

21-2017

// **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

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 21-2017

Consiglio di Stato

Costo del lavoro e della sicurezza aziendale Consiglio di Stato sez. V 12/6/2017, n. 2844	5
Requisiti generali Consiglio di Stato sez. V 7/6/2017, n. 2725	5
Offerte anomale - Utile modesto Consiglio di Stato sez. V 29/5/2017, n. 2556	7
Trasporto pubblico Consiglio di Stato sez. V 29/5/2017, n. 2554	8

TAR

Regolarità fiscale TAR Lazio Roma sez. II 12/6/2017, n. 6893.....	9
Obbligo di versamento del contributo all'ANAC TAR Lazio Roma sez. III quater 8/6/2017, n. 6790	10
Soccorso istruttorio sull'offerta TAR Lazio Roma sez. III quater 8/6/2017, n. 6791	11
Soccorso istruttorio TAR Sicilia Palermo sez. II 8/6/2017, n. 1515	12
Giudizio di verifica offerta anomala TAR Sicilia Catania sez. IV 9/6/2017, n. 1367	12
Valore stimato della concessione TAR Lombardia Brescia sez. I 9/6/2017, n. 278.....	13

Segreti tecnici e commerciali	
TAR Valle d'Aosta 5/6/2017, n. 34	14
Comunicazione aggiudicazione - Modalità di custodia dei plichi	
TAR Abruzzo L'Aquila sez. I 5/6/2017, n. 242.....	16
Tassatività delle cause di esclusione	
TAR Friuli Venezia Giulia sez. I 6/6/2017, n. 202.....	16
Linee guida ANAC e Comunicati del Presidente ANAC	
TAR Umbria sez. I 31/5/2017, n. 428.....	17
Preavviso di rigetto e procedure di gara	
TAR Calabria Catanzaro sez. I 31/5/2017, n. 882.....	18
RUP e commissione giudicatrice	
TAR Lazio Latina sez. I 23/5/2017, n. 325	19

Corte di cassazione

Perdita della requisiti e risarcimento del danno	
Corte di Cassazione Civile sez. III 30/5/2017, n. 13510.....	20

5 Consiglio di Stato

Costo del lavoro e della sicurezza aziendale

Consiglio di Stato sez. V 12/6/2017, n. 2844

Contratti pubblici - Criterio del prezzo più basso - Costo del lavoro e costo per la sicurezza aziendale - Utilizzo di una formula matematica - Ammissibilità - Costo del lavoro e costo della sicurezza - Non è un costo standardizzato e uguale per tutte le imprese - Elementi che possono variare in relazione all'organizzazione del lavoro dell'impresa e all'efficienza della stessa

Se il bando, il disciplinare di gara e il capitolato speciale d'appalto tutti insieme costituiscono la *lex specialis* della gara, tuttavia va riconosciuta prevalenza al contenuto del bando, che nel caso specifico ha fatto richiamo al solo art. 82, comma 3-bis, ove si definiscono i criteri per determinare il prezzo più basso, al netto delle spese relative al costo del personale.

L'utilizzo di una formula matematica, sia pure in una gara condotta secondo il criterio del prezzo più basso, non è precluso, laddove tale formula sia effettivamente funzionale a soddisfare l'esigenza, derivante dal possibile diverso costo del lavoro e della sicurezza indicato dai singoli concorrenti in sede di gara, di ricondurre tutte le offerte a una percentuale di ribasso che consenta la redazione di una graduatoria.

Il costo del lavoro non è un costo standardizzato e uguale per tutte le imprese, che possa essere predeterminato dalla stazione appaltante e previamente scorporato sulla base di indicazioni tassative da questa provenienti, e così pure il costo per la sicurezza aziendale, trattandosi di elementi che possono variare in relazione all'organizzazione del lavoro dell'impresa e all'efficienza della stessa." (Consiglio di Stato, Sez. III, sent. n. 589 del 10 febbraio 2016).

Requisiti generali

Consiglio di Stato sez. V 7/6/2017, n. 2725

Contratti pubblici - Procedure di evidenza pubblica - Requisiti generali - Tesi del cd. falso innocuo - Inammissibile - Dichiarazione inaffidabile, perché falsa o incompleta - E' già di per sé stessa lesiva degli interessi tutelati, tra l'altro dalla norma di cui all'articolo 75 DPR 445 del 2000 - Divieto di partecipazione per precedenti condanne non opera solo qualora "il reato è stato dichiarato estinto"

