

30-2017

# *//* **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 30-2017

## Consiglio di Stato

Principio immodificabilità soggettiva dei concorrenti Consiglio di Stato sez. V 28/8/2017, n. 4086 .....	5
Valutazione grave negligenza o malafede Consiglio di Stato sez. VI 1/9/2017 , n. 4161 .....	5
Oneri sicurezza aziendali - Offerte anomale Consiglio di Stato sez. V 31/8/2017, n. 4146 .....	6
Criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa Consiglio di Stato sez. V 31/8/2017, n. 4131 .....	8
Giurisdizione fase esecutiva Consiglio di Stato sez. V 31/8/2017, n. 4140 .....	9
Principio di rotazione Consiglio di Stato sez. VI 31/8/2017, n. 4125 .....	9
Consiglio di Stato sez. V 31/8/2017, n. 4142 .....	11
Omessa dichiarazione e dichiarazione mendace Consiglio di Stato sez. V 21/8/2017, n. 40148 .....	12
Soccorso istruttorio Consiglio di Stato sez. V 7/8/2017, n. 3913 .....	14
Modifiche soggettive e ammissione alla gara nuovo soggetto su- bentrante Consiglio di Stato sez. V 7/8/2017, n. 3914 .....	14
Cessione e affitto ramo d'azienda - Obblighi dichiarativi requisiti generali Consiglio di Stato sez. III 10/8/2017, n. 3988.....	15

## TAR

Termini di impugnazione - Verifica di anomalia e RUP TAR Puglia Lecce sez. II 4/9/2017, n. 1435.....	17
Principio di pubblicità delle sedute TAR Puglia Lecce sez. II 4/9/2017, n. 1434.....	19
Concessione di servizi nel previgente Codice TAR Puglia Lecce sez. III 1/9/2017, n. 1429.....	20
Tassatività delle cause di esclusione TAR Lazio Roma sez. I 1/9/2017, n. 4569.....	21
Requisiti di partecipazione - RTI verticali TAR Campania Napoli sez. V 31/8/2017, n. 4219.....	22
Gara con offerta economicamente più vantaggiosa TAR Lombardia Brescia sez. II 28/8/2017, n. 1074.....	23
Mancata produzione cauzione definitiva entro termine perentorio TAR Lombardia Milano sez. I 24/8/2017, n. 1766.....	24
Pubblicità provvedimento di ammissione - Riparametrazione TAR Molise sez. I 21/8/2017, n. 280.....	26

## Corte di Giustizia Europea

Appalti settori speciali soggetti ai principi TFUE - Subappalto - Modifiche capitolato - RTI Corte di Giustizia Europea sez. V 5/4/2017, n. C-298/15.....	28
---	----

# 5 Consiglio di Stato

## **Principio immodificabilità soggettiva dei concorrenti**

Consiglio di Stato sez. V 28/8/2017, n. 4086

**Contratti pubblici - Modifiche soggettive concorrenti - Principio immodificabilità -**  
**Risponde all'esigenza di garantire una conoscenza piena da parte delle amministrazioni**  
**aggiudicatrici, consentendo ad esse una verifica preliminare e compiuta dei requisiti -**  
**Obbligo di generale e tempestiva comunicazione alla stazione appaltante delle vicende**  
**relative ai componenti dell'ati**

Nelle gare pubbliche l'immodificabilità soggettiva dei partecipanti ed il divieto di modificare in corso di gara (o dopo l'aggiudicazione) la compagine soggettiva, già prescritto dall'art. 13, comma 5-bis, legge 11 febbraio 1994, n. 109 (legge quadro sui lavori pubblici) e ribadito dall'art. 37, comma 9 del d.lgs. n. 163 del 2006 (applicabile *ratione temporis* all'odierna vertenza) risponde all'esigenza di garantire una conoscenza piena da parte delle amministrazioni aggiudicatrici, consentendo ad esse una verifica preliminare e compiuta dei requisiti di idoneità morale, tecnico-organizzativa ed economico-finanziaria dei concorrenti, verifica che non deve essere resa vana in corso di gara con modificazioni di alcun genere.

Trova inoltre applicazione, nel caso di specie, il principio espresso da Cons. Stato, V, 2 marzo 2015, n. 986, per cui sussiste comunque un obbligo di generale e tempestiva comunicazione alla stazione appaltante delle vicende relative ai componenti dell'ATI, affinché questa possa porre in essere tutte le valutazioni del caso e quindi determinarsi circa la sussistenza o meno delle condizioni per la permanenza dell'ATI medesimo nella procedura di gara (ovvero, nel caso in cui l'appalto sia già stato affidato, circa l'opportunità di proseguire il rapporto di appalto con altro operatore economico, laddove risultassero venute meno le condizioni per l'esecuzione da parte dei membri superstiti dell'ATI).

## **Valutazione grave negligenza o malafede**

Consiglio di Stato sez. VI 1/9/2017, n. 4161

**Contratti pubblici - Requisiti generali - Grave negligenza, malafede nell'esecuzione delle**  
**prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara - Distinzione tra**  
**giudizio afferente fase negoziale e giudizio relativo all'esercizio di poteri amministrativi -**  
**Valutazione della s.a. - Discrezionalità - Limiti di sindacabilità da parte del g.a.**

# 6 Consiglio di Stato

In termini generali, l'art. 38, lettera f), del d.lgs. n. 163 del 2006 prevede che sono esclusi dalla partecipazione alla gara gli operatori economici che «secondo motivata valutazione della stazione appaltante, hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara».

La disposizione in esame, pur nella sua apparente unitarietà, contempla un fatto complesso che impone la distinzione tra il giudizio afferente alla fase negoziale del pregresso rapporto e il giudizio relativo all'esercizio di poteri amministrativi.

Il primo giudizio è riservato all'amministrazione che, quale parte di un pregresso rapporto, può ritenere che l'altra parte abbia posto in essere, nell'esecuzione delle prestazioni, un comportamento connotato da grave negligenza o malafede.

L'amministrazione potrebbe decidere di risolvere il contratto stipulato. In questo caso, qualora insorgano contestazioni, la competenza a dirimerle spetta al g.o., che esercita un controllo pieno sulle cause interne che hanno condotto alla interruzione del rapporto negoziale.

Il secondo giudizio spetta anch'esso all'amministrazione che, considerati nel modo anzidetto i pregressi rapporti negoziali, adotta, nell'esercizio di un potere pubblico, la determinazione con la quale esclude una impresa da una gara ovvero annulla una aggiudicazione già disposta. Si tratta di un potere discrezionale che deve valutare se il fatto pregresso abbia concretamente reso inaffidabile l'operatore economico con possibile pregiudizio dell'interesse pubblico connesso alla realizzazione, nella specie, di determinati servizi. In questo caso, se insorgono contestazioni, la competenza a dirimerle spetta al giudice amministrativo.

È al riguardo costante ed univoco l'indirizzo giurisprudenziale, cui deve darsi continuità, che, a fronte dell'ampia discrezionalità riconosciuta alla stazione appaltante nella formulazione del giudizio sulla gravità delle condotte rilevanti quali cause d'esclusione, circoscrive il sindacato di legittimità entro i margini della verifica della manifesta illogicità ed irrazionalità dell'opzione attinta (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 14 ottobre 2014 n. 5063; sez. III, 14 gennaio 2013 n. 149).

