Roma, 21 marzo 2023

Circolare n. 741/2023

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

OGGETTO: RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA N. 1/2023

➢ **TAR Sardegna, Sez. II, 3 ottobre 2022, n. 646**
Gravi illeciti professionali – Metodo di valutazione
L'amministrazione chiamata ad esprimere una valutazione discrezionale sulla rilevanza degli illeciti pregressi deve articolare il relativo percorso logico "su due livelli, dalla cui integrazione discende la complessiva verifica del grave illecito professionale ad effetto escludente: da un lato, occorre che il comportamento pregresso assuma la qualificazione oggettiva di comportamento in grado di incrinare l'affidabilità e l'integrità dell'operatore nei rapporti con l'Amministrazione; dall'altro, il fatto così qualificato va messo in relazione con il contratto oggetto dell'affidamento, così da poter declinare in termini relativi e concreti la nozione di inaffidabilità ed assenza di integrità, ai fini della specifica procedura di gara interessata" (così, Cons. Stato, Sez. V, 8 gennaio 2021, n. 307).
Laddove, poi, la violazione contestata riguardi condotte tenute nell[1] esecuzione di un precedente contratto, la stazione appaltante dovrà ulteriormente approfondire la questione, anche a livello motivazionale, valutando e illustrando l'effettiva "gravità" dell'illecito alla luce, tra l'altro, della sanzione applicata e del tempo trascorso dalla violazione.

➢ **Consiglio di Stato, Sez. V, 4 ottobre 2022, n. 8496**
Offerte anomale – Verifica congruità offerta – Costi indiretti della commessa – Individuazione – Valutazione
L'omessa considerazione di costi legati ad alcune specifiche figure professionali (sicurezza, gestione commessa, responsabile del contratto) non rende l'offerta incongrua.
I giudici amministrativi rammentano che per giurisprudenza costante (cfr. Cons. Stato, sez. V, 3 novembre 2020, n. 6786), sono *"costi indiretti della commessa"* quelli relativi al personale di supporto all'esecuzione dell'appalto o a servizi esterni, da tenere distinti dai *"costi diretti della commessa"*

comprensivi di tutti i dipendenti impiegati per l'esecuzione della specifica commessa. L'obbligatoria indicazione dei costi della manodopera in offerta – e la correlativa verifica della loro congruità imposta alla stazione appaltante – si impone solo per i dipendenti impiegati stabilmente nella commessa, in quanto voce di costo che può essere variamente articolata nella formulazione dell'offerta per lo specifico appalto; non è così, invece, per le figure professionali impiegate in via indiretta, che operano solo occasionalmente, ovvero lo fanno in maniera trasversale a vari contratti (ad es. il direttore del servizio), il cui costo non si presta ad essere rimodulato in relazione all'offerta da presentare per il singolo appalto.

- **TAR Trentino-Alto-Adige, Trento 7 ottobre 2022, n. 166**

Soccorso istruttorio e soccorso procedimentale - Differenze

Il soccorso istruttorio ha la finalità di consentire l'integrazione della documentazione prodotta in gara ma ritenuta dalla stazione appaltante incompleta o irregolare sotto un profilo formale, e non anche di consentire all'offerente di formare atti in data successiva a quella di scadenza del termine di prestanzone delle offerte in violazione dei principi di immodificabilità e segretezza dell'offerta, di imparzialità e di *par condicio* delle imprese concorrenti.

In ogni caso, l'istituto del soccorso istruttorio è limitato agli elementi non riguardanti l'offerta tecnica ed economica, potendo altrimenti determinarsi una violazione del principio della *par condicio.*

Il c.d. "*soccorso procedimentale*" è rimedio distinto dall'istituto del soccorso istruttorio ed assolve alla ben differente funzione di risolvere dubbi riguardanti gli elementi essenziali dell'offerta tecnica ed economica, e ciò tramite l'acquisizione di chiarimenti da parte del concorrente, a condizione peraltro che tali chiarimenti non assumano carattere integrativo dell'offerta, ma siano finalizzati unicamente a consentirne l'esatta interpretazione e a ricercare l'effettiva volontà del concorrente, superandone eventuali ambiguità.

