**CONCESSIONE DI BENI**

**CONCESSIONE DI SERVIZI –**

**APPALTO DI SERVIZI –**

**Tar Lazio, Roma, Sez. II, 14.03.2025, n. 5373**

***Sulla natura delle concessioni di beni di contratti attivi e, quindi, esclusi***

**Violazione delle norme sui contratti esclusi: Roma Capitale ha qualificato la gara come contratto escluso dal D.Lgs. 36/2023, sottraendola alle regole ordinarie di trasparenza e pubblicità degli atti di gara. Secondo la ricorrente, il valore economico della concessione e la natura del servizio avrebbero invece richiesto l’applicazione del Codice degli Appalti​.**

Il Collegio rileva che la procedura che viene in rilievo deve essere qualificata in termini di **concessione di beni pubblici**, a nulla rilevando, contrariamente a quanto sostenuto dalla ricorrente, la previsione di **obblighi ulteriori in capo al gestore** che, come chiaramente emerge dalla documentazione in atti, sono s**trettamente correlati alla gestione del bene e alla relativa manutenzione e valorizzazione, attività**, queste, che costituiscono un contenuto tipico del rapporto concessorio in esame.

Le **concessioni di beni pubblici**, come noto, legittimano il concessionario allo svolgimento di un’attività economica in un’area demaniale, con assunzione del relativo rischio operativo, e non vertono su una prestazione di servizi o di lavori affidata dall’ente aggiudicatore; ne deriva, dunque, la loro **inclusione tra i contratti attivi**, **con conseguente esclusione dall’ambito di applicazione del codice dei contratti pubblici, ferma la necessaria applicazione di procedure imparziali e** trasparenti e salvi gli auto vincoli eventualmente stabiliti dall’amministrazione nella selezione del concessionario.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**

**Tar Lombardia, Milano, Sez. V, 04/01/2024, n. 26**

***Sulla natura di concessione di servizi e non di beni, nel caso di affidamento di impianti sportivi***

**Orbene, fermo quanto sopra, il Collegio reputa che, in considerazione della centralità del momento della «**gestione**», che prefigura come meramente strumentale l’affidamento del bene di proprietà pubblica, la gestione dell’impianto sportivo per cui è causa assume i caratteri tipici di un servizio pubblico [su cui cfr., tra le tante, Cons. Stato, V, 28-01-2021, n. 858; id., 18-08-2021, n. 5915, per cui: «**Nel caso della gestione di impianti sportivi comunali si tratta, in particolare, di un servizio pubblico locale, ai sensi dell’art. 112 del d.lgs. n. 267/2000, per cui l’utilizzo del patrimonio si fonda con la promozione dello sport che, unitamente all’effetto socializzante ed aggregativo, assume in ruolo di strumento di miglioramento della qualità della vita a beneficio non solo per la salute dei cittadini, ma anche per la vitalità sociale della comunità (culturale, turistico, di immagine del territorio, etc.). **Ne discende che, sotto il profilo considerato, l’affidamento in via convenzionale di immobili, strutture, impianti, aree e locali pubblici – appartenenti al patrimonio indisponibile dell’ente, ai sensi dell’art. 826 del c.c., quando siano o vengano, come nella specie, destinati al soddisfacimento dell’interesse della collettività allo svolgimento delle attività sportive – non è sussumibile nel paradigma della concessione di beni, ma struttura, per l’appunto, una concessione di servizi»; nonché, TAR Lazio, Roma, II S, 27-03-2023, n. 5246; TAR Lombardia, Milano, I, 24-02-2023, n. 485].**

**Difatti, giova ribadire che, stando alla giurisprudenza condivisa dal Collegio, gli impianti sportivi comunali «**appartengono al patrimonio indisponibile del Comune, ai sensi dell’art. 826, ult. comma, c.c., essendo destinati al soddisfacimento dell’interesse della collettività allo svolgimento delle attività sportive, sicché, qualora tali beni siano dati in concessione a privati, restano devolute al giudice amministrativo le controversie sul rapporto concessorio, inclusa quella sull’inadempimento degli obblighi concessori e la decadenza del concessionario**» (così, Consiglio di Stato, sez. II, 20 maggio 2022, n. 4007).**

**Sulla natura di concessione di servizi e non di appalto di servizi in caso di accertata rilevanza economica**

**Non si ravvisano nella specie gli elementi dell’appalto di servizi, come adombrato da parte resistente, atteso che, da un lato, non v’è prova che si tratti di impianto privo di rilevanza economica e che il canone corrisposto dal Comune sia idoneo ad azzerare il cd. rischio operativo a carico del concessionario; e, dall’altro, il fatto che, su impulso del diritto euro-unitario, la differenza tra appalto e concessione si sia andata riducendo per effetto della loro comune riconduzione al** genus **del “contratto a titolo oneroso”, comunque non legittima una completa assimilazione tra i due istituti, specie in relazione alla fase esecutiva del rapporto.**

**\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**

**Cons. Stato, Sez. IV, n. 1784/2022**

**Sulla rilevanza economica della concessione di impianti sportivi**

Sono “sintomi” della rilevanza economica della gestione, i seguenti:

a. “… le caratteristiche dell’impianto… che risulta essere di **significative dimensioni**…”

b. la “… facoltà di ritrarre **ricavi dall’espletamento della gestione** mediante il corrispettivo economico imposto all’utenza…” riconosciuta al concessionario

c. la facoltà, anch’essa riconosciuta al concessionario, di poter “**gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente il servizio** da espletare presso l’intero impianto”

**NON è “sintomo”** decisivo della rilevanza economica della gestione il contributo, atteso che:

- “non appare contrastante con l’accertata remuneratività del servizio” neppure “il **contributo che il Comune si è impegnato a corrispondere**”, atteso che il Consiglio di stato sostiene che tale contributo “anzi né è conferma configurandosi come ulteriore entrata avantaggio del gestore”.

**\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**

**ART 11 “PRINCIPIO DI APPLICAZIONE DEI CONTRATTI COLLETTIVI NAZIONALI DI SETTORE. INADEMPIENZE CONTRIBUTIVE E RITARDO NEI PAGAMENTI” ART. 57 “CLAUSOLA SOCIALE”**

**TAR Lombardia, Milano, Sez. IV, 30.01.2025 n. 296**

***Sull’obbligo di verifica della dichiarazione di equivalenza prima dell’affidamento.***

Nel caso di specie, l’aggiudicataria si è avvalsa della facoltà riconosciuta dall’[art. 11, comma 3, D.Lgs. 36/2023](https://www.codicecontrattipubblici.com/nuovo-codice-contratti-pubblici-2023/art-11-principio-di-applicazione-dei-contratti-collettivi-nazionali-di-settore-inadempienze-contributive-e-ritardo-nei-pagamenti/), indicando un CCNL diverso da quello previsto all’art. 3 del Disciplinare di gara e depositando una espressa dichiarazione di equivalenza tra i due contratti.  
Ebbene, a fronte di ciò, ritiene il Collegio che l’ente concedente avrebbe dovuto procedere, in ossequio al disposto dell’art. 11, comma 4, D.lgs. 36/2023 ratione temporis applicabile, alla verifica del contenuto della suddetta dichiarazione, anche con le modalità di cui all’art. 110 del medesimo decreto legislativo, ciò che, tuttavia, non è avvenuto, essendosi l’Amministrazione limitata a recepire supinamente la dichiarazione resa dalla aggiudicataria.  
E, invero, **se, da un lato, mediante l’istituto in esame il legislatore ha inteso riconoscere agli operatori economici una maggiore flessibilità nella propria organizzazione aziendale, quale corollario della libertà di iniziativa economica privata scolpita all’art. 41 Cost**. (con la conseguenza che la norma in esame non può essere interpretata in senso eccessivamente restrittivo, in quanto occorre evitare di introdurre freni non necessari alla concorrenza e al principio di massima partecipazione – v. in tal senso T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. II, ord. 12.03.2024, n. 89), **dall’altro tale facoltà deve contemperarsi con la ineludibile tutela dei lavoratori, la quale postula un’attenta disamina da parte della stazione appaltante circa l’equivalenza delle tutele** (economiche e normative) riconosciute in forza del diverso CCNL prescelto dall’operatore economico.  
Al fine di precisare il contenuto della suddetta valutazione, **del resto,**[**il legislatore è recentemente intervenuto mediante l’art. 2, comma 1, lett. d), D.Lgs. 31 dicembre 2024, n. 209**](https://www.sentenzeappalti.it/2025/01/01/decreto-correttivo-codice-appalti-cosa-cambia-tabella-riassuntiva-con-indice-interattivo/)**, che – a far data dal 31.12.2024 – ha così modificato il comma 4 dell’art. 11 D.Lgs. 36/2023: «Nei casi di cui al comma 3, prima di procedere all’affidamento o all’aggiudicazione le stazioni appaltanti e gli enti concedenti acquisiscono la dichiarazione con la quale l’operatore economico individuato si impegna ad applicare il contratto collettivo nazionale e territoriale indicato nell’esecuzione delle prestazioni oggetto del contratto per tutta la sua durata, ovvero la dichiarazione di equivalenza delle tutele. In quest’ultimo caso, la dichiarazione è anche verificata con le modalità di cui all’articolo 110, in conformità all’allegato I.01.».**

In particolare, **l’art. 3 del predetto Allegato introduce una espressa presunzione di equivalenza**, **l’art. 4 precisa i criteri da tenere in considerazione ai fini della verifica di equivalenza** nell’ipotesi in cui l’anzidetta presunzione non possa trovare applicazione (art. 4 Allegato I.01.6 al D.Lgs. 36/2023) e, infine, l’art. 5 (rubricato “Verifica della dichiarazione di equivalenza”) stabilisce che “1. Per consentire alle stazioni appaltanti ed enti concedenti di verificare la congruità dell’offerta ai sensi dell’articolo 110, gli operatori economici trasmettono la dichiarazione di equivalenza di cui all’articolo 11, comma 4, in sede di presentazione dell’offerta. 2. **Prima di procedere all’affidamento** o all’aggiudicazione, la stazione appaltante o l’ente concedente **verifica** la dichiarazione di equivalenza presentata dall’operatore economico individuato”.  
Le disposizioni da ultimo richiamate – ancorché non operanti alla data di svolgimento della procedura evidenziale in esame – **confermano (e precisano) quanto già previsto dal previgente art. 11, comma 4, D.Lgs. 36/2023, ossia come la determinazione di affidamento/aggiudicazione debba necessariamente essere preceduta dalla verifica della dichiarazione di equivalenza, la quale assume, pertanto, carattere obbligatorio**.  
**Nella fattispecie di cui è causa tale adempimento risulta, per converso, del tutto omesso, non essendovi traccia, né nei verbali di gara né nella determinazione di affidamento, dell’effettivo espletamento della verifica relativa al contenuto della dichiarazione di equivalenza resa dalla controinteressata.**Pertanto, in disparte la fondatezza della lamentata carenza del requisito dell’equivalenza delle tutele tra il CCNL applicato dalla controinteressata e quello individuato dall’ente concedente (il cui vaglio è precluso a questo Giudice, trattandosi di potere amministrativo non ancora esercitato – v. art. 34, comma 2, c.p.a.), il motivo di ricorso in esame è fondato, nei termini sin qui precisati.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**Tar Toscana, Firenze, Sez. I, 3.02.2025, n. 173**

***Sul subprocedimento di verifica della dichiarazione di equivalenza***

Sul punto, la relazione illustrativa allegata al bando tipo n. 1/2023, richiamata dalla stessa stazione appaltante nella richiesta di giustificazioni, prendendo a riferimento i parametri individuati dalla circolare dell’Ispettorato Nazionale del Lavoro (INL) n. 2 del 28.07.2020, prevede quanto segue: “*La valutazione deve necessariamente avere ad oggetto* ***sia le tutele economiche che quelle normative*** *in quanto complesso inscindibile. Si suggerisce di effettuare dapprima la valutazione* ***dell’equivalenza economica*** *dei contratti, prendendo a riferimento le* ***componenti fisse della retribuzione globale annua costituite dalle seguenti voci****: retribuzione tabellare annuale; indennità di contingenza; Elemento Distinto della Retribuzione – EDR - a cui vanno sommate le eventuali mensilità aggiuntive (tredicesima e quattordicesima), nonché ulteriori indennità previste. Quanto alla valutazione di* ***equivalenza delle tutele normative*** *sono presi a riferimento i* ***parametri relativi a****: - la disciplina concernente il lavoro supplementare e le clausole elastiche nel part-time; - la disciplina del lavoro straordinario, con particolare riferimento ai suoi limiti massimi, con l’avvertenza che solo il CCNL leader può individuare ore annuali di straordinario superiori alle 250. Lo stesso non possono fare i CCNL sottoscritti da soggetti privi del requisito della maggiore rappresentatività; - la disciplina compensativa delle ex festività soppresse, che normalmente avviene attraverso il riconoscimento di permessi individuali; - la durata del periodo di prova; - la durata del periodo di preavviso; - durata del periodo di comporto in caso di malattia e infortunio; - malattia e infortunio, con particolare riferimento al riconoscimento di un’eventuale integrazione delle relative indennità; - maternità ed eventuale riconoscimento di un’integrazione della relativa indennità per astensione obbligatoria e facoltativa; - monte ore di permessi retribuiti; - bilateralità; - previdenza integrativa; - sanità integrativa*”, con la precisazione che “***La stazione appaltante può ritenere sussistente l’equivalenza in caso di scostamenti marginali in un numero limitato di parametri****. Sul punto, si evidenzia che la richiamata Circolare dell’INL individua un primo elenco di nove istituti sui quali effettuare la verifica di equivalenza dei trattamenti normativi, ritenendo ammissibile lo scostamento limitato ad un solo parametro. Pertanto, considerato che l’elenco su proposto è più ampio, si può ritenere ammissibile, di regola, uno scostamento limitato* ***a soli due parametri***”.

Ora, il compito del Collegio è quello di valutare se l’attività istruttoria condotta dal RUP sia corretta e se il risultato al quale egli è pervenuto non sia irragionevole, illogico o viziato da travisamento dei fatti.

per quanto riguarda la specifica attività di verifica del RUP sulla dichiarazione di equivalenza delle tutele, la giurisprudenza ha già avuto modo di chiarire che occorre evitare di introdurre freni non necessari alla concorrenza, che potrebbero ostacolare il raggiungimento della massima partecipazione e che pertanto si ritiene che un’impresa possa mantenere il proprio CCNL anche in una gara che in base alle ripartizioni della contrattazione collettiva si collocherebbe in un altro settore economico, purché, secondo una valutazione complessiva, giuridica ed economica, sussistano i seguenti requisiti: *“(i) il trattamento dei lavoratori impiegati in tale gara non sia eccessivamente inferiore a quello dei CCNL individuati dalla stazione appaltante; (ii) vi sia corrispondenza, o almeno confrontabilità, tra le mansioni del CCNL applicato e le lavorazioni oggetto dell’appalto*”, specificando che “*L’equivalenza dei CCNL non richiede la parità di retribuzione. Una simile condizione sarebbe impossibile, data la varietà di contenuti normalmente osservabile nei diversi settori della contrattazione collettiva, e anche discriminatoria, avendo quale risultato l’imposizione dei soli CCNL presi come riferimento negli atti di gara. A sua volta, il numero chiuso dei CCNL determinerebbe effetti anticoncorrenziali, deprimendo la partecipazione*” (T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. II, 1° ottobre 2024, n. 773).

Alla luce delle coordinate ermeneutiche sopra evidenziate, e tenuto conto di tutta la documentazione tecnica fornita dalla controinteressata (ivi compreso il parere *pro-veritate*), nonché della puntuale relazione del consulente del lavoro del RUP, Alessandro Agostini, il Collegio ritiene che il risultato al quale è pervenuto il RUP, non sia né irragionevole, né illogico o abnorme.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_-

**Tar Piemonte, Torino, Sez. I, 25.11.2024, n. 122**

***Sulla legittimità del soccorso istruttorio, in caso di assenza della dichiarazione di equivalenza***

Quindi quanto contestato, l’assenza di indicazione dell’applicazione del ccnl dei lavoratori dell’edilizia e la dichiarazione di equivalenza del ccnl applicato dal concorrente, **non è causa di esclusione.**

Ora l’art. 11 co. 4 del d. lgs. 36 del 2023 prevede che “Nei casi di cui al comma 3**, prima di procedere all'affidamento o all'aggiudicazione** le stazioni appaltanti e gli enti concedenti **acquisiscono la dichiarazione** con la quale l'operatore economico individuato si impegna ad applicare il contratto collettivo nazionale e territoriale indicato nell'esecuzione delle prestazioni oggetto del contratto per tutta la sua durata, ovvero la dichiarazione di equivalenza delle tutele. In quest'ultimo caso, la dichiarazione è anche verificata con le modalità di cui all'articolo 110”, e l’art. 101 co. 3 recita “La stazione appaltante **può sempre richiedere chiarimenti sui contenuti dell'offerta tecnica e dell'offerta economica e su ogni loro allegato**. L'operatore economico è tenuto a fornire risposta nel termine fissato dalla stazione appaltante, che non può essere inferiore a cinque giorni e superiore a dieci giorni. I chiarimenti resi dall'operatore economico non possono modificare il contenuto dell'offerta tecnica e dell'offerta economica”.

