

RECENTI ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

IN TEMA DI ATTIVITA' NEGOZIALE DELLA PA

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 10 gennaio 2022 n. 171

Sulla struttura bifasica dell'attività negoziale della PA

Nella tradizionale prospettiva bifasica che caratterizza la formazione dei contratti ad evidenza pubblica, le 'procedure di affidamento' strutturano (nella fase propriamente pubblicistica) peculiari procedimenti amministrativi, che esitano nella determinazione conclusiva, con cui viene disposta l'aggiudicazione a favore dell'offerta selezionata, cui segue – con la 'stipula del contratto' e la formale assunzione degli impegni negoziali – la fase esecutiva, che prefigura situazioni essenzialmente paritetiche, rimesse alla cognizione del giudice ordinario. La distinzione emerge, con particolare evidenza, dall'art. 30, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016 dove si contrappongono: a) le 'procedure di affidamento' che, in quanto ricomprese, come specie nel genere, nelle 'attività amministrative' sono assoggettate alle disposizioni di ordine generale e paradigmatico, di cui alla **l. n. 241/1990**; b) la 'fase di esecuzione' che, in quanto attivata dalla 'stipula del contratto', evoca le regole del **codice civile**.

Sul conseguenziale riparto di giurisdizione

Secondo il pacifico orientamento delle SS.UU. della Corte di Cassazione, rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo ogni controversia relativa all'impugnazione dell'aggiudicazione della gara e degli atti del relativo procedimento antecedenti alla stipula del contratto di appalto, mentre, nella giurisdizione del giudice ordinario, i giudizi relativi alla successiva 'fase contrattuale', concernente l'esecuzione del rapporto (*ex multis* Cass. SS.UU. 3/5/2017, n. 10705; Cass. 21/5/2019 n. 13660).

In coerenza con la sentenza della Corte di Cassazione SS.UU. n. 23468 del 18/11/2016, successivamente alla stipula del contratto conseguente a un procedimento di evidenza pubblica, tutte le controversie insorte durante la fase di esecuzione del contratto rientrano, di regola, nella giurisdizione del giudice ordinario, tenuto conto della condizione di **parità tra le parti** e, dunque, della natura di diritto soggettivo che qualifica la posizione del contraente privato, a meno che l'amministrazione committente eserciti poteri autoritativi espressione di discrezionalità valutativa, a fronte dei quali la posizione soggettiva del privato si atteggia a interesse legittimo.

TAR ABRUZZO – L'AQUILA, SEZ. I – sentenza 17 gennaio 2022 n. 23

Sulla distinzione tra proposta di aggiudicazione, approvazione della proposta e aggiudicazione

Il D.lgs. n. 50/2016 opera una chiara distinzione tra la "proposta di aggiudicazione", "l'approvazione della proposta di aggiudicazione" e "l'aggiudicazione". La "**proposta di aggiudicazione**", che è formulata dalla commissione giudicatrice composta da esperti nello specifico settore relativo all'oggetto del contratto d'appalto, è soggetta ad "**approvazione**"

dell'organo competente secondo l'ordinamento della stazione appaltante e nel rispetto dei termini dallo stesso previsti (in mancanza di fissazione di detto termine lo stesso è individuato *ope legis* in trenta giorni) (art. 33, comma 1). L'“**aggiudicazione**”, invece, costituisce il **provvedimento conclusivo** della **procedura di gara** in forza del quale viene attribuito il bene della vita.

Non è impugnabile “l'approvazione della proposta di aggiudicazione” che si sostanzia in quell'attività di “verifica della proposta di aggiudicazione” prevista dall'art. 32, comma 5, del D.Lgs n. 50/2016, ovvero nell'attività di controllo sulla proposta di aggiudicazione rientrante nel più generale controllo degli atti della procedura attuato dalla stazione appaltante (che autonomamente individua l'organo competente, ovvero, in mancanza, il R.u.p.), disciplinata dall'art. 33, comma 1, del D.Lgs. n. 50/2016 (2).

Solo all'esito dell'attività di verifica sulla “proposta di aggiudicazione”, **la stazione appaltante provvede all'aggiudicazione** che costituisce un'autonoma e distinta manifestazione di volontà della stazione appaltante. Il **provvedimento di “aggiudicazione”, che deve essere necessariamente espresso**, segue, quindi, “l'approvazione della proposta di aggiudicazione”, che può intendersi perfezionata anche qualora la stazione appaltante non si sia pronunciata nei termini di legge, come prevede testualmente l'art. 33, comma 1, ultima parte del D.Lgs. n. 50/2016.

TAR CAMPANIA – NAPOLI. SEZ. VIII – sentenza 22 febbraio 2022 n. 1201

Sulla necessità di una determina di aggiudicazione per la definizione di una gara

1. L'art. 33, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016 si riferisce solo all'approvazione dell'aggiudicazione provvisoria e non anche alla formazione (tacita) dell'aggiudicazione definitiva che, invece, trova la sua disciplina nell'art. 32, comma 5; norma che dimostra la necessità che l'aggiudicazione, per i complessi interessi sottesi e le esigenze che intende soddisfare, non può che rivestire le forme del provvedimento espresso; pertanto, in caso di inutile decorso del termine, previsto dall'art. 33, comma 1, Codice dei contratti pubblici, **il silenzio assenso, formatosi sulla proposta di aggiudicazione, non integra il perfezionamento dell'aggiudicazione (definitiva), la quale richiede sempre una manifestazione di volontà espressa della stazione appaltante**; il decorso del termine determina solo l'approvazione della proposta di aggiudicazione.

2. L'attuale formulazione dell'art. 2, comma 1, L. n. 241 del 1990, pure in caso di manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità della domanda, impone l'adozione di un provvedimento espresso, consentendosi in tali ipotesi soltanto una sua redazione in forma semplificata, ma non giustificandosi una condotta meramente inerte.

TAR CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. V, sentenza 5 gennaio 2022 n. 78

Sull'esecuzione anticipata in via di urgenza anche in fase di stand still

Nel caso di proposizione di ricorso giurisdizionale avverso l'aggiudicazione di un appalto di servizi, con contestuale domanda cautelare, non può configurarsi la violazione della disciplina

imperativa, di diretta derivazione comunitaria, di cui al D.lgs. 50/2016, preclusiva alla stipula del contratto sino alla conclusione della fase cautelare di primo grado, né, tantomeno, segnatamente, la violazione della clausola di “stand still”, in relazione alla fattispecie della esecuzione e consegna anticipata in via di urgenza del servizio; infatti, in tema di gara per l’affidamento di un appalto pubblico di servizi, **la violazione dell’art. 32, comma 8, del decreto legislativo n. 50 del 2016, presuppone che sia intervenuta la stipulazione del contratto, senza la quale non sussiste alcuna violazione della clausola di stand still, non essendo l’esecuzione in via d’urgenza parificabile alla stipulazione del contratto.**

Sulla violazione dello stand still (e sull’assenza di riflessi invalidanti sull’aggiudica)

La **mera violazione della clausola di stand still**, senza che concorrano vizi propri dell’aggiudicazione, **non comporta l’annullamento dell’aggiudicazione o l’inefficacia del contratto**, in quanto trattasi di una fase successiva a quella di selezione del migliore contraente, che, per ciò stesso, non potrebbe ripercuotersi negativamente sul provvedimento di aggiudicazione definitiva (*ex multis*, Consiglio di Stato, sez. III, 17 giugno 2019, n. 4087; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 11 marzo 2021, n. 3047).

