

RECENTI NOVITA' NORMATIVE E GIURISPRUDENZIALI

IN TEMA DI ATTIVITA' NEGOZIALE DELLA PA

TAR EMILIA – ROMAGNA, SEZ. II – sentenza 11 febbraio 2025 n. 128

Sulla differenza tra contratto di appalto e concessione

1. In materia di contratti della P.A. e di gare di appalto, deve ritenersi che si è al cospetto di un appalto di servizi quando il corrispettivo è pagato direttamente dall'Amministrazione al prestatore del servizio, il quale, conseguentemente, non ne sopporta il rischio legato alla gestione, a differenza del concessionario di servizi, il quale trae la propria remunerazione dai proventi ricavati dagli utenti. Solamente se non c'è trasferimento del rischio operativo, almeno parziale, a carico del privato, il contratto può essere qualificato come appalto; diversamente esso va ascritto al paradigma della concessione.

2. Nel caso in cui il disciplinare di gara per l'affidamento di un servizio (nella specie, si trattava del servizio di individuazione dell'organizzazione di disponibilità di test center per l'espletamento del concorso di ammissione a corsi di laurea), preveda che «All'aggiudicatario, quale corrispettivo per il servizio reso, verrà riconosciuto esclusivamente il diritto di riscuotere, ricevere e/o trattenere, dai partecipanti alle prove di ammissione il contributo di partecipazione predeterminato secondo quanto meglio indicato nello schema di contratto al punto 6», ovvero sia €uro 130,00 a iscritto, deve concludersi che, in ragione della circostanza secondo cui, in effetti, il corrispettivo che percepisce il contraente privato varia in relazione al numero dei partecipanti alla prova di ammissione, l'aggiudicatario assume il rischio di non vedersi remunerati le risorse umane, organizzative e strumentali messe in campo per eseguire il contratto medesimo. Questo porta a qualificare il contratto in esame come concessione.

3. Posto che la parte pubblica non verserà all'aggiudicatario alcun corrispettivo per il servizio reso, e che il corrispettivo non è predeterminato, ma varia in dipendenza di elementi che l'aggiudicatario non può controllare (i.e. numero iscritti) e di cui assume il rischio, il contratto messo a gara non è un appalto, ma una concessione.

TAR LOMBARDIA - MILANO, SEZ. I, sentenza 30 gennaio 2025, n. 329

Sulla corretta quantificazione del valore dell'appalto (necessità della stima anche delle opzioni)

A dispetto della precedente formulazione dell'art. 106 del D.lgs. n. 50/2016, l'art. 120 del d. lgs. n. 36 del 2023 ha impresso agli istituti in analisi una differente fisionomia, tale che, ad avviso del Collegio, ove previsti dalla *lex specialis*, **gli importi a questi afferenti non possono essere esclusi dal calcolo dell'importo globale della commessa.**

Nello specifico, il **quinto d'obbligo** di cui al comma 9 ha assunto propriamente la natura di “opzione contrattuale”, attivabile dall'Amministrazione non più automaticamente ma soltanto ove prevista ab origine nei documenti iniziali di gara, ciò al fine di rendere la sua previsione compatibile con le fattispecie di “modifica” dell'appalto consentite dall'art. 72 della Direttiva 2014/24/UE.

La **proroga tecnica**, con il comma 11 è stata **distinta** nel nuovo Codice dall'opzione di proroga di cui al comma 10, in quanto azionabile solo in “casi eccezionali”, per il tempo strettamente necessario alla conclusione della procedura e, soprattutto, senza possibilità alcuna di modifica dei prezzi, patti e condizioni previsti nel contratto per l'ultimazione della commessa.

La specificità di tale ipotesi di proroga contrattuale, tuttavia, non elide, ad avviso del Collegio, l'onere in capo alla S.A. che questa venga puntualmente prevista nella *lex specialis*, pena la violazione del principio inderogabile, fissato dal Legislatore per ragioni di interesse pubblico, in forza del quale **l'Amministrazione, una volta scaduto il contratto, deve procedere all'indizione di una nuova gara pubblica, qualora ravvisasse ancora la necessità di avvalersi dello stesso tipo di prestazioni** (cfr. ex multis, Cons. Stato, Sez. V, 12 settembre 2023, n. 8292); sicché le proroghe dei contratti affidati con gara, qualunque natura abbiano, “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 (ovvero senza limiti predeterminati ed espliciti), la stessa proroga dovrebbe essere equiparata ad un affidamento senza gara” (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 3 aprile 2017, n. 1521).

In forza delle caratteristiche sopra delineate, **tanto il quinto d'obbligo quanto la proroga tecnica estendono il perimetro delle obbligazioni contrattuali previste dall'appalto o in senso “quantitativo” (quinto d'obbligo) o in senso dell’“estensione temporale” (proroga tecnica), sicché, ad avviso del Collegio, sorge il complesso onere in capo alla S.A. di specifica previsione degli stessi nella lex specialis, di conseguente quantificazione del loro valore economico e, infine, di inclusione dei relativi importi nel complesso valore contrattuale stimato dalla S.A. ai sensi dell'art. 14, comma 4 del D.lgs. n. 36/2023** (come peraltro previsto dal **bando tipo ANAC n. 1/2023**).

TAR LAZIO – ROMA, SEZ. V TER – sentenza 27 novembre 2024 n. 21365

Sulle fonti della procedura di gara

In materia di contratti della P.A. e di gare di appalto, deve ritenersi che le uniche fonti che disciplinano la procedura di gara sono costituite dal bando, dal capitolato e dal disciplinare, unitamente agli eventuali allegati, mentre i chiarimenti resi dalla stazione appaltante non possono in alcun modo modificare quanto richiesto dalla disciplina di gara. Invero, tali chiarimenti non hanno alcun contenuto provvedimentale e sono ammissibili solo se contribuiscono, con un'operazione di interpretazione del testo, a renderne chiaro e comprensibile il significato, ma non quando, proprio mediante l'attività interpretativa, si giunga ad attribuire ad una disposizione della *lex specialis*, un significato ed una portata diversa o maggiore di quella che risulta dal testo stesso, in tal caso violandosi il rigoroso principio formale della *lex specialis*, posto a garanzia dei principi di cui all'art. 97 Cost.)

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI – sentenza 28 novembre 2024 n. 9560

Sull'illegittimità della modifica postuma dei criteri di valutazione

In materia di procedure ad evidenza pubblica i canoni di par condicio, imparzialità e trasparenza, che presiedono alla valutazione delle offerte, impongono il principio per cui tutti i meccanismi con i quali operare in concreto la retribuzione dei punteggi debbano di norma essere individuati nell'atto di indizione della procedura, e comunque in un momento antecedente alla scadenza delle offerte. Conseguentemente, nelle procedure ad evidenza pubblica è preclusa la modifica, l'integrazione o la specificazione dei criteri di valutazione delle offerte da parte della commissione giudicatrice, la quale, se prima dell'apertura delle buste può specificare in sub criteri o sub pesi, i cosiddetti criteri motivazionali, i parametri di valutazione indicati nel bando di gara, non può farlo dopo l'apertura.

Sull'irrelevanza del diritto sopravvenuto (rispetto all'indizione della procedura di gara)

Le procedure ad evidenza pubblica restano soggette alla disciplina normativa vigente al momento della loro indizione (la data di pubblicazione del relativo bando o avviso) e, pertanto, sono insensibili alla normativa sopravvenuta a meno che questa non preveda espressamente una propria efficacia retroattiva. Invero, gli artt. 226, commi 1 e 2 e 229, co. 2, del D.lgs. n. 36 del 2023, prevedono espressamente che a decorrere dalla data in cui il D.lgs. n. 36/2023 acquista efficacia (ossia il 1° luglio 2023 in ossequio al disposto dell'art. 229, co., D.lgs. n. 36/2023) le disposizioni di cui al D. lgs n. 50 del 2016 continuano ad applicarsi esclusivamente ai procedimenti in corso.

Sulla illegittimità della vendita diretta di un bene pubblico (principio di concorsualità)

E' illegittimo il provvedimento con il quale il Comune ha disposto la alienazione di una porzione di terreno di proprietà comunale, nel caso in cui, nonostante la esistenza di una norma regolamentare dell'Ente che imponga la contrattazione anche per il caso in cui la "trattativa" coinvolga un unico soggetto, la vendita sia avvenuta in difetto di qualsivoglia negoziazione con l'acquirente, e di qualsivoglia preventivo confronto competitivo o procedura concorrenziale; e ciò a maggior ragione nel caso di presenza di più soggetti confinanti con il terreno (tre, per l'esattezza: i due ricorrenti e il controinteressato), come tali "interessati" all'acquisto del mappale, agevolmente ricavabile dalle planimetrie e dalla documentazione catastale in possesso dell'Amministrazione. Con la ulteriore conseguenza che non è conforme a legge la determinazione comunale volta all'alienazione dell'immobile, in quanto assunta senza alcuna contrattazione e senza avere garantito la partecipazione al procedimento di alienazione ai soggetti proprietari degli immobili confinanti, con ciò compromettendo anche l'interesse pubblico ad una maggiore entrata.

Ai sensi dell'articolo 3, comma 1, del R.D. n. 2440 del 1923: "*i contratti dai quali derivi un'entrata per lo Stato debbono essere preceduti da pubblici incanti, salvo che per particolari ragioni, delle quali dovrà farsi menzione nel decreto di approvazione del contratto, e limitatamente ai casi da determinare con il regolamento, l'amministrazione non intenda far ricorso alla licitazione ovvero nei casi di necessità alla trattativa privata*".

A sua volta, l'articolo 37, comma 1, del R.D. n. 827 del 1924, prevede che "*tutti i contratti dai quali derivi entrata o spesa dello Stato debbono essere preceduti da pubblici incanti, eccetto i casi indicati da leggi speciali e quelli previsti nei successivi articoli*".

Sulla disciplina privatistica del contratto di locazione

Secondo la giurisprudenza della Cassazione civile a Sezioni Unite, **il contratto stipulato dalla P.A. per il reperimento di immobili da adibire alla propria attività istituzionale rientra nella fattispecie tipica della locazione e come tale non è riconducibile ai "contratti di fornitura" di cose della P.A.**, poiché la *res locata* **rimane nel patrimonio del proprietario locatore**, diversamente da quanto accade nella fornitura, e la causa del contratto, rappresentata dal godimento della cosa per un tempo determinato dietro il pagamento di un canone, con l'obbligo della custodia, da parte del conduttore, con la diligenza del buon padre di famiglia, non è riconducibile alla fornitura di servizi, attesa l'assenza di una prestazione di attività del proprietario in favore del destinatario, avendo il locatore (a differenza del

fornitore) solo l'obbligo di consegnare la cosa oggetto di contratto e di mantenere, eventualmente, la stessa in stato idoneo all'uso pattuito (cfr. Cass., Sez. Un., Ord., 06 febbraio 2022, n. 505; Idem, 18 luglio 2015 n. 14185; Idem, 21 marzo 2001 n. 124).

La pubblica amministrazione che procede alla locazione di immobili da adibire alla propria attività istituzionale **agisce secondo le regole del diritto privato, anche nel caso in cui facoltativamente indica una gara** per individuare gli immobili stessi (in termini, Cass., Sez. Un., n. 14185/2015).

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 22 maggio 2024 n. 4540

Sugli affidamenti agli Enti del Terzo Settore (ETS) e sui presupposti per la deroga alla disciplina sui contratti pubblici

Secondo quanto già osservato da questa sezione (Cons. Stato, Sez. V, 07 settembre 2021, n. 6232), ai fini della delimitazione della possibilità di ricorso alla co-progettazione con gli Enti del terzo settore, anziché del ricorso al mercato mediante procedure di appalto, occorre muovere dalle puntuali considerazioni svolte nel parere della Commissione speciale del Consiglio di Stato, 26 luglio 2018, sui rapporti tra le direttive U.E. del 2014 in materia di appalti pubblici, il Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 50 del 2016 e il d.lgs. n. 117 del 2017 nella parte in cui disciplina l'affidamento di servizi sociali a soggetti o enti del c.d. terzo settore.

Premesso che, **di regola, "l'affidamento dei servizi sociali, comunque sia disciplinato dal legislatore nazionale, deve rispettare la normativa pro-concorrenziale di origine europea**, in quanto rappresenta una modalità di affidamento di un servizio (in termini euro-unitari, un "appalto") che rientra nel perimetro applicativo dell'attuale diritto euro-unitario", in determinate ipotesi "la procedura di affidamento di servizi sociali disciplinata dal diritto interno non è soggetta alla regolazione di origine euro-unitaria. Ciò accade allorché ... la procedura disciplinata dal diritto interno ... miri sì all'affidamento ad un ente di diritto privato di un servizio sociale che, tuttavia, l'ente affidatario svolgerà a **titolo integralmente gratuito**", il che si giustifica essenzialmente per il fatto che il diritto europeo degli appalti si interessa dei soli affidamenti onerosi.

La questione si trasferisce, quindi, sul piano della **definizione giuridica del concetto di gratuità**, ossia di uno degli elementi costitutivi della possibilità di utilizzare le procedure di affidamento disciplinate dal codice di terzo settore e di sottrarsi, quindi, all'applicazione delle norme unionali in materia di appalti pubblici e al codice dei contratti che di quelle costituiscono recepimento.

In tale prospettiva, **il concetto di gratuità si identifica nel conseguimento di un aumento patrimoniale da parte della collettività, cui corrisponde la diminuzione patrimoniale di altro soggetto, ossia il prestatore del servizio.**

Sotto questo profilo, si precisa, **"la effettiva gratuità si risolve contenutisticamente in non economicità del servizio poiché gestito, sotto un profilo di comparazione di costi e benefici, necessariamente in perdita per il prestatore"**. Il che significa che **deve escludersi qualsiasi forma di remunerazione, anche indiretta, dei fattori produttivi** (lavoro, capitale), **potendo ammettersi unicamente il rimborso delle spese** ("le documentate spese vive, correnti e non di investimento, incontrate dall'ente").

In tale ottica si iscrive pertanto il dettato dell'art. 56 comma 2 del d.lgs. 117 del 2017, secondo cui **"Le convenzioni di cui al comma 1 possono prevedere esclusivamente il rimborso alle organizzazioni di volontariato e alle associazioni di promozione sociale delle spese effettivamente sostenute e documentate"**.

Il modello configurato dall'art. 55 CTS, infatti, **non si basa sulla corresponsione di prezzi e corrispettivi** dalla parte pubblica a quella privata, ma **sulla convergenza di obiettivi e sull'aggregazione di risorse pubbliche e private per la programmazione e la progettazione**, in comune, di servizi e interventi diretti a elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, secondo una sfera relazionale che si colloca al di là del mero scambio utilitaristico.

Del resto, lo stesso diritto dell'Unione – anche secondo le recenti direttive 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici nonché in base alla relativa giurisprudenza della Corte di giustizia (in particolare Corte di giustizia dell'Unione europea, quinta sezione, sentenza 28 gennaio 2016, in causa C-50/14, CASTA e a. e Corte di giustizia dell'Unione europea, quinta sezione, sentenza 11 dicembre 2014, in causa C-113/13, Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» e a., che tendono a smorzare la dicotomia conflittuale fra i valori della concorrenza e quelli della solidarietà) – mantiene in capo agli Stati membri la possibilità di apprestare, in relazione ad **attività a spiccata valenza sociale, un modello organizzativo ispirato non al principio di concorrenza ma a quello di solidarietà** (sempre che le organizzazioni non lucrative contribuiscano, in condizioni di pari trattamento, in modo effettivo e trasparente al perseguimento delle finalità sociali)".

Nel caso di specie, le previsioni contenute nell'avviso pubblico di indizione della procedura *de qua* si discostano dal concetto di gratuità sopra delineato. Infatti, l'art. 4 del Bando "Durata e risorse" **non si limita a prevedere il rimborso delle spese vive**, prevedendo il pagamento (e non il semplice rimborso), previa fatturazione da parte del soggetto affidatario, di una parte dei fattori produttivi, ritenendo ammissibile il pagamento delle seguenti spese: le spese di gestione, i compensi agli operatori, il rimborso spese ai volontari, la retribuzione agli esperti.

Pertanto, solamente una parte residuale dei costi (8%) del servizio grava sul soggetto affidatario, mentre la maggior parte dei costi, ovvero il restante (92%) resta a carico del Comune.

La stessa circostanza che il pagamento da parte del Comune avvenga dietro presentazione di fattura depone inoltre per la connotazione imprenditoriale del servizio reso, con la conseguente **sua assoggettabilità** anche ad I.V.A, secondo la previsione dell'art. 21 del D.P.R. 633 del 1972, secondo cui "Per ciascuna operazione imponibile il soggetto che effettua la cessione del bene o la prestazione del servizio emette fattura, anche sotto forma di nota, conto, parcella e simili o, ferma restando la sua responsabilità, assicura che la stessa sia emessa, per suo conto, dal cessionario o dal committente ovvero da un terzo", laddove, in applicazione dell'art. 56 comma 2 del Codice del Terzo Settore, innanzi citato, che prescrive che le convenzioni di cui sopra possono prevedere a favore delle organizzazioni di volontariato e delle associazioni di promozione sociale "esclusivamente il rimborso delle spese effettivamente sostenute e documentate", per le corrispondenti somme dovrebbe valere l'esclusione dall'IVA ai sensi dell'articolo 15, comma 1, n. 3), del D.P.R. n. 633/1972 ("non concorrono a formare la base imponibile: 3) le somme dovute a titolo di rimborso delle anticipazioni fatte in nome e per conto della controparte, purché regolarmente documentate").

Sui presupposti per la co-progettazione

L'art. 55 del Codice del terzo settore (d.lgs. 23 luglio 2017 n. 117), disciplinando i rapporti tra enti del terzo settore (ETS) e pubbliche amministrazioni, rappresenta **una delle più significative attuazioni del principio di sussidiarietà orizzontale**.

Esso pone in capo ai soggetti pubblici il compito di assicurare **il coinvolgimento attivo degli ETS nella programmazione, progettazione e organizzazione degli interventi e dei servizi**, nei settori di attività di interesse generale definiti dal medesimo Codice del Terzo settore.

Il rapporto di collaborazione sussidiaria, che connota gli istituti del CTS, è - per tutta la durata del rapporto contrattuale/convenzionale - fondato sulla co-responsabilità, a partire dalla co-costruzione del progetto (del servizio e/o dell'intervento), passando per la reciproca messa a disposizione delle risorse funzionali al progetto, fino alla conclusione delle attività di progetto ed alla rendicontazione delle spese".

Per contro nella fattispecie de qua, in violazione di tali criteri, tutti gli aspetti del rapporto sono definiti dal Comune affidatario. Gli atti assunti dal Comune predeterminano nel dettaglio l'oggetto della prestazione sia dal punto di vista quantitativo che qualitativo.

TAR LOMBARDIA – MILANO, SEZ. II – sentenza 01 ottobre 2024 n. 2533

Sugli affidamenti ali Enti del Terzo Settore

Con D.Lgs. n. 117 del 2017 è stato approvato il codice del Terzo Settore (di seguito anche solo “Cts”), il quale all’art. 55 prevede che le amministrazioni pubbliche – fra cui i Comuni – possono realizzare con gli enti del Terzo Settore forme di co-programmazione, co-progettazione ed accreditamento, per l’individuazione dei bisogni da soddisfare, degli interventi necessari e delle modalità di realizzazione degli stessi.

La **co-programmazione** (art. 55 comma 2) è tesa ad individuare i bisogni da soddisfare, gli interventi necessari, le modalità di realizzazione e le risorse disponibili.

La **co-progettazione** (art. 55 comma 3) serve a definire e a realizzare specifici progetti di servizio o interventi per soddisfare bisogni definiti, sulla base degli strumenti di programmazione.

Le amministrazioni (art. 56) possono quindi stipulare convenzioni per lo svolgimento a favore di terzi di attività o servizi sociali di interesse generale, se più favorevoli rispetto al ricorso al mercato.

Gli articoli 55 e 56 citati delineano quindi un modello di gestione dei servizi fondato sul coinvolgimento attivo degli enti del Terzo Settore e tale modello è alternativo a quello caratterizzato dall’acquisizione di beni e servizi mediante lo strumento dell’appalto pubblico o della concessione di cui al vigente codice dei contratti pubblici (D.Lgs. n. 36 del 2023).

Infatti, l’art. 6 del succitato codice dei contratti (articolo rubricato “Principi di solidarietà e sussidiarietà orizzontale. Rapporti con gli enti del Terzo settore”) consente alla pubblica amministrazione di utilizzare modelli organizzativi di amministrazione condivisa, senza alcun rapporto sinallagmatico e mediante condivisione con gli enti del Terzo settore di cui al Cts.

L’ultimo periodo del suindicato art. 6 del D.Lgs. n. 36 del 2023 ha poi cura di specificare che gli istituti di cui al Titolo VII del Cts – Titolo comprendente i menzionati articoli 55 e 56 – non rientrano nel campo di applicazione del codice dei contratti pubblici

Si configurano, di conseguenza, due modelli alternativi di gestioni dei servizi rivolti, come nel caso di specie, a soggetti in particolari condizioni di fragilità, sicché nel caso di utilizzo del modello previsto dal Cts, le norme sulla contrattualistica pubblica di cui al D.Lgs. n. 36 del 2023 non possono estendersi alla procedura di co-programmazione e di co-progettazione di cui al medesimo Cts.