Tale previsione può ritenersi suffragata dalla nota illustrativa dell’ANAC sul Bando Tipo 1/2023, in cui è precisato “che l’articolo 11 del Codice richiede la verifica dell’equivalenza delle garanzie solo sull’operatore individuato prima dell’aggiudicazione, utilizzando anche le modalità prevista per la congruità. **Pertanto, la mancata allegazione della dichiarazione di equivalenza delle tutele non può costituire causa di esclusione, ma la sua richiesta si giustifica con l’esigenza di accelerare i tempi di affidamento**. **La stazione appaltante, nel caso di mancata presentazione della dichiarazione, dovrà procedere con la formale richiesta, assegnando un congruo tempo per la relativa produzione”.**

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**Cons. Stato, Sez. V, 28.03.2025, n. 2605**

***Sull’esclusione automatica in caso di assenza della dichiarazione del CCNL applicato.***

Nel caso di specie, come correttamente evidenziato dal primo giudice, quello rilevato dalla stazione appaltante era – *per tabulas* – **il vizio di offerta incompleta**.

Al riguardo, non può condividersi la prospettazione secondo cui la dichiarazione del CCNL concretamente applicato non sarebbe stato un elemento essenziale dell’offerta. Invero, ai sensi dell’art. 11 del d.lgs. n. 36 del 2023, al personale impiegato negli appalti pubblici dev’essere applicato il contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro, laddove gli operatori economici possono anche indicare nella propria offerta il differente contratto collettivo da essi applicato, ma se si avvalgono di questa facoltà, “*prima di procedere all’affidamento o all’aggiudicazione le stazioni appaltanti e gli enti concedenti acquisiscono la dichiarazione con la quale l’operatore economico individuato si impegna ad applicare il contratto collettivo nazionale e territoriale indicato nell’esecuzione delle prestazioni oggetto del contratto per tutta la sua durata, ovvero la dichiarazione di equivalenza delle tutele. In quest’ultimo caso, la dichiarazione è anche verificata con le modalità di cui all’articolo 110*”.

Neppure è corretto sostenere, come fa l’appellante, che la previsione dell’art. 11 cit. sia del tutto slegata da quella di cui all’art. 41 del *Codice*, a mente del quale, nei contratti di lavori e servizi, per determinare l’importo posto a base di gara la stazione appaltante o l’ente concedente devono individuare nei documenti di gara i costi della manodopera, prevedendo che gli stessi (unitamente a quelli della sicurezza) vadano scorporati dall’importo assoggettato al ribasso.

**Non può fondatamente credersi che le previsioni dei richiamati artt. 11 e 41 non abbiano natura di norme imperative inderogabili, già solo in ragione della loro inequivoca formulazione testuale** (oltre che degli obiettivi perseguiti, di garantire ai lavoratori più adeguate tutele sotto il profilo giuridico ed economico).

A ciò aggiungasi – come evincibile dal combinato disposto degli artt. 110, comma primo e 108, comma 9 d.lgs. n. 36 del 2023 – che le disposizioni del CCNL concretamente applicato (così come individuato nell’offerta) **rilevano anche sull’eventuale anomalia delle offerte che rechino il riferimento ad un CCNL** – ed al conseguente costo della manodopera – diverso da quello posto a base della legge di gara.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**Tar Emilia Romagna, Bologna, Sez. II, 11.02.2025**

***Sull’obbligo di inserire negli atti di gara, la clausola sociale***

La norma **è stata poi modificata in senso rafforzativo dell’obbligo con D.Lgs. n. 209/2024** a far data dal 31.12.2024.

Fermo restando che l’Ente procedente negli atti di gara **non ha in alcun modo motivato sul mancato inserimento delle clausole sociali nella lex specialis**, con la conseguenza che quella contenuta negli scritti difensivi si configura come una motivazione postuma, il punto è che vi sono tutta una serie di prestazioni contrattuali a carico dell’appaltatore che sicuramente non hanno natura intellettuale e che dunque non possono beneficiare dell’esenzione un tempo prevista dall’obbligo in questione.

In particolare, ci si riferisce alla predisposizione da parte dell’appaltatore del servizio di vigilanza, con personale incaricato dell’accoglienza e identificazione dei candidati, della loro sistemazione e distanziamento nelle sale di esame, della somministrazione dei test, del controllo che i candidati non comunichino tra loro, non si scambino materiale e non utilizzino materiale non consentito, della raccolta e adeguata conservazione dei test svolti.

**Quantomeno per questo personale le clausole sociali dovevano essere previste.**

**\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**

**ART. 17 – FASI DELLA PROCEDURA DI AFFIDAMENTO –**

**ART. 18 – IL CONTRATTO E LA SUA STIPULA -**

**Tar Emilia Romagna, Bologna, Sez. II, 11.02.2025, n. 128**

***Sull’obbligo di motivazione in caso di esecuzione anticipata***

Nell’ambito del provvedimento con il quale la stazione appaltante attiva l’esecuzione anticipata ovvero in via d’urgenza del contratto che debbano essere esternate le ragioni di pubblico interesse che giustificano l’una o l’altra, **senza che si possa ovviamente far riferimento al fatto che ex ante e in astratto il bando ha previsto tale possibilità**.

Resta poi fermo che **l’urgenza non deve essere provocata dalla stazione appaltante che ha tardato a bandire la gara o la ha protratta** fino ad arrivare in prossimità della data di espletamento delle prove di ammissione, così da elidere la possibilità di una tutela cautelare o financo caducatoria dell’interesse del concorrente non aggiudicatario.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**Tar Campania, Napoli, Sez. I, 24.01.2025, n. 624**

***Sulla possibilità di adottare il provvedimento di aggiudicazione nelle more dei controlli***

La verifica è innestata nella fase intermedia tra la proposta della Commissione di gara e l’aggiudicazione, ai sensi dell’art. 17, co. 5, del d.lgs. n. 36/2023 (“L'organo preposto alla valutazione delle offerte predispone la proposta di aggiudicazione alla migliore offerta non anomala. L'organo competente a disporre l'aggiudicazione esamina la proposta, e, se la ritiene legittima e conforme all'interesse pubblico, dopo aver verificato il possesso dei requisiti in capo all'offerente, dispone l'aggiudicazione, che è immediatamente efficace”).

L’innovazione introdotta antepone ad una fase anteriore all’aggiudicazione la verifica, che nel sistema previgente era posposta all’atto finale, condizionandone l’efficacia (art. 32, co. 7, del d.lgs. n. 50/2016: “L'aggiudicazione diventa efficace dopo la verifica del possesso dei prescritti requisiti”).

È posta l’esigenza di consultazione del Fascicolo virtuale dell’operatore economico - FVOE (art. 24 del d.lgs. n. 36/2023) e di accesso alla piattaforma digitale nazionale dati di cui all’articolo 50-ter del Codice dell’amministrazione digitale e alle banche dati delle Pubbliche Amministrazioni (art. 99).

Con provvedimento n. 262 del 20 giugno 2023, si sensi del co. 4 dell’art. 24 cit., l’ANAC ha individuato “le tipologie di dati da inserire nel fascicolo virtuale dell'operatore economico, concernenti la partecipazione alle procedure di affidamento e il loro esito, in relazione ai quali è obbligatoria la verifica attraverso la Banca dati nazionale dei contratti pubblici”; in esso si premette che l’utilizzo delle funzionalità del FVOE “consente una sostanziale riduzione dei tempi delle verifiche”, preordinata al rispetto dei tempi di conclusione delle procedure (all. I.3 del Codice).

Si dà atto, altresì, che attraverso il FVOE le stazioni appaltanti acquisiscono tra l’altro le “informazioni certificate comprovanti il possesso dei requisiti di carattere generale, tecnico-organizzativo ed economico-finanziario dell’affidamento dei contratti pubblici” (art. 3.2, lett. a), del citato provvedimento ANAC).

Tuttavia, è riscontrabile che l’interoperabilità del sistema non sia stata ancora resa completamente funzionale, osservandosi al proposito che – nelle more di una sua completa attuazione – possa continuarsi ad assumere il valore dell’autocertificazione dell’offerente, secondo un’esigenza non trascurata dal legislatore che, da ultimo, con il correttivo al Codice (d.lgs. 31 dicembre 2024, n. 209) ha introdotto il comma 3-bis all’art. 99 del d.lgs. n. 36/2023, per l’ipotesi di malfunzionamento, consentendo l’autodichiarazione dell’offerente che attesti il possesso dei requisiti.

Nel caso di specie, va considerato che gli artt. 46 e 47 del D.P.R. n. 445/2000 consentono, nei rapporti con la P.A., di sostituire alle certificazioni ed atti di notorietà la dichiarazione dell’interessato, con l’osservanza delle modalità stabilite.

Le disposizioni, dettate da esigenze di semplificazione procedimentale, costituiscono modi ordinari per l’allegazione di fatti e circostanze, la cui veridicità è assunta dall’interessato sotto la sua responsabilità, anche penale.

La Pubblica Amministrazione che riceve la dichiarazione non è tenuta a contestarne in ogni caso la veridicità, fatto salvo il potere di controllo, “il cui esercizio è doveroso allorché quanto dichiarato si mostri palesemente non corrispondente al vero” (Cons. Stato - sez. VII, 11/1/2023 n. 343, precisando che la dichiarazione sostitutiva dell’atto di notorietà, senza alcun valore certificativo o probatorio, ha “una "attitudine" probatoria provvisoria e fino a contraria risultanza, volta a consentire – salvo verifica – la più spedita conclusione del procedimento amministrativo”).

Premesso che, nella materia degli appalti, le esigenze di speditezza nella definizione del procedimento emergono in modo particolare, nel caso di specie l’ASL Napoli 2 Nord ha assunto la dichiarazione sostitutiva dell’ausiliaria sul possesso del fatturato medio del triennio, accompagnata dall’elenco delle principali forniture effettuate a favore di strutture sanitarie pubbliche (la cui veridicità, come detto, per quanto attiene al fatturato medio nell’esercizio 2023, non è dubbia).

Sulla base delle premesse svolte, l’operato non può ritenersi censurabile, stante l’assunzione della responsabilità anche penale del dichiarante e posto che la doverosità del controllo si pone a fronte di elementi denotanti la palese non corrispondenza al vero di quanto dichiarato (Cons. St., cit.).

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**Cons. Stato, Sez. III, 21.06.2023, n. 6074**

***Sull’obbligo di stipulare il contratto nel termine di 60 giorni anche in caso di avvio del servizio sotto riserva di legge***

Una volta stabilito che nella fattispecie in esame **i requisiti di esecuzione dovevano essere posseduti «al momento della stipula del contratto**», si tratta ora di stabilire **quale fosse il termine entro il quale il contratto doveva essere stipulato e se tale termine, ordinatorio e non perentorio, potesse legittimamente essere “spostato in avanti”,** come nei fatti avvenuto, **di circa un anno e sei mesi**, con conseguente dilazione del termine per l’appaltatore di dotarsi dei mezzi promessi e necessari per l’adempimento delle obbligazioni assunte.

Sul primo punto, come detto, la procedura di gara prevedeva la stipula del contratto entro sessanta giorni dall’aggiudicazione, in linea con la regola generale di legge. Ciò posto, **se è vero che il termine per la conclusione del contratto non può ritenersi inderogabilmente perentorio**, è altresì vero che l’intera normativa nella materia dei contratti pubblici converge univocamente nel senso di ritenere la **conclusione del contratto un adempimento da definirsi nel tempo più rapido possibile**:

sarebbe paradossale affermare la tesi secondo la quale, fatta la gara e selezionato il fornitore, non vi sia poi alcun termine cogente entro il quale la fornitura debba essere effettivamente e compiutamente prestata sulla base di un regolare contratto (e non in modo provvisorio, incompleto e precario, come avviene nell’anticipo di esecuzione, che deve costituire comunque una molto ben motivata eccezione alla regola

**Consentire termini indeterminati e liberi per la piena esecuzione della fornitura, pur dopo esperita la gara, significherebbe negare contraddittoriamente quel bisogno di acquisto di beni, servizi, lavori che ha mosso l’amministrazione a procedere** (secondo un dovere funzionale, peraltro, di razionale programmazione degli acquisti) e che ha giustificato l’indizione della procedura selettiva. Il che cozzerebbe frontalmente con il principio di buona amministrazione e con i principi di economicità, efficacia, tempestività ripetutamente richiamati nel codice dei contratti pubblici.

In conclusione, ad avviso del Collegio, nel caso di specie in esame emerge **un irragionevole e immotivato ritardo nell’approntamento dei mezzi necessari per l’esecuzione del contratto e le verifiche doverose da parte della stazione appaltante si sono immotivatamente diluite eccessivamente nel tempo.** Anche a voler escludere che vi fosse un termine perentorio per la stipula del contratto e/o per la verifica del possesso dei requisiti de quibus, peraltro essenziale per l’esecuzione dell’appalto, tuttavia emerge nel caso concreto un **ingiustificato ritardo che, se non attiene alla fase di adempimento contrattuale, ma coinvolge, come statuito dalla sentenza della Sezione, poteri/doveri funzionali e doverosi della stazione appaltante, legittimamente denunciabili (ancora) dal secondo graduato nella procedura di gara, allora si traduce in un vizio di legittimità dell’atto, impugnato in primo grado, di verifica ora per allora dei ripetuti requisiti di esecuzione.**

**SULL’ACCESSO AGLI DI GARA (ART 35 E 36)**

**TRGA, Trento, 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.

**\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**

**Consiglio di Stato, sez. V, 15.10.2024, 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.

**\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**

**T.A.R. Lombardia-Milano, sez. I, 11.11.2024, n. 3124, e T.A.R. Lombardia-Brescia, sez. I, ordinanza 28.11.2024, n. 952).**

***Sull’inammissibile richiesta di oscuramento dei dai personali***

Non possono essere oggetto di oscuramento i dati personali generici idonei ad identificare il soggetto interessato, in quanto “tali dati non hanno natura di dati personali sensibili (quali definiti dall’art. 9 del Regolamento 2016/679/UE del Parlamento e del Consiglio) o di dati giudiziari (quali definiti dall’art. 10 del Regolamento 2016/679/UE del Parlamento e del Consiglio) oppure di dati super-sensibili (art. 60, d.lgs. n. 196/1996)”. Sarebbero dunque accessibili i certificati del Casellario giudiziario e dei carichi pendenti dei soggetti dichiarati, le certificazioni ANAC ed Antimafia, le certificazioni degli Enti previdenziali e delle Agenzie erariali

Del resto, **l’esistenza di un’indagine penale non implica di per sé la non ostensibilità degli atti e dei provvedimenti che possano risultare connessi con i fatti oggetto di indagine**, **salvo** che gli atti e i provvedimenti in questione siano atti di indagine compiuti dal P.M. e dalla Polizia giudiziaria, ovvero (se provenienti da un’Amministrazione, nell’ambito della propria attività istituzionale, anche relativamente a funzioni di vigilanza, controllo e di accertamento di illeciti) **siano coperti da segreto e siano stati sottoposti a sequestro** (T.A.R. Lombardia-Milano, sez. V, 2.12.2024, n. 3436).

**\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**

**T.A.R. Piemonte, sez. I, 4.12.2024, n. 1269**

**Sul divieto di accesso alle piattaforme digitali**

L’espressione deve essere declinata (a tutela dei diritti di privativa intellettuale) nel senso di escludere **ogni divulgazione attinente alle piattaforme stesse**, **incluso quindi il relativo codice sorgente**. Il divieto di accesso potrebbe essere superato **solo in ipotesi di conclamata insussistenza di altri mezzi di prova idonei a dimostrare i fatti oggetto di causa** (nel caso della sentenza appena richiamata, il Collegio ha **ritenuto non indispensabile l’accesso al codice sorgente della piattaforma, potendosi eseguire le necessarie verifiche sui registri informatici contenenti il dettaglio di tutte le operazioni svolte sul sistema informatico** [access log], onde verificare se la ricorrente avesse o meno dato l’“input” alla piattaforma per il calcolo dell’impronta digitale del file modificato, e nel caso di positivo riscontro, se il sistema avesse o meno fornito una risposta corretta).

**\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**

**Tar Lazio, Roma, 26.02.2024, n. 3811**

***Sulla valutazione circa la sussistenza del segreto commerciale, anche richiamando il disciplinare***

É possibile, tuttavia, che la particolare struttura del disciplinare di gara avalli inferenze di tipo presuntivo circa la presenza nelle offerte di segreti tecnici e commerciali che attenuano l’onere probatorio concretamente richiesto ai controinteressati.

Nelle fattispecie, infatti, in cui **la griglia di valutazione predisposta dalla stazione appaltante ai fini dell’individuazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa esalta, in termini di premialità, le abilità organizzative, gestionali e informatiche dei concorrenti, promuovendo un confronto sulla qualità dei progetti e l’originalità delle soluzioni proposte e richiedendo, quindi, agli operatori economici partecipanti un evidente sforzo inventivo e la correlata attività di investimento necessario a realizzarlo**, **la prova circa l’esistenza del segreto, almeno in quella parte dell’offerta tecnica in cui vengono illustrati gli aspetti più direttamente espressivi dell’identità dell’impresa, può ritenersi “alleggerita”, in quanto la partecipazione ad una procedura così impostata sollecita, inevitabilmente, in ogni partecipante la proposta di modelli rappresentativi del suo peculiare know-how**. La motivazione a giustificazione della tutela del segreto tecnico e commerciale può essere, pertanto, tratta anche per relationem dalla consultazione dei documenti di gara, laddove i profili oggetto di scrutinio da parte della commissione giudicatrice identificano il tipo di informazioni aziendali che l’operatore economico rende visibili con la partecipazione alla competizione e, quindi, il livello di intrusione nei propri affari che subisce in caso di accesso.