## **Oneri sicurezza aziendali - Offerte anomale**

Consiglio di Stato sez. V 31/8/2017, n. 4146

1. Contratti pubblici - Oneri sicurezza aziendali - Principi di diritto enunciati dall'a.p. n.9/2016 e cgce ord. 10.11.2016 c-162/16 - Gare bandite anteriormente all'entrata in

# 7 Consiglio di Stato

vigore del nuovo codice dlgs. 50/2016 - Obbligo di indicazione separata nell'offerta non specificato nella lex specialis - Mancata indicazione - Obbligo di regolarizzazione

**2. Contratti pubblici - Offerte anomale - Subprocedimento di verifica giustificazioni offerte anomale - Mira a verificare la serietà di una offerta consapevolmente già formulata ed immutabile - Divieto di modifica dell'offerta**

1. Devesi fare applicazione dei principi di diritto enunciati da Cons. Stato, Ad. plen., 27 luglio 2016, n. 9, nonché dall'ordinanza della Corte di Giustizia dell'Unione europea, VI, 10 novembre 2016, in causa C-162/16.

La prima pronuncia ha chiarito che, alla luce della normativa dell'Unione Europea, per le gare bandite anteriormente all'entrata in vigore del c.d. Codice degli appalti e delle concessioni (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50), nelle ipotesi in cui l'obbligo di indicazione separata dei costi di sicurezza aziendale non sia stato specificato dalla legge di gara e non sia in contestazione che dal punto di vista sostanziale l'offerta rispetti i costi minimi di sicurezza aziendale, l'esclusione del concorrente non può essere disposta se non dopo che lo stesso sia stato invitato a regolarizzare l'offerta dalla stazione appaltante nel doveroso esercizio dei poteri di soccorso istruttorio.

La seconda ha affermato, analogamente, che "ostano all'esclusione di un offerente dalla procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico a seguito dell'inosservanza, da parte di detto offerente, dell'obbligo di indicare separatamente nell'offerta i costi aziendali per la sicurezza sul lavoro, obbligo il cui mancato rispetto è sanzionato con l'esclusione dalla procedura e che non risulta espressamente dai documenti di gara o dalla normativa nazionale, bensì emerge da un'interpretazione di tale normativa e dal meccanismo diretto a colmare, con l'intervento del giudice nazionale di ultima istanza, le lacune presenti in tali documenti. I principi della parità di trattamento e di proporzionalità devono inoltre essere interpretati nel senso che non ostano al fatto di concedere a un tale offerente la possibilità di rimediare alla situazione e di adempiere detto obbligo entro un termine fissato dall'amministrazione aggiudicatrice".

2. Va fatta applicazione del precedente di Cons. Stato, V, 23 giugno 2016, n. 2811, dal quale non vi è evidente ragione di discostarsi, nel caso di specie, per cui "il sub-procedimento di giustificazione dell'offerta anomala non è volto a consentire aggiustamenti dell'offerta in itinere ma mira, al contrario, a verificare la serietà di una offerta consapevolmente già formulata ed immutabile (cfr., ex multis, Consiglio di Stato, Sez. VI, 20 settembre 2013, n. 4676; Sez. V, 2 luglio 2012, n. 3850; Sez. VI, 7 febbraio 2012, n. 636)".

# 8 Consiglio di Stato

La rideterminazione dell'offerta, ove consentita, si tradurrebbe infatti in un'oggettiva alterazione della parità di condizione dei concorrenti, nonché in una violazione del principio di certezza delle situazioni giuridiche sotteso alla immodificabilità della *lex specialis*, conseguendone che il bando di gara perderebbe la sua forza cogente per i soggetti partecipanti, ai quali non è dato interpretare e precisare il senso e la portata di quei parametri di gara la cui immutabilità è posta a garanzia di tutti indistintamente i partecipanti (Cons. Stato, V, 12 marzo 2009, n. 1451).

## **Critério dell'offerta economicamente più vantaggiosa**

Consiglio di Stato sez. V 31/8/2017, n. 4131

**Contratti pubblici - Criterio di aggiudicazione - Offerta economicamente più vantaggiosa - Caratteri - Presuppone predeterminazione criteri puntuali per l'attribuzione dei punteggi ed elementi di valutazione pertinenti alla natura, oggetto e caratteristiche del contratto**

La scelta del criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa non richiede solamente la presenza di criteri sufficientemente puntuali per l'attribuzione dei punteggi, ma anche la predeterminazione nella legge di gara di criteri di valutazione dell'offerta pertinenti alla natura, all'oggetto ed alle caratteristiche del contratto (Cons. Stato, V, 18 febbraio 2013, n. 978). Il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa si fonda su di una pluralità di elementi di natura qualitativa ed economica tra loro integrati, la cui determinazione è rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante; peraltro quest'ultima, nell'effettuare le proprie scelte, deve ricercare un equilibrio tra prezzo e qualità, che non ha un valore solo tra i due parametri, ma anche all'interno di ciascuno degli stessi, onde consentire alla stazione appaltante il risultato migliore e più conveniente e, dall'altro, consentire ai partecipanti di confidare in una uniforme e trasparente valutazione dell'offerta. E' per tale motivo che l'art. 83, commi 2 e 4, del d.lgs. n. 163 del 2006 dispone che il bando di gara elenchi i criteri di valutazione, precisi la ponderazione attribuita a ciascuno di essi e, ove necessario, preveda i sub-criteri e sub-pesi, disaggregando il criterio nei suoi aspetti più essenziali, fermo restando il peso o punteggio massimo attribuito a quel dato criterio (Cons. Stato, V, 17 marzo 2015, n. 1371).



# 9 Consiglio di Stato

## **Giurisdizione fase esecutiva**

Consiglio di Stato sez. V 31/8/2017, n. 4140

**Contratti pubblici - Giurisdizione - Controversie relative alla fase di esecuzione del contratto - Appartengono alla giurisdizione ordinaria**

Versandosi in presenza di un contratto di appalto, vale il consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui le controversie relative alla fase di esecuzione del contratto (salvo quelle, tassativamente indicate, relative al divieto di rinnovo tacito dei contratti, alla clausola di revisione prezzi ed ai provvedimenti applicativi dell'adeguamento dei prezzi) rientrano nella giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria (in termini, tra le tante, Cons. Stato, V, 1 agosto 2015, n. 3780; V, 31 dicembre 2014, n. 6455, nonché V, 15 febbraio 2016, n. 624).

## **Principio di rotazione**

Consiglio di Stato sez. VI 31/8/2017, n. 4125

**Contratti pubblici Concessioni- Principio di rotazione - Comporta in linea generale che l'invito all'affidatario uscente riveste 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 ovvero all'oggetto e alle caratteristiche del mercato di riferimento** [ANAC, Delibera 26 ottobre 2016, n. 1097, linee guida n. 4]- **Fattispecie- Documentazione di gara che non reca alcuna motivazione in ordine alle ragioni giustificative dell'ammissione alla procedura del precedente gestore- Conseguente violazione dell'art. 36, comma 2, lettera b) del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50**

L'art. 36 del d.lgs. n. 50 del 2016 dispone che l'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35 avvengono nel rispetto «del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti e in modo da assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese». La disposizione, in particolare, attribuisce alle stazioni il potere di avvalersi delle procedure ordinarie per gli affidamenti in esame ovvero di procedere secondo le seguenti modalità: «b) per affidamenti di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a 150.000 euro per i lavori, o alle soglie di cui all'articolo

35 per le forniture e i servizi, mediante procedura negoziata previa consultazione, ove esistenti, di almeno dieci operatori economici per i lavori, e, per i servizi e le forniture di almeno cinque operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti».

Il principio di rotazione – che per espressa previsione normativa deve orientare le stazioni appaltanti nella fase di consultazione degli operatori economici da consultare e da invitare a presentare le offerte – trova fondamento nella esigenza di evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente (la cui posizione di vantaggio deriva soprattutto dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento), soprattutto nei mercati in cui il numero di agenti economici attivi non è elevato. Pertanto, al fine di ostacolare le pratiche di affidamenti senza gara ripetuti nel tempo che ostacolano l'ingresso delle piccole e medie imprese, e di favorire la distribuzione temporale delle opportunità di aggiudicazione tra tutti gli operatori potenzialmente idonei, il principio di rotazione comporta in linea generale che l'invito all'affidatario uscente riveste carattere eccezionale e 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 ovvero all'oggetto e alle caratteristiche del mercato di riferimento (in tal senso, cfr. la delibera 26 ottobre 2016, n. 1097 dell'Autorità nazionale anti-corruzione, linee guida n. 4).

