**SULLA TASSATIVITA’ DELLE CAUSE DI ESCLUSIONE**

**TAR TOSCANA SEZ. III – sentenza 5 aprile 2018 n. 476**

**CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI, 15 settembre 2017, n. 4350**

**Sulla tassatività delle cause di esclusione**

1. Il principio di tassatività delle cause di esclusione previste dalle clausole del bando di gara, non consente che possano essere introdotte nei bandi di gara ‘clausole espulsive’ che non siano conformi alle regole previste dal codice, dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, salvi i casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell’offerta, nonché di violazione dei principi di segretezza o di manomissione delle buste e di cause elencate dalla norma.

2. Il principio di tassatività delle cause di esclusione previste dalle clausole del bando di gara è finalizzato a ridurre gli oneri formali gravanti sulle imprese partecipanti a procedure di affidamento, quando questi non siano strettamente necessari a raggiungere gli obiettivi perseguiti attraverso gli schemi dell’evidenza pubblica, conducendo a privare di rilievo giuridico, attraverso la sanzione della nullità testuale, tutte le ragioni di esclusione dalle gare, incentrate non già sulla qualità della dichiarazione, ma piuttosto sulle forme con cui questa viene esternata, in quanto non ritenute conformi a quelle previste dalla stazione appaltante nella lex specialis.

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

**CONS. STATO, SEZ. V, sentenza 15 gennaio 2018, n. 187**

**Sul *favor partecipationis* in caso di diverse interpretazioni della *lex specialis***

A fronte di più possibili interpretazioni di una clausola della *lex specialis* (una avente quale effetto l’esclusione dalla gara e l’altra tale da consentire la permanenza del concorrente), non può aderirsi all'opzione che, ove condivisa, comporterebbe l’esclusione dalla gara, dovendo essere favorita l'ammissione del più elevato numero di concorrenti, in nome del principio del *favor partecipationis* e dell’interesse pubblico al più ampio confronto concorrenziale (*ex multis*: Cons. Stato, V, 5 ottobre 2017, n. 4644; id., V, 5 luglio 2017, n. 3302; id., V, 12 maggio 2017, n. 2232).

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

**TAR VENETO, SEZ. I – sentenza 26 giugno 2019 n. 771**

***Sull’ammissibilità di giustificativi trasmessi a mezzo pec e non in plico chiuso e sigillato***

La clausola della lettera di invito che prevede – a pena di esclusione – la trasmissione delle giustificazioni con plico chiuso e sigillato è affetta da nullità, ai sensi dell’art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016; di conseguenza, deve ritenersi illegittimo il provvedimento di esclusione di una ditta partecipante alla gara per il mancato rispetto delle suddette formalità, nel caso in cui la ditta stessa abbia correttamente trasmesso la relazione giustificativa, in sede di verifica delle offerte anomale, in modo tempestivo e per iscritto, mediante invio di messaggio di posta elettronica certificata, nel rispetto di quanto previsto dagli artt. 97, comma 5, e 40 del d.lgs. n. 50/2016 (1).

L’art. 40 del d.lgs. n. 50/2016 prevede che “le comunicazioni e gli scambi di informazioni nell’ambito delle procedure di cui al presente codice svolte da centrali di committenza sono eseguiti utilizzando mezzi di comunicazione elettronici ai sensi dell’articolo 5-bis del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, Codice dell’amministrazione digitale. A decorrere dal 18 ottobre 2018, le comunicazioni e gli scambi di informazioni nell’ambito delle procedure di cui al presente codice svolte dalle stazioni appaltanti sono eseguiti utilizzando mezzi di comunicazione elettronici”.

Inoltre, l’art. 5 bis del d.lgs. n. 82/2005 stabilisce che “la presentazione di istanze, dichiarazioni, dati e lo scambio di informazioni e documenti, anche a fini statistici, tra le imprese e le amministrazioni pubbliche avviene esclusivamente utilizzando le tecnologie dell’informazione e della comunicazione. Con le medesime modalità le amministrazioni pubbliche adottano e comunicano atti e provvedimenti amministrativi nei confronti delle imprese”.

In base a tali disposizioni, è del tutto legittimo, e deve essere quindi consentito, l’invio della relazione giustificativa dell’anomalia per mezzo di posta elettronica certificata. Con riferimento ai giustificativi dell’offerta, né il vigente Codice dei contratti pubblici, né alcuna altra disposizione di legge prescrivono, a pena di esclusione, che il relativo invio debba essere effettuato con plico chiuso e sigillato.

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

**TAR CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. IV – sentenza 2 ottobre 2018 n. 5766**

***Sulla tassatività delle ipotesi di esclusione***

E’ illegittima la esclusione di una ditta da una gara di appalto che sia motivata con riferimento alla irregolarità consistente nel fatto che, diversamente da quanto prescritto dal bando a pena di esclusione, **la busta contenente la documentazione è stata chiusa con colla anziché mediante ceralacca o altra striscia plasticata incollata**, nel caso in cui tale irregolarità non abbia dato adito, in concreto, a ritenere che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; e ciò a maggior ragione ove, nelle motivazioni della esclusione, la stessa P.A. appaltante abbia concretamente rilevato che l’irregolarità accertata consiste unicamente nella chiusura della busta mediante incollaggio, e che deve ritenersi conseguito il sostanziale riscontro, a contrario, in ordine all’effettiva chiusura ed integrità della busta.

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

**TAR LAZIO – ROMA, SEZ. II *bis* – sentenza 4 novembre 2019 n. 12614**

***Sulla nullità della clausola che vieta il subappalto***

Non può essere esclusa da una gara una impresa perché intende utilizzare il subappalto, atteso che il subappalto stesso è ammesso in via legislativa, come espressione di un principio generale, prevalente su disposizioni contrastanti contenute in lettere d’invito; inoltre l’impiego di detto istituto non è di certo previsto dalla legge tra le cause di estromissione dalle procedure ad evidenza pubblica, onde si tratta previsione nulla, ove contenuta nella disciplina speciale di gara in base al principio della tassatività delle clausole di esclusione dalla gara previste per legge.

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

**TAR ABRUZZO – PESCARA, SEZ. I – sentenza 11 novembre 2019 n. 267**

**Sulla necessità della firma dell’offerta da parte di tutti i raggruppandi**

L’inequivoco tenore letterale dell’art. 48, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016 (secondo cui “è consentita la presentazione di offerte da parte dei soggetti di cui all’art. 45 comma 2 lett. d ed e, anche se non ancora costituiti. In tal caso l’offerta deve essere sottoscritta da tutti gli operatori economici che costituiranno i raggruppamenti temporanei o i consorzi ordinari di concorrenti …”) non consente di dubitare della necessità degli operatori facenti parte del costituendo raggruppamento temporaneo di sottoscrivere effettivamente, oltre che la domanda di partecipazione, anche le offerte, con la conseguente esclusione dalla gara nel caso di mancato rispetto di tali obblighi, del tutto ragionevoli, non sproporzionati e correttamente esigibili sulla scorta della ordinaria diligenza.

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

**CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 12 settembre 2019 n. 6148**

***Sul CCNL da applicare alle gare***

1. La scelta del contratto collettivo da applicare ad un appalto pubblico rientra nelle prerogative organizzative dell’imprenditore con il solo limite della coerenza con l’oggetto dell’appalto, per cui la stazione appaltante non può imporre l’applicazione di un CCNL e la scelta fatta da un concorrente di applicare un CCNL che consenta un forte abbattimento dei costi, e presentare, in questo modo, un’offerta più competitiva, rileva solo in sede di valutazione di congruità dell’offerta, ma non costituisce causa di non ammissibilità della stessa (in applicazione del principio è stata respinta la censura con la quale si sosteneva che, per un appalto del servizio di vigilanza, doveva applicarsi a tutte le imprese il CCNL Multiservizi).

2. L’imposizione di un determinato CCNL non può essere giustificata neppure dall’inserimento negli atti di gara di una clausola sociale, atteso che la clausola sociale non può essere intesa nel senso di imporre all’aggiudicatario subentrante di applicare un determinato CCNL, per essere, invece, rimessa alla sua libera determinazione la scelta del CCNL, che, pertanto, potrà anche essere diverso da quello applicato dal precedente contraente, sempreché siano salvaguardati i livelli retributivi dei lavoratori in modo adeguato e congruo.

3. La stazione appaltante non è tenuta ad appurare che il costo medio orario offerto sia compatibile con il costo indicato dalle apposite tabelle ministeriali, perché i valori del costo del lavoro risultanti dalle tabelle non costituiscono parametro di ammissibilità dell’offerta, ma mero parametro di valutazione della congruità della stessa, con la conseguenza che l’eventuale scostamento dalle voci di costo contenute nelle tabelle non legittima, di per sé, un giudizio di anomalia o di incongruità, per essere necessario, affinché si pervenga a tale conclusione, che la discordanza sia considerevole e palesemente ingiustificata.

***Sulla clausola sociale***

4. La clausola sociale contenuta nel disciplinare di gara va **formulata in maniera elastica e non rigida**, rimettendo all’operatore economico concorrente finanche la valutazione in merito all’assorbimento dei lavoratori impiegati dal precedente aggiudicatario. Infatti, solo se formulata in questi termini, la clausola sociale è conforme alle indicazioni della giurisprudenza amministrativa secondo la quale l’obbligo di mantenimento dei livelli occupazionali del precedente appalto va contemperato con la libertà d’impresa e con la facoltà in essa insita di organizzare il servizio in modo efficiente e coerente con la propria organizzazione produttiva, al fine di realizzare economie di costi da valorizzare a fini competitivi nella procedura di affidamento dell’appalto.

5. E’ da escludere che una clausola sociale possa consentire alla stazione appaltante di imporre agli operatori economici l’applicazione di un dato contratto collettivo ai lavoratori e dipendenti da assorbire.

6. La clausola sociale **non comporta alcun obbligo per l’impresa aggiudicataria** di assumere a tempo indeterminato ed in forma automatica e generalizzata, nonché alle medesime condizioni, il personale già utilizzato dalla precedente impresa o società affidataria, **ma solo che l’imprenditore subentrante salvaguardi i livelli retributivi dei lavoratori riassorbiti in modo adeguato e congruo**. Deve tuttavia ritenersi che **l’obbligo di garantire ai lavoratori già impiegati le medesime condizioni contrattuali ed economiche non sia assoluto né automatico**.