***Sulla valutazione della Stazione appaltante circa il bilanciamento tra l’esigenza di riservatezza aziendale e l’interesse difensivo***

Il Consiglio di Stato, nella sua più autorevole composizione, ha, infatti, affermato che “**L’eccezione di cui alla lett. a) è posta a tutela della riservatezza aziendale**, al fine di evitare che gli operatori economici in diretta concorrenza si servano dell’accesso per acquisire informazioni riservate sul know-how del concorrente, costituenti segreti tecnici e commerciali, e ottenere così un indebito vantaggio e ha una natura assoluta perché, nel bilanciamento tra gli opposti interessi, il legislatore ha privilegiato quello, prevalente, della riservatezza, a tutela di un leale gioco concorrenziale, delle caratteristiche essenziali dell’offerta quali beni essenziali per lo sviluppo e per la stessa competizione qualitativa, che sono prodotto patrimoniale della capacità ideativa o acquisitiva della singola impresa (Cons. St., sez. V, 7 gennaio 2020, n. 64), **salva la necessità, per un altro concorrente, di difendersi in giudizio, unica eccezione all’eccezione ammessa** (art. 53, comma 6, del d. lgs. n. 50 del 2016” (Cons. Stato, Ad. Pl., 2 aprile 2020, n. 10).

Laddove il richiedente **non provi, anche in via indiziaria, che non è possibile difendere i propri interessi se non con la disponibilità delle informazioni riservate, il presupposto in questione non può dirsi integrato, in quanto il pregiudizio inferto alla segretezza del know-how risulterebbe ingiustificato.**

Conseguentemente, la giurisprudenza esclude che **generici riferimenti “a non meglio precisate esigenze probatorie e difensive**” siano sufficienti per entrare in possesso del know-how altrui (Cons. Stato, Sez. V, ord. 24 gennaio 2023, n. 787). In tal caso, infatti, esisterebbe un chiaro segnale della **natura “esplorativa” dell’accesso**, che l’ordinamento non ammette, se non nei limiti dell’accesso civico, di cui si dirà infra.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**TAR VENETO, SEZ. I – sentenza 4 febbraio 2025 n. 170**

**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 aggiudicataria del contratto.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**T.A.R. Campania Napoli - Sentenza n. 7119 del 22/12/2023**

**Accesso agli atti delle procedure contrattuali (Silenzio-diniego)**

Se la stazione appaltante non risponde nel termine di 30 giorni all’istanza di accesso agli atti di gara, si configura un silenzio rigetto ai sensi dell’art. 25, comma 4, L. 241/90.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**Consiglio di Stato - Sentenza n. 3642 del 10/05/2022**

**Sulla legittimità del diniego in caso di richiesta di acceso generalizzato ad un’offerta tecnica**

E’ legittimo il diniego dell’istanza di accesso civico generalizzato ad un’offerta tecnica dell’aggiudicataria che richiama l’opposizione di quest’ultima così motivata: <<*l’offerta presentata rivela elementi tecnici ed economici, organizzativi ed esperienza tecnico-industriale, comprese quelle commerciale e finanziaria, che costituiscono informazioni strategiche e commercialmente sensibili ..*

*L’ostensione finirebbe per impingere nelle esigenze di riservatezza in materia commerciale tutelate dall'art. 5-bis, comma 2, lett. c), D.Lgs. 33/2013*

L’impresa seconda classificata che ha appreso del ritardo nella esecuzione del contratto non ha diritto di accedere all’offerta tecnica di quest’ultima ed agli atti del rapporto contrattuale (ammontare delle penali irrogate, modifiche contrattuali intervenute, ecc.) **se non indica in cosa è consistito il ritardo e quale parte del cronoprogramma non è stato rispettate, atteso che, in mancanza di tali precisazioni, non può dirsi che vi sia “una seria prospettiva di risoluzione del rapporto”.**

**\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**

**Consiglio di Stato, 10 marzo 2021, n. 2050**

***Sull’accesso agli atti in fase di esecuzione da parte del II° graduato***

Nel caso di specie, **l’impresa seconda graduata, temeva infatti che l’aggiudicatario stesse effettuando delle prestazioni in parte difformi da quelle previste all’interno del Capitolato Speciale d’Appalto**, e per tale motivo richiedeva l’accesso agli atti al fine di poter verificare la regolare esecuzione delle prestazioni oggetto del contratto e dunque accertare un eventuale inadempimento.

Il Collegio **condannava dunque la Committenza** al rilascio della documentazione **in quanto la richiesta di ostensione si basava su un sospetto che, qualora fondato, avrebbe potuto effettivamente costituire causa di risoluzione del rapporto contrattuale e subentro.**

**\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**

**T.A.R. Lazio Roma - Sentenza n. 757 del 24/01/2022**

***Sull’accesso agli atti del subappaltatore***

L’impresa che ha ricevuto in appalto alcuni lavori dal contraente generale di un’opera pubblica ex art. 194 D.Lgs. 50/2016 **ha diritto di accedere ex L. 241/90 agli atti di esecuzione del contratto da questo stipulato con l’Amministrazione** (es. certificazione ultimazione lavori, conto finale, collaudo, ecc.) **al fine di far valere le sue ragioni creditorie nei confronti dello stesso contraente generale suo appaltatore**.

\_**\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**T.A.R. Sicilia Palermo - Sentenza n. 706 del 02/03/2022**

***Sull’accesso agli atti nell’ambito del procedimento di risoluzione***

L'esclusione dell'accesso prevista dall'art. 53, comma 5, lett. c) del Codice dei contratti **non si applica alla "relazione particolareggiata"** del Direttore dei Lavori ed alla “**relazione-proposta**” del R.U.P. redatte **nell'ambito del procedimento per la risoluzione** del contratto d'appalto.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**SULL’ESCUSSIONE DELLA CAUZIONE**

**CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 12 gennaio 2024 n. 392**

***Sull’inapplicabilità dell’escussione della polizza definitiva al recesso per interdittiva antimafia***

L’art. 103 del d. lgs. n. 50 del 2016 (v. ora art. 117, d. lgs. n. 36 del 2023) impone che sussistano **due condizioni** al ricorrere delle quali la stazione appaltante è legittimata a **riscuotere la cauzione definitiva**: che vi sia un **inadempimento contrattuale** imputabile all’aggiudicatario e che risulti, allo stesso tempo, **pregiudizievole per l’Amministrazione**. Deve, pertanto, essere esclusa l’escussione della garanzia definitiva in via automatica basata sulla risoluzione per la sopravvenuta interdittiva prefettizia, in modo da attribuire alla stessa una funzione sanzionatoria che risulterebbe estranea all’istituto e tale da configurare l’indebito arricchimento della stazione appaltante.

Più in generale, **l’interdittiva antimafia è una misura priva di portata sanzionatoria che prescinde da qualsivoglia colpevolezza dell’impresa colpita, trovando giustificazione in fondamentali esigenze di contrasto preventivo della criminalità organizzata**. Tale impostazione, che peraltro assicura la compatibilità dell’eccezionale strumento interdittivo con principi fondamentali dell’ordinamento giuridico, finirebbe per essere sostanzialmente disattesa laddove si equiparasse automaticamente, ai fini della disciplina sulla cauzione definitiva, il caso dell’inadempimento colpevole dell’appaltatore e quello dell’impossibilità di eseguire la prestazione per il sopraggiungere di un’interdittiva antimafia. In questo modo, infatti, si finirebbe per attribuire alla stessa quella base di colpevolezza che fonda la disciplina sull’inadempimento delle obbligazioni e che dovrebbe, invece, rimanere estranea, per evidenti ragioni di coerenza sistematica, rispetto a una fattispecie che non ha natura sanzionatoria perché non colpisce un illecito (quale, invece, è l’inadempimento delle obbligazioni in senso civilistico), configurandosi quale misura preventiva di contrasto della criminalità organizzata

**Tar Lombardia, Brescia, Sez. II, 20.01.2025, n. 34**

***Sull’incameramento dell’escussione della polizza, in caso di esclusione del concorrente successivamente alla proposta di aggiudicazione.***

L’escussione della cauzione provvisoria, dell’importo di € 846,67 (ottocento/67) è stata disposta doverosamente dall’amministrazione ai sensi dell’art. 106 comma 5 Codice Appalti., in forza del quale “***La garanzia copre la mancata aggiudicazione dopo la proposta di aggiudicazione e la mancata sottoscrizione del contratto imputabili a ogni fatto riconducibile all’affidatario o conseguenti all’adozione di informazione antimafia interdittiva ..”***

Nel caso di specie, **l’esclusione è stata disposta dopo che il RUP aveva proposto l’aggiudicazione** in favore della ricorrente **e per un fatto imputabile a quest’ultima** (l’omessa dichiarazione delle due risoluzioni contrattuali).

La norma, con il suo riferimento alla imputabilità del fatto, presuppone la sussistenza di un comportamento doloso o gravemente colposo del concorrente, nel caso di specie obbiettivamente sussistente alla luce di quanto sopra esposto.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**TAR LAZIO – ROMA, SEZ. IV TER – sentenza 3 febbraio 2025 n. 2329**

***Sull’incameramento della cauzione provvisoria in caso di esclusione successivamente alla proposta di aggiudicazione***

**Il trattenimento automatico della garanzia fideiussoria** prestata dall’operatore economico partecipante ad una gara pubblica, **è conseguenza ed effetto legale del provvedimento di esclusione dalla gara stessa e non necessita**, pertanto, **di motivazione**, venendo in rilievo un’attività vincolata dell’Amministrazione. Il comma 6 dell’art. 106, d.lgs. n. 36 del 2023, stabilisce che «la garanzia copre la mancata aggiudicazione **dopo la proposta di aggiudicazione** e la mancata sottoscrizione del contratto imputabili a ogni fatto riconducibile all’affidatario». Si tratta di una disposizione in parte innovativa rispetto alla disciplina contenuta nell’art. 93, co. 6, d.lgs. 50/2016, che delimitava l’ambito di operatività della garanzia al solo momento **successivo all’aggiudicazione**. La garanzia in esame persegue essenzialmente due finalità: quella di garantire il rispetto delle regole di gara e la serietà dell’offerta presentata (come sottolineato anche dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 198 del 2022) e quella di liquidare in via anticipata e forfettaria il danno subito dall’amministrazione aggiudicatrice per qualunque fatto riconducibile all’impresa, che abbia impedito la stipula del contratto.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**AFFIDAMENTI DIRETTI E NEGOZIATE**

**– PRINCIPIO ROATAZIONE -**

**Tar Puglia, Lecce, Sez. II, 29.01.2025, n. 138**

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

Risulta dimostrato *per tabulas* che la Clinica Veterinaria San Raphael ha espletato a favore del Comune resistente i medesimi servizi oggetto della procedura in argomento, senza soluzione di continuità dal 2022 fino a tutto il mese di novembre 2024, **mediante affidamenti diretti e determine di integrazione dell’impegno di spesa;**

b) a fronte del chiaro disposto dell’art. 49, comma 4, D. Lgs. n. 36/2023, pur richiamato con clausola di stile all’interno della determinazione n. 2282 del 25.9.2024, **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;

c**) 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 Campania, Napoli, Sez. III, 4.02.2025, n. 909**

***Sulla legittimità dell’affidamento 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** (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” (cfr. Cons. di Stato, sez. V, 15.01.2024, n. 503; Sez. IV, 23.04.2021 n. 3287; in termini, TAR Venezia, Sez. I, 13.06.2022 n. 981; TAR Basilicata, Sez. I, 11.02.2022 n. 108; TAR Marche, Sez. I, 07.06.2021 n. 468).

Inoltre, la giurisprudenza ha anche puntualizzato che **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).

9. - Tanto chiarito, nel caso in esame, come già rilevato, la determina impugnata è datata 23 luglio 2024. In essa si prende atto, si approvano, e si rendono consultabili i verbali di commissione, ed inoltre si affida, ai sensi dell’art. 50 comma1 lett. b) del d. Lgs. 36/2023, in favore dell’operatore economico denominato Marica Società cooperativa Sociale, il servizio oggetto della procedura contestata.

Il Collegio ritiene che la suddetta determinazione si rivela senz’altro idonea a far considerare conclusa la procedura. Ne consegue l’infondatezza dell’eccezione di inammissibilità, sollevata dalle controparti costituite in giudizio, in ragione di una pretesa natura endoprocedimentale dell’atto impugnato (in tesi, dunque, privo di lesività) in quanto mera proposta di aggiudicazione.

**Le peculiarità della procedura come sopra evidenziate, sia pure procedimentalizzata, trovano conferma sia nell’Avviso pubblico** il cui punto 5 prevede che “*L’ affidamento sarà effettuato mediante Trattativa Diretta sul MePA con l’operatore che verrà selezionato sulla base dell’indagine di mercato effettuata mediante il presente Avviso*” che nel capitolato speciale.

Nel caso di specie, dunque 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**. (piattaforma digitale) espletando tutte le verifiche necessarie ivi compreso il collegamento con la Banca dati nazionale dei contratti pubblici.

***Sulla motivazione della determina di affidamento***

Come più volte evidenziato **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.

L’amministrazione **nel rispetto della procedura che ha inteso seguire nel caso in esame** (sull’auto-vincolo vedi da ultimo T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV sent. n. 3592 del 10.12.2024) ha esplicitato nell’Avviso pubblico, e in modo più specifico nel Capitolato speciale, **le modalità di valutazione**: “per quanto attiene i requisiti di natura qualitativa, in coerenza con le linee guida ANAC n. 2 del 21/09/2016, sarà effettuato mediante l’applicazione della seguente formula lineare spezzata sulla media interdipendente”; inoltre, il successivo art 8 è stato espressamente dedicato all’indicazione dei criteri di valutazione, affidata ad una Commissione giudicatrice.

**Ne consegue che non merita pregio la presunta carenza di motivazione nella scelta dell’operatore economico vincitore, stante il rispetto delle regole poste prima dello svolgimento della procedura e in ragione della discrezionalità dell’amministrazione procedente in materia**, a cui si accompagna la genericità delle censure a fronte dell’espresso richiamo ai verbali di commissione che, dunque, supportano la motivazione nella determina di affidamento.

**Diversamente dal caso oggetto della sopra richiama pronuncia del T.A.R. Milano (sull’auto-vincolo, sent. 3592/2024, cit.), dunque, nel caso in esame, non si ravvisano violazioni dei criteri a cui la stessa amministrazione procedente ha inteso auto-vincolarsi**. Quanto appena rilevato, del resto, non scalfisce il principio consolidato, più volte ribadito, secondo cui 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 (si rimanda alla copiosa giurisprudenza sopra citata e alla delibera Anac n. 410 dell’11 settembre 2024).

Da ultimo, con riferimento alle doglianze di parte ricorrente circa **le valutazioni espresse, giova richiamare la consolidata giurisprudenza che esclude la sindacabilità delle valutazioni tecniche, al di fuori dei casi di palese inattendibilità,** in quanto “il sindacato del giudice sull’esercizio dell’attività valutativa da parte della commissione giudicatrice di gara non può sostituirsi a quello della pubblica amministrazione, in quanto la valutazione delle offerte rientra nell’ampia discrezionalità tecnica riconosciuta alla commissione; le censure che attengono al merito di tale valutazione sono inammissibili perché sollecitano il giudice amministrativo ad esercitare un sindacato sostitutivo, fatto salvo il limite dell’abnormità della scelta tecnica” (ex multis, Cons. Stato - sez. IV, 22/11/2024 n. 9404; T.A.R. Napoli, sez. I, 13.01.2025, n. 279).

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**TAR Catanzaro, 17.06.2024 n. 958 - Delibera Anac, n. 396/2024**

**Sull’obbligo di indicare il costo della manodopera in caso di affidamento diretto**

Occorre premettere che l’art. **108, comma 9 del D.Lgs. 36/2023**, rubricato “Criteri di aggiudicazione degli appalti di lavori, servizi e forniture” prescrive che “Nell’offerta economica l’operatore indica, a pena di esclusione, i costi della manodopera e gli oneri aziendali per l’adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro eccetto che nelle forniture senza posa in opera e nei servizi di natura intellettuale.”

**L’art. 41, comma 14** del suddetto decreto prescrive poi che “Nei contratti di lavori e servizi, per determinare l’importo posto a base di gara, la stazione appaltante o l’ente concedente individua nei documenti di gara i costi della manodopera secondo quanto previsto dal comma 13.”

Infine, **l’art. 48 del decreto** dispone che “Ai contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea si applicano, se non derogate dalla presente Parte, le disposizioni del codice.”