Come correttamente rilevato dal giudice di prime cure, l'art. 164, 2 comma, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, prevede l'applicabilità anche alle concessioni delle previsioni del titolo II del codice (e, quindi anche dell'art. 36), sulla base di una valutazione di compatibilità. Del resto, anche nell'art. 30, 1 comma, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, il principio della rotazione deve ritenersi implicitamente richiamato, attraverso il riferimento più generale al principio di libera concorrenza di cui il criterio in esame costituisce espressione.

Deve quindi concludersi che, anche nel caso di specie, si imponesse a carico della stazione appaltante la seguente alternativa: o di non invitare il gestore uscente o, quanto meno, di motivare attentamente le ragioni per le quali si riteneva di non poter prescindere dall'invito. (...) In definitiva, l'invito e l'affidamento al contraente uscente avrebbe richiesto un onere motivazionale più stringente. Per contro, la documentazione di gara non reca alcuna motivazione in ordine alle ragioni giustificative dell'ammissione alla procedura del precedente gestore. Le affermazioni dell'appellante - secondo cui vi sarebbero pochi operatori interessati all'affidamento - sono rimaste del tutto indimostrate (vedi sul punto quanto già dedotto al pa-

ragrafo 7 della motivazione). Correttamente il TAR, avendo ravvisato la violazione dell'art. 36 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, ha disposto l'annullamento dell'aggiudicazione. (\*)

-----  
(\*) Riforma della sentenza del Tar Toscana, II, n. 454 del 2017

### **Consiglio di Stato sez. V 31/8/2017, n. 4142**

**Contratti pubblici - Principio di rotazione - Finalità - Evitare il consolidarsi di posizioni di rendita non concorrenziale - Costituisce bilanciamento all'affidamento diretto e fiduciario - precedenti affidatari diretti - Vanno di regola esclusi dai successivi affidamenti diretti**

Il base al principio di rotazione, la stazione appaltante ha la possibilità di escludere dall'invito un operatore già interessato ad un rapporto contrattuale con la stessa amministrazione. In particolare, consente di escludere dall'invito coloro che siano risultati aggiudicatari di precedenti procedure dirette all'assegnazione di un appalto avente lo stesso oggetto di quello da aggiudicare, così da escludere la possibilità di reiterati affidamenti al medesimo operatore, con frustrazione del principio di tutela della concorrenza.

Come evidenziato dal precedente di Cons. Stato, III, 12 settembre 2014, n. 4661, "nel contesto dell'art. 125 del codice dei contratti pubblici il principio della "rotazione", imposto con riferimento alla procedura di "cottimo fiduciario", appare concepito dal legislatore come una contropartita, o un bilanciamento, del carattere sommario e "fiduciario" della scelta del contraente.

Ed invero, il "cottimo fiduciario" è definito dallo stesso art. 125 come «una procedura negoziata, previa consultazione di almeno cinque operatori economici». Nel pensiero del legislatore, dunque, il cottimo fiduciario non è una vera e propria gara, ma una trattativa privata (si veda anche l'art. 3, comma 40, dello stesso codice, che contiene la definizione del termine "procedura negoziata"), quindi una scelta ampiamente discrezionale. Tale discrezionalità si esercita in (almeno) due momenti: primo, l'individuazione delle cinque ditte da "consultare"; secondo, la scelta del contraente fra le ditte consultate. La discrezionalità è temperata, ma non eliminata, da alcuni principi, quali la "trasparenza" (che implica il dovere di una previa formulazione e comunicazione dei criteri della scelta, etc.) e, appunto, la

“rotazione” (per evitare che il carattere discrezionale della scelta si traduca in uno strumento di favoritismo)”.

Da quanto sopra emerge la ratio dell’istituto, consistente nell’evitare il possibile consolidarsi di posizioni “di rendita” non concorrenziale a favore di singole imprese, scelte dalle stazioni appaltanti al di fuori delle ordinarie regole dell’evidenza pubblica: ciò vale, in primis, per quegli operatori economici che siano già stati destinatari di un affidamento diretto, che dunque, ben possono essere esclusi a priori dalle successive aggiudicazioni dello stesso genere, proprio per evitare il possibile formarsi di posizioni di privilegio.

## **Omessa dichiarazione e dichiarazione mendace**

Consiglio di Stato sez. V 21/8/2017, n. 40148

**1. Appalti pubblici - Gara - Dichiarazione - Assenza di condanne ostantive da parte di uno dei soggetti obbligati a renderla - Mancanza - Soccorso istruttorio - È applicabile**

**2. Appalti pubblici - Gara - Dichiarazione - Reato per il quale sussistono i presupposti per la sua estinzione - Mancanza del provvedimento di riabilitazione - Irrilevanza - Ratio**

1. Allorché risulti l’assenza di una dichiarazione sostitutiva, la stazione appaltante non può escludere dalla gara un concorrente dovendo – nel doveroso esercizio del ‘soccorso istruttorio’ – mettere il concorrente stesso in condizione di rendere la dichiarazione carente e, comunque, disporre l’esclusione soltanto se fosse emersa la presenza in concreto di condanne ostantive. Del resto, l’Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato, nell’interpretare la portata innovativa dell’articolo 39 del decreto-legge n. 90 del 2014 (che ha introdotto il richiamato comma 2-bis nell’ambito del decreto legislativo n. 163 del 2006) ha chiarito che esso testimonia chiara volontà del legislatore di evitare (nella fase del controllo delle dichiarazioni e, quindi, dell’ammissione alla gara delle offerte presentate) esclusioni dalla procedura per mere carenze documentali (ivi compresa anche la mancanza assoluta delle dichiarazioni), di imporre un’istruttoria veloce, ma preordinata ad acquisire la completezza delle dichiarazioni (prima della valutazione dell’ammissibilità della domanda), e di autorizzare la sanzione espulsiva quale conseguenza della sola inosservanza, da parte dell’impresa concorrente, all’obbligo di integrazione documentale (entro il termine perentorio accordato, a tal fine, dalla stazione appaltante). Conseguentemente, l’am-

# 13 Consiglio di Stato

ministrazione non può escludere dalla gara un concorrente quale effetto di una carenza dichiarativa imputabile a uno dei soggetti partecipanti [nella fattispecie: di una consorziata], ma deve riconoscere le garanzie procedurali e sostanziali del c.d. 'soccorso istruttorio a pagamento'. Infatti, si sensi dell'articolo 38, comma 2-bis, del Codice dei contratti pubblici del 2006 (si tratta della disposizione sul c.d. 'soccorso istruttorio a pagamento ratione temporis rilevante ai fini del presente giudizio), "la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive di cui al comma 2" avrebbe comunque imposto all'amministrazione di ammettere il concorrente al beneficio del soccorso istruttorio. L'omessa presentazione in gara della dichiarazione sostitutiva in ordine all'assenza dei reati ostativi di cui all'articolo 38, comma 2, lettera c), lungi dal rappresentare una 'falsa dichiarazione' (di per sé idonea a giustificare l'esclusione del concorrente dalla gara), si configura appunto come "mancanza di una dichiarazione sostitutiva", in quanto tale certamente ammissibile al soccorso istruttorio.