TAR LAZIO – ROMA, SEZ. III – sentenza 5 gennaio 2022 n. 67

Sui presupposti per il risarcimento del danno da mancata aggiudicazione

Può essere accolta la domanda di risarcimento del danno derivante dalla mancata aggiudicazione di una gara di appalto, nel caso in cui l’esclusione disposta dalla P.A. appaltante nei confronti della ditta interessata, sia stata definitivamente annullata in s.g. in quanto illegittima, a nulla rilevando che il concorrente non abbia fornito specifici elementi probatori in ordine alla sussistenza della colpa dell’Amministrazione; infatti, in materia di aggiudicazione delle pubbliche gare, **si prescinde dalla colpa dell’amministrazione, dovendosi configurare una responsabilità di tipo oggettivo**, in quanto “*il rimedio risarcitorio contemplato dalla direttiva 89/665/CEE può effettivamente rivelarsi un efficace mezzo di ristoro soltanto a condizione che la possibilità di riconoscere un risarcimento in caso di violazione delle norme sugli appalti pubblici non sia subordinata alla constatazione dell’esistenza di un comportamento colpevole tenuto dall’Amministrazione aggiudicatrice*”.

TAR CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. VIII – sentenza 10 febbraio 2022 n. 891

Sulla natura, sui presupposti e sui limiti della proroga tecnica

La differenza tra **rinnovo** e **proroga** sta nel fatto che il primo comporta una nuova negoziazione con il medesimo soggetto, che può concludersi con l’integrale conferma delle precedenti condizioni o con la modifica di alcune di esse in quanto non più attuali; la seconda ha invece come solo effetto il differimento del termine finale del rapporto, il quale rimane per il resto regolato dall’atto originario.

Le **proroghe sono consentite se già previste ab origine e comunque entro termini determinati**, mentre, **una volta che il contratto scada** e si proceda ad una proroga non prevista

originariamente, o oltre i limiti temporali consentiti, **la proroga deve essere equiparata ad un affidamento senza gara.**

La proroga, nella sua accezione tecnica, ha **carattere di temporaneità** e di strumento atto esclusivamente ad assicurare il passaggio da un regime contrattuale ad un altro; una volta scaduto un contratto, quindi, l'amministrazione, qualora abbia ancora necessità di avvalersi dello stesso tipo di prestazione, deve effettuare una nuova gara; quindi "è teorizzabile ancorandola al principio di continuità dell'azione amministrativa nei **solli limitati ed eccezionali casi** in cui (**per ragioni obiettivamente non dipendenti dall'Amministrazione**) **vi sia l'effettiva necessità di assicurare precariamente il servizio nelle more del reperimento di un nuovo contraente**" (Tar Campania, Napoli, sez. V, sent. 6435/2021).

Alla luce della giurisprudenza in materia, una legittima proroga può intervenire **antecedentemente** alla scadenza del contratto, **per una sola volta**, e **limitatamente al periodo necessario per l'indizione e la conclusione della necessaria procedura ad evidenza pubblica ... da programarsi con congruo anticipo** in previsione della già stabilita cessazione del periodo di efficacia del contratto non costituente circostanza imprevedibile ed eccezionale. (si veda delibera ANAC n. 576 del 28 luglio 2021).

TAR SICILIA – PALERMO, SEZ. II – sentenza 4 febbraio 2022 n. 416

Sulla prevalenza del bando rispetto alla modulistica

Il **modulo** con la dichiarazione sostitutiva pre-compilata – costituendo uno strumento predisposto unilateralmente dall'Amministrazione, a scopo meramente esemplificativo, per facilitare la partecipazione alla gara – **non assume la valenza di atto procedimentale, neppure di mero chiarimento del disciplinare di gara**; sicché è ragionevole che coloro che sono chiamati a sottoscriverlo lo interpretino in armonia con quanto previsto della *lex specialis*, anche in considerazione del fatto che l'eventuale modifica e integrazione dei requisiti di partecipazione, nel corso dell'effettuazione della gara, sarebbe platealmente illegittima.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 21 febbraio 2022 n. 1234

Sui presupposti per configurare i servizi intellettuali

1. Per servizi di natura intellettuale si intendono pertanto quelli che richiedono lo svolgimento di prestazioni professionali, svolte in via eminentemente personale, costituenti ideazione di soluzioni o elaborazione di pareri, prevalenti nel contesto della prestazione erogata rispetto alle attività materiali e all'organizzazione di mezzi e risorse; mentre va esclusa la natura intellettuale del servizio avente ad oggetto l'esecuzione di attività ripetitive che non richiedono l'elaborazione di soluzioni personalizzate, diverse, caso per caso, per ciascun utente del servizio, ma l'esecuzione di meri compiti standardizzati.

Sull'esclusione della clausola sociale per gli appalti di natura intellettuale

2. Nel caso in cui dal contenuto delle prestazioni e delle professionalità richieste ad un operatore economico per l'esecuzione di un contratto di appalto, si evinca che la relativa parte

caratterizzante è costituita da servizi di natura intellettuale, trova giustificazione il mancato inserimento nel bando di gara della clausola sociale; infatti, muovendo dal presupposto che l'adempimento della clausola sociale non può comportare la totale compressione della libera iniziativa economica dell'impresa, che si esplica anche nelle forme di organizzazione aziendale e produttiva, **l'esclusione degli appalti di servizi di natura intellettuale, riconosce che la natura prettamente professionale e personale può costituire un ostacolo all'adempimento di un obbligo che imporrebbe l'assorbimento del personale dell'appaltatore uscente**, mentre proprio i profili di elevato contenuto intellettuale e professionale che caratterizzano tali servizi giustificano o esigono che la scelta del personale sia basata sull'intuitus personae o comunque sulla maggiore affidabilità, per l'impresa che subentra, delle professionalità già presenti in azienda o selezionate dall'appaltatore per lo svolgimento dei servizi, e non imposte dall'adempimento di clausole sociali.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 8 febbraio 2022 n. 898

Sulla qualificazione dell'appalto (e sui presupposti per individuare un appalto “misto”).