TAR EMILIA ROMAGNA – BOLOGNA, SEZ. I – sentenza 30 gennaio 2025 n. 87

Sull’ammissibilità di dichiarazioni rese su modulistiche diverse da quelle allegate agli atti di gara

In materia di contratti della P.A. e di gare di appalto, deve ritenersi legittima e corretta l’attività della stazione appaltante (nella specie, svolta tramite il Rup) nella parte in cui ha accertato la esistenza e/o sussistenza delle dichiarazioni e degli elementi espressamente richiesti dal disciplinare, in documenti presentati dal concorrente ai fini della partecipazione alla gara diversi da quelli indicati nella *lex*

specialis; tanto, nel rispetto del principio sostanzialistico del risultato, della tassatività delle cause di esclusione e del principio del *favor participationis*. Invero, sotto il profilo sostanziale, assume rilievo unicamente che il concorrente abbia reso le dichiarazioni e tutti gli impegni prescritti dalla legge di gara (complessivamente intesa) a garanzia della Stazione Appaltante, non essendo rilevante che tali elementi siano rintracciabili in una apposita dichiarazione ovvero in altri documenti, parimenti vincolanti per il concorrente, e prodotti ai fini della partecipazione alla procedura di gara.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 19 novembre 2024 n. 9255

Sulla ribassabilità dei costi della manodopera

1. Anche nel vigore del nuovo codice dei contratti pubblici, d.lgs. n. 36 del 2023, è ammesso il ribasso sui costi dalla manodopera indicati dalla stazione appaltante nella *lex specialis* di gara.

2. Sulla base del combinato disposto degli artt. 41, comma 14, 108, comma 9, e 110, comma 1, del d.lgs. n. 36 del 2023, deve ritenersi che, per l'operatore economico che applichi il ribasso anche ai costi della manodopera, la conseguenza non è l'esclusione dalla gara, ma l'assoggettamento della sua offerta alla verifica dell'anomalia: in quella sede l'operatore economico avrà l'onere di dimostrare che il ribasso deriva da una più efficiente organizzazione aziendale, oltre il rispetto dei minimi salariali.

TAR SICILIA – CATANIA, SEZ. I – sentenza 22 luglio 2024 n. 2642

Sull'irrelevanza ai fini dell'anomalia del costo della manodopera in aumento

Mentre dall'indicazione a ribasso dei costi della manodopera si presume "iuris tantum" l'anomalia dell'offerta, di contro, l'indicazione "a rialzo" di tali costi assurge ad indice di anomalia solo qualora – per dimensione e incidenza e valutato unitamente ad altri elementi – si rifletta sul complessivo equilibrio economico dell'offerta.

E' illegittima la esclusione di un operatore economico da una gara di appalto di lavori, per anomalia dell'offerta, motivata con esclusivo riferimento al fatto che il concorrente ha indicato un costo della manodopera diverso (a "rialzo" o in "aumento") rispetto a quello calcolato dalla stazione appaltante e formalmente indicato nella *lex specialis*, nel caso in cui, alla stregua dello scostamento minimo e della incidenza percentuale del tutto trascurabile, sussista l'oggettiva ed assoluta incapacità del maggiore costo della manodopera proposto dal concorrente di incidere e influire, di per sé, sulla economicità dell'offerta stessa, così potendosi escludere qualsiasi dubbio dell'anomalia dell'offerta fondato esclusivamente su tale ragione. L'assenza di elementi per qualificare anomala *ab imis* (secondo criteri di logicità e ragionevolezza) l'offerta presentata dall'operatore economico – a prescindere dall'esito del soccorso istruttorio – rende illegittima la sua esclusione.

TAR ABRUZZO – PESCARA, SEZ. I – sentenza 4 giugno 2024 n. 177

Sui presupposti per la ratifica (atto di esclusione del responsabile di fase ratificato dal Rup)

1. E' legittimo il provvedimento con il quale il responsabile unico del progetto ha ratificato, facendolo proprio, il provvedimento di esclusione di un operatore economico da una gara di appalti di lavori, assunto dal responsabile di procedimento per la fase di affidamento che rechi, puntualmente, sotto il profilo motivazionale, le ragioni di pubblico interesse che hanno indotto l'Amministrazione ad esercitare

il potere di autotutela conservativa e, in particolare, nel caso in cui la ratifica sia supportata da adeguata motivazione, recando le precise ragioni giustificatrici, sia in ordine alla piena condivisione delle valutazioni versate nel verbale di non congruità dell'offerta del rti interessato, sia in ordine alla volontà di assicurare "il rigoroso e formale rispetto dell'art. 7 dell'Allegato I.2 D.lgs. 36/2023".

2. La ratifica dell'atto e/o provvedimento amministrativo rappresenta una *species* riconducibile nel più ampio genere degli atti di convalida. La ratifica è accomunata alla convalida dal fatto di essere, al pari di quest'ultima, un atto di "convalescenza", con cui l'Amministrazione pone rimedio a proprie precedenti illegittimità, sanando retroattivamente i vizi di atti già adottati, attraverso un potere di autotutela in funzione di conservazione di questi e, dunque, con finalità antitetica alla tradizionale autotutela "caducatoria", propria dei provvedimenti di ritiro di atti viziati (annullamento d'ufficio e revoca); in sostanza l'elemento che contraddistingue la ratifica è la tipologia di vizio alla cui eliminazione è preordinato e che è dato dall'incompetenza relativa, mentre la convalida riguarda ogni altra illegittimità). Segnatamente la ratifica costituisce l'atto con il quale l'organo competente conferma l'atto adottato da altro organo della stessa Amministrazione privo della relativa competenza, sanando così questo vizio di legittimità. Il provvedimento di ratifica di un atto amministrativo deve avere per sua stessa natura e funzione la stessa efficacia, anche *ratione temporis*, del provvedimento ratificato di cui deve mutuare l'identico contenuto che non può, quindi, essere oggetto di modifiche o integrazioni sotto il profilo oggettivo e soggettivo. In difetto di tale necessaria identità contenutistica tra l'atto ratificante e quello ratificato si è al di fuori dell'esercizio del potere di autotutela configurandosi il provvedimento adottato quale espressione di una autonoma rinnovazione del potere amministrativo.

3. E' legittimo il provvedimento di esclusione di un operatore economico da un appalto di lavori, per non congruità dell'offerta, nel caso in cui la valutazione di incongruità effettuata dalla stazione appaltante sia poggiata su tre profili: a) l'operatore economico, in sede di giustificazioni, ha modificato, riducendolo, il costo della manodopera indicato nell'offerta; b) l'operatore economico ha "compreso" nell'offerta le spese generali e l'utile nel costo della manodopera; c) i prezzi di alcuni materiali al netto del ribasso offerto sono inferiori ai preventivi prodotti e l'esiguo utile dichiarato non è sufficiente ad assorbire le sottostime; nel caso di specie, la stazione appaltante ha accertato la modifica, ad opera del RTI interessato, dell'offerta economica nella parte inerente ai costi della manodopera (indicati inizialmente nella misura di € 1.010,300,50 e, successivamente, in seguito ai giustificativi presentati, in quella di € 836.687,78), determinandosi così, in base alla *lex specialis*, un'offerta insostenibile, come emerge chiaramente dal "verbale di non congruità".

AFFIDAMENTI DIRETTI E SOTTO-SOGLIA (ACCORDO QUADRO)

TAR CAMPANIA, NAPOLI, SEZ. II - sentenza 02 dicembre 2024, n. 6731

Sull'obbligo motivazionale in caso di deroga all'affidamento diretto

Fino all'importo previsto dall'articolo 50, il legislatore ha inteso ritagliare una specifica disciplina che costituisce un **micro-sistema esaustivo ed autosufficiente** che non necessita di particolari formalità e sulla quale i principi generali non determinano particolari limiti. Sicché nel caso dell'art. 50 cit. si è in presenza di una ipotesi specifica di **affidamento diretto diversa ed aggiuntiva** dalle ipotesi di procedura negoziata "diretta" **prevista dall'art. 76 del Codice, che impone invece una specifica motivazione** e che l'assegnazione avvenga in modo perfettamente adesivo alle ipotesi predefinite dal legislatore (si pensi all'unico affidatario o alle oggettive situazioni di urgenza a pena di danno).

Il ricorso all'affidamento diretto, in presenza di un appalto sotto soglia, non richieda un onere motivazionale rinforzato, imposto viceversa laddove la stazione appaltante, pur in presenza di un servizio da aggiudicare non eccedente l'importo sopra indicato, si determini per il ricorso ad una procedura negoziata.

Tale regola di non aggravamento si desume dal novellato art. 50 d.lgs. n. 36/2023 e, precisamente:

1. dalla valenza prescrittiva del verbo “procedere” coniugato all’indicativo presente (“le stazioni appaltanti procedono all’affidamento ... con le seguenti modalità”);
2. dall’argomento *a contrario* tratto dalla lett. d) del comma 1 dell’art. 50, che prevede la “possibilità di ricorrere” alle procedure ordinarie limitatamente ai lavori di importo pari o superiore a 1 milione di euro e inferiore alla soglia europea;
3. dall’ulteriore argomento *a contrario* ricavato dall’art. 187, comma 1, del codice, che accorda agli enti concedenti la generale “facoltà” di affidare concessioni sotto soglia con le procedure allestite per quelle sopra soglia;
4. dall’art. 49, comma 6, del codice, che, nel consentire l’automatica deroga alla rotazione nei micro-affidamenti “di importo inferiore a 5.000 euro”, specifica che non può trattarsi altro che di “affidamenti diretti”, giammai di procedure negoziate senza bando;
5. dall’art. 52, comma 1, del codice, che – permettendo, per importi inferiori a 40.000 euro, la verifica dei requisiti partecipativi su un “campione” di contraenti “individuato con modalità predeterminate ogni anno” – precisa che non può trattarsi altro che di affidatari diretti “di cui all’art. 50, co. 1, lettere a) e b)”.

TAR CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. VII – sentenza 19 dicembre 2023 n. 7037

Sulla utilizzabilità della procedura aperta negli affidamenti sotto soglia (nei decreti semplificazione e nel nuovo codice dei contratti pubblici)

L’art. 50 del nuovo codice appalti *ex d.lgs. n. 36/2023* ha reso, in sostanza, ordinaria la regolamentazione delle procedure di affidamento dei contratti cc.dd. sotto soglia (stabilita dalla l. n. 120/20 solo in via provvisoria) e soltanto in relazione alla procedura *ex lett d)*, del comma 1 (affidamento lavori di importo superiore a 1 milione di euro) fa espressamente salva la facoltà di optare per le procedure di scelta del contraente di cui alla successiva Parte IV del codice, compresa quella aperta.

La nuova normativa, in sostanza, per i contratti sotto soglia impone in ogni caso il ricorso ad affidamenti diretti o a procedure negoziate, con la sola eccezione rappresentata dall’opzione per la procedura aperta per contratti per lavori di importo pari o superiore a 1 milione di euro e fino alle soglie di cui all’art.14.

ANAC - Parere in funzione consultiva n. 13 del 13 marzo 2024

Sulla possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie per gli appalti sotto-soglia

Deve considerarsi consentito, in via generale, per gli affidamenti di valore inferiore alle soglie di cui all’art. 50 del Codice Appalti (anche) il ricorso alle procedure ordinarie, secondo le opportune valutazioni della stazione appaltante in relazione alle caratteristiche del mercato di riferimento, alle peculiarità dell’affidamento e agli interessi pubblici ad esso sottesi.

Unico limite: il principio di risultato che impone al Rup di **valutare attentamente il risultato** da conseguire e quindi di salvaguardare/tutelare gli interessi della stazione appaltante.

Ciò posto, la facoltà delle stazioni appaltanti di acquisire lavori, servizi e forniture mediante procedura negoziata anche entro le fasce di importo per le quali è previsto l’affidamento diretto deve essere

esercitata in applicazione del **principio del risultato** di cui all'art. 1 del d.lgs. 36/2023 che impone, tra l'altro, alle stazioni appaltanti e agli enti concedenti di perseguire il risultato dell'affidamento del contratto con la massima tempestività; inoltre, si deve tenere conto del **divieto di aggravamento del procedimento** sancito dall'art. 1, comma 2, della L. 241/1990, richiamata dall'art. 12 del d.lgs. 36/2023.

TAR CAMPANIA - NAPOLI, SEZ. III, sentenza 4 febbraio 2025, n. 909

Sull'affidamento diretto procedimentalizzato

Come già affermato dalla giurisprudenza in fattispecie analoghe, “la mera procedimentalizzazione dell'affidamento diretto, mediante l'acquisizione di una pluralità di preventivi e l'indicazione dei criteri per la selezione degli operatori, non trasforma l'affidamento diretto in una procedura di gara, né abilita i soggetti che non siano stati selezionati a contestare le valutazioni effettuate dall'Amministrazione circa la rispondenza dei prodotti offerti alle proprie esigenze” (Cons. Stato, sez. V, 15.01.2024, n. 503; Sez. IV, 23.04.2021 n. 3287; TAR Basilicata, Sez. I, 11.02.2022 n. 108).

Non trasforma l'affidamento diretto in una procedura di gara neppure la richiesta del possesso, in capo agli operatori, di requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale che è, anzi, conforme a quanto previsto all'art. 17, c. 2, d.Lgs. n. 36/2023, in forza del quale, in caso di affidamento diretto, la decisione di contrarre “individua l'oggetto, l'importo e il contraente, unitamente alle ragioni della sua scelta, ai requisiti di carattere generale e, se necessari, a quelli inerenti alla capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale” (T.A.R. Lazio, sez. seconda bis, 11 novembre 2024, sent. 19840; T.A.R. Lombardia, sez. IV., 11 giugno 2024, sent. 1778).

Nel caso di specie, si tratta di un Avviso di raccolta preventivi per l'affidamento diretto ai sensi dell'art. 50 comma 1 lett. b) del D. Lgs. n. 36/2023 del Servizio di Supporto Ufficio di Piano da espletarsi *extra* piattaforma digitale al fine di addivenire all'individuazione di un operatore economico con il quale procedere successivamente ad un affidamento diretto su ME.PA., espletando tutte le verifiche necessarie ivi compreso il collegamento con la Banca dati nazionale dei contratti pubblici.

Sull'ampia discrezionalità in capo alla PA in caso di affidamento diretto

L'amministrazione ha deciso di procedere tramite affidamento diretto preceduto da apposita indagine di mercato, procedimentalizzando tale modalità semplificata di individuazione del contraente. In applicazione dei suddetti principi generali ha proceduto a svolgere l'*iter* di selezione. Tutto ciò nella imprescindibile consapevolezza dell'ampia discrezionalità di cui, in assenza di una vera e propria comparazione, la stazione appaltante gode nella scelta dell'offerta più rispondente al proprio fabbisogno.

TAR LOMBARDIA – MILANO, SEZ. II – sentenza 25 ottobre 2023 n. 2453

Sull'auto-vincolo per la PA derivante dall'avviso (o dalla RDO) anche se l'importo è al di sotto della soglia per l'affidamento diretto

E' illegittimo l'affidamento di una RDO (per una fornitura di € 39.000) disposto sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (introdotto in corso di procedura) in contratto con quanto previsto nell'avviso (che faceva esclusivo e chiaro riferimento al minor prezzo).

Il rispetto dell'autovincolo è confermato anche dal vigente codice dei contratti pubblici (D.Lgs. n. 36 del 2023), che fra i **principi fondamentali** annovera quello dell'**affidamento** e della **buona fede**, per

cui occorre tutelare l'affidamento dell'operatore economico sul legittimo esercizio del potere amministrativo (cfr. in particolare l'**art. 5** del D.Lgs. n. 36 del 2023).

TAR ABRUZZO – L'AQUILA, SEZ. I – sentenza 17 novembre 2022 n. 410

Sull'affidamento diretto competitivo

1. L'amministrazione, quando si determina a consultare più operatori per l'affidamento di contratti, ancorché di importo inferiore a € 40.000, avvia pur sempre una procedura di gara (nel caso in decisione **il procedimento ha avuto avvio con l'invito di più operatori**, cui ha fatto seguito la presentazione e la valutazione selettiva delle offerte **ed è proseguito con la comparazione delle offerte e la scelta del contraente**, mediante applicazione di criteri tabellari di selezione della migliore offerta attributivi di distinti punteggi, sulla base del prezzo di vendita proposto dai concorrenti per ciascuno dei prodotti).

È dunque evidente l'Amministrazione ha inteso dar corso a un confronto competitivo fra gli aderenti all'invito ad offrire. Trovano pertanto piena applicazione i principi in materia di parità di trattamento degli operatori partecipanti alla gara.

Sull'illegittimità della fissazione postuma dei criteri di valutazione delle offerte

2. E' illegittimo l'affidamento diretto di una concessione di servizi (nella specie, concessione del servizio di installazione di distributori automatici di bevande calde, bevande fredde, snack dolci e salati presso un istituto scolastico), **ove la P.A. appaltante abbia stabilito i criteri di valutazione ad offerte già note**; in tal caso, infatti, non è certo rispettoso del principio di parità di trattamento, l'operato della stazione appaltante che ha stabilito i criteri di valutazione ad offerte già note, pervenute via email in allegato non crittografato e immediatamente consultabile al momento della ricezione. E ciò sul rilievo che il principio di imparzialità che governa l'operato della P.A., esige, in materia di affidamenti di incarichi e contratti pubblici (declinato per questi ultimi in funzione pro- concorrenziale dal diritto comunitario), che i criteri che l'amministrazione decide di applicare per scegliere il candidato o l'offerta migliore, siano preventivamente stabiliti a garanzia del buon andamento.

Sull'illegittimità di una modifica postuma dell'offerta

3. E' illegittimo l'affidamento diretto di una concessione di servizi, nel caso in cui sia risultato che il concorrente vittorioso abbia, dapprima, offerto un canone di un determinato importo (nella specie, di Euro 3.500,00=), e, successivamente, abbia, con separata nota diretta alla stazione appaltante, integrato il medesimo canone indicando un importo superiore (nella specie, di Euro 5.000,00=); in tal caso, infatti, risulta violato il principio di immodificabilità dell'offerta.

TAR LOMBARDIA – MILANO, SEZ. IV – sentenza 11 giugno 2024 n. 1778

Sulla procedura semplificata per l'affidamento diretto

La chiara indicazione della norma applicata, l'importo del servizio oggetto di affidamento, inferiore alla soglia dei 140.000 euro, la previsione di **un mero confronto tra preventivi e l'assenza di una commissione giudicatrice**, per cui **l'individuazione del preventivo ritenuto più conveniente per l'amministrazione è effettuata direttamente dal R.U.P., senza le formalità della seduta pubblica e senza l'elaborazione di una graduatoria finale tra le diverse proposte**, palesano la volontà della PA di ricorrere ad una modalità di affidamento diretto e non ad una procedura di carattere comparativo.

TAR BASILICATA, SEZ. I – sentenza 11 febbraio 2022 n. 108

Sulla motivazione a supporto dell'affidamento diretto

In caso di affidamento diretto, è sufficiente che la PA motivi in merito alla scelta dell'affidatario, “dando dettagliatamente conto del possesso da parte dell'operatore economico selezionato dei **requisiti richiesti** nella determina a contrarre o nell'atto ad essa equivalente, della **rispondenza di quanto offerto all'interesse pubblico** che la stazione appaltante deve soddisfare, di **eventuali caratteristiche migliorative offerte dall'affidatario**, della **congruità del prezzo** in rapporto alla qualità della prestazione, nonché **del rispetto del principio di rotazione**” (Linee Guida ANAC n. 4, par. 4.3.1).

La PA ha **puntualmente motivato**, nel provvedimento di affidamento, sia in ordine alle ragioni della cennata ulteriore documentazione tecnica e descrittiva di quanto offerto (individuandola nell'esigenza di consentire una migliore valutazione delle offerte e di individuare il prodotto meglio rispondente alle sue esigenze e necessità), sia in ordine alla scelta dell'offerta, che è risultata essere «*la più adeguata alle specifiche tecniche richieste dalla Stazione Appaltante, nonché la più rispondente in termini di affidabilità, garanzia di qualità e sicurezza dei prodotti proposti, vista anche l'esecuzione di installazioni analoghe e certificazioni di qualità presentate*».

Sull'irrelevanza della richiesta dei preventivi

La mera procedimentalizzazione dell'affidamento diretto, mediante l'acquisizione di una pluralità di preventivi e l'indicazione dei criteri per la selezione degli operatori (procedimentalizzazione che, peraltro, corrisponde alle previsioni contenute nelle Linee Guida n. 4 per tutti gli affidamenti diretti; cfr. il par. 4.1.2 sull'avvio della procedura), non trasforma l'affidamento diretto in una procedura di gara, né abilita i soggetti che non siano stati selezionati a contestare le valutazioni effettuate dall'Amministrazione circa la rispondenza dei prodotti offerti alle proprie esigenze

TAR SICILIA – CATANIA, SEZ. I, sentenza 19 marzo 2024 n. 1099

Sui due consecutivi affidamenti in caso di rotazione

I “due consecutivi affidamenti” (di cui all'art. 49 del cdc) fanno riferimento a quello da aggiudicare e a quello “immediatamente precedente” con la conseguenza che la disposizione vieta il secondo consecutivo affidamento (avente ad oggetto la stessa categorie di opere) e non il “terzo” affidamento da parte dell'operatore già affidatario di due consecutivi affidamenti”, non rivenendosi, per una simile interpretazione, né elementi testuali, né elementi sistematici tenuto anche conto che la disposizione si pone in linea di continuità con la precedente regolamentazione di cui alle linee guida ANAC n. 4 che al punto 3.6 faceva espresso riferimento all'affidamento “precedente” e a quello “attuale”.

