

Roma, 10 gennaio 2023

**Circolare n. 729/2023**

A TUTTI GLI  
ENTI, AZIENDE E SOCIETA'  
- LORO SEDI -

**OGGETTO: RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA N. 9/2022**

➤ **Consiglio di Stato, Sez. IV, 5 settembre 2022, n. 7709**

**Precedente risoluzione consensuale – Omessa dichiarazione – Conseguenze**

*“Nel perimetro degli obblighi dichiarativi rientra anche una precedente risoluzione consensuale intervenuta con altra stazione appaltante in fase di esecuzione di una procedura di gara, quante volte la stessa sia dipesa da una condotta astrattamente idonea a fare dubitare dell’integrità ed affidabilità dell’operatore economico in vista dell’affidamento dell’appalto.*

*Occorre aderire a una lettura sostanzialista delle cause di esclusione, che non sia circoscritta al mero nomen iuris.*

*Lo scioglimento dal contratto è certo frutto di un accordo – e non invece di un provvedimento unilaterale dell’amministrazione – ma potrebbe essere pur sempre dovuto ad un precedente inadempimento dell’appaltatore; tale inadempimento costituisce pregressa vicenda professionale della quale la stazione appaltante deve essere edotta, poiché suscettibile di far dubitare dell’affidabilità ed integrità del concorrente”.*

➤ **Consiglio di Stato, Sez. V, 6 settembre 2022, n. 7752**

**Referenze bancarie – Contenuto – Soccorso istruttorio**

*“In sede di gara le referenze bancarie non devono essere consacrate in formule sacramentali, e per la loro idoneità è sufficiente l’indicazione della correttezza e puntualità dei rapporti tra la cliente e l’istituto bancario; le stesse vanno considerate idonee qualora gli istituti bancari abbiano riferito sulla qualità dei rapporti in atto con le società, per le quali le referenze sono richieste, con particolare riguardo alla correttezza e puntualità di queste nell’adempimento degli impegni assunti con l’istituto, e all’assenza di situazioni passive con lo stesso istituto o con altri soggetti, che siano desumibili dai movimenti bancari o da altre informazioni in loro possesso.*

*In ogni caso, le referenze bancarie sono suscettibili di soccorso istruttorio da parte*

della stazione appaltante, che ha anche la possibilità di richiedere la loro integrazione mediante altra documentazione”.

➤ **Consiglio di Stato, Sez. V, 7 settembre 2022, n. 7795**

**Socio persona giuridica – Gravi illeciti professionali – Irrilevanza a fini dichiarativi.**

È orientamento consolidato quello per cui la disposizione dell’art. 80, comma 3, d. lgs. n. 50/20116 non è riferita o riferibile al socio unico persona giuridica. Sebbene, infatti, parte della giurisprudenza, nella vigenza del d.lgs. n. 163 del 2006, avesse ritenuto di estendere l’obbligo dichiarativo al socio di maggioranza persona giuridica della società offerente, invece per il socio unico (tranne che nell’isolato precedente di Cons. Stato, sez. V, 30 giugno 2017, n. 3178) era prevalente l’orientamento che limitava l’obbligo dichiarativo al socio unico persona fisica (sin da Cons. Stato, sez. V, 27 agosto 2014, n. 4372, cui adde Cons. Stato, sez. III, 21 luglio 2017, n. 3619).

Tale limitazione è stata ribadita anche dopo l’entrata in vigore dell’art. 80, comma 3, dell’attuale Codice dei contratti pubblici (cfr. Cons. Stato, sez. V, 20 novembre 2019, n. 7922) ed è, invero, da preferire, in ragione della lettera della disposizione, da intendersi di stretta interpretazione.

➤ **Consiglio di Stato, Sez. V, 7 settembre 2022, n. 7793**

**Bando di gara - Chiarimenti della stazione appaltante - Non possono costituire integrazione o rettifica della *lex specialis* di gara**

I chiarimenti resi nel corso di una gara d’appalto non hanno alcun contenuto provvedimentale, non potendo costituire, per giurisprudenza consolidata, integrazione o rettifica della *lex specialis*; i chiarimenti della stazione appaltante, infatti, sono ammissibili solo se contribuiscono, con un’operazione di interpretazione del testo, a renderne chiaro e comprensibile il significato, ma non quando, proprio mediante l’attività interpretativa, si giunga ad attribuire ad una disposizione della *lex specialis*, un significato ed una portata diversa o maggiore di quella che risulta dal testo stesso.

➤ **Consiglio di Stato, Sez. V, 9 settembre 2022, n. 7882**

**Difformità dell’offerta tecnica rispetto ai requisiti minimi – Esclusione dalla gara – Divieto di soccorso istruttorio**

È principio pacifico che le difformità dell’offerta tecnica, che rivelano l’inadeguatezza del progetto proposto dall’impresa offerente rispetto ai requisiti minimi previsti dalla stazione appaltante per il contratto da affidare, legittimano l’esclusione dalla gara e non già la mera penalizzazione dell’offerta nell’attribuzione del punteggio, perché determinano la

mancanza di un elemento essenziale per la formazione dell'accordo necessario per la stipula del contratto (Cons. Stato, III, 26 febbraio 2019, n. 1333; 26 aprile 2017, n. 1926).

