

Roma, 5 luglio 2023

Circolare n. 758/2023

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

OGGETTO: RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA N. 3/2023

➤ **TAR Veneto, Sez. III, 2 dicembre 2022, n. 1847.**

Giudizio di verifica dell'offerta anomala – Costo della manodopera – Utile d'impresa – Espressione di discrezionalità tecnica.

In termini generali, la modifica dei costi della manodopera - introdotta nel corso del procedimento di verifica dell'anomalia - comporta un'inammissibile rettifica di un elemento costitutivo ed essenziale dell'offerta economica, che non è suscettivo di essere immutato nell'importo, al pari degli oneri aziendali per la sicurezza, pena l'incisione degli interessi pubblici posti a presidio delle esigenze di tutela delle condizioni di lavoro e di parità di trattamento dei concorrenti, come imposte dall'art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50/2016. Ciò che può ammettersi, in sede di giustificazioni dell'offerta, sono, al più, variazioni parziali e limitate delle voci di costo, purché adeguatamente giustificate e bilanciate dalle altre componenti del quadro economico (v., *ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. V, n. 1637 del 2021 e n. 171 del 2019). In tale prospettiva, è ammissibile una modifica delle giustificazioni delle singole voci di costo non solo in correlazione a sopravvenienze di fatto o di diritto, ma anche al fine di porre rimedio ad originari e comprovati errori di calcolo, sempre che resti ferma l'entità iniziale dell'offerta economica, nel rispetto del principio dell'immodificabilità che presiede la logica della *par condicio* tra i competitori.

La giurisprudenza amministrativa è costante nell'affermare che il giudizio di anomalia dell'offerta è espressione di discrezionalità tecnica, sindacabile solo in caso di violazione del principio di ragionevolezza tecnica e di macroscopica illogicità o di erroneità fattuale, che rendano palese l'inattendibilità complessiva dell'offerta (Cons. Stato, sez. VI, 30 gennaio 2020, n. 788).

Occorre rammentare, poi, l'insegnamento secondo il quale *“la verifica dell'anomalia dell'offerta è finalizzata ad accertare la complessiva attendibilità e serietà della stessa, sulla base di una valutazione che ha natura globale e sintetica e*

che costituisce, in quanto tale, espressione di un tipico potere tecnico-discrezionale riservato all'Amministrazione, in via di principio insindacabile in sede giurisdizionale, salvo che per ragioni legate alla eventuale (e dimostrata) manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza dell'operato dell'Amministrazione, tale da rendere palese l'inattendibilità complessiva dell'offerta. Trattandosi, quindi, di valutare l'offerta nel suo complesso, il giudizio di anomalia non ha ad oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze, mirando piuttosto ad accertare se essa in concreto sia attendibile e affidabile in relazione alla corretta esecuzione dell'appalto".

Salvo il caso in cui il margine positivo risulti pari a zero, peraltro, non è dato stabilire una soglia di utile al di sotto della quale l'offerta va considerata anomala, potendo anche un utile modesto comportare un vantaggio significativo (Cons. Stato, Sez. VI, n. 2442 del 4 aprile 2022 e Sez. III, 9 agosto 2022, n. 7021).

➤ **Consiglio di Stato, Sez. III, 7 dicembre 2022, n. 10761**

Accesso agli atti di gara – Impresa esclusa - Diritto

L'impresa esclusa da una procedura concorsuale per l'aggiudicazione di un appalto pubblico ben può accedere nella forma più ampia agli atti del procedimento di gara, perché una volta conclusa la procedura concorsuale i documenti prodotti dalle ditte partecipanti assumono rilevanza esterna, sia in quanto la documentazione prodotta ai fini della partecipazione ad una gara di appalto indetta dalla pubblica amministrazione esce dalla sfera esclusiva delle imprese per formare oggetto di valutazione comparativa essendo versata in un procedimento caratterizzato dai principi di concorsualità e trasparenza.

➤ **TAR Lazio, Latina, Sez. I, 9 dicembre 2022, n. 935**

Clausola di territorialità – Requisito premiante – Legittimità – Condizioni.

La giurisprudenza ha chiarito che il criterio della "territorialità" deve ritenersi illegittimo solo laddove posto come requisito di partecipazione alla gara, impattando una previsione di tal tipo con i principi del "favor participationis" e della "par condicio" tra i concorrenti, in ogni possibile loro declinazione (Cons. Stato, Sez. V, 15 maggio 2019, n. 3147); invece, ove detto criterio venga posto quale requisito di esecuzione del contratto o rilevi come parametro per l'attribuzione di un punteggio aggiuntivo, la valutazione della compatibilità della clausola con i principi che informano la materia della contrattualistica pubblica dev'essere condotta caso per caso (TAR Calabria, Reggio Calabria, Sez. I, 30 novembre 2021, n. 901).