- **TAR Campania, Napoli, Sez. IV 10 ottobre 2022, n. 6214**

Gara suddivisa in lotti – Avvalimento – Ausiliaria concorrente in diverso lotto - Ammissibilità

In caso di gara suddivisa in lotti, è irrilevante per la partecipazione dell'impresa alla gara per un lotto, la contestuale partecipazione della sua ausiliaria, in via autonoma e con l'utilizzo dei medesimi requisiti oggetto dell'avvalimento, per altro lotto.

Una diversa impostazione – oltre a porre nel nulla la possibilità per tutti i concorrenti di ricorrere all'avvalimento, è contraria ai principi di concorrenza e di *favor partecipationis*, per come notoriamente declinati nella

materia degli appalti.
Si aggiunga che la natura plurima della gara esclude l'operatività del divieto imposto dall'art. 89, comma 7, d.lgs. 50/2016.

- **TAR Sicilia, Palermo, Sez. I, 11 ottobre 2022, n. 2823**

Servizi di progettazione – RTP – Omessa indicazione ruolo del giovane professionista all'interno della compagine associativa

La normativa vigente (art. 4, d.m. 263/16) è volta ad imporre la effettiva presenza di almeno un giovane professionista nei raggruppamenti, favorendo così l'inserimento nel mercato del lavoro e l'applicazione nella pratica delle conoscenze maturate nel corso degli studi universitari di giovani professionisti.
L'attività partecipativa del giovane professionista deve essere espletata nei riguardi dello specifico servizio di progettazione. In altri termini, la partecipazione al RTP deve essere assicurata dalla sottoscrizione del progetto o comunque dalla effettiva partecipazione del giovane professionista all'attività di progettazione, non potendosi invece ammettere che il rispetto della norma regolamentare sia garantito dalla partecipazione del giovane professionista ad attività strumentali o di supporto a quella della progettazione ovvero da attività successive e materiali come quella di direzione lavori, misura e contabilità (cfr. TAR Reggio Calabria, Sez. I, 29 aprile 2020, n. 305).

- **Consiglio di Stato, Sez. III, 14 ottobre 2022, n. 8773.**

***Lex specialis* di gara – Mancato inserimento dei criteri ambientali minimi – Interesse ad agire**

La non conformità della legge di gara agli articoli 34 e 71 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, in tema di criteri ambientali minimi (C.A.M.), non è vizio tale da imporre un'immediata e tempestiva impugnazione del bando di gara, non ricadendosi nei casi eccezionali di clausole escludenti o impeditive che, sole, consentono l'immediata impugnazione della *lex specialis* di gara.
La partecipazione alla gara in un'ipotesi del genere, non può considerarsi acquiescenza alle regole di gara, essendo l'impugnazione proponibile solo all'esito della procedura e avverso l'aggiudicazione.
Il mancato inserimento dei criteri ambientali minimi nella legge di gara comporta la caducazione dell'intera gara e l'integrale riedizione della stessa, emendata dal vizio in questione.

- **TAR Calabria, Catanzaro, Se. I, 26 ottobre 2022, n. 1864**

Accesso offerta tecnica – Opposizione puntuale e motivata.

L'art. 53, comma 5, lett. a), d.lgs. 50/16 àncora l'esclusione dell'ostensione dell'offerta tecnica alla necessità che la tutela del segreto industriale richiesta

dall'operatore economico sia motivata.
Pertanto, qualora l'impresa controinteressata si limiti ad asserire, con un assunto generico, che nella propria offerta *"sono contenuti dati e informazioni oggetto di specifiche ragioni di tutela del segreto industriale e commerciale di cui vuole mantenere la riservatezza"*, la necessità di bilanciare i contrapposti interessi difensivo, facente capo all'esponente, e di segretezza, della prima graduata, è di fatto neutralizzata da una mera formula di stile opposta dalla controinteressata.
In ogni caso, l'attuale regime normativo postula che l'ostensione documentale possa essere accordata solo in funzione dell'esigenza di tutela in giudizio degli interessi del soggetto legittimato, esigenza ravvisabile poiché l'esponente è giunta seconda nella procedura selettiva e prospetta un interesse a comprovare l'illegittimità dell'aggiudicazione disposta in favore della controinteressata.

* - * -* -* -* -*

Nel restare a disposizione si porgono cordiali saluti.

Avv. Francesco Lilli
(*responsabile del servizio)*