

Mario Petrulli

MANUALE DI DIFESA PER I PARTECIPANTI ALLE GARE DI APPALTO

Vademecum per l'operatore economico per gestire le criticità nei casi di:

- soccorso istruttorio
- contratto di avvalimento
- procedure di gara telematica
- esclusioni
- casistica varia

Mario Petrulli

MANUALE DI DIFESA PER I PARTECIPANTI ALLE GARE DI APPALTO

***Vademecum* per l'operatore economico per gestire le criticità nei casi di:**

- **soccorso istruttorio**
- **contratto di avvalimento**
- **procedure di gara telematica**
- **esclusioni**
- **casistica varia**

Combattiamo insieme la pirateria



Comunicazione sul Watermark,
presente all'interno di questo documento

Gentile Cliente,
grazie per aver acquistato questo documento.

“FISCOeTASSE.com” al fine di offrirti il miglior servizio e garantire la qualità dei contenuti proposti, adotta idonee misure tecnologiche finalizzate alla tutela del diritto d'autore e ad impedire la diffusione illecita dei documenti distribuiti dall'editore. A tal fine è stata adottata una costante ed approfondita politica di controllo dei siti web, dei portali, dei social network, gruppi, chat e delle altre piattaforme esistenti.

Detto controllo è altresì esercitato attraverso l'inserimento sul lato sinistro delle pagine di questo e book di un Watermark contenente nome, cognome, e mail dell'acquirente e data d'acquisto del prodotto.

I prodotti acquistati su FISCOeTASSE.com sono tutelati dal diritto d'autore e ne sono vietate la riproduzione e/o la diffusione, sotto qualsiasi forma.

In caso di violazione del copyright, il Gruppo Maggioli S.p.A. si riserva il diritto di adire le vie legali a tutela dei propri diritti.

FISCO e TASSE  **com**
la tua guida per un fisco semplice


MAGGIOLI
EDITORE

Mario Petrulli

Avvocato, esperto in edilizia, urbanistica e diritto degli enti locali; collabora con siti giuridici (tra i quali www.ediliziaurbanistica.it) e società di consulenza; è autore di pubblicazioni per Maggioli Editore. Titolare dello Studio legale Petrulli (www.studiolegalepetrulli.it)

ISBN: 9788891669452

© Copyright Maggioli

Febbraio 2024

www.fiscoetasse.com

FISCO e TASSE 
la tua guida per un fisco semplice


MAGGIOLI
EDITORE

Indice

Premessa	7
1. Il soccorso istruttorio	8
1.1 Le quattro tipologie previste nel nuovo Codice dei contratti pubblici.....	8
1.2 L'aspetto operativo.....	10
1.3 Quali documenti sono oggetto di soccorso secondo il nuovo Codice.....	11
1.4 Casistica giurisprudenziale di soccorso istruttorio ammissibile.....	11
1.5 Casistica giurisprudenziale di soccorso istruttorio inammissibile.....	12
2. L'avvalimento	14
2.1 La nozione e la distinzione classica fra avvalimento di garanzia e avvalimento operativo.....	14
2.2 Il c.d. avvalimento esperienziale.....	15
2.3 Il c.d. avvalimento premiale.....	16
2.4 L'onerosità tipica del contratto di avvalimento.....	17
2.4.1 <i>Presenza di un compenso minimo in un contratto di avvalimento di garanzia</i>	18
2.4.2 <i>Contratto di avvalimento a titolo gratuito</i>	19
2.4.3 <i>Valutazione complessiva e secondo buona fede del contratto di avvalimento</i>	20
2.5 Contratto di avvalimento eccessivamente generico e non adeguatamente dettagliato.....	20
2.6 Contratto di avvalimento riportante ancora i riferimenti del previgente Codice dei contratti pubblici...	22
2.7 La mancanza di una data certa del contratto di avvalimento.....	23
2.8 L'esplicito impegno dell'ausiliaria verso la stazione appaltante.....	23
2.9 L'avvalimento della certificazione di qualità.....	24
2.10 Avvalimento fornito dall'affidatario uscente.....	26
2.11 Mancata presentazione del contratto di avvalimento.....	26
3. Le gare tramite procedure telematiche	27
3.1 Premessa e principi generali.....	27
3.2 Malfunzionamento della piattaforma telematica.....	28
3.3 Mancato invio dei documenti in assenza di malfunzionamenti.....	29
3.4 Caricamento dell'offerta telematica a ridosso della scadenza del termine.....	29
3.5 Sovraffollamento del sistema informatico e mancato <i>upload</i> totale dell'offerta.....	30
3.6 Offerta illeggibile per errore nel caricamento telematico.....	30
3.7 Allegazione dell'offerta tecnica in luogo di quella economica.....	31
3.8 File di trasmissione dell'offerta tecnica danneggiato.....	31
3.9 Caricamento di una relazione tecnico-illustrativa non firmata.....	31
3.10 Mancata sottoscrizione di ogni foglio del documento caricato nella procedura telematica.....	32

3.11	La corretta gestione dei tempi tecnici di caricamento	32
3.12	Malfunzionamento del sistema nel giorno di scadenza.....	33
3.13	Caricamento della scheda di sintesi in luogo del documento contenente l'offerta economica.....	34
3.14	Mancata allegazione del file specifico contenente l'offerta tempo	35
4.	Esclusione dalla gara.....	36
4.1	Premessa	36
4.2	Competenza all'adozione del provvedimento di esclusione dalla gara	36
4.3	Casi di illegittima esclusione	36
4.4	Casi di legittima esclusione	40
4.5	Rilevanza di sanzioni e interessi nel caso di esclusione dalla gara per omesso pagamento imposte	45
5.	Casistica varia	47
5.1	Offerta legata al rispetto dei criteri ambientali minimi	47
5.2	Clausola che consente la proroga dell'appalto nei "casi contemplati dall'ordinamento"	48
5.3	L'ammissibilità dei chiarimenti resi dalla stazione appaltante	48
5.4	L'ammissibilità della correzione materiale di un errore contenuto nell'offerta economica	49
5.5	Riconoscimento del punteggio per servizi resi in precedenza alla medesima stazione appaltante	50
5.6	Competenza alla valutazione dell'offerta tecnica.....	50
5.7	Interpretazione della <i>lex specialis</i> di gara e ruolo del bando	51
5.8	Precedente contatto professionale con il concorrente e conflitto di interesse del commissario di gara	51
5.9	Richiesta di requisiti di capacità economico-finanziaria ulteriori rispetto alle attestazioni SOA	52
5.10	Annullamento per violazioni tributarie definitivamente accertate	53
5.11	Referenza bancaria personale nel caso di offerta presentata da un'impresa individuale	54
5.12	Revoca della proroga del servizio motivata dall'esistenza di una indagine penale.....	54
5.13	RUP parente del mandante di un RTI	55
5.14	Contrasto fra percentuale di ribasso e cifra assoluta nell'offerta economica.....	56
5.15	Attestazione SOA in scadenza e partecipazione alla gara	57
5.16	Idoneità delle referenze bancarie.....	58
5.17	Referenze bancarie e dimostrazione del possesso del requisito del fatturato	59
5.18	Recesso dal contratto nel caso di informativa antimafia a carico dell'aggiudicatario	59
5.19	Obbligo dichiarativo per i reati estinti	60
5.20	Escussione della garanzia provvisoria	61
5.21	Rilevanza delle misure di <i>self cleaning</i>	61
5.22	Manomissione dei plichi custoditi dalla stazione appaltante	62

5.23 Comunicazione di avvio del procedimento ed annullamento dell'aggiudicazione.....	62
5.24 Contrasto tra bando e disciplinare.....	63
5.25 Clausole ambigue nel bando di gara.....	63
5.26 Appalto suddiviso in lotti e nomina di un'unica commissione giudicatrice	64
5.27 Partecipazione alla gara di appalto di una costituenda società in accomandita semplice	65
5.28 Revoca dell'affidamento per mancato pagamento di tributi locali definitivamente accertato.....	65

Premessa

La materia degli appalti è sicuramente complessa e spesso fonte di incertezze operative per gli operatori economici.

Detta complessità nasce dalle tecnicità della materia, dalla presenza di norme specifiche a volte di difficile interpretazione e dal ruolo che la giurisprudenza ha svolto e continua a svolgere sulle modalità di interpretazione ed applicazioni delle norme.

Abbiamo ritenuto opportuno, perciò, preparare un breve *vademecum*, dal taglio pratico e dallo stile agile e veloce, riguardante alcuni degli aspetti più problematici che un operatore economico deve affrontare nella gestione della partecipazione alla gara; ne abbiamo individuato quattro monografici ed uno omnicomprensivo di casistiche varie, sulla base della nostra esperienza professionale, e per ciascuno abbiamo cercato di indicare la soluzione, alla luce della recente giurisprudenza.

Un indice dettagliato consente una migliore facilità nell'individuare i punti di interesse.

Ci si potrebbe chiedere perché questo *vademecum* è utile agli operatori economici che intendono partecipare ad una gara di appalto; i motivi sono (almeno) due:

- poter disporre di un documento informativo, che consente di accrescere o consolidare le conoscenze utili;
- avere una prima indicazione su come la giurisprudenza si è espressa su casi che possono capitare e decidere, conseguentemente, eventuali comportamenti a tutela dei proprio interessi.

Buona lettura.

1.

Il soccorso istruttorio

1.1 Le quattro tipologie previste nel nuovo Codice dei contratti pubblici

Previsto dall'art. 101¹ del Codice dei contratti pubblici (Decreto Legislativo n. 36/2023), è uno strumento che consente di sanare eventuali problematiche relative alla documentazione amministrativa presentata (e non a quella tecnica né a quella economica), già previsto dall'art. 83, comma 9², del previgente Codice (Decreto Legislativo n. 50/2016).

¹ Art. 101. (Soccorso istruttorio)

1. Salvo che al momento della scadenza del termine per la presentazione dell'offerta il documento sia presente nel fascicolo virtuale dell'operatore economico, la stazione appaltante assegna un termine non inferiore a cinque giorni e non superiore a dieci giorni per:

a) integrare di ogni elemento mancante la documentazione trasmessa alla stazione appaltante nel termine per la presentazione delle offerte con la domanda di partecipazione alla procedura di gara o con il documento di gara unico europeo, con esclusione della documentazione che compone l'offerta tecnica e l'offerta economica; la mancata presentazione della garanzia provvisoria, del contratto di avvalimento e dell'impegno a conferire mandato collettivo speciale in caso di raggruppamenti di concorrenti non ancora costituiti è sanabile mediante documenti aventi data certa anteriore al termine fissato per la presentazione delle offerte;

b) sanare ogni omissione, inesattezza o irregolarità della domanda di partecipazione, del documento di gara unico europeo e di ogni altro documento richiesto dalla stazione appaltante per la partecipazione alla procedura di gara, con esclusione della documentazione che compone l'offerta tecnica e l'offerta economica. Non sono sanabili le omissioni, inesattezze e irregolarità che rendono assolutamente incerta l'identità del concorrente.

2. L'operatore economico che non adempie alle richieste della stazione appaltante nel termine stabilito è escluso dalla procedura di gara.

3. La stazione appaltante può sempre richiedere chiarimenti sui contenuti dell'offerta tecnica e dell'offerta economica e su ogni loro allegato. L'operatore economico è tenuto a fornire risposta nel termine fissato dalla stazione appaltante, che non può essere inferiore a cinque giorni e superiore a dieci giorni. I chiarimenti resi dall'operatore economico non possono modificare il contenuto dell'offerta tecnica e dell'offerta economica.

4. Fino al giorno fissato per la loro apertura, l'operatore economico, con le stesse modalità di presentazione della domanda di partecipazione, può richiedere la rettifica di un errore materiale contenuto nell'offerta tecnica o nell'offerta economica di cui si sia avveduto dopo la scadenza del termine per la loro presentazione a condizione che la rettifica non comporti la presentazione di una nuova offerta, o comunque la sua modifica sostanziale, e che resti comunque assicurato l'anonimato.

