

GIURISPRUDENZA

Le pronunce riportate di seguito sono visualizzabili per esteso cliccando in corrispondenza degli estremi

Il collegamento fra operatori economici e l'imputazione dell'offerta a un unico centro decisionale: quando l'esclusione è legittima

[TAR Lombardia, sez. I, 1 agosto 2018, n. 1918](#)

COLLEGAMENTO SOSTANZIALE FRA IMPRESE – ELEMENTI DI FATTO – INDIZI GRAVI PRECISI E CONCORDANTI – RILEVA IL DATO OGGETTIVO – ESCLUSIONE



Il caso in esame prende le mosse da una gara indetta dal Comune di Milano per la conclusione di un accordo quadro con un unico operatore economico per interventi viabilistici a favore delle utenze deboli; un'impresa concorrente veniva esclusa dalla procedura in quanto la stazione appaltante aveva ravvisato alcuni indizi di collegamento fra tale società e un'altra

partecipante alla medesima gara; a presidio del regolare affidamento dell'appalto, l'**art. 80, c. 5, lett e), d.lgs. 50/2016** prevede, infatti, una specifica ipotesi di esclusione relativa alla sussistenza di situazioni di **controllo** e **collegamento** tra operatori economici partecipanti alla medesima procedura che comporti l'imputazione dell'offerta ad un **unico centro decisionale**.

Le circostanze di fatto che, ad avviso della stazione appaltante, costituivano **indizi gravi, precisi e concordanti** circa l'esistenza del collegamento fra le due società e l'imputazione ad un unico centro decisionale erano i seguenti: rapporti di parentela fra i legali rappresentanti delle due società, medesima sede legale, medesimo recapito (anche telefonico), partecipazione in RTI a gare bandite precedentemente, a comprova di stretti rapporti di collaborazione e sinergia aziendale, documentazione di gara confezionata con le stesse modalità, SOA rilasciata dal medesimo organismo di attestazione, polizze fideiussorie rilasciate lo stesso giorno, dallo stesso intermediario e con numerazione progressiva ravvicinata, il fatto che entrambe le imprese avessero presentato copia conforme del certificato di iscrizione alla C.C.I.A.A. con dichiarazione sostitutiva dello stesso e che entrambe avessero reso dichiarazioni non richieste dal bando di gara.

Nel caso di specie, una volta individuate tali circostanze, il Comune di Milano aveva avviato un **contraddittorio** con le imprese, non ritenendo però che le risposte fornite dalle medesime fossero sufficienti a modificare il proprio orientamento sul punto. Il TAR respingeva dunque il ricorso, ritenendo che l'Amministrazione avesse agito in maniera **legittima escludendo** il concorrente che versava in tale situazione, nella quale ciò che rileva è il "**dato oggettivo, autonomo e svincolato da valutazioni a posteriori di tipo qualitativo**" e non, come affermato dalla ricorrente, una valutazione successiva sul contenuto in concreto delle offerte.

La somma dei ribassi offerti dai concorrenti ammessi ai fini della determinazione del fattore di correzione di cui all'art. 97, c. 2, lett. b), del Codice va effettuata previo taglio delle ali?

[Cons. Stato, Ad. plen., 30 agosto 2018, n. 13](#)

OFFERTE ANOMALE – ESCLUSIONE AUTOMATICA – SOTTO SOGLIA – PREZZO PIÙ BASSO – FATTORE DI CORREZIONE – TAGLIO DELLE ALI



L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha deciso la questione relativa all'interpretazione dell'**art. 97, c. 2, lett. b) d.lgs. 50/2016**.

La vicenda attiene ad una procedura aperta accelerata ex art. 60, c. 3, d.lgs. 50/2016, da aggiudicare con il criterio del prezzo più basso, in relazione alla quale era prevista l'esclusione automatica delle offerte anomale. La congruità di tali offerte andava valutata con il criterio previsto alla lett. b) del citato art. 97 del Codice.

In particolare, l'Adunanza plenaria ha chiarito se la locuzione della seconda parte dell'art. 97 *"somma dei ribassi offerti dai concorrenti ammessi"* in relazione ai quali applicare il cd. **fattore di correzione** debba essere riferita a tutti i concorrenti ammessi alla gara oppure ai soli concorrenti che residuano all'esito del **'taglio delle ali'**.