CONS. STATO, SEZ. V, sentenza 28 marzo 2024 n. 2946

Sulla derogabilità del principio di rotazione nel caso di partecipazione dell'uscente in RTI

Il principio di rotazione non opera nel momento in cui un operatore, anche se precedente affidatario del servizio, chieda di essere invitato a partecipare in RTI costituendo con un altro soggetto, perché comunque in tal modo un nuovo soggetto parteciperà alla gara, con vantaggio per la concorrenza.

TAR SICILIA - CATANIA, sez. II, sentenza 08 luglio 2024, n. 2476

Sulla doverosa esclusione in caso di elusione del principio di rotazione

Va disposta l'esclusione dell'impresa, per elusione del principio di rotazione, nel caso in cui: a) a ridosso della trasmissione della lettera di invito è stata costituita *ad hoc* una nuova società, amministrata dal socio del contraente uscente nonché fratello dell'amministratore di quest'ultimo; b) tale società, essendo di nuova costituzione, ha stipulato un contratto di avvalimento con il contraente uscente; c) l'operatore che si è aggiudicato l'appalto, quindi, non soltanto risulta legato da uno stretto legame di parentela con il legale rappresentante dell'impresa uscente ma è anche detentore di quota di capitale sociale nell'impresa precedente aggiudicataria; d) la pluralità di tali indizi induce a ritenere che vi sia stato un accordo tra le due società per eludere la rotazione.

Si tratta di elementi fortemente indicativi **dell'elusione del principio di rotazione**, a partire dalla circostanza che la società aggiudicataria sia stata costituita pochi giorni prima dell'espletamento della procedura, avviando la propria attività proprio al momento del ricevimento della richiesta di offerta. Tale circostanza lascia presumere che il socio unico e amministratore – il quale già era titolare di altra impresa, in forma individuale, operante nel settore (e in passate gestioni affidataria del servizio) nonché titolare del 30% del capitale sociale del gestore uscente, abbia appositamente costituito una nuova impresa, dotata di giuridica autonomia rispetto alla precedente aggiudicataria, per poter operare sul mercato in esame senza incorrere nei limiti imposti dal principio di rotazione degli operatori economici.

CONS. STATO, SEZ. V, sentenza 28 marzo 2024 n. 2946

Sulla derogabilità del principio di rotazione nel caso di assenza di un limite agli inviti

E' costante la giurisprudenza nell'escludere l'applicabilità del principio di rotazione laddove il nuovo affidamento avvenga tramite procedure nelle quali la stazione appaltante non operi alcuna limitazione in ordine al numero di operatori tra i quali effettuare la selezione (in termini, tra le tante, Cons. Stato, III, 4 febbraio 2020, n. 875), proprio perché tale condizione esclude, sul piano sostanziale, la configurabilità di una procedura negoziata.

TAR PUGLIA, LECCE, SEZ. II – sentenza 29 gennaio 2025, n. 138

Sull'inapplicabilità della deroga al principio di rotazione, in caso di affidamento diretto preceduto da indagine di mercato

A fronte del chiaro disposto dell'art. 49, comma 4, D. Lgs. n. 36/2023, l'Amministrazione non ha in alcun modo motivato – a supporto della scelta di invitare nuovamente il precedente affidatario del servizio – in merito alla (eventuale) insussistenza di alternative sul mercato (circostanza, peraltro, contraddetta in concreto dalla partecipazione della società ricorrente alla procedura) e alle caratteristiche qualitative della precedente prestazione ad opera della controinteressata.

Né può essere utilmente invocato nella specie dalle difese resistenti il disposto del **comma 5 dell'art. 49 D. Lgs. n. 36 cit., poiché tale disposizione derogatoria al principio di rotazione** (prevista dal legislatore per il caso dell'indagine di mercato effettuata senza porre limiti al numero di operatori economici, in possesso dei requisiti richiesti da invitare alla successiva procedura negoziata) è **praticabile esclusivamente** “per i contratti affidati con le procedure di cui all'articolo 50, comma 1,

lettere c), d) ed e)” dello stesso D. Lgs. n. 36/2023, ossia **per le procedure negoziate senza bando**, relative, rispettivamente, ad appalti di lavori di importo pari o superiore a € 150.000,00 ed inferiore a € 1.000.000,00 (lett. c), ad appalti di lavori di importo pari o superiore a € 1.000.000,00 ed inferiore alla soglia di rilevanza europea (lett. d) e, infine, ad appalti di servizi e/o forniture di importo pari o superiore a € 140.000,00 ed inferiore alla soglia di rilevanza (lett. e); con la conseguenza che nessuna delle suddette ipotesi si attaglia alla fattispecie in esame, riguardante l’affidamento di un servizio avente come importo a base di gara la somma di € 120.000,00, ovvero assoggettato alla disciplina degli affidamenti di importo inferiore a € 140.000,00, ex art. 50, comma 1, lett. b), del D. Lgs. n. 36/2023 (in senso conforme, cfr. TAR Potenza, Sez. I, 21.12.2023, n. 738).

TAR ABRUZZO – PESCARA, SEZ. I – sentenza 7 dicembre 2024 n. 365

Sui presupposti per la deroga alla rotazione (commi 2 e 4 dell’art. 49 del cdc)

Ai sensi dell’art. 49, **comma 2** del Codice dei contratti pubblici, il principio di rotazione si applica con riferimento all’affidamento **immediatamente precedente**, nei casi in cui i due consecutivi affidamenti abbiano ad oggetto una commessa rientrante nello **stesso settore merceologico**, ovvero **nella stessa categoria di opere**, ovvero ancora nello **stesso settore di servizi**.

Un elemento di novità rispetto alla precedente normativa è contenuto nel **comma 4** ove si statuisce che il contraente uscente può essere reinvitato o essere individuato quale affidatario diretto sulla base di una motivazione “rafforzata” che tenga conto specificamente della “struttura del mercato” e della “effettiva assenza di alternative”, nonché dell’“accurata esecuzione del precedente contratto”. Ai fini della deroga al principio di rotazione, i predetti requisiti previsti dal comma 4 dell’art. 49 a supporto dell’onere motivazionale che deve sorreggere la deroga a detto principio **devono essere concorrenti e non alternativi tra loro**. Dal tenore letterale della disposizione (e, in particolare, dalla congiunzione “nonché”) si evince che la deroga alla regola generale del principio può operare solo a fronte della concorrente sussistenza dei requisiti indicati dalla norma e la relativa determinazione dell’amministrazione deve essere adeguatamente motivata sia in ordine alla concreta insussistenza di alternative sul mercato, sia in ordine alla precedente esecuzione del contratto.

Sulla legittimità della scelta di non invitare l’operatore uscente

Nel caso in cui la P.A. appaltante abbia indetto una procedura negoziata senza bando, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, ex art. 50 comma 1 lett. e) D.l.gs n. 36/2023, per l’affidamento di un appalto di servizi sociali, è legittima la scelta operata in applicazione del principio di rotazione, di non invitare l’operatore economico uscente, motivata con riferimento al fatto che detto operatore gestisce da anni i servizi sociali, in forza di affidamento diretto, nelle more dello svolgimento di una procedura negoziata e, da ultimo, anche in regime di proroga. Sulla base dell’ampia discrezionalità tecnica riconosciuta all’Amministrazione nella scelta delle imprese ammesse alla procedura negoziata, l’esclusione della ricorrente dalla procedura negoziata appare coerente con il quadro normativo di cui agli artt. 48 e 49, d. lgs. n. 36 del 2023, in quanto disposta proprio al fine di evitare la formazione di una illegittima rendita di posizione e per perseguire l’effettiva concorrenza.

Sulla deroga al principio di rotazione in caso di affidamento di servizi alla persona, previa motivazione

Il principio di rotazione trova comunque ingresso nella disciplina degli affidamenti inerenti ai servizi sociali sottosoglia a prescindere da un espresso richiamo in forza della previsione generale di cui all’art. 49, comma 1 del Codice, che non è stata espressamente derogata rispetto a tale tipologia di affidamenti. Qualora la volontà del Legislatore fosse stata quella di escludere l’applicazione del principio di rotazione agli affidamenti in questione, la disposizione di cui all’art. 128, comma 8 avrebbe dovuto essere

formulata mediante una chiara ed espressa deroga al principio di rotazione come prescritto dal comma 4 dell'art. 48.

Vero è, piuttosto, che gli affidamenti relativi ai servizi alla persona sottosoglia soggiacciono ad una regolamentazione composita come risultante dalla combinazione della disciplina di carattere generale, comprensiva anche del principio di rotazione, e di quella di carattere speciale, contenuta nell'art. 128 del Codice. Pertanto, l'interpretazione logico-sistematica del comma 8 dell'art. 128 impone che per l'affidamento e l'esecuzione di servizi alla persona di importo inferiore alla soglia europea, **l'Amministrazione ben può derogare al principio generale di rotazione, previa adeguata motivazione, al fine di osservare i principi e i criteri di cui al comma 3, ovvero "garantire la qualità, la continuità, l'accessibilità, la disponibilità e la completezza dei servizi, tenendo conto delle esigenze specifiche delle diverse categorie di utenti, compresi i gruppi svantaggiati e promuovendo il coinvolgimento e la responsabilizzazione degli utenti"**.

CONS. STATO, SEZ. III, sentenza 31 maggio 2024, n. 4875

Sulla derogabilità della rotazione in caso di documentata assenza di alternative

Il divieto di affidamento al contraente uscente nei casi in cui due consecutivi affidamenti abbiano a oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, oppure nella stessa categoria di opere, oppure nello stesso settore di servizi, in applicazione del principio di rotazione ex art. 49, d.lg. n. 36 del 2023 non ha carattere assoluto perché in casi motivati con riferimento alla struttura del mercato e alla effettiva assenza di alternative, nonché di accurata esecuzione del precedente contratto, il contraente uscente può essere reinvitato o essere individuato quale affidatario diretto.

TAR CALABRIA – CATANZARO, SEZ. I – sentenza 11 luglio 2023 n. 1019

Sull'illegittimità della deroga – non motivata – al principio di rotazione

E' illegittima una gara indetta dalla P.A. ai fini dell'affidamento di un appalto di servizi, ivi compreso il provvedimento di aggiudicazione, nel caso in cui tra gli operatori economici, sia stato invitato anche il gestore e/o contraente uscente e in alcun atto della medesima gara siano indicate, con puntuale e stringente motivazione, le ragioni di pubblico interesse idonee a giustificare tale invito, in deroga al principio di rotazione ex art. 36, comma 1°, del d.lgs. n. 50/2016.

TAR LOMBARDIA – BRESCIA, SEZ. II – sentenza 04 marzo 2024 n. 165

Sull'interesse trans-frontaliero

Il legislatore non ha fornito una definizione dell'interesse transfrontaliero certo. La Corte di Giustizia dell'Unione Europea, tuttavia, attraverso vari interventi negli anni, ha fornito una serie di criteri sintomatici idonei ad evidenziarne la sussistenza in concreto, quali: la consistenza dell'appalto, l'ubicazione dei lavori in luogo idoneo ad attrarre l'interesse di operatori esteri, le caratteristiche tecniche dell'appalto, presenza di frontiere che attraversano centri urbani situati sul territorio di stati membri. (v. in tal senso sentenze del 15 maggio 2008 SECAP e Santorso, C-147/06 e C-148/06, EU:C2008:277 punti 20 e 21; 11/12/2014 C-113/13, EU:C:2014:2440, punti 45 e 46; 18/12/2014, C-470/13, EU:C:2014:269 punto 32; 16/04/2015, C-278/14, EU:C:2015:228 punto 16).

Rispetto ai criteri sopra enunciati, quello relativo alla consistenza economica dell'appalto rappresenta senza dubbio non solo il criterio principale ma anche il parametro sulla base del quale valutare l'incidenza probatoria degli altri elementi sintomatici presenti nella fattispecie. Invero, l'elemento economico, ponendo il contratto al di sotto o al di sopra della soglia di rilevanza europea, rappresenta l'unico indice espresso a cui il legislatore affida la presunta esistenza dell'interesse transfrontaliero e la conseguente applicazione integrale delle direttive comunitarie allo scopo di tutelare la concorrenza e il mercato. Ciò al fine di rispondere all'esigenza di garantire che tutti gli operatori economici, stabiliti nel territorio dell'Unione europea, abbiano le medesime possibilità di accesso alle procedure di evidenza pubblica bandite all'interno degli stati membri. Tanto più l'importo della gara è elevato, tanto maggiore è l'interesse del legislatore a consentire che a tale gara possano partecipare, in condizioni di parità, tutti gli operatori economici.

TAR CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. IV – sentenza 8 maggio 2024 n. 3001

Sulla necessità di un'apposita previsione negli atti di gara ai fini dell'esclusione automatica delle offerte anomale negli affidamenti sotto-soglia (art. 54 cdc)

In tema di gare indette dalla P.A. per l'affidamento di un appalto di servizi (nella specie, si trattava del servizio di guardiania armata) per un importo inferiore alla soglia di rilevanza comunitaria, secondo il criterio del minor prezzo *ex art.* 108 comma 3, del D.lgs. 36/2023, deve ritenersi che l'articolo 54, d.lgs. n. 36/2023, nuovo codice dei contratti pubblici, secondo cui al ricorrere dei requisiti di legge, "le stazioni appaltanti, in deroga all'articolo 110, prevedono negli atti di gara l'esclusione automatica", va interpretato nel senso che, nel vigore del nuovo codice dei contratti pubblici, l'esclusione automatica di un'offerta sospetta di anomalia **deve essere espressamente prevista** nella *lex specialis*.

Onde procedere all'esclusione automatica delle offerte anomale occorre osservare i dettami dell'art. 54, commi 1 e 2 del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, in sintesi, prevedendola negli atti di gara, per i casi di appalti inferiori alle soglie di rilevanza comunitaria non presentanti un interesse transfrontaliero certo e di ammissione alla gara di almeno cinque offerte, ed ivi indicando altresì il metodo di individuazione delle offerte anomale.

La mancata previsione negli atti di gara dell'esclusione automatica delle offerte anomale, in uno con la mancata indicazione del metodo per l'individuazione delle stesse, non poteva essere colmata, ovvero sanata *ex post* dalla stazione appaltante.

COMUNICATO DEL PRESIDENTE ANAC del 5 giugno 2024 - Indicazioni in merito ai criteri di selezione degli operatori economici da invitare alle procedure negoziate

L'Autorità ha **escluso l'ammissibilità**, quali possibili criteri di selezione degli operatori economici da invitare alle procedure negoziate, di "condizioni di partecipazione alla procedura che **valorizzano l'elemento della territorialità**, in quanto si tratterebbe di requisiti discriminatori, censurati dalla giurisprudenza, in assenza di motivazioni fondate su ragioni strettamente funzionali alla corretta esecuzione dell'appalto (Cons. Stato n. 2238/2017; parere di precontenzioso n. 47 del 19 marzo 2014)".

L'Autorità nel parere n. 11 del 28 febbraio 2024 **ha, altresì, escluso** "l'idoneità del **criterio dell'ordine cronologico** di arrivo delle manifestazioni di interesse", in quanto di fatto criterio di selezione equiparato all'estrazione a sorte e quindi soggetto allo stesso generale divieto attualmente previsto dalla già richiamata vigente normativa. Siffatto criterio – come evidenziato nel parere – non soddisfa, in particolare, i requisiti di obiettività e coerenza con l'oggetto e la finalità dell'affidamento, né rispetta i principi di concorrenza, non discriminazione, proporzionalità e trasparenza e limita, altresì, l'accesso alla procedura negoziata in modo casuale e non coerente con la vigente disciplina del codice.

Può, altresì, aggiungersi che il **ricorso al criterio cronologico** per la possibile selezione degli operatori economici da invitare alla procedura negoziata presenta criticità forse maggiori rispetto all'utilizzo del sorteggio, in quanto lo stesso espone al rischio – soprattutto nel caso di utilizzo di Elenchi - di offerte concordate nonché di **possibili fenomeni corruttivi e concussivi**, stante la possibilità di informare anticipatamente alcuni concorrenti della data di avvio dell'indagine di mercato, in modo tale da porli in condizione di presentare l'offerta per primi o comunque tra i primi.

Possibili criteri.

Per i lavori potrebbe eventualmente farsi riferimento a:

- importo “complessivo” dei lavori eseguiti regolarmente e con buon esito nell'ultimo triennio (o quinquennio) antecedente la pubblicazione dell'avviso e relativi alla Categoria Prevalente indicata dalla stazione appaltante, da dimostrarsi con i CEL;
- numero di personale dipendente al momento di presentazione della manifestazione di interesse.

Per i servizi e le forniture potrebbe farsi riferimento a:

- fatturato globale riferibile all'ultimo triennio (o quinquennio) antecedente la pubblicazione dell'avviso;
- importo complessivo dei servizi analoghi regolarmente svolti nello stesso arco temporale;
- numero di personale dipendente al momento di presentazione della manifestazione di interesse partecipazione;
- possesso di specifica/he certificazione/i pertinente/i l'oggetto dell'affidamento.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 25 ottobre 2022 n. 9117

Sulla natura dell'accordo quadro

Come affermato in dottrina e giurisprudenza, l'accordo quadro, stante la sua natura di contratto normativo **destinato non a far sorgere obbligazioni tra aggiudicatario e stazione appaltante con oggetto l'esecuzione di determinate prestazioni, ma soltanto a stabilire tra le parti le condizioni alle quali saranno svolte dall'aggiudicatario eventuali prestazioni future nel momento in cui l'Amministrazione dovesse averne l'esigenza**, ha in sé un'ineliminabile componente aleatoria, pur temperata dal ritenuto obbligo per la stazione appaltante di fissare la quantità massima di prestazioni che potranno essere attivate in esecuzione dell'accordo quadro, nonché di stabilire la base d'asta sulla base del fabbisogno stimato in esito a un'analisi “storica”.

In tal senso, il **contraente che si aggiudica la gara non acquisisce un diritto a rendere il servizio** all'Amministrazione nella misura massima del valore stimato in sede di accordo quadro, bensì ad essere l'operatore che stipulerà **i singoli contratti specifici, di volta in volta conclusi secondo le esigenze delle singole amministrazioni**, e pertanto **non ha la certezza di fornire integralmente il servizio nei confronti delle amministrazioni contraenti per il solo fatto dell'aggiudicazione della gara sull'accordo quadro**, né di rendere necessariamente tutte le tipologie di servizio contemplate dall'accordo quadro medesimo.

COMMISSIONE EUROPEA 29 ottobre 2015 – Linee guida per gli appalti pubblici

Sull'accordo quadro

L'accordo quadro non è un appalto; tuttavia l'appalto per l'istituzione di un accordo quadro è sottoposto alle norme UE in materia di appalti. **Gli accordi quadro possono essere applicati a tutti i tipi di appalti. L'impiego degli accordi quadro è più idoneo per gli appalti che rispondono ad esigenze consolidate, ripetute nel tempo, il cui numero, così come l'esatto momento del loro verificarsi, non sia noto in anticipo.**

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - sentenza 6 agosto 2021 n. 5785

L'Accordo Quadro “costituisce una procedura di selezione del contraente (che non postula alcuna deroga ai principi di trasparenza e completezza dell'offerta) allo scopo di **semplificare**, sotto il profilo amministrativo, il processo d'aggiudicazione dei contratti fra una o più stazioni appaltanti ed uno o più operatori economici, individuando **futuri** contraenti, prefissando condizioni e clausole relative agli appalti in un dato **arco temporale massimo**, con l'indicazione dei prezzi e, se del caso, delle quantità previste. Così facendo l'amministrazione **accorpa la maggior parte degli adempimenti amministrativi ed ottiene un risparmio di attività procedimentale**, nonché di oneri connessi alle procedure di affidamento.

Lo scopo dell'Accordo è quello di **semplificare le procedure in caso di prestazioni ripetitive**, che consente alle Amministrazioni aggiudicatrici di specificare in anticipo i costi di un programma di spese/investimenti, garantendo allo stesso tempo il massimo della flessibilità, l'economicità della prestazione ed il buon andamento dell'azione amministrativa.

Con l'Accordo, in pratica, vengono stabilite le clausole relative ai **futuri contratti**, in particolare per quanto concerne i prezzi e le quantità previste.

TAR CAMPANIA, NAPOLI, SEZ. I, sentenza n. 4264 del 2016

Sulla natura dell'accordo quadro

L'accordo quadro è un modello negoziale, riconducibile, *lato sensu*, agli schemi del **contratto normativo e del contratto preliminare** e si sostanzia in un **accordo con efficacia limitata nel tempo**, concluso con uno o più operatori economici al fine di stabilire i termini e le condizioni dei futuri contratti da affidare e, quindi, le caratteristiche generali dei beni, servizi e lavori richiesti dalla Stazione Appaltante.

