

Roma, 10 ottobre 2023

Circolare n. 765/2023

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

OGGETTO: RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA N. 4/2023

➤ **Consiglio di Stato, Sez. VI, 2 febbraio 2023 n. 1145**
Fornitura – Presentazione di campioni – Rilevanza – Scheda tecnica – Funzione integrativa.

Qualora dal disciplinare di gara per affidamento di una fornitura emerga l'attribuzione, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, di notevole rilievo alla presentazione di campioni, prescrivendo minuziosamente le modalità di esecuzione e di consegna degli stessi e che le schede tecniche devono essere inserite all'interno del plico contenente i campioni medesimi, in tal caso è da ritenere che detti campioni devono soddisfare i requisiti minimi richiesti ai fini della presentazione dell'offerta, con conseguente legittimità dell'esclusione della stessa ove risulti che i campioni consegnati non soddisfano detti requisiti.

➤ **Consiglio di Stato, Sez. V, 9 febbraio 2023 n. 1449**
Avvalimento c.d. "Premiale" – Legittimità – Completa l'offerta del concorrente.

Ai sensi dell'art. 89, d.lgs. 50/16 e s.m.i., è legittima la situazione in cui l'avvalimento è utilizzato per il suo scopo tipico, cioè quello di fare conseguire all'impresa concorrente il requisito di partecipazione di cui è priva, ma tale utilizzazione non può andare disgiunta da quella valevole anche per ottenere punteggi addizionali per la qualità dell'offerta tecnica "giacché le risorse, i beni e le capacità dell'impresa ausiliaria contemplati nel contratto di avvalimento entrano a far parte organica della complessiva offerta presentata dalla concorrente" (come testualmente affermato dal Consiglio di Stato, Sez. V, 25 marzo 2021, n. 2526, alla cui motivazione si rinvia, specie nella parte in cui qualifica come fisiologica "l'eventualità che l'operatore economico concorrente ricorra all'avvalimento al fine di conseguire i requisiti di cui è carente e, nello strutturare e formulare la propria offerta tecnica, contempli nell'ambito della stessa anche beni o prodotti forniti dall'impresa ausiliaria ovvero mezzi, attrezzature, risorse e personale messi a disposizione da quest'ultima: nel quale caso è evidente che i termini dell'offerta negoziale devono essere apprezzati e

valutati in quanto tali, con l'attribuzione dei relativi punteggi, nella prospettiva di un'effettiva messa a disposizione della stazione appaltante all'esito dell'aggiudicazione e dell'affidamento del contratto").

➤ **Consiglio di Stato, Sez. V, 13 febbraio 2023 n. 1522**

Valutazione offerta anomala - Spetta alla Stazione Appaltante – Sindacato del giudice - Limiti

La valutazione di anomalia dell'offerta costituisce espressione della discrezionalità tecnica, di cui l'amministrazione è titolare per il conseguimento e la cura dell'interesse pubblico ad essa affidato dalla legge (Cons. Stato, sez. V, 14 giugno 2021, n. 4620 e 1° giugno 2021, n. 4209): detta valutazione è, di norma, sottratta al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo che non sia manifestamente inficiata da illogicità, arbitrarietà, irragionevolezza, irrazionalità o travisamento dei fatti.

Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni operate dalla stazione appaltante in ordine al giudizio di anomalia dell'offerta non può estendersi oltre l'apprezzamento della loro intrinseca logicità e ragionevolezza, nonché della congruità della relativa istruttoria, essendo preclusa all'organo giurisdizionale la possibilità di svolgere (autonomamente o a mezzo di consulenti tecnici) un'autonoma verifica circa la sussistenza, o meno, dell'anomalia, trattandosi di questione riservata all'esclusiva discrezionalità tecnica dell'amministrazione.

Scontata l'opinabilità della valutazione, il giudice non può sostituirsi all'amministrazione, essendogli consentita la sola verifica di ragionevolezza, coerenza e attendibilità delle scelte compiute dalla stessa; se è stata riscontrata una corretta applicazione della regola tecnica al caso di specie, il giudice deve fermarsi, quando il risultato cui è giunta l'amministrazione è uno di quelli resi possibili dall'opinabilità della scienza, anche se esso non è quello che l'organo giudicante avrebbe privilegiato.