Secondo un **primo orientamento**, condiviso dalla Sezione remittente, occorrerebbe **distinguere**: a) da un lato, la platea dei concorrenti in relazione ai quali determinare la media aritmetica dei ribassi (individuata dalla locuzione **'offerte ammesse'** della prima parte dell'art. 97), la quale va identificata **previo** taglio delle ali; b) dall'altro lato, la platea dei concorrenti da prendere in considerazione ai fini della determinazione del cd. **fattore di correzione** (individuata, per l'appunto, dalla locuzione **'concorrenti ammessi'** della seconda parte dell'articolo), la quale andrebbe identificata con la platea dei concorrenti ammessi **senza** il taglio delle ali.

In base ad un **secondo orientamento**, condiviso dal Collegio, la locuzione **'offerte ammesse'** al netto del taglio delle ali della prima parte dell'art. 92 e la locuzione **'concorrenti ammessi'** della seconda parte del medesimo articolo fanno riferimento a **platee omogenee** di concorrenti, individuate **entrambe** previo taglio delle ali. Per l'Adunanza plenaria, dunque, *"la somma dei ribassi offerti dai concorrenti ammessi (finalizzata alla determinazione del fattore di correzione) deve essere effettuata con riferimento alla platea dei concorrenti ammessi, ma al netto del cd. taglio delle ali"*. Optando per tale interpretazione, l'Adunanza plenaria ha aderito all'approccio suggerito anche dall'A.N.AC. nelle Linee guida n. 4, nel testo aggiornato con la delibera del 1. marzo 2018, n. 206.

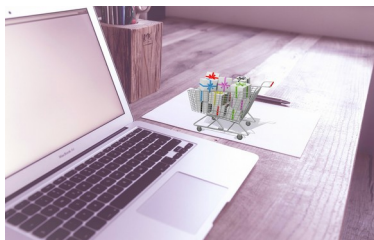
* * * * *

Il principio di rotazione negli appalti cd. "sottosoglia": una RDO rivolta a tutti gli operatori abilitati sul MePa non equivale ad una procedura aperta

[TAR Puglia, Lecce, sez. I, 4 settembre 2018, n. 1322](#)

PROCEDURE SOTTO-SOGLIA – RDO SUL MEPA RIVOLTA A TUTTI GLI OPERATORI ABILITATI COMPRESO IL CONTRAENTE USCENTE – IMPOSSIBILITÀ PER I

SOGGETTI NON ABILITATI SUL MEPA DI PARTECIPARE – PROCEDURA NON PIENAMENTE CONCORRENZIALE



Il TAR pugliese si è pronunciato in merito all'applicazione del **principio di rotazione** nelle procedure di gara sottosoglia di cui agli artt. 30 e 36 d.lgs. 50/2016 e sull'obbligo di **non invitare** il gestore uscente.

In particolare, il giudice amministrativo ha ritenuto illegittima l'aggiudicazione in favore del contraente uscente, avvenuta nell'ambito di un acquisto tramite MePa aperto a tutti gli operatori economici iscritti al portale dell'amministrazione (oltre 4.000 società), per violazione del principio di rotazione e per mancanza di motivazione a sostegno della scelta di invitare alla procedura il precedente gestore.

La sentenza effettua un richiamo alle Linee guida n. 4 del 2016, nelle quali l'A.N.AC., dopo aver ribadito l'obbligo di applicazione del principio di rotazione e la possibilità di reinvitto del gestore uscente solo con motivazione tale da giustificare la deroga al principio, ha ammesso che il principio di rotazione può non trovare applicazione *“quando il nuovo affidamento avvenga tramite **procedure ordinarie** o comunque **aperte** al mercato, nelle quali la stazione appaltante non operi alcuna limitazione in ordine gli operatori economici tra i quali effettuare la selezione”*.

Nel caso di specie, il TAR ha ritenuto che una **procedura** tramite **MePa** con invito rivolto a tutti gli operatori economici iscritti al mercato elettronico della pubblica amministrazione **non** possa essere considerata **equivalente** ad una procedura aperta, non realizzandosi i presupposti per una **concorrenzialità pura**, poiché *“i non iscritti a detto portale non hanno potuto partecipare alla procedura”*.

Un siffatto procedimento è da considerare, indipendentemente dal numero di operatori economici invitati, a tutti gli effetti una **procedura ristretta** che pone in capo alla stazione appaltante l'obbligo di fornire una **puntuale e rigorosa motivazione** (non presente nel caso in esame) in ordine alla scelta di invitare il gestore uscente in deroga al principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti.

Può l'operatore economico definitivamente escluso dalla gara contestare il provvedimento di aggiudicazione?

