresa del settore che ben può difendere le proprie aspettative di stipula di futuri contratti di appalto anche mediante la verifica della correttezza dell'operato dell'impresa concorrente in atto esecutrice della fornitura">>.

A fortiori, nell'ipotesi in cui vi sia un processo incardinato e ove si deduca che gli atti richiesti servano per sostenere le difese ivi introdotte.

In questo caso, la valutazione della rilevanza della richiesta, anche nella forma della legittimazione ad agire, tranne nelle ipotesi di evidente e conclamata insussistenza dell'interesse, costituisce, ove resa nella fase processuale relativa all'accesso, una sorta di anticipazione sull'esito del giudizio di merito rispetto al processo asservito principale.

Tale giudizio è ben possibile, ad avviso del Collegio, ove la domanda di annullamento del diniego dell'accesso o l'accesso stesso sia contenuto, così come contemplato all'art. 116 c.p.a., nel corpo del ricorso principale, posto che la questione è rimessa allo stesso giudice chiamato a definirla nel suo complesso e, quindi, anche nel merito. Considerate le motivazioni del diniego, la sussistenza di un giudizio principale deciso in fase cautelare non serve a far perdere l'interesse al ricorso volto all'accesso agli atti allo stesso collegato, posto che, come è possibile, al di là della probabilità che questo accada, l'esito finale può essere diverso e, come tale, comunque richiedere gli atti di cui si è negata l'ostensione.

Inquadrata la questione in termini generali, rileva il Collegio che non può dirsi sussista una richiesta volta a indagare sull'operato in generale dell'Amministrazione, ove la stessa sia rivolta (come nel caso di specie) a conoscere le eventuali proroghe del servizio di cui si tratta (al fine di definire, secondo la prospettazione di parte ricorrente, la consistenza del rapporto e, quindi, allo scopo di stabilire il corretto procedimento di gara) e, sempre al medesimo fine, la documentazione contabile conseguente, con l'avvertenza che quest'ultima dovrà essere ostesa nei limiti di interesse, con occultamento dei dati relativi alla destinataria non utili per l'interesse manifestato in ricorso.

## Oneri di sicurezza aziendali

Tribunale Regionale Giustizia Amministrativa Trentino Alto Adige Bolzano

18/9/2017, n. 281

**Appalti pubblici - Gara - Offerta economica - Indicazione degli oneri della sicurezza interna - In caso di fornitura che comporti l'erogazione di servizi ulteriori - Necessità - Mancata indicazione - Esclusione - Soccorso istruttorio - Possibilità - Esclusione**

In tema di oneri della sicurezza "interni" o "aziendali" la disposizione di cui all'articolo 95, comma 10, d.lgs. 50/2016 è stata novellata in forza dell'art. 60, d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56, nel senso di escludere dall'obbligo di indicazione degli oneri di sicurezza c.d. aziendali, le forniture senza posa in opera, i servizi di natura intellettuale e gli affidamenti ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lettera a); a tale novella la recente giurisprudenza si è già espressa nel senso che ad essa deve attribuirsi natura ricognitiva del previgente "diritto vivente" giurisprudenziale, e non già natura innovativa con esclusiva efficacia ex nunc proiettata nel futuro (cfr. Cons. di Stato, sez. VI, 1.08.2017, n. 3857). Tuttavia, allorché emerga che l'appalto abbia ad oggetto non solo una fornitura, bensì anche altri servizi quali il trasporto, l'installazione, il collegamento alle reti, il collaudo dei sistemi installati e simili, non può essere revocato in dubbio che trattasi di una fornitura con posa in opera, ossia di un contratto per il quale né la giurisprudenza prima, né il legislatore ora hanno previsto l'esclusione dall'obbligo di indicazione nell'offerta economica degli oneri di sicurezza c.d. aziendali. In merito a tale obbligo, *rectius* onere, va ricordato che con l'entrata in vigore del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 è stata superata ogni incertezza interpretativa, nel senso dell'inderogabilità dell'obbligo derivante dall'art. 95, comma 10 in merito alla dichiarazione sugli oneri di sicurezza aziendale in sede di offerta economica. Il legislatore con l'introduzione di detta disciplina ha inteso porre fine, una volta per tutte, ai noti contrasti insorti nel preesistente assetto normativo, richiamati in parte anche dalla ricorrente nel ricorso introduttivo.