La richiesta dell'indicazione della dislocazione del centro di assistenza il più vicino possibile al luogo in cui è installata la tecnologia non può essere letta a vantaggio di particolari imprese con sede sul territorio interessato dal servizio, ma nell'ottica della migliore efficienza del servizio, anche alla

luce delle indicazioni precise sui tempi d'intervento proprie del Capitolato speciale d'appalto.

➤ **Consiglio di Stato, Ad. Plen., 14 dicembre 2022, n. 16**

Modalità di attribuzione del punteggio alle offerte tecniche

Nel diritto dei contratti pubblici, i commissari di gara cui è demandato il compito di esprimere una preferenza o un coefficiente numerico, quando procedono alla valutazione degli elementi qualitativi dell'offerta tecnica possono confrontarsi tra loro in ordine a tali elementi prima di attribuire individualmente il punteggio alle offerte, purché tale confronto non si presti ad una surrettizia introduzione del principio di collegialità, con la formulazione di punteggi precostituiti *ex ante*, laddove tali valutazioni debbano essere, alla luce del vigente quadro regolatorio, anzitutto di natura esclusivamente individuale.

Con riferimento al metodo del "*confronto a coppie*", in particolare, l'assegnazione di punteggi tutti o in larga parte identici e non differenziati da parte dei tutti i commissari annulla l'individualità della valutazione che, anche a seguito della valutazione collegiale, in una prima fase deve necessariamente mantenere una distinguibile autonomia preferenziale nel confronto tra la singola offerta e le altre, in modo da garantire l'assegnazione di coefficienti non meramente ripetitivi e il funzionamento stesso del confronto a coppie.

Le valutazioni espresse dai singoli commissari, nella forma del coefficiente numerico non comparativo, possono ritenersi assorbite nella decisione collegiale finale, in assenza di una disposizione che ne imponga l'autonoma verbalizzazione, mentre per il confronto a coppie la manifestazione della preferenza deve essere anzitutto in una prima fase individuale, nel senso sopra precisato, e in quanto tale individualmente espressa e risultante dalla verbalizzazione.

➤ **TAR Sardegna, Sez. II, 28 dicembre 2022, n. 898**

Pregresse vicende professionali del concorrente – Valutazione della Stazione appaltante – Motivazione dell'ammissione in gara

In conformità alle indicazioni fornite dal Consiglio di Stato (Sez. IV, 14 giugno 2022, n. 4831), in merito agli obblighi motivazionali delle SS.AA. in caso di ammissione alla gara dei concorrenti, si osserva che:

- la stazione appaltante, che procede all'ammissione alla gara di un'impresa, non ritenendo rilevanti le pregresse vicende professionali dichiarate dal concorrente, non è tenuta ad esplicitare in maniera analitica le ragioni di siffatto convincimento, potendo la motivazione risultare anche implicitamente o per *facta concludentia*, ossia con la stessa ammissione alla gara dell'impresa (Cons. Stato, Sez. V, 19 febbraio 2021, n. 1500; id. 9 settembre 2019, n. 6112);
- la motivazione può essere ricavata per *relationem* dall'adesione della

stazione appaltante alle argomentazioni con le quali, nel rendere le rispettive controdeduzioni, le società partecipanti alla gara hanno contestualmente indicato le ragioni idonee ad escludere l'incidenza delle vicende ivi indicate sulla propria integrità ed affidabilità professionale (Cons. Stato, sez. IV, 10 novembre 2021, n. 7501);

- il provvedimento di esclusione, fondato sulla valutazione della esistenza di un illecito professionale e sulla sua qualificazione in termini di "gravità" tali da minare la affidabilità del concorrente, necessita invece di una espressa e puntuale motivazione;

- solo una pregressa vicenda professionale che appaia, *ictu oculi*, di particolare rilevanza, impone alle Amministrazioni oneri positivi di istruttoria e di motivazione, in funzione di tutela delle legittime aspirazioni degli altri concorrenti e del più generale interesse pubblico alla corretta e trasparente gestione della procedura (Cons. Stato, sez. V, n. 1500 del 2021).