[TAR Friuli-Venezia Giulia, sez. I, 21 settembre 2018, n. 300](#)

ESCLUSIONE DALLA GARA – LEGITTIMAZIONE AL RICORSO – PROVVEDIMENTO DI AGGIUDICAZIONE – INAMMISSIBILITÀ



La sentenza in esame riguarda la **legittimazione al ricorso** nell'ambito di un giudizio per l'annullamento del **provvedimento di aggiudicazione** di un appalto per l'affidamento del servizio di ristorazione scolastica.

Il Collegio ha rilevato che il TAR Friuli-Venezia Giulia, in parallelo giudizio, aveva già **respinto** il ricorso avverso il **provvedimento di esclusione** dalla gara

proposto dal medesimo ricorrente e, per tale ragione, ha dichiarato inammissibile il ricorso avverso il provvedimento di aggiudicazione.

Come evidenziato nella sentenza, infatti, per effetto dell'esclusione dalla gara – non annullata in sede giurisdizionale – la ricorrente, posta fuori dalla gara, è divenuta **estranea** alla procedura, in una posizione equiparabile a colui che non ha partecipato alla gara, e non è pertanto legittimata a contestarne gli esiti (sul punto cfr. Ad. plen., 7 aprile 2011, n. 4; Ad. plen., 25 febbraio 2014, n. 9; Cons. Stato, sez. IV, 20 aprile 2016, n. 1560).

In conclusione, il Collegio ha ritenuto che *“la legittimazione al ricorso spetta solo a chi **partecipa 'legittimamente'** alla gara, avendone i requisiti, ergo **non può contestare** la gara il concorrente definitivamente escluso, che non ha impugnato l'atto di esclusione, o il cui ricorso contro l'esclusione sia stato respinto dal G.A., come accaduto nel caso di specie”*.

NORMATIVA

Le fonti normative sottolineate sono visualizzabili per esteso cliccando in corrispondenza degli estremi

Novità in materia di lavori pubblici

Il 27 settembre 2018 è stato pubblicato il [Bollettino Ufficiale della Regione Trentino-Alto Adige \(B.U.R.\) n. 39](#), contenente il d.P.P. 21 settembre 2018, n. 13-88/Leg., che reca **modificazioni al d.P.P. 11 maggio 2012, n. 9-84/Leg** (*Regolamento di attuazione della legge provinciale 10 settembre 1993, n. 26, concernente "Norme in materia di lavori pubblici di interesse provinciale e per la trasparenza negli appalti" e di altre norme provinciali in materia di lavori pubblici*).

Il regolamento in esame introduce due novità di rilievo nella materia dei lavori pubblici che si vanno brevemente ad illustrare.

In primo luogo, si introduce una modificazione relativa alle **modalità di affidamento degli incarichi di natura tecnica di importo inferiore alla soglia europea**. A tal riguardo, con l'inserimento degli articoli 24-bis e 25-bis, si delinea una **nuova modalità di selezione dei professionisti** per gli affidamenti diretti e l'invito a confronti concorrenziali. Tale procedura si incentra sull'utilizzo dell'**elenco telematico** di cui all'articolo 19 della l.p. 9 marzo 2016, n. 2 e sul ricorso a **strumenti automatici** allo scopo di valorizzare le capacità professionali, la qualità e l'affidabilità dell'operatore economico e garantire la corrispondenza dell'oggetto dell'incarico e la qualificazione dell'operatore.

In secondo luogo, si introducono **modalità di scelta degli operatori economici da invitare negli affidamenti di lavori ad invito**.

Con la modifica dell'art. 54 del predetto regolamento in materia di lavori pubblici si introduce una disciplina che dà attuazione al **principio di rotazione**. In particolare, si sancisce il divieto di invito nei confronti dell'aggiudicatario dell'affidamento immediatamente precedente per la medesima categoria di opere e per la medesima fascia di importo nelle procedure negoziate senza pubblicazione del bando e nei cottimi. Egualmente, non possono essere invitati, in una percentuale pari almeno al 30%, gli operatori economici chiamati a partecipare all'affidamento immediatamente precedente, ma non risultati affidatari, per la medesima categoria di opere e per la medesima fascia di importo. Con riguardo agli affidamenti diretti, il regolamento stabilisce inoltre che, a determinate condizioni, l'aggiudicatario dell'affidamento immediatamente precedente non possa partecipare al successivo.

Accanto a tale disciplina, si prevedono alcune limitate deroghe cui la stazione appaltante può ricorrere dando specifica motivazione.