Ciò anche in ossequio alla pacifica giurisprudenza per la quale nelle gare pubbliche le offerte tecniche devono essere improntate alla massima linearità e chiarezza, onde prefigurare alla pubblica amministrazione un quadro certo dei rispettivi doveri e obblighi contrattuali in corrispondenza agli atti di gara.

Neanche è possibile ovviare alle carenze strutturali dell'offerta tecnica, ricorrendo a un approfondimento istruttorio, dal momento che le rilevate lacune riflettono una carenza essenziale dell'offerta, tale da determinarne incertezza assoluta o indeterminazione del suo contenuto (Cons. Stato, V, 13 febbraio 2019, n. 1030).

➤ **TAR Puglia, Lecce, Sez. II, 15 settembre 2022, n. 1407**

***Lex specialis* – Contrasto tra le disposizioni del bando di gara e quelle del capitolato speciale – Prevalenza delle disposizioni del bando di gara**

Nell'ambito delle procedure di affidamento di appalti pubblici, qualora vi sia un contrasto tra le disposizioni del bando di gara e quelle del capitolato speciale, le prime prevalgono sulle seconde.

Al riguardo, è infatti condivisibile l'orientamento giurisprudenziale secondo cui *“quanto agli eventuali contrasti (interni) tra le singole disposizioni della lex specialis ed alla loro risoluzione, sussiste nondimeno una gerarchia differenziata con prevalenza del contenuto del bando di gara* (Cons. Stato, sez. V, 17 ottobre 2012, n. 5297; id. 23 giugno 2010, n. 3963), *laddove le disposizioni del capitolato speciale possono soltanto integrare, ma non modificare le prime”* (Cons. Stato, Sez. III, 29 aprile 2015, n. 2186; id. 11 luglio 2013, n. 3735; id., Sez. V, 24 gennaio 2013, n. 439).

➤ **Consiglio di Stato, Sez. V, 15 settembre 2022, n. 8008**

**Errore materiale nell'offerta – Correzione – Condizioni**

*“L'errore materiale rilevante si caratterizza per la sua percepibilità (o riconoscibilità) da parte dell'interprete dell'atto, di cui si postula che sia affetto dal vizio negoziale, dovendo sussistere elementi univoci per ricondurlo ad un vizio di trascrizione o di compilazione inequivocabilmente e immediatamente rilevabile come tale, attraverso un'analisi che deve concernere il solo documento recante l'errore e non anche elementi ad esso esterni o collaterali.*

*Se, viceversa, l'esegesi ricostruttiva della volontà negoziale si estende ad una considerazione sistematica degli elementi contenutistici dei diversi atti di gara, essa*

*trascende in una ricostruzione di tipo logico – deduttivo, che non pare più coerente con i canoni della immediata evidenza e del mero errore materiale emendabile”.*

➤ **TAR Lazio, Roma, Sez. III, 16 settembre 2022, n. 5918**

**Gravi illeciti professionali - Indagine penale**

Non è affetta da manifesta illogicità o da irragionevolezza la valutazione della stazione appaltante di escludere un concorrente da una gara d'appalto, per grave illecito professionale, ex art. 80, comma 5, lett c), d.lgs. n. 50 2016, per la pendenza di un procedimento penale per i reati di cui agli artt. 318, 319 e 353 c.p..

➤ **Consiglio di Stato, Sez. V, 21 settembre 2022, n. 8119**

**Offerta economica – Contenuto plurimo e/o condizionato – Esclusione**

*“La proposta offerta da -OMISSIS- in sostanza può essere definita ‘plurima’, perché appare all’evidenza che la società appellante ha proposto una sola offerta tecnica, ma ha presentato due listini con due offerte economiche, eventualmente, cumulabili. Una offerta così strutturata va esclusa dalla gara, tenuto conto del chiaro tenore letterale dell’art. 32, comma 4, del Codice appalti, ove si prevede che in sede di gara per l’aggiudicazione dell’appalto pubblico “ciascun concorrente non può presentare più di una offerta”.*

*La disposizione impone ai partecipanti alle gare pubbliche di concorrere con un’unica proposta tecnica ed economica, fatte naturalmente salve le migliorie dell’offerta. Il principio non solo risponde all’obiettivo di assicurare l’effettiva par condicio tra gli operatori economici nella competizione, ma soprattutto assurge a baluardo dell’interesse pubblico a far emergere la migliore offerta, in sede di presentazione della stessa (Cons. Stato, Sez. III, 26 luglio 2021, n. 5336). L’offerta, oltre ad essere “plurima”, è anche “condizionata”, atteso che appare evidente che per ottenere la fornitura la stazione appaltante avrebbe dovuto accettare il sovrapprezzo aggiuntivo della lista dei prodotti alternativi”.*

