Roma, 4 aprile 2023

Circolare n. 747/2023

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

OGGETTO: RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA N. 2/2023

- **TAR Trentino-Alto Adige, Bolzano, 2 novembre 2023 , n. 271**

Aumento dei costi dei fattori produttivi in fase di gara – Richiesta di revisione dei prezzi - Diniego

La revisione dei prezzi deve consistere in un rimedio temperato di riequilibrio del sinallagma funzionale, in modo da assolvere all'esigenza di assicurare continuità al rapporto contrattuale in corso di svolgimento, soprattutto nell'ottica del perseguimento del pubblico interesse, senza che si giunga ad una rideterminazione del prezzo originario del servizio o della fornitura. Nella disciplina di diritto positivo dell'istituto non è previsto che la revisione prezzi abbia come obiettivo l'azzeramento del rischio di impresa connesso alla sopportazione in capo all'appaltatore dell'alea contrattuale normale, riconducibile a sopravvenienze, quali l'oscillazione generale e diffusa dei prezzi.

Al contrario, è necessario che ricorrano circostanze eccezionali e imprevedibili, la cui esistenza non può essere ricondotta ad aumenti del costo di fattori nell'ambito del normale andamento dei mercati relativi, dovendosi invece a tal fine far riferimento ad eventi, appunto eccezionali ed imprevedibili, tali da alterare significativamente le originarie previsioni contrattuali.

Pertanto, incombe sull'impresa l'onere di fornire la prova rigorosa della ricorrenza di fatti eccezionali e imprevedibili tali da abbattere l'alea contrattuale dell'imprenditore e tale prova può comunque essere legittimamente contraddetta dalla circostanza provata dall'amministrazione che i prezzi di mercato erano già in crisi nel momento della presentazione dell'offerta.

Se, dunque, l'evento imprevedibile ed eccezionale che causa un aumento straordinario dei prezzi:

a) avviene durante la gara, l'operatore economico può legittimamente ritirarsi; se, invece, decide di firmare il contratto, significa che accetta il rischio imprenditoriale;
b) si manifesta dopo la stipula del contratto, l'operatore economico può rivolgersi al giudice civile per chiedere la risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta ex art. 1467 c.c., ovvero chiedere all'Amministrazione l'applicazione dell'art. 106, comma 1, lett. a), del D. Lgs. n. 50 del 2016, nel solo caso però in cui la revisione sia prevista nei documenti di gara.
Pertanto, appare legittima la decisione dell'amministrazione di non accogliere la richiesta di revisione dei prezzi, avendo comunque esaminato la medesima alla luce dei principi di buon andamento e di leale collaborazione, valutando seriamente la richiesta e facendo emergere le ragioni che hanno determinato l'ente appaltante a rigettare l'istanza.

- **Consiglio di Stato, Sez. VII, 3 novembre 2022, n. 9596**

Fatturato in servizi analoghi – Nozione – Servizi afferenti medesimo settore imprenditoriale o professionale

La giurisprudenza ha precisato che, qualora il bando preveda come requisito lo svolgimento pregresso di servizi analoghi, tale nozione non è assimilata a quella di servizi identici, ma piuttosto, di servizi afferenti al medesimo settore imprenditoriale o professionale. La *ratio* sottesa a questa condizione si rinviene nel contemperamento tra l'esigenza di selezionare un imprenditore qualificato ed il principio della massima partecipazione alle gare pubbliche: l'intenzione è quella di soddisfare sia un requisito di natura finanziaria che di natura tecnica, individuando un operatore economico che possegga precedenti esperienze nel medesimo ambito.
Si è ancora precisato che i servizi analoghi designano una categoria aperta di prestazioni accomunate da elementi caratterizzanti simili ed omogenei a quelli messi a gara e dialetticamente opposti ai servizi identici, connotati invece dall'essere una categoria chiusa di prestazioni aventi medesima consistenza di tipo e funzione, sì da collidere con il precetto conformante le procedure di gara teso a garantire la massima partecipazione delle imprese operanti nel medesimo segmento di mercato.