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

**CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 19 febbraio 2018 n. 1037**

**TAR CAMPANIA, NAPOLI, Sez. VIII, sentenza 15 dicembre 2017, n. 5911**

**Sull’obbligo del sopralluogo ad opera di tutte le raggruppande**

Secondo la prevalente giurisprudenza l'obbligo di eseguire il sopralluogo posto a carico dei soggetti partecipanti non può che riferirsi a ciascun concorrente del RTI e l'attestato di sopralluogo, la cui mancanza determina l'esclusione dalla gara, deve riferirsi a tutte le imprese partecipanti.

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

**TAR LAZIO – ROMA, SEZ. II – sentenza 6 marzo 2017 n. 3137**

**Sull’illegittimità dell’esclusione per mancanza del bollo sull’offerta**

1. L’inosservanza delle prescrizioni del bando o della lettera d’invito circa le modalità di presentazione delle offerte può implicare l’esclusione dalla gara, in assenza di espressa previsione al riguardo, solo quando si tratti di prescrizioni rispondenti ad un particolare interesse dell’Amministrazione appaltante o poste a garanzia della par condicio dei concorrenti.

2. Non può comportare l’esclusione dalla gara la inosservanza della prescrizione della lex specialis di gara, relativa alla presentazione dell’offerta economica su carta legale, con marca da bollo di € 16,00, la quale non è volta a garantire la par condicio dei concorrenti, ma è esclusivamente inerente all’obbligo di corrispondere il pagamento dell’imposta di bollo. Pertanto, nel caso di offerta priva del prescritto bollo, la P.A. appaltante non può procedere all’esclusione dell’offerta stessa, ma deve procedere piuttosto alla regolarizzazione ai sensi dell’articolo 19 del D.P.R. n. 642 del 1972.

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

**CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 5 marzo 2018 n. 1344**

**Sulla verifica “sostanzialistica” della sottoscrizione dell’offerta**

Il principio (costituzionale e comunitario) del *favor partecipationis* impone un’accezione sostanzialistica della funzione della sottoscrizione, senza che formalismi privi di effettiva utilità ai fini della gara ostino al corretto svolgimento della gara stessa ed al soddisfacimento dell’interesse pubblico primario, incentrato sulla scelta del contraente in grado di offrire il servizio di miglior qualità: la mancanza della sottoscrizione va, perciò, intesa secondo un criterio sostanziale, cioè, come mancanza assoluta e non come mancato rispetto di una modalità di apposizione della stessa, posto che solo in quel caso è inficiata la validità e la ricevibilità dell’offerta, senza la necessità di una espressa previsione escludente nel bando di gara.

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

**CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V, sentenza 21 giugno 2017, n. 3035**

**Sulla presentazione di un’offerta tecnica con numero di pagine superiore a quello prescritto**

Non può essere esclusa dalla gara la impresa concorrente che ha presentato la relazione illustrativa dell’offerta tecnica composta da un numero di pagine superiore a quello previsto dal bando, qualora tale inosservanza non sia da questo sanzionata espressamente con l’esclusione; in ogni caso tale prescrizione, ove esistesse, deve ritenersi nulla per violazione del principio di tassatività delle clausole di esclusione ex art. 46, comma 1-bis, d.lgs. n. 163 del 2006 (nella specie il capitolato speciale di appalto imponeva un limite di 30 pagine, mentre la relazione presentata era di 124 pagine).

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

**TAR LAZIO – ROMA, SEZ. II BIS – sentenza 6 marzo 2018 n. 2555**

**TAR CAMPANIA – SALERNO, SEZ. I, sentenza 6 aprile 2017, n. 664**

**Sull’ammissibilità di un’offerta tecnica mancante di alcune firme e timbri**

Non è illegittima l’ammissione ad una gara di appalto di una ditta la cui offerta tecnica non rechi i timbri e la sottoscrizione su alcune pagine, a nulla rilevando che la lex specialis preveda espressamente che l’offerta tecnica dovrà essere timbrata, e sottoscritta in ogni pagina con firma leggibile corredata dalla copia del documento di identità del legale rappresentante della ditta; tali carenze, infatti, non sono idonee a giustificare il provvedimento escludente, non pregiudicando, la mancata sottoscrizione di alcune pagine dell’offerta tecnica, la paternità della stessa, secondo quanto statuito, alla luce del principio di tassatività delle cause di esclusione, dall’art. 46, comma 1 bis, del d.lgs. n. 163/2006.

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

**TAR CALABRIA – CATANZARO, SEZ. I, sentenza 2 agosto 2017, n. 1252;**

**TAR PUGLIA – BARI, SEZ. III, sentenza 14 luglio 2017, n. 815;**

**TAR SICILIA – PALERMO, SEZ. III, sentenza 14 aprile 2017, n. 1025**

**Sull’ammissibilità di una modulistica alternativa al DGUE**

E’ legittima l’ammissione ad una gara indetta dalla P.A. (nella specie per l’affidamento di un appalto di servizi) di una ditta che, nel presentare la domanda di partecipazione, ha omesso di utilizzare il DGUE (documento di gara unico europeo), e che, tuttavia, ha presentato tutte le dichiarazioni e i documenti richiesti dal bando; infatti, il mancato utilizzo del DGUE non è previsto come causa di esclusione, a tal fine rilevando, ai sensi e nei limiti dell’art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016, solo il contenuto delle dichiarazioni in esso riportate.

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

**TAR LAZIO – ROMA, SEZ. II, sentenza 4 settembre 2017, n. 9536**

**Sull’illegittimità dell’esclusione in caso di mancata allegazione di un documento di identità all’offerta economica**

E’ illegittimo il provvedimento con il quale la Stazione appaltante ha escluso una ditta da una gara di appalto, motivato con riferimento alla omessa allegazione all’offerta della copia fotostatica del documento d’identità del legale rappresentante. Infatti, la mancata produzione di copia del documento di riconoscimento del legale rappresentante della ditta interessata non costituisce causa di esclusione, potendo ove del caso essere richiesta in sede di soccorso istruttorio; e ciò a maggior ragione ove la dichiarazione prodotta non possa ritenersi una dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà ai sensi degli artt. 46 e 47 d.P.R. 445 del 2000.

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

**TAR LAZIO – ROMA, SEZ. I quater – sentenza 4 ottobre 2017 n. 10031**

**Sull’esclusione per mancata allegazione del documento di identità all’offerta tecnica**

1. E’ legittimo il provvedimento di esclusione da una gara di appalto di una ditta che non ha allegato alla dichiarazione sostitutiva prescritta dalla *lex specialis* una copia del documento di identità del dichiarante, atteso che l’allegazione della copia del documento di identità rappresenta un elemento essenziale dell’offerta tecnica, in quanto elemento costitutivo dell’autocertificazione; questa, infatti, ai sensi dell’art. 38 comma 3, e degli artt. 46 e 47 del d.P.R. n. 445/2000 è considerata un requisito formale ad substantiam dell’autocertificazione stessa, in quanto consente di comprovare non solo le generalità del dichiarante, ma anche la riferibilità della dichiarazione stessa al soggetto dichiarante.

2. Nel caso di esclusione per mancata allegazione del documento di identità del dichiarante, non è sanzionata la mancanza tout court della copia del documento di identità (in ipotesi reperibile altrove o integrabile con il soccorso istruttorio), bensì la mancanza della “dichiarazione sostitutiva dell’atto di notorietà, presentata ai sensi dell’art. 47 del DPR 445/2000”, ossia di un elemento essenziale dell’offerta tecnica. Si tratta di una carenza sostanziale e non già di una incompletezza formale; carenza che, per espressa disposizione di legge (art. 83, comma 9, D.Lgs. n. 50/2016), non può essere sanata con il soccorso istruttorio, né con “l’utilizzo” del documento depositato nella busta contenente la documentazione amministrativa, come anche opinato dalla ricorrente.

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

**CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - sentenza 21 novembre 2017 n. 5392**

**Sulla necessaria separazione tra offerte tecniche e quelle economiche**

La separazione tra le fasi di valutazione dell'offerta tecnica e di quella economica, propria delle procedure di affidamento da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, è principio generale diretto a evitare che la commissione di gara sia influenzata nella valutazione dell'offerta tecnica dalla conoscenza di elementi dell'offerta economica, con la consequenziale esclusione dalla procedura del concorrente che abbia determinato tale sovrapposizione.

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

**CONS. STATO, SEZ. V, sentenza 11 gennaio 2018, n. 113**

**Sul principio di immodificabilità dell’offerta**

Nella materia degli appalti pubblici vige il principio generale della immodificabilità dell’offerta, che è regola posta a tutela della imparzialità e della trasparenza dell’agire della stazione appaltante, nonché ad ineludibile tutela del principio della concorrenza e della parità di trattamento tra gli operatori economici che prendono parte alla procedura concorsuale.

Nelle gare pubbliche è ammissibile un’attività interpretativa della volontà dell’impresa partecipante alla gara da parte della stazione appaltante, al fine di superare eventuali ambiguità nella formulazione dell’offerta, purché si giunga ad esiti certi circa la portata dell’impegno negoziale con essi assunti; evidenziandosi, altresì, che le offerte, intese come atto negoziale, sono suscettibili di essere interpretate in modo tale da ricercare l’effettiva volontà del dichiarante, senza peraltro attingere a fonti di conoscenza estranee all’offerta medesima né a dichiarazioni integrative o rettificative dell’offerente (Consiglio di Stato, IV, 6 maggio 2016 n. 1827).