6 Consiglio di Stato

La tesi del cd. falso innocuo non può trovare applicazione nelle procedure di evidenza pubblica, atteso che il falso è innocuo quando non incide neppure minimamente sugli interessi tutelati, mentre nelle procedure di evidenza pubblica la incompletezza delle dichiarazioni lede di per sé il principio di buon andamento dell'amministrazione, inficiando ex ante la possibilità di una non solo celere ma soprattutto affidabile decisione in ordine all'ammissione dell'operatore economico alla gara (cfr., ex multis, Cons. Stato, V, 27 luglio 2016, n. 3402; V, 27 dicembre 2013, n. 6271; V, 2 ottobre 2014, n. 4896; V, 2 ottobre 2014, n. 4932; V, 5 novembre 2014, n. 5470; V, 3 dicembre 2014, n. 5972; V, 7 agosto 2015, n. 3884; V 29 aprile 2016 n. 1641; IV, 29 maggio 2014, n. 2778; IV, 3 ottobre 2014, n. 4950; IV, 22 dicembre 2014, n. 6336; III, 16 marzo 2012, n. 1471). (..) Del resto, una dichiarazione inaffidabile, perché falsa o incompleta, è già di per sé stessa lesiva degli interessi tutelati, tra l'altro dalla norma di cui all'articolo 75 cit., a prescindere dal fatto che l'impresa meriti o no di partecipare alla procedura competitiva; peraltro l'omessa dichiarazione ha il grave effetto di non consentire proprio all'Amministrazione una valutazione ex ante in ordine alla gravità dei reati non dichiarati; si tratta pertanto di un comportamento tutt'altro che innocuo in quanto priva di certezza la decisione compiuta dalla stazione appaltante in ordine all'ammissione delle imprese che hanno omesso di dichiarare condanne(..) Inoltre la falsa o incompleta attestazione dei requisiti di partecipazione ha rilevanza oggettiva, sicché il relativo inadempimento non tollera ulteriori indagini da parte dell'Amministrazione in ordine all'elemento psicologico (se cioè la reticenza sia dovuta a dolo o colpa dell'imprenditore) e alla gravità della violazione (cfr. Cons. Stato, III, 8 settembre 2014, n. 4543). (..) Va ancora evidenziato che in base all'articolo 38 del d.lgs. n. 163 del 2006 il divieto di partecipazione per precedenti condanne non opera solo qualora "il reato è stato dichiarato estinto"; non quindi qualora il reato è semplicemente estinto; sicché per far venir meno tale divieto occorre che l'estinzione sia dichiarata dal competente giudice penale dell'esecuzione prima della scadenza del termine per la presentazione delle domande di partecipazione alla gara (cfr. Cons. Stato, III, 8 settembre 2014, n. 4543).

Offerte anomale - Utile modesto

Consiglio di Stato sez. V 29/5/2017, n. 2556

Contratti pubblici - Offerte anomale - Procedimento verifica anomalia - Natura e finalità - Entità dell'utile - Utile apparentemente modesto - Può comportare vantaggi significativo – Fattispecie

Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, da cui non vi è motivo di discostarsi:

a) nelle gare pubbliche il giudizio sulla anomalia o 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 (Cons. Stato, Sez. V, 17/11/2016, n. 4755; Sez. III, 6/2/2017, n. 514);

b) 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;

c) 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 lavorativa, sia per la qualificazione, la pubblicità, il curriculum derivanti per l'impresa dall'essere aggiudicataria e aver portato a termine un appalto pubblico (Cons. Stato, Sez. V, 13/2/2017, n. 607 e 25/1/2016, n. 242; Sez. III, 22/1/2016, n. 211 e 10/11/2015, n. 5128).

Dall'applicazione di tali principi discende che non è sufficiente a rendere incongrua un'offerta il solo fatto che alcuni dei suoi elementi costitutivi risultino anormalmente bassi, ma è necessario che la riscontrata sottostima dei costi sia tale da erodere completamente l'utile dichiarato.

Grava, pertanto, su colui che voglia denunciare l'anomalia dell'offerta l'onere di allegare, con specifico e dettagliato motivo, quale sia il maggior costo complessivamente da sostenere per l'esecuzione della commessa e quale la sua incidenza sull'utile prospettato (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 12/5/2017, n. 2228).

8 Consiglio di Stato

Trasporto pubblico

Consiglio di Stato sez. V 29/5/2017, n. 2554

Contratti della Pubblica amministrazione - Servizi pubblici - Servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia - Regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2007 - Rimessione alla Corte di giustizia UE