Qualora in un contratto di appalto sia previsto l'acquisto di un bene e, unitamente a questo, l'esecuzione, a carico del contraente, di **lavori di posa in opera e di installazione con carattere accessorio**, il contratto va qualificato come **“appalto pubblico di fornitura”** e non come **“contratto misto di appalto”**, con ogni conseguenza in punto di disciplina.

A prescindere dal *nomen juris* utilizzato dalla stazione appaltante, è indispensabile **qualificare esattamente il contratto di appalto** in affidamento per stabilire la disciplina applicabile.

L'art. 28 (Contratti misti di appalto), comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016, fornisce la definizione di “contratto misto di appalto” e fissa anche la regola generale di disciplina; è stabilito, infatti, che: “I contratti, nei settori ordinari o nei settori speciali, o le concessioni, che hanno in ciascun rispettivo ambito ad oggetto due o più tipi di prestazioni, sono aggiudicati secondo le disposizioni applicabili al tipo di appalto che caratterizza l'oggetto principale del contratto in questione”; detto, allora, che i diversi tipi di pubblici appalti sono costituiti da contratti aventi ad oggetto “l'acquisizione di servizi o di forniture” e “l'esecuzione di opere o lavori” (secondo la definizione di “contratti” o “contratti pubblici”, di cui all'art. 3, comma 1, lett. ee) d.lgs. n. 50 del 2016), **in astratto un contratto che preveda l'acquisizione della fornitura di un bene e l'esecuzione di opere, dovrebbe essere qualificato come contratto misto di appalto** (con conseguente applicazione della regola generale prima richiamata).

Nel caso di contratto di appalto che abbia ad oggetto la fornitura di un bene e l'esecuzione di opere **occorre, però, tener conto della disposizione di cui all'art. 3** (Definizioni), comma 1, lett. tt) d.lgs. n. 50 del 2016, a mente del quale per “appalti pubblici di forniture” si intendono “i contratti tra una o più stazioni appaltanti e uno o più soggetti economici aventi per oggetto l'acquisto, la locazione finanziaria, la locazione o l'acquisto a riscatto, con o senza opzione per l'acquisto, di prodotti. Un appalto di forniture può **includere a titolo accessorio, lavori di posa in opera e di installazione”**.

Ne segue che qualora in un contratto di appalto sia previsto l'acquisto di un bene e, unitamente a questo, l'esecuzione a carico del contraente di **lavori di posa in opera e di installazione con carattere accessorio**, il contratto va qualificato come “appalto pubblico di fornitura” e non come “contratto misto di appalto”, con ogni conseguenza in punto di disciplina.

TAR PUGLIA – LECCE, SEZ. II – sentenza 26 gennaio 2022 n. 137

Sul concetto di lotto funzionale

1. Ai sensi delle disposizioni richiamate dall'art. 51 D. Lgs. n. 50/2016, si intende per “lotto funzionale”, uno specifico oggetto di appalto da aggiudicare anche con separata ed autonoma procedura, ovvero parti di un lavoro o servizio generale la cui progettazione e realizzazione sia tale da **assicurarne funzionalità, fruibilità e fattibilità, indipendentemente dalla realizzazione delle altre parti**, e per “lotto prestazionale”, uno specifico oggetto di appalto da aggiudicare anche con separata ed autonoma procedura, definito su base qualitativa, in conformità alle **varie categorie e specializzazioni** presenti o in conformità alle diverse fasi successive del progetto.

2. La scelta della stazione appaltante circa la suddivisione in lotti di un appalto pubblico, costituisce una **decisione normalmente ancorata**, nei limiti previsti dall'ordinamento, a **valutazioni di carattere tecnico-economico**.

Sull'obbligo di motivazione per la mancata suddivisione in lotti

3. La **mancanza di motivazione** in ordine alla omissione della suddivisione dell'appalto in lotti si pone **in contrasto** con la chiara disposizione dell'art. 51 del D. Lgs. n. 50/2016, di derivazione eurounitaria.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 23 febbraio 2022 n. 1281

Sulle caratteristiche del bando suddiviso in lotti

Un bando di gara pubblica suddiviso in lotti è un atto ad oggetto plurimo e determina l'indizione non di un'unica gara, ma di **tante gare, per ognuna delle quali vi è un'autonoma procedura che si conclude con un'aggiudicazione**. La **pluralità di gare** non è preclusa dalla previsione di un'unica Commissione giudicatrice, giacché l'indizione di una gara suddivisa in lotti è finalizzata anche a ridurre i costi che la stazione appaltante deve sostenere per l'affidamento di più contratti fra loro analoghi, sicché sarebbe illogico moltiplicare il numero delle commissioni giudicatrici e, con queste, le spese necessarie al loro funzionamento.

TAR BASILICATA, SEZ. I – sentenza 28 gennaio 2022 n. 66

Sull'ammissibilità di una procedura tradizionale e cartacea

L'ordinamento (come ben si evince dalla lettura dell'art. 52 del D.lgs. n. 50/2016) **non reca un obbligo incondizionato di utilizzo dei mezzi di comunicazione elettronica** per gli scambi di informazioni relativi alle procedure di gara (ivi **inclusa la presentazione delle offerte**), **ammettendo**, invece, che le stazioni appaltanti possano motivatamente avvalersi anche dei **tradizionali strumenti comunicativi** (in specie, la difesa erariale ha collegato la scelta del canale postale all'indisponibilità da parte della Prefettura di attrezzature informatiche in grado di assicurare la segretezza delle offerte).

TAR SICILIA – CATANIA, SEZ. III – sentenza 12 gennaio 2022 n. 51

Sull’illegittimità della fissazione di termini diversi per presentare offerte anche in caso di procedure negoziate senza bando

1. E’ illegittima l’aggiudicazione di un appalto di servizi, nel caso in cui: a) la P.A. appaltante abbia fissato, nei confronti dei concorrenti, **termini diversi per la presentazione delle offerte**, b) un concorrente, per **asseriti ma indimostrati problemi di ordine tecnico**, **abbia presentato la propria offerta in ritardo, pur lieve, rispetto all’orario indicato dalla stazione appaltante**, a nulla rilevando che si tratti di una procedura negoziata *ex* D.Lgs. 50/2016, art. 63, disposta perché la gara originaria è andata deserta; infatti, la P.A. appaltante, anche nelle procedure negoziate senza previa pubblicazione del bando, è tenuta, *ex* artt. 30 e 63 D.Lgs. 50/2016, a rispettare i principi di libera concorrenza, non discriminazione, correttezza, trasparenza, proporzionalità, nonché di pubblicità.

2. La fissazione di termini diversi per la presentazione delle offerte determina un “vulnus” ai principi di correttezza e trasparenza in quanto **la previa conoscibilità dell’offerta presentata da un concorrente può costituire elemento di vantaggio in favore del concorrente che benefici di un termine più ampio** per la presentazione della propria.