E, dunque, sulla scorta dei citati indici normativi ritiene il collegio che **non possa escludersi l’applicabilità (anche) agli affidamenti diretti della regola sancita all’art. 108, comma 9 sull’obbligatorietà dell’indicazione dei costi della manodopera a pena di esclusione del concorrente**. Ai fini del decidere occorre rammentare che **il previgente art. 95, comma 10, D. Lgs. n. 50/2016,** rubricato “Criteri di aggiudicazione dell’appalto”, **prescriveva che** “Nell’offerta economica l’operatore deve indicare i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l’adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro ad esclusione delle forniture senza posa in opera, dei servizi di natura intellettuale e **degli affidamenti ai sensi dell’articolo 36, comma 2, lettera a)”. Dal confronto tra le due disposizioni e dalla circostanza che il legislatore del nuovo codice abbia espunto l’affidamento diretto (“ai sensi dell’articolo 36, comma 2, lettera a”) quale eccezione all’obbligo di indicare i costi della manodopera.**

**\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**

**Parere Mit 30.01.2025, n. 3218**

**Sull’affidamento diretto di un servizio sulla PAD certificata della stazione appaltante e non sul Mepa**

Si chiede se l'affidamento diretto di un servizio, di importo compreso tra i 5.000 euro e i 140.000 euro, sia possibile acquisirlo, in alternativa all'uso del MEPA, tramite l'uso della PAD certificata in dotazione alla stazione appaltante, tenendo conto del disposto dell'art.62 del D.Lgs.n.36/2023. In altre parole, si chiede se si possa ritenere l'uso della PAD certificata della stazione appaltante equivalente all'uso del MEPA per un affidamento diretto di un servizio di importo inferiore a 140.000 euro.

Risposta: La questione riguarda la possibilità di utilizzare la Piattaforma di Approvvigionamento Digitale (PAD) certificata della stazione appaltante in alternativa all'uso del MEPA (Mercato Elettronico della Pubblica Amministrazione) per un affidamento diretto di servizi di importo compreso tra 5.000 euro e 140.000 euro, ai sensi dell'art. 62 del D.Lgs. 36/2023; purtuttavia la disciplina degli affidamenti sotto soglia fa espressamente salva l'applicazione delle misure di contenimento della spesa pubblica (art. 48, comma 3, D.Lgs. 36/2023). L'articolo 62 del nuovo Codice dei Contratti Pubblici prevede: le stazioni appaltanti devono ricorrere agli strumenti di approvvigionamento digitale anche per gli affidamenti sotto soglia, gli strumenti indicati includono mercati elettronici (come il MEPA) e altre piattaforme telematiche di negoziazione, purché siano certificate e garantiscano il rispetto dei principi di trasparenza, tracciabilità e parità di trattamento. Pertanto, le stazioni appaltanti, possono utilizzare piattaforme alternative al MEPA, come la propria PAD certificata, purché questa risponda ai requisiti normativi previsti. Ed invero, l'utilizzo della PAD certificata può essere ritenuto equivalente all'uso del MEPA per affidamenti diretti, a condizione che: La PAD sia conforme ai requisiti normativi: deve essere una piattaforma di approvvigionamento digitale certificata secondo le linee guida AGID. L'affidamento deve garantire il rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, pubblicità e parità di trattamento, come previsto dal D.Lgs. 36/2023. L’intera procedura, deve essere documentata e tracciabile all’interno della piattaforma, garantendo la pubblicità degli atti e il monitoraggio delle fasi di acquisto. In conclusione, l’uso della PAD certificata in dotazione alla stazione appaltante può essere considerato equivalente all’uso del MEPA per l’affidamento diretto di servizi di importo inferiore a 140.000 euro, purché la PAD sia certificata e rispetti i requisiti imposti dall'art. 62 del D.Lgs. 36/2023. La stazione appaltante, quindi, ha la possibilità di scegliere tra l’utilizzo del MEPA o di una piattaforma alternativa certificata (come la PAD), fermo restando il rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza e tracciabilità. E’ utile precisare che l’obbligo di ricorrere la MEPA quale mercato elettronico invece resta immutato ai sensi dell’art 1 comma 450 legge 296/2006, secondo periodo, per espressa previsione di legge per tutte le amministrazioni statali centrali e periferiche, ivi compresi gli istituti e le scuole di ogni ordine e grado, le istituzioni educative e le istituzioni universitarie, nonché gli enti nazionali di previdenza e assistenza sociale pubblici e le agenzie fiscali di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300. Come più volte ribadito da questo servizio il MEPA non rappresenta una procedura di selezione dell’operatore economico prevista dal codice degli appalti ma rappresenta invece uno strumento di acquisto per la PA che attua una procedura di selezione prevista dal codice appalti; a tal fine si rinvia alla definizione di cui all’art. 3 comma 1 cc n. 3 dell’allegato I.1 del Dlgs 36/23 il quale ricomprende tra “gli strumenti di acquisto” anche “il mercato elettronico realizzato da centrale di committenza nel caso di acquisti effettuati a catalogo”.

***\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_***

**Parere Mit, 6.12.2024, n. 3153**

***Sulle difficoltà a rinvenire operatori economici iscritti al PAD in caso di affidamenti di basso valore economico***

La scrivente SA ha riscontrato la materiale impossibilità, in determinate circostanze, di utilizzare le PAD per selezionare l'operatore economico. A titolo esemplificativo e non esaustivo: a) mancanza sulle piattaforme di un OE in grado di, ovvero disposto a, fornire il servizio/fornitura che si intende richiedere (ad esempio scuole di volo): b) mancanza di interesse da parte degli OOEE, attivati tramite richieste di preventivi/offerte, ad iscriversi ad alcuna piattaforma per finalizzare la procedura di approvvigionamento (ad esempio strutture ricettive per l'alloggiamento del personale, laboratori analisi); c) assenza sulle PAD degli OOEE titolari di diritti di esclusiva (ad esempio ditte di manutenzione ed assistenza). Ciò premesso, si chiede di poter acquisire un qualificato parere anche allo scopo di individuare possibili procedure alternative per l'acquisizione del CIG.

**Risposta**: Il **CIG** è acquisibile **solo mediante PAD.** Per importi inferiori a 5.000 (IVA esclusa) è possibile (sono al 31 dicembre 2024) l'utilizzo della piattaforma ANAC. **Per le spese inferiori a 1.500 euro non è richiesto il CIG** per l a tracciabilità, ove qualificate come spese economali da apposito regolamento interno.

**TAR Pescara, 07.12.2024 n. 365 - TAR. Sicilia, Catania n.1370/2024**

***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’**accessibilit**à, 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”.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**Tar Lazio, Roma, Sez. I, 7.02.2025, n. 2849**

***Sull’elusione del principio di rotazione, mediante affidamenti extra contratto***

Con riferimento, poi, alla contestata **violazione del principio di rotazione degli affidamenti**, non appaiono convincenti le deduzioni difensive dei ricorrenti, secondo cui tali lavori sarebbero stati affidati “**a monte” a mezzo di gare aperte, nelle quali però il capitolato speciale**, oltre ai lavori ordinari e straordinari che prevedevano la corresponsione di un canone fisso mensile, **contemplava anche la possibilità di affidare direttamente lavori extra-contratto.**

Il **numero rilevante** di tali affidamenti “extra-contratto”, così come **l’ingente corrispettivo pagato** per essi, infatti, non preclude di ritenere che tale meccanismo sia stato appositamente strutturato per **eludere l’applicazione del principio di rotazione al fine di favorire imprese intranee alla criminalità organizzata.**

***\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_***

**Parere MIT, 30.01.2025, n. 3261**

***Sulla rotazione in caso di subappalto***

Si chiede se, in un affidamento diretto di lavori, possa essere autorizzato il subappalto a ditta già affidataria in precedenza di appalto analogo (stessa categoria di opere) in affidamento diretto.

RISPOSTA: La Stazione appaltante non ha il potere di sindacare la scelta dell'appaltatore in merito all'impresa subappaltatrice oltre a quanto previsto dall'art. 119 del Codice dei contratti pubblici. Nell'art. 119 cit. **non vi è alcun limite o divieto** nel caso in cui un subappaltatore **sia stato previamente appaltatore della stazione appaltante**.

***\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_***

**ACCORDO QUADRO – ART. 59**

**Comunicato Anac del 5 giugno 2024**

**Sull’affidamento diretto in caso di accordo quadro**

L’Autorità ha più volte riscontrato un’applicazione distorta dell’accordo quadro spesso utilizzato anche per attività non standardizzabili e prive di qualunque progettualità, da qui l’esigenza di ribadire, come già evidenziato nelle relative FAQ, che **le prestazioni oggetto dell’accordo devono essere identificate con compiutezza**. I **contratti attuativi non** possono, infatti, **apportare modifiche tali da alterare la natura generale dell’accordo quadro**, dovendo restare immutati gli elementi essenziali in esso descritti, con sufficiente precisione, nelle specifiche tecniche/progettuali.

Un corretto ricorso a tale strumento contrattuale deve, inoltre, prevedere uno **stretto legame tra quest’ultimo e gli strumenti di pianificazione e programmazione** e non può, al contrario, come talvolta riscontrato, sopperire ad una sostanziale incapacità programmatica delle stazioni appaltanti.

Nel caso di affidamento diretto di un accordo quadro oltre al ricorrere di tali presupposti essenziali la stazione appaltante sarà tenuta al rispetto di ulteriori condizioni affinché l’utilizzo di siffatto strumento non comporti la possibile elusione delle disposizioni del codice o un’eventuale limitazione o distorsione della concorrenza (esigenze attualmente ribadite, in via generale, dall’articolo 59, comma 1, secondo periodo del decreto legislativo 36/2023).

In particolare, **l’importo massimo complessivo dell’accordo quadro** dovrà essere calcolato puntualmente nel rispetto di quanto previsto dal già richiamato articolo 14, comma 16, del decreto legislativo 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.

Stante la peculiarità dell’affidamento diretto in questione, 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, infine, la compatibilità dell’affidamento diretto di un accordo quadro con il **principio di rotazione** di cui all’articolo 49 del decreto legislativo 36/2023 – fermo restando il fatto che l’applicazione del principio non può, comunque, essere aggirata mediante ricorso ad arbitrari frazionamenti, ingiustificate aggregazioni o strumentali determinazioni del calcolo del valore stimato dell’appalto – si evidenzia che **i singoli ed eventuali contratti applicativi a valle dell’accordo quadro, appaiono riconducibili all’unico affidamento iniziale di importo massimo stimato inferiore alle soglie di cui all’articolo 50, comma 1, lettere a) e b) del Codice.** Tale circostanza esclude, pertanto, la violazione del richiamato principio nel caso di successivi contratti applicativi rientranti nell’ambito dell’importo massimo stimato per l’affidamento diretto dell’accordo quadro. Troverà, comunque applicazione il successivo comma 2 del citato articolo 49, con conseguente divieto di affidamento o aggiudicazione di un appalto al contraente uscente nei casi in cui due consecutivi affidamenti rientrino nello stesso settore merceologico, oppure nella stessa categoria di opere, oppure nello stesso settore di servizi. Si ricorda, infine, che ove la stazione appaltante, ai sensi del comma 3 dell’articolo 49 abbia, con proprio provvedimento, ripartito gli affidamenti in fasce in base al valore economico, il divieto di affidamento o di aggiudicazione, conseguente al rispetto del principio di rotazione, troverà applicazione con riferimento a ciascuna fascia.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**REQUISITI SPECIALI – ART. 100 –**

**Tar Lazio, Roma, Sez. II, 2.12.2024, n. 21577**

***Sulla discrezionalità ricadente in capo alle Stazione appaltante nella definizione dei requisiti speciali***

Come detto, il co.3 dell’art.10 (quale norma di principio) affida alle stazioni appaltanti il potere-dovere di declinare requisiti speciali correttamente calibrati sulla natura e sul valore della procedura selettiva. L’art.100, al co.1, **individua tre macro-categorie di requisiti speciali** (idoneità professionale; capacità economica e finanziaria; capacità tecniche e professionali) e, al **co.11**, nelle more dell’adozione del regolamento attuativo di cui al co.4, per servizi e forniture si prevede la possibilità di introdurre “quale requisito di capacità tecnica e professionale di aver eseguito nel precedente triennio dalla data di indizione della procedura di gara contratti analoghi a quello in affidamento anche a favore di soggetti privati”.

In proposito, si osserva che, **il co.12 dell’art.100, nel limitare la discrezionalità delle stazioni appaltanti, non si riferisce ai requisiti fissati dai singoli, specifici commi dell’articolo in questione (ossia alle disposizioni di dettaglio), bensì a quelli del “presente articolo”.** **Ove tale inciso fosse inteso nel senso che le stazioni appaltanti possano richiedere solo i requisiti contemplati al co.11 dell’art.100, ne deriverebbe una seria compromissione della potestà discrezionale affermata al co.3 dell’art.10,** dal momento che, in pratica, per servizi e forniture (nelle more dell’adozione del regolamento) si potrebbe prevedere solo l’avere eseguito contratti analoghi nel precedente triennio (ad esclusione, ad esempio, dei contratti per servizi identici). Si tratterebbe, in definitiva, di un regime di sostanziale, rigida tassatività (anche) dei requisiti speciali.

Ora, fermo restando che, in ogni caso, non è prevista la sanzione della nullità (il che inficia in radice la possibilità di disapplicazione della lex specialis che fosse eventualmente difforme), si ritiene maggiormente aderente alla ratio legis, ed **all’affermazione di principio contenuta al co.3 dell’art.10, che il co.12 dell’art.100 vada interpretato come riferito, esclusivamente, ai macro-requisiti di cui al co.1 dell’art.100, con esclusione, quindi, della (sola) possibilità di prevedere requisiti speciali diversi da quelli di idoneità professionale, capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale.** L’opposta interpretazione finirebbe per **restringere**, immotivatamente, la discrezionalità delle stazioni appaltanti, togliendo a quest’ultima il potere di calibrare, in concreto, i requisiti di capacità/idoneità degli operatori economici, facendo (in tale ipotesi) dubitare della compatibilità (costituzionale ed eurounitaria) della disposizione sia con il principio di ragionevolezza che con l’art.58 della Direttiva 2014/24/UE, che assegna alla stazione appaltante il potere di individuare i requisiti speciali, ai sensi del par.5 (“Le amministrazioni aggiudicatrici indicano le condizioni di partecipazione richieste, che possono essere espresse come livelli minimi di capacità, congiuntamente agli idonei mezzi di prova, nel bando di gara o nell’invito a confermare interesse”). Per quanto concerne, poi, i requisiti di capacità tecnico-professionali, il par.4, secondo periodo, dell’art.58 contempla la possibilità di esigere “in particolare, che gli operatori economici dispongano di un livello sufficiente di esperienza comprovato da opportune referenze relative a contratti eseguiti in precedenza.”. Anche l’art.58 della Direttiva, inoltre, al secondo periodo del primo paragrafo prevede una sorta di tassatività attenuata, nel senso che la discrezionalità delle stazioni appaltanti non possa fuoriuscire dai binari ampi recati dai par.2,3,4.

Non a caso, peraltro, il co.12 del citato art.100 fa salve le previsioni recate dall’art.102 del Codice, che hanno ad oggetto, effettivamente, condizioni di accesso ulteriori che non attengono ai requisiti di cui al co.1 dell’art.100 ma ad aspetti diversi (es. la garanzia della stabilità occupazionale). Ciò significa, a contrario, che, in forza dell’art.100, la stazione appaltante mantiene, in generale, la facoltà discrezionale di introdurre requisiti di capacità tecnico-professionale dell’operatore economica, certamente entro i limiti concettuali fissati dal co.3 dell’art.10; semmai, la previsione recata dal co.11 dell’art.100 rappresenta un ulteriore limite che può operare, tuttavia, limitatamente al caso in cui la stazione appaltante introduca i requisiti espressamente contemplati da detta norma (es. il fatturato globale, i contratti analoghi). In tali circostanze, si deve reputare che la stazione appaltante non possa disciplinare il requisito in modo difforme dalla legge.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**Tar Emilia Romagna, Bologna, Sez. II, 11.02.2025**

***Sulla discrezionalità della stazione appaltante nel fissare i requisiti di partecipazione alle gare.***

Per la peculiarità del servizio messo a gara il numero di competitori era molto limitato e ha concluso che non era irragionevole la scelta della stazione appaltante di non porre barriere all’ingresso, così da non restringere ulteriormente la concorrenza. Tanto più che, quale contrappeso all’assenza di requisiti di partecipazione, la legge di gara aveva allora configurato l’esperienza pregressa del concorrente quale elemento di valutazione dell’offerta.