CONS. STATO, SEZ. III – sentenza 6 marzo 2018, n. 1455

T.A.R. CAMPANIA, NAPOLI, SEZ. I, sentenza 7 gennaio 2021, n. 89

Sull'insussistenza di obbligazioni a fronte di un accordo quadro

Dall'Accordo Quadro non discende un assetto di specifiche obbligazioni, bensì una disciplina generale alla quale gli operatori economici devono attenersi in vista della stipulazione, a valle, di successivi contratti esecutivi, in numero non predeterminabile, entro il limite economico costituito dalla quota parte di rispettiva assegnazione nell'interesse e secondo le esigenze dell'amministrazione.

CORTE DEI CONTI - Sezione centrale del controllo di legittimità sugli atti del Governo e delle Amministrazioni dello Stato - Deliberazione n. SCCLEG/1/2023/PREV (10 febbraio 2023)

Dall'Accordo Quadro **non scaturiscono direttamente obbligazioni o effetti reali** e, di conseguenza, lo stesso non può configurarsi come atto produttivo in via diretta ed immediata di effetti finanziari sul bilancio dello Stato e, quindi, **non costituisce titolo legittimante la nascita di una obbligazione pecuniaria** a carico di questo, **in assenza della quale l'Amministrazione non può procedere all'assunzione dell'impegno di spesa.**

Diversamente, i contratti adesivi allo stesso, in quanto produttivi di obbligazioni tra le parti del contratto discendente dall'Accordo a monte, daranno luogo a specifici atti di impegno adottati ai sensi del comma 2 dell'art. 34 della legge di contabilità e finanza pubblica.

Questa Sezione afferma il principio della **non necessità dell'assunzione dell'impegno di spesa per l'Accordo Quadro.**

Il valore economico dell'Accordo Quadro **non costituisce indicazione del corrispettivo contrattuale ma quantifica un fabbisogno presunto**: la Stazione appaltante individua un **importo massimo** dell'Accordo Quadro, **al raggiungimento del quale lo stesso si intende concluso, ma non garantisce l'affidamento delle prestazioni né per un valore minimo né per un valore massimo** mentre obbliga il fornitore/appaltatore ad eseguire le prestazioni oggetto dei contratti discendenti fino alla concorrenza dell'importo contrattuale massimo stimato.

Comunicato del Presidente ANAC del 5.06.2024 l'ANAC - Chiarimenti circa la possibilità di ricorrere all'affidamento diretto di un accordo quadro.

Nessuna attuale disposizione del nuovo Codice appalti sembra vietare il possibile ricorso all'affidamento diretto di un accordo quadro, nel caso in cui ricorrano le condizioni di cui alle lett. a) e b) dell'art. 50, comma 1, del D. Leg.vo 36/2023, ossia nel caso di lavori il cui importo massimo stimato per l'intera durata dell'accordo sia inferiore a 150.000 euro e nel caso di servizi, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura, o forniture il cui importo massimo stimato sempre per l'intera durata dell'accordo sia inferiore a 140.000 euro, e sempre che non ricorra un interesse transfrontaliero certo;

l'importo massimo complessivo dell'accordo quadro dovrà essere calcolato puntualmente nel rispetto di quanto previsto dall'art. 14, comma 16, del D. Leg.vo 36/2023 e l'eventuale possibile incremento dell'importo del contratto dovrà essere rapportato all'importo massimo stimato ai fini dell'affidamento diretto e non potrà, in ogni caso, comportare il superamento della soglia complessiva entro la quale è ammissibile il ricorso all'affidamento diretto;

sarebbe, altresì, auspicabile che le stazioni appaltanti procedano - ove possibile - alla consultazione di più operatori economici, assicurando che siano in possesso di documentate esperienze pregresse idonee all'esecuzione delle prestazioni contrattuali oggetto dell'accordo quadro;

per quanto concerne la compatibilità dell'affidamento diretto di un accordo quadro con il **principio di rotazione** di cui all'art. 49 del D. Lgs. 36/2023, i singoli ed eventuali contratti applicativi a valle dell'accordo quadro, appaiono **riconducibili all'unico affidamento iniziale di importo massimo stimato inferiore alle soglie europee**. Tale circostanza **esclude, pertanto, la violazione del principio nel caso di successivi contratti applicativi rientranti nell'ambito dell'importo massimo stimato per l'affidamento diretto dell'accordo quadro;**

□ il soggetto sottoscrittore dell'accordo quadro deve necessariamente richiedere l'attribuzione di un codice CIG (c.d. **padre**) e di un nuovo codice CIG derivato (o c.d. **figlio**) per ciascun contratto applicativo, da riportare nei pagamenti derivanti da quest'ultimo. Ciò anche nel caso in cui il soggetto (amministrazione) che stipula l'accordo quadro coincida con quello che è parte negli appalti a valle dell'accordo, ai fini della necessaria acquisizione delle informazioni relative alle fasi di esecuzione dell'appalto (l'ANAC ha indicato anche le relative schede da compilare).

REQUISITI DI PARTECIPAZIONE

TAR BASILICATA, SEZ. I – sentenza 14 giugno 2024 n. 312

Sulla persistenza dei requisiti di partecipazione

Secondo il costante e pacifico principio giurisprudenziale di continuità nel possesso dei requisiti di ammissione alle gare di appalti pubblici, tali requisiti devono sussistere al momento della scadenza del termine di presentazione delle offerte e non possono essere persi per tutto il periodo di espletamento del procedimento di evidenza pubblica e neanche nel corso dell'esecuzione dell'appalto.

TAR PUGLIA – LECCE, SEZ. II – sentenza 5 gennaio 2023 n. 34

Sulla necessità del possesso dei requisiti alla data di partecipazione alla procedura di gara

E' illegittima l'ammissione, in una gara di appalto di servizi – e la successiva aggiudicazione – di una ditta che, alla data di scadenza del termine di presentazione della domanda di partecipazione sia dichiaratamente non in possesso della certificazione di qualità ISO 45001, ove tale certificazione sia espressamente richiesta, **a pena di esclusione**, dalla *lex specialis*. Deve infatti ritenersi affetto da illegittimità il provvedimento di ammissione alla gara di un concorrente, nel caso in cui il requisito di partecipazione **venga conseguito in un momento non anteriore al termine di presentazione delle offerte**, in quanto, diversamente opinando, si arrecherebbe un grave *vulnus* al principio di *par condicio*, dal punto di vista dell'elusione a titolo particolare del termine perentorio di partecipazione.

Delibera ANAC del 6 novembre 2024 n. 505

Sulla tassatività dei requisiti speciali per appalti di servizi e forniture

Nelle procedure dirette all'affidamento degli appalti di servizi e forniture, in disparte i requisiti di idoneità professionale ed eventuali requisiti richiesti da leggi speciali, la Stazione appaltante può richiedere **esclusivamente i requisiti speciali del fatturato globale e dell'avvenuto svolgimento di servizi analoghi**, la cui specifica modulazione deve avvenire nel rispetto dei principi di attinenza e proporzionalità con l'oggetto della gara.

TAR LAZIO – ROMA, SEZ. IV – sentenza 5 febbraio 2025 n. 2684

Sulla non utilizzabilità della banca dati ex art. 99 cdc per la verifica degli elementi dell'offerta

E' legittimo e corretto il comportamento della Commissione di gara di una procedura concorrenziale, indetta per la definizione di un accordo quadro ex art. 59, co. 4, lett. a) del d.lgs. n. 36 del 2023 (c.d. codice dei contratti pubblici), avente ad oggetto l'affidamento di un appalto di lavori, nel caso in cui, resasi conto della mancata allegazione da parte di un operatore economico della documentazione attestante quanto dichiarato dallo stesso con riferimento ad un sub criterio, non abbia proceduto alla consultazione delle banche dati di cui all'art. 99 del d.lgs. n. 36 del 2023, essendo tale norma prevista per scopi totalmente diversi.

La circostanza secondo cui l'utilizzo delle banche dati o sistemi di interoperabilità tra operatori sia funzionale ad una verifica in ordine alla sussistenza dei requisiti di partecipazione e della documentazione amministrativa utile ai fini dell'aggiudicazione, **ma non anche degli elementi a comprova del contenuto dell'offerta tecnica** risulta confermato anche: – dall'art. 24 del d.lgs. n. 36 del 2023 il quale dispone espressamente che: “presso la Banca dati nazionale dei contratti pubblici opera il fascicolo virtuale dell'operatore economico che consente la verifica dell'assenza delle cause di esclusione di cui agli articoli 94 e 95 e dei requisiti di cui all'articolo 103 per i soggetti esecutori di lavori pubblici, nonché dei dati e dei documenti relativi ai requisiti di cui all'articolo 100 che l'operatore economico inserisce”.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 22 ottobre 2024 n. 8443

Sulla differenza tra requisiti di esecuzione e requisiti di partecipazione

In materia di contratti della P.A. e di gare di appalto, devono essere tenuti distinti i requisiti di esecuzione del contratto, da quelli di partecipazione alla procedura di gara: questi ultimi attengono all'operatore economico e sono necessari per accedere alla procedura di gara, mentre i requisiti di esecuzione attengono all'oggetto dell'appalto, rilevando quanto alle modalità di esecuzione del servizio ed agli obiettivi che con esso persegue la Stazione appaltante. Tra i requisiti di esecuzione vanno collocati gli elementi caratterizzanti la fase esecutiva del servizio così distinguendoli dai primi, che sono invece necessari per accedere alla procedura di gara, in quanto requisiti generali di moralità (ex art. 80, d.lgs. n. 50 del 2016) e requisiti speciali attinenti ai criteri di selezione (ex art. 83, d.lgs. n. 50 del 2016). Non essendo in discussione che il possesso dei requisiti di partecipazione sia richiesto al concorrente sin dal momento della presentazione dell'offerta, merita evidenziare che i requisiti di esecuzione sono, di regola, condizioni per la stipulazione del contratto di appalto, pur potendo essere considerati nella *lex specialis* come elementi dell'offerta, a volte essenziali, più spesso idonei all'attribuzione di un punteggio premiale.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 27 giugno 2024 n. 5691

Sulla distinzione tra requisiti di partecipazione e requisiti di esecuzione

In materia di gare di appalto, devono essere tenuti distinti i “requisiti di partecipazione alla gara” e “requisiti per l'esecuzione del contratto”. La distinzione tra i suddetti requisiti fa capo alla previsione di cui all'art. 70 della direttiva 2014/24 e all'art. 87 della direttiva 2014/25, che facoltizza le stazioni appaltanti a richiedere agli operatori concorrenti, in aggiunta al possesso dei “requisiti” e delle “capacità” oggetto di valutazione selettiva ulteriori “requisiti particolari”.

La Corte di giustizia UE (sez. I, 8 luglio 2021, n. 428) ha chiarito come l'attrazione di una specifica capacità prestazionale nell'alveo dei requisiti di partecipazione, sebbene inerente *stricto sensu* alle concrete modalità di svolgimento della futura attività contrattuale, dunque dell'offerta, ben può essere giustificata dal rafforzamento dell'esigenza per la stazione appaltante di assicurarsi, a monte, che coloro che partecipano alla gara dimostrino di poter essere nelle condizioni di svolgere determinate prestazioni

richiedenti caratteristiche operative peculiari. Tale esigenza è tuttavia controbilanciata dal principio secondo cui il fatto di obbligare gli offerenti a soddisfare tutte le condizioni di esecuzione dell'appalto sin dalla presentazione della loro offerta costituisce un requisito eccessivo che, di conseguenza, rischia di dissuadere tali operatori dal partecipare alle procedure di aggiudicazione degli appalti e, in tal modo, viola i principi di proporzionalità e di trasparenza.

La **regolazione dei requisiti di esecuzione** va rinvenuta nella *lex specialis*, con la conseguenza che, se richiesti come **elementi essenziali dell'offerta** o per **l'attribuzione di un punteggio premiale**, la loro mancanza al momento di partecipazione alla gara comporta, rispettivamente, l'esclusione del concorrente o la mancata attribuzione del punteggio; se richiesti come **condizione per la stipulazione del contratto**, la loro mancanza rileva al momento dell'aggiudicazione o al momento fissato dalla legge di gara per la relativa verifica e comporta la decadenza dall'aggiudicazione, per l'impossibilità di stipulare il contratto addebitabile all'aggiudicatario (Cons. Stato, Sez. V, 7 marzo 2022, n. 1617).

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 9 maggio 2024 n. 4162

Sul requisito di iscrizione alla Camera di commercio (e sull'inidoneità dell'oggetto sociale)

La prescrizione della *lex specialis* di gara, con la quale si richiede ai concorrenti, ai fini della partecipazione, l'iscrizione alla Camera di commercio per una determinata attività, ha la funzione di selezionare operatori che abbiano una esperienza specifica nel settore interessato dall'appalto. La certificazione camerale è dunque lo strumento mediante il quale può accertarsi il concreto ed effettivo svolgimento, da parte della concorrente, di una determinata attività, adeguata e direttamente riferibile al servizio da svolgere; il che consente di escludere la possibilità di prendere in considerazione elementi provenienti *aliunde*, come il contenuto dell'oggetto sociale, il quale – ancorché segni il campo delle attività che un'impresa può astrattamente svolgere, sul piano della capacità di agire dei suoi legali rappresentanti – non equivale, però, ad attestare il concreto esercizio di una determinata attività.

Non può dunque revocarsi in dubbio la legittimità della clausola del disciplinare che abbia richiesto – come nella specie – una congruenza contenutistica, tendenzialmente completa, tra le risultanze descrittive della professionalità dell'impresa, come riportate nell'iscrizione alla Camera di commercio, e l'oggetto del contratto d'appalto, evincibile dal complesso di prestazioni in esso previste.

TAR PUGLIA – LECCE, SEZ. III – sentenza 9 dicembre 2024 n. 1340

Sull'iscrizione camerale

E' illegittima l'esclusione dalla gara del concorrente che, pur non iscritto al registro della Camera di Commercio per una attività coincidente con l'oggetto del contratto, abbia dimostrato di operare nel settore economico nel quale rientra l'appalto e di possedere gli altri requisiti di selezione della capacità tecnica e professionale richiesti dal bando. Ciò perché la funzione dell'iscrizione camerale non è verificare la capacità tecnico professionale dei concorrenti, ma accertarne l'idoneità professionale, in modo da consentire la partecipazione alla gara ai soli operatori economici forniti di competenze coerenti con le prestazioni oggetto dell'appalto.

TAR CAMPANIA – SALERNO, SEZ. I – sentenza 1° ottobre 2024 n. 1765

Sull'iscrizione camerale e sull'irrelevanza dell'oggetto sociale

1. In materia di gare di appalto, deve ritenersi che l'iscrizione camerale dell'operatore relativamente alle attività inerenti all'oggetto dell'appalto costituisce un requisito di idoneità professionale che, imponendo una tendenziale congruenza contenutistica tra le risultanze descrittive della professionalità dell'impresa, come riportate nell'iscrizione alla Camera di commercio, e l'oggetto del singolo appalto, risulta finalizzato a filtrare l'ingresso in gara dei soli concorrenti forniti di una professionalità coerente con le prestazioni oggetto dell'affidamento.

2. La congruenza contenutistica tra le risultanze descrittive della professionalità dell'impresa, come riportate nell'iscrizione alla Camera di commercio, e l'oggetto del singolo appalto, deve essere verificata unicamente sulla base del confronto tra le risultanze descrittive del certificato camerale – ove vengono indicate l'attività prevalente e quella secondaria dell'ente – e l'oggetto del contratto di appalto di volta in volta considerato, senza assegnare, pertanto, alcuna rilevanza ad ulteriori elementi, quali il possesso di un determinato Codice Ateco da parte dell'operatore, l'eventuale episodica precedente esecuzione delle medesime attività oggetto di affidamento ad opera della partecipante, ovvero l'indicazione di tali attività nell'oggetto sociale della stessa, atteso che l'attività rilevante ad integrare il requisito dell'idoneità professionale può essere dimostrata esclusivamente attraverso l'iscrizione nel registro delle imprese, mentre l'oggetto sociale esprime soltanto la misura della capacità di agire del soggetto partecipante, indicando i settori, potenzialmente illimitati, nei quali la società potrebbe in astratto operare, elencandone tutti i possibili indirizzi operativi.

3. E' legittima la valutazione positiva della P.A. appaltante, relativa al possesso, in capo ad un concorrente di una gara per l'affidamento degli spazi di una azienda ospedaliera, da adibire alla gestione dei servizi bar-punto ristoro e distributori automatici, del requisito della iscrizione alla Camera di Commercio, in relazione all'oggetto dell'appalto, nel caso in cui: a) l'operatore economico interessato risulti iscritto nei registri della CC.II.AA con il codice ATECO 47.99.2, corrispondente all'attività di commercio per mezzo di distributori automatici; b) dalla visura camerale storica della società, si legga, tra l'altro, che la società ha per oggetto la somministrazione al pubblico, con qualsiasi modalità, di alimenti e bevande di qualsiasi tipo ed in qualunque modo autorizzabile, e ciò mediante l'esercizio di bar, gelaterie, pasticcerie, ristoranti, trattorie, pizzerie, tavole calde, pub, fast food, rosticcerie, produzione di panini, toast, bevande alcoliche e super alcoliche.

TAR SICILIA – PALERMO, SEZ. I – sentenza 27 giugno 2024 n. 2075

Sull'iscrizione camerale (coerenza tra attività iscritte nel camerale e oggetto dell'appalto)

L'iscrizione camerale è **requisito di idoneità professionale anteposto ai più specifici requisiti attestanti la capacità tecnico professionale ed economico-finanziaria** dei partecipanti alla gara. La sua funzione è quella di filtrare l'ingresso in gara dei soli concorrenti forniti di una professionalità coerente con le prestazioni oggetto dell'affidamento pubblico; la prescritta coerenza tra attività indicate nell'iscrizione alla Camera di Commercio e l'oggetto dell'appalto dev'essere valutata complessivamente e **non può essere richiesta la perfetta coincidenza** tra le prime e il secondo.

TAR PUGLIA – LECCE, SEZ. II – sentenza 24 gennaio 2023 n. 116

Sull'idoneità anche di un'iscrizione camerale "secondaria"

L'art. 83, comma 3, del codice dei contratti pubblici si limita a prescrivere da una parte, che ai fini della sussistenza dei requisiti di idoneità professionali, i concorrenti alle gare [...] devono essere iscritti nel registro della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura o nel registro delle commissioni provinciali per l'artigianato, o presso i competenti ordini professionali, senza tuttavia specificare che l'iscrizione debba sussistere in relazione all'attività esercitata in via primaria; dall'altra, che "ciò che

rileva ai fini dell' idoneità professionale è che l'impresa abbia maturato esperienza nell'ambito di interesse della stazione appaltante, il che non è escluso o contraddetto dal carattere secondario assunto da tale attività rispetto al core business aziendale.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 22 giugno 2022 n. 5168

Sulla differenza tra ristorazione pubblica e ristorazione collettiva

E' legittimo il provvedimento con il quale la P.A. ha disposto la decadenza dall'aggiudicazione dell'appalto del servizio di ristorazione per le scuole dell'infanzia e primaria, che sia motivato con riferimento al fatto che la ditta interessata, pur avendo fatto ricorso all'istituto dell'avvalimento per soddisfare il requisito richiesto dal disciplinare di gara, della capacità produttiva del centro cottura (nella specie, di almeno 600 pasti) e per essere in possesso dei requisiti igienico-sanitari previsti dalla normativa vigente per la ristorazione collettiva, in realtà, al riguardo, è risultata essere in possesso della sola autorizzazione per la ristorazione pubblica/commerciale, e non anche per la ristorazione collettivo-assistenziale. L'autorizzazione per la ristorazione pubblica/commerciale non comprende, infatti, alcuna attività connessa alla preparazione degli alimenti per il loro trasporto, con conseguente non conformità, a quanto richiesto dalla *lex specialis* di gara, del requisito dell' idoneità igienico-sanitario della struttura centro-cottura, in quanto riferito alla ristorazione pubblica e non collettiva-assistenziale.

CONS. STATO, SEZ. III, sentenza 5 luglio 2024, n. 5991

Sul centro di cottura quale requisito di esecuzione

Il possesso del centro cottura esterno è requisito attinente non già alla partecipazione alla gara, ma all'esecuzione del contratto secondo il principio, del resto conforme ad consolidato orientamento giurisprudenziale di questo Consiglio e correttamente ribadito dal primo giudice, secondo cui il possesso di un centro cottura si pone non come "requisito di partecipazione", ma "di esecuzione" dell'appalto, trattandosi di un elemento materialmente necessario per l'esecuzione del contratto di appalto del servizio, come tale legittimamente esigibile verso il concorrente aggiudicatario definitivo come "condizione" per la stipulazione del contratto, perché è in quel momento che si attualizza per l'amministrazione l'interesse a che il contraente abbia a disposizione una struttura per assicurare il servizio (cfr., *ex plurimis*, Cons. St., sez. V, 4 gennaio 2021, n. 63, Cons. St., sez. V, 18 dicembre 2017, n. 5929, che, a tal fine, evidenzia come, a ragionare diversamente, si avallerebbe un'impostazione ingiustificatamente restrittiva della concorrenza e irragionevole, perché si imporrebbe a tutti i concorrenti di procurarsi anticipatamente, e comunque prima dell'aggiudicazione definitiva, un centro di cottura, reperendo - con evidente onere economico e organizzativo che poi potrebbe risultare ultroneo per chi non risulta aggiudicatario - immobili idonei alla preparazione di pasti per servizi di ristorazione collettiva, sostenendo i connessi investimenti in vista di una sola possibile, ma non certa acquisizione della commessa).