² *9. Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara. Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa.*

Il soccorso istruttorio integrativo persegue, dunque, la finalità di garantire la massima partecipazione alle gare di appalto anche nell'interesse delle stazioni appaltanti, che potrebbero perdere l'opportunità di selezionare il concorrente migliore per vizi procedurali facilmente emendabili quali la mancanza di dichiarazioni afferenti ai requisiti di partecipazione³.

In realtà, come evidenziato dalla recente giurisprudenza⁴, il Codice individua quattro diverse tipologie di soccorso:

- a) soccorso integrativo o completivo (comma 1, lettera a) dell'art. 101, non difforme dall'art. 83, comma 9, del previgente Codice, che mira al recupero di *carenze* della c.d. documentazione *amministrativa* necessaria alla partecipazione alla gara (con esplicita esclusione, quindi, della documentazione inerente *l'offerta*, sia sotto il profilo *tecnico* che sotto il profilo *economico*), sempreché non si tratti di documenti bensì non allegati, ma acquisibili direttamente dalla stazione appaltante (in prospettiva, tramite accesso al fascicolo virtuale dell'operatore economico);
- b) soccorso sanante (comma 1, lettera b), anche qui non difforme dall'art. 83, comma 9, del previgente Codice, che consente, in termini *qualitativi*, di *rimediare* ad omissioni, inesattezze od irregolarità della documentazione amministrativa (con il limite della irrecuperabilità di documentazione di incerta imputazione soggettiva, che varrebbe a rimettere in gioco domande inammissibili);
- c) soccorso istruttorio in senso stretto (comma 3), che – recuperando gli spazi già progressivamente riconosciuti dalla giurisprudenza alle forme di soccorso c.d. *procedimentale* – abilita la stazione appaltante (o l'ente concedente) a sollecitare *chiarimenti* o *spiegazioni* sui *contenuti* dell'offerta tecnica e/o dell'offerta economica, finalizzati a consentirne l'esatta acquisizione e a ricercare l'effettiva volontà dell'impresa partecipante, superandone le eventuali ambiguità, a condizione di pervenire ad esiti certi circa la portata dell'impegno negoziale assunto, e fermo in ogni caso il divieto (strettamente correlato allo stringente vincolo della *par condicio*) di apportarvi qualunque modifica;
- d) soccorso correttivo (comma 4), che, in realtà, a differenza delle altre ipotesi – rispetto alle quali si atteggia, peraltro, a fattispecie di nuovo conio, come tale insuscettibile, almeno in principio, di applicazione retroattiva – prescinde dall'iniziativa e dall'impulso della stazione appaltante o dell'ente concedente (sicché non si tratta, a rigore, di soccorso *in senso stretto*), abilitando direttamente il concorrente, fino al giorno di apertura delle offerte, alla rettifica di errori che ne inficino materialmente il

³ In tal senso, Consiglio di Stato, sez. V, sent. 2 agosto 2022, n. 6786.

⁴ Consiglio di Stato, sez. V, sent. 21 agosto 2023, n. 7870.

contenuto, fermo il duplice limite *formale* del rispetto dell'anonimato e *sostanziale* della immodificabilità contenutistica⁵.

1.2 L'aspetto operativo

Sotto un profilo operativo, il soccorso procede da una doverosa assegnazione di un termine perentorio⁶, non inferiore a cinque e non superiore a dieci giorni, entro il quale l'operatore economico può integrare o sanare (a pena di esclusione) la documentazione amministrativa ovvero chiarire ed illustrare, nei termini (e nei limiti) della specifica richiesta, il tenore della propria offerta.

Considerata la perentorietà del termine assegnato dalla stazione appaltante per il riscontro alle richieste di soccorso istruttorio, non superiore a dieci giorni, non può applicarsi alcuna proroga nel caso in cui detto termine coincida con il sabato, con la conseguente impossibilità per il concorrente interessato di poter provvedere al soccorso istruttorio entro il primo giorno lavorativo successivo: è quanto affermato dall'ANAC nella delib. n. 445 dello scorso 26 settembre, depositata il 10 ottobre. Nel caso specifico, il termine per il riscontro alla richiesta di soccorso istruttorio coincideva con un sabato, considerato dall'operatore economico un giorno non lavorativo; diversamente, la stazione appaltante ha considerato il sabato quale giorno feriale e non festivo e, conseguentemente, escludeva dalla gara l'operatore per mancato riscontro nei termini delle richieste avanzate con il soccorso istruttorio.

L'Autorità ha ritenuto corretto l'operato della stazione appaltante, considerato che la regola dello slittamento al primo giorno utile successivo lavorativo opera solo nel caso in cui il termine coincida con un giorno festivo e non con il sabato, che deve essere considerato giorno feriale.

In assenza di una previsione della *lex specialis* che riconduca espressamente la richiesta introduttiva del soccorso istruttorio tra le comunicazioni effettuabili mediante la piattaforma informatica, deve essere utilizzata la PEC⁷.

⁵ Intervenendo sull'argomento, il TAR Calabria, Catanzaro, sez. I, nella sent. 30 settembre 2023, n. 1192, ha affermato che il soccorso correttivo non può operare durante la fase di apertura delle buste, mediante il tentativo chiarificatorio dell'interessato dichiarato a verbale.

⁶ TAR Emilia-Romagna, Bologna, sez. I, sent. 19 luglio 2023, n. 465; Consiglio di Stato, sez. IV, sent. 22 dicembre 2022, n. 11250; TAR Lazio, Roma, sez. III, sent. 17 novembre 2022, n. 15232.

⁷ Consiglio di Stato, sez. V, sent. 31 agosto 2021, n. 6132. I giudici di Palazzo Spada hanno ricordato che la PEC è il sistema di invio di comunicazioni con valore legale (ex art. 1, lett. v-bis, del Decreto Legislativo n. 82 del 2005 la posta elettronica certificata è il "sistema di comunicazione in grado di attestare l'invio e l'avvenuta consegna di un messaggio di posta elettronica e di fornire ricevute opponibili a terzi") e l'unico idoneo a garantire la conoscenza delle comunicazioni a valenza individuale, con carattere necessariamente recettizio (che cioè, ai sensi dell'art. 1335 Cod. civ., si presumono conosciute nel momento in cui giungono all'indirizzo del destinatario).

Ricordiamo che nella giurisprudenza amministrativa di primo grado si ravvisano due diversi orientamenti.

1.3 Quali documenti sono oggetto di soccorso secondo il nuovo Codice

La norma si cura di precisare che sono soccorribili (purché, in tal caso, documentabili con atti *di data certa*, anteriore al termine di presentazione delle offerte: il che conferma che si deve trattare di una omissione meramente *formale* e non di una originaria carenza *sostanziale*):

- a) la mancata presentazione della garanzia provvisoria;
- b) l'omessa allegazione del contratto di avalimento;
- c) la carenza dell'impegno al conferimento, per i concorrenti partecipanti in forma di raggruppamento costituendo, del mandato collettivo speciale.

1.4 Casistica giurisprudenziale di soccorso istruttorio ammissibile

Di seguito riportiamo una serie di casi concreti di soccorso istruttorio, analizzati e risolti positivamente dalla giurisprudenza:

- incompletezza o irregolarità della cauzione provvisoria⁸;
- mancata dichiarazione del possesso della certificazione di qualità⁹;
- mancata presentazione della campionatura¹⁰;
- richiesta documentazione giustificativa su quanto dichiarato nel DGUE¹¹;
- inesatta compilazione del DGUE che rende ambigua la dichiarazione¹²;

Secondo una prima tesi, specie nelle gare gestite mediante sistema informatico, non sussiste l'obbligo di trasmettere via PEC le richieste rivolte ai concorrenti ai fini del soccorso istruttorio, nella considerazione che i partecipanti alla gara sono operatori professionali, per i quali la trasmissione della richiesta mediante l'inserimento in un'apposita area dedicata, deve ritenersi modalità adeguata ed idonea a consentire la piena e tempestiva conoscenza da parte del concorrente (TAR Lazio, Roma, sez. II, sent. 9 agosto 2019, n. 10499), od anche nella considerazione che la richiesta di integrazione documentale di cui all'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016 non è espressamente ricompresa tra gli atti cui è direttamente applicabile l'art. 76, comma 6, dello stesso corpus legislativo, in quanto atto con natura endoprocedimentale (TAR Lazio, Roma, sez. II, sent. 19 luglio 2018, n. 8223).

Una seconda tesi, invece, afferma che la richiesta di soccorso istruttorio debba avvenire mediante PEC, imponendo degli incumbenti il cui mancato rispetto comporta come sanzione l'esclusione dalla gara (TAR Toscana, sez. III, sent. 26 aprile 2017, n. 609) o comunque perché l'inserimento della richiesta di chiarimenti sulla piattaforma informatica dedicata alla gara non è oggettivamente sufficiente ad integrare adempimento degli oneri di comunicazione individuale a cui la stazione appaltante è tenuta trattandosi di informativa decisiva per evitare alla concorrente l'esclusione dalla gara (TAR Lazio, Roma, sez. III, sent. 30 gennaio 2019, n. 1192).

⁸ TAR Emilia-Romagna, Bologna, sez. I, sent. 12 gennaio 2024, n. 23.

⁹ TAR Lazio, Roma, sez. II, sent. 5 gennaio 2024, n. 241.

¹⁰ TAR Veneto, sez. III, sent. 12 dicembre 2023, n. 1876; secondo i giudici, infatti, la campionatura non è elemento integrante dell'offerta ma solo dimostrativo.

¹¹ TAR Campania, Napoli, sez. V, sent. 15 novembre 2023, n. 6264.

¹² Consiglio di Stato, sez. V, sent. 14 luglio 2022, n. 5992; nel caso specifico, si era dinanzi ad una possibile contraddizione fra alcuni dati inseriti nel DGUE ed un contratto di avalimento allegato.

- DGUE incompleto¹³ o mancante¹⁴;
- omessa dichiarazione assenza reati ostativi¹⁵;
- mancata sottoscrizione del progettista nell'offerta tecnica¹⁶;
- discordanza tra dichiarazioni e contratto di avvalimento¹⁷;
- eventuale genericità delle referenze bancarie¹⁸;
- mancata documentazione di servizi pregressi dichiarati¹⁹;
- mancata produzione del DGUE di una consorziata puntualmente identificata dal consorzio nella propria domanda di partecipazione²⁰;
- mancata traduzione in lingua italiana di un documento inserito nella busta amministrativa²¹;

1.5 Casistica giurisprudenziale di soccorso istruttorio inammissibile

Di seguito riportiamo una serie di casi concreti di soccorso istruttorio, analizzati e risolti negativamente dalla giurisprudenza:

- mancata indicazione dei costi della manodopera e degli oneri aziendali²²;
- mancata allegazione all'offerta tecnica del certificato di esecuzione dei lavori, previsto dalla *lex specialis* di gara ai fini dell'assegnazione del punteggio tecnico²³;
- mancanza del cronoprogramma integrale richiesto dalla *lex specialis*²⁴;
- mancata allegazione del patto di integrità, previsto come obbligatorio dal *lex specialis*²⁵;
- difformità dell'offerta rispetto alle prescrizioni del capitolato²⁶;
- mancata allegazione titolo disponibilità immobile richiesto dal capitolato²⁷;

¹³ Consiglio di Stato, sez. V, sent. 14 luglio 2022, n. 5992 e sent. 2 settembre 2019, n. 6066.

¹⁴ TAR Toscana, sez. II, sent. 29 marzo 2021, n. 446; TAR Lazio, Roma, sez. II, sent. 17 luglio 2018, n. 8011.