5.3. Il Collegio ritiene che non vi siano ragioni per discostarsi dal proprio recente precedente.

Infatti, nel breve volgere di un anno il mercato da riferimento non è cambiato; anche la legge di gara della procedura qui in esame prevede quale elemento di valutazione dell’offerta l’esperienza pregressa dell’offerente; **la nuova disciplina nelle more intervenuta (D.Lgs. n. 36/2023 al posto del D.Lgs. n. 50/2016) non ha innovato in punto di discrezionalità della stazione appaltante nel fissare i requisiti di partecipazione alle gare**.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**Tar Calabria, Catanzaro, Sez. I, 31.01.2025, n. 199**

***Sulla discrezionalità della Stazione appaltante di prevedere requisiti speciali più stringenti rispetto a quelli previsti dall’art. 100***

Secondo il condivisibile insegnamento giurisprudenza amministrativa (vds. Consiglio di Stato, Sez. IV, 1 febbraio 2024, n. 1048) **la facoltà della stazione appaltante di prevedere determinati requisiti di capacità professionale, nei limiti di ragionevolezza e proporzionalità, è stabilita sia dal previgente** (art. 83, comma 2, del D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50) **che dall’attuale codice dei contratti** (art. 100, comma 3, D. Lgs. 31 marzo 2023, n. 36), in attuazione del principio, dapprima affermato dalla Corte di giustizia (17 settembre 2002, in causa C-513/99), poi trasfuso della direttiva 2014/24/UE laddove si prevede, con riferimento alle capacità tecniche e professionali, che “*le amministrazioni aggiudicatrici possono imporre requisiti per garantire che gli operatori economici possiedano le risorse umane e tecniche e l'esperienza necessarie per eseguire l'appalto con un adeguato standard di qualità*” (art. 58, paragrafo 4), confermando l’impostazione secondo la quale la pubblica amministrazione ha interesse ad incentivare la partecipazione alle gare di soggetti particolarmente qualificati, che garantiscano elevati standard qualitativi al fine di svolgere al meglio le prestazioni oggetto di gara.

A tale scopo, all’Amministrazione è garantita un’ampia discrezionalità nell’individuazione dei requisiti tecnici, **ancorché più severi rispetto a quelli normativamente stabiliti**, purché la loro previsione sia correlata a circostanze giustificate e risulti funzionale rispetto all’interesse pubblico perseguito (Cons. Stato sez. III, 17 novembre 2020, n.7138; Corte di giustizia, 31 marzo 2022, in causa C-195/21; Cons. Stato, sez. IV, 25 maggio 2023, n. 2992).

***Sul servizio di punta***

Il c.d. contratto o servizio di punta l’amministrazione committente intende assicurarsi **l’elevata capacità tecnico-professionale del concorrente, sia economica che organizzativa**, in quanto attesta una esperienza qualificata nell’ambito dello specifico servizio messo a gara; ciò è consentito dal principio secondo cui la stazione appaltante fissa **discrezionalmente i criteri di partecipazione sulla base dell’attinenza e della proporzionalità** rispetto all’oggetto dell’appalto, per assicurare la più ampia partecipazione di potenziali interessati (vds art. 100, comma 2, del D. Lgs. 31 marzo 2023, n. 36). Come precisato in via pretoria, **il requisito “di punta” costituisce espressione della necessità di una qualifica funzionale indivisibile** in capo all’operatore affidatario dell’appalto, attestante un’esperienza di particolare pregnanza nello specifico settore oggetto della gara.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**AVVALIMENTO – ART. 104 -**

**Sull’avvalimento alla luce del dlgs n. 36/2023**

Va osservato che nell’impostazione del nuovo Codice dei contratti pubblici, come si legge nella stessa Relazione di accompagnamento, la disciplina dell’avvalimento è caratterizzata da un vero e proprio cambio di impostazione. Il risultato di tale cambio di impostazione è:  
a) **l’indicazione del tipo contrattuale dell’avvalimento**, contratto rientrante nella categoria dei contratti di prestito con il quale un concorrente a una procedura di aggiudicazione può acquisire la disponibilità di risorse tecniche e umane altrui per eseguire il contratto;  
b) la previsione della **normale onerosità del contratto** con l’ammissione, comunque, della gratuità nel caso in cui essa corrisponda anche a un interesse proprio dell’impresa ausiliaria;  
c) l’attenzione incentrata sul contratto di avvalimento, anziché sul prestito dei requisiti, che ha consentito di ricomprendere nell’ambito dell’avvalimento anche quella particolare figura indicata come **avvalimento premiale**, in cui il prestito delle risorse è diretto a ottenere un punteggio più elevato e non invece il prestito dei requisiti di capacità mancanti.

**\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**

**Cons. Stato, Sez. V, 10.02.2025, n. 1065**

***Sulla differenza tra avvalimento operativo e di garanzia***

Occorre d’altro canto dare conto della **distinzione tra avvalimento di garanzia e avvalimento operativo**, la quale orienta l’interpretazione dell’art. 89, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016. E infatti, a differenza **dell’avvalimento operativo, quello di garanzia non richiede necessariamente il coinvolgimento di aspetti specifici dell’organizzazione dell’impresa**, ed assolve alla **funzione di garantire** l’impresa ausiliata con le risorse economiche dell’ausiliaria, il cui indice è essenzialmente costituito dal fatturato, munendo così la prima di un requisito che altrimenti non avrebbe, consentendole di accedere alla gara mel rispetto delle condizioni richieste dal bando. **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, rassicurando 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 (al** punto *sub* 3, erroneamente indicato come 2) **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*».

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 17 gennaio 2025 n. 374**

***Sull’avvalimento a cascata e sull’avvalimento ad opera del Consorzio stabile***

L’avvalimento a cascata è quella forma di avvalimento che si ha quando l’impresa ausiliaria non possiede il requisito che si obbliga a prestare all’impresa ausiliata e ricorre essa stessa all’avvalimento per ottenere il prestito del medesimo da altra impresa.

L’avvalimento è il contratto, in forma scritta a pena di nullità e di norma oneroso, con il quale una o più imprese ausiliarie si obbligano a mettere a disposizione del concorrente, per tutta la durata dell’appalto, le dotazioni tecniche e le risorse umane e strumentali di cui necessita. La disposizione, quindi, comprende sia la disciplina dell’avvalimento c.d. operativo (riguardante i requisiti di capacità tecnico professionale), sia la disciplina dell’avvalimento c.d. di garanzia (concernente le capacità economico finanziarie). L’avvalimento non è più incentrato sul mero prestito di requisiti, che può essere utilizzato anche per migliorare la propria offerta (avvalimento premiale).

Il contratto di avvalimento genera un rapporto di collaborazione tra imprese.

Ebbene, se il contratto di avvalimento genera un rapporto di collaborazione tra imprese, e se i consorzi stabili sono 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 (Consiglio di Stato sez. V, 8 gennaio 2024, n. 266), **nell’ambito del consorzio ausiliario di altro operatore economico non vi è un distinto avvalimento tra consorziata e consorzio**, il quale appunto si qualifica, e si dota dei mezzi necessari, grazie alle consorziate che compongono il consorzio; insomma, le singole imprese consorziate non sono soggetti terzi rispetto al consorzio ausiliario, utilizzando i cui requisiti si realizzerebbe un avvalimento a cascata (cfr. Consiglio di Stato sez. V, 3 settembre 2021, n. 6212).

**Anche quando riveste il ruolo di ausiliario nell’ambito di un contratto di avvalimento, assume il ruolo di unico interlocutore** con l’amministrazione appaltante **imputando direttamente a sé stesso la titolarità del contratto e la realizzazione dei lavori, per cui non sussiste l’obbligo di specifica indicazione delle imprese consorziate**, le quali non assumono direttamente alcun obbligo di esecuzione delle prestazioni contrattuali. La relazione intercorrente fra Consorzio e imprese consorziate dà luogo a un’impresa operativa che fa leva sulla causa mutualistica, realizzando una peculiare forma di avvalimento che poggia direttamente sul vincolo consortile; **le singole imprese non sono soggetti terzi, utilizzando i cui requisiti si realizzerebbe un avvalimento a cascata**.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**Consiglio di Stato, sez. IV, 18.01.2023 n. 620**

***Sull’avvalimento frazionato***

In ogni caso, l’avvalimento “parziale” e quello “frazionato”, sono ammessi sulla base dell’orientamento della Corte di Giustizia, Sez. V, del 10 ottobre 2013, causa C94/12 e di conseguenza, a tutto concedere, **non può ritenersi illegittimo il cumulo del requisito del concorrente con il requisito dell’ausiliaria ai fini del raggiungimento della “soglia” prescritta** dal bando (l’avvalimento plurimo o frazionato **non può** essere consentito solo con riferimento ai c.d. **requisiti di punta** che tuttavia nel caso in esame non sono richiesti – cfr. Cons. Stato, sez. III, 7 luglio 2017, n.3364).

**\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**

**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 omesso 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 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.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

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

***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».

***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, rassicurando la stazione appaltante delle sue capacità di affrontare gli impegni economici conseguenti al contratto d’appalto (Cons. Stato, V, 14 gennaio 2022, n. 257).

**\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**

**Tar Campania, Napoli, Sez. IX, 7.02.2025, n. 1026**

**Sulla finalità dell’avvalimento**

**La funzione dell’avvalimento, descritta dall’articolo 89 del decreto legislativo 50 del 2016, consiste nel soddisfare i requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale, necessari per partecipare ad una procedura di gara,** avvalendosi delle capacità di altri soggetti. Nel caso di specie, **la certificazione cui fa riferimento la ricorrente principale non è indicata dal capitolato speciale come requisito di capacità tecnica per la partecipazione alla gara**. Il capitolato speciale si limita a prescrivere che uno dei prodotti compresi nell’offerta tecnica, nello specifico le miscele per la nutrizione parenterale, debba essere prodotto secondo le migliori regole di preparazione, adeguatamente certificate. **Avendo offerto un prodotto preparato conformemente alle suddette regole, adeguatamente certificate, l’offerta tecnica dell’aggiudicataria risulta, sotto tale profilo, conforme alle prescrizioni del capitolato tecnico,** **essendo del tutto irrilevante che la certificazione di qualità sia stata acquisita dall’impresa che ha preparato le miscele, trattandosi comunque di miscele offerte dalla concorrente e non essendo rilevante il modo di acquisizione delle miscele**, così come non è rilevante conoscere in quale modo una qualsiasi ditta partecipante ad una gara d’appalto abbia acquisito i mezzi e le attrezzature che utilizzerà per lo svolgimento del lavoro o del servizio. In sostanza, **non si tratta di un requisito di qualificazione alla gara, ma di un requisito di idoneità di un prodotto offerto, per cui il riferimento all’istituto dell’avvalimento è fuorviant**e” (Tar Toscana, 7 novembre 2023, n. 1008).

Tanto premesso, prive di fondamento appaiono le censure di parte ricorrente, atteso che, dalla documentazione versata in atti, emerge che la controinteressata aggiudicataria ha garantito la piena disponibilità di un magazzino pienamente conforme alle specifiche tecniche di gara. Le sacche personalizzate offerte sono conformi alle specifiche tecniche di gara e prodotte presso stabilimenti di proprietà di una società del gruppo Baxter, titolare di idonea Autorizzazione AIFA 39/2023 del 10 marzo, presso locali autorizzati di cui è stata fornita apposita autorizzazione dalle autorità competenti e seguendo i requisiti di sterilità, come previsto dalle Norme di Buona Preparazione della Farmacopea Ufficiale Italiana.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

***TAR Sicilia, Catania, 29.01.2025 n. 297***

***Sull’avvalimento dell’attestazione SOA***

Stante, però, la maggiore pregnanza in tal caso dell’esigenza di assicurare l’idoneità all’esecuzione dei lavori commessi, per la validità del contratto 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” (Ad. Plen., 16 ottobre 2020, n. 22, cit.).

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**TAR Potenza, 17.10.2024 n. 506**

***Sull’insanabilità, mediante soccorso istruttorio, del contratto di avvalimento***

Al riguardo, va, altresì, richiamata la condivisibile Giurisprudenza (cfr. C.d.S. Sez. V Sent. n. 322 del 10.1.2024 e C.d.S. Sez. III Sent. n. 8316 del 13.12.2021), indicata dalla ricorrente incidentale, secondo la quale **va esclusa “l’ammissibilità del soccorso istruttorio per sanare il vizio di nullità del contratto di avvalimento per l’omessa indicazione dei mezzi e delle risorse messe a disposizione dall’impresa ausiliaria a favore di quella ausiliata**”, in quanto i contratti di avvalimento non possono essere modificati e/o integrati dopo la scadenza del temine perentorio di presentazione delle offerte.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**T.A.R. Lazio, II-Bis, 10 marzo 2025, n. 4997**

***Sull’insussistenza dell’obbligo per l’ausiliaria di possedere l’idoneità professionale, in caso di avvalimento di garanzia***

In primo luogo, le norme appena richiamate, essendo esse espressamente riferite all’avvalimento tecnico-operativo, non possono essere estese, sulla base dell’argomento letterale, all’avvalimento di garanzia, come detto non disciplinato dall’art. 104 D. Lgs. 36/2023 (e a differenza del precedente art. 89 D. Lgs. 50/2016).

In secondo luogo, assolvendo l’impresa ausiliaria **al solo scopo di garantire la stabilità economica dell’impresa ausilitata**, alla prima **non può essere richiesto**, essendo essa estranea alla materiale esecuzione delle opere oggetto dell’appalto, **alcuna idoneità professionale** di tal fatta.

Del resto, l’idoneità professionale – che deve essere distinta dalla capacità tecnico-professionale (attenendo quest’ultima alla titolarità di un requisito abilitativo comprovato dall’iscrizione negli appositi albi professionali) – consiste nell’esperienza concreta dell’operatore economico e nulla ha a che vedere con la capacità economica e finanziaria dell’operatore economico, espressa mediante avvalimento di garanzia”.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**T.A.R. Piemonte, I, 19 febbraio 2025, n. 359**

***Sull’avvalimento della certificazione sulla parità di genere***

Il Collegio, dopo aver premesso che la ricorrente non ha contestato, in astratto, che la certificazione della parità di genere non fosse suscettibile di avvalimento, ha ritenuto che, “ammesso l’avvalimento anche per il prestito di requisiti qualitativi di carattere organizzativo, e ferma la necessaria individuazione di un oggettivo prestito di risorse, non si può sostenere che l’ausiliaria debba necessariamente operare in settore coincidente con quello oggetto dell’appalto purché metta a disposizione personale e procedure amministrativo-organizzative in grado di monitorare e garantire il rispetto delle regole di parità“.

**SUBAPPALTO – ART. 119**

**Tar Campania, Napoli, 23.05.2023, n. 3133**

***Sull’obbligo di indicazione del subappalto necessario***

La giurisprudenza amministrativa ha precisato che **il concorrente non è tenuto ad indicare il nominativo del subappaltatore già in sede di offerta**; nondimeno**, è tenuto a dichiarare la volontà di ricorrere al subappalto per supplire al requisito di qualificazione mancante, ossia la volontà di avvalersi del subappalto c.d. necessario** (così, in particolare, Cons. Stato, sez. V, 15 febbraio 2021, n. 1308 che ne fornisce anche una spiegazione: "L'indicazione del subappaltatore ai fini dell'integrazione dei requisiti di gara configura una vera e propria **manifestazione di volontà** da parte dell'operatore, che indice sulla stessa conformazione funzionale del concorrente e sulla correlata modulazione dei requisiti, anche ai fini della corrispondente verifica da parte dell'amministrazione"; conferma il ragionamento sebbene in fattispecie differente, Cons. Stato, sez. V, 15 febbraio 2021, n. 1308)” (cfr. Consiglio di Stato sez. V, 25/03/2022, (ud. 03/03/2022, dep. 25/03/2022), n.2217).

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**Cons. Stato, Sez. IV, 28.01.2025, n. 648**

***Sull’insussistenza dell’obbligo di dichiarare di avvalersi del subappalto necessario***

Tale soluzione è coerente con il recente indirizzo interpretativo, registratosi in relazione al tema del c.d. subappalto necessario, volto 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, non necessario** (Cons. Stato, V, 22 febbraio 2024, n. 1793; V, 21 febbraio 2024, n. 1743; V, ord. 24 novembre 2023, n. 4736).

La conclusione condivisa dal Collegio appare, inoltre, più **conforme al principio del risultato**, codificato dall’art. 1 del codice dei contratti pubblici, quale prioritario criterio interpretativo, e parametro di verifica della conformità dell'azione pubblica al pieno (e **non meramente formale**) soddisfacimento dell'interesse del singolo come protetto dalle norme.