➤ **Consiglio di Stato, Sez. V, 28 dicembre 2022, n. 11439**

Consorzio ordinario ex art. 2602 cod. civ. e Consorzio stabile – Distinzioni

Nei consorzi con attività esterna l'organizzazione è destinata a svolgere un'attività con i terzi, implicando generalmente la creazione di un ufficio al quale faranno capo i rapporti giuridici posti in essere. Il consorzio con attività esterna è privo di personalità giuridica, ma è un autonomo centro di rapporti giuridici ed assume la responsabilità, garantita dal fondo consortile, dei contratti stipulati in nome proprio, assumendone anche il rischio, di natura extra-contrattuale, derivante dalla gestione di un'attività imprenditoriale.

I consorzi stabili sono, invece, soggetti dotati di autonoma personalità giuridica, distinta dalle imprese consorziate, configurandosi, dunque, come aggregazioni durevoli di soggetti che nascono da un'esigenza di cooperazione ed assistenza reciproca e che, operando come un'unica impresa, si accreditano all'esterno come soggetto distinto (cfr. Cons. Stato, III, 4 febbraio 2019, n. 865).

Secondo l'ormai consolidato indirizzo giurisprudenziale, per poter attribuire al consorzio la qualifica di consorzio stabile è essenziale la sussistenza del c.d. "*elemento teleologico*", ossia l'astratta idoneità del consorzio, esplicitamente consacrata nel relativo statuto, di operare con un'autonoma struttura di impresa, capace di eseguire, anche in proprio, ovvero senza l'ausilio necessario delle strutture imprenditoriali delle consorziate, le prestazioni previste nel contratto (ferma restando la facoltà per il consorzio, che abbia tale struttura, di eseguire le prestazioni, nei limiti consentiti, attraverso le consorziate) (cfr. Cons. Stato, V, 17 gennaio 2018, n. 276). A tal fine, è essenziale l'esistenza di un'azienda consortile, intesa nel senso civilistico di "*complesso di beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa*".

L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con la sentenza 18 marzo 2021, n. 5, ha chiarito la differenza tra il consorzio ordinario di cui agli artt. 2602 e ss. del codice civile e il consorzio stabile, la cui disciplina si rinviene nell'art. 45, comma 2, lett. c), del d.lgs. n. 50/16: il consorzio ordinario, pur essendo un autonomo centro di rapporti giuridici, non comporta l'assorbimento delle aziende consorziate in un organismo unitario costituente un'impresa collettiva, né esercita autonomamente e direttamente attività imprenditoriale, ma si limita a disciplinare e coordinare, attraverso un'organizzazione comune, le azioni degli imprenditori riuniti.

Ne discende che, ai fini della disciplina in materia di contratti pubblici, il consorzio ordinario è considerato un soggetto con identità plurisoggettiva, che opera in qualità di mandatario delle imprese della compagine. Esso prende necessariamente parte alla gara per tutte le consorziate e si qualifica attraverso di esse, in quanto le stesse, nell'ipotesi di aggiudicazione, eseguiranno il servizio, rimanendo esclusa la possibilità di partecipare solo per conto di alcune associate.

I consorzi stabili invece, ai sensi dell'art. 45, comma 2, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016, sono costituiti *“tra imprenditori individuali, anche artigiani, società commerciali, società cooperative di produzione e lavoro”* che *“abbiano stabilito di operare in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture per un periodo di tempo non inferiore a cinque anni, istituendo a tal fine una comune struttura di impresa”*. I partecipanti in questo caso danno vita ad una stabile struttura di impresa collettiva, la quale, oltre a presentare una propria soggettività giuridica con autonomia anche patrimoniale, rimane distinta e autonoma rispetto alle aziende dei singoli imprenditori ed è strutturata, quale azienda consortile, per eseguire, anche in proprio (ossia senza l'ausilio necessario delle strutture imprenditoriali delle consorziate), le prestazioni affidate a mezzo del contratto.

Sulla base di questa impostazione, la Corte di giustizia UE ammette la contemporanea partecipazione alla medesima gara del consorzio stabile e della consorziate, ove quest'ultima non sia stata designata per l'esecuzione del contratto e non abbia pertanto concordato la presentazione dell'offerta (23 gennaio 2009, C-376/08).