2. L'effetto estintivo del reato commesso opera automaticamente, per legge, indipendentemente da un provvedimento formale del giudice; infatti, anche in vigenza dell'articolo 676 del codice penale Vassalli la giurisprudenza più attenta aveva rilevato che l'effetto estintivo opera ex lege per effetto del decorso inattivo del tempo e non abbisogna di alcun provvedimento, non rilevando in contrario l'attribuzione al giudice dell'esecuzione della competenza a decidere in merito all'estinzione del reato dopo la condanna. Va ricordata, al riguardo, la sentenza n. 2 del 2014 le Sezioni Unite della Cassazione, seppure con riferimento al tema dell'indulto, hanno ritenuto maggiormente coerente con i criteri ermeneutici che sottendono il codice processuale il principio secondo cui, quando un determinato effetto giuridico si verifichi per decorso inattivo del tempo, esso si verifica ope legis al momento in cui siano per legge maturate le condizioni cui è condizionato l'effetto. Corollario di tale approccio ermeneutico è che il provvedimento dichiarativo dell'estinzione, successivo e ricognitivo di un effetto già verificatosi, resta estraneo ai fini dell'estinzione del reato e si pone in funzione meramente formale e ricognitiva di un effetto già verificato, nel mentre l'automatismo degli effetti dell'estinzione del reato si pone in coerenza con i principi comunitari di ragionevole durata dei processi, sollecita definizione e di minor sacrificio esigibile, evincibili dagli articoli 5 e 6 CEDU. In ogni caso la stazione appaltante ha, comunque, l'onere di valutare la risalenza nel tempo dei reati di cui è stata omessa la dichiarazione, la loro complessiva tenuità e la non riconducibilità al novero dei "reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale" quali una condanna per guida in stato di ebbrezza o un insoluto contributivo di un centinaio di euro.

# 14 Consiglio di Stato

## **Soccorso istruttorio**

Consiglio di Stato sez. V 7/8/2017, n. 3913

**Contratti pubblici - Requisiti generali - Omessa dichiarazione - Documentazione mancante - Soccorso istruttorio - Inammissibilità - Limite delle sole "irregolarità essenziali" – Fattispecie**

L'omessa dichiarazione integra la fattispecie della documentazione "mancante" e non solamente "incompleta", e tale considerazione evidenzia anche la non invocabilità del potere di soccorso istruttorio. Quest'ultimo, infatti, è un potere di ordine generale operante alla stregua di regola procedimentale, in forza della quale l'Amministrazione, prima di provvedere all'esclusione dalla gara, invita il concorrente ad integrare o regolarizzare le proprie dichiarazioni. Il soccorso istruttorio opera, nel regime successivo alla novella del 2014, non solo al fine della regolarizzazione documentale, ma anche dell'integrazione documentale, in caso di mancanza di dichiarazioni ed elementi dell'offerta, purchè le lacune ed omissioni non superino i limiti della "irregolarità essenziale", configurando una più radicale carenza di un elemento essenziale dell'offerta (in termini Cons. Stato, V, 21 aprile 2016, n. 1597). Nel caso di specie, l'omessa dichiarazione evidenzia proprio una situazione siffatta, e supera pertanto l'ambito di operatività del soccorso istruttorio.

## **Modifiche soggettive e ammissione alla gara nuovo soggetto subentrante**

Consiglio di Stato sez. V 7/8/2017, n. 3914

**Contratti pubblici - Vicende soggettive dell'operatore economico - Subentro soggetti risultanti da cessione, affitto d'azienda, trasformazione, fusione, scissione di società - Processo di spersonalizzazione del contratto pubblico - Verifica possesso requisiti positiva - Obbligo di ammettere alla gara il soggetto subentrante - Va affermato**

L'art. 51 d.lgs. 163/06, nel disciplinare le vicende soggettive del candidato, dell'offerente e dell'aggiudicatario, consente espressamente il subentro dei soggetti risultanti da operazioni di cessione, affitto di azienda, o di un ramo di azienda, ovvero da trasformazione, fusione e scissione di società durante la gara (in termini Cons. Stato, V, 15 novembre 2010, n. 8044), previo accertamento sia dei requisiti

di ordine generale, sia di ordine speciale; si inserisce dunque in un processo di spersonalizzazione del contratto pubblico, che viene in rilievo in una pluralità di previsioni del codice dei contratti pubblici.

Sembra inferibile dal sistema che, una volta accertato il possesso dei prescritti requisiti, in ossequio al principio della necessaria continuità e/o permanenza dei requisiti necessari per l'ammissione ad una procedura di valutazione comparativa concorrenziale, le Amministrazioni aggiudicatrici abbiano un vero e proprio obbligo giuridico di ammettere alla gara, all'aggiudicazione ed alla stipula il soggetto subentrante (Cons. Stato, V, 5 dicembre 2008, n. 6046).

L'art. 51 concerne le varie ipotesi in cui il subentro avviene nel corso della gara; l'ambito oggettivo di tale disposizione è dunque più esteso rispetto a quello degli artt. 11, comma 6, e 37, comma 7, che, nell'imporre, direttamente od indirettamente, l'unicità dell'offerta per ciascun concorrente, guarda al momento di presentazione delle offerte, ed è funzionale a tutelare la libertà delle gare ed a garantire la par condicio tra i concorrenti; successivamente a tale fase di presentazione delle offerte, le disposizioni in questione perdono di rilevanza, vigendo il principio di immodificabilità dell'offerta presentata.

## **Cessione e affitto ramo d'azienda - Obblighi dichiarativi requisiti generali**

Consiglio di Stato sez. III 10/8/2017, n. 3988

**Contratti pubblici - Cessione e affitto ramo d'azienda - Cessionario che si avvale dei requisiti del cedente - Obblighi dichiarativi requisiti generali cedente - Limiti esterni ed interni obblighi dichiarativi - Individuazione - esigenza di riferire le dichiarazioni anche agli amministratori dell'impresa dalla quale la concorrente ha ottenuto la disponibilità dell'azienda - È ancora più evidente nel caso in cui si tratti di affitto e non di cessione dell'azienda - Ragioni - Individuazione**

Sussiste la ratio di fondo – nel senso che la responsabilità per fatto di soggetto giuridico terzo a cui soggiace il cessionario trova risposta nel principio ubi commodam, ibi incommodam: il cessionario, come si avvale dei requisiti del cedente sul piano della partecipazione a gare pubbliche, così risente delle conseguenze, sullo stesso piano, delle eventuali responsabilità del cedente - che ha indotto la giurisprudenza, pur in mancanza di una norma espressa, ad estendere analogicamente all'impresa

cessionaria gli obblighi/oneri dichiarativi previsti dall'art. 38, d.lgs. 163/06. (cfr. A.P. n. 10/2012).

I limiti di applicabilità "esterni" della previsione normativa, indicati da detto orientamento per bilanciare l'interpretazione eterointegratrice del bando (necessità di un'espressa dell'obbligo previsione nella lex specialis, oppure mancanza sostanziale in concreto del requisito da accertare attraverso il soccorso istruttorio) non hanno ragion d'essere. L'applicabilità del soccorso istruttorio è esclusa, non essendo possibile in tal modo consentire modifiche della domanda di partecipazione, che non può essere sanata o regolarizzata in via postuma.

Quanto ai limiti "interni" alla rilevanza dell'obbligo di dichiarazione, sempre desumibili in applicazione analogica dall'art. 38, cit., se valgono ad escludere che abbia rilevanza una cessione dell'azienda avvenuta prima del limite dell'anno antecedente la presentazione della domanda di partecipazione alla gara da parte dell'impresa cessionaria, non sembra possano valere anche per l'affitto di azienda, che non determina una cesura aziendale e permette che l'influenza dell'affittante continui. È stato infatti chiarito che l'esigenza di riferire le dichiarazioni anche agli amministratori dell'impresa dalla quale la concorrente ha ottenuto la disponibilità dell'azienda è ancora più evidente nel caso in cui si tratti di affitto e non di cessione dell'azienda, dal momento che l'influenza dell'impresa locatrice è destinata a restare intatta per tutto lo svolgimento del rapporto e ben potrebbe costituire un agevole mezzo per aggirare gli obblighi sanciti dal codice degli appalti (cfr., Cons. Stato, V, n. 412/2016; III, n. 4354/2011; C.G.A., n. 8/2011 e n. 1314/2010).