In definitiva, il sindacato del giudice nel valutare la legittimità di valutazioni frutto di discrezionalità tecnica, è pieno, penetrante, effettivo, ma non sostitutivo.

➤ **Consiglio di Stato, Sez. V, 15 febbraio 2023 n. 1589**

Verifica di congruità di un'offerta – Non può essere effettuata attraverso un giudizio comparativo che coinvolga altre offerte.

Per consolidata giurisprudenza, la verifica di congruità di un'offerta non può essere effettuata attraverso un giudizio comparativo che coinvolga altre offerte, perché va condotta con esclusivo riguardo agli elementi costitutivi dell'offerta analizzata e alla capacità dell'impresa offerente, tenendo conto della sua organizzazione aziendale e, se del caso, della comprovata esistenza di particolari condizioni favorevoli esterne. Il raffronto fra offerte differenti non è dunque indicativo.

➤ **TAR Puglia, Bari, Sez. II, 17 febbraio 2023 n. 331**

Offerta economica priva di firma digitale – Soccorso istruttorio - Legittimità

La firma digitale garantisce la data della sottoscrizione e la non modificabilità del documento, oltre che la provenienza di questo da colui che risulta averla apposta (*ex multis*, Cons. Stato sez. V, 17 agosto 2022, n. 7209). Pertanto, è possibile integrare mediante soccorso istruttorio anche un'offerta economica, priva di firma digitale, da rendere in una procedura telematica di selezione per l'aggiudicazione di un appalto pubblico, laddove gli atti di regolamentazione stabiliscano l'esclusione dell'operatore economico (cfr. TAR Sicilia, Catania, Sez. I, 15 luglio 2022, n. 1941).

Lo svolgimento della gara tramite piattaforma telematica, in definitiva, proprio in ragione del fatto che le credenziali ottenute in fase di registrazione sono idonee a consentire il caricamento della documentazione di partecipazione, rende possibile un soccorso istruttorio che, altrimenti, andrebbe escluso.

➤ **Consiglio di Stato, Sez. IV, 22 febbraio 2023 n. 1844**

Rinegoziazione per aumenti eccezionali negli appalti pubblici – Anomalo andamento del mercato già noto al contraente in sede di stipula del contratto – Istanza - Diniego

La rinegoziazione dei prezzi può essere richiesta a condizione che, all'atto della stipulazione, l'affidatario non fosse già a conoscenza dell'andamento straordinario ed abnorme del mercato: infatti, in tale situazione non si è neppure di fronte al "*verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili*" in un momento successivo al perfezionamento del vincolo contrattuale, come richiede, invece, il disposto dell'art. 1467 c.c..

➤ **TAR Lazio, Roma, Sez. II-ter, 23 febbraio 2023 n. 3086**

La scelta del CCNL – È rimessa alla libertà decisionale dell'imprenditore – Compatibilità con l'effettiva attività da espletare

La scelta del C.C.N.L. è rimessa alla libertà decisionale dell'imprenditore, con l'unico limite di garantire la coerenza del contratto prescelto con l'oggetto dell'appalto. La normativa vigente consente, quindi, che possa essere applicata più di una tipologia di C.C.N.L. esistente, a condizione che il tipo di contratto scelto sia connesso e compatibile con l'effettiva attività da espletare.

➤ **Consiglio di Stato, Sez. V, 9 marzo 2023 n. 2502**

Iscrizione C.C.I.A.A.A – Requisito di idoneità professionale coerente con l'oggetto dell'appalto – Valutazione complessiva di compatibilità.

La funzione dell'iscrizione camerale è quella di consentire la partecipazione alla gara dei soli concorrenti forniti di una professionalità coerente con le prestazioni oggetto dell'affidamento.

Tale coerenza va intesa complessivamente, richiedendo cioè una verifica in

concreto di compatibilità dei requisiti professionali rispetto all'oggetto della gara (Cons. Stato, V, 16 gennaio 2023, n. 529); peraltro, anche accedendo all'interpretazione più rigorosa, essendo la certificazione camerale finalizzata ad accertare il concreto ed effettivo svolgimento di una determinata attività adeguata e direttamente riferibile al servizio da svolgere (Cons. Stato, V, 18 gennaio 2021, n. 508), sarebbe difficilmente contestabile, sul piano logico, che un operatore in grado di eseguire lavori edili, non sia anche idoneo a svolgerli nello specifico dei servizi integrati per la manutenzione degli edifici dell'amministrazione comunale.