La valorizzazione del principio del risultato implica, per quanto di rilievo nel presente giudizio, **la necessità di privilegiare, sul piano interpretativo, soluzioni conformi al raggiungimento degli obiettivi (di merito, e di metodo) più che a modelli di astratta conformità al paradigma normativo**.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**Tar Campania, Napoli, Sez. I, 24.01.2025, n. 624**

***Sull’insussistenza dell’obbligo di dichiarare di avvalersi del subappalto necessario***

Si ripropone dunque in questa sede una questione di ordine generale, che ha visto interpretazioni giurisprudenziali non sempre totalmente omogenee, concernente la **necessità o meno di un onere di forma speciale per la dichiarazione del subappalto necessario**. Osserva il Collegio che, 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

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**TAR SICILIA – PALERMO, SEZ. III – sentenza 22 gennaio 2025, n. 159**

***Sulla non obbligatorietà dell’indicazione del nominativo del subappaltatore, anche nel caso di subappalto necessario***

L’indicazione del nominativo del subappaltatore già in sede di presentazione dell’offerta non è obbligatoria, neanche nell’ipotesi in cui il concorrente non possieda la qualificazione nelle categorie scorporabili. La tesi contraria comporta una **confusione tra avvalimento e subappalto, nella misura in cui attrae il rapporto con l’impresa subappaltatrice nella fase della gara, anziché in quella dell’esecuzione dell’appalto, con ciò assimilando due istituti che presentano presupposti, finalità e regolazioni diverse,** ma senza creare il medesimo vincolo dell’avvalimento e senza assicurare, quindi, alla stazione appaltante le stesse garanzie contrattuali da esso offerte.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**Cons. Stato, Sez. III, 25.10.2024, n. 8556**

**Sulla definizione di subcontratti**

Si tratta **di subcontratto e non di subappalto**, in quanto l’attività formativa viene eseguita dalla società Becton Dickinson; nel caso di specie i soggetti terzi agiscono quali **meri collaboratori nell’esecuzione dell’attività** formativa, in **assenza** di quei **requisiti di autonomia** che connotano sul subappalto;

- occorre considerare, infatti, che questi specifici corsi non possono essere svolti dalle aziende commerciali in base al Regolamento AGENAS, sicché necessariamente la società doveva **rivolgersi a soggetti terzi** accreditati;

- tali corsi, infine, costituiscono **prestazioni accessorie che non rientrano nell’oggetto dell’appalto in senso proprio,** che si riferisce alla fornitura del sistema analitico per la microbiologia, trattandosi di attività formativa del personale strumentale alla corretta utilizzazione dei dispositivi;

- il valore della prestazione è, inoltre, del tutto **irrisorio** rispetto al valore dell’appalto.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**TAR TOSCANA, SEZ. II, sentenza 21 gennaio 2025, n. 95**

***Sulla differenza tra subappalto e subfornitura***

L’elemento caratterizzante del subappalto si rinviene **nell’autonomia con cui il soggetto terzo esegue le prestazioni ad esso commissionate**, al contrario di ciò che avviene nella subfornitura, laddove l’impresa terza viene ad essere sostanzialmente inserita nel ciclo produttivo dell’appaltatore, con conseguente dipendenza tecnica – da valutarsi caso per caso e in rapporto alla natura della lavorazione in concreto affidata in subfornitura – , e anche economica, da quest’ultimo: la cosiddetta dipendenza tecnica si pone come il risvolto operativo attraverso il quale normalmente si denota la dipendenza economica, di cui è elemento qualificante e sintomatico. Sul piano concettuale, questo elemento diversifica il rapporto di subfornitura commerciale (suscettibile di essere realizzato attraverso altri schemi negoziali) dal subappalto d’opera o di servizi, nel quale il subappaltatore è chiamato, nel raggiungimento del risultato, ad una prestazione rispondente ad autonomia non solo organizzativa e imprenditoriale, ma anche tecnico esecutiva.

**\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**

**TAR LAZIO – ROMA, SEZ. I bis – sentenza 14 giugno 2022 n. 7826**

**Sulla differenza tra subappalto e subaffidamemto**

Il subappalto è il contratto con cui l’appaltatore affida a terzi l’esecuzione di una parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto, mentre diversi dal subappalto sono i contratti che hanno ad oggetto quei beni e servizi dei quali l’impresa aggiudicataria necessita per poter, essa sola, eseguire la prestazione oggetto del contratto d’appalto.

Nel c.d. nolo a caldo, il noleggiatore non è obbligato al raggiungimento di uno scopo specifico, ma si limita esclusivamente a mettere a disposizione dell’affidatario l’attrezzatura di lavoro e il personale addetto al suo utilizzo. L’organizzazione del lavoro è quindi rimessa esclusivamente all’impresa affidataria. Non può, invece, parlarsi di nolo a caldo, ma è riscontrabile un vero e proprio subappalto, nel caso in cui l’operatore dell’attrezzatura non entri a far parte dell’organizzazione dell’impresa esecutrice e non agisca sotto le direttive di quest’ultima, quale semplice conduttore del mezzo di lavoro, ma gli venga affidata una lavorazione prevista dall’appalto, da eseguire direttamente e in piena autonomia. E’ illegittima l’aggiudicazione di una gara di appalto di servizi (nella specie, si trattava del servizio smaltimento rifiuti) disposta in favore di una società non in possesso dell’iscrizione all’ANGA, necessaria per le attività di raccolta e trasporto dei rifiuti, nel caso in cui la medesima società ha omesso, al riguardo, di fare ricorso al subappalto per l’esecuzione di tali prestazioni, rendendo la relativa dichiarazione al momento della presentazione dell’offerta.

**QUANTIFICAZIONE VALORE DELL’APPALTO**

**Tar Lombardia, Milano, Sez. I, 30.01.2025, n. 329**

**Sulla corretta quantificazione del valore dell'appalto**

A dispetto della precedente formulazione dell’art. 106 del D.lgs. n. 50/2016, l’art. 120 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,** invece, con il **comma 11** è stata **distinta** nel nuovo Codice **dall’opzione di proroga di cui al comma 10, i**n 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).

21. Tirando le fila del discorso, quindi, 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).

E assolvendo al suddetto onere, nel caso di specie la resistente ha specificamente previsto nell’art. 5 del disciplinare di gara sia il quinto d’obbligo (§ 1) che la proroga tecnica (§ 3), e, di conseguenza, ha stimato il valore complessivo dell’appalto in euro 37.700,00 milioni, iva esclusa, così strutturato: - base d’asta per €29.000.000; - quinto d’obbligo per €5.800.000; - proroga tecnica (6 mesi) per €2.900.000.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**SUL CONTROLLO DEI REQUSITI**

**Tar Campania, Napoli, Sez. VIII, 7.01.2025, n. 109**

***Sull’espletamento dei controlli in caso di cessione di azienda***

Deve innanzitutto rilevarsi che la fattispecie oggetto di censura è un’operazione di **cessione di azienda e non di affitto**, alla quale si riferisce, invece, la giurisprudenza invocata da parte ricorrente a supporto delle proprie pretese.

Nelle operazioni di cessione **il compendio aziendale si trasferisce a titolo definitivo, realizzando così, almeno dal punto di vista formale una cesura che rende difficilmente ravvisabile quella continuità gestoria più palpabile nell’ambito dell’affitto di azienda in cui la titolarità dell’azienda permane in capo alla società locatrice.**

Peraltro è utile evidenziare che nel nuovo codice si assiste ad una ulteriore tassativizzazione delle cause di esclusione con la conseguenza che le ipotesi di estensione delle stesse sono da considerarsi eccezionali. Sotto questo profilo rileva che nel Codice dei contratti pubblici **non vi è alcuna specifica previsione che imponga espressamente, sic et simpliciter, l’esclusione dell’operatore economico, affittuario di azienda e/o ramo d’azienda, allorché l’impresa concedente/affittante sia stata medio tempore assoggettata ad una procedura concorsuale**: **se è vero che l’art. 94, co. 5, lett. d) del d. lgs. n. 36/2023 prevede, quale ipotesi di esclusione automatica dalla gara, la sottoposizione (tra l’altro) alla procedura di liquidazione giudiziale, è parimenti incontestabile che tale disposizione si riferisce al solo “operatore economico”, così circoscrivendo in capo al soggetto che prende parte alla procedura di appalto l’ambito di operatività della causa di esclusione di cui trattasi.**

Tale interpretazione “restrittiva” trova conforto anche nel **principio di tassatività delle clausole di esclusione**, ora dettato dall’art. 10 del vigente Codice dei contratti pubblici, da leggersi in combinato disposto con i più generali principi - di derivazione comunitaria - di concorrenza e massima partecipazione (anch’essi codificati ed espressamente richiamati nel Libro I del Codice).

Sicché nessun dato normativo induce a ritenere che, **di per sé, il fallimento (ovvero la liquidazione giudiziaria) dell’impresa concedente l’azienda/ramo d’azienda si rifletta, per così dire “per contagio”, in capo all’affittuario.**

**Al contrario**, secondo la giurisprudenza più recente, tale interpretazione risulta sconfessata <<dalla disciplina in materia di procedure concorsuali attualmente contenuta nel d. lgs. n. 14/2019, e in particolare dall’art. 184, co. 1, secondo cui “**L'apertura della liquidazione giudiziale nei confronti del concedente non scioglie il contratto di affitto d'azienda, ma il curatore, previa autorizzazione del comitato dei creditori, può recedere entro sessanta giorni** […]”. Detta norma accorda un termine massimo entro il quale l’organo della procedura può esercitare la facoltà di recesso (trattasi di una sorta di “ius poenitendi”), decorso il quale il contratto conserva (si potrebbe dire “consolida”) i propri effetti: la ratio di fondo è garantire la conservazione dei valori imprenditoriali laddove essi siano inseriti in altro contesto e gestiti da altro soggetto ai fini di un loro proficuo impiego produttivo, e ciò anche nell’interesse della massa dei creditori del soggetto insolvente.

In un’ottica sistematica, e “calando” tale previsione nel contesto di una procedura di evidenza pubblica che veda la partecipazione dell’affittuario dell’azienda, è da privilegiarsi un’interpretazione che **neghi il verificarsi, in capo al medesimo, di effetti “escludenti” di tipo automatico, sub specie di mancanza ab origine o intervenuta perdita dei requisiti** di partecipazione alla gara, altrimenti risultando vanificato l’obiettivo di fondo che la disposizione persegue.

Peraltro, **la censura veicolata con l’odierno ricorso risulta incentrata genericamente sulla mera circostanza rappresentata dalla sottoposizione dell’affittante CR Appalti a liquidazione giudiziale**, che appunto – secondo quanto paventa il ricorrente – opererebbe di per sé, in via di automatismo, **e non già su un (già avvenuto o potenziale) scioglimento del rapporto contrattuale in essere con tale società, nell’esercizio della facoltà di recesso riconosciuta alla curatela, e sugli effetti che tale evento produrrebbe, a cascata, in capo all’operatore economico partecipante** ad una procedura di evidenza pubblica: avuto riguardo a questo distinto profilo, peraltro, è incontestato che, **nel caso di specie, il curatore non ha optato per il recesso, sicché non si è mai verificata (né peraltro è stata mai dedotta) alcuna cesura nella disponibilità giuridica e materiale, in capo al controinteressato Consorzio Stabile Eternity**, del ramo di azienda in affitto (di contro, con il deposito documentale effettuato a ridosso dell’udienza di discussione del ricorso, quest’ultimo ha comprovato il suo definito subentro all’affittante nella titolarità del ramo d’azienda, quale aggiudicatario della procedura di vendita coattiva)>> (cfr. TAR Lazio, n. 15416/2024).

**Né l**a mancanza di una disposizione ad hoc che contempli espressamente tale effetto escludente potrebbe essere colmata dando applicazione al principio di ordine generale compendiato nel brocardo “***ubi commoda ibi incommoda*”,** come articolato e sviluppato dal nutrito indirizzo giurisprudenziale, evocato dalla ricorrente nei propri scritti difensivi, che si è occupato della fattispecie della cessione di azienda, con argomentazioni considerate valide anche per l’ipotesi (sostanzialmente affine) di affitto di essa o di un suo ramo (cfr. segnatamente Ad. Plen. n. 10/2012 e giurisprudenza successiva, tra cui in particolare il precedente del Consiglio di Stato, Sez. V, 7 ottobre 2021, n. 6706).

Nella fattispecie **sono trascorsi tre anni dalla cessione del ramo di azienda, sicchè ipotizzare che le vicende della cedente continuino a riflettersi sulla cessionaria ovvero su eventuali terzi ulteriori cessionari senza limiti temporali, significa porre a carico delle stazioni appaltanti un onere di controllo sproporzionato.**

III.3. **Peraltro** nel caso di specie occorre considerare che in data 07/05/2024 - **mandataria del R.T.I**. – **ha comunicato il recesso alla propria partecipazione al raggruppamento temporaneo di impresa** con conseguente prosecuzione delle attività da parte della sola Soc. SI.ECO SpA essendo la stessa "autonomamente" in possesso dei requisiti di qualificazione necessari alla partecipazione della gara come richiesti dal bando e ai sensi dell'art. 68 comma 17 del d.lgs. n.36/2023 che recita "è ammesso il recesso di una o più imprese raggruppate, sempre che le imprese rimanenti abbiano i requisiti di qualificazione adeguate ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire; il recesso è ammesso anche se il raggruppamento si riduce a un unico soggetto”.

Ciò considerato, rileva la disposizione di cui all’art. 96, co. 2, del Codice dei contratti pubblici a mente della quale “L’operatore economico che si trovi in una delle situazioni di cui all’articolo 94, a eccezione del comma 6, e all’articolo 95, a eccezione del comma 2, non è escluso se si sono verificate le condizioni di cui al comma 6 del presente articolo e ha adempiuto agli oneri di cui ai commi 3 o 4 del presente articolo”.

Infine il comma 6 del medesimo articolo indica le condizioni soddisfatte le quali è possibile “sanare” l’eventuale carenza dei requisiti sopravvenuta in corso di gara: “Un operatore economico che si trovi in una delle situazioni di cui all’articolo 94, a eccezione del comma 6, e all’articolo 95, a eccezione del comma 2, può fornire prova del fatto che le misure da lui adottate sono sufficienti a dimostrare la sua affidabilità. Se tali misure sono ritenute sufficienti e tempestivamente adottate, esso non è escluso dalla procedura d'appalto. A tal fine, l'operatore economico dimostra di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito, di aver chiarito i fatti e le circostanze in modo globale collaborando attivamente con le autorità investigative e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti. Le misure adottate dagli operatori economici sono valutate considerando la gravità e le particolari circostanze del reato o dell'illecito, nonché la tempestività della loro assunzione. Se la stazione appaltante ritiene che le misure siano intempestive o insufficienti, ne comunica le ragioni all'operatore economico”.

Dal compendio normativo riportato il Collegio desume che, anche a prescindere dalle precedenti considerazioni in ordine alla rilevanza in generale dell’apertura di una procedura di liquidazione nei confronti della società dante causa del ramo di azienda di cui l’operatore economico partecipante sia cessionario, il recesso della Igiene Urbana Evolution s.r.l. dal raggruppamento partecipante integri proprio una di quelle misure che ai sensi del richiamato art. 96 co. 6, del codice consente di dimostrare l’affidabilità dell’operatore. Ed infatti, la ratio della disposizione, in linea con i principi del risultato e dell’efficienza che permeano il nuovo codice dei contratti, è quella di recuperare i partecipanti che nella sostanza siano affidabili, accentuando sul punto la discrezionalità delle stazioni appaltanti a cui è rimesso l’onere di valutare in concreto, a determinate condizioni stabilite dal medesimo codice, se la rilevata carenza di alcune tipologie di requisiti intacchi la serietà degli operatori partecipanti.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**Parere MIT, 30.01.2025, n. 3104**

***Sulla verifica antimafia in caso di affidamento diretto***

Il D.Lgs. 159/2011 (codice antimafia) art. 83 comma 1 prevede che le stazioni appaltanti prima di stipulare contratti devono richiedere la documentazione antimafia. Il comma 3 alla lettera e) indica che per i contratti non superiori a 150.000 euro la documentazione antimafia non deve essere richiesta. Il D.Lgs. 36/2023 (codice degli appalti), successivo al decreto precedente, distingue solo tra affidamenti sotto i 40.000 (controlli a campione con regolamento) e sopra, "puntuale controllo di tutti i requisiti". **Per la verifica dei requisiti per gli affidamenti tra 40.000 e 150.000 bisogna effettuare anche la verifica antimafia**? **Per la verifica dei requisiti per gli affidamenti da 0 a 40.000 nel campione bisogna effettuare anche la verifica antimafia**?

Risposta: Come disposto nel d. lgs n. 159/2011, la documentazione antimafia è costituita dalla comunicazione antimafia, dall’informazione antimafia e dalle white list delle imprese che operano nei **settori** ritenuti per prassi particolarmente **sensibili** alla permeabilità mafiosa. **Per tali imprese**, che operano nei settori a rischio di infiltrazione mafiosa, **la verifica antimafia non segue quindi la bipartizione comunicazione - informazioni di cui all’art. 84 del codice antimafia in relazione alle soglie di valore contrattuale indicate nell’art. 83 e nell’art. 91 dello stesso codice, ma è sempre obbligatoria e avviene mediante la consultazione della banca dati della documentazione antimafia**. Ciò premesso, la risposta alle due domande è negativa a condizione che non vengano in considerazione i settori di cui al comma 52 dell’articolo 1 della legge n. 190 del 2012, relativo alle “attività imprenditoriali” maggiormente esposte a tentativo di infiltrazione mafiosa, le quali attività sono poi elencate al comma 53 della stessa legge 190. Diversamente, **in caso in cui si tratti dei settori di cui all’art. 53 prima richiamati, la risposta invece è affermativa per entrambe le domande**.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**Parere Mit, 26.09.2024, n. 2722**

***Sulla verifica dei carichi pendenti***

Con il nuovo codice degli appalti pubblici (d.lgs. 36/2023) è stata espressamente introdotta la richiesta del certificato del casellario dei carichi pendenti ai sensi dell'articolo 95, comma 1, lett. e), dell'articolo 98 , comma 3, lett. g) ed h) del d.lgs. 36/2023 e dell'articolo 27 del DPR 14 novembre 2002, n. 313. A questo proposito si chiede quanto segue: La richiesta del certificato dei carichi pendenti **va fatta sempre, oppure solo in caso di fondato dubbio** (per esempio: articoli di giornale, notizie sul web, segnalazioni, ecc..) e/**o se indicato dall'operatore economico nel DGUE**?