TAR CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. V – sentenza 7 gennaio 2022 n. 132

Sulla necessità della verifica del costo della manodopera anche in assenza di verifica dell’anomalia

Sussiste in capo alla stazione appaltante **l’obbligo di procedere, prima della aggiudicazione** - sempre e comunque, a prescindere dalla valutazione di anomalia della offerta operata attraverso i meccanismi contemplati all’art. 97 - alla **verifica del rispetto della congruità del costo della manodopera, rispetto ai minimi salariali retributivi**. Si tratta di una autonoma *condicio causam dans* dell’aggiudicazione, indefettibilmente condizionata all’esito positivo di tale attività.

TAR LAZIO – ROMA, SEZ. III *quater* – sentenza 13 gennaio 2022 n. 347

Sui presupposti per la verifica obbligatorie e facoltativa dell’anomalia

Dal tenore letterale dell’art. 97, comma 3, d. lgs. n. 50 del 2016, a norma – per il vero molto chiara – si evince che l’obbligo di verifica della non anomalia dell’offerta scatta **solo se sia i punti relativi all’offerta economica che quelli relativi all’offerta tecnica sono entrambi pari o superiori ai quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara**, mentre negli altri casi sussiste la “facoltà” per la Stazione Appaltante di valutare la congruità di ogni offerta; solo in tal caso, infatti, ricorre un sospetto di incongruità dell’offerta.

TAR LAZIO – ROMA, SEZ. III – sentenza 10 febbraio 2022 n. 1591

Sul giudizio di anomalia

Il giudizio sull'anomalia delle offerte è un giudizio ampiamente discrezionale, espressione paradigmatica di discrezionalità tecnica; il sindacato del G.A. rimane limitato ai casi di **macroscopiche illegittimità**, quali errori di valutazione gravi ed evidenti, oppure valutazioni abnormi o inficiate da errori di fatto.

TAR MOLISE, SEZ. I – sentenza 19 gennaio 2022 n. 11

Sulla necessità di una motivazione rafforzata in caso di mancato accoglimento delle giustificazioni

Mentre la valutazione favorevole circa le giustificazioni dell'offerta sospettata di anomalia non richiede alcun particolare onere motivazionale, è invece richiesta una articolata ed approfondita motivazione laddove la PA ritenga di non condividere le giustificazioni offerte dall'impresa, e disporre perciò l'esclusione.

TAR LAZIO – ROMA, SEZ. II – sentenza 19 gennaio 2022 n. 648

Sull'esclusione per omessa firma dell'offerta

E' legittimo il provvedimento con il quale la P.A. appaltante ha annullato in autotutela l'aggiudicazione, che sia motivato con riferimento alla **carezza della firma digitale nell'offerta tecnica**, nell'offerta economica e nella relazione tecnico-illustrativa, elemento inscindibile della medesima offerta, prescritta con apposita clausola dalla *lex specialis*, a pena di esclusione; infatti: a) negli appalti pubblici, la **sottoscrizione dell'offerta con firma digitale non solo è volta a garantire la provenienza e l'integrità dell'offerta medesima, ma è anche diretta a vincolare il proponente al suo contenuto**, assicurando la serietà, affidabilità e insostituibilità della stessa; la mancanza di detta firma riveste dunque i caratteri di essenzialità, a fronte del principio di certezza dei rapporti, e conduce pertanto all'esclusione dalla gara; b) la clausola non può ritenersi in contrasto con il principio di tassatività delle cause di esclusione.

TAR ABRUZZO – L'AQUILA, SEZ. I – sentenza 7 gennaio 2022 n. 2

Sull'insussistenza dell'obbligo di indicare costi della manodopera e sicurezza per le forniture

E' illegittima la esclusione da una gara di appalto di forniture, c.d. senza posa in opera, avente ad oggetto, in particolare, una prestazione di mera consegna di beni di consumo (nella specie, si trattava di grembiuli, collari, cuffie, occhiali, sovraocchiali, ecc.), che sia motivata con esclusivo riferimento al fatto che il concorrente interessato non ha specificamente indicato, separatamente, i costi della sicurezza e il costo della manodopera *ex art. 95, comma 10, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50*. Ne consegue che la mancanza di tale indicazione non può essere addotta dalla P.A. appaltante quale legittimo motivo di esclusione dell'offerta.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. IV – sentenza 4 gennaio 2022 n. 26

Sulla persistenza dei requisiti di partecipazione

Per consolidata giurisprudenza (cfr., da ultimo, Cons. Stato, sez. IV, 11 novembre 2021, n. 7533), i requisiti di partecipazione devono sì essere posseduti al momento della formulazione della domanda, ma **debbono altresì essere mantenuti per tutto il corso della procedura amministrativa di selezione del contraente** (cfr., in proposito, l’art. 80, comma 6, d.lgs. n. 50 del 2016).

Argomentare diversamente, del resto, condurrebbe a diverse aporie logiche:

- il concorrente, una volta ammesso, potrebbe in seguito perdere i requisiti di partecipazione senza alcuna conseguenza negativa, beneficiando in tal modo, per tutto il seguito del procedimento, di una sorta di “zona franca” sostanziale, *prima facie* collidente con gli scopi e le ragioni dell’evidenza pubblica;
- sotto altro aspetto, l’ammissione di un concorrente ne cristallizzerebbe una volta per tutte la facoltà di partecipare alla gara, rendendo *de jure* irrilevanti tutte le eventuali vicende successive pur occorse durante lo svolgimento del procedimento, in spregio del principio di continuità dell’azione amministrativa e di immanenza del pubblico interesse perseguito dall’Amministrazione mediante la procedura di selezione del contraente;
- i requisiti di partecipazione, posti dalla legge a tutela dell’integrità della selezione pubblica, sarebbero posti in *non cale* proprio durante il corso della medesima, generandosi un palese corto circuito logico-giuridico.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 10 gennaio 2022 n. 164

Sulla sussistenza di un obbligo dichiarativo in capo al concorrente, relativo a vicende sopravvenute in corso di gara e costituenti possibili illeciti professionali

Va disposta la esclusione da una gara di appalto di servizi di una società che, mentre in sede di presentazione della domanda di partecipazione, ha presentato la dichiarazione sostitutiva, *ex* artt. 46 e 47, d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445 per attestare l’inesistenza di motivi di esclusione dalla procedura concorsuale *ex* art. 80 del codice dei contratti, successivamente, non ha fornito alla stazione appaltante alcun aggiornamento riguardo agli sviluppi di alcuni procedimenti pendenti nei propri confronti sia davanti all’AGCM, sia davanti all’Autorità Giudiziaria Penale, tra l’altro, per reati idonei a mettere in dubbio la moralità e/o integrità professionale, a nulla rilevando il difetto di una sentenza passata in giudicato; in tal caso, infatti, si è al cospetto di una chiara **violazione di obblighi informativi**, inerenti alla doverosa segnalazione alla P.A. appaltante di **vicende sopravvenute**, riguardanti il concorrente (nella specie, si trattava dell’aggiudicatario), **idonee a configurare un grave illecito professionale** *ex* art. 80, del codice dei contratti di cui al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

Sull'illegittimità di provvedimenti assunti da soggetti diversi dal RUP

E' illegittima l'aggiudicazione di una gara di appalto, nel caso in cui le funzioni di RUP siano state **concretamente svolte da persona diversa da quella segnatamente prevista nella determinazione a contrarre**, senza che risulti alcuna delega specifica; non può, infatti, ritenersi che il RUP possa essere, di fatto, persona differente da quella indicata nella determinazione a contrattare, in quanto tale atto costituisce la prima fase della procedura di gara (art. 32 c.2 del Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50) ed in quanto solo la nomina radica la competenza all'adozione degli atti endoprocedimentali ai sensi dell'art. 5 della Legge 241/90 ed in particolare della valutazione di congruità dell'offerta.