➤ **Consiglio di Stato, Sez. V, 3 gennaio 2023, n. 68.**

Requisiti di gara - Iscrizione al Mepa a pena di esclusione – Nullità – Strumento restrittivo della partecipazione alla gara – Art. 83 D.lgs. 50/16

L'iscrizione al MEPA fornisce agli operatori economici la possibilità di interagire con le SS.AA., secondo criteri di semplificazione e di tracciabilità, su una piattaforma digitale, cui peraltro è possibile accreditarsi attraverso un procedimento di abilitazione fondato su dati autocertificati dalla stessa impresa richiedente l'abilitazione. Tale iscrizione però, oltre a non poter surrogare né integrare il sistema di

qualificazione professionale delle imprese, non può tradursi in uno strumento restrittivo della partecipazione alla gara, contravvenendo alle sue stesse finalità.

Ne consegue che la previsione della iscrizione del concorrente al MEPA integra una clausola impositiva di un obbligo *contra ius*, in quanto, in assenza di una norma di rango primario, impone, a pena di esclusione, un ulteriore adempimento formale ai fini della partecipazione al confronto selettivo.

➤ **Consiglio di Stato, Ad. Plen., 13 gennaio 2023, sentenze nn. 2-3.**

Incremento del quinto – Raggruppamento misto per qualificazione appalto lavori pubblici – Ammissibilità

L'art. 61, comma 2, del d.P.R. n. 207 del 2010, secondo cui nel raggruppamento c.d. *orizzontale*, l'incremento premiale del c.d. "*quinto di iscrizione*" si applica con riferimento a ciascuna impresa raggruppata o consorziata, a condizione che essa sia qualificata per una classifica pari ad almeno un quinto dell'importo dei lavori a base di gara, opera anche nei riguardi del raggruppamento c.d. *misto*, nei confronti delle imprese del singolo sub-raggruppamento orizzontale per l'importo dei lavori della categoria prevalente o della categoria scorporata a base di gara.

➤ **Consiglio di Stato, Sez. IV, 16 gennaio 2023, n. 502.**

Avvalimento – Certificazione di qualità – Ammissibilità – Condizioni e limiti

In caso di avvalimento, l'impresa ausiliata può utilizzare tutti i requisiti afferenti alla capacità economica e tecnica dell'impresa ausiliaria, non esclusa la certificazione di qualità.

In tale prospettiva, è stato osservato che, qualora oggetto di avvalimento sia la certificazione di qualità, è indispensabile che l'impresa ausiliaria metta a disposizione dell'impresa ausiliata tutta la propria organizzazione aziendale, comprensiva di tutti i fattori della produzione e di tutte le risorse che, complessivamente considerati, le hanno consentito di acquisire la certificazione di qualità (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 13 settembre 2021, n. 6271; Sez. V, 18 marzo 2019, n. 1730; Sez. V, 27 luglio 2017, n. 3710).

L'avvalimento riferito alla certificazione di qualità, però, ha ad oggetto un requisito "inscindibile", nel senso che l'organizzazione aziendale non può essere utilizzata dall'ausiliata e contemporaneamente essere messa a disposizione dell'ausiliaria (cfr. *ex multis* **Cons. Stato, Sez. V, n. 2515 del 9 marzo 2022**).

➤ **Consiglio di Stato, Sez. V, 26 gennaio 2023, n. 909.**

Accordo quadro – Verifica di anomalia – Costo approssimativo manodopera - Sufficienza

Nel caso di accordo quadro "...avendo la gara ad oggetto un accordo quadro, di

Nomos Appalti

Consulenza legale agli Enti Locali

natura meramente programmatica, ed essendo, quindi, impossibile l'esatta quantificazione ex ante delle singole voci di costo che si riveleranno necessarie per l'esecuzione dei contratti di volta in volta conclusi, è sufficiente l'indicazione di un costo approssimativo della manodopera, che verrà in seguito specificato nei contratti applicativi."

➤ **Consiglio di Stato, Sez. III, 3 febbraio 2023, n. 1175.**

Contributo AN.A.C. tardivo – Soccorso istruttorio – Nullità causa di esclusione

La clausola del bando che sancisce con l'esclusione dalle gare il caso di tardivo pagamento del contributo AN.A.C. è da intendersi come non apposta a tutti gli effetti di legge e, quindi, improduttiva di effetti siccome *tamquam non esset*, sicché non sussiste alcun onere di doverla impugnare, dovendosi semmai impugnare gli atti conseguenti che ne facciano applicazione (cfr. *ex multis* **Cons. Stato, Ad. Plen., n. 22, 16 ottobre 2020**).

* _ * _* _* _* _*

Nel restare a disposizione si porgono cordiali saluti.

Avv. Francesco Lilli
(responsabile del servizio)