TAR CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. III – sentenza 12 ottobre 2023 n. 5564

Sull'illegittimità dell'esclusione in caso di durc "in verifica"

E' illegittima la esclusione da una gara di appalto, disposta per il difetto del requisito della regolarità contributiva, nel caso in cui il relativo provvedimento rechi la motivazione secondo cui la posizione del concorrente interessato rispetto agli obblighi contributivi risulti "in verifica". Ciò in quanto, in tal caso, non solo non emergono violazioni definitivamente accertate, ma la posizione dell'operatore economico

non risulta neppure irregolare in senso proprio (né sono stati richiesti dall'amministrazione comunale chiarimenti all'INPS in riferimento alle circostanze dedotte dalla ditta ricorrente). L'illegittimità del provvedimento di esclusione deriva, dunque, dal fatto che esso risulta essere motivato in virtù di una situazione contributiva "in verifica", mentre l'art. 80 c. 4 d.lgs. 50/2016 richiede una condizione di irregolarità contributiva, peraltro definitivamente accertata.

TAR SICILIA – PALERMO, SEZ. II – sentenza 10 luglio 2023 n. 2309

Sull'irrelevanza di una sanatoria postuma del DURC irregolare

La mancanza di un D.U.R.C. regolare, così come la certificazione negativa, comporta una presunzione legale, iuris et de iure, di gravità, che obbliga la stazione appaltante a estromettere il concorrente dalla procedura di evidenza pubblica, senza poterne sindacare nel merito il contenuto. Tale gravità non viene meno per effetto della postuma sanatoria della posizione contributiva, avuto presente che, da un lato, l'impresa deve conservare per tutta la durata della procedura di aggiudicazione e del rapporto con la stazione appaltante tale situazione di regolarità e che, in ogni caso, le procedure di invito alla regolarizzazione operano sul piano dei rapporti tra impresa ed ente previdenziale, e non anche con riguardo al rapporto con la stazione appaltante, come del resto espressamente previsto dall'ultimo periodo dell'art. 80, co. 4, d.lgs. n. 50/2016 (cfr. Cons. St., sez. V, 28 gennaio 2021, n. 833).

Sulla cessione o affitto di ramo d'azienda

In caso di cessione o affitto di ramo d'azienda, vi è una sostanziale continuità tra i due soggetti imprenditoriali, con applicazione del principio *ubi commoda, ibi incommoda*: «il cessionario, come si avvale dei requisiti del cedente sul piano della partecipazione a gare pubbliche, così risente delle conseguenze, sullo stesso piano, delle eventuali responsabilità del cedente, dunque anche sotto il profilo delle eventuali condotte che possono integrare il grave illecito professionale. In siffatta direzione, "la continuità imprenditoriale tra l'affittuario e l'affittante risulta insita in *re ipsa* nello stesso trasferimento della disponibilità economica di una parte dell'azienda ad altra impresa, giuridicamente qualificabile come affitto, ad eccezione della sola ipotesi in cui il soggetto interessato (cessionario) abbia fornito la prova di una completa cesura tra le gestioni".

TAR CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. I – sentenza 14 settembre 2022 n. 5711

Sulla vincolatività del DURC

Il contenuto del D.U.R.C. esula dai poteri valutativi della stazione appaltante il cui compito è circoscritto solo alla verifica della presenza o meno del documento di regolarità contributiva, con conseguente ammissione o esclusione dell'operatore economico senza alcun potere discrezionale.

TAR PUGLIA, SEZ. UNITE – sentenza 16 settembre 2024 n. 975

Sulla non definitività in caso di versamento di 1/3 del debito tributario

Il provvedimento è illegittimo per non avere considerato che la somma di €. 241.636,55 non è stata ancora versata dalla-OMISSIS-, in ragione della pendenza del giudizio tributario, avente ad oggetto l'avviso di accertamento relativo all'anno 2008. Nello specifico, -OMISSIS- ha versato unicamente un terzo di quanto dovuto, in base al detto accertamento, in applicazione del chiaro disposto normativo di

cui all'art. 15 d.P.R. 602/1973, secondo il quale “le imposte, i contributi ed i premi corrispondenti agli imponibili accertati dall'ufficio ma non ancora definitivi, nonché i relativi interessi, sono iscritti a titolo provvisorio nei ruoli, dopo la notifica dell'atto di accertamento, per un terzo degli ammontari corrispondenti agli imponibili o ai maggiori imponibili accertati”.

TAR LIGURIA, SEZ. I – sentenza 18 dicembre 2024 n. 883

Sul principio di continuità dei requisiti

1. Nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici vige il principio di continuità nel possesso dei requisiti di partecipazione, tra cui la regolarità fiscale, che è stato declinato nelle seguenti regole: – i requisiti di partecipazione devono essere posseduti dall'operatore economico alla data di scadenza del termine per la presentazione delle offerte e mantenuti per tutta la durata della procedura, fino all'aggiudicazione definitiva e alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell'esecuzione, senza soluzione di continuità.

Sulla regolarità fiscale (e sulla decadenza in caso di mancato pagamento di rate della rottamazione)

2. E' legittima la esclusione di un operatore economico da una gara di appalto per l'affidamento, ai sensi dell'art. 94, comma 6, del d.lgs. n. 36/2023, dell'appalto del servizio di spiagge libere attrezzate, che sia motivata con riferimento al fatto che sussistono a carico del concorrente comprovate violazioni gravi, definitivamente accertate, ossia debiti tributari risultanti da atti non più impugnabili di importo superiore alla soglia stabilita dall'art. 48-bis, commi 1 e 2-bis, del d.p.r. n. 602/1973, richiamato dall'art. 1 dell'allegato II.10 al d.lgs. n. 36/2023 e, in particolare, perché l'operatore economico è decaduto dal beneficio della definizione agevolata ex art. 1, commi 231 ss., della legge n. 197/2022 (c.d. rottamazione-qaater), consistente nella “rottamazione” di un debito fiscale, a fronte dell'impegno a rispettare un piano di rientro, oltre interessi.

CONSIGLIO DI STATO, ADUNANZA PLENARIA – sentenza 24 aprile 2024 n. 7

Sulla doverosa esclusione in caso di accertata irregolarità fiscale grave e definitivamente accertata

Va disposta l'esclusione dalla gara di un operatore economico – con conseguente declaratoria di inefficacia del contratto stipulato – nel caso in cui sia risultato comprovato che il concorrente sia privo del requisito della regolarità fiscale e che ha omesso di dichiarare alla P.A. tale carenza. In particolare, deve ritenersi privo del requisito della regolarità fiscale un concorrente che, al momento della presentazione dell'offerta, sia debitore, in relazione ad un debito grave e definitivamente accertato, nei confronti del Segretariato Generale della Giustizia amministrativa, derivante dal mancato pagamento di una sanzione pari a 18.000,00 euro, irrogata in conseguenza del ritardato pagamento del contributo unificato dovuto per l'iscrizione a ruolo di un ricorso in appello.

TAR MARCHE, SEZ. I – sentenza 1° giugno 2024 n. 542

Sull'esclusione per irregolarità fiscale grave non definitivamente accertata

E' legittima la esclusione di un operatore economico da un appalto di lavori, secondo il criterio del prezzo più basso, che sia motivata con riferimento alla accertata sussistenza, in capo al concorrente, di gravi violazioni degli obblighi di pagamento delle imposte e tasse, per abuso del diritto ai sensi dell'art.

10-bis della L. n. 212/2000 e s.m.i., nel caso in cui: a) il concorrente abbia dichiarato nel DGUE la pendenza di alcuni carichi tributari; b) la P.A. appaltante abbia chiesto una integrazione documentale in ordine ai predetti carichi; c) a seguito della formale e intensa interlocuzione con il seggio di gara, sia effettivamente emersa l'esistenza, nei confronti della società interessata, di gravi violazioni degli obblighi di pagamento delle imposte e tasse, per abuso del diritto *ex art. 10-bis*, l. n. 212/2000 e s.m.i., ai sensi **dell'allegato II.10**, D.Lgs. n. 36/2023, trattandosi di debiti fiscali ammontanti a circa **1.920.000,00 € (pari a circa il 65% del valore dell'appalto e superiori anche alla soglia minima di € 35.000,00)** d) l'operatore economico **non abbia formalmente chiesto di essere ammesso al pagamento rateale** sia rimasto concretamente inadempiente.

Sulla non applicabilità del favor participationis in presenza di chiare previsioni di esclusione

La doglianza relativa alla necessità rispettare i principi di accesso al mercato e di massima partecipazione non è fondata; tali principi, infatti, non impongono alla stazione appaltante di ammettere alla gara un concorrente che non sia in possesso dei requisiti di partecipazione, e questo nemmeno laddove l'esclusione di uno o più concorrenti implicherebbe l'ammissione di un solo partecipante. I principi in commento, al contrario, assumono rilievo solo nei casi in cui, a fronte di una clausola della *lex specialis* poco chiara, emergano irregolarità o incompletezze nelle domande di partecipazione e/o nelle offerte dovute proprio alla non perfetta intellegibilità della *lex specialis*. Solo in casi del genere la stazione appaltante è obbligata ad ammettere tutti i concorrenti in possesso dei requisiti di partecipazione, previa, se necessario, una rettifica della domanda e/o dell'offerta.

TAR LIGURIA, SEZ. I – sentenza 27 dicembre 2022 n. 1140

Sull'irregolarità fiscale non definitivamente accertata

Deve ritenersi sussistente il presupposto delle «gravi violazioni» in materia fiscale, stante il numero e l'entità dei debiti tributari, alcuni dei quali anche accertati in primo grado dalla Commissione tributaria (oltre **trenta ipotesi di irregolarità per un importo complessivo estremamente significativo, ben superiore al milione di euro**); la ripetitività degli inadempimenti tributari per un ammontare complessivamente superiore alla soglia di gravità indicata dal legislatore costituisce indice d'inaffidabilità del concorrente e giustifica l'estromissione.

TAR SICILIA – CATANIA, SEZ. III – sentenza 5 gennaio 2024 n. 88

Sulla irregolarità fiscale (anche) per omesso pagamento (solo) di sanzioni e interessi

E' legittima la esclusione di una società da un gara di appalto, disposta perché è risultata comprovata la esistenza di un debito con l'Agenzia delle Entrate, per mancato rispetto degli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse, da parte, segnatamente, di uno dei mandanti della s.r.l. capogruppo del raggruppamento temporaneo interessato, a nulla rilevando che si tratti del mancato pagamento di "sanzioni e interessi", e non di "imposte e tasse". In base alla disciplina vigente, ai fini della valutazione in ordine alla gravità dell'inadempimento agli obblighi contributivi, deve tenersi conto della somma complessivamente considerata comprensiva di interessi e sanzioni; a fronte di una certificazione rilasciata dall'Agenzia delle Entrate che attesti l'irregolarità contributiva del concorrente ai sensi dell'art. 80, co. 4, del codice dei contratti pubblici, l'esclusione costituisce un atto dovuto.

TAR TOSCANA, SEZ. IV – sentenza 31 gennaio 2025 n. 157

Sulle gravi violazioni alle norme relative alla tutela della salute

E' legittimo il provvedimento con il quale il Comune, in forza di quanto previsto dall'art. 95, 1° comma lett. a), d.lgs. 31 marzo 2023 n. 36, ha escluso un operatore economico da una gara di appalto di lavori (nella specie, si trattava di una procedura negoziata ex art. 50 comma 1, lettera c) del D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36, svolta con modalità telematica, per l'affidamento dei lavori di miglioramento sismico di edifici scolastici, secondo il criterio del minor prezzo), che sia motivato con riferimento ad un grave infortunio verificatosi in un cantiere della società interessata, con conseguente ferimento di un lavoratore irregolare, l'apertura di un procedimento penale e l'intervento di un verbale dell'A.S.L., che ha rilevato la sussistenza di plurime violazioni in materia di tutela dei lavoratori e sicurezza sul lavoro.

Il consolidato orientamento giurisprudenziale ha rilevato come “il requisito della gravità ... (debba) essere riconosciuto tutte le volte in cui la fattispecie delittuosa sia consistita nella lesione della salute dei dipendenti da parte dell'impresa, che non abbia apprestato tutti i mezzi e gli strumenti imposti dalla normativa volta a prevenire gli infortuni suoi luoghi di lavoro” (Cons. Stato, Sez. V, 12 aprile 2007, n. 1723, Cons. Stato, Sez. V, 28 marzo 2018, n. 1935).

TAR SARDEGNA, SEZ. I – sentenza 11 marzo 2024 n. 204

Sul grave illecito professionale

E' legittimo il provvedimento con il quale la stazione appaltante, ai sensi dell'art. 98, comma 3, lett. c), d.lgs. n. 36 del 2023, ha escluso un concorrente da una procedura negoziata telematica senza bando, ex artt. 50, comma 1, lett. d) e 14 D.Lgs. n. 36/2023, indetta per l'affidamento di un appalto di lavori, ove, a fondamento della sanzione espulsiva, la P.A. abbia posto **le condotte tenute dall'operatore economico interessato in un precedente rapporto contrattuale con la medesima P.A., consistenti nell'abbandono del cantiere, nel rifiuto serbato dallo stesso di eseguire nuovi e diversi ordini di servizi, e nella conseguente risoluzione del contratto di appalto disposta dall'Amministrazione, per gravi inadempimenti.** Deve quindi ritenersi integrato un grave illecito professionale da parte del concorrente e il conseguente venir meno del rapporto di fiducia; con la conseguenza che, per un verso, la esclusione è supportata da un compendio motivazionale congruo e sufficiente e, perciò, rientrante nel perimetro della legittimità e, per l'altro, il sindacato consentito al G.A. non può condurre ad un suo annullamento, poiché tale sindacato non concerne la condivisibilità o meno del giudizio discrezionale espresso dall'amministrazione, bensì si incentra sulla relativa motivazione, e segnatamente sulla sua idoneità a sorreggere la determinazione finale, sotto il profilo della ragionevolezza e della idoneità delle esposte argomentazioni.

TAR PUGLIA – LECCE, SEZ. II – sentenza 2 dicembre 2024 n. 1324

Sulla possibile rilevanza di omissioni dichiarative di vicende penali

1. La disposizione normativa di cui all'art. 98, comma 3, lett. b), d.lgs. n. 36 del 2023, se, da una parte, consente di orientare e indirizzare la valutazione dell'amministrazione attraverso la tipizzazione di fattispecie e mezzi di prova, non vale al contempo ad eliderne la natura ed il portato discrezionale; in tale prospettiva, pur con le dovute innovazioni e modifiche suesposte, resta ferma nell'impianto del nuovo Codice dei contratti la discrezionalità della valutazione dell'amministrazione in ordine all'integrazione dell'illecito professionale.

2. In materia di gare di appalto e di contratti della P.A., deve ritenersi che la “condotta” dell’operatore, per come enucleata nell’art. 98, comma 3, lett. b), d.lgs. n. 36 del 2023 (illecito professionale grave), possa concretarsi anche in omissioni dichiarative attinenti a peculiari vicende imprenditoriali, connotate da specifica e concreta rilevanza, integrando, dunque, l’autonoma ipotesi di grave illecito professionale che può giustificare l’esclusione dalla gara, in quanto suscettibile di influenzare il processo decisionale della stazione appaltante.

3. E’ legittima la esclusione di un operatore economico da una gara di appalto di servizi, motivata con riferimento al fatto che il concorrente, in sede di presentazione dell’offerta, ha omesso di comunicare le pendenze giudiziarie nelle quali è coinvolta, impedendo una piena valutazione delle circostanze legittimanti l’esclusione. L’omissione dichiarativa, nella specie, afferma, infatti, ad informazioni che – pur essendo relative a reati (come detto, occupazione abusiva di spazio demaniale ed estorsione) non ricompresi tra quelli tipici, integranti i tassativi motivi di esclusione automatica o non automatica di cui agli artt. 94 e 95 del D. Lgs. n. 36/2023 – riguardano fatti penalmente rilevanti, la cui conoscenza si appalesa determinante ai fini della formazione di un (corretto) processo decisionale in capo alla stazione appaltante, considerato l’assoluto rilievo delle circostanze sottaciute dalla concorrente, ai fini dell’apprezzamento della sua affidabilità, in rapporto allo specifico oggetto della procedura concorsuale.

TAR CAMPANIA – SALERNO, SEZ. I – sentenza 8 giugno 2023 n. 1334

Sul collegamento sostanziale tra le offerte

Elementi fattuali – quali: **identità delle modalità redazionali** delle offerte tecniche, perfetta sovrapposibilità delle relazioni tecniche cumulative in molte parti, inclusa **la carenza dell’elaborato** relativo alla “Organizzazione del personale”, come pure **l’identità degli errori redazionali del computo metrico** delle migliorie e **la vicinanza “cronologica” delle offerte** – rappresentano indizi idonei e sufficienti a dimostrare quella relazione di fatto che costituisce il presupposto dell’unicità del centro decisionale cui le offerte sono imputabili.

TAR LAZIO – ROMA, SEZ. II bis – sentenza 12 giugno 2023 n. 9987

Sui presupposti per il collegamento sostanziale tra le imprese concorrenti

La sussistenza dell’unicità del centro decisionale va **desunta dalla presenza di elementi plurimi, precisi e concordanti**, così come richiesto dall’art. 2729 c.c., idonei a sorreggere in via inferenziale la valutazione in fatto circa la sussistenza in concreto di un tale collegamento tra imprese partecipanti alla gara, distorsivo delle regole di gara. Tali elementi devono essere comprovati dalla stazione appaltante che applica a causa di esclusione (Cons. Stato n. 5438/22).

TAR BASILICATA, SEZ. I – sentenza 22 luglio 2024 n. 410

Sull’illegittimità di una aggiudicazione in caso di iscrizione alla white list successivamente alla scadenza del termine per presentare la domanda di partecipazione a gara

Nel caso in cui la *lex specialis* di una gara di appalto di servizi (servizio di gestione dell’asilo nido comunale, comprensivo di quello di refezione) preveda espressamente, ai fini della partecipazione, quale requisito di ordine generale, il possesso della iscrizione nell’elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti a tentativo di infiltrazione mafiosa (cosiddetta “white list”) istituito

presso la Prefettura della Provincia in cui l'operatore economico ha la propria sede, oppure devono aver presentato domanda di iscrizione al predetto elenco, è illegittima l'aggiudicazione disposta in favore di un operatore economico che ha richiesto l'iscrizione nella "white list" della Prefettura territorialmente competente, soltanto dopo che è già scaduto il termine di presentazione delle domande di partecipazione alla gara. Il servizio di gestione di asilo nido comunale, comprensivo, ai sensi del capitolato di gara, di quello di refezione, deve ritenersi rientrante nella categoria dei servizi di "ristorazione, gestione delle mense e catering", quest'ultima classificata nella lettera i-ter) dell'elenco delle attività per il cui svolgimento è obbligatoria l'iscrizione alla "white list", ex art. 1, co. 53, L. n. 190/2012.

TAR PUGLIA – BARI, SEZ. II – sentenza 27 aprile 2024 n. 532

Sull'iscrizione della white list come requisito di partecipazione

E' illegittima l'aggiudicazione di una gara di appalto di servizi (nella specie, si trattava del servizio di gestione del cimitero comunale mediante procedura negoziata ex art. 50 comma 1 lett. e) del D.Lgs. n. 36/2023), nel caso in cui l'operatore economico vittorioso si sia iscritto alla *white list*, prevista dalla legge n. 190/2012, successivamente alla scadenza del termine per la presentazione delle domande di partecipazione alla gara. **Il possesso dell'iscrizione alla *white list* costituisce requisito di ordine generale di partecipazione alle gare**, ragion per cui la mancata iscrizione dell'operatore economico nell'apposito registro per le attività riconducibili a quelle di cui all'art. 1, comma 53, l. n. 190/2012 (c.d. legge anticorruzione) costituisce motivo di esclusione dalla gara; con la precisazione che all'assimilazione di due documenti antimafia (la comunicazione antimafia e l'informazione antimafia) non ai soli effetti interdittivi, ma anche con riferimento al fatto che entrambi costituiscono requisito soggettivo di partecipazione alle gare, non osta la circostanza che l'art. 80, comma 2, d.lgs. n. 50/2016 richiami solo le informative classiche, dovendosi tener conto del disposto del comma 52 dell'art. 1, l. n. 190/2012, da cui emerge chiaramente che la *white list* altro non è che una modalità particolare di effettuazione delle verifiche antimafia, prevista dalla legge in relazione a particolari settori, di modo che il richiamo alle informative prefettizie deve intendersi sempre riferito anche alla iscrizione a tali liste. La rilevata assimilazione rende pure ragione del perché la qualificazione dell'iscrizione nella *white list* in termini di requisito di partecipazione non si pone in contrasto con il principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 83, d.lgs. n. 190/2012. Motivo per cui deve essere posseduto con continuità dall'operatore economico fin dal momento della presentazione della domanda, per tutta la durata della procedura di assegnazione e nel corso della fase di esecuzione, senza soluzione di continuità.