TAR MARCHE, SEZ. I – sentenza 18 gennaio 2022 n. 46

Sulla possibilità di sostituire il Rup

1. L'art. 31, comma 1, del D.Lgs. n. 50/2016 stabilisce in modo chiaro ed inequivoco che "...il RUP è nominato con atto formale del soggetto responsabile dell'unità organizzativa, che deve essere di livello apicale, tra i dipendenti di ruolo addetti all'unità medesima, dotati del necessario livello di inquadramento giuridico in relazione alla struttura della pubblica amministrazione e di competenze professionali adeguate in relazione ai compiti per cui è nominato; la sostituzione del RUP individuato nella programmazione di cui all'articolo 21, comma 1, non comporta modifiche alla stessa. Laddove sia accertata la carenza nell'organico della suddetta unità organizzativa, il RUP è nominato tra gli altri dipendenti in servizio...". Pertanto, **è necessario che il R.U.P.**, salvo il caso particolare di cui al successivo comma 11, **sia un dipendente della medesima amministrazione che bandisce la gara o**, nel caso in cui la gara sia bandita da una centrale di committenza, **per conto della quale la gara viene svolta**; da ciò consegue che, se per qualsiasi ragione il rapporto di impiego fra il soggetto designato quale R.U.P. e l'amministrazione si interrompe (il che nella presente gara si è verificato due volte), **la stazione appaltante è legittimata a sostituire il responsabile unico del procedimento.**

Sulla competenza dei commissari di gara

2. E' legittimamente composta, sotto il profilo del possesso del requisito dell'esperienza professionale, ex art. 77, comma 1, D.Lgs. n. 50/2016, la commissione giudicatrice di una gara di appalto, indetta da un Comune per l'affidamento del servizio di smaltimento rifiuti, ove il Presidente sia un **ex segretario generale comunale**, un componente sia un ingegnere responsabile del servizio lavori pubblici di un comune e gli altri componenti abbiano, rispettivamente, curato per un ente locale, quale progettista del servizio e R.U.P., fra gli altri, il servizio di raccolta e trasporto rifiuti, frequentato un corso di formazione sulla raccolta differenziata dei rifiuti; infatti, **il requisito delle competenze dei commissari di gara nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto dell'appalto**, ai sensi dell'art. 77 del d.lgs. n. 50 del 2016, va interpretato nel senso che **la competenza tecnica della commissione va accertata nel suo complesso**, ossia verificando che le professionalità di ciascuno dei membri integrino quelle degli altri.

Sulla classificazione del codice ATECO

La classificazione ATECO assolve ad una mera classificazione ai fini statistici, fiscali e contributivi delle attività economiche che l'imprenditore dichiara di svolgere, senza alcun valore costitutivo né ricognitivo del titolo abilitativo allo svolgimento dell'attività, né dell'**attività concretamente espletata**, che può essere ricostruita soltanto facendo riferimento all'oggetto sociale, **alle licenze possedute** ed a **quanto effettivamente svolto dal singolo esercizio commerciale**.

TAR ABRUZZO – L'AQUILA, SEZ. I – sentenza 25 gennaio 2022 n. 33

Sulla necessità di applicare la rotazione in caso di plurimi servizi analoghi affidati all'operatore

E' legittimo il provvedimento con il quale la P.A. appaltante, onde assicurare la concreta osservanza del principio di rotazione nelle gare di appalto, ha annullato una risalente selezione pubblica (nella specie, per l'affidamento del servizio di assistenza scolastica) che sia motivato, tra l'altro, con riferimento al fatto che la ditta risultata vittoriosa, negli ultimi anni, è stata destinataria di numerosi affidamenti diretti per la prestazione di servizi riconducibili ai servizi socio-assistenziale; infatti, ai fini della corretta applicazione del principio di rotazione negli appalti pubblici, è opportuno sottolineare come occorra fare riferimento **alla globalità dei servizi analoghi oggetto di affidamento e non ad una semplice alternanza di carattere temporale**.

TAR ABRUZZO – PESCARA, SEZ. I – sentenza 26 gennaio 2022 n. 44

Sul collegamento sostanziale (in ragione della sussistenza di plurimi elementi indiziari)

E' legittimo, in quanto adeguatamente motivato, il provvedimento con il quale la P.A. appaltante ha escluso una ditta da una gara per l'affidamento temporaneo delle spiagge libere del territorio comunale e della gestione delle attività connesse alla balneazione, che sia motivato con riferimento al fatto che è emersa la sussistenza di elementi indiziari plurimi e concordanti che depongono per la riferibilità, delle offerte presentate da due diversi concorrenti, ad un unico centro decisionale; in tal caso, infatti, deve ritenersi sussistente la violazione, da parte dei suddetti concorrenti, dell'art. 80 comma 5, lett. m), d. lgs. n. 267 del 2000, per collegamento sostanziale tra imprese.

Correttamente la stazione appaltante, nella specie, ha rilevato la esistenza di un unico centro decisionale, in quanto: le offerte hanno la medesima **impaginazione e impostazione grafica**; le **relazioni tecnico descrittive hanno contenuti per gran parte identici** e si **utilizzano spesso espressioni sovrapponibili**; sono stati **allegati convenzioni e protocolli d'intesa con gli stessi soggetti**; hanno in allegato **una medesima brochure**; le tavole allegare alle offerte hanno la **stessa grafica e formato**; la **cauzione** prevista dall'avviso di gara **è stata rilasciata dalla medesima compagnia assicurativa** e a distanza **di soli 10 minuti** l'una dall'altra.

TAR LOMBARDIA – MILANO, SEZ. I – sentenza 28 gennaio 2022 n. 208

Sulla necessità di interpretare la prescrizione della lex specialis, relativa al possesso del requisito del fatturato specifico da parte dei raggruppamenti temporanei di imprese, alla stregua del principio del favor participationis e della frazionabilità dei requisiti di partecipazione alle gare.