## **Termini di impugnazione - Verifica di anomalia e RUP**

TAR Puglia Lecce sez. II 4/9/2017, n. 1435

1. Contratti pubblici - Procedura di gara - Comunicazione di aggiudicazione- Termini di impugnazione- Art. 155 commi 4 e 5, c.p.c.- Giorno di scadenza festivo- Scadenza è prorogata di diritto al primo giorno seguente non festivo- Applicazione della proroga per il compimento degli atti processuali svolti fuori dell'udienza che scadono nella giornata di sabato

2. Contratti pubblici - Procedura di gara - Bando soggetto al disposto dell'art. 121, d.P.R. 207/2010- Verifica di anomalia dell'offerta – Facoltà di scelta del RUP di farsi supportare dalla commissione nel momento dell'analisi delle giustificazioni per poi procedere in maniera autonoma all'analisi delle ulteriori giustificazioni.

3. Contratti pubblici - Procedura di gara - Giudizio di congruità dell'offerta- Giudizio di natura globale e sintetica sulla serietà o meno dell'offerta nel suo insieme- Relativa motivazione - Deve essere rigorosa in caso di esito negativo- Positiva valutazione di congruità della presunta offerta anomala - Sufficientemente espressa anche con eventuale motivazione per relationem alle giustificazioni rese dall'impresa offerente

1. Ai sensi dell'art. 155 commi 4 e 5, c.p.c., applicabile anche al processo amministrativo, se il giorno di scadenza è festivo, la scadenza è prorogata di diritto al primo giorno seguente non festivo. La proroga prevista dal quarto comma si applica, altresì, ai termini per il compimento degli atti processuali svolti fuori dell'udienza che scadono nella giornata di sabato (cfr. Tar Lazio, sez. II, 04 aprile 2016, n. 406). Nel caso in esame, la comunicazione di aggiudicazione è stata ricevuta il 1° giugno, e, quindi, il termine di decadenza scadeva il 1° luglio; tuttavia il 1° luglio era sabato, con la conseguenza che il termine di decadenza si è prorogato al lunedì successivo, e quindi al 3 luglio, data in cui il ricorso è stato notificato.

2. Il bando è stato pubblicato il 20 settembre 2016 e quindi a esso non può applicarsi quanto disposto dalle linee guida dell'Anac entrate in vigore il 22 novembre 2016, pertanto in data successiva all'emanazione del bando, con la conseguenza che trova applicazione il disposto dell'art. 12, d.P.R. 207/2010. In relazione a questo articolo, la giurisprudenza, che si condivide, ha precisato che "nelle gare pubbliche da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa è legittima la verifica di anomalia dell'offerta eseguita, anziché dalla commissione aggiudicatrice, direttamente dal responsabile unico del procedimento avvalendosi degli uffici e organismi tecnici della stazione appaltante; infatti, anche nel regi-

me anteriore all'entrata in vigore dell'art. 121, d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, era attribuita al responsabile del procedimento facoltà di scegliere, a seconda delle specifiche esigenze di approfondimento richieste dalla verifica, se procedere personalmente ovvero affidare le relative valutazioni alla commissione aggiudicatrice" (Cons. St. sez. V, 6 maggio 2015, n. 2274). Il Rup, quindi, unico organo chiamato a pronunciarsi sulla verifica di anomalia dell'offerta, ben poteva decidere, come nel caso in esame, di farsi supportare dalla commissione nel momento dell'analisi delle giustificazioni, al fine di individuare su quali aspetti era opportuno approfondire l'esame dell'offerta, per poi procedere in maniera autonoma all'analisi delle ulteriori giustificazioni.

3. Per quanto riguarda le censure avverso il giudizio di congruità dell'offerta, la giurisprudenza, alla quale si aderisce, ha precisato che "nelle gare pubbliche, il livello di approfondimento richiesto alla stazione appaltante in sede di valutazione della non anomalia dell'offerta, rispetto alle singole voci di costo presentate, varia in funzione delle caratteristiche dell'offerta e della plausibilità delle giustificazioni già rese rispetto alle singole voci, venendo in considerazione un giudizio discrezionale in ordine alla complessiva affidabilità dell'offerta, su cui il giudice effettua un sindacato ab estrinseco; il giudizio, che conclude il sub procedimento di verifica delle offerte anomale (di per sé insindacabile, salva l'ipotesi in cui le valutazioni ad esso sottese non risultino abnormi o manifestamente illogiche o affette da errori di fatto), ha, infatti, natura globale e sintetica sulla serietà o meno dell'offerta nel suo insieme e, conseguentemente, la relativa motivazione deve essere rigorosa in caso di esito negativo; al contrario, la positiva valutazione di congruità della presunta offerta anomala è sufficientemente espressa anche con eventuale motivazione per relationem alle giustificazioni rese dall'impresa offerente" (Cons. St., sez. V, 16 maggio 2017, n. 2319) e che "nelle gare pubbliche, il giudizio circa l'anomalia o l'incongruità dell'offerta costituisce espressione di discrezionalità tecnica, sindacabile dal giudice amministrativo solo in caso di macroscopica illogicità o di erroneità fattuale e, quindi, non può essere esteso ad una autonoma verifica della congruità dell'offerta e delle singole voci; aggiungasi che il procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta non mira ad individuare specifiche e singole inesattezze nella sua formulazione ma, piuttosto, ad accertare in concreto che la proposta economica risulti nel suo complesso attendibile in relazione alla corretta esecuzione dell'appalto; inoltre, al di fuori dei casi in cui il margine positivo risulti pari a zero, non è possibile stabilire una soglia minima di utile al di sotto della quale l'offerta deve essere considerata anomala, poiché anche un utile apparentemente modesto può comportare un vantaggio significativo, sia per la prosecuzione in sé dell'attività la-

vorativa, sia per la qualificazione, la pubblicità, il curriculum derivanti per l'impresa dall'essere aggiudicataria e aver portato a termine un appalto pubblico" (Cons. St., sez. V, 12 maggio 2017, n. 2228).

### **Principio di pubblicità delle sedute**

TAR Puglia Lecce sez. II 4/9/2017, n. 1434

**Contratti pubblici - Procedure di gara - Pubblicità delle sedute - Risponde all'esigenza di tutela non solo della parità di trattamento dei concorrenti, ma anche dell'interesse pubblico alla trasparenza ed all'imparzialità dell'azione amministrativa - Violazione della regola della pubblicità della seduta di gara - Comporta l'invalidità di tutti gli atti della procedura selettiva, senza che rilevi l'assenza di prova dell'effettiva lesione sofferta dai concorrenti**

Il Collegio condivide l'orientamento per cui "la regola generale della pubblicità della gara, segnatamente con riguardo al momento dell'apertura delle buste contenenti le offerte (economiche), implica necessariamente l'obbligo del seggio di gara di portare preventivamente a conoscenza dei concorrenti il giorno, l'ora e il luogo della seduta della commissione di gara, in modo da garantire loro l'effettiva possibilità di presenziare allo svolgimento delle operazioni di apertura dei plichi pervenuti alla stazione appaltante, atteso che tale adempimento risulta implicitamente necessario ai fini dell'integrazione del carattere di pubblicità della seduta (in termini Consiglio di Stato, sez. V, 28 maggio 2004, n. 3471)" (Tar Lecce, sez. II, 3 febbraio 2016, n. 254).