TAR ABRUZZO – PESCARA, SEZ. I – sentenza 27 febbraio 2024 n. 59

Sulla doverosità dell'esclusione per sentenza definitiva di condanna per uno dei reati tipizzati

E' legittima la esclusione, in caso di condanna con sentenza definitiva ad una pena detentiva di due anni di reclusione per i reati di cui agli artt. 319, 319 bis, 321, 322, c. 2, 353 e 357 c.p., per aver stretto accordi corruttivi con un pubblico ufficiale al fine di conseguire l'aggiudicazione di una gara di appalto (la disposizione normativa prevede, infatti, una causa di esclusione automatica dalla partecipazione alle procedure d'appalto o concessione, ossia la intervenuta condanna definitiva, tra l'altro, per delitti, consumati o tentati, di cui agli articoli 317, 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320, 321, 322, 322-bis, 346-bis, 353, 353-bis, 354, 355 e 356 del codice penale nonché all'articolo 2635 del codice civile.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 12 aprile 2024 n. 3336

Sull'obbligo dichiarativo relativo a circostanze sopravvenute in corso di gara

In coerenza con l'obbligo di mantenere il possesso dei requisiti di partecipazione per tutta la durata della gara e successivamente alla sua conclusione, sussiste in capo ai concorrenti l'onere di comunicare alla stazione appaltante **tutte le vicende attinenti allo svolgimento della propria attività professionale** al fine di consentire di valutare la loro eventuale incidenza sulla reale affidabilità, morale e professionale.

Alla stregua del principio è stata ritenuta legittima la esclusione dalla gara, in quanto l'operatore economico interessato, era incorso in una duplice omissione dichiarativa e, in particolare, aveva taciuto, nei confronti della P.A., il rinvio a giudizio dei suoi dirigenti di vertice per ben due volte, vale a dire:

a) in fase di gara, quando il G.U.P. di Cosenza ha disposto la celebrazione del dibattimento con decreto in data 19 novembre 2021;

b) successivamente all'aggiudicazione del 3 dicembre 2021, nell'ambito del supplemento istruttorio svolto dalla stazione appaltante per accertare la permanenza dei requisiti generali.

TAR PUGLIA - BARI, SEZ. II, sentenza 19 febbraio 2025, n. 244

Sull'inapplicabilità del soccorso istruttorio per l'elenco dei servizi analoghi auto-dichiarati

Alla luce del principio di autoresponsabilità che grava sulle imprese partecipanti alle gare pubbliche, la giurisprudenza nega il soccorso istruttorio per la comprova dei requisiti consapevolmente dichiarati dal concorrente (cfr., da ultimo, C.d.S., Sez. V, 12 febbraio 2024, n. 1372). Ed invero, nell'ambito del settore dell'evidenza pubblica, i principi del *favor participationis* e del risultato non possono mai confliggere con il principio della *par condicio* fra i concorrenti.

Secondo la recente delibera Anac n. 60 del 07/02/2024: “*Nelle procedure per l'affidamento di servizi, il concorrente non può modificare l'elenco dei servizi analoghi indicati tramite la procedura del soccorso istruttorio di cui all'art. 101 co.1 lett. b) né con quella del soccorso procedimentale di cui al co.3 dello stesso articolo del D.lgs. n. 36/2023, al fine di spendere servizi diversi da quelli indicati in sede di offerta, per superare il vaglio dell'analogia rimesso alla discrezionalità della stazione appaltante*”.

TAR PUGLIA – LECCE, SEZ. II – sentenza 19 aprile 2024 n. 570

Sul triennio di riferimento per il requisito di capacità (fatturato pari al doppio)

L'art. 100, D.Lgs. n. 36/2023, nell'enucleare in **chiave essenzialmente tassativa** i possibili “requisiti di ordine speciale” dell'operatore partecipante (cfr. art. 10, comma 3, nonché art. 100, comma 12), stabilisce la possibilità per l'Amministrazione di richiedere, quale requisito di capacità economica e finanziaria (art. 100, comma 1, lett. b), “*un fatturato globale non superiore al doppio del valore stimato dell'appalto, maturato nel triennio precedente a quello di indizione della procedura*” (art. 100, comma 11), mostrando, dunque, di considerare **rilevante unicamente il complessivo triennio antecedente di riferimento (non anche il singolo anno** componente il medesimo triennio).

TAR CALABRIA – REGGIO CALABRIA, SEZ. I – sentenza 10 maggio 2024 n. 325

Sull'ultravigenza dell'attestazione SOA (istanza di rinnovo 90 giorni prima)

L'art. 16, comma 5, All.II.12 D.lgs. n. 36/2023, nel prescrivere che "... **Almeno novanta giorni** prima della scadenza del termine, l'operatore economico che intende conseguire il **rinnovo** dell'attestazione deve stipulare un nuovo contratto con la medesima SOA o con un'altra autorizzata all'esercizio dell'attività di attestazione", ripropone pedissequamente il precetto già imposto dall'art. 76, comma 5, d.P.R. n. 207/2010.

Nell'ambito di una procedura di gara ad evidenza pubblica, "l'operatore che partecipa alla gara d'appalto deve garantire, con costanza, il possesso della qualificazione richiesta e la possibilità concreta della sua dimostrazione e verifica, onde assicurare alla stazione appaltante la propria affidabilità, nonché la perdurante idoneità tecnica ed economica".

E' ammessa l'**ultravigenza** della pregressa attestazione in pendenza dell'espletamento della **procedura di verifica**, laddove questa **sia stata ritualmente e tempestivamente attivata**; al fine della verifica della continuità del possesso del requisito di cui all'attestato di qualificazione, "è sufficiente che l'impresa abbia stipulato con la SOA il relativo contratto, o abbia presentato una istanza di rinnovo idonea a radicare l'obbligo dell'organismo di eseguire le connesse verifiche, nel termine normativamente previsto, cioè **nei 90 giorni precedenti la scadenza del termine di validità dell'attestazione**. **Diversamente**, il decorso dei predetti 90 giorni non preclude di per sé il rilascio dell'attestazione: **essa deve però considerarsi nuova e autonoma rispetto all'attestazione scaduta**, e comunque decorrente, quanto a efficacia, dalla data del suo effettivo rilascio, **senza, cioè, retroagire al momento di scadenza della precedente**, ovvero senza saldarsi con quest'ultima.

AVVALIMENTO – RTI – CONSORZI E SUBAPPALTO

TAR SICILIA – CATANIA, SEZ. III – sentenza 4 giugno 2024 n. 2096

Sul contenuto minimo del contratto di avvalimento

Deve peraltro rammentarsi, in ogni caso, che per costante giurisprudenza "non è necessario che il contratto di avvalimento specifichi dettagliatamente i mezzi prestati – potendo tale indicazione risultare riduttiva rispetto all'esigenza dell'apporto esperienziale complessivo; si richiede, invece, che l'assetto negoziale consenta quantomeno l'individuazione delle esatte funzioni che l'impresa ausiliaria andrà a svolgere, direttamente o in ausilio dell'impresa ausiliata, e i parametri cui rapportare le risorse messe a disposizione ovvero l'individuazione non tanto (o non solo) delle risorse materiali e personali oggetto del prestito, quanto delle attività (professionali e aziendali) funzionali e prodromiche al trasferimento del *know how* (Cons. Stato sez. V, 20 novembre 2023, n. 9904; Cons. Stato, sez. V, 4 ottobre 2021, n. 6619; Cons. Stato, sez. V, 24 maggio 2022, n. 4116).

TAR CAMPANIA – SALERNO, SEZ. I – sentenza 17 febbraio 2025 n. 330

Sulla necessità, in caso di avvalimento, della dichiarazione di impegno dell'ausiliaria

In materia di contratti della P.A. e di gare di appalto, deve ritenersi illegittima l'aggiudicazione di un appalto di servizi, nel caso in cui l'operatore economico vittorioso abbia fatto ricorso all'istituto dell'avvalimento e, tuttavia, abbia ommesso di presentare, ai fini del medesimo contratto, la dichiarazione di impegno dell'ausiliaria, rivolta, in particolare, alla Stazione appaltante e relativa alla messa a disposizione, per tutta la durata dell'appalto, delle risorse oggetto del contratto, come previsto dall'art. 104, comma 4, lett. c, del d.lgs. n. 36/2024 e dal disciplinare di gara.

La giurisprudenza ha delineato in modo netto le differenze strutturali e funzionali tra il contratto di avvalimento e la dichiarazione di impegno dell'ausiliaria nei confronti dell'ausiliata e della Stazione

32

appaltante, atti distinti ma connessi in quanto volti a garantire la partecipazione di concorrenti idoneamente qualificati (in via diretta o indiretta).

La **dichiarazione di impegno** costituisce atto di assunzione unilaterale di obbligazioni, principalmente nei confronti della Stazione appaltante; **il contratto di avvalimento** costituisce, invece, atto bilaterale di costituzione di un rapporto giuridico patrimoniale, stipulato tra l'impresa partecipante alla gara e l'impresa ausiliaria, contemplante le reciproche obbligazioni delle parti e le prestazioni da esse discendenti (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 20 novembre 2018, n. 6651, Sez. V, 1° agosto 2018, n. 4765).

Le dichiarazioni di impegno sono quindi distinte dal contratto di avvalimento, distinzione fondata precipuamente “sulla direzione soggettiva delle dichiarazioni” (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 9 febbraio 2023, n. 1449); in particolare, le dichiarazioni d'impegno hanno una propria autonomia rispetto al contratto di avvalimento, in quanto proiettano gli effetti del contratto di avvalimento sulla Stazione appaltante, generando un rapporto diretto tra Stazione appaltante e impresa ausiliaria e giustificando la responsabilità solidale di quest'ultima (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 20 novembre 2018, n. 6651).

Pertanto, **le dichiarazioni e il contratto di avvalimento sono atti con contenuto differente e non sovrapponibile, tutti necessari al perfezionamento dell'istituto dell'avvalimento** (cfr. TAR Calabria-Catanzaro, 18 settembre 2024, n. 1326); quindi, nell'ambito della documentazione relativa all'avvalimento, la presentazione delle dichiarazioni di impegno dell'ausiliaria nei confronti della ausiliata e, in particolare, della Stazione appaltante risulta essenziale ai fini della partecipazione.

TAR CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. I – sentenza 4 novembre 2024 n. 5876

Sull'inammissibilità di un avvalimento con un operatore extra UE (cinese)

E' legittima la esclusione di un concorrente da una gara europea, a procedura telematica aperta ai sensi dell'art. 71 del d.lgs. n. 36/2023, secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, indetta per l'affidamento di un appalto di forniture (nella specie, si trattava della fornitura di autobus nuovi di fabbrica), nel caso in cui: a) la sanzione espulsiva sia stata adottata dalla stazione appaltante in forza di quanto previsto dall'art. 90, comma 1 lett. d) del d.lgs. n. 36/2023; b) sia motivata con riferimento al fatto che l'operatore economico interessato è risultato privo dei requisiti di capacità economica e finanziaria richiesti dal bando, essendosi **avvalso di una impresa cinese** con sede, quindi, in un paese non firmatario dell'AAP (Accordo sugli Appalti Pubblici), a nulla rilevando che il medesimo bando non contempli espressamente una sanzione espulsiva in tal senso; la **normativa sovranazionale** e nazionale vigente, secondo cui non è ammesso a partecipare l'operatore economico (nella specie, cinese), di Paese non firmatario dell'AAP, opera comunque la **eterointegrazione** del bando nel senso dell'illustrato effetto preclusivo ed escludente.

Il d.lgs. n. 36 del 2023, sulla scia dei precedenti codici dell'evidenza pubblica e della giurisprudenza formatasi sotto di essi, prevede nell'art. 65 c, 1 che «Sono ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici gli operatori economici di cui all'articolo 1, lettera l), dell'allegato I.1, nonché gli operatori economici stabiliti in altri Stati membri», e nell'art. 69 che «le stazioni appaltanti applicano ai lavori, alle forniture, ai servizi e agli operatori economici dei Paesi terzi firmatari di tali accordi un trattamento non meno favorevole di quello concesso ai sensi del codice» soltanto «Se sono contemplati dagli allegati 1, 2, 4 e 5 e dalle note generali dell'appendice 1 dell'Unione europea dell'Accordo sugli Appalti Pubblici (AAP) e dagli altri accordi internazionali cui l'Unione è vincolata».

Tale soluzione non contrasta con il principio di tassatività delle cause di esclusione sancito dall'art. 10 del D.lgs. n. 36/2023, in quanto **l'esclusione discende direttamente dal citato quadro normativo sovranazionale e nazionale**: art. 25 della Direttiva 2014/24/UE; art. 43 della Direttiva 2014/25/UE; artt. 65, co. 1, e 69 del D.lgs. n. 36/2023. Ne consegue che non è dirimente che il disciplinare di gara non

abbia espressamente previsto l'esclusione degli operatori economici di paesi terzi non firmatari del citato accordo internazionale

TAR MOLISE, SEZ. I – sentenza 25 luglio 2024 n. 246

Sull'inammissibilità di un contratto di avvalimento operativo dal contenuto indeterminabile

1. In materia di gare di appalto, deve ritenersi che, nel caso in cui l'avvalimento occorra a supportare un requisito di capacità economico- finanziaria, si integra la fattispecie del cd. avvalimento "di garanzia", il quale svolge la mera funzione di assicurare la stazione appaltante sulla capacità della parte di far fronte alle obbligazioni derivanti dal contratto". Diversamente, si determina un avvalimento professionale cd. "tecnico-operativo" allorquando, l'ausiliario, in forza del contratto sia chiamato a mettere in campo le risorse materiali in concreto necessarie per eseguire il contratto, per es. le dotazioni di personale ovvero di macchinari.

2. E' legittima la revoca dell'aggiudicazione, che sia motivata con riferimento al fatto che l'oggetto del contratto di avvalimento (nella specie, si trattava di avvalimento c.d. tecnico operativo) stipulato dal concorrente vittorioso è indeterminabile, essendo, l'accordo negoziale, del tutto privo di elementi – neppure reperibili *per relationem* – idonei a specificare, secondo quanto prescritto dal disciplinare le risorse strumentali ed umane che l'ausiliario mette concretamente a disposizione del concorrente.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. IV – sentenza 5 agosto 2024 n. 6965

Sulla sufficiente indicazione di un oggetto "determinabile" per il contratto di avvalimento operativo

L'oggetto del contratto di avvalimento tecnico-operativo deve essere determinabile, senza, tuttavia, "spingersi, ad esempio, 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.

TAR LAZIO – ROMA, SEZ. IV ter – sentenza 4 novembre 2024 n. 19271

Sull'inammissibilità di un contratto di avvalimento condizionato

Il contratto di avvalimento non può considerarsi *res inter alios acta*, ma è attratto nell'orbita pubblicistica in forza della dichiarazione dell'ausiliaria e come tale, non è estraneo alle valutazioni dell'Amministrazione, beneficiaria della prestazione, chiamata a verificare la serietà e l'affidabilità degli impegni assunti e l'idoneità dell'avvalimento all'assolvimento dello scopo a cui è preposto. Legittimamente, pertanto, la P.A. appaltante, in relazione alla effettività dell'avvalimento prestato, dubita della efficacia dell'accordo negoziale, nel caso cui la sua concreta esecuzione sia legata a eventi esterni e come tali da essa non controllabili. Si tratta di una valutazione senza dubbio discrezionale, legata anche alla fiducia che necessariamente deve assistere il rapporto trilaterale instaurato con l'avvalimento, come tale, sindacabile solo in caso di manifesta irragionevolezza.

TAR EMILIA ROMAGNA – BOLOGNA, SEZ. II – sentenza 12 luglio 2024 n. 510 –

Sull'inammissibilità di un avvalimento condizionato

Il contratto di avvalimento cd. operativo non può essere subordinato alla condizione sospensiva del previo pagamento da parte dell'impresa ausiliata all'impresa ausiliaria del corrispettivo pattuito per la messa a disposizione del requisito prestato. Lo strumento dell'avvalimento consente di allargare la platea dei possibili partecipanti alla gara, garantendo al contempo l'interesse pubblico della Amministrazione appaltante a che il contraente privato, individuato all'esito della gara, sia in grado di compiutamente e correttamente adempiere al contratto di appalto. Per questo il contratto di avvalimento non deve essere una scatola vuota. In particolare, quando l'impresa ausiliaria si impegna a mettere a disposizione dell'ausiliata le risorse tecnico-organizzative indispensabili per l'esecuzione del contratto di appalto, quelle cioè che integrano i requisiti di capacità tecnica e professionale, l'interesse pubblico è che quelle risorse vengano effettivamente impiegate nella commessa affinché l'appalto sia correttamente adempiuto. Ne consegue che la messa a disposizione di quelle risorse non può essere subordinata a un evento futuro e incerto (i.e. a una condizione, come del resto viene qualificata la clausola dagli stessi contratti di avvalimento qui in esame), quale per l'appunto il pagamento da parte dell'impresa ausiliata del corrispettivo, a valore di mercato.

TAR CALABRIA – CATANZARO, SEZ. II – sentenza 19 novembre 2024 n. 1617

Sull'obbligo di iscrizione nella white list anche per l'ausiliaria

E' legittima la esclusione di un operatore economico da una gara indetta dalla P.A. per l'affidamento di un appalto di servizi (nella specie, si trattava del servizio di igiene urbana), disposta perché: a) il concorrente, al fine di comprovare il possesso di un requisito di capacità tecnico-professionale, ha fatto ricorso all'istituto dell'avvalimento; b) l'ausiliaria è risultata priva del requisito della iscrizione alla *white list* ex art. 1, comma 53, l. n. 190/2012, a nulla rilevando che la esecuzione delle prestazioni è posta esclusivamente a carico dell'impresa.

Gli obblighi previsti dalla normativa antimafia a carico del concorrente **si applicano anche nei confronti del soggetto ausiliario, in ragione dell'importo dell'appalto posto a base di gara.** Non vi è invece un dato normativo dal quale possa trarsi che i requisiti previsti dalla normativa antimafia a carico del concorrente non si applicano nei confronti del soggetto ausiliario quando quest'ultimo, per la natura dell'avvalimento, non sia chiamato all'esecuzione diretta delle prestazioni per cui è gara.

CONS. STATO, SEZ. V - sentenza 10 febbraio 2025, n. 1065

Sulla differenza tra avvalimento operativo e di garanzia

La regola della puntuale indicazione, nel contratto di avvalimento, delle risorse in concreto prestate e della necessaria specificità della dichiarazione resa in tale senso trova applicazione nel caso di avvalimento operativo o tecnico e non in quello di avvalimento di garanzia. In quest'ultimo caso non occorre la messa a disposizione di mezzi e risorse specificamente indicate nel contratto, atteso che con tale tipologia di avvalimento l'ausiliaria mette a disposizione dell'ausiliata la sua solidità economica e finanziaria, assicurando la stazione appaltante delle sue capacità di affrontare gli impegni economici conseguenti al contratto d'appalto (Cons. Stato, V, 14 gennaio 2022, n. 257).

Sulla dichiarazione di assunzione della responsabilità solidale contenuta nel contratto di avvalimento e non separatamente

L'art. 104 del d.lgs n. 36/2023 prevede che sia comunque l'operatore economico a curare la presentazione della dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria (con la quale quest'ultima si obbliga verso la stazione appaltante a mettere a disposizione le risorse di cui il concorrente è carente); può dunque affermarsi, come condivisibilmente ritenuto, con diffusa motivazione, dal primo giudice,

che detta dichiarazione sia utilmente contenuta nel contratto di avvalimento presentato dall'operatore economico (così Cons. Stato, V, 1 luglio 2022, n. 5497). Può convenirsi con la sentenza di primo grado, ove statuisce che «in tale prospettiva, la previsione nell'ambito del contratto (presentato alla stazione appaltante) di una clausola di tale tenore –(il riferimento è alla clausola di assunzione della responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante)- fa sì che si sia in presenza non già di un semplice contratto a favore di terzi, bensì di un negozio plurimo che contiene assieme una convenzione bilaterale fra l'ausiliaria e l'avvalente e una dichiarazione d'impegno unilaterale dell'ausiliaria nei confronti della stazione appaltante, efficace ex art. 1334 cod. civ. una volta “presentata” ex art. 89, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016 alla stazione appaltante».

TAR SICILIA - CATANIA, sez. IV - sentenza 29 gennaio 2025 n. 297

Sull'avvalimento dell'attestazione SOA

Per la validità del contratto di avvalimento della SOA occorre che sia messo a disposizione “l'intero setting di elementi e requisiti che hanno consentito all'impresa ausiliaria di ottenere il rilascio dell'attestazione SOA e che il contratto di avvalimento dia conto, in modo puntuale, del complesso dei requisiti oggetto di avvalimento” (Cons. Stato, Sez. V, 26 gennaio 2024, n. 820; nello stesso senso, Ad. Plen., 16 ottobre 2020, n. 22). Ne deriva l'onere del concorrente di dimostrare che l'impresa ausiliaria non si impegna semplicemente a prestare il requisito soggettivo richiesto (l'attestazione SOA), quale mero valore astratto e cartolare, ma “assume la specifica obbligazione di mettere a disposizione dell'impresa ausiliata, in relazione all'esecuzione dell'appalto, le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo, in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità”.