Il regolamento, che entrerà in vigore decorso l'ordinario periodo di *vacatio legis* (15 giorni), è accompagnato da una **disciplina transitoria** che gradua l'applicabilità dello stesso in relazione alle diverse fattispecie.

In ogni caso, per la descrizione dettagliata delle procedure previste nel nuovo regolamento si rinvia alla relazione illustrativa sullo schema di regolamento allegata alla [deliberazione della Giunta provinciale 14 settembre 2018, n. 1677](#).

Privacy, in vigore il decreto di adeguamento

È stato pubblicato in G.U. 4 settembre 2018, n. 205, il **d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101**, con il quale il legislatore italiano ha adeguato la normativa in materia di protezione dei dati personali ai contenuti del Regolamento (UE) 2016/679 del 27 aprile 2016 (cd. GDPR). Con tale decreto, il Regolamento UE – che come si ricorderà è entrato in vigore in tutta l'Unione europea lo scorso 24 maggio – assume piena operatività.

A supporto dell'esame del GDPR si rinvia alla Guida pubblicata dal Garante per la protezione dei dati personali.

DIALOGO TRA CORTI

Le pronunce sono visualizzabili per esteso cliccando in corrispondenza degli estremi

La compatibilità con il diritto UE della disciplina nazionale di cui all'art. 3, c. 1, lett. e), del d.lgs 50 del 2016, ai fini della qualificazione giuridica di Poste Italiane e del conseguente obbligo di svolgere procedure ad evidenza pubblica

[TAR Lazio, sez. III, ord. 12 luglio 2018, n. 7778](#)

CONTRATTI DELLA PA – ORGANISMO DI DIRITTO PUBBLICO – POSTE ITALIANE – POSTE TUTELA – COMPATIBILITÀ DELL'ART. 3, C. 1, LETT. E), D.LGS. 50/2016 CON LE NORME UE – RINVIO PREGIUDIZIALE ALLA CORTE DI GIUSTIZIA

Con **ordinanza n. 7778** del 2018, il TAR del Lazio ha rimesso alla Corte di giustizia la questione pregiudiziale relativa alla qualificazione di Poste Italiane s.p.a. quale **organismo di diritto pubblico**, ai sensi dell'**art 3, c. 1, lett. d), del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50** e delle direttive europee di riferimento (2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE), nonché la questione della compatibilità con tali direttive della disciplina nazionale di cui all'art. 3, c. 1, lett. e), del Codice dei contratti, ove tale disposizione sia intesa, in conformità all'interpretazione fornita dalla Corte di Cassazione nell'**ordinanza n. 4899 del 2018** (vincolante nel diritto interno per le questioni di giurisdizione), come derogatoria per le imprese che operano nei settori speciali, di cui alla parte II del Codice, dei principi generali enunciati nell'art. 1 e nel medesimo art. 3, c. 1, lett. a), del Codice stesso, per quanto riguarda l'obbligo di svolgere procedure ad evidenza pubblica, ove il contratto da concludere non sia attinente alle attività proprie dei settori speciali.

In primo luogo, ad avviso del Collegio va risolta positivamente la questione della qualificazione di Poste Italiane quale organismo di diritto pubblico alla luce dei seguenti

parametri: 1) attività finalizzata al soddisfacimento di **esigenze di interesse generale** aventi carattere **non industriale o commerciale**; 2) possesso di **personalità giuridica**; 3) attività finanziata in modo **maggioritario** dallo Stato o da altro ente pubblico o organismo di diritto pubblico ovvero la cui gestione sia soggetta a controllo di questi ultimi: nel caso di specie, si tratta di una s.p.a. attualmente controllata per una quota pari al 29,26% dal MEF, per il 35% da Cassa depositi e prestiti e per la restante quota da investitori privati. Tale società – pur operando, oltre che nel settore dei servizi postali, anche in ambito finanziario, assicurativo e di telefonia mobile, in regime di concorrenza – è in ogni caso tuttora concessionaria del cosiddetto servizio postale universale.

In secondo luogo il TAR chiede alla **Corte di giustizia** di verificare se i principi generali di cui all'art. 1 e al medesimo art. 3, c. 1, lett. a) del Codice, per quanto riguarda l'obbligo di svolgere procedure ad evidenza pubblica, siano o meno suscettibili di superamento in funzione di una spiccata prevalenza degli interessi di natura industriale e commerciale su quelli, di interesse per la collettività, giustificativi dell'originaria istituzione dell'organismo di diritto pubblico, ovvero se il riferimento agli organismi di diritto pubblico – formalmente presente nel citato art. 3, c. 1, lett. d), punto n. 1, d.lgs. n. 50 del 2016 – debba essere ritenuto non superabile, anche per imprese operanti in regime di concorrenza.