¹⁵ TAR Sicilia, Catania, sez. I, sent. 24 marzo 2023, n. 971.

¹⁶ TAR Lazio, Roma, sez. III, sent. 31 gennaio 2023, n. 1748

¹⁷ TAR Calabria, Catanzaro, sez. I, sent. 30 marzo 2021, n. 714. Nel caso specifico un concorrente aveva dichiarato nella domanda di partecipazione di voler ricorrere all'avvalimento per una sola qualificazione mancante, mentre nel contratto di avvalimento le qualifiche oggetto dell'accordo erano tre; conseguentemente, la stazione appaltante aveva disposto l'esclusione dalla procedura di gara. Secondo i giudici, in tale contesto doveva essere considerato prevalente il contratto di avvalimento e la stazione appaltante avrebbe dovuto procedere a richiedere i necessari chiarimenti al concorrente, attivando la procedura del soccorso istruttorio.

¹⁸ TAR Campania, Napoli, sez. VIII, sent. 17 dicembre 2021, n. 8054

¹⁹ ANAC, delibera dell'8 settembre 2021, n. 611.

²⁰ TAR Veneto, sez. I, sent. 27 aprile 2021, n. 545.

²¹ TAR Lazio, Roma, sez. IV, sent. 22 gennaio 2024, n. 1180.

²² TAR Lazio, Roma, sez. II, sent. 6 novembre 2023, n. 16372

²³ TAR Lazio, Roma, sez. IV, sent. 26 settembre 2023, n. 14255

²⁴ TAR Lazio, Latina, sent. 24 luglio 2023, n. 606.

²⁵ TAR Lombardia, Milano, sez. I, sent. 24 aprile 2023, n. 1011.

²⁶ TAR Puglia, Bari, sez. II, sent. 9 gennaio 2023, n. 42

²⁷ TAR Lazio, Roma, sez. IV *bis*, sent. 3 gennaio 2023, n. 121.

- omissione della scheda tecnica del bene oggetto della fornitura, la cui presenza era stata prevista a pena di esclusione dalla *lex specialis*²⁸;
- certificato di qualità ambientale scaduto allegato all'offerta²⁹;
- dichiarazione sostitutiva priva del documento di identità³⁰.

²⁸ TAR Lazio, Latina, sez. I, sent. 17 settembre 2022, n. 730.

²⁹ TAR Campania, Napoli, sez. I, sent. 9 agosto 2022, n. 5349.

³⁰ TAR Sardegna, sez. I, nella sent. 24 febbraio 2022, n. 131. Ed infatti, le dichiarazioni sostitutive, per la loro giuridica esistenza ed efficacia, presuppongono, ai sensi dell'art. 38 del d.P.R. n. 445/2000, la sottoscrizione del legale rappresentante del dichiarante, resa in presenza di un dipendente addetto ovvero l'allegazione di copia fotostatica, ancorché non autenticata, di un documento del sottoscrittore.

2.

L'avvalimento

2.1 La nozione e la distinzione classica fra avvalimento di garanzia e avvalimento operativo

L'avvalimento è un istituto già previsto dall'art. 89³¹ del previgente Codice dei contratti pubblici (Decreto Legislativo n. 5072016) e, di recente, dall'art. 104³² del nuovo Codice dei contratti pubblici (Decreto Legislativo n.

³¹ Art. 89. (Avvalimento)

1. L'operatore economico, singolo o in raggruppamento di cui all'articolo 45, per un determinato appalto, può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale di cui all'articolo 83, comma 1, lettere b) e c), necessari per partecipare ad una procedura di gara, e, in ogni caso, con esclusione dei requisiti di cui all'articolo 80, avvalendosi delle capacità di altri soggetti, anche partecipanti al raggruppamento, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi. Per quanto riguarda i criteri relativi all'indicazione dei titoli di studio e professionali di cui all'allegato XVII, parte II, lettera f), o alle esperienze professionali pertinenti, gli operatori economici possono tuttavia avvalersi delle capacità di altri soggetti solo se questi ultimi eseguono direttamente i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste. L'operatore economico che vuole avvalersi delle capacità di altri soggetti allega, oltre all'eventuale attestazione SOA dell'impresa ausiliaria, una dichiarazione sottoscritta dalla stessa attestante il possesso da parte di quest'ultima dei requisiti generali di cui all'articolo 80 nonché il possesso dei requisiti tecnici e delle risorse oggetto di avvalimento. L'operatore economico dimostra alla stazione appaltante che disporrà dei mezzi necessari mediante presentazione di una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui quest'ultima si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente. Nel caso di dichiarazioni mendaci, ferma restando l'applicazione dell'articolo 80, comma 12, nei confronti dei sottoscrittori, la stazione appaltante esclude il concorrente e esclude la garanzia. Il concorrente allega, altresì, alla domanda di partecipazione in originale o copia autentica il contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto. A tal fine, il contratto di avvalimento contiene, a pena di nullità, la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria.

2. [omissis]

3. [omissis]

5. Il concorrente e l'impresa ausiliaria sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto. Gli obblighi previsti dalla normativa antimafia a carico del concorrente si applicano anche nei confronti del soggetto ausiliario, in ragione dell'importo dell'appalto posto a base di gara.

[omissis].

³² Art. 104. (Avvalimento)

1. L'avvalimento è il contratto con il quale una o più imprese ausiliarie si obbligano a mettere a disposizione di un operatore economico che concorre in una procedura di gara dotazioni tecniche e risorse umane e strumentali per tutta la durata dell'appalto. Il contratto di avvalimento è concluso in forma scritta a pena di nullità con indicazione specifica delle risorse messe a disposizione dell'operatore economico. Il contratto di avvalimento è normalmente oneroso, salvo che risponda anche a un interesse dell'impresa ausiliaria, e può essere concluso a prescindere dalla natura giuridica dei legami tra le parti.

2. [omissis]

36/2023), che consente ad un imprenditore (c.d. ausiliato) di comprovare alla stazione appaltante il possesso dei necessari requisiti economici, finanziari, tecnici e organizzativi ai fini di partecipazione ad una gara, facendo riferimento alle capacità di altro soggetto (c.d. ausiliario), che assume contrattualmente con lo stesso una responsabilità solidale.

L'avvalimento può essere di garanzia oppure operativo³³.

Il primo ricorre nel caso in cui l'ausiliaria mette a disposizione dell'ausiliata la sua solidità economica e finanziaria, assicurando la stazione appaltante sulle sue capacità di far fronte agli impegni economici conseguenti al contratto di appalto anche in caso di inadempimento: tale avvalimento riguarda i requisiti di carattere economico - finanziario e, in particolare, il fatturato globale o specifico.

L'avvalimento c.d. operativo ricorre, invece, quando l'ausiliaria si impegna a mettere a disposizione dell'ausiliata le risorse tecnico - organizzative indispensabili per l'esecuzione del contratto di appalto; esso concerne i requisiti di capacità tecnico - professionale tra i quali, ad esempio, la dotazione di personale dell'ausiliaria e/o i mezzi e strumenti di cui questa è in possesso³⁴.

2.2 Il c.d. avvalimento esperienziale

L'avvalimento esperienziale è una forma di avvalimento operativo che, giusta previsione dell'art. 89, comma 1, del previgente Codice dei contratti pubblici (Decreto Legislativo n. 50/2016), in coerenza con l'art. 63, §1

3. [omissis]

4. *L'operatore economico allega alla domanda di partecipazione il contratto di avvalimento in originale o copia autentica, specificando se intende avvalersi delle risorse altrui per acquisire un requisito di partecipazione o per migliorare la propria offerta, e allega, nel caso di cui al comma 2, la certificazione rilasciata dalla SOA o dall'ANAC. L'impresa ausiliaria è tenuta a dichiarare alla stazione appaltante:*

a) di essere in possesso dei requisiti di ordine generale di cui al Capo II del presente Titolo;

b) di essere in possesso dei requisiti di cui all'articolo 100 per i servizi e le forniture;

c) di impegnarsi verso l'operatore economico e verso la stessa stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse oggetto del contratto di avvalimento.

[omissis].

7. *L'operatore economico e l'impresa ausiliaria sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto. Gli obblighi previsti dalla normativa antimafia a carico dell'operatore economico si applicano anche nei confronti del soggetto ausiliario, in ragione dell'importo dell'appalto posto a base di gara.*

[omissis]

³³ Le due forme possono anche coesistere, dando vista ad un contratto di avvalimento di carattere "misto", essendo presenti ambedue gli elementi caratterizzanti il contratto di avvalimento di garanzia ed il contratto di avvalimento operativo. Ad esempio (cfr. TAR Toscana, sez. I, nella sent. 15 maggio 2023, n. 486), è stata ritenuta un'ipotesi mista dinanzi ad un contratto di avvalimento in cui:

- da un lato, venivano messe a disposizione dell'ausiliata le attestazioni SOA e ISO in possesso dell'ausiliaria;
- dall'altro, venivano espressamente indicati alcuni mezzi e risorse (automezzi; operai specializzati e non; ecc.) necessari per l'esecuzione dell'appalto.

³⁴ TAR Campania, Napoli, sez. I, sent. 1° luglio 2020, n. 2795.

della Direttiva n. 24/2014/UE, concerne 'i titoli di studio e professionali' e le 'esperienze professionali pertinenti', in ordine ai quali la valorizzazione cooperativa 'delle capacità di altri soggetti' postula, in termini condizionanti, che 'questi ultimi eseguano direttamente' e, per l'effetto, si impegnino effettivamente ad eseguire personalmente, non limitando l'apporto ausiliario alla mera 'messa a disposizione', per la durata dell'appalto, delle relative 'risorse necessarie', di cui il concorrente ausiliato fosse carente, quali i lavori o i servizi per cui tali capacità siano richieste: è quanto evidenziato dal Consiglio di Stato, sez. V, nella sent. 27 dicembre 2023, n. 11186.

La regola trae il suo fondamento dal carattere e dalla natura essenzialmente intellettuale di tali servizi (tra cui rientrano la progettazione, la direzione dei lavori, la vigilanza e il controllo sulla esecuzione del contratto etc.), che ne postulano l'esecuzione necessariamente personale³⁵.

Pertanto, nel caso di avvalimento tecnico operativo di tipo esperienziale sussiste sempre l'esigenza di una concreta messa a disposizione di risorse particolari, specificamente indicate nel contratto, solo così potendo dirsi rispettata la regola posta dall'art. 89, comma 1, secondo periodo, del previgente Codice dei contratti pubblici, nella parte in cui commina la nullità all'omessa specificazione dei requisiti e delle risorse messe a disposizione dalla impresa ausiliaria.

Inoltre, per essere valido, il contratto deve prevedere l'esecuzione necessariamente personale delle prestazioni, ad integrazione del generico canone dell'obbligo di mettere a disposizione le risorse, reali o personali: ciò in quanto le prestazioni oggetto del predetto avvalimento hanno carattere infungibile, ovvero trattasi di capacità non agevolmente trasferibili con la messa a disposizione che discende dal contratto, proprio perchè trattasi di titoli di studio e di esperienze professionali pertinenti, sicchè è necessario che le prestazioni siano eseguite direttamente da chi (l'ausiliaria) ne è direttamente in possesso.