Vanno rimessi alla Corte di giustizia i quesiti interpretativi: a) se l'art. 5, par. 2, del regolamento (CE) n. 1370/2007 (in particolar modo per quanto concerne il divieto – di cui alle lett. “b” e “d” – per un operatore interno, di partecipare a gare extra moenia), debba o meno trovare applicazione anche agli affidamenti aggiudicati in epoca precedente all'entrata in vigore del medesimo regolamento; b) se sia astrattamente riconducibile alla qualifica di 'operatore interno' – ai sensi del medesimo regolamento ed in eventuale analogia di ratio con la giurisprudenza formatasi sull'istituto dell'in house providing – una persona giuridica di diritto pubblico titolare di affidamento diretto del servizio di trasporto locale ad opera dell'Autorità statale, laddove la prima sia direttamente collegata alla seconda sotto il profilo organizzativo e di controllo ed il cui capitale sociale sia detenuto dallo Stato medesimo (integralmente o pro quota, in tal caso unitamente ad altri enti pubblici); c) se, a fronte di un affidamento diretto di servizi ricadenti nell'ambito di disciplina del regolamento (CE) n. 1370/2007, il fatto che, successivamente all'affidamento, l'Autorità statale di cui si è detto istituisca un ente pubblico amministrativo dotato di poteri organizzativi sui servizi in questione (rimanendo peraltro in capo allo Stato l'esclusivo potere di disporre del titolo concessorio) – ente che non esercita alcun “controllo analogo” sull'affidatario diretto dei servizi – sia o meno una circostanza idonea a sottrarre l'affidamento in questione al regime dell'art. 5, par. 2, del regolamento; d) se l'originaria scadenza di un affidamento diretto oltre il termine trentennale del 3 dicembre 2039 (termine decorrente dalla data di entrata in vigore del regolamento (CE) 1370/2007) comporti comunque la non conformità dell'affidamento ai principi di cui al combinato disposto degli artt. 5 ed 8, par. 3 del medesimo regolamento, ovvero se detta irregolarità debba considerarsi automaticamente sanata, ad ogni fine giuridico, per implicita riduzione ex lege (art. 8, par. 3, cpv) a tale termine trentennale.

Regolarità fiscale

TAR Lazio Roma sez. II 12/6/2017, n. 6893

Contratti pubblici - Regolarità contributiva e fiscale, richiesta come requisito indispensabile per la partecipazione alla gara - Deve essere presente al momento della presentazione dell'offerta - Deve permanere per tutto l'arco di svolgimento della gara stessa - Fattispecie-Legittima esclusione dalla gara dell'impresa con DURC negativo e che ha anche reso dichiarazioni inesatte

Ai sensi dell'art. 80, comma 4, d.lgs n. 50/2016: <<Un operatore economico è escluso dalla partecipazione a una procedura d'appalto se ha commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti. Costituiscono gravi violazioni quelle che comportano un omesso pagamento di imposte e tasse superiore all'importo di cui all'articolo 48-bis, commi 1 e 2-bis, del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602. Costituiscono violazioni definitivamente accertate quelle contenute in sentenze o atti amministrativi non più soggetti ad impugnazione. [...] Il presente comma non si applica quando l'operatore economico ha ottemperato ai suoi obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o multe, purché il pagamento o l'impegno siano stati formalizzati prima della scadenza del termine per la presentazione delle domande.>>. Il rappresentante legale della Società, nel compilare il Documento di Gara unico Europeo, ha dichiarato, ai sensi e per gli effetti dell'art. 80, comma 4, d.lgs. n. 50/2016, l'insussistenza di violazioni, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse. La normativa applicabile alla fattispecie è chiara nel richiedere, tra l'altro, la regolarità fiscale e contributiva dei concorrenti al momento della presentazione dell'offerta, residuando la possibilità di sanare eventuali difformità esclusivamente fino alla medesima data. Come è noto, la regolarità contributiva e fiscale, richiesta come requisito indispensabile per la partecipazione alla gara, deve essere presente al momento della presentazione dell'offerta e deve permanere per tutto l'arco di svolgimento della gara stessa, sicché l'Amministrazione, a fronte di DURC negativi, legittimamente esclude dalla gara stessa l'impresa che si trova in questa situazione e che ha anche reso dichiarazioni inesatte (Consiglio di Stato, sez. IV, 15/09/2010, n. 6907).

Obbligo di versamento del contributo all'ANAC

TAR Lazio Roma sez. III quater 8/6/2017, n. 6790

Contratti pubblici - Contributo ANAC - Applicazione previsione dell'art. 1 comma 67, l. n. 266 del 2005 prescrivente l'obbligo di versamento del contributo in favore dell'Autorità per la vigilanza dei contratti pubblici - Estensione agli appalti di servizi e forniture dell'obbligo di contribuzione originariamente previsto solo per gli appalti di opere pubbliche derivante dal disposto degli art. 6, 7 e 8, d.lg. n. 163 del 2006