TAR CALABRIA – CATANZARO, SEZ. I – sentenza 1° luglio 2024 n. 1050

Sulla qualificazione SOA (requisito necessario e sufficiente)

La qualificazione attestata dalla SOA costituisce requisito necessario e sufficiente per partecipare alle gare per gli affidamenti di lavori pubblici corrispondenti a quelli oggetto dell'attestazione. Conseguentemente, le certificazioni SOA – ove esistenti e formalmente corrette – sono vincolanti “per l'Amministrazione, che nel corso delle verifiche di sua competenza circa la sussistenza o meno dei presupposti di partecipazione alla gara dei singoli operatori economici non può sindacarne la correttezza o veridicità, se del caso per discostarsene” (Consiglio di Stato, Sez. V, 14 giugno 2021, n. 4622).

Sulla distinzione tra avvalimento permanente e temporaneo

L'avvalimento “permanente”, non riferito ad una specifica gara, ma finalizzato all'acquisizione della certificazione SOA e, quindi, alla qualificazione permanente dell'operatore economico, che viene abilitato per l'intera durata dell'attestazione SOA alle gare pubbliche, esclude l'applicabilità delle regole per l'avvalimento temporaneo, poiché “la natura permanente del prestito da parte del prestatore e il rapporto tra il quest'ultimo e l'operatore che riceve i requisiti, in ragione della sua specificità, elide in radice la possibilità di assimilare la vicenda in esame alla distinta ipotesi di avvalimento temporaneo.

TAR CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. VII – sentenza 03 aprile 2024 n. 2167

Sui presupposti per lo svolgimento diretto della prestazione ad opera dell'ausiliaria

Secondo condivisibile giurisprudenza, “La necessità del coinvolgimento esecutivo dell’ausiliaria non si applica indiscriminatamente a tutti i requisiti che fanno riferimento all’esperienza maturata dall’operatore economico, ma solo a quelli afferenti al possesso di particolari «titoli di studio e professionali» del prestatore di servizi o dell’imprenditore o dei dirigenti dell’impresa. Tale regola si fonda sul presupposto della ritenuta infungibilità di prestazioni che, richiedendo la spendita di una specifica abilitazione, sono espressive di capacità non ‘trasferibili’ con la semplice messa a disposizione in cui consiste generalmente l’avvalimento. Su queste basi, anche le «esperienze professionali pertinenti» sono soltanto quelle pertinenti ai suddetti «titoli di studio e professionali». Tale interpretazione, oltre che rispondere alla lettera della legge, è l’unica che, sul piano sistematico, appare coerente con la funzione del contratto di avvalimento, la quale deve ravvisarsi non nell’associarsi ad altri per eseguire il contratto, bensì nell’acquisire ‘in prestito’ le risorse altrui per svolgere in proprio la commessa pubblica” (Consiglio di Stato, Sezione VI, 24/02/2022, n. 1308).

Pertanto, la giurisprudenza **“ha escluso che l’aver eseguito servizi pregressi per un dato importo, anche laddove prescritto fra i requisiti di natura tecnico-professionale, valga a configurare una «esperienza professionale pertinente»**, con conseguente prestazione diretta dell’attività da parte dell’ausiliaria (CdS, Sez. IV, 17 dicembre 2020, n. 8111; Sez. V, 26 aprile 2021, n. 3374)”.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 7 marzo 2024 n. 2229

Sulla possibilità dell’avvalimento anche dell’incremento del quinto della SOA

La portata generale dell’istituto dell’avvalimento, quale strumento che consente l’utilizzo dei requisiti soggettivi di altri operatori economici messi a disposizione del concorrente alla stregua di idonea documentazione probatoria, implica l’utilizzabilità, in assenza di norme derogatorie, anche del beneficio dell’incremento della classifica ai sensi dell’art. 61, comma 2, D.P.R. 207/2010.

Sulla disapplicazione dei limiti quantitativi imposti ai raggruppamenti

La Corte di giustizia ha concluso che la normativa nazionale, nel fissare una disciplina più rigorosa (a suo tempo indistintamente imponendo, per tutti gli appalti pubblici, sia che la mandataria eseguisse la maggior parte delle prestazioni, sia che possedesse i requisiti di partecipazione in misura maggioritaria), non fosse compatibile con la normativa eurounitaria, potendo in via residuale delle limitazioni essere imposte a singoli partecipanti a raggruppamenti di imprese, purché però nell’ottica di “un approccio qualitativo e non meramente quantitativo, al fine di incoraggiare la partecipazione di raggruppamenti come le associazioni temporanee di piccole e medie imprese alle gare di appalto pubbliche [...]”.

Ne consegue che vanno necessariamente disapplicati i limiti puramente quantitativi alla partecipazione alle procedure di gara imposti ai raggruppamenti di tipo orizzontale dall’art. 92, comma secondo, del d.P.R. n. 207 del 2010 (nella parte in cui dispone che “[...] per i raggruppamenti temporanei di cui all’articolo 34, comma 1, lettera d), del codice, i consorzi di cui all’articolo 34, comma 1, lettera e), del codice ed i soggetti di cui all’articolo 34, comma 1, lettera f), del codice, di tipo orizzontale, i requisiti di qualificazione economico-finanziari e tecnico-organizzativi richiesti nel bando di gara per l’impresa singola devono essere posseduti dalla mandataria o da un’impresa consorziata nella misura minima del 40 per cento”) nonché dall’ultimo capoverso del secondo comma dell’art. 61 del medesimo d.P.R. n. 207 del 2010, laddove “nel caso di imprese raggruppate o consorziate la disposizione non si applica alla mandataria ai fini del conseguimento del requisito minimo di cui all’articolo 92, comma 2”.

Analogamente va disapplicata la disposizione di cui all’art. 2, comma 2 dell’allegato II.12 al predetto d.P.R. n. 207 del 2010, nella parte in cui stabilisce che “[...] la disposizione non si applica alla mandataria ai fini del conseguimento del requisito minimo di cui all’articolo 30, comma 2”.

Sull'ammissibilità della modifica del raggruppamento

In materia di gare di appalto e, in particolare, di modificazioni soggettive dei concorrenti a struttura plurisoggettiva, deve ritenersi che l'art. 97, d. lgs. n. 36 del 2023 conferma gli orientamenti ai quali era pervenuta la giurisprudenza, formatasi nella vigenza del precedente codice, laddove, in materia di "estromissione", ammette la modifica del raggruppamento cosiddetto "per riduzione". La medesima disposizione normativa, inoltre, amplia le possibilità di modifica dei concorrenti a struttura plurisoggettiva, laddove, nell'introdurre la nozione di "sostituzione", ammette la modifica del raggruppamento anche in via "aggiuntiva". Il legislatore ha consentito ai raggruppamenti, afflitti da vicende inerenti uno dei suoi componenti per condotte ai primi non imputabili e sulle quali non hanno potere di controllo, di prevedere, oltre alla misura dell'estromissione, anche quella della sostituzione. Il suindicato art. 97 supera, pertanto, le restrizioni presenti all'art. 48, commi 17 e 18, d.lgs. 50/2016, prevedendo due possibili misure volte a superare il vizio pendente a carico di uno dei partecipanti al RTI. La prima misura è l'estromissione, con conseguente riduzione soggettiva dell'ATI e redistribuzione interna tra i superstiti dei compiti. La seconda misura è la sostituzione. Con tutta evidenza questa interviene nel caso in cui, in conseguenza dell'estromissione di uno dei componenti, vengano meno i requisiti di partecipazione. Per ovviare a simile inconveniente, l'operatore economico può provvedere a sostituire il partecipante del raggruppamento allo scopo di mantenere i requisiti, senza alterare la divisione dei compiti e fermo rimanendo il rispetto del principio di non modificabilità dell'offerta.

TAR LOMBARDIA – MILANO, SEZ. IV – sentenza 12 dicembre 2024 n. 3625

Sui presupposti per l'incremento del quinto della qualificazione SOA

È illegittima l'aggiudicazione di un appalto di lavori, disposta in favore di un costituendo r.t.i., cui è stato attribuito l'incremento premiale del quinto, nel caso in cui il raggruppamento non sia in possesso del requisito richiesto per potere usufruire dell'incremento premiale del quinto che consentirebbe alle imprese interessate di eseguire la quota parte di lavori dichiarata, difettando in capo alle stesse la qualificazione nelle categorie OG11 e OG1 in una classifica pari ad almeno un quinto dell'importo degli specifici lavori per l'esecuzione dei quali le stesse partecipano alla gara. L'art. 2 dell'allegato II.12 al d.lgs. n. 36/2023 prevede che l'incremento premiale del quinto si applica con riferimento a ciascuna impresa raggruppata "a condizione che essa sia qualificata per una classifica pari ad almeno un quinto dell'importo dei lavori a base di gara".

Sul principio di corrispondenza tra quote di qualificazione e quote di esecuzione

Le norme che prevedono il principio di corrispondenza tra quote di qualificazione e quote di esecuzione dei soggetti raggruppati non violano il principio di parità di trattamento poiché non portano affatto a un trattamento deteriore dei raggruppamenti rispetto ai concorrenti che partecipano alle gare singolarmente, essendo comunque necessario il possesso dei requisiti di qualificazione, sia per il singolo che per l'impresa associata, per la quota di esecuzione prevista (cfr. Cons. Stato, sez. V, sent. n. 8214/2024, secondo cui la disciplina dell'incremento del quinto dettata all'art. 2 dell'allegato II.12 del d.lgs. n. 36/2023 non introduce alcuna discriminazione tra gli operatori).

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 6 novembre 2024 n. 8879

Sull'avvalimento della SOA

In materia di avvalimento di attestazione SOA, il contratto è valido quando, oltre a elencare specifiche risorse prestate dall'ausiliaria, prevede espressamente la messa a disposizione dell'intera struttura aziendale necessaria per l'esecuzione dell'appalto, non essendo necessaria l'indicazione analitica delle risorse e dei mezzi prestatati, risultando sufficiente l'impegno a mettere a disposizione l'intero apparato organizzativo che ha consentito il conseguimento della qualificazione.

Sui presupposti per l'applicazione del meccanismo sostitutivo di un membro del RTI

L'art. 97, co. 2, del d.lgs. n. 36/2023 consente al raggruppamento di evitare l'esclusione dalla procedura di affidamento comprovando l'estromissione o la sostituzione del suo componente, ma soltanto se quest'ultimo si trova in una delle situazioni di cui agli artt. 94 e 95 (dedicati rispettivamente alle cause di esclusione automatica e non automatica) o non è in possesso di uno dei requisiti di cui all'art. 100 (l'idoneità professionale, la capacità economica e finanziaria e le capacità tecniche e professionali richieste dalla legge di gara).

L'impegno all'osservanza delle quote occupazionali di cui all'art. 47, co. 4, del d.l. n. 77/2021, **costituisce** per espressa previsione legislativa «**requisito necessario dell'offerta**».

Sull'ammissibilità del recesso di un componente il RTI solo in fase di esecuzione

Secondo il codice dei contratti pubblici attualmente vigente, ferma restando la possibilità, nella fase di gara e alle condizioni di cui all'art. 97, dell'estromissione o della sostituzione del componente del raggruppamento che sia incorso in una causa di esclusione o che non possieda uno dei requisiti di cui all'art. 100, la modifica soggettiva per diminuzione del raggruppamento (che, oggi, non deve più essere necessariamente motivata da esigenze organizzative dello stesso) è ammissibile solo in fase di esecuzione, come reso palese dalla condizione che le imprese superstiti abbiano i requisiti di qualificazione adeguati alle prestazioni «ancora da eseguire».

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 5 agosto 2024 n. 6967

Sulle modalità di computo dei servizi pregressi, svolti in forma associata

La **spendita dei pregressi servizi** svolti in forma raggruppata può **avvenire solo pro-quota**, riferendo cioè la stessa soltanto alla quota dei servizi effettivamente eseguita da parte di ciascuna delle imprese raggruppate, non potendo ciascuna impresa rivendicare il servizio eseguito da una delle altre, quindi spendere lo stesso per intero.

In caso contrario, si avrebbe un'inammissibile svalutazione dell'istituto dell'avvalimento, tipicamente rivolto a consentire il ricorso, a fini partecipativi, ai requisiti di altri soggetti e, in ultima analisi, l'elusione della disciplina sulle qualificazioni.

Sulla non frazionabilità dei servizi di punta

Il cumulo delle capacità di più operatori economici per soddisfare i requisiti minimi imposti dalla stazione appaltante costituisce la regola ogniqualvolta si tratti di operatori economici che partecipano alla gara in forma associata o raggruppata: in tale eventualità, appunto il diritto dell'Unione prescrive la regola in parola, a portata evidentemente pro-concorrenziale, onde favorire la partecipazione alla gara del maggior numero possibile di operatori economici.

A tale regola corrisponde l'eccezione del requisito riferito al "servizio di punta", inteso come servizio **connotato da peculiarità tali da richiedere determinate capacità**: quando ricorre tale fattispecie, è appunto eccezionalmente consentito all'amministrazione aggiudicatrice **imporre il possesso del**

requisito c.d. di punta ad una soltanto (ovvero a ciascuna) delle imprese che compongono il raggruppamento partecipante alla gara. In sintesi, in tale eventualità i requisiti delle imprese, pur se partecipanti alla gara in forma associata o raggruppata non si cumulano, cioè non si sommano tra loro, al fine di raggiungere la misura richiesta.

TAR LIGURIA, SEZ. I – sentenza 9 dicembre 2024 n. 850

Sulla dichiarazione relativa al subappalto qualificante

Occorre prendere le mosse dall’osservazione che il subappalto necessario (o qualificante) possiede la stessa natura giuridica di quello facoltativo (o semplice), dal quale si differenzia solamente dal punto di vista funzionale, essendo imposto dal difetto di qualifica del concorrente ad eseguire lavorazioni rientranti nelle categorie scorporabili a qualificazione obbligatoria (cfr. art. 12, comma 2, del d.l. n. 47/2014, conv. in l. n. 80/2014). Pertanto, in assenza di una norma che imponga uno speciale onere di forma, non può richiedersi per il subappalto qualificante una dichiarazione differenziata da quella valevole per il subappalto semplice (così Cons. St., sez. V, 12 novembre 2024, n. 9051, che, con riferimento ad una gara esperita sotto il vecchio codice, ha ritenuto valida ai fini del subappalto necessario la dichiarazione dell’intendimento di subappaltare “tutte le lavorazioni nei limiti consentiti dalla legge”; v. altresì Cons. St., sez. V, 21 febbraio 2024, n. 1743, relativa ad una dichiarazione di subappalto necessario non contenente l’espressa specificazione della natura qualificatoria).

In proposito, in giurisprudenza si contrappongono due orientamenti:

Per il primo (cfr. Cons. Stato, V, 28 maggio 2024, n. 4724) il concorrente privo dei requisiti è tenuto a dare espressa indicazione della volontà di ricorrere al subappalto per qualificarsi: viene così in rilievo una specifica dichiarazione che non coincide con quella generale inerente l’intenzione di subappaltare una parte dei lavori, servizi o forniture (Consiglio di Stato, Sez. V, 13 agosto 2020, n. 5030). La mancata dichiarazione del concorrente partecipante ad una procedura di evidenza pubblica, della volontà di far ricorso al subappalto c.d. necessario, non può essere oggetto di soccorso istruttorio (Consiglio di Stato, Sez. V, 29 dicembre 2022, n. 11596).

Per il secondo (Cons. Stato, V, 12 novembre 2024, n. 9051), a fronte di una documentazione di gara (domanda di partecipazione o DGUE) che non contiene la previsione di un’apposita dichiarazione sul ricorso al c.d. subappalto necessario, deve ritenersi a questo fine sufficiente la compilazione del riquadro del DGUE dedicato al subappalto, nel quale è indicata la volontà dell’operatore di subappaltare i lavori di qualificazione necessaria, con l’indicazione delle relative categorie. Tale soluzione si ritiene coerente con il principio del *favor participationis*, che verrebbe vulnerato da una lettura, eccessivamente formalistica, tale da portare all’esclusione dalla gara in assenza di una causa esplicitata, in violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione sancito dall’art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016 (cfr art. 10, comma 2, del nuovo codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs 31 marzo 2023, n. 36), e, comunque, all’applicazione di una sanzione sproporzionata e ingiusta rispetto a una dichiarazione sostanzialmente presente nella domanda di partecipazione (Cons. Stato, VII, 6 giugno 2023, n. 5545). Tale è anche l’indirizzo condiviso da alcune pronunce della V Sezione del Cons. Stato: 22 febbraio 2024, n. 1793; 21 febbraio 2024, n. 1743; ord. 24 novembre 2023, n. 4736, volte a valorizzare l’effettiva volontà dell’operatore economico, quale desumibile dagli atti di gara, senza che occorra una dichiarazione formalmente differenziata da quella che vale anche per il subappalto semplice.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. IV – sentenza 30 maggio 2024 n. 4846

Sulla natura del raggruppamento

L'utilizzo in una procedura di gara del RTI, che non costituisce, in verità, un nuovo ente dotato di personalità giuridica distinto dalle imprese che lo compongono, ma rappresenta un semplice modulo organizzativo basato sul mandato tra operatori, non può, dunque, incidere sulla natura del soggetto partecipante, cosicché anche al suo interno un consorzio di cooperative non perde le sue caratteristiche specifiche, né le sue peculiari modalità di funzionamento, potendo dimostrare il possesso dei requisiti, ove consentito appunto dalla *lex specialis*, attraverso le consorziate indicate come esecutrici.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 23 novembre 2023 n. 10057

Sulla natura del Consorzio stabile

I consorzi stabili costituiscono operatori economici provvisti di autonoma personalità giuridica, distinta dalle imprese consorziate, e si configurano come aggregazioni durevoli di soggetti che nascono da un'esigenza di cooperazione ed assistenza reciproca e che, operando come un'unica impresa, si accreditano all'esterno come soggetto distinto.

TAR LOMBARDIA – MILANO, SEZ. I – sentenza 8 giugno 2024 n. 1729

Sul cumulo alla rinfusa in caso di consorzi stabili per appalti di servizi

1. Secondo la giurisprudenza per i consorzi stabili è ammesso il cumulo alla rinfusa di tutti i requisiti in forza di quanto previsto dall'art. 47, comma 2-bis, del codice n. 50/2016, come da ultimo interpretato dall'art. 225, comma 13, del nuovo codice n. 36 del 2023. Dunque, non è necessario che la consorziata esecutrice sia in possesso autonomamente dei requisiti di capacità tecnica/economica richiesti dalla stazione appaltante.

2. E' illegittimo il provvedimento con il quale la P.A. appaltante, in una gara per l'affidamento del servizio di pulizia e sanificazione del materiale rotabile ferroviario, ambienti di lavoro, aree esterne ed attività di piccola manutenzione, ha respinto il soccorso istruttorio esperito nei confronti di un Consorzio Stabile, che sia motivato con riferimento al fatto che il requisito di capacità tecnica e professionale richiesto dal bando non è posseduto né dal Consorzio né dalle consorziate indicate quali esecutrici; in forza di quanto previsto dall'art. 225, comma 13, d.lgs. n. 36 del 2023, deve ritenersi che non sia necessario che la consorziata esecutrice sia in possesso, in via autonoma, dei requisiti di capacità tecnica/economica richiesti dalla stazione appaltante.

TAR TOSCANA, SEZ. I – sentenza 26 giugno 2023 n. 644

Sulla necessità dei requisiti morali in capo al Consorzio stabile (oltre che in capo alla consorziata)

E' legittima la esclusione di un consorzio stabile da una gara di appalto, indetta per l'affidamento dei servizi cimiteriali, che sia motivata con riferimento al fatto che è risultato privo, al momento della presentazione della domanda di partecipazione, del requisito dell'iscrizione alla white list prefettizia, a nulla rilevando che il possesso del medesimo requisito sussista in capo alle società consorziate. In tali fattispecie, l'aspetto della moralità è garantito sia dalla mancanza di precedenti penali, sia dall'iscrizione

alla white list, con necessità di sussistenza dei requisiti, sia da parte del “concorrente-consorzio”, sia da parte (ovviamente) della consorziata esecutrice. Senza che sia possibile ipotizzare “un riverbero” favorevole (in termini di “ultrattività”) dalla consorziata al Consorzio, in quanto il Consorzio non può avvalersi di requisiti morali di altri soggetti. E ciò sul rilievo che il Consorzio stabile è e rimane l’unico “concorrente” (con responsabilità solidale in caso di eventuali carenze e/o inefficienze dell’esecutrice, per garantire la stazione appaltante alla corretta e tempestiva esecuzione dei lavori). Con necessità di “propria” white list (non suscettibile di acquisizione/avvalimento, tramite ultrattività di quella della consorziata indicata”).