Ritenere che il requisito del fatturato minimo annuo debba essere richiesto per intero a ciascun componente del raggruppamento, oltre a collidere con il principio della frazionabilità dei requisiti, condurrebbe ad una formulazione di requisiti asimmetrici tra concorrenti singoli e raggruppati e penalizzanti per questi ultimi, in assenza di “ragioni oggettive” che possano giustificare la differente modulazione.

TAR LIGURIA, SEZ. I – sentenza 28 gennaio 2022 n. 64

Sulla doverosità dell'esclusione in caso di prodotto offerto con caratteristiche diverse da quelle richieste dal bando anche in caso di assenza di una espressa previsione di esclusione

E' illegittimo il provvedimento con il quale la P.A. appaltante ha aggiudicato una gara indetta per l'affidamento di un appalto di forniture, ad una ditta che ha offerto un prodotto risultato privo di un requisito di carattere tecnico, ove si tratti di un c.d. requisito essenziale minimo, in quanto espressamente elencato fra le specifiche tecniche essenziali nella *lex specialis*, a nulla rilevando il fatto che il bando non contempli una espressa sanzione espulsiva al riguardo; infatti, la mancata rispondenza dell'offerta tecnica ad una caratteristica di minima prescritta dal capitolato, rivela l'inadeguatezza del progetto proposto dall'impresa concorrente rispetto alle esigenze manifestate dall'Amministrazione negli atti di gara. Da ciò consegue la **doverosa estromissione** dell'offerente dalla selezione, **a prescindere da un'espressa clausola di esclusione**, in quanto in tale ipotesi difetta un elemento indispensabile per definire il contenuto delle prestazioni su cui deve perfezionarsi l'accordo contrattuale.

TAR CAMPANIA – SALERNO, SEZ. I – sentenza 31 gennaio 2022 n. 256

Sulla necessità di un congruo termine per il soccorso istruttorio

L'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016 consente alla Stazione appaltante, ai fini del soccorso istruttorio, di assegnare alle parti un termine non superiore a dieci giorni; deve, pertanto, ritenersi illegittimo il provvedimento con il quale la P.A. ha assegnato ad un concorrente un termine per il soccorso istruttorio che, pur essendo contenuto entro i predetti limiti temporali, comprenda, in sostanza, **solamente tre giorni lavorativi**; detto termine, infatti, risulta irragionevolmente esiguo in relazione alla documentazione da produrre.

Le esigenze di rapida conclusione della procedura di gara, rappresentate dall'Amministrazione, non possono comunque pregiudicare la posizione dei concorrenti, privandoli del tempo necessario alla elaborazione e alla produzione dei documenti richiesti. Tali esigenze ben possono essere soddisfatte mediante il contenimento dei “tempi morti” della procedura mentre,

nel caso di specie, la cronologia di gara riferita dall'Amministrazione evidenzia un intervallo di **ben dieci giorni tra la presentazione delle offerte e la prima seduta di gara** e di **sette giorni tra la conclusione dell'esame della documentazione tecnica e l'apertura delle offerte economiche**.

TAR LAZIO – ROMA, SEZ. I – sentenza 19 gennaio 2022 n. 589

Sulla regolarizzazione della cauzione provvisoria (sottoscritta prima del termine di partecipazione)

E' legittima una mera regolarizzazione formale della polizza fideiussoria, già efficace per essere stata sottoscritta dal garante **prima del termine di scadenza di presentazione delle offerte**; infatti: a) nel vigente regime, **la cauzione provvisoria non assume la configurazione di un requisito di ammissione alla gara**, che deve essere già posseduto entro il termine di presentazione delle offerte, **ma costituisce una garanzia di serietà dell'offerta e di liquidazione preventiva e forfettaria del danno**, in caso di mancata sottoscrizione del contratto di appalto imputabile al concorrente a titolo di dolo o colpa e/o di esclusione dalla gara per l'assenza dei requisiti di ammissione alla gara; b) il negozio fideiussorio, nella specie, era **già pienamente perfezionato ed efficace, prima del termine di scadenza di presentazione delle offerte**, non essendo necessaria anche la firma del soggetto garantito.

TAR LAZIO – ROMA, SEZ. I ter – sentenza 21 febbraio 2022 n. 2016

Sull'insindacabilità della valutazione delle offerte tecniche

La valutazione delle offerte tecniche da parte della P.A. appaltante, costituisce espressione di un'ampia discrezionalità tecnica, da cui consegue l'insindacabilità del merito delle valutazioni e dei punteggi attribuiti dalla commissione, ove non inficiate da macroscopici errori di fatto, da illogicità o da irragionevolezza tecnica manifesta.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ.V – sentenza 1° febbraio 2022 n. 703

Sulla necessità di un punteggio anche per i sub-criteri

E' illegittima, per difetto di motivazione, l'aggiudicazione di una gara di appalto di servizi, nel caso in cui la commissione giudicatrice, in sede di valutazione delle offerte tecniche, **si sia limitata ad indicare un valore numerico e abbia omissso di indicare i singoli punteggi da attribuire in relazione ai singoli subcriteri di valutazione**.

La griglia di assegnazione dei punteggi riportava esclusivamente il criterio e il sub/criterio di valutazione, nonchè il punteggio massimo assegnabile e il punteggio assegnato, **senza tuttavia suddividerlo in relazione ai singoli subcriteri**, riportandone, invece, direttamente la somma finale.

L'operato della commissione ha, dunque, impedito del tutto di comprendere l'iter logico-argomentativo posto alla base della "valutazione" compiuta, anche in considerazione del fatto che la commissione non ha neanche ritenuto di esplicitare l'effettiva valutazione, seppur meramente numerica, delle offerte tecniche in relazione ai singoli subcriteri, essendosi limitata ad indicare il punteggio finale, derivato dalla somma dei singoli valori attribuiti (non conosciuti).

TAR CAMPANIA - SALERNO, SEZ. II - sentenza 2 febbraio 2022 N. 282

Sul dies a quo della decorrenza del termine triennale di rilevanza del grave illecito professionale

I. In assenza di un accertamento definitivo, contenuto in una sentenza o in un provvedimento amministrativo divenuto inoppugnabile, per individuare il *dies a quo* del termine triennale, previsto dall'art. 80, comma 10 *bis*, del D.Lgs. n. 50/2016, deve aversi riguardo alla data dell'accertamento del fatto, idoneo a conferire a quest'ultimo una qualificazione giuridica rilevante per le norme in materia di esclusione dalle gare d'appalto (e non, dunque, la mera commissione del fatto in sé) anche se non contenuto in una sentenza definitiva di condanna.