- **TAR Lazio, Roma, Sez. I-*quater*, 5 novembre 2022, n. 4406**

Requisiti generali – Gravi illeciti professionali – Giudizio di affidabilità professionale dell'operatore economico – Illecito antitrust – Non occorre provvedimento definitivo

La giurisprudenza amministrativa ha ritenuto che *"non è indispensabile che i gravi illeciti professionali da porre a supporto della sanzione espulsiva del concorrente dalla gara ai sensi dell'art. 80, co. 5, lett. c), del D.Lgs. n. 50/2016, o comunque da valutare nel giudizio di affidabilità professionale dell'operatore*

economico, siano accertati, in caso di illecito antitrust, mediante un provvedimento amministrativo definitivo, da intendersi per tali i provvedimenti inoppugnabili o confermati da sentenze passate in giudicato" (Cons. Stato, sez. V, 18 ottobre 2022, n. 8858 e 7 febbraio 2022, n. 845).

- **Consiglio di Stato, Sez. V, 15 novembre 2022, n. 10023**

Gara pubblica – Chiarimenti – Sono ammissibili solo se contribuiscono, con un'operazione di interpretazione del testo, a renderne chiaro e comprensibile il significato

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*, e quindi *"sono ammissibili solo se contribuiscono, con un'operazione di interpretazione del testo, a renderne chiaro e comprensibile il significato, ma non quando, proprio mediante l'attività interpretativa, si giunga ad attribuire ad una disposizione della* lex specialis, *un significato ed una portata diversa o maggiore di quella che risulta dal testo stesso, in tal caso violandosi il rigoroso principio formale della* lex specialis, *posto a garanzia dei principi di cui all'art. 97 Cost.* (Cons. Stato, sez. V, 7 settembre 2022, n. 7793).

- **TAR Lazio, Roma, Sez. III, 17 novembre 2022 n. 15232**

Soccorso istruttorio – Termine perentorio – Inottemperanza – Esclusione dalla gara.

Il mancato riscontro alla richiesta di soccorso istruttorio, nel termine perentorio fissato dalla legge di gara, comporta *ex sè* l'esclusione del concorrente inadempiente, giusta la necessità di garantire la salvaguardia del principio della *par condicio* tra i concorrenti, la celere definizione delle procedure ad evidenza pubblica, in uno con il rispetto dei termini decadenziali che ne presiedono e scandiscono l'iter procedimentale.

- **Corte di Giustizia Europea, Sez. IV, 1 7novembre 2022 n. C-54/21**

Compatibilità delle norme nazionali con il diritto di accesso alle informazioni degli offerenti in gara

In conformità agli articoli 18 e 21, in combinato disposto con gli articoli 50 e 55, della Direttiva UE 2014/24 del Parlamento europeo, al fine di decidere se rifiutare, a un offerente la cui offerta ammissibile sia stata respinta, l'accesso alle informazioni presentate dagli altri offerenti, in merito alla loro esperienza pertinente e alle relative referenze, all'identità e alle qualifiche professionali del personale proposto per eseguire l'appalto o dei subappaltatori, nonché alla concezione del progetto la cui realizzazione è prevista nell'ambito dell'appalto e alle modalità di esecuzione di quest'ultimo, la S.A. deve valutare se tali informazioni abbiano un valore commerciale, che non si limita all'appalto pubblico di cui trattasi, informazioni la cui divulgazione può pregiudicare legittimi interessi

commerciali o la concorrenza leale.
Inoltre, la S.A. può rifiutare l'accesso a tali informazioni qualora la divulgazione di queste ultime, ancorché prive di siffatto valore commerciale, ostacoli l'applicazione della legge o sia contraria all'interesse pubblico.

- **TAR Puglia, Lecce, Sez. III, 21 novembre 2022 n. 1826**

Gravi illeciti professionali – Indagini penali sopravvenute in fase di gara – Obbligo dichiarativo – Sussiste

L'obbligo informativo gravante sull'operatore economico sussiste anche con riferimento alle circostanze sopravvenute rispetto al termine di scadenza delle offerte, che sono in grado di incidere sulla valutazione di integrità o affidabilità che deve svolgere la S.A..
L'omissione di tale obbligo configura la fattispecie della *"omissione di una informazione dovuta ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione"* di cui all'art. 80, comma 5, lett. c-bis) del Codice, quando riguarda indagini penali e misure cautelari che per gravità sono idonee ad incidere sul giudizio di affidabilità professionale dell'operatore economico.

* - * -* -* -* -*

Nel restare a disposizione si porgono cordiali saluti.

Avv. Francesco Lilli
(*responsabile del servizio)*