La giurisprudenza ha ampiamente avuto modo di affermare che:

a) "All'appalto di servizi ... va applicata la previsione dell'art. 1 comma 67, l. n. 266 del 2005 prescrivente l'obbligo di versamento del contributo in favore dell'Autorità per la vigilanza dei contratti pubblici, e ciò in considerazione dell'estensione agli appalti di servizi e forniture dell'obbligo di contribuzione originariamente previsto solo per gli appalti di opere pubbliche derivante dal disposto degli art. 6, 7 e 8, d.lg. n. 163 del 2006 che ha esteso le funzioni di vigilanza dell'Autorità anche alle gare per gli appalti di servizi e forniture" (T.A.R. Salerno, sez. I, 1° ottobre 2010, n. 11285);
b) "In tema di appalti pubblici, l'estensione dei compiti di vigilanza attribuiti all'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici, ha comportato anche l'ampliamento del novero dei soggetti tenuti al pagamento del contributo in suo favore, nel settore dei servizi e delle forniture, perché sottoposti comunque alla vigilanza dell'organo di controllo, concernendo quindi anche i contratti in tutto o in parte esclusi dall'applicazione del Codice dei contratti, in quanto, comunque, soggetti al potere di vigilanza dell'Autorità" (T.A.R. Palermo, sez. III, 15 aprile 2009, n. 692; Cons. Stato, sez. V, 8 settembre 2010, n. 6515). (..) Più in particolare: a) l'art. 6, comma 5, del decreto legislativo n. 163 del 2006 –ratione temporis applicabile – stabiliva che "L'Autorità vigila sui contratti pubblici, anche di interesse regionale, di lavori, servizi e forniture";
b) il successivo art. 8, comma 12, prevedeva a sua volta che "All'attuazione dei nuovi compiti previsti dagli articoli 6, 7, e 8, l'Autorità fa fronte senza nuovi e maggiori oneri a carico del bilancio dello Stato, ai sensi dell'articolo 1, comma 67, della legge 23 dicembre 2005, n. 266". Dunque, poiché quello delle forniture rientrava tra i nuovi compiti dell'Autorità, va da sé che il meccanismo della contribuzione obbligatoria di cui alla citata disposizione della legge n. 266 del 2005 dovesse intendersi de plano esteso anche a tale peculiare settore. (*)

(*) Si segnala, di recente, sull'obbligo di versamento del contributo a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. 50 del 2016 la Delibera ANAC n. 1377 del 21 dicembre 2016

Soccorso istruttorio sull'offerta

TAR Lazio Roma sez. III quater 8/6/2017, n. 6791

Contratti pubblici - Procedura di evidenza pubblica - Offerta - Soccorso istruttorio - E' consentito soltanto laddove si tratti di correggere mere sviste oppure refusi ed errori materiali- Non anche di integrare o completare offerte dal contenuto ambiguo o comunque caratterizzate da incertezza assoluta - Fattispecie

L'offerta formulata dalla associazione (...) denota (..) una portata effettivamente ambigua ed incerta, dal momento che riportava allo stesso tempo la triplice dizione "IVA esente", "IVA esclusa" e "IVA applicata al 4%": di qui la sua forte ambiguità e dunque la sostanziale inutilizzabilità della medesima, in presenza di una portata così evidentemente plurima e polisenso. E ciò tanto più ove soltanto si consideri che con specifico chiarimento (..) la stazione appaltante aveva a suo tempo affermato che l'importo indicato dovesse "intendersi IVA inclusa".

Ebbene per giurisprudenza pressoché costante (cfr. Cons. Stato, sez. V, 15 febbraio 2016, n. 627) il soccorso istruttorio è consentito soltanto laddove si tratti di correggere mere sviste oppure refusi ed errori materiali, non anche di integrare o completare offerte dal contenuto ambiguo o comunque caratterizzate da incertezza assoluta, come del resto nel caso di specie.

Al riguardo è stato altresì affermato che "il soccorso istruttorio è infatti volto solo a chiarire ed a completare dichiarazioni o documenti comunque esistenti (C.S., Sez. III, 24.6.2014 n. 3198), non essendo invece invocabile qualora ... in sede di gara sia emersa l'assoluta incertezza sul contenuto dell'offerta economica (C.S., Sez. V, 20.11.2013 n. 5470). Consentire in tali casi il ricorso al soccorso istruttorio equivarrebbe ad alterare la par condicio e a violare il principio della segretezza delle offerte" (TAR Lombardia Milano, sez. IV, 16 gennaio 2015, n. 181).

Ed ancora che "è possibile attivare il rimedio del c.d. soccorso istruttorio per completare dichiarazioni o documenti già presentati ... solo in relazione ai requisiti soggettivi di partecipazione dell'impresa, mentre quel rimedio non può invece essere utilizzato per supplire a carenze dell'offerta o a radicali omissioni dichiarative, sicché non può essere consentita al concorrente negligente la possibilità di completare l'offerta successivamente al termine finale stabilito dal bando, salva la rettifica di semplici errori materiali o di refusi, pena la violazione del principio di par condicio tra i partecipanti alla gara" (Cons. Stato, sez. III, 17 giugno 2016, n. 2684)

Soccorso istruttorio

TAR Sicilia Palermo sez. II 8/6/2017, n. 1515

Contratti pubblici - Procedura di evidenza pubblica - Previsione chiara della disciplina di gara e inosservanza di questa da parte di un concorrente - Invito alla integrazione - Palese violazione del principio della par condicio