La costruzione sintattica e l'interpretazione logico sistematica dell'art. 21 *nonies*, comma 2, della l. n. 241/1990 implicano una chiara distinzione tra il caso in cui il provvedimento sia conseguito in funzione di una semplice "falsa rappresentazione dei fatti" – intesi questi ultimi anche come condizione dei luoghi e loro relazioni spaziali –, e l'ipotesi in cui il rilascio del provvedimento sia fondato (anche) su "dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci".

TAR CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. I – sentenza 3 febbraio 2022 n. 775

Sulla vincolatività dell'attestazione dell'agenzia delle Entrate e sulla rilevanza anche di sanzioni ed interessi ricompresi nell'importo complessivo della cartella

E' legittimo il provvedimento con il quale la P.A. appaltante, in forza di quanto previsto dall'art. 80, comma 4, d. lgs. n. 50 del 2016, ha escluso da una gara indetta per l'affidamento di un appalto di servizi un RTP, che sia motivato con riferimento alla certificazione rilasciata dall'Agenzia delle Entrate attestante la sussistenza, in capo al concorrente interessato, di una violazione fiscale grave e definitivamente accertata; infatti, a fronte di tale certificazione, l'esclusione è un atto dovuto.

TAR VENETO, SEZ. I – sentenza 8 febbraio 2022 n. 240

Sull'illegittimità dell'oscuramento parziale degli atti di gara in assenza di segreti tecnici e commerciali

Sussiste in capo al concorrente classificatosi al **quinto posto della graduatoria** di una procedura competitiva ad evidenza pubblica, di **accedere ed ottenere copia integrale e non**

oscurata, degli atti di tale procedura, al fine di difendere le proprie ragioni in giudizio, e, in particolare, alle **proposte di gestione del servizio ammesse alla procedura, corredate dei relativi allegati concernenti l'offerta tecnica e quella economica, oltre ai verbali di gara**, nel caso in cui: a) l'accedente abbia dimostrato di essere titolare di un interesse strumentale diretto alla conoscenza dei documenti di cui è chiesto l'accesso, b) **difetti la comprovata** esistenza di ragioni che giustifichino le esigenze di riservatezza per la presenza **di segreti di carattere industriale o commerciale**.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 9 febbraio 2022 n. 942

Sull'ammissione a gara della ditta che ha presentato la richiesta di rateizzazione (anche prima del formale accoglimento della stessa da parte dell'Ente erariale)

E' illegittima la esclusione da una gara di appalto, motivata con riferimento al difetto, in capo alla ditta interessata, del requisito della regolarità contributiva (difetto, nella specie, emerso a seguito della consultazione dello Sportello unico previdenziale, e della emissione di DURC negativo), ove il medesimo concorrente abbia formalmente presentato valida istanza di rateizzazione del debito tributario, prima della scadenza del termine per la presentazione delle offerte (nella specie, tale istanza era stata, peraltro, successivamente accolta); infatti, l'art. 80, comma 4, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 nella parte in cui (nell'attuale formulazione) prevede che: "Il presente comma [ovvero la causa di esclusione per irregolarità tributaria e previdenziale, n.d.s.] 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, ovvero quando il debito tributario o previdenziale sia comunque integralmente estinto, purchè l'estinzione, il pagamento o l'impegno si siano **perfezionati** anteriormente alla scadenza del termine per la presentazione delle domande (posto che l'istanza di rateizzazione costituisce un impegno vincolante al pagamento dei contributi previdenziali).

SUI RAGGRUPPAMENTI TEMPORANEI E SULL'AVVALIMENTO

TAR LIGURIA, SEZ. I – sentenza 6 dicembre 2021 n. 1051

Sulla sottoscrizione dell'offerta da parte di tutti i componenti del raggruppamento

E' illegittimo il provvedimento con il quale la P.A. appaltante ha escluso un RTI da una gara, che sia motivato con riferimento al fatto che l'offerta è stata sottoscritta soltanto dal legale rappresentante della mandataria e non anche da quello della mandante, ove l'offerta presentata dal costituendo RTI sia, in concreto, comunque riconducibile, in maniera inequivoca, alle imprese componenti l'associazione temporanea; infatti, nel momento in cui l'offerta sia univocamente riconducibile a determinati soggetti, l'obiettivo perseguito dalla norma può dirsi raggiunto e un'eventuale esclusione delle imprese per difetto di sottoscrizione rappresenterebbe una conseguenza sproporzionata, in violazione del principio di cui all'art. 30, co. 1, secondo periodo, del codice dei contratti pubblici.

Rispetto al difetto di sottoscrizione dell'offerta da parte di tutti i componenti del costituendo RTI, in giurisprudenza vi sono posizioni differenti.

Secondo **un primo orientamento** esso non può che condurre all'esclusione dalla gara, perché la sottoscrizione dell'offerta si configura come lo strumento mediante il quale l'autore fa propria la dichiarazione contenuta nel documento e si vincola a essa, pertanto la sua mancanza ne inficia validità e ricevibilità e non è sanabile mediante soccorso istruttorio, che non può essere utilizzato per rimediare alle carenze dell'offerta tecnica o economica (tra le tante, si v. Cons. Stato, Sez. III, sent. n. 6530 del 2020 e TAR Lazio-Roma, Sez. II, sent. n. 7470 del 2019).

Per **un secondo orientamento**, invece, i vizi della sottoscrizione dell'offerta rilevano solo se e in quanto determinano un'incertezza **assoluta** sul suo contenuto o la sua provenienza, mentre in caso contrario un'eventuale esclusione sarebbe illegittima (Cons. Stato, Sez. V, sent. n. 3973 del 2020, e Sez. III, sent. n. 1963 del 2020, nonché TAR Toscana, sent. n. 288 del 2020 e TAR Calabria-Catanzaro, n. 836 del 2020; si v. altresì il parere di precontenzioso approvato dall'ANAC con deliberazione n. 420 del **15.05.2019**).

CONSIGLIO DI STATO, ADUNANZA PLENARIA – sentenza 25 gennaio 2022 n. 2

Sull'ammissibilità della modifica del Raggruppamento anche in fase di gara

La **modifica soggettiva** del raggruppamento temporaneo di imprese, in caso di perdita dei requisiti di partecipazione di cui all'art. 80 d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 da parte del mandatario o di una delle mandanti, **è consentita non solo in sede di esecuzione, ma anche in fase di gara**, in tal senso interpretando l'art. 48, commi 17, 18 e 19-ter del medesimo Codice.

Il riconoscimento della possibilità di modificare (**in diminuzione**) il raggruppamento temporaneo di imprese, anche nel caso di perdita sopravvenuta dei requisiti di partecipazione di cui all'art. 80 del Codice dei contratti, determina che, laddove si verifichi un caso riconducibile a tale fattispecie, la **stazione appaltante**, in applicazione dei principi generali di cui all'art. 1 della l. n. 241/1990 e all'art. 4 d. lgs. n. 50/2016, **debba interpellare il raggruppamento** (se questo non abbia già manifestato la propria volontà) **in ordine alla volontà di procedere alla riorganizzazione del proprio assetto interno**, al fine di rendere possibile la propria partecipazione alla gara.