Sulla questione pregiudiziale interpretativa delle norme europee in materia di soccorso istruttorio a pagamento ex art. 38, c. 2-bis, del vecchio Codice dei contratti
[CGE, sez. VIII, 28 febbraio 2018, in C-523/16 e C-536/16](#)

APPALTI – DIRETTIVA 2004/18/CE – PROCEDURA DI AGGIUDICAZIONE – IRREGOLARITÀ ESSENZIALI – REGOLARIZZAZIONE OFFERTA – SANZIONI PECUNIARIE

Con due rinvii pregiudiziali, esaminati congiuntamente dalla Corte di giustizia, il giudice *a quo* chiede se il diritto dell'Unione, segnatamente **l'art. 51 della Dir. 2004/18/CE** relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, nonché i principi relativi all'aggiudicazione degli appalti pubblici, tra i quali quelli di parità di trattamento, di trasparenza e di proporzionalità, debbano essere interpretati nel senso che ostano a una normativa nazionale (nel caso di specie **l'art. 38, c. 2-bis del d.lgs. n. 163 del 2006**) che istituisce un meccanismo di soccorso istruttorio previo pagamento di una sanzione pecuniaria il cui importo, predeterminato dalla stazione appaltante e garantito dalla cauzione provvisoria, non può essere graduato a seconda della gravità dell'irregolarità cui si pone rimedio.

Per risolvere la questione, anzitutto la Corte evidenzia come l'art. 51 della direttiva 2004/18/CE prevede che, nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, la stazione appaltante **può** invitare gli operatori economici a **integrare o chiarire** i certificati e i documenti presentati, senza però dare alcuna indicazione circa le modalità in base alle quali una siffatta regolarizzazione possa avvenire o le condizioni alle quali essa possa eventualmente essere soggetta. La direttiva lascia quindi agli Stati membri la facoltà di decidere se subordinare tale possibilità di regolarizzazione al pagamento di **una sanzione pecuniaria**, come prevede nella fattispecie l'art. 38, c. 2-bis, del previgente Co-

dice dei contratti, purché non risultino compromessi o pregiudicati i richiamati principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità.

La Corte si pronuncia nel senso di ritenere **compatibile con il diritto UE** quella normativa nazionale che, regolando il meccanismo di soccorso istruttorio, consente all'amministrazione aggiudicatrice di invitare l'offerente la cui offerta sia viziata da irregolarità essenziali a regolarizzare la propria offerta previo pagamento di una sanzione pecuniaria, purché l'importo di tale sanzione rimanga conforme al **principio di proporzionalità**, circostanza questa che spetta al giudice del rinvio verificare. Restano **escluse** le ipotesi in cui l'irregolarità sia costituita dalla mancanza di un documento che, secondo le espresse disposizioni previste nella documentazione di gara, deve portare alla esclusione dell'offerente, ovvero tutte le ipotesi in cui le correzioni o modifiche apportate al fine di eliminare le irregolarità che inficiano l'offerta *"finirebbero con l'equivalere alla presentazione di una nuova offerta"*.

DOTTRINA, PRASSI E NOTIZIE

I contributi sottolineati, liberamente accessibili, sono visualizzabili per esteso cliccando in corrispondenza degli estremi

L'angolo della dottrina

Segnaliamo i seguenti contributi in materia di contratti pubblici, con le relative indicazioni per il loro reperimento:

GIORNALE DI DIRITTO AMMINISTRATIVO

(i dipendenti APAC accedono ai contenuti su www.edicolaprofessionale.com/gda con le credenziali note)

- G. FONDERICO, ***La regolazione amministrativa del trattamento dei dati personali***, 2018, 4, 415;
- G.M. MARENGHI, ***Il collegamento sostanziale fra imprese legittimato dal bando di gara***, 2018, 1, 89;
- I. PIAZZA, ***Diritto d'accesso e triloghi: un passo verso la trasparenza del processo legislativo europeo***, 2018, 4, 485.

URBANISTICA E APPALTI

(i dipendenti APAC accedono ai contenuti su www.edicolaprofessionale.com/urbapp con le credenziali note)

- F. BEVILACQUA, ***Attenzione alla "clausola sociale": neanche il CCNL può limitare la libertà imprenditoriale***, 2018, 3, 343;
- L. PRESUTTI, ***Il conflitto di interessi come causa di esclusione nel nuovo codice***, 2018, 4, 575;
- G. LO SAPIO, ***Rito superaccelerato e tecniche di "giuridificazione" degli interessi***, 2018, 4, 508.