Alla mancata indicazione degli oneri della sicurezza aziendale non è possibile rimediare mediante il ricorso al c.d. soccorso istruttorio in quanto il mancato rispetto dell'obbligo, espressamente previsto dall'art. 95, comma 10 del codice, di indicare nell'offerta economica gli oneri di sicurezza c.d. aziendali o interni, comporta l'esclusione automatica in quanto il soccorso previsto dall'articolo 83, comma nono, del d.lgs. n. 50 del 2016 non lo consente per la mancanza, incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica e gli oneri di sicurezza interni attengono direttamente all'offerta eco-

nomica - motivo per il quale sono anche soggetti al ribasso d'asta - e, per la loro finalità di tutela della sicurezza del lavoro, ne costituiscono elemento essenziale. Neppure è accettabile la tesi che la mancata indicazione dei detti oneri debba essere equiparata ad un'indicazione pari a zero, in quanto tali costi possono anche essere stati sostenuti per la formazione ed istruzione del personale da impiegare per la fornitura e, pertanto, devono comunque, quantomeno pro quota, essere indicati nell'offerta economica.

## **Controversie nomina e revoca amministratori**

Corte di Cassazione Civile Sezioni unite 14/9/2017, n. 21299

**Società a partecipazione pubblica - Nomina e revoca degli amministratori - Controversie - Giurisdizione del giudice ordinario - Sussiste, anche allorquando trattisi di società di cui la P.A. sia unico socio o di società "in house providing"**

In ordine alle controversie aventi ad oggetto le vicende relative alla nomina e alla revoca degli amministratori di società per azioni ex articolo 2449 c.c., la giurisdizione è del giudice ordinario, anche allorquando trattisi di società di cui la P.A. sia unico socio (v. Cass., Sez. Un., 15/4/2005, n. 7799) o di società "in house providing" (cfr. Cass., Sez. Un., 1/12/2016, n. 24591), ogni dubbio essendo stato risolto a favore della giurisdizione ordinaria dal Decreto Legge n. 95 del 2012, articolo 4, comma 13, convertito in L. n. 135 del 2012 (cfr. Cass., Sez. Un., 23/1/2015, n. 1237), oltre che dal principio successivamente stabilito dal Decreto Legislativo n. 175 del 2016, articolo 1, comma 3 (nella specie peraltro *ratione temporis* inapplicabile), a tenore del quale, per tutto quanto non derogato dalle relative disposizioni, le società a partecipazione pubblica sono disciplinate dalle norme sulle società contenute nel codice civile (cfr. Cass., Sez. Un., 1/12/2016, n. 24591, ove si è posto in rilievo che ai sensi del Decreto Legislativo n. 175 del 2016, articolo 12, la giurisdizione spetta alla Corte dei Conti per il danno erariale causato dai loro amministratori e dipendenti delle società "in house providing", ma non anche per quel che attiene alla nomina o revoca dei relativi organi sociali designati dal socio pubblico, non rinvenendosi una disposizione specifica al riguardo).

## **Imprese esercenti i servizi di TPL - Controversie. Giurisdizione g.o.**

Corte di Cassazione Civile Sezioni unite 14/9/2017, n. 21298

**Servizi pubblici locali - Imprese esercenti i servizi di trasporto locale in concessione - Misura dei compensi spettanti ad esse spettanti - Controversie - Giurisdizione del giudice ordinario - Sussiste**

Le controversie aventi ad oggetto la misura dei compensi spettanti alle imprese esercenti i servizi di trasporto locale in concessione rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario, e non del giudice amministrativo, attenendo non già al mancato

o illegittimo esercizio di un potere discrezionale dell'amministrazione concedente bensì a pretesa economica trovante fonte unicamente nel contratto di gestione di servizio pubblico locale di trasporto (cfr. Cass., Sez. Un., n. 23898 del 2015; Cass., Sez. Un., 22/4/2013, n. 9690).