"Nelle gare pubbliche ... la pubblicità delle sedute risponde all'esigenza di tutela non solo della parità di trattamento dei concorrenti, ai quali deve essere permesso di effettuare gli opportuni riscontri sulla regolarità formale degli atti prodotti e di avere così la garanzia che non siano successivamente intervenute indebite alterazioni, ma anche dell'interesse pubblico alla trasparenza ed all'imparzialità dell'azione amministrativa, le cui conseguenze negative sono difficilmente apprezzabili ex post una volta rotti i sigilli ed aperti i plichi, in mancanza di un riscontro immediato; trattasi di regola che costituisce corretta interpretazione dei principi comunitari e di diritto interno in materia di trasparenza e di pubblicità nelle gare per i pubblici appalti" (Cons. St., sez. IV, 20 gennaio 2015, n. 132).

Non sono poi condivisibili le deduzioni dell'Asl e della controinteressata, le quali

rilevano come non sia stata formulata alcuna censura, da parte della ricorrente, avverso le valutazioni della commissione giudicatrice e che comunque con il ricorso è stato contestato il mero dato formale della mancata convocazione alla seduta pubblica del 26 settembre 2016, posto che “la violazione della regola della pubblicità della seduta di gara comporta l’invalidità di tutti gli atti della procedura selettiva, senza che rilevi l’assenza di prova dell’effettiva lesione sofferta dai concorrenti, trattandosi di adempimento posto a tutela non solo della parità di trattamento tra gli stessi, ma anche dell’interesse pubblico alla trasparenza ed all’imparzialità dell’azione amministrativa, le cui conseguenze negative non sono apprezzabili ex post (Cons. Stato, Ad. Plen., 28 luglio 2011 n. 13; Cons. St., sez. V, 16 giugno 2009 n. 3844; Id., sez. V, 4 marzo 2008 n. 901)” (Tar Lecce, 254/2016 cit.).

### **Concessione di servizi nel previgente Codice**

TAR Puglia Lecce sez. III 1/9/2017, n. 1429

**Concessioni di servizi - Regime previgente nuovo Codice - Art. 30, comma 1, D.lgs. 163 del 23006) - vigente razione temporis - Inapplicabilità della disciplina dettata all’art. 70 dello stesso Codice dei contratti pubblici - Norma (specifica) di dettaglio (prevedendo un numero preciso e puntuale di giorni per la pubblicità del bando, ai fini della presentazione delle offerte) - Non costituisce norma di principio, né diretta ed immediata esplicitazione/estrinsecazione essenziale dei principi generali relativi alle commesse pubbliche**

Come condivisibilmente rilevato (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 6 agosto 2013, n. 19): se, da un lato, “E’ ben vero che il terzo comma dell’art. 30, prescrive che la scelta del concessionario deve avvenire nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità”; dall’altro, “tuttavia, come chiarito dall’Adunanza Plenaria con la sentenza n. 13 del 2013, non potrebbe sostenersi, a norma del ricordato comma 1” (dell’art. 30 del D. Lgs. n. 163/2001, che sancisce, appunto - salvo quanto previsto dalla stessa disposizione -, l’inapplicabilità delle disposizioni del medesimo Codice dei Contratti alle concessioni di servizi), “l’applicabilità di tutte le disposizioni del codice, in quanto tutte le norme di dettaglio costituiscono una più o meno immediata applicazione di principi generali. L’appli-

cabilità delle disposizioni legislative specifiche, di per sé estranee alla concessione di servizi, è predicabile quando esse trovino la propria ratio immediata nei suddetti principi, sia pure modulati al servizio di esigenze più particolari, ma sempre configurandosi come estrinsecazioni essenziali dei principi medesimi”.

Orbene, con specifico riferimento all’odierno “*thema decidendum*”, è stato condizionatamente e chiaramente osservato che l’ “art. 30, comma 1, del Codice dei contratti pubblici stabilisce, senza possibilità di equivoci, che «Salvo quanto disposto nel presente articolo, le disposizioni del codice non si applicano alle concessioni di servizi». E’ erronea, pertanto, l’applicazione analogica della disciplina dettata all’art. 70 del. Codice dei contratti pubblici in materia di gare per l’affidamento di appalti pubblici alla diversa materia delle concessioni di servizi, in palese violazione della previsione racchiusa nell’art. 30, comma 1, del medesimo Codice dei contratti pubblici” (Consiglio di Stato, V, 11 maggio 2009, n. 2864): diversamente opinando, l’intero corpus del citato Codice degli Appalti sarebbe, di fatto, applicabile alle concessioni di servizi, rendendo del tutto superflui i precetti dettati nel citato articolo 30 (arg. ex Consiglio di Stato, V, 13 luglio 2010, n. 4510).

In definitiva, il Collegio ritiene che l’art. 70, comma 2 del D. Lgs. n. 163/2006 (vigente *ratione temporis*) non sia applicabile alle concessioni di servizi pubblici disciplinate dall’art. 30 del D. Lgs. n. 163/2006 (cui va ascritta la fattispecie in esame), trattandosi di una norma (specifica) di dettaglio (prevedendo un numero preciso e puntuale di giorni per la pubblicità del bando, ai fini della presentazione delle offerte), in quanto tale non costituente norma di principio, né diretta ed immediata esplicazione/estrinsecazione essenziale dei principi generali relativi alle commesse pubbliche.

## **Tassatività delle cause di esclusione**

TAR Lazio Roma sez. I 1/9/2017, n. 4569

**Contratti pubblici - Procedura di aggiudicazione - Principio di tassatività delle clausole di esclusione - Impone di interpretare comunque le disposizioni “dubbe” della *lex specialis* sempre nel senso della massima apertura delle gare e del *favor participationis***

Il principio di tassatività delle clausole di esclusione sancito dall’art. 83 c. 8 del codice dei contratti (..) impone di interpretare comunque le disposizioni “dubbe” della *lex specialis* sempre nel senso della massima apertura delle gare e del *favor participationis*.

## Requisiti di partecipazione - RTI verticali

TAR Campania Napoli sez. V 31/8/2017, n. 4219

**Contratti pubblici - Principi generali - Lex specialis- Previsioni contrarie ai principi generali dell'Unione europea- Determinano un'ingiustificata limitazione delle possibilità di partecipazione - Esclusione di RTI verticali - Fattispecie – Illegittimità**

Occorre premettere che l'art. 30, 1° e 2° comma, del codice dei contratti pubblici dispone quanto segue: "1. L'affidamento e l'esecuzione di appalti di opere, lavori, servizi, forniture e concessioni, ai sensi del presente codice garantisce la qualità delle prestazioni e si svolge nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza. Nell'affidamento degli appalti e delle concessioni, le stazioni appaltanti rispettano, altresì, i principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché di pubblicità con le modalità indicate nel presente codice. Il principio di economicità può essere subordinato, nei limiti in cui è espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti nel bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e alla promozione dello sviluppo sostenibile, anche dal punto di vista energetico.

Le stazioni appaltanti non possono limitare in alcun modo artificialmente la concorrenza allo scopo di favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori economici o, nelle procedure di aggiudicazione delle concessioni, compresa la stima del valore, taluni lavori, forniture o servizi".

L'art. 83 del d.lgs. n. 50/2016 individua invece quali criteri di selezione per l'aggiudicazione degli appalti pubblici esclusivamente: a) i requisiti di idoneità professionale; b) la capacità economica e finanziaria; c) le capacità tecniche e professionali. Tanto premesso, il ricorso appare meritevole di favorevole apprezzamento, per la dedotta violazione dell'art. 30 del d.lgs. n. 50/2016 e per eccesso di potere (in relazione al censurato profilo della irragionevolezza), in quanto l'impugnato bando di gara, pur non richiedendo il possesso di alcun requisito in ordine alla capacità tecnico - organizzativa e alla capacità economico - finanziaria degli operatori economici, ha espressamente richiesto il possesso di molteplici e specifiche certificazioni di qualità (art. 17 del Capitolato tecnico), escludendo o limitando così in maniera illogica la possibilità degli operatori economici del settore di partecipare alla gara de qua.