- V. CAPUZZA, ***Subcontratti che non sono subappalti e disciplina antimafia: la previa comunicazione alla stazione appaltante e l'immediata esecuzione della fornitura con posa in opera***, in www.giustamm.it;
- M. CHIARELLI, ***Appalti pubblici di servizi a titolo gratuito***, in www.federalismi.it;

- S. FOÀ, M.R. CALDERARO, *I “gravi illeciti professionali” dell’operatore economico come elenco esemplificativo*, in *Giur. it.*, 2018, 7, 1681;
- V. NERI, *Il “bene della vita” è tutto nel diritto amministrativo?*, in www.giustizia-amministrativa.it;
- F. NOTARI, *Le criticità di un primo monitoraggio del FOIA taliano: il ruolo di ANAC, Garante privacy e giudici amministrativi*, in www.federalismi.it;
- F. PATRONI GRIFFI, *La decisione robotica e il giudice amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it;
- A. VARLARO SINISI, *I casi in cui i contratti continuativi di cooperazione e quelli di servizi e/o di fornitura non costituiscono subappalto; le prime indicazioni della giurisprudenza*, in www.appaltiecontratti.it.

Bando tipo A.N.AC. n. 3 (Servizi di architettura e ingegneria) e chiarimento al bando tipo n. 1 (Servizi e forniture)

Con delibera 31 luglio 2018, n. 723, pubblicata nella G.U. 11 agosto 2018, n. 186, A.N.AC. ha approvato il **bando tipo n. 3**, ai sensi dell'art. 213, c. 2, del Codice, per l'affidamento con procedura aperta di **servizi di architettura e ingegneria** di importo pari o superiore a 100.000 Euro con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo. Il disciplinare, efficace dal 26 agosto 2018, si conforma, per quanto compatibile, al **bando tipo n. 1** (Servizi e forniture nei settori ordinari sopra soglia comunitaria con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo). Il testo del disciplinare, la nota illustrativa e i vari allegati sono disponibili alla pagina www.anticorruzione.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/ContrattiPubblici/BandiTipo/bando3.

Proprio quest'ultimo disciplinare è stato oggetto di un **chiarimento** da parte dell'Autorità, la quale con **deliberazione 5 settembre 2018, n. 767**, ha precisato che “la previsione di cui al punto 7.1 (...) che richiede l'iscrizione a registri o albi, diversi da quelli della Camera di commercio, è da intendersi riferita sia ad abilitazioni specifiche ulteriori (es. Albo nazionale gestori ambientali), sia all'iscrizione ad altri registri o albi (es. registri regionali/provinciali del volontariato), qualora la stazione appaltante (...) preveda la partecipazione alla gara di quei soggetti ai quali la legislazione vigente non imponga, per l'espletamento dell'attività oggetto di gara, l'iscrizione alla Camera di commercio”.

Soccorso istruttorio: rassegna ragionata di pronunce del Consiglio di Stato

Il soccorso istruttorio è un istituto che ha lo scopo di favorire la concorrenza e la partecipazione alle procedure di gara. Può accadere, infatti, che le istanze di partecipazione, ad esempio, siano irregolari, sicché, al fine di far concorrere alla procedura il numero più ampio possibile di operatori economici (**favor participationis**), il legislatore ha dato la possibilità, alle condizioni indicate nel Codice, di regolarizzare le proprie dichiarazioni. Perciò la stazione appaltante, prima di adottare un provvedimento di esclusione dalla gara, invita il concorrente ad integrare le proprie dichiarazioni o a regolarizzare la propria posizione. Tuttavia, come noto, il soccorso istruttorio non può essere utilizzato quando le **irregolarità riguardano elementi essenziali**.

La giurisprudenza è chiamata di continuo a decidere quando le irregolarità coinvolgano o meno elementi essenziali e dunque se sia o meno possibile esperire il soccorso istruttorio. Molto di recente – e nell'arco di un periodo ristretto – il Consiglio di Stato ha avuto occasione di pronunciarsi almeno in quattro occasioni, che può essere utile sintetizzare di seguito.