➤ **Consiglio di Stato, Sez. V, 20 marzo 2023 n. 2806**

Clausola sociale – Finalità – Modalità attuative – Flessibilità

La clausola sociale non obbliga l'aggiudicatario ad assumere tutto il personale in carico all'appaltatore uscente, né tanto meno ad applicare le medesime condizioni contrattuali o, infine, a riconoscere l'anzianità pregressa. Ciò in quanto, nell'applicazione di dette clausole, è necessario procedere attraverso un bilanciamento fra più valori, tutti di rango costituzionale ed europeo; da un lato, il rispetto della libertà di iniziativa economica privata, garantita dall'art. 41 Cost., che riconosce la libertà di impresa, conformemente alle legislazioni nazionali; dall'altro, il diritto al lavoro, la cui protezione è imposta dall'art. 35 Cost.. Per tali ragioni la clausola va formulata e intesa in maniera elastica e non rigida, rimettendo all'operatore economico concorrente finanche la valutazione in merito all'assorbimento dei lavoratori impiegati dal precedente aggiudicatario. Solo 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 temperato 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.

➤ **TAR Veneto, Sez. I, 27 marzo 2023 n. 386**

Accesso agli atti – Segreti commerciali e accesso c.d. "difensivo" – Prevalenza dell'accesso

I segreti tecnici commerciali e il diritto d'accesso difensivo non sono "*valori di eguale dignità*", atteso che il diritto di accesso c.d. "*difensivo*" trova una tutela rafforzata direttamente nell'art. 24 della Costituzione (cfr. anche T.A.R. Lombardia, Milano, 24 gennaio 2022, n. 145).

Ed infatti, il legislatore, nel bilanciare il diritto di accesso con quello alla riservatezza del segreto tecnico commerciale, prevede, al comma 5, lettera a) dell'art. 53, d.lgs. n. 50/16, l'esclusione e il divieto di ogni forma di divulgazione delle sole "*informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali*", e il successivo comma

6, palesa che, in relazione alle informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima, è comunque consentito l'accesso al concorrente ai fini "della difesa in giudizio dei propri interessi con riferimento alla procedura di affidamento del contratto".

➤ **Consiglio di Stato, Sez. V, 28 marzo 2023 n. 3180**

Subappalto qualificante - Art. 105 d.lgs. 50/2016 - Concorrente privo dei requisiti - Obbligo di dichiarare volontà di ricorrere al subappalto - Mancata dichiarazione - Esclusione - Soccorso istruttorio - Inammissibilità
Laddove privo del requisito di gara, il concorrente è tenuto a dare espressa indicazione della volontà di ricorrere al subappalto per qualificarsi: viene così in rilievo una specifica dichiarazione, che non coincide con quella generale inerente l'intenzione di subappaltare una parte dei lavori, servizi o forniture.

Il concorrente non è tenuto a indicare il nominativo del subappaltatore già in sede di offerta, ma è tenuto senz'altro a dichiarare la volontà di ricorrere al subappalto per supplire al requisito di qualificazione mancante. Più chiaramente, l'operatore economico deve dichiarare sin dalla domanda di partecipazione la volontà di avvalersi del subappalto c.d. "necessario" ove è ben evidenziata la diversità di presupposti e di funzioni delle due dichiarazioni, di ricorrere al subappalto facoltativo oppure a quello necessario.

La mancata dichiarazione del concorrente partecipante ad una procedura di evidenza pubblica della volontà di far ricorso al subappalto c.d. "necessario", non può essere oggetto di soccorso istruttorio, una volta che la stazione appaltante abbia accertato la carenza dei requisiti di partecipazione coerenti con la percentuale di lavori che l'impresa si è impegnata a realizzare.

* _ * _ * _ * _ * _ *

Nel restare a disposizione si porgono cordiali saluti.

Avv. Francesco Lilli
(responsabile del servizio)