➤ **Consiglio di Stato, Sez. V, 21 settembre 2022, n. 8123**

**Offerte - Soluzioni Migliorative – Definizione e differenze delle varianti**

Secondo l’indirizzo ampiamente condiviso dalla giurisprudenza amministrativa, in sede di gara d’appalto e allorquando il sistema di selezione delle offerte sia basato sul criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, le soluzioni migliorative si differenziano dalla varianti perché le prime possono liberamente esplicitarsi in tutti gli aspetti tecnici lasciati aperti a diverse soluzioni sulla base del progetto posto a base di gara ed oggetto di valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico, rimanendo comunque preclusa la modificabilità delle caratteristiche progettuali già

stabilite dall'Amministrazione, mentre le seconde si sostanziano in modifiche del progetto dal punto di vista tipologico, strutturale e funzionale, per la cui ammissibilità è necessaria una previa manifestazione di volontà della stazione appaltante, mediante preventiva autorizzazione contenuta nel bando di gara e l'individuazione dei relativi requisiti minimi, che segnano i limiti entro i quali l'opera proposta dal concorrente, costituisce un *aliud* rispetto a quella prefigurata dalla Pubblica Amministrazione, pur tuttavia consentito.

➤ **TAR Campania, Napoli, Sez. III 26 settembre 2022, n. 5925**

**Requisiti generali - Collegamento sostanziale - Giudizio presuntivo necessario per la dimostrazione dell'esistenza di un "unico centro decisionale" di provenienza delle offerte**

Con riferimento alla causa di esclusione contemplata dall'art. 80, comma 5, lett. m), del d.lgs. n. 50/2016, al di fuori dei casi tipizzati dal legislatore all'art. 2359 c.c., il giudizio presuntivo necessario per la dimostrazione dell'esistenza di un "unico centro decisionale" di provenienza delle offerte deve rispettare i canoni tipici della prova logica (in termini di gravità, precisione e concordanza degli elementi utilizzati) e superare l'eventuale controprova logica, essendo consentito alle imprese, delle quali si ipotizza il collegamento sostanziale, dimostrare che il rapporto di collegamento non ha influito sul rispettivo comportamento nell'ambito della gara. In sintesi, il motivo escludente previsto dalla citata disposizione normativa deve essere applicato con rigore ed equilibrio, così da scongiurare il rischio di incidere ingiustificatamente, oltre che sulla libertà di impresa delle concorrenti, sul canone di massima partecipazione alle gare pubbliche. Pertanto, in base alle regole di esperienza che possono dirsi sufficientemente attendibili sotto il profilo della ragionevolezza e della logica, esiste un centro decisionale unitario laddove tra imprese concorrenti vi sia intreccio parentale tra organi rappresentativi o tra soci o direttori tecnici, contiguità di sede, utenze in comune (c.d. indici soggettivi), oppure, anche in aggiunta, identiche modalità formali di redazione delle offerte, strette relazioni temporali e locali nelle modalità di spedizione dei plichi, significative vicinanze cronologiche tra gli attestati SOA o tra le polizze assicurative a garanzia delle offerte (c.d. indici oggettivi).

➤ **Consiglio di Stato, Sez. V, 27 settembre 2022, n. 8330**

**Verifica di anomalia – Utile d'impresa esiguo – Elemento di valutazione**  
*"L'amministrazione deve aggiudicare l'appalto a soggetti che abbiano presentato offerte che, avuto riguardo alle caratteristiche specifiche della prestazione richiesta,*

# Nomos Appalti

Consulenza legale agli Enti Locali

*risultino complessivamente proporzionate sotto il profilo economico all'insieme dei costi, rischi ed oneri che l'esecuzione della prestazione comporta a carico dell'appaltatore, con l'aggiunta del normale utile di impresa, affinché la stessa possa rimanere sul mercato.*

*Pertanto, se è vero che la giurisprudenza amministrativa è orientata in prevalenza nel senso di ritenere che un utile di impresa esiguo non denota di per sé l'inaffidabilità dell'offerta economica, è altrettanto vero che, secondo l'opinione generale, l'utile non può ridursi ad una cifra meramente simbolica".*

Gli appalti devono essere affidati ad un prezzo che consenta un adeguato margine di guadagno per le imprese, dovendosi ritenere che un utile trascurabile potrebbe portare l'affidatario dell'appalto ad una negligente esecuzione, oltre che determinare contenziosi.

L'interesse del committente pubblico a poter confidare sulla regolare esecuzione del servizio deve ritenersi prevalente su quello dell'impresa, frequentemente invocato in questi casi, ad eseguire comunque (ossia, anche in perdita o con utile aziendale eccessivamente scarso) un appalto, al fine di acquisire esperienza professionale e fatturato da utilizzare in vista della partecipazione a futuri appalti.

Tale assunto è espressione dei principi generali posti a garanzia della serietà dell'offerta e della corretta esecuzione del contratto, e trova applicazione anche a prescindere dal fatto che, nel caso di specie, la legge di gara non stabilisca una percentuale minima di utile di impresa e, in termini più generali, non sussistano previsioni normative in tal senso.

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

Nel restare a disposizione si porgono cordiali saluti.

Avv. Francesco Lilli  
(responsabile del servizio)