2.3 Il c.d. avvalimento premiale

L'art. 104, comma 4, del nuovo Codice dei contratti pubblici (Decreto Legislativo n. 36/2023) prevede che *"L'operatore economico allega alla domanda di partecipazione il contratto di avvalimento in originale o copia*

³⁵ Il principio era stato già affermato dalla giurisprudenza, la quale ha altresì precisato che: *"D'altra parte, trattandosi di apprezzare l'idoneità del contratto di avvalimento nella prospettiva a priori della verifica dei requisiti di partecipazione alla procedura evidenziale, è chiaro che il tratto testuale della condizione posta dall'art. 84 (se...eseguono direttamente) va acquisito (palesandosi altrimenti illogico) nei sensi prospettivi e programmatici della idoneità dell'assunzione, in parte qua, dell'impegno divisato: sicchè – ad integrazione del generico canone dell'obbligo 'a mettere a disposizione' le risorse, reali o personali – il contratto deve prevedere, in termini chiari e non equivoci, il (più specifico) impegno o promessa ad 'eseguire direttamente', sì da garantire, in tal senso, la stazione appaltante"*: Consiglio di Stato, sez. V, sent. 24 agosto 2022, n. 7438.

autentica, specificando se intende avvalersi delle risorse altrui per acquisire un requisito di partecipazione o per migliorare la propria offerta [...]”.

La norma positivizza il c.d. avvalimento premiale, caratterizzato dalla circostanza che il concorrente è già in possesso dei requisiti necessari per poter partecipare alla gara di appalto e ricorre all'avvalimento al solo scopo di presentare un'offerta migliore ed aspirare ad un punteggio più alto.

Come evidenziato dal TAR Campania, Napoli, sez. III, nella sent. 4 agosto 2023, n. 4756, *“la principale innovazione portata dall’art. 104 consiste nella “formalizzazione” dell’avvalimento premiale puro, ovvero quello adottato non esclusivamente a fini partecipativi bensì per permettere all’operatore economico di ottenere un punteggio maggiore nella valutazione della propria offerta tecnica. Viene superato il divieto, individuato nella precedente giurisprudenza, dell’avvalimento meramente premiale finalizzato esclusivamente alla maggior valorizzazione della propria proposta negoziale (in tal senso Cons.St. V n. 2526/ 2021, TAR Palermo n. 2378/2022)”.*

L’operatività dell’avvalimento premiale, tuttavia, incontra un limite importante: l’ultimo comma dell’art. 104 puntualizza che, nei soli casi in cui l’avvalimento (come previsto dal comma 4) sia finalizzato a migliorare l’offerta, non è consentito che partecipino alla medesima gara l’impresa ausiliaria e quella che si avvale delle risorse da essa messe a disposizione.

Le disposizioni normative dell’art. 104 in materia di avvalimento premiale hanno un evidente carattere innovativo e non interpretativo: conseguentemente, non può essere predicata la loro interpretazione retroattiva, estesa anche alle gare già bandite e svolte sotto il regime del previgente Codice³⁶.

2.4 L’onerosità tipica del contratto di avvalimento

Il contratto di avvalimento è un contratto tipicamente oneroso³⁷ e, qualora in sede contrattuale non sia stabilito un corrispettivo in favore dell’ausiliaria, deve comunque emergere dal testo contrattuale un interesse - di carattere direttamente o indirettamente patrimoniale - che abbia indotto l’ausiliaria ad assumere senza corrispettivo gli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento e le connesse responsabilità³⁸.

La giurisprudenza ha escluso l’automatica invalidità del contratto di avvalimento privo dell’espressa indicazione di un corrispettivo in favore dell’impresa ausiliaria o mancante dei criteri per la sua predeterminazione, ogni qualvolta dal tenore dell’accordo possa comunque individuarsi l’interesse patrimoniale dell’ausiliaria (che l’ha

³⁶ Decreto Legislativo n. 50/2016.

³⁷ Consiglio di Stato, sez. V, sent. 12 luglio 2023, n. 6826.

³⁸ Consiglio di Stato, sez. V, sent. 27 maggio 2018, n. 2953.

indotta ad assumere le relative obbligazioni e le connesse responsabilità), interesse che può avere carattere diretto (cioè consistere in un'utilità immediata) o anche solo indiretto, purché effettivo³⁹.

In definitiva la nullità del contratto di avvalimento non può farsi discendere dalla carenza di un corrispettivo predeterminato o dalla mancanza di criteri per la sua predeterminazione, non potendo estendersi alle pattuizioni relative al compenso l'onere di specificazione di cui all'art. 89, comma 1, ultima parte, del previgente Codice dei contratti pubblici (Decreto Legislativo n. 50/2016), che riguarda esclusivamente i requisiti e le risorse messe a disposizione.

L'indicazione del preciso ammontare del corrispettivo *"esula dalle prescrizioni imposte al contratto di avvalimento (...), essendo piuttosto frutto di una impropria estensione analogica al caso di specie delle speciali prescrizioni dettate per il c.d. 'avvalimento operativo' (relativo cioè a personale, mezzi ed attrezzature che devono essere puntualmente individuati - ed indicati nell'offerta - proprio al fine di dimostrare l'affidabilità dell'impegno assunto dall'impresa ausiliaria"*⁴⁰. Quello che è invece essenziale è verificare l'effettiva sussistenza della causa concreta del contratto di avvalimento al fine di accertare se l'operazione negoziale arrechi effettivamente il possesso di quei requisiti di cui la concorrente è priva sì da garantire la stazione appaltante sull'affidabilità dell'aggiudicatario in ordine alla corretta esecuzione dell'appalto: pertanto la nullità del contratto di avvalimento per mancanza del requisito dell'onerosità potrà dichiararsi solo allorché non sia ravvisabile una ragione pratica giustificativa del contratto o un interesse meritevole di tutela ad esso sotteso. In tale contesto, la prova dell'onerosità del contratto non richiede dunque che sia dimostrata l'esistenza di un corrispettivo predeterminato, ma che sussista il rapporto di sinallagmaticità tra le diverse prestazioni previste a carico delle parti.

La conferma dell'onerosità dell'avvalimento si ha anche nel nuovo Codice dei contratti pubblici (Decreto Legislativo n. 36/2023), il cui art. 104, comma 1, 2° cpv. così recita: *"Il contratto di avvalimento è normalmente oneroso, salvo che risponda anche a un interesse dell'impresa ausiliaria, e può essere concluso a prescindere dalla natura giuridica dei legami tra le parti"*.

2.4.1 Presenza di un compenso minimo in un contratto di avvalimento di garanzia

Il compenso di € 500 previsto per l'avvalimento di garanzia non può essere circostanza sufficiente a ritenere fittizio l'impegno assunto dall'ausiliario laddove vi sia un chiaro contenuto contrattuale di assunzione della responsabilità solidale con la propria solidità finanziaria: è quanto affermato dal TAR Sardegna, sez. II, nella sent. 7 aprile 2023, n. 254, richiamando la giurisprudenza del passato che aveva avuto modo di precisare

³⁹ Consiglio di Stato, sez. V, sent. 17 maggio 2018, n. 2953.

⁴⁰ Consiglio di Stato, sez. V, sent. 27 gennaio 2021, n. 806.

come "la mancata previsione di un corrispettivo non importa "ex se" l'illegittimità del contratto di avvalimento"⁴¹.

Nel caso specifico, in particolare, i giudici cagliaritari hanno evidenziato la presenza di due clausole del contratto da cui desumere il pieno impegno dell'ausiliario:

- in una si prevedeva espressamente che l'impresa ausiliaria e quella ausiliata erano responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto;
- nell'altra si riconosceva, proprio in considerazione della responsabilità solidale dell'ausiliaria, la facoltà di quest'ultima di verificare e monitorare costantemente l'avanzamento del servizio e la regolarità dell'esecuzione dello stesso, di visionare tutti gli atti tecnici ed amministrativi relativi; di procedere, anche a mezzo di proprio delegato, ad accedere sui luoghi di svolgimento dei lavori onde verificare il regolare e legittimo svolgimento degli stessi; di interloquire con il R.U.P.

2.4.2 Contratto di avvalimento a titolo gratuito

Il contratto di avvalimento può essere stipulato a titolo gratuito solo in presenza di un interesse economico diretto o indiretto desumibile dal contratto nella sua interezza: è quanto affermato dal TAR Abruzzo, L'Aquila, sez. I, nella sent. 7 dicembre 2022, n. 432.

In sostanza, laddove un contratto di avvalimento venga stipulato a titolo gratuito, cioè non prevedendo alcun compenso in caso di aggiudicazione dell'appalto, il contratto stesso rimane valido a fronte della dimostrazione della sussistenza di interessi diretti o indiretti, di tipo economico, derivanti dalla stipula di suddetto contratto: si pensi, ad esempio, al caso in cui l'ausiliaria è indicata anche quale subappaltatrice nell'ambito del medesimo appalto, ovvero quando il contratto di avvalimento prevede l'obbligo dell'ausiliata di stipulare contratti di noleggio delle attrezzature e dei macchinari con l'ausiliaria⁴².

Diversamente, la nullità del contratto di avvalimento per mancanza del requisito dell'onerosità potrà dichiararsi allorquando non sia ravvisabile una ragione pratica giustificativa del contratto o un interesse meritevole di tutela ad esso sotteso; ad esempio⁴³, è stato ritenuto sostanzialmente gratuito un contratto di avvalimento in cui l'ausiliaria metteva a disposizione dell'ausiliata una consistente flotta di mezzi e di risorse umane di cui la seconda è pacificamente priva (nello specifico: n. 15 lavapavimenti; n. 8 aspiratori; n. 5 idropultrici, n. 20 carrelli multiuso, n. 25 lavavetri, n. 1 elevatore, n. 35 scope elettriche, n. 1 tecnico specialista, n. 1 supervisore,

⁴¹ TAR Lazio, Roma, sez. III, sent. 16 novembre 2016, n. 11382.

⁴² Consiglio di Stato, sez. V, sent. 21 dicembre 2021, n. 8486.

⁴³ Cfr. TAR Sicilia, Catania, sez. IV, sent. 13 luglio 2021, n. 2276.

n. 1 squadra di pronto intervento con automezzo attrezzato), oltre all'assunzione di responsabilità solidale con l'ausiliata nei confronti della stazione appaltante, a fronte di un corrispettivo modestissimo di € 4.000 per l'intero biennio in cui si espletava l'appalto. In altre parole, la concreta struttura economica dell'accordo faceva configurare il contratto come pressochè gratuito, o simbolicamente oneroso, tenuto conto dell'enorme sproporzione fra le prestazioni contemplate a carico delle due parti.

2.4.3 Valutazione complessiva e secondo buona fede del contratto di avvalimento

Quando si valuta il contenuto di un contratto di avvalimento al fine di valutarne l'eventuale nullità per indeterminatezza, è necessario utilizzare le generali regole sull'ermeneutica contrattuale e in particolare secondo i canoni enunciati dal codice civile di interpretazione complessiva e secondo buona fede delle clausole contrattuali (artt. 1363 e 1367 cod. civ.): è quanto evidenziato dal TAR Toscana, sez. I, nella sent. 17 giugno 2022, n. 805.

Conseguentemente, il contratto di avvalimento non deve necessariamente spingersi sino alla rigida quantificazione dei mezzi d'opera, all'esatta indicazione delle qualifiche del personale messo a disposizione ovvero alla indicazione numerica dello stesso personale, dovendo l'assetto negoziale consentire l'individuazione delle esatte funzioni che l'impresa ausiliaria andrà a svolgere, direttamente o in ausilio all'impresa ausiliata, e i parametri cui rapportare le risorse messe a disposizione che sulla scorta dei criteri predeterminati devono essere identificabili nella loro consistenza numerica e professionale⁴⁴.

Nel caso specifico, i giudici fiorentini hanno ritenuto sufficiente l'impegno assunto dall'ausiliaria, che non si risolveva in una mera clausola di stile inerente la messa a disposizione delle risorse necessarie per l'esecuzione dell'appalto, ma specificava l'indicazione dei mezzi d'opera destinati a svolgere le lavorazioni inerenti il requisito richiesto, con ciò consentendo agevolmente di individuare anche il numero e la professionalità delle maestranze necessarie a condurli la cui fornitura deve ritenersi ricompresa nell'impegno assunto dalla ausiliaria se interpretato secondo buona fede alla luce dello scopo del contratto di avvalimento.