TAR CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. III – sentenza 4 agosto 2023 n. 4756

Sulla portata innovativa dell’avvalimento premiale di cui all’art. 104 del nuovo cdc

La principale innovazione portata dall’art. 104 consiste nella “formalizzazione” dell’avvalimento premiale puro, ovvero quello adottato non esclusivamente a fini partecipativi bensì per permettere all’operatore economico di ottenere un punteggio maggiore nella valutazione della propria offerta tecnica, con la conseguenza che è superato il divieto (individuato nella precedente giurisprudenza), dell’avvalimento meramente premiale finalizzato esclusivamente alla maggior valorizzazione della propria proposta negoziale. L’ultimo comma dell’art. 104 puntualizza che, nei soli casi in cui l’avvalimento (come previsto dal comma 4) sia finalizzato a migliorare l’offerta, non è consentito che partecipino alla medesima gara l’impresa ausiliaria e quella che si avvale delle risorse da essa messe a disposizione. In tal modo il legislatore ha confermato l’apertura ad un avvalimento solo premiale, ponendovi delle limitazioni nell’interesse della stazione appaltante. **Tali disposizioni normative hanno un evidente carattere innovativo, e non interpretativo, per cui non può essere predicata la loro interpretazione retroattiva, estesa anche alle gare già bandite e svolte sotto il regime del pregresso codice degli appalti.** La contraria opzione comporterebbe quantomeno una lesione della par condicio dei concorrenti, avendo la stazione appaltante regolato la gara, in parte qua, con riferimento espresso nella *lex specialis* all’art. 89 del D. Lgs 50/2016, ed ai connessi limiti con cui lo stesso è stato applicato nel diritto vivente, disciplina sulla base della quale tutti i concorrenti hanno calibrato la propria offerta.

SULL’ACCESSO AI DOCUMENTI DI GARA

Sul diritto di accesso (in capo al secondo in graduatoria) alla cauzione definitiva e agli atti prodotti dall’aggiudicatario

Sussiste in capo ad un operatore economico che ha partecipato ad una gara di appalto di forniture e che si è classificato al secondo posto della graduatoria, il diritto di accedere alla garanzia definitiva prodotta dall’aggiudicatario ed alle valutazioni e modalità osservate per determinare il relativo ammontare. L’operatore economico classificatosi secondo è legittimato ad accedere ai documenti acquisiti dall’Amministrazione dopo l’aggiudicazione in vista della stipula del contratto; è ravvisabile un interesse concreto e attuale, ai sensi dell’art. 22 della l. n. 241 del 1990, ed una conseguente legittimazione, ad avere accesso agli atti della fase esecutiva di un contratto pubblico da parte di un concorrente alla gara, in relazione a vicende che potrebbero condurre alla risoluzione per inadempimento dell’aggiudicatario e quindi allo scorrimento della graduatoria o alla riedizione della gara, purché tale istanza non si traduca in una generica volontà da parte del terzo istante di verificare il corretto svolgimento del rapporto contrattuale. Il concorrente classificatosi secondo ha un interesse diretto all’ostensione della garanzia definitiva presentata dall’aggiudicatario, in quanto in caso di decadenza dall’aggiudicazione del concorrente vittorioso, potrebbe risultare aggiudicatario del contratto.

Sull'accesso difensivo anche alle offerte tecniche

In materia di diritto di accesso agli atti della P.A. e, in particolare, di accesso difensivo ex art. 35, comma 5, del codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36 del 2023), l'ostensione della offerta tecnica-progetto tecnico completo di allegati e dell'offerta economica presentata da un concorrente, appare prevalente rispetto alle generiche esigenze di riservatezza del medesimo operatore economico, ove sussista un nesso di strumentalità necessaria tra la documentazione oggetto dell'istanza di accesso e le censure formulate con il ricorso proposto avverso gli atti della procedura concorrenziale.

Nella specie, per quel che riguarda le parti dell'offerta tecnica contenenti segreti industriali o commerciali oscurate in ragione dell'opposizione della controinteressata (formulata "ex ante" in sede di presentazione dell'offerta), non sembra ricorrere, nella specie, il presupposto fissato dal comma 4, lettera a), dell'art. 35 del D. Lgs. n. 36/2023 ai fini dell'esclusione del diritto di accesso, in quanto: i) **non risulta dalla documentazione versata in giudizio l'allegazione da parte della controinteressata di elementi specifici** idonei a motivare e comprovare la dichiarata sussistenza di informazioni contenenti segreti tecnico-commerciali nelle parti dell'offerta oggetto di oscuramento; ii) **non emerge lo svolgimento di un apprezzamento in concreto ad opera della Stazione appaltante**, la quale si è limitata a recepire le indicazioni poste dalla controinteressata nella sua (preventiva) dichiarazione di opposizione, senza operare una valutazione autonoma sul punto.

TAR LOMBARDIA – BRESCIA, SEZ. I – sentenza 29 agosto 2024 n. 725

Sui limiti all'accesso civico generalizzato alle offerte tecniche

E' legittimo il provvedimento con il quale la P.A. appaltante ha opposto un diniego in ordine ad una istanza di accesso, finalizzata ad ottenere copia dell'offerta tecnica, nel caso in cui: a) la domanda di accesso sia stata avanzata da un operatore economico che ha partecipato alla prima fase del procedimento di finanza di progetto e non alla fase successiva, conclusiva della procedura definita con l'aggiudicazione; b) l'istanza ostensiva sia stata formulata in termini di accesso civico previsto dall'art. 5 bis d.lgs. n. 33/2013; in tal caso, il diniego di esibizione dei documenti richiesti risulta giustificato alla luce dei limiti previsti dall'art. 5 bis d.lgs. n. 33/2013, più rigorosi e stringenti rispetto a quelli previsti per l'accesso documentale di cui alla l. n. 241/1990 ("Il bilanciamento è, infatti, ben diverso nel caso dell'accesso previsto dalla l. n. 241 del 1990, dove la tutela può consentire un accesso più in profondità a dati pertinenti, e nel caso dell'accesso generalizzato, dove le esigenze di controllo diffuso del cittadino devono consentire un accesso meno in profondità (se del caso, in relazione all'operatività dei limiti), ma più esteso, avendo presente che l'accesso in questo caso comporta, di fatto, una larga conoscibilità (e diffusione) di dati, documenti e informazioni"); in particolare, la domanda di accesso a tutta la documentazione relativa all'offerta tecnica ed economica, nonché ai requisiti di ordine generale e speciale dichiarati dalla controinteressata in sede di gara, incontra i limiti di cui all'art. 5 bis, comma 2, lett. a) ("la protezione dei dati personali, in conformità con la disciplina legislativa in materia") e c) ("gli interessi economici e commerciali di una persona fisica o giuridica, ivi compresi la proprietà intellettuale, il diritto d'autore e i segreti commerciali") d.lgs. n. 33/2013.

TAR LOMBARDIA – MILANO, SEZ. III – sentenza 19 aprile 2024, n. 1191

Sull'insussistenza del diritto di accesso alle offerte tecniche in capo al concorrente escluso

Non sussiste in capo ad un concorrente escluso da una pubblica gara, con provvedimento divenuto inoppugnabile, il diritto di accedere alle offerte tecniche dei concorrenti ammessi alla procedura

concorrenziale; e ciò a maggior ragione nel caso in cui non vi sia attinenza tra gli atti richiesti in ostensione e le ragioni poste dalla stazione appaltante a fondamento della sanzione espulsiva (omesso pagamento di contributi); in tal caso, la conoscenza del contenuto tecnico delle offerte dei concorrenti ammessi, non è idonea a soddisfare alcun interesse dell'accedente.

TRGA, TRENTO - sentenza 28 ottobre 2024, n. 158

Sulla definizione di segreto commerciale

Come è stato chiarito nella giurisprudenza formatasi sotto la vigenza del precedente Codice dei contratti pubblici di cui al d.Lgs. n. 50/2016, che conteneva una disposizione analoga all'art. 53, comma 5, lett. a), nel valutare l'effettiva sussistenza di un segreto tecnico commerciale, l'Amministrazione non può ignorare la definizione normativa contenuta nel **Codice della proprietà Industriale**, di cui all'art. 98 del d.Lgs. n. 30/2005 che richiede, ai fini della tutela, che le informazioni aziendali e commerciali ed esperienze sulle applicazioni tecnico industriali debbano avere i requisiti di segretezza e rilevanza economica ed essere soggette, da parte del legittimo detentore, a misure di protezione ragionevolmente adeguate.

L'art. 98 del D.lgs. n. 30 del 2005, afferma che “per segreti commerciali si intendono le informazioni aziendali e le esperienze tecnico-industriali, comprese quelle commerciali, soggette al legittimo controllo del detentore, ove tali informazioni:

- a) siano segrete, nel senso che non siano nel loro insieme o nella precisa configurazione e combinazione dei loro elementi generalmente note o facilmente accessibili agli esperti ed agli operatori del settore;
- b) abbiano valore economico in quanto segrete;
- c) siano sottoposte, da parte delle persone al cui legittimo controllo sono soggette, a misure da ritenersi ragionevolmente adeguate a mantenerle segrete”.

Ne consegue che non qualsiasi elemento di originalità del servizio offerto è riconducibile entro la categoria dei segreti tecnici o commerciali, perché è inevitabile che ogni operatore possieda elementi che differenziano la propria organizzazione e la propria offerta in una procedura di tipo comparativo, ma la qualifica di segreto tecnico o commerciale deve essere riservata ad elaborazioni e studi ulteriori, di carattere specialistico, che possano trovare applicazione in una serie indeterminata di appalti, e siano in grado di differenziare il valore del servizio offerto solo a condizione che i concorrenti non ne vengano a conoscenza.

CONS. STATO, SEZ. V - sentenza 15 ottobre 2024, n. 8257

Sulla nozione di segreto commerciale

L'informazione da tutelare deve essere “connotata da comprovabili caratteri di segretezza oggettiva”, non essendo sufficiente l'affermazione di un particolare know how o l'esistenza di un brevetto. Il concorrente deve dimostrare (anche in coerenza con la definizione normativa di cui all'art. 98 del d.lgs. n. 30/2005) che il modello, ovvero l'idea da “proteggere” sia suscettibile di trovare applicazione in una serie indeterminata di affidamenti e sia in grado di differenziare il valore della prestazione offerta solo a condizione che gli altri operatori non ne vengano mai a conoscenza.

È verosimile, ad esempio, escludere l'esistenza di ragioni di riservatezza in settori caratterizzati da elevati tassi di standardizzazione delle filiere, da pratiche aziendali ampiamente diffuse tra tutti gli operatori e dall'impiego di manodopera per attività di assistenza.

TAR CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. I – sentenza 25 luglio 2024 n. 4380

Sull'accesso generalizzato agli atti di una gara

Sussiste, in capo al contraente della P.A. in regime di proroga di un appalto di servizi, il diritto esercitare l'accesso civico generalizzato, ex art. 5, D.lgs. n. 33/2013, nei confronti degli atti inerente l'aggiudicazione della gara esperita dall'Amministrazione per l'affidamento del medesimo servizio; il c.d. **accesso civico generalizzato è finalizzato a garantire il controllo democratico** sull'attività amministrativa e, differentemente dall'accesso c.d. difensivo protetto dagli artt. 22 ss. della legge n. 241 del 1990, **non è sottoposto a limiti quanto alla legittimazione soggettiva, né a oneri di motivazione, né richiede la titolarità, in capo all'istante, di un interesse specifico**, salvi i limiti oggettivi indicati dall'art. 5-bis del d.lgs. n. 33 del 2013.

TAR LAZIO – ROMA, SEZ. III ter – sentenza 30 gennaio 2025 n. 2051

Sulla nuova disciplina codicistica relativa all'accesso agli atti di gara

Per quanto concerne gli operatori economici collocatisi nei primi cinque posti della graduatoria, il codice dei contratti pubblici contempla: a) una “regola”; b) una “eccezione”; c) una “eccezione all'eccezione” (che fa dunque riespandere la “regola”).

Nel dettaglio:

a) la “regola” è che a tali operatori «sono resi reciprocamente disponibili, attraverso la [piattaforma di approvvigionamento digitale di cui all'articolo 25 utilizzata dalla stazione appaltante o dall'ente concedente], gli atti di cui al comma 1 [e.:i verbali di gara e gli atti, i dati e le informazioni presupposti all'aggiudicazione], nonché le offerte dagli stessi presentate» (art. 36, comma 2, d.lgs. 36/2023);

b) la “eccezione” è che la stazione appaltante o l'ente concedente proceda, su richiesta degli operatori interessati, all'oscuramento delle «informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali» (art. 35, comma 4, lett. a), così come richiamato dall'art. 36, comma 3, d.lgs. 36/2023, secondo cui «nella comunicazione [digitale dell'aggiudicazione ai sensi dell'articolo 90], la stazione appaltante o l'ente concedente dà anche atto delle decisioni assunte sulle eventuali richieste di oscuramento di parti delle offerte di cui ai commi 1 e 2, indicate dagli operatori ai sensi dell'art. 35, comma 4, lettera a)»);

c) la “eccezione all'eccezione” è che, anche in presenza di segreti tecnici o commerciali, dev'essere comunque «consentito l'accesso al concorrente, se indispensabile ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi giuridici rappresentati in relazione alla procedura di gara» (art. 35, comma 5, d.lgs. 36/2023).

La “eccezione all'eccezione”, dunque, si pone allorché la stazione appaltante o l'ente concedente ritenga che si sia in presenza di un segreto tecnico o commerciale nei sensi indicati da uno degli operatori collocatisi nei primi cinque posti, provvedendo perciò al relativo oscuramento, e, tuttavia, un altro di

tali operatori ritenga indispensabile, per l'esercizio del proprio diritto di difesa, prendere visione di quanto oscurato.

TAR CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. II – sentenza 5 dicembre 2024 n. 6787

Sulla prevalenza del diritto di accessi difensivo sulla riservatezza delle offerte

In materia di contratti pubblici, ai partecipanti alle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti è consentito l'accesso documentale ai relativi atti, secondo quanto previsto dagli artt. 35 del d.lgs. n. 36/2023 e 22 e ss. della legge n. 241/1990. La partecipazione alle gare di appalto pubbliche comporta l'accettazione implicita da parte del concorrente delle regole di trasparenza ed imparzialità che caratterizzano la selezione, fermo restando l'obbligo tassativo, per il richiedente l'accesso, di utilizzare i documenti acquisiti esclusivamente per la cura e la difesa dei propri interessi giuridici. La cd. riservatezza tecnica ha carattere recessivo rispetto al cd. accesso agli atti difensivo, posto a presidio di diritti di rilievo costituzionale, ciò si ricava dal disposto di cui all'art. 53, comma 6, d.lgs. n. 50 del 2016, il quale è specificazione dell'accesso documentale difensivo dell'art. 24, comma 7, L. n. 241 del 1990.

TAR LOMBARDIA – MILANO, SEZ. II – sentenza 23 settembre 2024 n. 2459

Sull'inammissibilità di una richiesta di accesso esplorativa alla fase esecutiva del contratto

E' legittimo il diniego opposto dalla P.A. in ordine ad una istanza di accesso agli atti, avanzata dall'operatore economico classificatosi al secondo posto nella graduatoria di una gara di appalto, nel caso in cui l'istanza ostensiva sia finalizzata a conoscere ed ottenere copia della documentazione inerente la convenzione stipulata tra stazione appaltante e aggiudicatario, onde verificare la regolare esecuzione del contratto (nella specie, la domanda di accesso riguardava, in particolare, la documentazione inerente la convenzione in essere, gli ordini di fornitura). In difetto della specificazione dell'interesse all'ostensione, attuale e concreto, da parte dell'istante, l'accesso documentale assolve, infatti, ad una finalità espressamente vietata dalla legge, perché preordinata ad un non consentito controllo generalizzato sull'attività, pubblicistica o privatistica, delle PP.AA. L'accesso c.d. esplorativo è, in vero, espressamente vietato dall'art. 24 comma 3, l. n. 241 del 1990; e ciò a maggior ragione ove l'accedente non abbia fornito alcun serio elemento di prova in ordine ad eventuali inadempimenti contrattuali dell'aggiudicatario.

TAR PUGLIA – BARI, SEZ. II – sentenza 24 settembre 2024 n. 1005

Sull'illegittimità del diniego alle offerte tecniche

E' illegittimo il provvedimento con il quale la P.A. appaltante, in relazione ad una domanda di accesso all'offerta tecnica dell'aggiudicatario, avanzata dal concorrente classificatosi al secondo posto della graduatoria di gara, previa condivisione delle ragioni di opposizione del controinteressato, ha accordato l'accesso a tutti i documenti richiesti, solo previo il loro integrale oscuramento, nel caso in cui le suddette medesime ragioni di opposizione siano generiche e non consentano di individuare i motivi idonei a "comprovare" la presenza di "segreti tecnici e commerciali" che, soli, precludono l'esercizio del diritto di accesso.

TAR LOMBARDIA, SEZ. IV – sentenza 14 ottobre 2024 n. 2668

Sui presupposti per l'oscuramento dell'offerta (documentati segreti tecnici e commerciali)

In caso di rigetto, anche parziale, dell'istanza di accesso ai documenti di gara è agli **specifici caratteri di cui all'art. 98 del Codice della proprietà industriale** (d. lgs. 10 febbraio 2005, n. 30) che la dichiarazione (*ex art. 35 d.lgs 36/2023*) “motivata e comprovata” circa l'esistenza di un segreto commerciale deve fare riferimento, non potendo, viceversa, l'operatore limitarsi a una mera e indimostrata affermazione generica tesa a ricomprendere certe informazioni nel patrimonio aziendale o nella peculiarità dell'offerta.

TAR LAZIO – ROMA, SEZ. IV *quater* – sentenza 10 dicembre 2024 n. 22271

Sul diritto di accesso ad un parere legale endoprocedimentale

In materia di diritto di accesso agli atti della P.A., devono ritenersi accessibili i pareri legali (nella specie, si trattava di un parere espresso dall'Avvocatura dello Stato per la valutazione della legittimità dei criteri da utilizzare per la determinazione dei titoli dei candidati di un concorso), che, anche per effetto di un richiamo esplicito nel provvedimento finale, rappresentano un passaggio procedimentale istruttorio di un procedimento amministrativo in corso e, una volta acquisiti dall'Amministrazione, vengono ad innestarsi nell'iter procedimentale, assumendo la configurazione di atti endoprocedimentali e perciò costituiscono uno degli elementi che condizionano la scelta dell'Amministrazione.

TAR PUGLIA – BARI, SEZ. II – sentenza 1° dicembre 2023 n. 1388

Sul diritto di accesso ai documenti di gara (anche alla luce del nuovo codice)

In materia di accesso agli atti di una procedura concorrenziale, indetta dalla P.A. per l'affidamento di un pubblico appalto, e, segnatamente, all'offerta tecnica, deve ritenersi che, oggi, e, in particolare, a seguito della entrata in vigore del nuovo codice degli appalti (d.lgs. n. 36 del 2023), vada sposata una lettura forte dell'accesso agli atti e documenti di gara, essendo il valore della trasparenza amministrativa, soprattutto nelle procedure pubbliche di scelta del contraente, un bene giuridico autonomo, che fonda una posizione di potere del privato nei confronti della Pubblica Amministrazione che non può essere conculcato ad es. dal quadro delle contestazioni per come delineato nel “mero” ricorso introduttivo del giudizio. L'accesso, al contrario, delinea una posizione di interesse che resta aperta per tutta la durata della procedura, al fine di fondare la massima trasparenza possibile dell'operato amministrativo, in un quadro di responsabilità integrale delle Stazioni appaltanti per la piena accountability del loro operato.

Il nuovo Codice Appalti 2023 (cfr. D.Lgs. n. 36/2023) ha introdotto una nuova disciplina dell'accesso agli atti di gara che, pur non applicandosi direttamente alla procedura in esame *ratione temporis*, è oltre modo significativo rispetto alle tendenze ideologico culturali, oltre che ovviamente giuridiche, verso le quali il sistema sta evolvendo.

Una novità rilevante è sicuramente prevista all'art. 36: con la comunicazione digitale dell'aggiudicazione, verranno rese note anche le decisioni assunte dalla Stazione appaltante sulle richieste di oscuramento di parti delle offerte, formulate dagli offerenti a tutela dei loro segreti tecnici o commerciali. In tal modo si vuole palesemente accelerare la procedura; gli operatori non dovranno più formulare alcuna istanza di accesso.

Inoltre, ai primi cinque classificati in graduatoria, sarà consentito visionare reciprocamente le rispettive offerte, sempre attraverso le piattaforme informatiche. Ma si noti che tutto verrà deciso in autonomia dalla Stazione appaltante al momento di valutazione delle offerte: non è previsto un preliminare avviso all'offerente, quale controinteressato, circa l'intenzione di rendere visibili le parti di offerte indicate come segrete, né viene disciplinato un contraddittorio sul punto prima dell'aggiudicazione.

Le decisioni sulle richieste di oscuramento, comunicate appunto contestualmente all'aggiudicazione, potranno essere impugnate solamente per le vie giudiziali, nel breve termine – ai limiti del giugulatorio – di dieci giorni. Il quadro che emerge è, per l'appunto, quello della pubblicizzazione integrale della gara pubblica e l'eradicazione, si spera definitiva di tutto il contenzioso sviluppatosi negli ultimi anni sulla, spesso strumentale, difesa del c.d. *know how* industriale e commerciale.

TAR LIGURIA, SEZ. I – ordinanza 26 luglio 2024 n. 544

Sull'inammissibilità del ricorso in materia di accesso proposto dopo il termine di dieci giorni

E' irricevibile, in quanto manifestamente tardiva, l'istanza di accesso agli atti endoprocessuale ex art. 116, co. 2, c.p.a., con la quale è stata impugnata in s.g. la "decisione" della P.A. appaltante di parziale oscuramento degli atti di gara, ove la medesima istanza ostensiva sia stata presentata oltre il termine di 10 giorni, previsto dall'art. 36, comma 4 del d.lgs. n. 36/2023, dalla comunicazione di oscuramento.