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

**CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V, sentenza 14 novembre 2017, n. 5245**

**Sulla legittima esclusione in caso di offerta tecnica imprecisa**

Nelle gare di appalto, un’offerta formulata in modo impreciso (o vago, sommario, generico) non può che essere considerata inidonea – siccome affetta da un vizio che la rende inefficace (se non addirittura radicalmente invalida) – ad adempiere alla sua funzione; ciò a maggior ragione allorquando l’offerta venga formulata nell’ambito (e nel contesto) di una procedura concorsuale (id est: di una gara), e sia dunque destinata a costituire oggetto di una valutazione comparativa volta alla stesura di una graduatoria di merito

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

**TAR LOMBARDIA – MILANO, SEZ. IV – sentenza 20 novembre 2019 n. 2450**

**Sulla pubblicità delle operazioni di gara**

La regola generale della pubblicità della gara, segnatamente con riguardo al momento dell’apertura delle buste contenenti le offerte economiche, implica l’obbligo di portare preventivamente a conoscenza dei concorrenti il giorno, l’ora e il luogo della seduta della commissione di gara, in modo da garantire loro l’effettiva possibilità di presenziare allo svolgimento delle operazioni di apertura dei plichi pervenuti alla stazione appaltante. È pertanto illegittima la gara nel caso in cui le imprese partecipanti non abbiano avuto la preventiva comunicazione del giorno, dell’ora e del luogo della seduta della commissione di gara nel corso della quale si sarebbe effettuata l’apertura delle buste contenenti le offerte economiche.

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

**TAR PIEMONTE, SEZ. I – sentenza 2 luglio 2018 n. 803**

***Sulla legittimità dell’esclusione in caso di offerta pervenuta oltre l’orario previsto***

1. E’ legittima l’esclusione da una gara di appalto di una offerta che è pervenuta alla Stazione appaltante oltre il giorno e l’ora prescritti espressamente dalla *lex specialis*, essendo irrilevante la circostanza che la mancata consegna del plico contenente l’offerta e la documentazione di rito sia avvenuta a causa della rottura del veicolo del vettore di cui si è avvalso l’offerente, non potendo tale circostanza rientrare nelle ipotesi di caso fortuito o di forza maggiore.

2. E’ legittima la clausola della *lex specialis* secondo cui “il recapito del plico rimane ad esclusivo rischio del mittente qualora per qualsiasi motivo non giungesse a destinazione in tempo utile e all’indirizzo sopra indicato”. Tale clausola è infatti conforme alla delibera dell’A.N.A.C. n. 568 del 31 maggio 2017, con la quale si è chiaramente distinto quali rischi ricadano e quali no sul concorrente-mittente, utilizzando il criterio oggettivo della organizzazione di impresa: ove, infatti, il rischio che l’evento ha realizzato rientra nel novero dell’organizzazione del servizio esso ricade sul mittente mentre, ove riguardi eventi di forza maggiore o il fatto imprevedibile del terzo, il rischio non ricade sul mittente, il quale dovrà essere riammesso alla gara.

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

**CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 19 luglio 2018 n. 4395**

**Sull’illegittimità dell’esclusione per utilizzo di una modulistica diversa**

Nel campo degli appalti pubblici, non esiste alcuna norma di legge che consenta di sanzionare con l’esclusione il mancato utilizzo di un modulo predisposto dalla stazione appaltante per la redazione dell’offerta economica. D’altra parte la circostanza che la ditta interessata abbia trasmesso alla stazione appaltante invece che il file .pdf caricato a sistema una copia del detto file riprodotta mediante scanner o (il che è lo stesso) mediante stampante digitale denominata PDF CREATOR, dà luogo ad una mera irregolarità formale di per sé sola insufficiente a giustificarne l’esclusione dalla gara, vieppiù in assenza di una specifica clausola che prescrivesse di utilizzare esclusivamente l’originale vitando l’uso del documento scansionato o generato mediante stampante digitale.

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

**CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 10 ottobre 2019 n. 6904**

**Sul superamento della dicotomia aggiudicazione provvisoria e aggiudicazione definitiva**

1. L’art. 32 del d.lgs. n. 50 del 2016 – al fine di assicurare con la massima celerità la certezza delle situazioni giuridiche ed imprenditoriali – ha del tutto eliminato la tradizionale categoria della ‘aggiudicazione provvisoria’, ma distingue solo tra: a) la ‘proposta di aggiudicazione’, che è quella adottata dal seggio di gara, ai sensi dell’art. 32, co.5, e che ai sensi dell’art. 120, co. 2-bis ultimo periodo del codice del processo amministrativo non costituisce provvedimento impugnabile; b) la ‘aggiudicazione’ *tout court* che è il provvedimento conclusivo di aggiudicazione.

2. L’aggiudicazione fa sorgere in capo all’aggiudicatario una aspettativa alla stipulazione del contratto di appalto, che è *ex lege* subordinata all’esito positivo della verifica; nel contempo, il medesimo atto produce nei confronti degli altri partecipanti alla gara un effetto immediato, consistente nella privazione definitiva, salvo interventi in autotutela della stazione appaltante o altre vicende comunque non prevedibili né controllabili, del ‘bene della vita’ rappresentato dall’aggiudicazione della gara.

**SUL SOCCORSO ISTRUTTORIO**

**TAR PUGLIA – BARI, SEZ. I – sentenza 7 novembre 2019 n. 1453**

***Sulla natura perentoria del termine assegnato per il soccorso istruttorio***

Il termine assegnato dalla PA in sede di soccorso istruttorio deve essere considerato **perentorio**, in quanto ogni dilazione ulteriore rispetto a quella consentita dalla legge contrasterebbe con la necessità di un celere svolgimento della procedura di affidamento, che sarebbe irrimediabilmente soggetta all’inerzia dei concorrenti; una diversa conclusione determinerebbe la violazione della “*par condicio*” dei concorrenti, andando a premiare il comportamento di chi negligentemente abbia omesso di allegare la documentazione richiesta, anche a seguito di soccorso istruttorio, a scapito di quegli operatori, che, invece, hanno presentato una documentazione “ab origine” completa e regolare o che si sono immediatamente conformati alle richieste della Stazione appaltante.

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

**CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 5 aprile 2019 n. 2242**

***Sulla sanabilità con il soccorso istruttorio del PASS-OE***

Nelle gare di appalto, il PASS-OE, strumento elettronico che consente alla stazione appaltante di verificare l’operatore economico attraverso il sistema AVCpass, ha il valore di una dichiarazione, con la conseguenza che la sua mancata produzione in sede di gara integra una carenza documentale suscettibile di sanatoria mediante soccorso istruttorio.

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

**TAR CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. V – sentenza 8 gennaio 2020 n. 91**

***Sull’inapplicabilità del soccorso istruttorio alle carenze del contratto di avvalimento***

La carenza del contratto di avvalimento non è emendabile mediante il ricorso al c.d. “soccorso istruttorio” giacché quest’ultimo è volto solo a chiarire e a completare dichiarazioni o documenti comunque idonei e non può essere invocato qualora, in sede di gara, sia accertata la sostanziale inutilizzabilità di un requisito essenziale per la partecipazione.

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

**TAR PUGLIA – LECCE, SEZ. II – sentenza 16 ottobre 2019 n. 1598**

**Sulla sanabilità con il soccorso istruttorio di una cauzione provvisoria di importo parziale**

Deve ritenersi che la mancata presentazione della cauzione provvisoria ovvero la presentazione di una cauzione provvisoria invalida non costituisca causa di esclusione dalla procedura di aggiudicazione, ma irregolarità sanabile attraverso l’istituto del soccorso istruttorio.

La presentazione di una garanzia dimidiata, in quanto frutto di semplice errore nell’interpretazione della normativa di riferimento, non importa esclusione dell’offerente dalla gara, imponendo invece all’Amministrazione unicamente l’attivazione della procedura di soccorso istruttorio.

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

**CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 4 dicembre 2019 n. 8296**

***Sul soccorso istruttorio della cauzione provvisoria (solo se antecedente al bando)***

Anche in base al nuovo codice dei contratti pubblici, deve ritenersi che il soccorso istruttorio previsto ora dall’art. 83, comma 9 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, sia attivabile per eventuali carenze della cauzione provvisoria, nonché per la dichiarazione di impegno al rilascio della garanza definitiva, atteso che tali carenze costituiscono altrettante ipotesi di “carenze di elementi formali della domanda” ovvero ipotesi di “mancanza, incompletezza” o di “irregolarità essenziale” della documentazione allegata alla domanda di partecipazione (e, dunque, non dell’offerta economica o tecnica). Il soccorso istruttorio, però, va a buon fine – e l’operatore può restare in gara – **solo se la cauzione provvisoria presentata in sanatoria, come pure la dichiarazione di impegno alla prestazione di garanzia definitiva, siano di data anteriore al termine** per la presentazione delle domande di partecipazione.

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

**TAR MOLISE, SEZ. I – sentenza 17 dicembre 2018 n. 698**

***Sulla perentorietà del termine per il soccorso istruttorio***

E’ illegittima l’ammissione in gara di una ditta alla quale la P.A. ha accordato il c.d. soccorso istruttorio, nel caso in cui il relativo procedimento si sia protratto oltre il tempo massimo consentito dall’art. 83, comma 9, del Codice degli appalti pubblici (laddove si prescrive che la Stazione appaltante, ai fini del soccorso istruttorio, “assegna al concorrente un termine non superiore a dieci giorni” e “in caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara”), e, in particolare, ove la ditta interessata neppure nel termine differito, più lungo di giorni dieci, concesso dall’Amministrazione – peraltro inammissibilmente assegnato, in palese violazione dell’art. 83, comma 9, del Codice (che prevede la concessione di un termine “non superiore a dieci giorni”) – abbia ottemperato alla richiesta di integrazione dichiarativa; infatti, il termine per il compimento del soccorso istruttorio è necessariamente breve per almeno due ragioni: 1) per non intralciare né rallentare troppo la procedura di gara; 2) perché il soccorso istruttorio può riguardare modeste integrazioni documentali, non può servire a colmare vistose carenze delle offerte.

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

**SULLA GARA TELEMATICA**

**Cons. Stato, sez. III - sentenza 16 aprile 2019, n. 2493**

***Sulla sufficienza della firma digitale, anche in assenza di allegazione del documento di identità***

Dal combinato disposto dell’articolo 65, comma 1, lettera a) del Codice dell’amministrazione digitale e dell’articolo 77, comma 6, lettera b) del Codice dei contratti deriva che l’apposizione della firma digitale, a cagione del particolare grado di sicurezza e di certezza nell’imputabilità soggettiva che la caratterizza, sia di per sé idoneo a soddisfare i requisiti dichiarativi di cui al comma 3 dell’articolo 38 del d.P.R. 445 del 2000, anche in assenza dell’allegazione in atti di copia del documento di identità del dichiarante”.