2.5 Contratto di avvalimento eccessivamente generico e non adeguatamente dettagliato

Deve essere esclusa la validità del contratto di avvalimento che applichi formule contrattuali generiche, ovvero meramente riproduttive del dato normativo o contenenti parafrasi della clausola della *lex specialis* descrittiva

⁴⁴ Consiglio di Stato, sez. IV, sent. 26 luglio 2017, n. 3682; sez. III, sent. 30 giugno 2021, n. 4935; sez. V, sent. 10 gennaio 2022, n. 169 e sent. 26 aprile 2022, n. 3197.

del requisito oggetto dell'avvalimento stesso⁴⁵ o che, per la sua genericità non consenta di identificare le esatte funzioni che l'impresa ausiliaria andrà a svolgere, direttamente o in ausilio all'impresa ausiliata, e i parametri cui rapportare le risorse messe a disposizione.

Un caso concreto di contratto di avvalimento inidoneo è stato oggetto di valutazione dal TAR Emilia-Romagna, Bologna, sez. I, nella sent. 5 ottobre 2023, n. 547; nell'occasione i giudici hanno evidenziato i seguenti elementi ostativi:

- il contratto sottoscritto tra ausiliaria e ausiliata faceva riferimento a un lungo elenco di mezzi messi a disposizione, di cui taluni del tutto inutili ai fini dell'esecuzione dell'appalto in questione, il che induceva a ritenere che si trattasse di un elenco non ragionato e generico creato per poter essere utilizzato per qualsiasi possibile contratto;
- non era chiaro se si trattasse di mezzi già in disponibilità dell'impresa ausiliaria o che sarebbero stati da questa acquisiti con un eventuale contratto di noleggio, di cui, peraltro, nulla veniva detto;
- vi era una rilevante carenza delle risorse umane messe a disposizione: il contratto conteneva, infatti, l'impegno a mettere a disposizione dell'ausiliata, con contratto di distacco, n. 1 ingegnere, n. 1 architetto, n. 1 geometra, n. 1 operaio, ma era evidente che ciò non potesse essere sufficiente a garantire l'esecuzione di un'opera per la quale era previsto l'impiego di manodopera per 1.318.500,00 euro (cui debbono essere aggiunti approssimativamente ulteriori 300.000,00 euro per le opere in opzione) e che doveva essere realizzata in termini strettissimi (518 giorni per le opere certe e ulteriori 150 giorni per le opere in opzione).

Anche il TAR Marche, sez. I, nella sent. 5 maggio 2023, n. 276, ha ribadito che, in caso di avvalimento tecnico-operativo, sussiste sempre l'esigenza della concreta messa a disposizione di mezzi e risorse specifiche, specificamente indicate nel contratto ed indispensabili per l'esecuzione dell'appalto che l'ausiliaria ponga a disposizione del concorrente. Allo stesso tempo, il contratto non deve spingersi, ad esempio, sino alla rigida quantificazione dei mezzi d'opera, all'esatta indicazione delle qualifiche del personale messo a disposizione ovvero alla indicazione numerica dello stesso personale, essendo possibile che, nel singolo contratto, sia previsto l'impiego non di un singolo elemento della produzione, bensì dell'azienda intesa come complesso produttivo unitariamente considerato (o di un ramo di essa).

Applicando le precedenti premesse, i giudici marchigiani non hanno ritenuto eccessivamente generico un contratto di avvalimento che, pur omettendo un elenco dettagliato delle risorse e del personale messo a disposizione dell'aggiudicataria, prevedeva la messa a disposizione del personale e delle risorse necessarie al raggiungimento del requisito, assumendo precisi impegni nell'assicurare *"tutte le risorse, nessuna esclusa, ivi*

⁴⁵ Consiglio di Stato, sez. V, sent. 14 giugno 2019, n. 4024.

comprese le strutture operative, il personale qualificato, le tecniche operative ed i mezzi organizzativi correlati alla propria attività, insomma il proprio apparato organizzativo in tutte le parti che hanno consentito l'acquisizione del requisito de quo" e prevedendo "la messa a disposizione di personale qualificato in prestazioni educative e ausiliarie con esperienza nei servizi oggetto di gara".

Ad ulteriore conferma dell'ammissibilità del contratto in discorso, si prevedeva che l'ausiliata e l'impresa ausiliaria fossero responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto, riguardo i requisiti di cui è carente l'impresa ausiliata. In tal modo, secondo i giudici marchigiani, l'ausiliaria si rendeva corresponsabile della gestione del servizio, offrendo la massima garanzia possibile. In tale contesto, perciò, l'elencazione dettagliata dei beni e del personale messi a disposizione doveva intendersi come non indispensabile.

Similmente, il TAR Sicilia, Catania, sez. I, nella sent. 18 maggio 2022, n. 1364, ha ritenuto nullo per genericità e contraddittorietà un contratto di avvalimento nel quale:

- una clausola prevedeva "che l'impresa ausiliaria si obbliga verso l'Avvalente, che a sua volta accetta, a fornire i seguenti requisiti e mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto stesso (salvo che il bando di gara non preveda particolari limiti all'avvalimento dei requisiti)", in tal modo obliterando quel carattere di specificità necessario per un contratto di avvalimento operativo, dato che le parti, con la detta clausola, non forniscono dimostrazione di piena cognizione del bando;
- nel contratto erano previsti i mezzi e le attrezzature prestate (nell'allegato elenco) e il personale messo a disposizione (una unità nella direzione tecnica e due unità lavorative) ma, contrariamente ai principi sopra esposti, non erano affatto indicate le funzioni a carico dell'impresa ausiliaria e le lavorazioni a cui sono destinate dette unità né erano minimamente individuati i parametri cui rapportare le risorse prestate.

2.6 Contratto di avvalimento riportante ancora i riferimenti del previgente Codice dei contratti pubblici

Non può essere escluso dalla gara il concorrente che allega un contratto di avvalimento nel quale è rimasto il riferimento normativo all'art. 89 del previgente Codice dei contratti pubblici (Decreto Legislativo n. 50/2016) in luogo dell'art. 104 del nuovo Codice (Decreto Legislativo n. 36/2023): è quanto affermato dal TAR Campania, Napoli, sez. I, nella sent. 20 ottobre 2023, n. 5716. Secondo il giudice partenopeo, infatti, "l'inesatto riferimento

*all'art. 89 del d.lgs. n. 50/2016 non può valere a fondare l'esclusione del concorrente, occorrendo far prevalere la sostanza sulla forma e privilegiare l'evidenza mostrata dal contenuto del contratto*⁴⁶.

2.7 La mancanza di una data certa del contratto di avalimento

Il TAR Calabria, Catanzaro, sez. I, nella sent. 28 settembre 2020, n. 1483, ha affermato che l'assenza della data certa sul contratto di avalimento non consente di riscontrarne la sussistenza alla data di presentazione dell'offerta dell'effettiva disponibilità dei requisiti messi a disposizione; conseguentemente, è legittima l'esclusione dalla procedura di gara.

2.8 L'espresso impegno dell'ausiliaria verso la stazione appaltante

La dichiarazione di impegno dell'ausiliaria nei confronti della stazione appaltante è fondamentale e trova la sua fonte normativa nell'art. 89, comma 1, del previgente Codice dei contratti pubblici (Decreto Legislativo n. 50/2016) e nell'art. 104, comma 4, del nuovo Codice. Secondo la giurisprudenza, tale dichiarazione di impegno, *"lungi dal costituire un mero formalismo, è fondamentale perché l'ausiliario assuma direttamente nei confronti della stazione appaltante gli obblighi di mettere a disposizione del concorrente i requisiti e le risorse di cui quest'ultimo è carente, laddove il contratto di avalimento è fonte per il medesimo ausiliario di obblighi nei soli confronti del solo concorrente"*⁴⁷.

⁴⁶ Nel caso specifico, il contratto di avalimento:

- ne definiva l'oggetto (prestito del requisito costituito dalla certificazione SOA),
- recava l'impegno a mettere a disposizione dell'ausiliata la corrispondente organizzazione aziendale, declinata in termini di know-how tecnologico e commerciale (con indicazione nominativa del direttore tecnico e dei soggetti dello staff tecnico), di specificazione delle attestazioni possedute (per la salute e sicurezza sul lavoro, la prevenzione incendi, il primo soccorso aziendale e la gestione delle emergenze), con allegato l'elenco dei mezzi e delle attrezzature e la messa a disposizione degli operai facenti parte dell'organizzazione aziendale, con nominativi da comunicare prima dell'inizio dei lavori;
- conteneva, altresì, l'indicazione del corrispettivo.

A fronte dei dettagliati elementi da esso ricavabili, era indubbia la sua qualificazione in termini di contratto di avalimento tecnico-operativo, di cui presentava il contenuto necessario che, com'è uniformemente affermato, si riassume nella *"concreta messa a disposizione di mezzi e risorse specifiche, e specificamente indicate nel contratto, indispensabili per l'esecuzione dell'appalto che l'ausiliaria ponga a disposizione del concorrente"* (TAR Marche, sez. I, sent. 5 maggio 2023, n. 276). Presentando innegabilmente questi elementi, risultava inesatta la valutazione compiuta dalla stazione appaltante in termini di mancanza di elementi essenziali; di conseguenza, l'esclusione era stata illegittima.

⁴⁷ Consiglio di Stato, sez. V, sent. 22 ottobre 2019, n. 7188.

Conseguentemente, secondo il TAR Campania, Salerno, sez. I, sent. 17 maggio 2023, n. 1139, è legittima l'esclusione dalla gara di un concorrente che presenta un contratto di avvalimento privo di tale dichiarazione di impegno, da parte dell'ausiliaria, nei confronti della stazione appaltante.

Ed infatti, secondo la giurisprudenza, in assenza della formalizzazione, ancorché all'interno del contratto di avvalimento, di una dichiarazione dell'ausiliaria, rivolta alla stazione appaltante, con la quale *"si obbliga [...] verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente"*, va disposta l'esclusione dalla gara dell'impresa concorrente, non essendo possibile *"colmare con il soccorso istruttorio la totale mancanza della dichiarazione d'impegno da parte dell'ausiliaria in seno all'avvalimento"*⁴⁸.

2.9 L'avvalimento della certificazione di qualità

È legittimo l'avvalimento della certificazione di qualità da parte dell'aggiudicataria: è quanto ribadito dal Consiglio di Stato, sez. IV, nella sent. 16 gennaio 2023, n. 502⁴⁹. Ed infatti, come affermato in precedenza dai giudici di Palazzo Spada, *"Giurisprudenza prevalente, dopo alcuni contrari avvisi, ne ammette oramai pacificamente l'ammissibilità (ex multis, Cons. Stato, Ad. plen. 4 novembre 2016, n. 23; V, 27 luglio 2017, n. 3710; 17 maggio 2018, n. 2953; III, 8 ottobre 2018, n. 5765; V, 10 settembre 2018, n. 5287; 20 novembre 2018, n. 6551; 18 marzo 2019, n. 1730), in particolare rilevando, come di recente, che "I certificati rilasciati da organismi indipendenti di cui all'art. 87 del Codice dei contratti pubblici sono pur sempre attinenti a capacità tecniche e professionali dell'impresa, così come definite dall'art. 58, paragrafo 4, della direttiva 2014/24/UE ("requisiti per garantire che gli operatori economici possiedono le risorse umane e tecniche e l'esperienza necessarie per eseguire l'appalto con adeguato standard di qualità"), di modo che, ai sensi del successivo art. 63, ben possono essere oggetto di avvalimento"* (Consiglio di Stato, sez. V, sent. 13 settembre 2021, n. 6271)⁵⁰. In caso di avvalimento, l'impresa ausiliata può senz'altro utilizzare tutti i requisiti afferenti alla capacità economica e tecnica dell'impresa ausiliaria, non esclusa la certificazione di qualità.