Ad avviso del Collegio il ricorso al soccorso istruttorio non si giustifica nei casi (come in quello di specie) in cui confligge con il principio generale dell'autoresponsabilità dei concorrenti, in forza del quale ciascuno sopporta le conseguenze di eventuali errori commessi nella presentazione della documentazione; in sostanza, in presenza di una previsione chiara e dell'inosservanza di questa da parte di un concorrente (si tratti di gara o di altro tipo di concorso), l'invito alla integrazione costituirebbe una palese violazione del principio della par condicio, che verrebbe vulnerato dalla rimessione in termini, per mezzo della sanatoria (su iniziativa dell'Amministrazione), di una documentazione incompleta o insufficiente ad attestare il possesso del requisito di partecipazione da parte del concorrente che non ha presentato, nei termini e con le modalità previste dalla lex specialis, una dichiarazione o documentazione conforme al bando (v. Cons. Stato, sez. III, 24 novembre 2016, n. 4930).

Giudizio di verifica offerta anomala

TAR Sicilia Catania sez. IV 9/6/2017, n. 1367

Contratti pubblici - Procedura di gara - Giudizio di anomalia - Carattere globale e sintetico - Individuazione di una ragione tra le diverse a supporto del relativo provvedimento che garantisca la legittimità del giudizio della Commissione

Tenuto (...) conto del carattere necessariamente globale e sintetico del giudizio di anomalia secondo la giurisprudenza prevalente (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 17 gennaio 2014, n. 162; Consiglio di Stato, Sez. III, sentenza 14 febbraio 2012, n. 710), il Collegio non arresterà l'analisi al riscontro della validità anche di una soltanto di quelle ragioni – in base al principio generale, altrettanto pacifico in giurisprudenza, secondo cui “”nel caso in cui il provvedimento amministrativo si fonda su più motivazioni, tra di loro autonome ma ciascuna delle quali risulti di per

sé idonea a supportare la parte dispositiva del provvedimento, è sufficiente che una sola resista al vaglio giurisdizionale perché il provvedimento medesimo nel suo complesso resti indenne, risultando conseguentemente privo di utilità l'esame in sede giudiziale delle altre censure" (anche Cons. Stato, Sez. VI, 9 gennaio 2014 n. 25). -, bensì la allargherà, secondo una soluzione mediana che contempererà fra loro le esigenze di economia processuale e del rispetto del diritto vivente in materia caratteristiche della valutazione di anomalia delle offerte presentate nell'ambito di una procedura di evidenza pubblica, in modo da individuare almeno una ulteriore ragione potenzialmente idonea – tenuto conto del peso economico specifico di ciascuna voce di ricavo e/o di spesa nell'ambito della relativa offerta - a garantire la legittimità del giudizio di cui al verbale (...) fra le più menzionate dalla stazione appaltante

Valore stimato della concessione

TAR Lombardia Brescia sez. I 9/6/2017, n. 278

Contratti pubblici - Concessioni - Mancata indicazione del fatturato presunto - Non comporta di per sé l'illegittimità della lex specialis- L'Amministrazione non può essere gravata di tale onere quando non ne ha conoscenza

Una recente pronuncia su un caso analogo (cfr. T.A.R. Lombardia Milano, sez. IV – 24/3/2017 n. 706) ha stabilito che "la mancata indicazione del fatturato presunto – specie se surrogata dall'individuazione di altri dati oggettivi e rilevanti per la ricostruzione dell'utile ritraibile – non comporta di per sé l'illegittimità della lex specialis", tenuto anche conto della peculiarità del caso concreto, nella specie costituito proprio dal fatto che "l'amministrazione, trattandosi di concessione, non è stata in grado di ottenere dati oggettivi al riguardo. La stessa acquisizione delle scritture contabili della precedente affidataria (attestata nel corso del giudizio) non le ha permesso di ricavare i suddetti dati, in presenza di un dato aggregato nazionale, da cui non è ricavabile, per ciò solo, il fatturato conseguito tramite i singoli affidamenti"; (...) l'organo di appello, pronunciandosi sulla sentenza di cui si è appena dato conto, ha rilevato come <<Deve convenirsi con l'appellante nell'affermazione secondo la quale la conoscenza del fatturato ricavabile è elemento importante per la formulazione di una offerta adeguatamente consapevole, e che la stazione appaltante è tenuta, a tale scopo, a rendere pubblico il dato. Peraltro, tale

onere grava sull'Amministrazione se questa è in possesso del dato in questione, mentre, ovviamente, essa non può essere gravata di tale onere quando non ne ha conoscenza. Ragionando in termini diversi la gara non potrebbe essere mai bandita, in quanto per l'indizione sarebbe condizionata a un adempimento impossibile. Occorre sottolineare, inoltre, come l'Amministrazione abbia posto a disposizione delle imprese il dato di cui disponeva, costituito dai canoni pagati dal precedente gestore, e che questo aveva fornito un dato ambiguo, per i fini che ora interessano, costituito dal fatturato globale costruito da diverse attività. E' evidente che tale dato è inutile per la predisposizione della proposta relativa alla gara di cui ora si tratta.>>(Consiglio di Stato, sez. III – 8/6/2017 n. 2781); (...) quest'ultima pronuncia è stata pubblicata nelle more della stesura della presente ordinanza e ad essa si può, tuttavia, fare qui riferimento, in quanto delle sopravvenienze giurisprudenziali successive si può tener conto in sede di redazione della motivazione (cfr. sentenza sez. II – 16/7/2012 n. 1349).