Risposta: In generale si rileva che, relativamente ai controlli delle situazioni che non determinano automaticamente l’esclusione dalla gara, **è rimessa alla stazione appaltante la valutazione di procedere o meno alla richiesta del certificato dei carichi pendenti**, le cui risultanze saranno eventualmente riprese nella motivazione del provvedimento di ammissione/esclusione. Al riguardo si rimanda alla delibera ANAC n. 262 del 20 giugno 2023 e ai relativi allegati. Relativamente alle fattispecie di cui alle norme citate nel quesito, si rileva che **laddove l’operatore economico nei documenti di gara dichiari la pendenza di un processo in corso afferente alle stesse, oppure in ogni caso qualora ricorrano fondati elementi, la stazione appaltante dovrà procedere alla richiesta del certificato dei carichi pendenti nel luogo dove è pendente la situazione, anche ai fini della motivazione del provvedimento di ammissione/esclusione**.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**Tar Sardegna, Sez. I, 08/03/2025, n. 221**

***Sull’assenza di limiti temporali all’espletamento del potere di controllo dei requisiti***

Il potere di accertare il possesso della capacità di partecipazione **è un potere immanente** in capo alla stazione appaltante e non incontra **preclusioni temporali o procedimentali o negoziali**, potendosi manifestare **in ogni tempo e fase della procedura** ad evidenza pubblica.

Durante il sub-procedimento (o fase) di ammissione dei concorrenti, la stazione appaltante compie un **accertamento preliminare sulla capacità generale di partecipazione**. Sotto il profilo soggettivo l’accertamento che si compie in questa fase (di ammissione) riguarda indistintamente tutti coloro che presentano domanda di partecipazione. Sotto il profilo oggettivo l’accertamento è, invece, circoscritto al possesso dei requisiti generali di partecipazione in base alla documentazione allegata o trasmessa dal concorrente e comunque in possesso della stazione appaltante al momento della verifica.

L’esito dell’accertamento si conclude con l’ammissione o con l’esclusione.

Laddove si conclude con l’ammissione, il concorrente può partecipare alle successive fasi della procedura, fermo restando che la stazione appaltante può comunque escludere in seguito il concorrente ove dovessero emergere circostanze idonee a giustificarne l’esclusione.

Ciò in quanto l’atto di accertamento dei requisiti – come atto ad esito provvisorio e quindi instabile- può sempre essere modificato dalla stazione appaltante nel corso della procedura mediante un distinto atto amministrativo (T.A.R. Lazio Roma, Sez. II, Sent., 07/12/2022, n. 16345).

Nel caso di specie, l’intervento della Commissione di gara nella fase di ammissione dei concorrenti si è esaurito in un mero controllo formale della documentazione ed era perciò destinato a intercettare solo l’eventuale assenza di alcuno dei documenti richiesti dalla “lex specialis” ovvero errori macroscopici compiuti dagli operatori economici nel loro inserimento all’interno dei plichi consegnati alla stazione appaltante, senza implicare la disamina del contenuto dei documenti medesimi.

***Sul principio di continuità del possesso dei requisiti***

Il principio (su cui v., “ex multis”, Cons Stato, V, 29 ottobre 2019, n. 8514/19, Cons. Stato, III, 13 giugno 2018, n. 3628) – operante in diretta coerenza con l’obbligo di mantenere i requisiti per tutta la durata del procedimento e successivamente alla sua conclusione (cfr. Cons Stato, VI, 25 settembre 2017, n. 4470) – che impone ai partecipanti alle procedure d’appalto della pubblica amministrazione di comunicare a quest’ultima, nel corso della gara, tutte le vicende, anche sopravvenute, attinenti allo svolgimento della propria attività professionale, al fine di consentire alla stazione appaltante di valutare l’eventuale incidenza di tali precedenti sulla reale affidabilità, morale e professionale, dei concorrenti. (v. T.A.R. Lazio – Roma, Sez. V quater, Sent., 14/10/2024, n. 17666).

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**CONCESSIONI**

**Tar Emilia Romagna, Bologna, Sez. II, 11.02.2025, n. 128**

***Sulla differenza tra concessione di servizi e appalto***

Invero, secondo la pacifica giurisprudenza si ha 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** (cfr., Cass. S.U. sentenza n. 23155/2024; Corte giustizia UE sez. VIII, 10/11/2022, n.486). 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 (cfr., T.A.R. Lazio – Roma, Sez. II, sentenza n. 18072/2023).

La qualificazione giudica del contratto è fondamentale al fine di individuare la disciplina normativa a cui esso è assoggettato.

7.3.1. Ora, nel caso di specie, il Disciplinare di gara all’articolo 1.3 prevede 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», ovverosia €uro 130,00 a iscritto.

Poiché, in effetti **il corrispettivo** che percepisce il contraente privato **varia** in relazione al numero dei partecipanti alla prova di ammissione, può concludersi che **l’aggiudicatario assume il rischio di non vedersi rimunerati le risorse umane, organizzative e strumentali messe in campo per eseguire il contratto medesimo.**

Questo porta a qualificare il contratto in esame come concessione.

Deve però rilevarsi che si tratta di una concessione sui generis, dato che è destinata a esaurirsi in un arco di tempo molto limitato e che il concessionario non gode di larghi margini di libertà per organizzare il servizio.

Tuttavia, poiché è indubbio 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.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**Parere Mit, 6.12.2024, n. 3161**

***Sul valore della concessione***

In caso di concessione avente ad oggetto il servizio di ristorazione scolastica, con riscossione diretta dei buoni pasto da parte del concessionario, e che preveda un investimento iniziale da parte della ditta per l'acquisto degli arredi destinati al centro cottura di proprietà dell'ente concedente, come si calcola il valore complessivo della concessione? Si precisa che al termine del contratto tali arredi diverranno di proprietà dell'ente concedente.

Risposta: Si applica l'art. 179 del Codice dei contratti pubblici. Ai fini del valore stimato della procedura, sono da conteggiare **i flussi di cassa in entrata** per il concessionario, **non i flussi in uscita**. Sui **buoni pasto (flussi in entrata**), andrà calcolata l'entrata attesa in corso di gestione, nel rispetto del Piano economico finanziario. **Sui beni (flussi in uscita**), deve essere conteggiato **il valore stimato al termine della concessione** (se non totalmente ammortati), ove sia previsto un pagamento diretto della stazione appaltante degli stessi; se invece i costi degli stessi sono considerato come completamente ammortati o coperti dai flussi di cassa in entrata della concessione, non rileveranno nel conteggio.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**T.A.R. Emilia Romagna, Parma, 18 febbraio 2025, n. 66**

***Sull’applicazione dell’istituto della proroga ex art. 120 anche alle concessioni***

Tale disposizione deve ritenersi **applicabile analogicamente alla disciplina delle concessioni**, tenuto conto della necessità di garantire, anche per tale tipologia contrattuale, la continuità del servizio (come anche della fornitura o dei lavori), nelle more dello svolgimento della nuova procedura di gara e dell’individuazione del nuovo operatore economico affidatario.

La ratio della c.d. proroga tecnica è quella di consentire, in via eccezionale e temporanea, la continuità delle prestazioni oggetto del contratto in scadenza con l’Amministrazione, in attesa della instaurazione del nuovo rapporto contrattuale; tale esigenza, prevista per i contratti di appalto, deve ritenersi estensibile, in via analogica, anche alla disciplina delle concessioni, tanto più ove, come nel caso di specie, venga in rilievo la necessità di garantire la continuità di un servizio pubblico essenziale.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**T.A.R. Puglia, Lecce, III, ord. 27 febbraio 2025, n. 84**

***Sull’affidamento della stagione teatrale ad associazioni culturali***

Secondo il Collegio, non sembra trattarsi – nella specie – dell’affidamento, da parte della P.A., di **un appalto di servizi e nemmeno di una concessione**, **bensì dell’affidamento di un’attività di carattere culturale** (con incassi degli spettacoli spettanti per intero al soggetto proponente e in assenza di oneri economici a carico dell’Amministrazione Comunale), sicché appare infondato il motivo di ricorso incentrato sulla dedotta violazione per omessa applicazione del D. Lgs. n. 36/2023″.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**T.A.R. Liguria, I, 25 febbraio 2025, n. 203**

**Sull’affidamento di un porto turistico (bene demaniale) mediante project financing**

Il Comune ha correttamente fatto ricorso al **project financing per l’affidamento in concessione e gestione del Porto turistico** atteso che tale istituto può essere utilizzato quando all’affidamento del bene preveda **anche la gestione dello stesso, con effettuazione di lavori di valorizzazione e/o dei servizi connessi allo sfruttamento del bene**, configurandosi in tali ipotesi una **concessione di lavori e/o di servizi soggetta** alla disciplina della Direttiva 23/2014/UE e, quindi, suscettibile di assegnazione mediante project financing.

Ebbene per i porti turistici la tipologia di concessione utilizzata è quella di lavori e servizi in quanto essa “si caratterizza per il fatto che, accanto alla concessione di beni demaniali marittimi, impone la **prestazione di servizi funzionali** all’esercizio della nautica da diporto (ormeggio, disormeggio, alaggio, varo, etc.). Si tratta, quindi, di una figura complessa e peculiare (sebbene non isolata, potendo talvolta la concessione di un bene pubblico risultare servente alla prestazione di un servizio al pubblico: cfr., ex aliis, T.A.R. Lazio, Roma, sez. II-bis, 13 giugno 2017, n. 6985), **nella quale profili in tema di concessione di beni pubblici coesistono con aspetti attinenti all’affidamento di servizi pubblici**” (TAR Liguria n. 946 del 2021).

In secondo luogo il Comune è titolare del potere di affidamento della concessione del Porto turistico anche perché l’art. 10 LR Liguria n. 13/1999 e s.m.i. stabilisce che “sono di competenza dei Comuni le funzioni relative … al rilascio e rinnovo delle concessioni di beni del demanio marittimo in ambito portuale”.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**VARIE**

**Tar Puglia, Lecce, Sez. 19.03.2025, n. 434**

**Cons. Stato, V, 19 novembre 2024, nn. 9254 e 9255**

***Sull’interpretazione dell’art. 41, comma 14***

Ciò chiarito, con riguardo al caso di specie, il Collegio non ravvisa un vero e proprio contrasto giurisprudenziale sul punto come invece paventato dalla stessa parte ricorrente nei suoi atti difensivi posto che anche le pronunce*ivi* citate specificano che “*la disposizione normativa sopra trascritta (rectius,* l’art. 41, comma 14, del d.lgs. n. 36 cit.) *contiene il riferimento a* ***due concetti distinti*** *e, come si vedrà,* ***non sono sovrapponibili*** *ovvero “****l’importo posto a base di gara”****, nell’individuare il quale la stazione appaltante deve prevedere anche il cd. costo della manodopera, e* ***l’“importo assoggettato al ribasso****” dal quale, invece, “i costi della manodopera”, devono essere scorporati.*

11.17. **Tale previsione normativa vieta, quindi, che i costi della manodopera, pur rientrando nel più generale *“importo posto a base di asta”*, siano inclusi nel c.d. importo assoggettato al ribasso ovvero nell’importo sul quale dovrà essere applicato il ribasso percentuale offerto dal concorrente** e ciò all’evidente fine di non sottostimare le retribuzioni da erogare ai lavoratori *“applicati”* nell’esecuzione delle commesse pubbliche.

11.1-OMISSIS-. Questo, tuttavia, non esclude che, per come espressamente previsto dal legislatore in coerenza con l’orientamento giurisprudenziale formatosi sotto la vigenza della precedente normativa in tema di appalti, **ciascun concorrente possa, in via separata (come peraltro avvenuto nella specie) rispetto *“all’importo assoggettato al ribasso”* (ovvero quello sul quale applicare la percentuale di ribasso percentuale), esporre una cifra, a titolo di costi della manodopera, inferiore rispetto a quella che la stazione appaltante ha previsto *ex ante* nell’ambito del più ampio importo posto a base di gara.**

11.19. Ciò, tuttavia, potrà avvenire a condizione che tale, per così dire, *“indiretto”* ribasso dei costi della manodopera risulti coerente con una “***più efficiente organizzazione aziendale*”** che l’operatore dovrà dimostrare in sede di verifica dell’anomalia, doverosamente promossa dalla stazione appaltante (Consiglio di Stato sez. V, 09/06/2023, sentenza -OMISSIS-665; T.A.R. Sicilia, Palermo sez. II, 19.12.2023, sentenza n. 3779; T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 07.11.2023, sentenza n. 612-OMISSIS-) (cfr. T.A.R. Calabria sez. I - Reggio Calabria, sentenza -OMISSIS-19).

11.20. Anche lo stesso Tar Lombardia-Milano, sentenza n. 3127 del 2024, citato sempre dalla ricorrente, evidenzia che il dettato di cui all’art. 41, comma 14, cit. non implica *“che è esclusa la possibilità per l’operatore di proporre un ribasso che coinvolga anche il costo della manodopera. L’operatore non solo potrà formulare un ribasso che coinvolge anche il costo della manodopera, ma potrà anche dimostrare che tale ribasso è derivante “da una più efficiente organizzazione aziendale” o “da sgravi contributivi che non comportano penalizzazioni per la manodopera”, secondo il tradizionale orientamento della giurisprudenza in linea con l’art. 41 della Costituzione”.*

11.21. Dunque, nella specie, bene ha fatto la stazione appaltante a riammettere la società controinteressata e ad effettuare la valutazione dell’anomalia dell’offerta, uniformandosi al parere precontenzioso dell’ANAC, posto che la stessa si è posta pienamente in linea con i principi espressi dalla giurisprudenza succitata.

**\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**

**Parere MIT, 30.01.2025, n. 3195**

***Sull’anticipazione prezzi in caso di servizi di architettura e ingegneria***

Si chiedono indicazioni sulla possibilità di concedere o meno l'anticipazione del prezzo ai sensi dell'art. 125 d el Codice per i servizi di ingegneria e architettura alla luce di quanto disposto dall'art. 33 dell'Allegato II.14 a l Codice: "Sono esclusi dall'applicazione delle disposizioni di cui all'art. 125, comma 1, del codice ... i servizi che, per loro natura, prevedono prestazioni intellettuali o che non necessitano della predisposizione di attrezzature o di materiali.". In particolare si chiede, anche alla luce di recenti pronunce giurisprudenziali (Consiglio di Stato Sezione V, 21 maggio 2024 n. 4502), se i servizi di ingegneria e architettura siano da considerarsi ser vizi di natura intellettuale e come tali debbano essere esclusi dall'anticipazione del prezzo.

**Risposta**: Relativamente ai servizi di ingegneria e architettura, come ribadito dalla recente Consiglio di Stato Sezione V, 21 maggio 2024 n. 4502 anche da voi citata, si conferma che rientrano nei servizi di natura intellettuale ed in quanto tali sono esclusi dall’applicazione delle disposizioni di cui all’articolo 125, comma 1, del codice dei contratti pubblici.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**Tar Toscana, Sez. II, 24/02/2025, n. 292:**

**Sulla mancata indicazione del costo della manodopera da parte della Stazione Appaltante**

L’omissione del costo della manodopera di cui all’art. 41 comma 14 cit. non può costituire **di per sé una causa di annullamento della legge di gara**

Ne deriva che l’omissione dell’indicazione del costo della manodopera nella legge di gara **non comporta l’impossibilità di presentare l’offerta**, né la possibilità di assoggettare il costo del personale a ribasso ad nutum, in quanto non impedisce di verificare il rispetto dei diritti economici dei lavoratori con i criteri indicati dall’art. 110 c. 5 del Codice dei contratti. Anzi si può dire che la mancata indicazione del costo teorico del personale calcolato dalla stazione appaltante comporta l’effetto opposto della necessaria verifica di anomalia dell’offerta delle spese del personale a maggior tutela dei lavoratori. In definitiva deve ritenersi che l’omissione dell’indicazione dei costi della manodopera nel bando non permette di sottoporre a riduzione senza limiti la spesa di personale e quindi non costituisce vizio idoneo a travolgere l’intera gara ma può costituire solo vizio dell’offerta che abbia indicato le spese del personale non rispettose dei livelli salariali applicabili al caso di specie.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**T.A.R. Piemonte, I, 21 febbraio 2025, n. 424**

**Sull’obbligo di previsione in sede di gara della SOA in caso di migliorie aventi ad oggetti l’esecuzione di lavori**

Nell’ambito di una procedura a evidenza pubblica per **l’affidamento dei servizi** necroscopici, di vigilanza, custodia, manutenzione del verde e ordinaria manutenzione del cimitero del cimitero cittadino l’aggiudicataria, **in coerenza con il disciplinare di gara, ha offerto delle migliorie,** e nel particolare la **realizzazione** di una sala commiato, di un’area di stoccaggio rifiuti e di una di meditazione.

E’ evidente che l’offerta delle migliorie de quibus è idonea a **mutare l’oggetto dell’appalto da servizi a misto**: ai servizi cimiteriali, che, come visto, rappresentano l’oggetto principale della commessa, vanno, infatti, sommati i **lavori** di realizzazione delle opere indicate e la fornitura dei relativi materiali e, pertanto, l’offerente doveva essere in possesso, sin dalla proposizione della domanda, di tutti i requisiti per realizzare quanto concretamente proposto.