La prima pronuncia del richiamato filone (**sez. V, 14 maggio 2018, 2853**) ha chiarito che, qualora le irregolarità riguardino elementi specifici dell'offerta tali da comportare una incertezza sull'offerta, dette irregolarità sono da qualificarsi come essenziali. A distanza di poco più di un mese (**sez. V, 27 giugno 2018, 3950**), Palazzo Spada ha deciso che l'irregolarità del versamento del contributo in favore dell'A.N.AC. può essere sanata mediante soccorso istruttorio, in quanto tale irregolarità è da ritenersi non essenziale (sul punto si è richiamata la sentenza della Corte di giustizia dell'UE 28 febbraio 2018, in C-523/16 e C-536/16). Lo stesso giorno, la stessa sezione del Consiglio di Stato (**sent. n. 3952**) ha stabilito che non rientra tra le irregolarità essenziali quella di mero errore formale derivante dall'errata indicazione della data e dalla sottoscrizione della copia rettificata di un contratto di avvalimento da parte della sola ausiliaria. A parere del Collegio ciò è infatti ininfluenza, né genera dubbi sull'appalto per la quale le parti si erano reciprocamente impegnate. Infine, altra significativa sentenza è stata quella (**sez. III, 3 luglio 2018, n. 4065**) nella quale si è affermato che la presentazione dell'istanza di partecipazione in un formato elettronico diverso da quello prescritto dal bando non comporta un'irregolarità essenziale se il formato utilizzato non impedisce la corretta visualizzazione del file.

La fissazione del ribasso massimo da parte della stazione appaltante

L'ANAC, nella sua attività di rilascio dei pareri di precontenzioso, ha adottato una significativa delibera – la [27 giugno 2018, n. 610](#) – nella quale l'Autorità si è soffermata sulla legittimità della clausola della *lex specialis* che fissava un ribasso massimo ammissibile rispetto alla base d'asta pari al 50 per cento. Una siffatta previsione aveva avuto come conseguenza che, nella procedura ad evidenza pubblica che ne era originata, quasi la metà degli operatori economici partecipanti avevano offerto proprio un ribasso della metà.

Nel provvedimento citato, A.N.AC. ha ritenuto illegittima tale clausola, dal momento che, fissando una percentuale massima di ribasso ammesso, la stazione appaltante finisce per indicare a priori il prezzo che essa reputa migliore, così da spingere i concorrenti a formulare un'offerta economica che si avvicini quanto più possibile al valore indicato nel bando o disciplinare di gara, con ciò annullando la concorrenza sull'elemento prezzo e anticipando, di fatto, la valutazione in ordine alla congruità dell'offerta nel suo complesso. Il risultato, secondo l'Autorità, è *“una erronea e, quindi, illegittima applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, laddove annulla di fatto la concorrenza sull'elemento prezzo, con effetti distorsivi (...) della procedura di aggiudicazione nel suo complesso”*.

I sopralluoghi in caso di RTI costituendo

Con la [deliberazione 31 luglio 2018, n. 714](#), A.N.AC. ha reso il parere sull'istanza di Proter s.r.l. in RTI costituendo con un'altra impresa, nella quale ci si doleva dell'esclusione, giudicata illegittima, dalla gara da parte della stazione appaltante. Tale esclusione derivava dal fatto che la società Proter (mandataria del costituendo RTI) aveva effettuato il **sopralluogo esclusivamente in nome proprio** e non anche in nome e per conto della mandante. Ad avviso dell'istante, il provvedimento era illegittimo, in quanto contrario *“all'art. 83, c. 8, del d.lgs. 50 del 2016 e al principio del favor participationis che impone, in presenza di clausole del bando non chiare, un'interpretazione non restrittiva”*.

L'Autorità, in sede di parere di precontenzioso, ha affermato che, quando le offerte possono essere formulate soltanto a seguito di una **visita dei luoghi**, in caso di raggruppamento temporaneo costituendo, il sopralluogo può essere effettuato da un rappresentante di uno dei soggetti raggruppati o da soggetto diverso, purché munito della **delega di tutte le imprese partecipanti** al raggruppamento. A tale riguardo A.N.AC. ha richiamato la costante **giurisprudenza**, che ha più volte chiarito, anche di recente (cfr., tra gli altri, TAR Campania, sez. VIII, 15 dicembre 2017, n. 5911), che l'obbligo di eseguire il sopralluogo si riferisce a ciascun soggetto e, quindi, anche alle imprese partecipanti ad un RTI.

Applicabilità della SCIA per l'apertura di una struttura socio-assistenziale secondo l'AGCM

L'Autorità garante della Concorrenza e del mercato ha reso il [parere 19 luglio 2018](#) in merito all'**applicabilità dell'istituto della segnalazione certificata di inizio attività (SCIA)**, a seguito di un diniego opposto da un Comune nei confronti di due strutture socio-assistenziali che avevano presentato richiesta di accreditamento solo in forza di una SCIA.