Segreti tecnici e commerciali

TAR Valle d'Aosta 5/6/2017, n. 34

1. Accesso ai documenti - Contratti della PA - Esclusione relativa - Art. 53, comma 5, lett. a, d.lg. n. 50 del 2016 - Informazioni che costituiscano segreti tecnici o commerciali - Condizione 2. Accesso ai documenti - Contratti della PA - Esclusione relativa - Art. 53, comma 5, lett. a, d.lg. n. 50 del 2016 - Limiti - Prevalenza della difesa in giudizio - Decorso del termine per impugnare l'aggiudicazione - Irrilevanza ex se.

1. L'art. 53, comma 5, lett. a), d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 – che disciplina i casi di esclusione “relativa” all'accesso ai documenti di gara – non fa riferimento all'offerta nel suo complesso, che in linea di principio è accessibile, ma soltanto alla parte di essa che contiene informazioni che costituiscano segreti tecnici o commerciali, parti che devono essere indicate, motivate e comprovate da una espressa dichiarazione dell'offerente, contenuta nell'offerta stessa (1).

2. Il divieto di accesso ai documenti di gara, previsto dalla lett. a) del comma 5 dell'art. 53, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, non è assoluto, essendo infatti consentito, dal successivo comma 6, l'accesso al concorrente che lo chieda in vista della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto nell'ambito della quale viene formulata la richiesta di accesso, senza che

tale possibilità venga meno a seguito del decorso del termine utile per intraprendere azioni giurisdizionali volte alla contestazione dell'esito della procedura di gara avanti il Tar competente (2).

(1) Ha chiarito il Tar che tale dichiarazione costituisce un onere per l'offerente che voglia mantenere riservate e sottratte all'accesso tali parti dell'offerta. Peraltro tale manifestazione di volontà è comunque suscettiva di autonomo e discrezionale apprezzamento da parte della stazione appaltante sotto il profilo della validità e pertinenza delle ragioni prospettate a sostegno dell'opposto diniego.

(2) Ad avviso del Tar la tutela impugnatoria ai fini caducatori (soggetta allo stringente termine decadenziale dimezzato) non esaurisce lo spettro di forme di difese in giudizio del concorrente non aggiudicatario, ben potendo, anche nella stessa sede giurisdizional-amministrativa, azionare l'autonoma e concorrente tutela risarcitoria nel più ampio spatium temporis ivi previsto. Ha aggiunto il tribunale che costituendo la previsione normativa de qua un'eccezione all'eccezione di esclusione (relativa) e di conseguente ripristinando il principio generale espresso dal primo comma dell'art. 53, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (in linea con un univoco trend normativo volto ad ampliare in termini quali-quantitativi il valore della trasparenza amministrativa sia con riguardo alla generale azione della Pubblica amministrazione, sia nello specifico settore dei contratti pubblici), della stessa deve esser data un'opzione ermeneutica non restrittivo-limitativa, ma al contrario ampliativo-estensiva, nel senso appunto di ricondurre al concetto di "difesa in giudizio" degli interessi del concorrente, in relazione alla procedura di affidamento del contratto nell'ambito del quale viene formulata la richiesta di accesso, come comprensiva di ogni forma di tutela delle proprie posizioni giuridiche. In altri termini, se l'accesso è diritto dell'interessato ammesso in via generale dalla norma della l. 7 agosto 1990, n. 241, le compressioni di cui ai commi 2 e 5 dell'art. 53 del Codice rappresentano norme speciali e, comunque, eccezionali, da interpretarsi in modo restrittivo (attendendosi a quanto tassativamente ed espressamente contenuto in esse); mentre le deroghe a tali eccezioni, contenute nel comma 6 di tale ultima disposizione, consentendo una riespansione e riaffermazione del diritto generalmente riconosciuto nel nostro ordinamento di accedere agli atti, possono ben essere considerate "eccezioni all'eccezione" e, dunque, nuovamente regola.