In modo non dissimile da quanto avviene ai fini del soccorso istruttorio, la stazione appaltante concederà un termine ragionevole e proporzionale al caso concretamente verificatosi, riprendendo all'esito l'ordinario procedimento di gara.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 8 febbraio 2022 n. 899

Sui presupposti e limiti alla modifica di un RTI (come sanciti dall'Adunanza plenaria n. 10 del 27 maggio 2021 e n. 2 del 25 gennaio 2022)

Ai sensi dell'art. 48, comma 9, del Codice dei contratti: "è vietata qualsiasi modificazione alla composizione dei raggruppamenti temporanei ... rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta". Tale regola (**immutabilità soggettiva dei concorrenti**) soffre di due eccezioni: la prima è prevista dal successivo comma 17 e riguarda la "mandataria", la quale può essere sostituita al ricorrere di alcune tassative ipotesi e, tra queste, anche in caso di concordato preventivo. Condizione di fattibilità di tale sostituzione è che l'impresa subentrante

abbia gli stessi requisiti di qualificazione necessari per eseguire l'appalto; la seconda eccezione è prevista dal comma 18 e riguarda la "mandante", la quale può essere sostituita al ricorrere delle stesse ipotesi (sottoposizione a fallimento o comunque ad altre procedure concorsuali) ed alle stesse condizioni di cui al comma 17. **La modificazione soggettiva deve avvenire soltanto "per sottrazione"** (ossia mediante subentro di soggetti già appartenenti al raggruppamento) e **mai "per addizione"** (ossia mediante soggetti esterni al raggruppamento medesimo). **La sostituzione unicamente interna riguarda la figura sia del mandatario (comma 17) sia del mandante (comma 18).**

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 24 novembre 2021 n. 7863

Sull'istituto dell'avvalimento e sull'interpretazione del relativo contratto

L'istituto dell'avvalimento, disciplinato dall'art. 89 del d.lgs. n. 50 del 2016, consente anche ai concorrenti che non dispongano di tutti i **requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale** (di cui all'art. **83, comma primo, lett. b e c** del Codice dei contratti pubblici) previsti dalla *lex specialis* di gara di parteciparvi, **avvalendosi dei requisiti provenienti da un'altra impresa (detta ausiliaria), la quale si impegna a metterli a disposizione del richiedente per il tempo necessario: è presupposto imprescindibile dello stesso che i requisiti mancanti vengano individuati con esattezza al momento della stipulazione del contratto con l'ausiliaria**, altresì precisando in tal sede le risorse umane e materiali trasferite per colmare le lacune dell'organizzazione dell'impresa concorrente, **per il caso di avvalimento cd. operativo** (sempre l'art. 89, comma primo cit. dispone che "*il contratto di avvalimento contiene, a pena di nullità, la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria*"). Quanto al contenuto essenziale di detto contratto, la medesima norma precisa infine che "*L'operatore economico dimostra alla stazione appaltante che disporrà dei mezzi necessari mediante presentazione di una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui quest'ultima si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente*".

TAR LAZIO – ROMA, SEZ. I bis – sentenza 21 febbraio 2022 n. 2012

Sul contratto di avvalimento

1. Il contratto di avvalimento **non deve necessariamente spingersi sino alla rigida quantificazione dei mezzi d'opera, all'esatta indicazione delle qualifiche del personale messo a disposizione ovvero alla indicazione numerica dello stesso personale**. Tuttavia, **l'assetto negoziale deve consentire quantomeno l'individuazione delle esatte funzioni** che l'ausiliaria andrà a svolgere, direttamente o in ausilio all'impresa ausiliata, e i parametri cui rapportare le risorse messe a disposizione; deve cioè prevedere, da un lato, la messa a disposizione di personale qualificato, specificando se per la diretta esecuzione del servizio o per la formazione del personale dipendente dell'ausiliata, dall'altro i criteri per la quantificazione delle risorse e/o dei mezzi forniti.

2. Non può ritenersi generico un contratto di avvalimento che rechi un'adeguata specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 14 gennaio 2022 n. 257

Sulla differenza tra avvalimento di garanzia e avvalimento operativo

Ricorre l'**avvalimento di garanzia** laddove l'ausiliaria mette a disposizione dell'ausiliata la sua **solidità economica e finanziaria**, rassicurando la stazione appaltante delle sue capacità di fare fronte agli impegni economici conseguenti al contratto d'appalto, anche in caso di inadempimento; **l'avvalimento è operativo quando l'ausiliaria si impegna a mettere a disposizione dell'ausiliata le risorse tecnico-organizzative indispensabili per l'esecuzione del contratto di appalto**, avendo così ad oggetto i requisiti di capacità tecnica e professionale.

TAR LAZIO – LATINA, SEZ. I – sentenza 17 gennaio 2022 n. 15

Sulla possibilità di sostituire l'ausiliaria anche in caso di dichiarazione mendace

E' illegittimo il provvedimento con il quale la P.A. appaltante, ritenendo non applicabile la procedura di sostituzione dell'ausiliaria, e sussistenti, piuttosto, i presupposti per l'esclusione della concorrente interessata e di escussione della garanzia *ex art. 89, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016*, ha annullato in autotutela l'aggiudicazione di un appalto di lavori, perché la dichiarazione dell'ausiliaria – della quale l'aggiudicatario ha dichiarato di avvalersi per i requisiti di capacità economico finanziaria e di capacità tecniche e professionali – è risultata non veritiera circa gli obblighi di pagamento di imposte o contributi previdenziali (nella specie, la dichiarazione mendace era stata rilasciata sul DGUE), nel caso in cui il medesimo aggiudicatario abbia effettivamente e tempestivamente provveduto, *ex art. 89, comma 3, del D.lgs. 50/2016*, alla sostituzione dell'ausiliaria.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 22 febbraio 2022 n. 1273

Sulla differenza tra subaffidamento e subappalto

Ai sensi dell'art. 105, comma 2, D. Lgs. n. 50 del 2016 non costituisce subappalto il contratto stipulato dall'appaltatore che richiede l'impiego di manodopera, quali le forniture con posa in opera e i noli a caldo, se di importo pari o inferiore al 2 per cento dell'importo delle prestazioni affidate o di importo pari o inferiore a 100.000 euro, e qualora l'incidenza del costo della manodopera e del personale sia pari o inferiore al 50 per cento dell'importo del contratto da affidare. In virtù di ciò **deve escludersi che costituisca subappalto l'attività di trasporto (anche di rifiuti) che, pur compresa nel complessivo oggetto del contratto in quanto necessaria per la corretta esecuzione della prestazione principale, rivesta in rapporto a quest'ultimo e nella complessiva economia del contratto carattere complementare ed accessorio.**