La giurisprudenza amministrativa⁵¹ ha precisato 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

⁴⁸ Consiglio di Stato, sez. III, sent. 13 dicembre 2021, n. 8316; sez. V, sent. 4 giugno 2020, n. 3506.

⁴⁹ Nel caso concreto affrontato dai giudici, l'avvalimento non è stato però ammesso a causa dell'incompletezza del contratto di avvalimento (rispetto alla complessiva organizzazione aziendale dell'ausiliaria), con conseguente inidoneità dello stesso a trasferire il requisito non posseduto della certificazione di qualità.

Sull'ammissibilità dell'avvalimento della certificazione di qualità cfr. anche TAR Piemonte, sez. II, sent. 1° giugno 2022, n. 541.

⁵⁰ Sez. V, sent. 4 novembre 2021, n. 7370.

⁵¹ Consiglio di Stato, sez. VI, sent. 20 dicembre 2022, n. 2515.

organizzazione aziendale comprensiva di tutti i fattori della produzione e di tutte le risorse che, complessivamente considerate, le hanno consentito di acquisire la certificazione di qualità⁵², poiché si tratta di avvalimento complessivo o, meglio, avente ad oggetto un requisito "inscindibile" nel senso che la medesima organizzazione aziendale non può essere contemporaneamente utilizzata dall'ausiliata e messa a disposizione dell'ausiliaria.

L'avvalimento deve, quindi, essere effettivo e non fittizio, non potendosi ammettere il c.d. prestito della sola certificazione di qualità quale mero documento e senza quel minimo d'apparato dell'ausiliaria atta a dar senso al prestito stesso, a seconda dei casi i mezzi, il personale, il *know how*, le prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti⁵³.

La certificazione di qualità, in quanto finalizzata ad assicurare l'espletamento del servizio o della fornitura da una impresa secondo il livello qualitativo accertato dall'apposito organismo e sulla base di parametri rigorosi delineati a livello internazionale -che danno rilievo all'organizzazione complessiva della relativa attività ed all'intero svolgimento delle diverse fasi di lavoro-, non può essere oggetto di avvalimento senza la messa a disposizione di tutto o di quella parte del complesso aziendale del soggetto al quale è stato riconosciuto il sistema di qualità, occorrente per l'effettuazione del servizio o della fornitura; occorre, infatti, che il requisito di ammissione dimostrato dall'impresa partecipante mediante l'avvalimento rassicuri la stazione appaltante circa l'affidabilità della futura offerta allo stesso modo in cui ciò avverrebbe se il requisito fosse posseduto in via diretta dalla partecipante alla gara⁵⁴.

In altri termini, l'ausiliaria deve mettere a disposizione dell'ausiliata l'intera organizzazione aziendale, comprensiva di tutti i fattori della produzione e di tutte le risorse, che, complessivamente considerata, le ha consentito di acquisire la certificazione di qualità da mettere a disposizione⁵⁵; la qualità risulta, infatti, inscindibile dal complesso dell'impresa che rimane in capo all'ausiliaria⁵⁶.

L'avvalimento riferito alla certificazione di qualità ha, dunque, carattere complessivo o, meglio, ha ad oggetto un requisito "inscindibile" nel senso che la medesima organizzazione aziendale (comprensiva, non solo del personale operativo, ma anche di quello preposto al controllo di qualità, degli audit periodici) non può essere contemporaneamente utilizzata dall'ausiliata e messa a disposizione dell'ausiliaria⁵⁷.

⁵² Consiglio di Stato, sez. V, sent. 13 settembre 2021, n. 6271; sent. 18 marzo 2019, n. 1730; sent. 27 luglio 2017, n. 3710.

⁵³ Consiglio di Stato, sez. VI, sent. 1° agosto 2014, n. 3574; sez. III, sent. 19 febbraio 2015, n. 3517.

⁵⁴ *Ex multis*, Consiglio di Stato, sez. III, sent. 19 febbraio 2015, n. 3517; sez. V, sent. 27 luglio 2017, n. 3710.

⁵⁵ Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, sent. 23 febbraio 2017, n. 852 e sent. 12 maggio 2017, n. 2225, con considerazioni riferite al prestito dell'attestazione S.O.A., che valgono a maggior ragione per il prestito della certificazione di qualità.

⁵⁶ Consiglio di Stato, sez. V, sent. 27 luglio 2017, n. 3710.

⁵⁷ Cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, sent. 5 aprile 2022, n. 2515.

2.10 Avalimento fornito dall'affidatario uscente

Non vi è alcun addentellato normativo che consenta di ritenere esclusa, per gli operatori aggiudicatari di precedenti gare o partecipanti alle stesse, la possibilità di porre la propria capacità tecnica e/o amministrativa a disposizione di una diversa ditta invitata alla nuova procedura, rivestendo così il ruolo di ausiliari in un rapporto di avalimento: è quanto affermato dal TAR Lombardia, Milano, sez. IV, nella sent. 26 febbraio 2022, n. 482.

2.11 Mancata presentazione del contratto di avalimento

Come evidenziato dal TAR Emilia Romagna, Bologna, sez. I, nella sent. 15 febbraio 2022, n. 170, è ammissibile il soccorso istruttorio nel caso di mancata presentazione di copia del contratto di avalimento, fermo restando l'esclusione del soccorso con riguardo ai profili contenutistici del contratto di avalimento.

Nel caso di soccorso istruttorio si pone, però, il problema di dimostrare, *a posteriori*, che il contratto di avalimento sia stato stipulato prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte⁵⁸; a tal proposito occorre che la data di sottoscrizione sia certa ai sensi dell'art. 2704 c.c. ovvero che risulti da atto pubblico, scrittura privata autenticata o registrazione. Secondo i giudici, può ammettersi la non simultaneità della sottoscrizione, dovendosi però sempre accertare che la data della seconda sottoscrizione sia anteriore al termine di presentazione delle offerte.

⁵⁸ Consiglio di Stato, sez. V, sent. 21 maggio 2020, n. 3209; sent. 20 agosto 2019, n. 5747.

3.

Le gare tramite procedure telematiche

3.1 Premessa e principi generali

Di larghissimo utilizzo, le gare effettuate tramite procedure telematiche presentano notevoli insidie per l'operatore economico, visto che, alle classiche problematiche proprie degli appalti, si aggiungono quelle peculiari degli strumenti informatici.

L'ANAC⁵⁹ e la giurisprudenza⁶⁰ hanno ricordato che, in tema di procedure telematiche, opera il principio dell'equa ripartizione tra la stazione appaltante e il concorrente del rischio tecnologico, che connota il funzionamento dei sistemi operativi utilizzati per il caricamento e la trasmissione dei dati sulla piattaforma informatica. Tale principio comporta che ricadono sulla stazione appaltante i rischi collegati al malfunzionamento o all'inadeguatezza del sistema informatico utilizzato, mentre ricadono sul concorrente tutti gli altri rischi che attengono alla tempestività ed alla completezza della trasmissione, inclusi quelli dovuti a temporanei sovraccarichi della rete, i quali possono essere neutralizzati o abbattuti con il rispetto delle regole di ordinaria diligenza e perizia⁶¹.

Inoltre, allorché non sia possibile stabilire se vi sia stato un errore da parte del trasmittente o piuttosto la trasmissione sia stata danneggiata per un vizio del sistema, il pregiudizio ricade in ogni caso sull'Ente che ha bandito, organizzato e gestito la gara in via telematica⁶².

Ulteriore principio tipico delle gare telematiche è quello per cui l'offerta deve essere tempestivamente ed integralmente caricata sulla piattaforma informatica, a prescindere dalla natura - essenziale od accessoria - della documentazione non caricata⁶³; infatti, *"nelle gare pubbliche gestite in forma telematica è necessario adempiere con scrupolo e diligenza alle previsioni del bando e alle norme tecniche - in sede di utilizzazione delle forme digitali -, mettendosi altrimenti a repentaglio lo stesso funzionamento della procedura, sì che l'inesatto o erroneo utilizzo, a contrario, rimane a rischio del partecipante nell'ambito della propria*

⁵⁹ Delibera n. 325 del 30 maggio 2023.

⁶⁰ TAR Piemonte, sez. I, sent. 27 ottobre 2023, n. 842; TAR Lazio, Roma, sez. I, sent. 16 giugno 2022, n. 8038.

⁶¹ TAR Lombardia, Milano, sez. I, sent. 20 marzo 2023, n. 704.

⁶² Consiglio di Stato, sez. III, sent. 25 gennaio 2013, n. 481.

⁶³ Consiglio di Stato, sez. V, sent. 17 gennaio 2023, n. 574.

*autoresponsabilità*⁶⁴. È stato, quindi, rilevato che a fronte della possibilità per le imprese di avvalersi di sistemi informatici, sussiste *l'esigibilità, per dette imprese, d'una peculiare diligenza nella trasmissione degli atti di gara*⁶⁵.

3.2 Malfunzionamento della piattaforma telematica

Il malfunzionamento della piattaforma telematica, che inizia in pendenza del termine di presentazione delle offerte e si conclude dopo la scadenza di quest'ultimo, non può comportare l'esclusione del concorrente che, in modo incolpevole, non è riuscito a trasmettere la propria offerta: è quanto affermato dal TAR Marche, Ancona, sez. I, nella sent. 12 marzo 2021, n. 206, in conformità con l'orientamento consolidato secondo cui nelle gare telematiche, se rimane impossibile stabilire con certezza se vi sia stato un errore da parte del trasmittente o, piuttosto, la trasmissione sia stata danneggiata per un vizio del sistema, il pregiudizio ricade sull'ente che ha bandito, organizzato e gestito la gara⁶⁶.

Nel caso specifico il sito era rimasto in fase di manutenzione per le 52 ore precedenti il termine di presentazione delle offerte, rendendo impossibile il caricamento dei documenti; conseguentemente, secondo i giudici, non si poteva ipotizzare l'onere dell'offerente di presentare l'offerta 52 ore prima della scadenza per evitare il malfunzionamento (dato che tale scadenza è liberamente fissata dall'amministrazione aggiudicatrice) e, perciò, spettava alla stazione appaltante intervenire per la proroga del termine per la presentazione di offerte e non, come avvenuto, procedere all'esclusione del concorrente.

Similmente, dinanzi ad un malfunzionamento del MEPA in prossimità della scadenza del termine di partecipazione alla gara, accertato da Consip spa, che ha impedito il caricamento della domanda al concorrente, il TAR Calabria, Catanzaro, sez. I, nella sent. 26 ottobre 2022, n. 1860, ha dichiarato illegittima l'esclusione di quest'ultimo.

I giudici calabresi hanno ribadito che, secondo la giurisprudenza:

- *“nel caso in cui si verifichi un mancato funzionamento o malfunzionamento della piattaforma informatica, che impedisca la corretta presentazione delle offerte, la stazione appaltante deve procedere con la sospensione del termine per ricevere offerte per il tempo necessario a ripristinare il normale funzionamento della piattaforma e la proroga dello stesso per una durata proporzionale alla gravità del disfunzionamento”*⁶⁷;

⁶⁴ TAR Lazio, Roma, sez. I, sent. 17 febbraio 2022, n. 1932.

⁶⁵ Consiglio di Stato, sez. III, sent. 2 luglio 2014, n. 3329, richiamata nel parere ANAC n. 322 del 21 aprile 2021.

⁶⁶ Consiglio di Stato, sez. III, sent. 29 luglio 2020, n. 4811; sent. 7 gennaio 2020 n. 86; TAR Marche, sez. I, sent. 9 novembre 2020, n. 646.

⁶⁷ Consiglio di Stato, sez. IV, sent. 24 gennaio 2022, n. 448.