Comunicazione aggiudicazione - Modalità di custodia dei plichi

TAR Abruzzo L'Aquila sez. I 5/6/2017, n. 242

1. Contratti pubblici - Procedura di gara - Comunicazione aggiudicazione di cui all'art. 76, comma 5, del d.lgs. 50 del 2016 - Si tratta di disposizione applicabile in materia di affidamento di lavori pubblici, servizi e forniture e non nell'ambito di una concessione di beni pubblici

2. Contratti pubblici - Procedura di gara - Mancanza di una dettagliata indicazione nei verbali di gara delle specifiche modalità di custodia dei plichi e degli strumenti utilizzati per garantire la segretezza delle offerte - Non costituisce una autonoma causa di illegittimità delle operazioni di gara

1. E' (..) infondata la censura, dedotta (..) , con la quale si lamenta la violazione dell'art. 76, comma 5, del d.lgs. 50 del 2016 per mancata comunicazione dell'aggiudicazione, trattandosi di disposizione applicabile in materia di affidamento di lavori pubblici, servizi e forniture e non nell'ambito di una concessione di beni pubblici, configurabile nel caso di specie.

2. La mancanza di una dettagliata indicazione nei verbali di gara delle specifiche modalità di custodia dei plichi e degli strumenti utilizzati per garantire la segretezza delle offerte non costituisce una autonoma causa di illegittimità delle operazioni di gara, dovendo invece aversi riguardo al fatto che, in concreto, non si sia verificata l'alterazione della documentazione (ex multis: Consiglio di Stato sez. V 09 marzo 2015 n. 1166; T.A.R. Catania, Sicilia, sez. I 02 maggio 2016 n. 1189).

Tassatività delle cause di esclusione

TAR Friuli Venezia Giulia sez. I 6/6/2017, n. 202

Contratti pubblici - Procedura di gara - Tassatività delle cause di esclusione - Devono essere ritenute di stretta interpretazione, senza possibilità di estensione analogica - Caso di equivocità delle disposizioni che regolano lo svolgimento della gara - Deve essere preferita quell'interpretazione che, in aderenza ai criteri di proporzionalità e ragionevolezza, eviti eccessivi formalismi e illegittime restrizioni alla partecipazione

Il comma 8 dell'articolo 83 del D.Lgs. n. 50/2016, in continuità con il previgente comma 1 bis dell'articolo 46 del D.Lgs. n. 163/2016, pone il principio di tassatività

delle cause di esclusione della gara, comminando la nullità delle previsioni della lex specialis di gara che stabiliscano cause di esclusione ulteriori e diverse rispetto a quelle normativamente fissate. La disposizione precitata in realtà codifica l'orientamento sostanzialista già invalso nella più recente giurisprudenza amministrativa, per cui le cause di esclusione dalla gara, in quanto limitative della libertà di concorrenza, devono essere ritenute di stretta interpretazione, senza possibilità di estensione analogica (cfr., C.d.S., Sez. V[^], sentenza n. 2064/2013), con la conseguenza che, in caso di equivocità delle disposizioni che regolano lo svolgimento della gara, deve essere preferita quell'interpretazione che, in aderenza ai criteri di proporzionalità e ragionevolezza, eviti eccessivi formalismi e illegittime restrizioni alla partecipazione (cfr., T.A.R. Lombardia – Milano, Sez. IV[^], sentenza n. 208/2017).

Linee guida ANAC e Comunicati del Presidente ANAC

TAR Umbria sez. I 31/5/2017, n. 428

Contratti pubblici - Nuovo codice dei contratti pubblici dlgs. 50/2016 - Provvedimenti attuativi - Linee guida Anac - Natura giuridica - Comunicati del presidente Anac - Natura - Meri pareri privi di qualsivoglia efficacia vincolante

Come noto, il Codice degli appalti pubblici approvato con D.lgs. 50 del 2016 ha previsto per la relativa attuazione, in completa rottura rispetto al sistema precedente, non più un'unica fonte regolamentare avente forma e sostanza di regolamento governativo bensì una pluralità di atti, di natura eterogenea, tra cui per quello che qui interessa, le linee guida approvate dall'ANAC.

Tali linee guida, costituendo una novità assoluta nella contrattualistica pubblica, si distinguono in vincolanti (vedi ad es. art. 31 comma 5, D.lgs. 50/2016) e non vincolanti, quest'ultime invero molto più frequenti e assimilabili - secondo una tesi - alla categoria di stampo internazionalistico della c.d. "soft law" (Consiglio di Stato parere n. 1767 del 2 agosto 2016) oppure - seconda altra opzione - alle circolari intersoggettive interpretative con rilevanza esterna, operando il Codice appalti un rinvio formale alle linee guida (es. art. 36 comma 7, D.lgs. 50/2016).

Senza dover affrontare tale tematica, per quel che qui rileva va invece senz'altro affermata la natura di meri pareri dei comunicati del Presidente dell'ANAC, privi di qualsivoglia efficacia vincolante per le stazioni appaltanti, trattandosi di meri opinioni inerenti l'interpretazione della normativa in tema di appalti pubblici.