Ai sensi dell’art. 14, comma 18, del d.lgs. 36/23, infatti, «I contratti che hanno per oggetto due o più tipi di prestazioni sono aggiudicati secondo le disposizioni applicabili al tipo di appalto che ne costituisce l’oggetto principale. L’oggetto principale è determinato in base all’importo stimato più elevato tra quelli delle prestazioni oggetto dell’appalto. L’operatore economico che concorre alla procedura di affidamento di un contratto misto deve possedere i requisiti di qualificazione e capacità prescritti dal codice per ciascuna prestazione di lavori, servizi e forniture prevista dal contratto».

Tanto premesso, il Collegio non può esimersi dall’evidenziare che, in totale dissonanza con le considerazioni sopra menzionate, **la lex specialis di gara non ha richiesto, in caso di concreta offerta dei lavori in esame, né il possesso delle certificazioni SOA né dei requisiti di cui all’art. 28 dell’allegato II. 12 al d.lgs. 36/23.** Per quanto sopra esposto il ricorso è fondato e deve essere accolto, con conseguente annullamento del bando e dichiarazione di inefficacia del contratto.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**Tar Puglia, Bari, Sez. II, 19/02/2025, n. 244**

***Sull’inapplicabilità del soccorso istruttorio al fine di modificare i servizi analoghi indicati dal concorrente in sede di gara***

La difesa dell’Amministrazione ha altresì richiamato a sostegno dell’infondatezza del terzo motivo la recente delibera Anac n. 60 del 07/02/2024, che ha chiarito quanto segue: ”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”.

Alla luce del principio di autoresponsabilità che grava sulle imprese partecipanti alle gare pubbliche e che ha condotto in modo univoco la giurisprudenza a negare 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 partecipationis e del risultato** non possono mai confliggere con il principio della **par condicio fra i concorrenti.**

**\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**

**Tar Toscana, Firenze, Sez. IV, 17/02/2025, n. 266**

***Sulla legittimità della riapertura dei termini in caso di malfunzionamento della piattaforma***

Come esattamente rilevato dalla ricorrente, al centro dell’intera problematica è la previsione di cui all’art 25, 2° comma ult. parte del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 (nuovo codice dei contratti pubblici) che reca una previsione dal seguente tenore: “le stazioni appaltanti e gli enti concedenti assicurano la partecipazione alla gara anche in caso di comprovato malfunzionamento, pur se temporaneo, delle piattaforme, anche eventualmente disponendo la sospensione del termine per la ricezione delle offerte per il periodo di tempo necessario a ripristinare il normale funzionamento e la proroga dello stesso per una durata proporzionale alla gravità del malfunzionamento”.

In questa prospettiva, non sussistono pertanto particolari ostacoli di principio ad ammettere che la garanzia della possibilità degli operatori interessati di poter partecipare alla gara possa concretizzarsi nella riapertura di termini ormai scaduti (come effettivamente è nella vicenda che ci occupa) o in altri “correttivi”, non sussistendo alcun obbligo di utilizzare solo l’istituto della proroga del termine (come sostanzialmente prospettato da parte ricorrente); quel che conta è che la misura, di volta adottata, risulti idonea ad assicurare, in concreto, l’obbligo cui la “Stazione appaltante è tenuta, nelle forme più adeguate alla fattispecie, …(di) offrire la possibilità all’operatore economico di presentare la propria offerta, garantendo la par condicio competitorum” (T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 4 novembre 2020, n. 5026). Perché la riapertura del termine possa risultare legittima devono essere però soddisfatte due condizioni. La prima, spesso sottolineata ed ormai “messa a fuoco” dalla giurisprudenza sopra richiamata, è che il malfunzionamento sia effettivamente imputabile alla Stazione appaltante (o al gestore della piattaforma) e non all’operatore economico; nella vicenda che ci occupa, la stessa prospettazione della ricorrente chiarisce come il malfunzionamento della piattaforma derivi dal “chiarimento” (certo non ben meditato) del 24 giugno 2024 della Stazione appaltante che ha determinato il tentativo non riuscito di tutti i concorrenti di caricare sul sistema domande di partecipazione mancanti del D.G.U.E. e che non potevano essere caricate sulla piattaforma.

La problematica di malfunzionamento era quindi oggettiva e non imputabile ai concorrenti e non si può cercare di imputare la mancata presentazione della domanda solo alla negligenza della controinteressata (come la ricorrente cerca di fare, con gli ultimi scritti difensivi ed in una prospettiva che, come già rilevato, non può che risultare contraddittoria con quanto prospettato al primo motivo di ricorso).

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**T.A.R. Campania, I, 31 gennaio 2025, n. 861**

***Sull’ammissibilità (in caso di procedure con più segmenti procedimentali) della modifica soggettiva prima della presentazione dell’offerta.***

Al contrario, nelle procedure articolate su **più segmenti procedimentali** (procedure ristrette, negoziate, dialogo competitivo), la giurisprudenza ammette pacificamente la **modificazione soggettiva dell’operatore partecipante prima della presentazione dell’offerta**, anche perché lo stesso art. 48, comma 9, secondo periodo, del d.lgs. n. 50 del 2016, applicabile *ratione temporis* al caso, vietava “*Salvo quanto disposto ai commi 17 e 18, (…) qualsiasi modificazione alla composizione dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi ordinari di concorrenti rispetto a quella risultante dall’impegno presentato in sede di offerta*”, rendendo immutabile la composizione soggettiva dell’offerente solo a seguito della presentazione dell’offerta. Ciò implicitamente ammetteva la **possibilità della modificazione soggettiva nella fase compresa tra la manifestazione di interesse a partecipare alla gara e la presentazione dell’offerta dopo il ricevimento dell’invito ad offrire.**

Quanto al caso di specie, la procedura di affidamento diretto sotto-soglia **non conteneva alcun divieto** a presentare offerta congiunta da parte di operatori qualificatisi singolarmente.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**T.A.R. Sardegna, II, 25 febbraio 2025, n. 153**

***Sulla rotazione dei Commissari di gara***

Tale principio non possa ritenersi violato in virtù del fatto che il **Commissario esterno  abbia contemporaneamente fatto parte di una diversa commissione di gara, operante nell’ambito di una procedura bandita da una diversa Stazione appaltante**. Invero, il **principio di rotazione** ha il suo ambito di applicazione con riferimento alla composizione delle Commissioni di gara da parte della **stessa Stazione appaltante** e non vi sono ragioni, a parte la mera affermazione di principio della ricorrente, per ritenere nel caso concreto vi sia stata una violazione della *par condicio*dei concorrenti, o che la mera identità del Commissario esterno abbia alterato gli esiti di procedure diverse, bandite da diverse Amministrazioni e aggiudicate in favore di operatori economici distinti.

**SUL DIRITTO ALLA RINEGOZIAZIONE (ART. 9 e 120, COMMA 8)**

**E SULLA REVISIONE PREZZI (ART. 60)**

**Tar Emilia Romagna, parma, Sez. I, 17.02.2025, n. 143**

**Consiglio di Stato, Sez. V, n. 9212 del 18 novembre 2024**

***Sulla irretroattività dell’art. 9***

Anche con il riferimento all’applicazione del principio generale della buona fede, la decisione in esame chiarisce che “6.2.3. Questa regola, tradizionalmente operante anche per i contratti della pubblica amministrazione, fatte salve le eccezioni delle modifiche contrattuali consentite per legge (e della revisione dei prezzi fino a quando prevista), è stata superata soltanto di recente mediante **l’introduzione dell’art. 9** (Principio di conservazione dell’equilibrio contrattuale) del d.lgs. 31 marzo 2023 n. 36. La disposizione prevede infatti, al primo comma, che “se sopravvengono circostanze straordinarie e imprevedibili, estranee alla normale alea, all’ordinaria fluttuazione economica e al rischio di mercato e tali da alterare in maniera rilevante l’equilibrio originario del contratto, la parte svantaggiata, che non abbia volontariamente assunto il relativo rischio, ha diritto alla rinegoziazione secondo buona fede delle condizioni contrattuali. […]”; tuttavia, sul punto la decisione sottolinea che “La norma sopravvenuta del d.lgs. n. 36 del 2023 **non ha portata retroattiva** poiché non è norma interpretativa né applicativa di un principio generale già presente nell’ordinamento, ma introduce ex novo il rimedio generale di manutenzione del contratto, che, come si legge nella Relazione al Nuovo Codice dei contratti pubblici, è maggiormente conforme all’interesse dei contraenti in considerazione dell’inadeguatezza della tutela meramente demolitoria apprestata dall’art. 1467 c.c. (norma, quest’ultima, applicabile fino all’entrata in vigore del nuovo Codice). Il rimedio della rinegoziazione è regolato, quanto alle forme e ai tempi del contraddittorio tra le parti contrattuali, dalla disposizione dell’art. 120, comma 8, che non ha alcuna norma corrispondente nell’immediato precedente normativo dell’art. 106 del d.lgs. n. 50 del 2016”.

**Ferma l’inapplicabilità, nel caso di specie, delle nuove disposizioni contenute nel D.lgs. n. 36/2023, il Collegio rileva che anche il nuovo Codice dei contratti pubblici, pur implementando i rimedi manutentivi del rapporto negoziale rispetto a quelli demolitori, in ogni caso mantiene nettamente distinta (come l’art. 106 del D.lgs. n. 50/2016) la clausola di revisione prezzi (che ex art. 60 torna ad essere obbligatoria) dalle modifiche incidenti sull’oggetto (“varianti” delle prestazioni) del contratto** (Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione speciale del 27 novembre 2024 - numero affare 01427/2024 - Parere sullo “Schema di decreto legislativo recante “Disposizioni integrative e correttive al codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36”): ciò conferma la chiara distinzione normativa sulla natura e sui rimedi riconosciuti dall’ordinamento in relazione agli elementi contrattuali del prezzo e della prestazione.

***Sull’inapplicabilità dell’art. 106, comma 1, lett. c) in caso di modifiche dei prezzi, in mancanza di una clausola chiara precisa ed inequivocabile***

D’altronde, condivisibile giurisprudenza di questo Consiglio di Stato ha già escluso il **possibile riferimento alla lettera c) del comma 1 dell’art. 106,** **laddove la sopravvenienza attenga alle variazioni dei costi e dei prezzi** (Cons. Stato, IV, 31 ottobre 2022, n. 9426; cfr., in tema, anche Cons. Stato, V, 7 gennaio 2022, n. 48; id. III, 7 dicembre 2021, n. 8180; id., V, 15 novembre 2021, n. 7602 e 2 agosto 2019, n. 5505). **La pretesa di riequilibrio contrattuale mediante l’applicazione dell’art.106, comma 1, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016 non può trovare accoglimento**”.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**Tar Campania, Napoli, Sez. I, 13.06.2024, n. 3735**

**Sulla variazione del costo del personale e il riequilibrio contrattuale alla luce del dlgs n. 50/2016 e del dlgs n. 36/2023**

In tale ottica, la preoccupazione manifestata dalla ricorrente in ordine all’attuale insostenibilità dell’offerta non ha ragion d’essere, essendo i nuovi livelli retributivi “sicuramente applicabili alla futura esecuzione del contratto da affidare” (Cons. Stato, n. 6652/2023, cit.).

Da ciò discende che, da un canto, occorrerà assicurare l’adeguamento dei livelli retributivi e, d’altro canto, la censurata mancanza non si riverbera in vizio dell’aggiudicazione.

Questo aspetto concerne il **tema del riequilibrio del contratto di appalto**, che trova corrispondenza nelle previsioni del codice che consentono la modifica dei corrispettivi.

In particolare, **l’art. 106 del d.lgs. n. 50/2016** stabilisce che i contratti di appalto possono essere modificati senza una nuova procedura di affidamento, ove la necessità di modifica è determinata da **circostanze impreviste o imprevedibili** per l’amministrazione aggiudicatrice, tra le quali “la sopravvenienza di **nuove disposizioni legislative o regolamentari o provvedimenti** di autorità od enti preposti alla tutela di interessi rilevanti” (**co. 1, lett. c), n. 2**).

È da ritenersi che **in quest’ambito vi debbano rientrare i contratti collettivi nazionali di lavoro**, in ragione della loro inderogabilità e per la natura che rivestono.

In conclusione, la questione prospettata dalla ricorrente rientra tra i rimedi manutentivi del contratto, di tal che non può essere predicata l’illegittimità dell’aggiudicazione.

Per inciso, va osservato che il riequilibrio contrattuale costituisce **oggi** principio espressamente affermato nel nuovo codice dei contratti pubblici (**art. 9 del d.lgs. n. 36/2023**).

***Sulla possibilità di modifiche prima della stipula del contratto***

La giurisprudenza ha evidenziato che, **anche prima della stipula del contratto**, possa addivenirsi alle modifiche necessitate da particolari circostanze (cfr. TAR Piemonte - sez. II, 20/2/2023 n. 180: “la legislazione in materia di appalti pubblici è sì ispirata al rispetto del principio di tutela della concorrenza e parità di trattamento, ma è anche informata ai criteri di efficacia ed economicità che, **in presenza di particolari circostanze, possono condurre alla rinegoziazione delle condizioni contrattuali sia in corso d’esecuzione che prima della stipula del contratto** (Cons. Stato, sez. V, 11.04.2022, sent. n. 2709). Costituisce oramai consolidato principio quello secondo il quale **l’immodificabilità del contratto non ha carattere assoluto e le variazioni contrattuali non violano sempre e comunque i principi fondamentali in materia di evidenza pubblica** (cfr. Corte di Giustizia UE, sez. VIII, nella sentenza del 7 settembre 2016, in C. 549-14)”).

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**Tar Lombardia, Milano, Sez. I, 17.02.2025, n. 519**

***Sull’applicazione della revisione prezzi in caso di rinnovo del CCNL in fase esecutiva***

Il criterio di cui all’art. 1, comma 2, lett. g), l. n. 78 del 2022, di delega al Governo per la riforma del codice dei contratti pubblici, prevedeva “l'obbligo per le stazioni appaltanti di inserire nei bandi di gara, negli avvisi e inviti […] un **regime obbligatorio di revisione dei prezzi al verificarsi di particolari condizioni di natura oggettiva e non prevedibili al momento della formulazione dell'offerta**, **compresa la variazione del costo derivante dal rinnovo dei contratti collettivi nazionali** di lavoro sottoscritti dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale […]”.

Nel dare attuazione al criterio di delega, il legislatore delegato ha previsto la disciplina dell’istituto della “revisione prezzi” nell’art. 60 del Codice stabilendo che essa si attiva “**al verificarsi di particolari condizioni di natura oggettiva,** che determinano una variazione del costo dell’opera, della fornitura o del servizio, in aumento o in diminuzione, superiore al 5 per cento dell’importo complessivo e operano nella misura dell’80 per cento della variazione stessa, in relazione alle prestazioni da eseguire”.

**Per determinare la variazione dei costi (e dei prezzi)** vengano utilizzati gli “indici sintetici elaborati dall'**ISTAT”** previsti per diverse tipologie di contratti, tra cui, per i contratti di servizi, “gli indici delle retribuzioni contrattuali orarie”.

Dunque, la disciplina sulla revisione dei prezzi riguarda l’aumento dei costi del servizio che dipendono dal “verificarsi di particolari condizioni di natura oggettiva” (anche prevedibili) che comportano un aumento o una diminuzione “superiore al 5 per cento dell’importo complessivo” e tale aumento viene riconosciuto “nella misura dell’80 per cento della variazione stessa”.

**L’aumento del trattamento salariale minimo retributivo**, riconosciuto dal rinnovo contrattuale **avvenuto prima della partecipazione alla gara**, rimane tuttavia **estraneo** alla disciplina sulla revisione dei prezzi poiché **non è una sopravvenienza** che si verifica nella **fase esecutiva** del rapporto, ma è un dato economico presente al tempo della pubblicazione della gara che l’operatore deve prendere in considerazione al momento della redazione dell’offerta. L’aumento salariale è dunque un evento certo sia sotto il profilo dell’an che del quantum.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**Tar lazio, Roma, sez. III quater, 27.01.2025, n. 1626**

***Sull’obbligo di provvedere in caso di richiesta di revisione prezzi***

Sussistendo, per quanto detto, l’obbligo di provvedere in capo alla P.A., ne discende, conseguentemente, **l’illegittimità del silenzio serbato dalla ASL Roma 5 sulla predetta istanza di revisione del prezzo** avanzata dalla ricorrente, **non avendo l’amministrazione concluso il relativo procedimento, motivatamente determinandosi in senso favorevole o sfavorevole**, con provvedimento espresso, nel termine ordinario prescritto dall’art. 2, comma 2, della legge n. 241 del 1990 (TAR Campania, Napoli, n. 5058 del 2023; TAR Campania, Napoli, n. 2356 del 2022).

In relazione alle eccezioni formulate dall’amministrazione resistente, che impedirebbero, a suo dire, il riconoscimento dell’adeguamento prezzi, il Collegio rileva che, come correttamente dedotto dalla società ricorrente, si tratta di **ragioni che l’amministrazione stessa deve eventualmente far valere in sede procedimentale e provvedimentale**, qualora ritenga appunto insussistenti i presupposti della revisione dei prezzi.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_