È certamente consentita alle stazioni appaltanti la facoltà di richiedere il possesso di determinate qualificazioni per la partecipazione ai pubblici appalti, ma nella

determinazione della *lex specialis* le amministrazioni sono tenute a rispettare non solo i principi relativi al corretto andamento del procedimento amministrativo (tra cui, i ben noti principi di economicità, efficacia, imparzialità, pubblicità e trasparenza), ma anche i principi sanciti dai Trattati istitutivi dell'Unione Europea e/o elaborati in sede giurisdizionale dalla Corte di Giustizia, come i principi di libera concorrenza, di parità di trattamento e non discriminazione, di proporzionalità (che hanno trovato un espresso riconoscimento nel nostro ordinamento giuridico per effetto della modifica che la novella l. n. 15/2005 ha apportato all'art.1, co. 1, della l. n. 241/1990).

Oltre a ciò, l'esclusione della partecipazione alla gara mediante raggruppamenti di imprese di tipo verticale non appare conforme a quanto previsto dall'art. 48, 2° comma, del d.lgs. n. 50/2016, che prevede espressamente per appalti di servizi e forniture la possibilità di concorrere attraverso raggruppamenti di tipo verticale (da intendersi come raggruppamenti di operatori economici in cui il mandatario esegue le prestazioni di servizi o di forniture indicati come principali anche in termini economici, i mandanti quelle indicate come secondarie) e raggruppamenti di tipo orizzontale (quelli in cui gli operatori economici eseguono il medesimo tipo di prestazione).

Il divieto di partecipazione alla gara per i raggruppamenti di imprese di tipo verticale, valutato unitamente alla richiesta di specifiche certificazioni di qualità e alla assenza delle predeterminazione dei requisiti di capacità tecnico - organizzativa e di capacità economico - finanziaria, determina un'ingiustificata limitazione delle possibilità di partecipazione alla procedura di gara de qua, inficiando gli atti impugnati per eccesso di potere sotto il censurato profilo dello sviamento.

### **Gara con offerta economicamente più vantaggiosa**

TAR Lombardia Brescia sez. Il 28/8/2017, n. 1074

**Contratti pubblici - Procedura di aggiudicazione - Criterio offerta economicamente più vantaggiosa - Sottofasi della procedura in seduta pubblica - Individuazione - Valutazione offerte tecniche da parte di commissione giudicatrice - Seduta riservata**

La giurisprudenza ha avuto modo di chiarire che "Nell'ambito dell'articolata procedura di scelta del contraente con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa, giova ricordarlo, possono distinguersi le sottofasi della verifica della

documentazione amministrativa prodotta dalle imprese, che hanno fatto domanda di partecipazione alla gara, della comunicazione dei punteggi assegnati dalla commissione giudicatrice alle offerte tecniche delle imprese concorrenti e dell'apertura delle buste contenenti le offerte economiche, della loro lettura e dell'attribuzione del relativo punteggio, che sono caratterizzate da un'attività priva di qualsiasi discrezionalità e ben possono essere svolte, sempre pubblicamente, anche dal seggio di gara in composizione monocratica (ivi compreso lo stesso responsabile unico del procedimento), dalla sottofase di valutazione delle offerte tecniche che deve essere svolta necessariamente da una commissione giudicatrice, e che si compendia nell'apprezzamento, massima espressione della discrezionalità tecnica, degli elementi tecnici delle singole offerte e nell'attribuzione dei relativi punteggi sulla base dei pesi e punteggi appositamente indicati (v., ex plurimis, Cons. St., sez. V, 5.11.2014, n. 5446) (Consiglio di Stato, sez. III, 8 settembre 2015, n. 4190; medesime considerazioni sono espresse, da ultimo, da Consiglio di Stato, sez. II, 3 febbraio 2017, n. 475; analoghi principi sulla diversità tra commissione giudicatrice e seggio di gara sono espressi da Consiglio di Stato, sez. VI, 3 luglio 2014, n. 3361; TAR Piemonte, sez. I, 20 gennaio 2016, n. 75).

### **Mancata produzione cauzione definitiva entro termine perentorio**

TAR Lombardia Milano sez. I 24/8/2017, n. 1766

1. Contratti pubblici - Lex specialis - Mancata previsione termine per l'invio della documentazione necessaria ai fini della stipula del contratto - Non impedisce all'amministrazione di imporre un termine perentorio per l'espletamento di tale adempimento - Rispetto dell'obbligo, che grava sulle parti, di addivenire alla stipula del contratto, entro il termine previsto all'art. 32, comma 8, d.lgs. n. 50/2016

2. Contratti pubblici - Provvedimento di revoca - Mancata presentazione della garanzia, entro il termine prestabilito - Costituisce giusto motivo di revoca della aggiudicazione - Costituisce atto vincolato rispetto alla clausola del disciplinare di gara che prevede, tra i documenti da presentare a pena di esclusione, la costituzione della cauzione definitiva

1. La circostanza che la lex specialis non preveda un termine per l'invio della documentazione necessaria ai fini della stipula del contratto, tra cui quella comprovante la costituzione della cauzione definitiva, non impedisce all'amministrazione di im-



porre un termine perentorio per l'espletamento di tale adempimento: ciò risponde, invero, alla finalità di evitare che la fase provvisoria si protragga indefinitamente (TAR Lazio, sez. II bis, 2.9.2005, n. 6527; TAR Liguria, sez. II, 19.2.2005, n. 266; T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 20/07/2006, n. 7610; Cons. di St., V, 6.7.2002, n. 3718, secondo cui "la stazione appaltante, in effetti, pur in assenza di riferimenti specifici nella normativa di gara, ben poteva imporre, di suo, un termine perentorio per la produzione della documentazione in parola da parte dell'aggiudicataria provvisoria, anche per evitare che si protraesse indefinitamente la fase preliminare al perfezionamento della procedura e quindi all'operatività dell'affidamento del servizio, purché, sia chiaro, il termine fosse ragionevole e congruo") e ad assicurare il rispetto dell'obbligo, che grava sulle parti, di addivenire alla stipula del contratto, entro il termine previsto all'art. 32, c. 8, d.lgs. n. 50/2016. Il responsabile unico del procedimento, nell'assegnare un termine perentorio per la produzione della documentazione necessaria per la stipula del contratto e, in particolare, per quanto rileva in questa sede, per l'invio della cauzione definitiva, non ha dunque modificato la *lex specialis*, non ha violato l'art. 11 del disciplinare di gara né il principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 83, c. 8, d.lgs. n. 50/2016 e neppure l'art. 103, c. 3 del codice dei contratti.

2. Il provvedimento di revoca è, pertanto, adeguatamente motivato con il richiamo alla violazione di un termine perentorio assegnato dall'amministrazione e all'inerzia della ricorrente. La mancata presentazione della garanzia, entro il termine prestabilito, costituisce, infatti, giusto motivo di revoca della aggiudicazione: ciò in quanto essa costituisce atto vincolato rispetto alla clausola del disciplinare di gara (l'art. 11), che prevede, tra i documenti da presentare a pena di esclusione, la costituzione della cauzione definitiva (cfr. Consiglio Stato, sez. IV, 20 aprile 2010, n. 2199; sez. VI, 25 gennaio 2008; sez. V, 21 aprile 2006, n. 2267) ed a quanto previsto dall'amministrazione con la nota del 24 novembre 2016, atto con cui l'amministrazione si è autovincolata a dare applicazione alla sanzione della perdita dell'aggiudicazione nel caso di mancato rispetto del termine assegnato. Inoltre, ai sensi dell'art. 103, c. 3, d.lgs. n. 50/2016, "la mancata costituzione della garanzia di cui al comma 1 determina la decadenza dell'affidamento e l'acquisizione della cauzione provvisoria presentata in sede di offerta da parte della stazione appaltante, che aggiudica l'appalto o la concessione al concorrente che segue nella graduatoria".