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

**TAR LOMBARDIA – MILANO, SEZ. IV – sentenza 26 settembre 2019 n. 2016**

**Sull’apertura in seduta riservata delle offerte nelle gare telematiche**

Nelle procedure telematiche è ammessa l’apertura delle buste in seduta riservata e non in seduta pubblica, in quanto la procedura adottata rende tracciabile e stabile la documentazione di gara.

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

**TAR EMILIA ROMAGNA – BOLOGNA, SEZ. II – sentenza 15 novembre 2018 n. 863**

***Sulla derogabilità del principio di pubblicità per le gare telematiche***

Nelle procedure telematiche – le buste tecniche possono essere aperte in seduta riservata. Infatti, a) l’utilizzo di gare interamente telematiche comporta la “tracciabilità” di tutte le operazioni modifica anche l’approccio e la soluzione di eventuali commissioni formali-procedimentali; b) la correttezza e l’intangibilità risulta, in questo caso, garantita dal sistema, con esclusione di ogni rischio di alterazione nello svolgimento delle operazioni, anche in assenza dei concorrenti.

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

**TAR VALLE D’AOSTA, SEZ. I – sentenza 22 marzo 2019 n. 13**

***Sulla possibilità di nominare la Commissione anche dopo l’apertura delle buste recanti l’offerta tecnica (per le gare telematiche)***

La previsione delle Linee guida riflette il caso di gare svolte con metodo tradizionale, cioè con la presentazione di offerte in formato cartaceo; in questi casi la previsione dell’apertura da parte della commissione in seduta pubblica ha una sua giustificazione in esigenze di trasparenza, essendo possibili alterazioni e manomissioni del materiale cartaceo; a ben vedere, analoghe esigenze non si pongono o si pongono in modo molto meno pressante nel caso – quale è quello all’esame – di gare telematiche in cui i documenti di gara vengono caricati su una piattaforma telematica che permette di verificare *ex post* ogni accesso che vi sia stato alla documentazione. Se ci si muove in quest’ottica può ritenersi che la nomina della commissione in un momento successivo alla apertura delle buste (elettroniche) contenenti le offerte al fine di verificarne la integrità formale e la presenza dei documenti previsti dal bando non implichi alcun vizio della procedura.

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

**TAR PIEMONTE, SEZ. I – sentenza 7 gennaio 2020 n. 16**

**Sull’esclusione in caso di mancata sottoscrizione dell’offerta telematica**

Nelle gare di appalto, la sottoscrizione dell’offerta economica è rivolta non solo ad accertarne la provenienza e a garantire l’integrità del documento informatico ma anche a vincolare l’autore al contenuto del documento per assicurare la serietà, l’affidabilità e l’insostituibilità dell’offerta stessa. La mancanza di sottoscrizione dell’offerta economica, anche nelle gare telematiche, non è dunque regolarizzabile e dà luogo ad esclusione dalla gara.

**--------**

Secondo **l’orientamento maggioritario** la mancata sottoscrizione del documento contenente l’offerta economica non è sanabile mediante il ricorso all’istituto del soccorso istruttorio il quale, in virtù dell’articolo 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016, non può essere utilizzato per sanare le carenze degli elementi sostanziali dell’offerta economica, tra i quali rientra a pieno titolo, per le funzioni essenziali che essa spiega, la sottoscrizione, senza che sia necessaria un’espressa previsione nella *lex specialis* (Consiglio di Stato, sez. IV, 19 marzo 2015, n. 1425; T.A.R. Lazio – Roma, sez. III *quater*, 2 luglio 2019, n. 8605; sez. III ter, 22 dicembre 2015, n. 14451).

Secondo un altro orientamento la mancata sottoscrizione con firma digitale del documento contenente l’offerta economica è invece sanabile con il ricorso al soccorso istruttorio in quanto trattasi di sottoscrizione incompleta che non preclude la riconoscibilità della provenienza dell’offerta e non comporta un’incertezza assoluta sulla stessa (T.A.R. Sardegna, sez. I, 1 luglio 2019, n. 593.

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

**TAR LAZIO – ROMA, SEZ. III *quater* – sentenza 2 luglio 2019 n. 8605**

***Sulla necessità della firma digitale per le offerte***

Legittimamente è stata esclusa dalla gara di appalto una offerta nella quale non era presente la firma digitale, bensì la sola marcatura temporale; ed infatti mentre la marcatura temporale è un servizio specificamente volto ad associare data e ora certe e legalmente valide ad un documento informatico, consentendo, quindi, di attribuirgli una validazione temporale opponibile a terzi (cfr. d.lgs. n. 82 del 2005, art. 20, comma 3, cd. Codice dell’Amministrazione Digitale), solo la firma digitale è idonea al diverso ed ulteriore scopo di “rendere manifesta e di verificare la provenienza e l’integrità di un documento informatico” (art. 1 comma 1 lett. s) d.lgs. 82/2005), così che è palese la diversità delle funzioni attribuite a ciascuna di esse. Ne consegue che la mancata apposizione sul documento informatico costituente l’offerta economica della firma digitale, bensì della sola marcatura temporale, consente di attribuire certezza legale solo quanto a data e ora della relativa formazione, ma non anche a proposito della relativa provenienza ed integrità.

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

**TAR SARDEGNA, SEZ. I – sentenza 1 luglio 2019, n. 593**

***Sulla sanabilità della mancata apposizione della firma digitale***

Anche se in linea di massima l’omessa sottoscrizione dell’offerta comporta di regola l’esclusione dalla gara, deve tuttavia ammettersi la regolarizzazione in una gara telematica dell’omessa apposizione della firma digitale all’offerta nel caso in cui, in base alle circostanze concrete, l’offerta risulti con assoluta certezza riconducibile e imputabile a un determinato operatore economico

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

**TAR BASILICATA, SEZ. I – sentenza 11 ottobre 2019 n. 746**

***Sulla rilevanza della marcatura dell'offerta***

E’ legittima la clausola della *lex specialis* di una procedura di gara in forma telematica secondo cui le offerte economiche debbono essere inviate, a pena di esclusione, munite di apposita marcatura temporale; tale disposizione della *lex specialis* non può essere dichiarata nulla ai sensi dell’art. 83, comma 8, d.lg.vo n. 50/2016, in quanto **la marcatura temporale è un elemento costitutivo dell’offerta telematica** e da ciò discende che il successivo invio da parte della ricorrente dell’offerta telematica, priva di marcatura temporale, non può non essere sanzionato con l’esclusione della gara, anche perché – ai sensi dell’art. 83, comma 9, D.Lg.vo n. 50/2016 – le carenze delle offerte economiche non possono essere sanate con il soccorso istruttorio. La marcatura temporale “*è il risultato della procedura informatica che consente di dare certezza all’ora ed al minuto di chiusura dell’offerta*”.

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

**TAR PUGLIA – BARI, SEZ. II – sentenza 17 dicembre 2018 n. 1609**

***Sulla necessità di rispettare le norme tecniche nella predisposizione dei files (gara MEPA)***

La partecipazione alle gare gestite in forma telematico-informatica comporta la necessità di adempiere, con scrupolo e diligenza, alle prescrizioni di bando e alle norme tecniche rilevanti, come da manuale applicativo e da normativa sul punto vigente, nell’utilizzazione delle forme digitali, le cui regole (di necessaria osservanza, mettendosi altrimenti a repentaglio lo stesso funzionamento della procedura) *ex se* integrano *per relationem* la disciplina di gara e sono poste a garanzia di tutti i partecipanti; per cui l’inesatto o erroneo utilizzo, a contrario, rimane a rischio del partecipante.

La cooperativa ricorrente ha “tentato” di inserire nel sistema M.E.P.A. il file contenente l’offerta tecnica, non riuscendoci; tanto è accaduto, in realtà, perché errava nelle modalità di utilizzo dello strumento informatico-telematico, provando a inserire non un file pdf, accettato dal sistema, bensì un file word, in violazione del manuale applicativo del M.E.P.A., che richiede a tutti coloro che intendano utilizzare validamente la detta piattaforma di essere dotati del (comunissimo) applicativo che crea il formato pdf, che consente l’accesso degli atti al M.E.P.A.

Un principio fondamentale consolidato di tutte le procedure di gara, vede la necessità di produrre l’offerta tecnica e l’offerta economica in buste chiuse e separate, ossia, nel caso delle gare con modalità telematico-informatica, con **file pdf** (formato chiuso) e in finestra telematica separata, ossia **con caricamento (c.d. upload) distinto**.

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

**TAR FRIULI VENEZIA GIULIA, Sez. I - sentenza 27 maggio 2019, n. 229**

***Sull’illegittimità della previsione di inoltro delle offerte a mezzo pec***

Ai sensi dell’art. 40 del Codice Appalti: “A decorrere dal 18 ottobre 2018, le comunicazioni e gli scambi di informazioni nell’ambito delle procedure di cui al presente codice svolte dalle stazioni appaltanti sono eseguiti utilizzando mezzi di comunicazione elettronici.” Tuttavia tale obbligo non possa essere adempiuto utilizzando la posta elettronica certificata, e non mediante l’utilizzo di specifiche piattaforme elettroniche per la gestione della gara in modalità *e-procurement*.

Il Codice Appalti al comma 5 dell’art. 52 prevede l’obbligo per la Stazione Appaltante di garantire “che l’integrità dei dati e la riservatezza delle offerte e delle domande di partecipazione siano mantenute” e di esaminare “il contenuto delle offerte e delle domande di partecipazione soltanto dopo la scadenza del termine stabilito per la loro presentazione”.

Ne consegue l’illegittimità della gara, per avere la PA “palesemente violato il principio di segretezza delle offerte economiche, essendo prescritto che esse fossero inviate esclusivamente con posta elettronica certificata, senza nemmeno sistemi di cifratura atti a garantirne la segretezza”.