L'istituto della SCIA, disciplinato dall'art. 19 della legge n. 241/1990, prevede, com'è noto, che – in assenza di specifici vincoli – *“ogni atto di autorizzazione, licenza, concessione non costitutiva, permesso o nulla osta comunque denominato, comprese le domande per le iscrizioni in albi o ruoli richieste per l'esercizio di attività imprenditoriale, commerciale o artigianale il cui rilascio dipenda esclusivamente dall'accertamento di requisiti e presupposti richiesti dalla legge o da atti amministrativi a contenuto generale, e non sia previsto alcun limite o contingente complessivo o specifici strumenti di programmazione settoriale per il rilascio degli atti stessi, è sostituito da una segnalazione dell'interessato”*.

Tuttavia l'AGCM, nella formulazione del proprio parere, ha evidenziato la **natura peculiare delle strutture a ciclo residenziale e semiresidenziale**, la cui disciplina è ripartita tra le **competenze statali e quelle regionali**. Secondo quanto disposto dalla legge n. 328/2000, spetta ai Comuni il compito di rilasciare l'autorizzazione e l'accREDITAMENTO per tali strutture, mentre è in capo alle Regioni la definizione dei criteri. Pertanto, nel caso specifico e sulla base della normativa regionale vigente, l'Autorità ha concluso che *“ai fini di esercitare l'attività di gestione di strutture residenziali o semiresidenziali che prestano servizi socio assistenziali e ottenere l'accREDITAMENTO, occorre richiedere un provvedimento di autorizzazione e non è sufficiente la presentazione di una SCIA ai sensi dell'art. 19 della legge n. 241/90”*.

Whistleblowing: la tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità

L'Autorità Nazionale Anticorruzione ha posto in consultazione il **Regolamento volto a disciplinare l'esercizio del potere sanzionatorio ad essa attribuito in materia di whistleblowing** dall'art. 1 della l. 30 novembre 2017, n. 179. L'obiettivo di tale [documento](#) è quello di normare le modalità di presentazione delle segnalazioni al fine di garantire la massima tutela a coloro che abbiano segnalato reati o irregolarità nell'ambito di un rapporto di lavoro, nonché quello di regolamentare l'azione sanzionatoria dell'Autorità. In base a tale atto, A.N.AC. esercita i poteri sanzionatori a seguito dell'attività di vigilanza svolta d'ufficio o all'esito di segnalazioni ricevute, garantendo un **adeguato livello di trasparenza** mediante la **pubblicazione sul proprio sito istituzionale dei provvedimenti adottati**.

Inoltre, un [Comunicato del Presidente](#) datato 5 settembre 2018 ha fornito ulteriori indicazioni in relazione alla gestione delle segnalazioni effettuate dal dipendente pubblico che intenda salvaguardare l'integrità della pubblica amministrazione. Nello specifico la comunicazione invita ad **utilizzare a tale scopo la piattaforma informatica**, strumento che consente una maggior riservatezza dell'identità del soggetto segnalante e del contenuto di quanto notiziato.

Rassegna di giurisprudenza, normativa, dottrina e notizie dell'Agenda provinciale per gli Appalti e Contratti a cura di Davide Baldessari, Vincenzo Castello, Silvia Cuel, Stefano Defilippis, Clelia Gorgone, Paola Ninu, Laura Piccoli, Chiara Salatino, Leopoldo Zuanelli Brambilla

Provincia autonoma di Trento - Agenzia provinciale per gli Appalti e Contratti (APAC) - via Dogana n. 8
38122 Trento (TN) - Tel 0461/496494 - Fax 0461/496422 - apac@provincia.tn.it - www.appalti.provincia.tn.it

* * * * *

Crediti immagini: <https://pixabay.com/es>



RASSEGNA
a cura di
APAC

La rassegna si configura esclusivamente come uno strumento di lavoro. Nonostante la cura nel reperire, analizzare e diffondere i dati, in nessun caso l'Agenda potrà essere ritenuta responsabile di danni, di qualsiasi natura, causati direttamente o indirettamente dalla consultazione e dall'utilizzo dei suoi contenuti, nonché dall'affidamento degli utenti sui medesimi. Alcune informazioni, inoltre, sono collegate a siti esterni, rispetto ai quali APAC non ha alcun controllo e pertanto, analogamente, non si assume alcuna responsabilità.