- *“nell'ambito di una procedura di gara ad evidenza pubblica, deve rilevarsi come non possa essere escluso dalla gara d'appalto un concorrente che, entro l'orario fissato per l'operazione, abbia curato il caricamento della documentazione di gara sulla piattaforma telematica, ma non abbia potuto completare l'invio a causa di un malfunzionamento del sistema, che sia imputabile al gestore”⁶⁸.*

3.3 Mancato invio dei documenti in assenza di malfunzionamenti

Se la piattaforma telematica non ha avuto malfunzionamenti, è legittima l'esclusione del concorrente che non ha caricato l'offerta in tempo utile: è quanto affermato dal TAR Lombardia, Milano, sez. IV, nella sent. 18 febbraio 2021, n. 448, visto che il rispetto dei tempi di consegna è un rischio a carico del partecipante.

Nel caso specifico, il gestore della piattaforma aveva documentato l'assenza di malfunzionamenti.

Similmente, è stata ritenuta legittima dal TAR Lombardia, Milano, sez. IV, nella sent. 23 febbraio 2023, n. 465 la decisione della stazione appaltante di escludere dalla gara l'operatore economico che ha caricato con due secondi di ritardo, rispetto al termine previsto, la propria offerta, in assenza di un malfunzionamento certificato della procedura informatica. L'aspetto rilevante, secondo i giudici, è proprio l'assenza di una prova certa circa il malfunzionamento del sistema informatico, visto che non risultavano segnalazioni da parte di altri concorrenti né il gestore della piattaforma aveva fornito indicazioni in tal senso. È stato, in particolare, stigmatizzato l'operato del concorrente che, se fosse stato diligente, ove avesse effettivamente riscontrato dei rallentamenti nella procedura sin dalla prima mattinata dell'ultimo giorno utile e per lassi temporali consistenti, avrebbe tempestivamente contattato la stazione appaltante all'indirizzo mail o al numero verde indicati nel disciplinare, per segnalare il disservizio: nulla di tutto ciò era stato, invece, posto in essere dall'interessato.

3.4 Caricamento dell'offerta telematica a ridosso della scadenza del termine

La presentazione (od il completamento) dell'offerta telematica nella stretta prossimità della scadenza del termine (nel caso specifico, avvenuta a 13 minuti dalla scadenza) è operazione non informata ai canoni della diligenza esigibile da parte del partecipante alla gara e, pertanto, l'eventuale errato o tardivo invio (fatto salvo il caso di malfunzionamenti del sistema) sia attività il cui rischio ricade interamente sul partecipante, non potendo lo stesso, in caso di errori nell'invio dovuti ad inconvenienti non derivanti da malfunzionamenti del sistema, invocare una remissione in termini: è quanto evidenziato dal TAR Abruzzo, L'Aquila, nella sent. 20 luglio 2023, n. 404.

⁶⁸ Consiglio di Stato, sez. V, sent. 16 marzo 2021, n. 2261.

La pronuncia segnalata conferma un noto orientamento, secondo cui *“legittimamente la lex specialis implica l’esigibilità, da parte dei concorrenti, di una particolare diligenza nella trasmissione degli atti di gara, da porre in essere con solerte anticipo rispetto alla scadenza, onere compensato dalla possibilità di uso diretto della propria postazione informatica, e ciò impedisce di addossare alla stazione appaltante i rischi derivanti dall’uso del modello informatico”*⁶⁹.

3.5 Sovraffollamento del sistema informatico e mancato *upload* totale dell’offerta

Posto che un sovraffollamento del sistema informatico, che avrebbe reso più lento il caricamento dei dati, è un evento che può considerarsi agevolmente prevedibile ed evviabile con la normale diligenza di non attendere l’ultimo momento per l’inserimento dell’offerta, l’impossibilità di completare la procedura è un rischio che ricade sull’operatore economico e non sul gestore della piattaforma, in assenza di riscontro di un difetto di funzionamento del sistema: è quanto affermato dal Consiglio di Stato, sez. V, nella sent. 17 gennaio 2023, n. 574.

Nel caso specifico, l’operatore economico aveva iniziato il caricamento dei dati circa 15 minuti prima della scadenza, non riuscendo a completare le operazioni entro il termine e vedendosi escluso dalla gara.

3.6 Offerta illeggibile per errore nel caricamento telematico

È legittima l’esclusione dell’operatore economico che, nel caricare l’offerta sulla piattaforma telematica, omette di inserire la percentuale di ribasso nell’apposito modulo e di confermare l’offerta inserita tramite l’apposito pulsante presente nella schermata, come attestato dal gestore della piattaforma sulla quale la gara ha avuto luogo: è quanto affermato dal TAR Toscana, sez. I, nella sent. 21 aprile 2021, n. 557, secondo cui l’illeggibilità della offerta presentata dalla concorrente è dipesa da errori dalla stessa commessi nella esecuzione degli adempimenti digitali necessari al suo perfezionamento e non ad una falla della piattaforma digitale.

Secondo i giudici, la dichiarazione del gestore della piattaforma, provenendo da soggetto incaricato di pubblico servizio ed attenendo alle modalità del suo espletamento, deve ritenersi probante.

Inoltre, è stata ritenuta irrilevante la circostanza che l’operatore avesse ricevuto la PEC di conferma del caricamento del documento contenente l’offerta: infatti, ciò comprova l’esistenza di un documento caricato ma non anche che il contenuto dello stesso sia stato confermato nelle forme previste dalle istruzioni di gara.

⁶⁹ Consiglio di Stato, sez. V, sent. n. 17 gennaio 2023, n. 574.

3.7 Allegazione dell'offerta tecnica in luogo di quella economica

È legittima la decisione della stazione appaltante di escludere dalla gara telematica il concorrente che, per errore a lui stesso imputabile, ha caricato sulla piattaforma l'offerta tecnica in luogo di quella economica: è quanto affermato dal TAR Piemonte, sez. I, nella sent. 27 ottobre 2023, n. 842.

Nel caso specifico, l'allegazione del documento sbagliato era stata causata dal non corretto utilizzo delle fasi di salvataggio e validazione dei documenti.

3.8 File di trasmissione dell'offerta tecnica danneggiato

In una gara telematica, nel caso in cui il file contenente l'offerta tecnica risulti danneggiato e non siano stati riscontrati malfunzionamenti del sistema, la responsabilità della mancata trasmissione del file originario ricade sull'operatore economico: è quanto affermato dall'ANAC nella delibera n. 325 del 30 maggio 2023, con l'ulteriore precisazione che, la necessità di rispettare i termini per l'invio delle offerte, a garanzia della par condicio di tutti i concorrenti, non consente di poter ammettere l'invio di un nuovo file oltre tali termini.

3.9 Caricamento di una relazione tecnico-illustrativa non firmata

Se il capitolato di gara prevede, a pena di esclusione, la presentazione di una relazione tecnico-illustrativa digitalmente firmata a corredo dell'offerta, è legittima l'esclusione del concorrente che carica sulla piattaforma telematica della stazione appaltante un documento privo della suddetta tipologia di firma: è quanto affermato dal TAR Lazio, Roma, sez. II, nella sent. 19 gennaio 2022, n. 648.

Secondo i giudici, infatti, il dato testuale della legge di gara non lascia dubbi sul tenore della prescrizione imposta al fine di consentire la regolare partecipazione alla procedura ad evidenza pubblica, con la conseguenza che un operatore mediamente diligente non poteva dubitare dell'obbligatorietà della sottoscrizione mediante firma digitale della relazione né essere indotto in errore sulla non necessità della sottoscrizione della relazione in virtù della possibilità, ammessa dal sistema, di caricare nella piattaforma telematica il documento senza firma. La modalità del caricamento dei documenti attiene, infatti, ad un'attività materiale che lascia immutata la disciplina dedicata alle prescrizioni formali indicate per la regolarità dell'offerta e comunque non autorizza il concorrente, né la stazione appaltante, a disattendere le chiare prescrizioni del bando sul confezionamento, sotto il profilo formale, dell'offerta.

Va rammentato al riguardo che la relazione tecnica-illustrativa è parte integrante dell'offerta tecnica che, nel caso di gara da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, costituisce, unitamente all'offerta economica, elemento inscindibile della domanda di partecipazione alla gara.

3.10 Mancata sottoscrizione di ogni foglio del documento caricato nella procedura telematica

La sola sottoscrizione del foglio finale del documento caricato nella piattaforma, nonostante l'espressa previsione nel bando dell'obbligo di firma di ciascuna pagina, non può comportare l'esclusione dalla gara: è quanto affermato dal TAR Calabria, Catanzaro, se. I, nella sent. 23 novembre 2020, n. 1888, secondo cui, al più, tale circostanza potrebbe configurare una irregolarità non viziante.

Al riguardo, è stato rilevato in giurisprudenza⁷⁰ che la funzione della sottoscrizione della documentazione e dell'offerta è di renderla riferibile al presentatore dell'offerta vincolandolo all'impegno assunto, con la conseguenza che laddove tale finalità risulta in concreto conseguita, con salvaguardia del sotteso interesse dell'Amministrazione, non vi è spazio per interpretazioni formali delle prescrizioni di gara⁷¹.

Secondo i giudici calabresi, la sottoscrizione nell'ultima pagina è sufficiente per garantire la paternità dell'insieme delle dichiarazioni ivi contenute, senza che sia necessaria alcuna ulteriore sottoscrizione; in tal senso anche il parere dell'AVCP n. 154/2013, secondo cui *"la dichiarazione può essere resa utilizzando una pluralità di fogli separati tra loro apponendo un'unica sottoscrizione nell'ultima pagina, dal momento che non si rinviene, nella normativa vigente un obbligo di sottoscrizione su ogni pagina (art. 38 del d.P.R. n. 445/2000)"*.

Del resto, tale conclusione è valida a maggior ragione nel caso di procedura telematica, in cui la partecipazione avviene con il caricamento di un documento un unico *file* sulla piattaforma della centrale unica di committenza, che impone la registrazione e l'identificazione del depositante, impedisce modifiche dei documenti depositati non registrate e rende, quindi, incontestabile la riferibilità della documentazione al mittente.

3.11 La corretta gestione dei tempi tecnici di caricamento

In assenza di prova circa il malfunzionamento della piattaforma, il concorrente che non gestisce oculatamente il tempo per il caricamento della domanda di partecipazione ad una gara (e dei relativi allegati) non può lamentarsi della dovuta esclusione se non è riuscito a rispettare il termine previsto, tenuto conto che deve

⁷⁰ TAR Toscana, sez. I, sent. 6 marzo 2017, n. 326.

⁷¹ Consiglio di Stato, sez. V, sent. 21 novembre 2016, n. 4881.

tenere in considerazione la possibilità di un rallentamento nel funzionamento della piattaforma in prossimità dell'orario di scadenza: è quanto affermato dal Consiglio di Stato, sez. III, nella sent. 24 novembre 2020, n. 7352 (nel caso specifico, uno dei partecipanti aveva "sforato" di 25 secondi rispetto al termine di *upload* dei documenti).

Secondo i giudici di Palazzo Spada, il concorrente che si appresta alla partecipazione di una gara telematica, fruendo dei grandi vantaggi logistici e organizzativi che l'informatica fornisce ai fruitori della procedura, è consapevole che occorre un certo tempo per eseguire materialmente le procedure di upload, e che tale tempo dipende in gran parte dalla performance dell'infrastruttura di comunicazione (lato utente e lato stazione appaltante), quest'ultima a sua volta interferita da variabili fisiche o di traffico.