## **Pubblicità provvedimento di ammissione - Riparametrazione**

TAR Molise sez. I 21/8/2017, n. 280

**1. Contratti pubblici - Procedura di aggiudicazione- Provvedimenti di ammissione - Nuova regola del consolidamento dell'ammissione che deriva dalla mancata impugnazione tempestiva della stessa - Trova il proprio bilanciamento nel sistema nella necessaria pubblicità degli atti di gara - Occorre che ai candidati sia garantito il pieno e tempestivo accesso alla documentazione 2. Contratti pubblici - Gare pubbliche- Riparametrazione dei punteggi - Non è obbligatoria- Rimessa alla discrezionalità della Stazione Appaltante la scelta circa la sua inclusione o meno nel procedimento di attribuzione del punteggio**

1. Questo TAR ha, al riguardo, di recente ribadito con sentenza n.150 del 28 aprile 2017 (in senso analogo cfr. Tar Napoli, sez. I, 29 maggio 2017, n. 2843 contra Tar Toscana, sez. I, 18 aprile 2017, n. 582) che "La nuova regola del consolidamento dell'ammissione che deriva dalla mancata impugnazione tempestiva della stessa trova il proprio bilanciamento nel sistema nella necessaria pubblicità degli atti di gara (cfr. in tal senso Cons. Stato, Ad. Comm. Speciale, Parere, 30 marzo 2017, n. 782), occorrendo che ai candidati sia garantito il pieno e tempestivo accesso alla documentazione, non potendo altrimenti decorrere il termine per impugnare un atto (l'ammissione di un altro operatore) privo di diretta lesività e la cui piena conoscenza postula la verifica dei presupposti su cui si fonda. Ciò a differenza di quanto avviene secondo la regola ordinaria in cui la semplice conoscenza del provvedimento giustifica l'immediato decorso del termine di impugnazione, in quanto il destinatario è posto in grado fin da subito di apprezzarne la lesività. Nel caso di specie, tuttavia, non è eccepito, né tampoco provato che sia avvenuta la prescritta pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante, di guisa che diventa tecnicamente ricevibile e ammissibile, sotto il profilo della tempestività, il ricorso che impugni l'atto di ammissione alla gara della ditta aggiudicataria (all'esito della valutazione dei requisiti), unitamente, come nel caso di specie, all'aggiudicazione della medesima, stante la stretta connessione tra i due atti e in applicazione del principio della cumulabilità delle domande, con la conseguenza che il termine di impugnazione decorre dall'aggiudicazione e non dall'ammissione (cfr.: TAR Molise, 30 novembre 2016, n. 499)".

2. La riparametrazione dei punteggi non è obbligatoria, essendo rimessa alla discrezionalità della Stazione Appaltante la scelta circa la sua inclusione o meno nel procedimento di attribuzione del punteggio (cfr. Consiglio di Stato sez. III 25 febbraio 2016 n. 749; Consiglio di Stato sez. V 27 gennaio 2016 n. 266; Consiglio di

Stato, Sez. III, 21 gennaio 2015, n. 205; Consiglio di Stato, sez. V, 27 agosto 2014, n. 4359; T.A.R. Firenze sez. I 16 maggio 2017 n. 689; T.A.R. Milano sez. IV 08 luglio 2016 n. 1384). Ed infatti nelle procedure di evidenza pubblica, nessuna norma di carattere generale impone, per le gare da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, l'obbligo della stazione appaltante di attribuire alla migliore offerta tecnica in gara il punteggio massimo previsto dalla lex specialis, mediante il criterio della c.d. doppia riparametrazione, con la conseguenza che la riparametrazione, quale metodo per ristabilire l'equilibrio fra i diversi elementi quantitativi e qualitativi previsti per la valutazione dell'offerta, è applicabile soltanto se e secondo quanto voluto e disposto dalla stazione appaltante con il bando (T.A.R. Venezia, sez. III, 30 gennaio 2017 n. 106; Consiglio di Stato sez. V 27 gennaio 2016 n. 266).

## **Appalti settori speciali soggetti ai principi TFUE - Subappalto - Modifiche capitolato - RTI**

Corte di Giustizia Europea sez. V 5/4/2017, n. C-298/15

1. Appalti pubblici - Settori speciali - Direttiva 2004/17/CE - Appalto che non raggiunge la soglia prevista da tale direttiva - Articoli 49 e 56 TFUE - Limitazione del ricorso al subappalto - Obbligo di esecuzione integrale appalto - Non conformità al TFUE

2. Appalti pubblici - Settori speciali - Direttiva 2004/17/CE - Appalto che non raggiunge la soglia prevista da tale direttiva - Articoli 49 e 56 TFUE - Requisiti di partecipazione - Modifiche del capitolato d'oneri - Limiti

3. Appalti pubblici - Settori speciali - Direttiva 2004/17/CE - Appalto che non raggiunge la soglia prevista da tale direttiva - Articoli 49 e 56 TFUE - Presentazione di un'offerta congiunta da parte di più offerenti - Capacità professionali degli offerenti - Rapporto tra requisiti di qualificazione e quota di esecuzione

1) Riguardo a un appalto pubblico che non rientra nell'ambito di applicazione della direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali, come modificata dal regolamento (UE) n. 1336/2013 della Commissione, del 13 dicembre 2013, ma che presenta un interesse transfrontaliero certo, gli articoli 49 e 56 TFUE devono essere interpretati nel senso che ostano a una disposizione di una normativa nazionale, come l'articolo 24, paragrafo 5, della Lietuvos Respublikos viešųjų pirkimų įstatymas (legge lituana relativa agli appalti pubblici), che prevede che, in caso di ricorso a subappaltatori per l'esecuzione di un appalto di lavori, l'aggiudicatario è tenuto a realizzare esso stesso l'opera principale, definita come tale dall'ente aggiudicatore.

2) Riguardo a un siffatto appalto pubblico, i principi di parità di trattamento e di non discriminazione, nonché l'obbligo di trasparenza, che derivano in particolare dagli articoli 49 e 56 TFUE devono essere interpretati nel senso che non ostano a che l'ente aggiudicatore modifichi, dopo la pubblicazione del bando di gara, una clausola del capitolato d'oneri relativa alle condizioni e alle modalità di cumulo delle capacità professionali, come la clausola 4.3 di cui trattasi nel procedimento principale, purché, in primo luogo, le modifiche effettuate non siano così sostanziali da attirare potenziali offerenti che, in assenza delle stesse, non sarebbero in grado di presentare un'offerta, in secon-

do luogo, dette modifiche siano oggetto di un'adeguata pubblicità, e, in terzo luogo, esse intervengano prima della presentazione delle offerte da parte degli offerenti, il termine di presentazione di tali offerte sia prorogato qualora le modifiche considerate siano rilevanti, la durata di tale proroga sia commisurata alla rilevanza di dette modifiche e sufficiente al fine di consentire agli operatori economici interessati di adeguare la loro offerta di conseguenza, circostanze che spetta al giudice del rinvio verificare.

3) L'articolo 54, paragrafo 6, della direttiva 2004/17, come modificata dal regolamento n. 1336/2013, deve essere interpretato nel senso che osta a una clausola di un capitolato d'onere, come la clausola 4.3 di cui trattasi nel procedimento principale, che, in caso di presentazione di un'offerta congiunta da parte di più offerenti, richiede che il contributo di ciascuno di essi per soddisfare i requisiti applicabili in materia di capacità professionali corrisponda, proporzionalmente, alla parte dei lavori che eseguirà effettivamente se gli verrà aggiudicato l'appalto considerato.