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

**TAR LAZIO – LATINA, SEZ. I – sentenza 20 settembre 2019 n. 551**

***Sull’esclusione per caricamento dell’offerta economica con la documentazione amministrativa***

In una gara svolta in forma telematica, **va esclusa l’offerta di una ditta nel caso in cui la produzione dell’offerta economica sia avvenuta unitamente alla documentazione amministrativa**; tale circostanza, infatti, ha fatto sì che il ribasso offerto dalla ditta in questione fosse astrattamente conoscibile oltre che da coloro che hanno preso parte alla seduta pubblica, anche da qualsiasi utente munito delle credenziali di autenticazione per operare sulla piattaforma, con possibilità di diffusione incontrollata che non consente di scongiurare il rischio di conoscibilità della stessa da parte dell’organo valutativo. Né diversamente rileva che il file informatico dell’offerta fosse protetto da un codice; circostanza che non potrebbe da sola escludere la possibilità di accedere al medesimo da parte di chiunque abbia avuto accesso alla documentazione di gara, una volta aperta la busta che la conteneva. In tal caso, quindi, essendo venuta meno l’imprescindibile garanzia di segretezza dell’offerta economica presentata, la ditta in questione va esclusa dalla gara.

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

**TAR CALABRIA – CATANZARO, SEZ. I – sentenza 14 maggio 2019 n. 908**

***Sul timing nelle gare telematiche***

Nelle gare celebrate in forma telematica il *timing* di gara indica all’impresa non solo il termine ultimo perentorio di “chiusura della busta”, **ma anche il periodo e relativo termine ultimo di upload**, da intendersi quale trasferimento dei dati sul server dell’Amministrazione appaltante idoneo a rendere “disponibile” l’offerta presentata. Tale deposito telematico, attuato nell’ambito di una procedura totalmente informatizzata, rappresenta lo speculare e indefettibile momento della (materiale) presentazione dell’offerta economica in una procedura di gara gestita con il tradizionale sistema dei plichi chiusi da recapitarsi a mezzo posta.

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

**SULLE COMPETENZE DEL R.U.P.**

**CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 26 ottobre 2018 n. 6082**

***Sulla presenza del RUP nella Commissione di gara***

Ai sensi dell’art. 77, comma 4, d.lgs. n. 50 del 2016, nelle procedure di evidenza pubblica, il ruolo di Responsabile unico del procedimento (Rup) può coincidere con le funzioni di commissario di gara o di presidente della commissione giudicatrice, a meno che non sussista la concreta dimostrazione dell’incompatibilità tra i due ruoli, desumibile da una qualche comprovata ragione di interferenza e di condizionamento tra gli stessi.

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

**CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 11 settembre 2019 n. 6135**

***Sull’incompatibilità dei commissari di gara***

1. Il fondamento della disposizione dell’art. 77, co. 4, del d.lgs. n. 50 del 2016 è quello per cui chi ha redatto la *lex specialis* non può essere componente della Commissione, costituendo il principio della separazione tra chi predisponga il regolamento di gara e chi è chiamato a concretamente applicarlo una regola generale posta a tutela della trasparenza della procedura, e dunque a garanzia del diritto delle parti ad una decisione adottata da un organo terzo ed imparziale mediante valutazioni il più possibile oggettive, e cioè non influenzate dalle scelte che l’hanno preceduta.

***Sulle competenze dei commissari di gara***

2. Il requisito delle competenze nello specifico settore cui si riferisce l’oggetto del contratto che i componenti della Commissione di gara debbono possedere va interpretato nel senso che la competenza ed esperienza richieste ai commissari debbono essere riferite ad aree tematiche omogenee, e non anche alle singole e specifiche attività oggetto del contratto.

***Sull’indicazione delle modalità di conservazione dei plichi***

3. Nelle gare pubbliche la mancata indicazione in ciascun verbale delle operazioni finalizzate alla custodia dei plichi non può tradursi, con carattere di automatismo, in effetto viziante della procedura di valutazione comparativa concorsuale, implicitamente collegandosi all’insufficienza della verbalizzazione il pregiudizio alla segretezza ed alla integrità delle offerte; ciò anche in ossequio al principio di conservazione dei valori giuridici, il quale porta ad escludere che l’atto deliberativo possa essere viziato per incompletezza dell’atto descrittivo delle operazioni materiali, tecniche ed intellettive ad esso preordinate, salvo i casi (nella fattispecie in esame neppure evidenziati) in cui puntuali regole dettate dall’Amministrazione indichino il contenuto essenziale del verbale; di conseguenza, ogni contestazione del concorrente, volta ad ipotizzare una possibile manomissione od esposizione a manomissione dei plichi, idonea a determinare un vulnus alla regolarità del procedimento di selezione del contraente, deve essere suffragata da circostanze ed elementi che, su di un piano di effettività ed efficienza causale, abbiano inciso sulla c.d. genuinità dell’offerta, che va preservata in corso di gara.

***Sul principio di continuità delle operazioni di gara***

4. Il **principio di continuità e concentrazione delle operazioni di** gara, seppure funzionale ad assicurare l’imparzialità, la trasparenza e la speditezza dell’azione amministrativa, ha un valore tendenziale, nel senso che deve tenere conto del numero delle offerte da giudicare, ovvero della complessità della valutazione.

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

**TAR CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. I – sentenza 11 marzo 2019 n. 1382**

***Sulla competenza a svolgere la verifica dell’anomalia***

In tema di verifica delle offerte anomale nelle gare di appalto, anche se la disciplina attuale (art. 97 del d.lgs. n. 50/2016), dispone genericamente che le operazioni di verifica spettano alla “stazione appaltante”, senza ulteriori specificazioni, deve ritenersi che sia il R.U.P. il titolare delle scelte, e se del caso delle valutazioni, in ordine alle offerte sospette di anomalia, che in tale fase interviene ad esercitare la propria funzione di verifica e supervisione sull’operato della commissione.

L’art. 31 del vigente Codice dei contratti pubblici, oltre a indicare alcuni specifici compiti del R.U.P., delinea la sua competenza in **termini residuali** precisando che “quest’ultimo, svolge tutti i compiti relativi alle procedure di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione previste dal presente codice, che non siano specificatamente attribuiti ad altri organi o soggetti”.

Tra i **compiti espressamente attribuiti alla commissione giudicatrice** di cui all’art. 77 **non figura la verifica dell’anomalia dell’offerta**, ragione per cui deve ritenersi che, anche nel novellato quadro normativo, tale attività rientri nella competenza del R.U.P.

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

**TAR LOMBARDIA – MILANO, SEZ. IV – sentenza 21 giugno 2019 n. 1443**

***Sulla competenza del RUP a definire il giudizio di anomalia***

Illegittimamente il giudizio sull’anomalia dell’offerta è stato espresso in via autonoma dalla commissione di gara, in spregio alla competenza riconosciuta invece a livello legislativo (v. gli articoli 31 e 77 del codice dei contratti pubblici) al RUP. Sussiste infatti in capo a quest’ultimo organo il potere di valutazione della congruità delle offerte, salvo l’eventuale supporto della commissione di gara, che si pone però quale soggetto ausiliario del RUP stesso.

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

**TAR PUGLIA – LECCE, SEZ. II – sentenza 11 novembre 2019 n. 1740**

***Sulla competenza del Rup a disporre l’esclusione***

Legittimamente il responsabile unico del procedimento (RUP) adotta nel corso di una gara un atto di esclusione di una ditta, senza riconvocare la Commissione di gara allorchè l’esclusione non comporti alcuna valutazione tecnico-discrezionale; invero, ai sensi dell’art. 31 D. Lgs. 50/2016, il RUP è organo a competenza generale nella procedura di gara. Lo stesso, ai sensi del comma 3 della disposizione appena citata “svolge tutti i compiti relativi alle procedure di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione previste dal presente codice, che non siano specificamente attribuiti ad altri organi o soggetti”.

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

**TAR SICILIA – CATANIA, SEZ. I – sentenza 14 ottobre 2019 n. 2377**

***Sull’incompatibilità del RUP a componente commissione di gara***

1. Il fondamento ultimo di razionalità della disposizione dell’art. 77, co. 4, del D.lgs. n. 50/2016 è quello per cui chi ha redatto la *lex specialis* non può essere componente della Commissione, costituendo il principio della separazione tra chi predisponga il regolamento di gara e chi è chiamato a concretamente applicarlo, una regola generale posta a tutela della trasparenza della procedura, e dunque a garanzia del diritto delle parti ad una decisione adottata da un organo terzo ed imparziale mediante valutazioni il più possibile oggettive, cioè non influenzate dalle scelte che l’hanno preceduta.

2. Sussiste una situazione di incompatibilità sostanziale nel caso in cui il presidente della Commissione è stato il R.U.P., ha partecipato alla elaborazione degli atti di gara e del capitolato speciale, da lui approvato, e ha nominato la Commissione, indicando se stesso quale presidente.

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

**TAR LAZIO – ROMA, SEZ. II – sentenza 22 febbraio 2019 n. 2420**

***Sulla partecipazione del Rup alla Commissione (in caso di prezzo più basso)***

Poiché l’art. 77, comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016 dispone che: “I commissari non devono aver svolto né possono svolgere alcun’altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta. La nomina del RUP a membro delle commissioni di gara è valutata con riferimento alla singola procedura”, è evidente che **non sussiste una generale incompatibilità tra le due figure di RUP e commissario**, ma deve **di volta in volta** aversi riguardo alla singola gara; in particolare, nel caso di procedura negoziata, da aggiudicarsi con il criterio del minor prezzo, poiché la discrezionalità in capo alla Commissione non sussiste, non si ravvisano in concreto ragioni di incompatibilità.