Infatti, per quanto a norma dell'art. 213 del D.lgs. 50 del 2016 il novero dei poteri e compiti di vigilanza affidati all'ANAC sia invero penetrante ed esteso, a presidio della più ampia legalità nell'attività contrattuale delle stazioni appaltanti e della prevenzione della corruzione, non può ammettersi nel vigente quadro costituzionale, in tal delicato settore, un generale vincolante potere interpretativo con effetto erga omnes affidato ad organo monocratico di Autorità Amministrativa Indipendente, i cui comunicati ermeneutici - per quanto autorevoli - possono senz'altro essere disattesi.

Diversamente dalle linee guida, per la cui formazione è previsto un percorso procedimentalizzato e partecipato (vedi art. 213 comma 2 D.lgs. 50 del 2016) - nel solco d'altronde degli stessi principi affermati dalla giurisprudenza in tema di esercizio di poteri di tipo normativo o regolatorio da parte di Autorità Indipendenti (Consiglio di Stato sez. atti normativi, 6 febbraio 2006; T.A.R. Lombardia Milano, 4 febbraio 2006, n. 246) - i comunicati del Presidente dell'ANAC sono dunque pareri atipici e privi di efficacia vincolante per la stazione appaltante e gli operatori economici.

Preavviso di rigetto e procedure di gara

TAR Calabria Catanzaro sez. I 31/5/2017, n. 882

Contratti pubblici - Procedura di evidenza pubblica - Applicazione art.10-bis l. 7 agosto 1990, n. 241 - Comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza - Va esclusa

L'art. 10-bis l. 7 agosto 1990, n. 241, non si applica, per sua espressa previsione, alle procedure concorsuali, come vengono solitamente ritenute quelle di gara di cui è questione (cfr., nella giurisprudenza di questo Tribunale, la sentenza della Sez. II, 7 febbraio 2006, n. 127; cfr. anche T.A.R. Sicilia - Palermo, Sez. III, 21 gennaio 2013, n. 141)

RUP e commissione giudicatrice

TAR Lazio Latina sez. I 23/5/2017, n. 325

Contratti pubblici - Commissione giudicatrice - Disciplina ex art. 77, c.4, dlgs. 50/2016 - Incompatibilità del Rup a componente della commissione - Si applica anche nelle more dell'attivazione dell'albo nazionale dei commissari

La mancata esclusione del presidente dalla regola prevista dall'articolo 77 implica chiaramente che il r.u.p. non possa essere componente della commissione nemmeno quale presidente e quindi il superamento della giurisprudenza formatasi sotto il vigore del soppresso codice degli appalti; non è d'altro lato condivisibile il rilievo secondo cui la nuova regola del comma 4 sarebbe destinata ad operare solo dopo l'istituzione dell'albo dei commissari previsto dall'articolo 77, comma 2, dato che essa è formulata in termini generali ed è pertanto immediatamente efficace anche nel regime transitorio delineato dal comma 12 dell'articolo 77 (con il quale è compatibile).

Perdita della requisiti e risarcimento del danno

Corte di Cassazione Civile sez. III 30/5/2017, n. 13510

Gara d'appalto - Perdita dei requisiti di partecipazione - Diritto al risarcimento del danno - Termini di prescrizione

In materia di appalti di opere pubbliche, il dies a quo del termine quinquennale di prescrizione del diritto al risarcimento del danno da estromissione dal mercato dei pubblici appalti, che una società faccia valere contro il Ministero dell'Interno (in quanto competente tramite le Prefetture al rilascio delle informative di cui all'art. 10, comma 7, lettera c), del d.P.R. n. 252 del 1998), nonché contro la Presidenza del Consiglio (quale articolazione coordinatrice dell'attività esecutiva del Governo), assumendo che detta estromissione è stata causata dal rifiuto dell'aggiornamento delle banche dati, funzionali al rilascio di dette informative, qualora risulti che la società abbia disposto la propria messa in liquidazione volontaria, ancorché, in tesi, proprio in ragione della pretesa efficacia causale del detto rifiuto, si identifica, pur perdurando il relativo comportamento omissivo, nel momento di tale messa in liquidazione volontaria.

Ciò, non solo per i danni fino a quel momento verificatisi, ma anche per i danni futuri derivanti dalla perdita della possibilità di partecipazione a quel mercato, restando del tutto irrilevante che nel detto momento fossero, in ipotesi, ancora esistenti in capo alla società i requisiti normativi e fattuali per essere ammessa a partecipare al sistema dei pubblici appalti e, d'altro canto, potendosi configurare successivamente un danno ascrivibile alle Amministrazioni da impossibilità della società di riprendere quella partecipazione solo previa deliberazione di revoca della messa in liquidazione volontaria, richiesta alle Amministrazioni di procedere all'aggiornamento, e rifiuto di esse di procedervi.».