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

**TAR EMILIA ROMAGNA – BOLOGNA, SEZ. II – sentenza 15 novembre 2018 n. 863**

***Sulla possibilità della nomina del RUP quale Presidente della Commissione di gara***

La norma dell’art. 77 prima parte del d.lgs. 50/2016, sulla nomina delle commissioni di gara, è destinata a valere solo “a regime”, ovvero dopo che sarà stato creato l’Albo dei commissari, che ancora non esiste. Fino alla sua istituzione, ai sensi del comma 12, la commissione continua ad essere nominata dall’organo della stazione appaltante competente ad effettuare la scelta del soggetto affidatario del contratto, secondo regole di competenza e trasparenza preventivamente individuate da ciascuna stazione appaltante. In tal senso, il cumulo delle funzioni di RUP e di Presidente della commissione di gara non lede le regole di imparzialità, come ritenuto da costante giurisprudenza, che argomenta in termini di principio, e non con riguardo ad una specifica disciplina delle gare, e quindi si deve ritener condivisibile anche nel vigore della nuova normativa.

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

**TAR VENETO, SEZ. I – sentenza 4 novembre 2019 n. 1186**

***Sulla competenza dei Commissari di gara***

Il principio dell’art. 77, comma 1, del D.Lgs. n. 50 del 2016 secondo cui i membri della commissioni di gara devono essere provvisti di specifica e documentata esperienza di settore rapportata alla peculiarità della gara da svolgere costituisce espressione di un principio generale del codice ed è quindi applicabile a tutti i contratti pubblici. In base a tale principio la legittima composizione della commissione presuppone solo la prevalente, seppure non esclusiva, presenza di membri esperti del settore oggetto dell’appalto.

La competenza ed esperienza richieste ai commissari di gara dall’art. 77, comma 1, del D.Lgs. n. 50 del 2016 deve essere riferita ad aree tematiche omogenee, e non anche alle singole e specifiche attività oggetto dell’appalto. Il requisito in questione deve essere inteso in modo coerente con la poliedricità delle competenze spesso richieste in relazione alla complessiva prestazione da affidare, non solo tenendo conto, secondo un approccio formale e atomistico, delle strette professionalità tecnico settoriali implicate dagli specifici criterî di valutazione, la cui applicazione sia prevista dalla *lex specialis*, ma considerando, secondo un approccio di natura sistematica e contestualizzata, anche le professionalità occorrenti a valutare sia le esigenze dell’Amministrazione, alla quale quei criteri siano funzionalmente preordinati, sia i concreti aspetti gestionali ed organizzativi sui quali gli stessi siano destinati ad incidere.

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

**CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 30 ottobre 2019 n. 7446**

***Sulla competenza dei commissari di gara***

La competenza della Commissione può ritenersi concretamente soddisfatta allorché **due dei suoi tre componenti** siano portatori di una specifica competenza nel settore in cui il singolo appalto si riferisce ed il terzo membro vanti comunque una competenza tecnica generale in materia di pubbliche gare.

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

**CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 7 gennaio 2020 n. 83**

***Sulla competenza dei commissari di gara***

L’art. 77 d.lgs. n. 50 del 2016 (secondo cui, in caso di gara da aggiudicarsi secondo il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, la valutazione delle offerte è rimessa a commissari «esperti nello specifico settore cui afferisce l’oggetto del contratto»; v. nello stesso senso, già l’art. 84, comma 2, d.lgs. n. 163 del 2006) va interpretato nel senso che, da un lato, la legittima composizione della commissione presuppone solo la prevalente, seppure non esclusiva, presenza di membri esperti del settore oggetto dell’appalto; dall’altro che il requisito enunciato debba essere inteso in modo coerente con la poliedricità delle competenze richieste in relazione alla complessiva prestazione da affidare, considerando anche, secondo un approccio di natura sistematica e contestualizzata, le professionalità occorrenti a valutare sia le esigenze dell’amministrazione sia i concreti aspetti gestionali ed organizzativi sui quali i criteri valutativi siano destinati ad incidere.

Ai fini del possesso del requisito della esperienza professionale dei componenti della commissione di gara non è in proposito necessario che l’esperienza professionale di ciascun componente copra tutti gli aspetti oggetto della gara, potendosi le professionalità dei vari membri integrare reciprocamente, in modo da completare ed arricchire il patrimonio di cognizioni della commissione, purché idoneo, nel suo insieme, ad esprimere le necessarie valutazioni di natura complessa, composita ed eterogenea.

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

**TAR SICILIA – PALERMO, SEZ. II – sentenza 8 novembre 2019 n, 2573**

***Sulla sufficienza del giudizio finale della Commissione***

In assenza di un espresso obbligo di specifica verbalizzazione imposto dal disciplinare di gara, non vi è ragione per derogare dal principio generale secondo il quale gli apprezzamenti dei commissari sono destinati ad essere assorbiti nella decisione collegiale finale, costituente momento di sintesi della comparazione e composizione dei giudizi individuali; mentre la separata enunciazione dei punteggi attribuiti dai singoli Commissari assume valore di formalità interna relativa ai lavori della Commissione esaminatrice – i cui giudizi, ai fini della verbalizzazione e della pubblicità esterna, sono sufficientemente documentati con la sola attribuzione del voto complessivo finale (2).

***Sull’esperienza dei Commissari di gara***

Nell’ambito delle commissioni di gara. il requisito della prevalenza di esperti nello specifico settore cui attiene l’oggetto del contratto deve essere inteso in modo coerente con la poliedricità delle competenze spesso richieste in relazione alla complessiva prestazione da affidare, non solo tenendo conto, secondo un approccio formale e atomistico, delle strette professionalità tecnico settoriali implicate dagli specifici criteri di valutazione, la cui applicazione sia prevista dalla lex specialis, ma considerando, secondo un approccio di natura sistematica e contestualizzata, anche le professionalità occorrenti a valutare sia le esigenze dell’Amministrazione, alla quale quei criteri siano funzionalmente preordinati, sia i concreti aspetti gestionali ed organizzativi sui quali gli stessi siano destinati ad incidere.

Il requisito della prevalenza di esperti nello “specifico settore cui si riferisce l’oggetto del contratto” va inteso nel senso che la competenza ed esperienza richieste ai commissari debba essere riferita ad aree tematiche omogenee, e non anche alle singole e specifiche attività oggetto dell’appalto.

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

**SULL’ACCESSO AGLI ATTI DI GARA**

**CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 2 agosto 2019 n. 5503**

**Sulle (tre) tipologie di accesso ai documenti amministrativi (e agli atti di gara)**

1. L’accesso ai documenti in possesso delle PP.AA. è attualmente regolato da tre diversi sistemi, ciascuno caratterizzato da propri presupposti, limiti ed eccezioni: a) l’accesso documentale *ex* artt. 22 e seg. legge 7 agosto 1990, n. 241; b) l’accesso civico ai documenti oggetto di pubblicazione, già regolato dal d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33; c) l’accesso civico generalizzato, introdotto dalle modifiche apportate a quest’ultimo impianto normativo dal d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97.

2. Nei rapporti reciproci tra i tre tipi di accesso, ciascuno opera nel proprio ambito, sicché non vi è assorbimento dell’una fattispecie in un’altra; e nemmeno opera il principio dell’abrogazione tacita o implicita ad opera della disposizione successiva nel tempo (art. 15 disp. prel. al cod. civ.).

3. Nel caso in cui l’opzione dell’istante sia espressa per un determinato modello di accesso, resta precluso alla P.A. – fermi i presupposti di accoglibilità dell’istanza – di diversamente qualificare l’istanza stessa al fine di individuare la disciplina applicabile; in correlazione, l’opzione preclude al privato istante la conversione in sede di riesame o di ricorso giurisdizionale. Un tale rigore resta peraltro di fatto temperato dall’ammissibilità della presentazione cumulativa di un’unica istanza, ai sensi di diverse discipline, con evidente aggravio per l’amministrazione (del quale l’interprete non può che limitarsi a dare atto), dal momento che dovrà applicare e valutare regole e limiti differenti. Nulla infatti, nell’ordinamento, preclude il cumulo di differenti istanze di accesso.

4. Nell’ordinamento vigente **sussiste l’esclusione assoluta della disciplina dell’accesso civico generalizzato in riferimento agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici.** Tale esclusione consegue non ad incompatibilità morfologica o funzionale, ma al rapporto positivo tra norme, che non è compito dell’interprete variamente atteggiare, richiedendosi allo scopo, per l’incidenza in uno specifico ambito di normazione speciale, un intervento esplicito del legislatore.

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

**TAR LOMBARDIA – MILANO, SEZ. I – sentenza 16 maggio 2019 n. 1121**

***Sull’accesso agli atti di gara e all’offerta e sulle possibili limitazioni, anche modali***

1. In tema di accesso agli atti della P.A., la necessità di coniugare il diritto alla trasparenza con l’esigenza di non pregiudicare, attraverso un improprio esercizio del diritto di accesso, il buon andamento dell’Amministrazione, è soddisfatto laddove nell’istanza siano individuati gli atti in modo sufficientemente preciso e circoscritto, in modo da evitare che quest’ultima sia costretta a compiere un’attività di ricerca e di elaborazione.

2. In tema di accesso agli atti di una gara di appalto, la lettera a) del quinto comma dell’art. 53 D.Lgs. n. 50/2016, esclude dall’esercizio del diritto di accesso le informazioni fornite nell’ambito dell’offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell’offerente, segreti tecnici o commerciali. In particolare, ciò che viene sottratto dall’accesso, non è l’offerta nel suo complesso, quanto invece, la sola parte che contiene informazioni che costituiscono segreti tecnici o commerciali.

3. E’ illegittimo il diniego di accesso ad una offerta presentata in gara che si fonda sulle affermazioni dell’impresa interessata volte a comprovare la sussistenza di “segreti tecnici o commerciali” allorché **le affermazioni stesse siano apodittiche, generiche, e pertanto, non minimamente motivate, laddove invece, l’esclusione dall’accesso presuppone la puntuale dimostrazione che le informazioni richieste siano coperte dal segreto**.

4. Nel caso in cui alcune informazioni contenute nei documenti oggetto della domanda di accesso siano da ritenere riservate, in ogni caso le stesso possono essere tutelate non già negando in toto il rilascio della copia dei documenti, ma con il parziale oscuramento dei relativi atti, mediante cancellature od omissis, su richiesta della impresa interessata.

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

**TAR CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. VI – sentenza 15 ottobre 2019 n. 4912**

***Sul diritto di accesso dell’impresa esclusa alla documentazione amministrativa e non all’offerta***

1. Ai fini dell’accesso agli atti, colui che chiede i documenti deve poter vantare un interesse che, oltre ad essere serio e non emulativo, rivesta carattere “personale e concreto”, ossia ricollegabile alla persona dell’istante da uno specifico rapporto. In sostanza, occorre che il richiedente intenda poter supportare una situazione di cui è titolare, che l’ordinamento stima di sua meritevole tutela, con la conseguenza che è necessario che il richiedente dimostri che, in virtù del proficuo esercizio del diritto di accesso agli atti e/o documenti amministrativi, verrà inequivocabilmente a trovarsi “titolare” di “poteri, volti in senso strumentale alla tutela di altri interessi giuridicamente rilevanti, che vengano a collidere o comunque a intersecarsi con l’esercizio di pubbliche funzioni e che travalichino la dimensione processuale di diritti soggettivi o interessi legittimi, la cui azionabilità diretta prescinde dal preventivo esercizio del diritto di accesso, così come l’esercizio del secondo prescinde dalla prima.

2. Sussiste la titolarità di un interesse diretto, concreto e attuale di una impresa che ha partecipato alla gara e che dalla stessa è stata esclusa ad accedere alla sola documentazione amministrativa della procedura di gara, in quanto ad essa ha preso parte sebbene poi ne sia stata esclusa. In tal caso, invece, l’impresa stessa non ha diritto a conoscere l’offerta tecnica ed economica dell’aggiudicataria.

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

**TAR ABRUZZO – PESCARA, SEZ. I – sentenza 12 novembre 2019 n. 271**

***Sul diritto di accesso a tutti gli atti di gara da parte di un operatore del settor****e*

Sussiste, in capo ad una impresa edile che ha comprovato: a) di essere operante nel settore, b) di essere dotata di certificazione SOA, c) di essere regolarmente iscritta negli Elenchi degli Operatori Economici formati dal Dipartimento Opere Pubbliche della Regione e che, in un quinquennio, pur avendone fatto formale richiesta, non è mai stata invitata da una P.A. appaltante a partecipare a procedure di evidenza pubblica, la legittimazione ad agire e il diritto di accedere a tutti gli atti della stessa P.A. aventi ad oggetto tutte le procedure di selezione del contraente e di aggiudicazione di lavori e opere al di sopra ed al di sotto della soglia di 40.000,00 euro, sia dei lavori e delle opere di somma urgenza, sia dei lavori di affidamento diretto avviati dall’Ente stesso per un determinato periodo (nella specie, nel periodo dal 2015-2019); in tal caso, infatti, l’interesse fatto valere dall’accedente è meritevole di tutela, in quanto teso a verificare con quali modalità e rispetto a quali procedure siano state individuate le ditte da invitare alle procedure di selezione per l’affidamento diretto di lavori, per un arco di tempo determinato, nonché per una data tipologia di procedure di minimo importo.

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

**TAR VENETO, SEZ. I – sentenza 31 dicembre 2019 n. 1417**

**Sull’ammissibilità dell’accesso anche agli atti inoppugnabili**

1. L’eventuale decorso del termine per impugnare gli atti di una procedura di gara non esclude di per sé la configurabilità dell’interesse all’accesso, dal momento che non spetta all’amministrazione che detiene il documento valutare le modalità di tutela dell’interesse del richiedente e negare l’accesso per il caso in cui ritenga talune di esse non più praticabili; è solo del privato richiedente, una volta ottenuto il documento, la decisione sui rimedi giurisdizionali da attivare ove ritenga lesa la sua situazione giuridica soggettiva e se per taluni di essi (o per quelli unicamente esperibili) siano già spirati i termini di decadenza (o, eventualmente, di prescrizione) l’eventuale pronuncia di inammissibilità non può, certo, essere anticipata dall’amministrazione destinataria della richiesta di accesso allo scopo di negare l’ostensione del documento.

**Sulla decorrenza del termine per impugnare in caso di diniego di accesso agli atti di gara**

2. Nel caso in cui la stazione appaltante rifiuti illegittimamente l’accesso, o tenga comportamenti dilatori che non consentano l’immediata conoscenza degli atti di gara, il termine non inizia a decorrere e il potere di impugnare dell’interessato pregiudicato da tale condotta amministrativa non si “consuma”; in questo caso il termine di impugnazione comincia a decorrere solo a partire dal momento in cui l’interessato stesso abbia avuto cognizione degli atti della procedura.

**VARIE**

**CONSIGLIO DI STATO, ADUNANZA PLENARIA – sentenza 21 maggio 2019 n. 8**

**Sulla prevalenza del criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa**

Gli appalti di servizi ad alta intensità di manodopera ai sensi degli artt. 50, comma 1, e 95, comma 3, lett. a), del codice dei contratti pubblici sono comunque aggiudicati con il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo, quand’anche gli stessi abbiano anche caratteristiche standardizzate ai sensi del comma 4, lett. b), del medesimo codice.

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

**CGARS, SEZ. GIURISDIZIONALE – sentenza 21 ottobre 2019 n. 917**

**Sui presupposti per la revoca dell’aggiudicazione**

1. Un’esegesi dell’art. 21-quinquies della l. n. 241 del 1990 (come modificato dall’art. 25, comma 1, lett. b-ter, d.l. n. 133 del 2014) in tema di revoca degli atti amministrativi induce a ritenere che: a) la revisione dell’assetto di interessi recato dall’atto originario dev’essere preceduta da un confronto procedimentale con il destinatario dell’atto che si intende revocare; b) non è sufficiente, per legittimare la revoca, un ripensamento tardivo e generico circa la convenienza dell’emanazione dell’atto originario; c) le ragioni addotte a sostegno della revoca devono rivelare la consistenza e l’intensità dell’interesse pubblico che si intende perseguire con il ritiro dell’atto originario; d) la motivazione della revoca dev’essere profonda e convincente, nell’esplicitare, non solo i contenuti della nuova valutazione dell’interesse pubblico, ma anche la sua prevalenza su quello del privato che aveva ricevuto vantaggi dal provvedimento originario a lui favorevole.

2. Il ritiro dell’atto di aggiudicazione legittima postula la sopravvenienza di ragioni di interesse pubblico (o una rinnovata valutazione di quelle originarie) particolarmente consistenti e preminenti sulle esigenze di tutela del legittimo affidamento ingenerato nell’impresa che ha diligentemente partecipato alla gara, rispettandone le regole e organizzandosi in modo da vincerla, ed esige, quindi, una motivazione particolarmente convincente circa i contenuti e l’esito della necessaria valutazione comparativa dei predetti interessi.

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

**TAR SICILIA – CATANIA, SEZ. I – sentenza 24 dicembre 2019 n. 3077**

***Sul principio dell’invarianza della soglia***

Il principio di invarianza della soglia di anomalia o c.d. blocco della graduatoria (oggi sancito dall’art. 95, co. 15, del d.lgs. n. 50/2016, secondo cui “Ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l’individuazione della soglia di anomalia delle offerte”), si applica soltanto a partire dal momento della aggiudicazione definitiva.

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

**TAR SICILIA – CATANIA, SEZ. I – sentenza 24 dicembre 2019 n. 3075**

***Sul principio dell’invarianza della soglia***

La cristallizzazione dell’offerta, prevista dall’art. 95, comma 15, del d.lgs. n. 50/2016 (secondo cui “Ogni variazione che intervenga anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l’individuazione della soglia di anomalia delle offerte“), intende evitare che la stazione appaltante debba retrocedere la procedura fino alla determinazione della soglia di anomalia delle offerte, cioè della soglia minima di utile al di sotto della quale l’offerta si presume senz’altro anomala, con l’inconveniente del conseguente prolungamento dei tempi della gara e del dispendio di risorse umane ed economiche.

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

**TAR LAZIO – ROMA, SEZ. III QUATER – sentenza 14 ottobre 2019 n. 11806**

***Sul potere di non aggiudicare la gara***

1. L’art. 95, comma 12, del d.lgs. n. 50/2016 consente alla stazione appaltante “di non procedere all’aggiudicazione se nessuna offerta risulti conveniente o idonea in relazione all’oggetto del contratto”; la valutazione di non convenienza o non idoneità della offerta, cui fa riferimento la citata norma, ha natura latamente discrezionale e non implica la carenza assoluta dei requisiti richiesti, potendo a tal fine essere sufficiente anche una valutazione puntuale e motivata di manifesta inadeguatezza o insufficienza delle caratteristiche tecniche dell’offerta presentata.

2. E’ legittimo il provvedimento con il quale la P.A. appaltante ha qualificato l’offerta dell’unica impresa presente in gara come “complessivamente insufficiente e non rispondente ai contenuti tecnici previsti dal Capitolato” e – ai sensi dell’art. 95, comma 12, del d.lgs. n. 50/2016 – ha deliberato di non procedere all’aggiudicazione, considerando l’offerta stessa non conveniente o idonea in relazione all’oggetto del contratto.

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

**SUGLI ONERI DI SICUREZZA AZIENDALE E SUI COSTI DELLA MANODOPERA**

**CORTE DI GIUSTIZIA U.E., SEZ. IX – sentenza 2 maggio 2019 (causa C‑309/18)**

***Sulla compatibilità dell’art. 95, comma 10, del cdc (relativo ai costi della sicurezza) con il diritto comunitario e sui limitati casi di possibilità di richiesta di chiarimenti***

I principi della certezza del diritto, della parità di trattamento e di trasparenza, quali contemplati nella direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a una normativa nazionale, come quella oggetto del procedimento principale, secondo la quale la mancata indicazione separata dei costi della manodopera, in un’offerta economica presentata nell’ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico**, comporta l’esclusione della medesima offerta senza possibilità di soccorso istruttorio**, **anche nell’ipotesi** in cui l’obbligo di indicare i suddetti costi separatamente **non fosse specificato nella documentazione della gara d’appalto**, sempreché tale condizione e tale possibilità di esclusione siano chiaramente previste dalla normativa nazionale relativa alle procedure di appalti pubblici espressamente richiamata in detta documentazione. Tuttavia, **se le disposizioni della gara d’appalto non consentono agli offerenti di indicare i costi in questione** nelle loro offerte economiche, i principi di trasparenza e di proporzionalità devono essere interpretati nel senso che essi **non ostano alla possibilità di consentire agli offerenti di sanare la loro situazione** e di ottemperare agli obblighi previsti dalla normativa nazionale in materia entro un termine stabilito dall’amministrazione aggiudicatrice.

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

**TAR CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. III – sentenza 16 ottobre 2019 n. 4930**

***Sulla doverosa indicazione dei costi della manodopera e aziendali***

L’art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50 del 2016 (a tenore del quale: “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 …”) va interpretato nel senso che, anche in difetto di espressa previsione della lex specialis, l’omessa indicazione separata nell’offerta dei costi della manodopera comporta l’esclusione delle imprese partecipanti alla gara, ancorchè il disciplinare precisi che il concorrente, a pena di esclusione, era tenuto a dichiarare unicamente: “3) l’importo degli oneri di sicurezza aziendali ai sensi dell’art. 95 del d.lgs. 50/2016” e sia stato previsto che “b) ai sensi dell’art. 95, comma 10 del D.lgs 50/2016, i costi interni aziendali per la sicurezza del lavoro, obbligatori a pena di esclusione sono pari ad € …….”.

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

**TAR LAZIO – ROMA, SEZ. III *bis* – sentenza 25 ottobre 2019 n. 12323**

***Sull’esclusione per omessa indicazione dei costi della manodopera e degli oneri di sicurezza interni***

In conformità a quanto affermato dalla Corte di giustizia U.E., va disposta l’esclusione dalla gara, ai sensi dell’art. 95, comma 10, del D.Lgs. n. 50/2016, nel caso in cui nell’offerta economica l’operatore non abbia indicato i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l’adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro.

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

**TAR LOMBARDIA – MILANO, SEZ. IV – sentenza 5 novembre 2019 n. 2306**

***Sull’indicazione dei costi della manodopera***

La mancata indicazione nell’offerta dei costi della manodopera, così come prescrive l’articolo 95, comma 10, D.Lgs. n. 50/2016, comporta l’esclusione dalla gara. Infatti: a) i costi della manodopera costituiscono elemento essenziale dell’offerta, in quanto la loro indicazione consente di verificare la salvaguardia dei livelli retributivi minimi dei lavoratori; b) la mancata quantificazione del costo della manodopera rende incompleta l’offerta, senza che sia possibile attivare il soccorso istruttorio, non trattandosi della carenza di meri elementi formali della domanda di partecipazione; c) trattandosi di norma imperativa, l’articolo 95, comma 10, D.Lgs. n. 50/2016 va ad eterointegrare la lex specialis di gara, rendendo vigente e cogente l’obbligo anche ove non espressamente previsto.

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

**CGA, SEZ. GIURISDIZIONALE – sentenza 16 luglio 2019 n. 683**

***Sugli oneri di sicurezza interna e sui costi della manodopera negli appalti sotto-soglia***

**Anche agli appalti sotto-soglia è applicabile il principio dell’art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50 del 2016, secondo cui gli oneri di sicurezza e il costo della manodopera devono essere espressamente indicati in sede di offerta, con la conseguenza che la mancata ottemperanza a tale obbligo legale comporta necessariamente l’esclusione dalla gara perché la loro omessa evidenziazione non è un’omissione formale, ma integra la violazione sostanziale della prescrizione di legge.**

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

**TAR LOMBARDIA – MILANO, SEZ. IV – sentenza 9 settembre 2019 n. 1955**

***Sui costi della manodopera e sull’illegittimità della separata indicazione***

1. I costi della manodopera costituiscono elemento essenziale dell’offerta, in quanto la loro indicazione consente di verificare la salvaguardia dei livelli retributivi minimi dei lavoratori; deve pertanto ritenersi che la mancata quantificazione del costo della manodopera renda incompleta l’offerta, senza che sia possibile attivare il soccorso istruttorio non trattandosi della carenza di meri elementi formali della domanda di partecipazione. L’articolo 95, comma 10, D.Lgs. n. 50/2016, che prevede detta quantificazione, costituendo che norma imperativa, va a eterointegrare la lex specialis di gara, rendendo vigente e cogente l’obbligo anche ove non espressamente previsto.

2. E’ illegittima l’aggiudicazione nel caso in cui la impresa aggiudicataria **abbia indicato separatamente in offerta solamente i costi della manodopera tecnica** impiegata nella commessa, mentre i costi del personale amministrativo siano stati inseriti nella voce “spese generali”; in tal modo, infatti, l’aggiudicataria ha apertamente violato la disposizione contenuta nell’articolo 95, comma 10, del D.Lgs. n. 50/2016, a mente del quale il concorrente nell’offerta economica deve indicare, tra l’altro, i propri costi della manodopera.

3. Invero, il fatto che una parte di questi costi (segnatamente, quelli del personale amministrativo) sia stata inserita, insieme ad altre voci di costo, in una categoria più generale, equivale a non averli indicati, perché la norma presuppone un’indicazione separata di modo da consentire un controllo da parte della stazione appaltante sul rispetto dei minimi retributivi.

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

**TAR CAMPANIA – SALERNO, SEZ. I – sentenza 25 ottobre 2019 n. 1839**

**Sul giudizio di anomalia**

1. Nelle gare di appalto, il giudizio sull’anomalia delle offerte presentate, oltre ad avere natura globale e sintetica sulla serietà delle stesse nel loro complesso, è ampiamente discrezionale e sindacabile solo in caso di manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza, con la conseguenza che il giudice amministrativo può sindacare le valutazioni della P.A. sotto il profilo della logicità, ragionevolezza ed adeguatezza dell’istruttoria, ma non procedere ad una autonoma verifica della congruità dell’offerta e delle singole voci, con conseguente invasione della sfera propria della P.A.. Tale giudizio, dunque, mira, nello specifico, ad accertare in concreto che la proposta economica risulti nel suo complesso attendibile in relazione alla corretta esecuzione dell’appalto, né le singole operazioni valutative ad esse sottostanti possono essere sostituite e ripetute in sede giurisdizionale.

2. In sede di verifica della offerte sospettate di essere anomale, l’esame delle giustificazioni prodotte dai concorrenti, a dimostrazione della non anomalia della propria offerta, rientra nella discrezionalità tecnica della P.A., con la conseguenza che soltanto in caso di macroscopiche illegittimità, quali gravi ed evidenti errori di valutazione oppure valutazioni abnormi o inficiate da errori di fatto, il giudice di legittimità può esercitare il proprio sindacato, ferma restando l’impossibilità di sostituire il proprio giudizio a quello della Pubblica Amministrazione.

***Sull’appalto a corpo***

3. Nel caso di gara da aggiudicare a “corpo”, il corrispettivo è determinato in una somma fissa e invariabile derivante dal ribasso offerto sull’importo a base d’asta. Elemento essenziale della proposta economica è, quindi, il solo importo finale offerto, mentre i prezzi unitari indicati nel c.d. elenco prezzi, tratti dai listini ufficiali (che possono essere oggetto di negoziazione o di sconti sulla base di svariate circostanze), hanno un valore meramente indicativo delle voci di costo che hanno concorso a formare il detto importo finale.

4. Nel caso di gara da aggiudicare “a corpo”, le indicazioni contenute nel c.d. elenco prezzi sono destinate a restare fuori dal contenuto essenziale dell’offerta e quindi del contratto da stipulare, non assumendo rilevanza neppure ai fini della valutazione della dedotta anomali. Ciò, peraltro, trova conferma nell’art. 59, comma 5, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, il quale (riproducendo l’analoga norma contenuta nell’art. 53, comma 4, d. lgs. n. 163/2016) stabilisce che: “per le prestazioni a corpo il prezzo convenuto non può variare in aumento o in diminuzione, secondo la qualità e la quantità effettiva dei lavori eseguiti”. In definitiva negli appalti a corpo in cui la somma complessiva offerta copre l’esecuzione di tutte le prestazioni contrattuali, l’elenco prezzi analitico risulta irrilevante.

5. Per contestare un esito positivo della verifica dell’eventuale anomalia dell’offerta va fornita una prova fondata su elementi concreti accompagnati da conteggi analitici e non da generiche considerazioni circa l’implausibilità del calcolo di alcuni fattori dell’offerta.

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

**TAR LAZIO – ROMA, SEZ. I *ter* – sentenza 6 dicembre 2019 n. 14029**

***Sul cd principio dell’utile necessario***

1. Nelle gare di appalto, in sede di valutazione dell’anomalia delle offerte, il principio del c.d. ‘utile necessario’ trova fondamento, in assenza di una base normativa espressa, nel carattere innaturale e, quindi, intrinsecamente inaffidabile di un’offerta in pareggio che contraddica lo scopo di lucro e, in definitiva, la *ratio essendi* delle imprese e, più in generale, dei soggetti che operano sul mercato in una logica strettamente economica. Tale finalità, che è alla base del principio e ne definisce di conseguenza i confini applicativi, non è estensibile a soggetti che operano per scopi non economici, bensì sociali o mutualistici, per i quali l’obbligatoria indicazione di un utile d’impresa si tradurrebbe in una prescrizione incoerente con la relativa vocazione non lucrativa, con l’imposizione di un’artificiosa componente di onerosità della proposta.

***Sul divieto di commistione tra offerta economica e offerta tecnica***

2. Nelle gare di appalto, il divieto di commistione non preclude l’inserimento in sé di elementi economici nell’offerta tecnica, ma l’inserimento degli elementi ivi indicati come riconducibili alla specifica offerta economica correlata all’offerta tecnica. Infatti, nell’offerta tecnica possono essere comunque inclusi singoli elementi economici che siano resi necessari dagli elementi qualitativi da fornire, purché siano elementi economici che non fanno parte dell’offerta economica, quali i prezzi a base di gara, i prezzi di listini ufficiali, i costi o prezzi di mercato, ovvero siano elementi isolati e del tutto marginali dell’offerta economica che non consentano in alcun modo di ricostruire la complessiva offerta economica.