L'esperienza e abilità informatica dell'utente, la stima dei tempi occorrenti per il completamento delle operazioni di upload, la preliminare e attenta lettura delle istruzioni procedurali, il verificarsi di fisiologici rallentamenti conseguenti a momentanea congestione del traffico, sono tutte variabili che il partecipante ad una gara telematica deve avere presente, preventivare e "dominare" quando si accinge all'effettuazione di un'operazione così importante per la propria attività di operatore economico, non potendo il medesimo pretendere che l'amministrazione, oltre a predisporre una valida piattaforma di negoziazione operante su efficiente struttura di comunicazione, si adoperi anche per garantire il buon fine delle operazioni, qualunque sia l'ora di inizio delle stesse, prescelto dall'utente, o lo stato contingente di altre eventuali variabili.

3.12 Malfunzionamento del sistema nel giorno di scadenza

Non può essere escluso un concorrente che abbia curato il caricamento della documentazione di gara sulla piattaforma telematica entro l'orario fissato per tale operazione, ma che non sia riuscito a finalizzare l'invio a causa di un malfunzionamento del sistema, imputabile al gestore: è il principio ribadito dal TAR Puglia, Bari, sez. III, nella sent. 3 giugno 2020, n. 798⁷².

Nel caso sottoposto all'esame dei giudici baresi era accaduto che il concorrente, pur avendo iniziato e portato regolarmente avanti in tempo utile la procedura di caricamento sul portale prescelto dall'Amministrazione della documentazione relativa alla gara, non era riuscito, il giorno della scadenza, a concludere le operazioni mediante l'elaborazione della "busta" e l'apposizione della firma digitale, in quanto la piattaforma telematica ha bloccato la procedura ed ha inviato una mail di errore.

Secondo i giudici, in tale ipotesi, il gestore della piattaforma avrebbe dovuto, in forza del principio di leale collaborazione, individuare immediatamente le cause del blocco del sistema e adoperarsi per la finalizzazione

⁷² Cfr. Consiglio di Stato, sez. III, sent. 7 gennaio 2020, n. 86 e sez. V, sent. 20 novembre 2019, n. 7922.

assistita della procedura d'invio eventualmente anche dopo l'orario di scadenza, con ciò non alterando in alcun modo, tenuto conto della tempestiva produzione della documentazione da parte del ricorrente, la regolarità della procedura, né tanto meno la *par condicio*⁷³.

3.13 Caricamento della scheda di sintesi in luogo del documento contenente l'offerta economica

È legittima l'esclusione dalla gara telematica dell'operatore che non aveva caricato il format dell'offerta economica previsto dalla *lex specialis*, ritenendo che gli elementi essenziali dell'offerta fossero desumibili da una scheda di sintesi presente nel sistema informatico: è quanto affermato dal TAR Puglia, Bari, sez. II, nella sent. 31 marzo 2023, n. 590.

Secondo i giudici, *"incombe su chi voglia partecipare a consimili procedure di evidenza pubblica, in forma telematica, un onere di diligenza nel predisporre i documenti necessari e nella produzione degli stessi nel sistema, talché eventuali carenze o disguidi organizzativi aziendali, non riconducibili a malfunzionamenti comprovati della piattaforma telematica, restano in capo all'operatore economico (ex multis: TAR Puglia, sez. II, sent.30 aprile 2021 n. 786 confermato da Consiglio di Stato, sez. III, sent. 11 novembre 2021 n. 7507; Idem, sent. 17 dicembre 2018 n. 1609)"*.

La semplificazione dell'azione amministrativa, che le gare telematiche consentono, non può essere in concreto frustrata da disguidi di gestione o amministrazione degli operatori economici, che non utilizzano correttamente la piattaforma, omettendo dati o documenti, per come ritenuti utili dalla amministrazione, ai fini della pronta valutazione degli elementi che, a seconda della tipologia di affidamento di servizi e forniture, si ritenga di acquisire.

La semplificazione, l'efficienza e la celerità delle attività dell'amministrazione esige, nel contesto dei procedimenti di gara, che gli operatori economici si conformino alle prescrizioni e alle regole fissate da bandi e disciplinari, in modo tale da assicurare la pronta definizione delle stesse, senza indulgere in aggravamenti o *favor* procedurali vari, volti a sopperire a carenze endemiche nella presentazione dei documenti di gara e, nella specie della stessa offerta economica, tal da ritardare l'attività amministrativa e potenzialmente ledere la *par condicio* dei concorrenti.

⁷³ Consiglio di Stato, sez. V, sent. 20 novembre 2019, n. 7922.

3.14 Mancata allegazione del file specifico contenente l'offerta tempo

Se la *lex specialis* di gara prevede, a pena di esclusione, la predisposizione firmata di un apposito file contenente l'offerta tempo, è legittima l'esclusione del concorrente che non vi ha provveduto, non essendo sufficiente la circostanza che l'offerta tempo, seppur non recata in distinto *file*, era comunque contenuta nella documentazione prodotta e nella specie nel *file* denominato cronoprogramma, il quale conteneva l'indicazione del tempo di esecuzione, espresso in giorni: è quanto affermato dal TAR Calabria, Catanzaro, sez. I, nella sent. 18 maggio 2023, n. 774⁷⁴

⁷⁴ Secondo i giudici, il precetto contenuto nella *lex specialis*, laddove si esige a pena di esclusione la sottoscrizione dell'offerta tempo e l'indicazione nell'offerta tempo del ribasso in cifre, integra un elemento essenziale della medesima offerta ex art. 83, comma 9, del Codice dei contratti pubblici (Decreto Legislativo n. 50/2016), cosicché l'esclusione si palesava legittima; ed infatti, come affermato anche dal Consiglio di Stato, "nelle procedure di gara, la carenza di uno degli elementi dell'offerta ritenuti essenziali dalla *lex specialis* rende legittima l'esclusione dell'offerta difettosa, senza che ciò possa comportare alcuna violazione del principio di tassatività delle cause d'esclusione, previsto dall'art. 83, comma 8, d. lg. n. 50/2016" (sez. V, sent. 28 giugno 2022, n. 5347).

4.

Esclusione dalla gara

4.1 Premessa

Di seguito riportiamo una serie di casi di esclusione che possono presentarsi nella gestione della gara di appalto e che meritano di essere brevemente analizzati per la loro rilevanza pratica.

4.2 Competenza all'adozione del provvedimento di esclusione dalla gara

Per consolidata giurisprudenza, è in capo al RUP⁷⁵; l'All. I.2 del nuovo Codice dei contratti pubblici (Decreto Legislativo n. 36/2023) conferma in capo al RUP la competenza ad adottare i provvedimenti di esclusione (cfr. art. 7, comma 1, lett. d).

4.3 Casi di illegittima esclusione

È stata ritenuta illegittima l'esclusione nei seguenti casi:

- mancato sopralluogo, alla luce del nuovo Codice dei contratti pubblici (Decreto Legislativo n. 36/23), trattandosi di clausola nulla, visto che nessuna disposizione del nuovo Codice prevede il sopralluogo quale adempimento necessario per la formulazione dell'offerta⁷⁶;
- notifica di avvisi bonari tributari, considerato che questi ultimi non integrano un accertamento definitivo⁷⁷;

⁷⁵ *Ex multis*: TAR Lazio, Roma, sez. III, sent. 12 gennaio 2024, n. 655; TAR Campania, Napoli, sez. VIII, sent. 2 novembre 2022, n. 6802; sent. 1° agosto 2022, n. 5181.

⁷⁶ TAR Lazio, Latina, sez. II-bis, nella sent. 3 gennaio 2024, n. 140.

⁷⁷ L'art. 80, comma 4, del previgente Codice dei contratti pubblici (Decreto Legislativo n. 50/2016) e l'art. 94, comma 6, del nuovo Codice dei contratti pubblici (Decreto Legislativo n. 36/2023) dispongono l'esclusione dalla gara di appalto dell'operatore economico che "ha commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali".

- mancata indicazione dei costi di manodopera e oneri salute/sicurezza in un appalto relativo ad un servizio di natura intellettuale⁷⁸;
- certificazioni di qualità inserite nella busta amministrativa in luogo della busta tecnica⁷⁹;
- carenze del computo metrico nel caso di appalto di lavori a corpo e carenze del computo⁸⁰;

In merito alla corretta interpretazione della norma, il TAR Campania, Salerno, sez. I, nella sent. 27 novembre 2023, n. 2776, ha affermato che gli avvisi bonari comunicati all'interessato a seguito del controllo automatizzato ex art. 36 bis del DPR n. 600/1973 non integrano un accertamento definitivo, in quanto l'art. 2 del D.M. 28.09.2022, emanato in attuazione dell'art. 80 - comma 4 del D. Lgs. n. 50/2016, ha disposto che la violazione si considera definitivamente accertata solo a seguito della «c) *notifica di cartelle di pagamento concernenti pretese tributarie, oggetto di comunicazioni di irregolarità emesse a seguito di controllo automatizzato o formale della dichiarazione, ai sensi degli articoli 36-bis e 36-ter del decreto del presidente della repubblica 29 settembre 1973, n. 600 e dell'art. 54-bis del decreto del presidente della repubblica 26 ottobre 1972, n. 633*».

Infatti, il citato art. 2 del DM 28.9.2022 attribuisce rilevanza, ai fini della inottemperanza agli obblighi tributari, solo ai seguenti atti: A – le «attività di controllo degli uffici»; B – le «attività di liquidazione degli uffici»; C – la «notifica di cartelle ... emesse a seguito di controllo automatizzato o formale della dichiarazione», mentre non assume autonomo rilievo il solo controllo automatizzato. Tale soluzione è confermata anche dalla giurisprudenza, secondo cui il «DM del 28 settembre 2022 (...) delinea un ambito applicativo ben definito, specificando come possa considerarsi "violazione" solo l'inottemperanza agli obblighi, relativi al pagamento di imposte e tasse derivanti dalla: c) *notifica di cartelle di pagamento concernenti pretese tributarie, oggetto di comunicazioni di irregolarità emesse a seguito di controllo automatizzato o formale della dichiarazione, ai sensi degli articoli 36-bis e 36-ter del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600 e dell'art. 54 -bis del decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n. 633 (art. 2). Emerge, dunque, che la semplice comunicazione di irregolarità di cui all'art. 36-bis, ove non accompagnata da una successiva notifica di una cartella di pagamento o di un avviso di accertamento, non è di per sé rilevante ai fini dell'applicazione dell'art. 80, comma 4, del Codice dei contratti pubblici. La comunicazione di irregolarità, effettuata dall'Agenzia delle Entrate, a seguito dei controlli automatizzati, non riveste in effetti quei caratteri di atto amministrativo definitivo, tali per cui può assumere rilevanza nell'ambito delle violazioni non definitivamente accertate*» (TAR Campania, Napoli, sez. III, sent. 4 agosto 2023, n. 4756). La non definitività dell'accertamento sotteso all'avviso bonario è confermata dalla mera facoltatività della sua impugnazione, senza che in mancanza, l'accertamento diventi definitivo (Cass. Civ. - sez. V - ord. n. 3466 dell'11.02.2021; ord. n. 6267 del 24.02.2022 e ord. n. 26523 dell'08.09.2022).

⁷⁸ TAR Campania, Napoli, sez. I, sent. 17 novembre 2023, n. 6325; ed infatti, tanto l'art. 95, comma 10, del previgente Codice dei contratti pubblici (Decreto Legislativo n. 50/2016) quanto l'art. 108, comma 9, del nuovo Codice (Decreto Legislativo n. 36/2023) affermano che nei servizi di natura intellettuale non devono essere indicati, nell'offerta economica, i costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro.

⁷⁹ TAR Calabria, Catanzaro, sez. I, sent. 6 ottobre 2023, n. 1215. Secondo i giudici, la presenza delle certificazioni di qualità nella busta della documentazione amministrativa non integra in sé, diversamente dall'ipotesi della preventiva conoscenza da parte della commissione dell'offerta economica rispetto a quella tecnica, un elemento idoneo ad alterare la valutazione della medesima commissione e a pregiudicare la *par condicio competitorum*. L'apprezzamento delle certificazioni di qualità è, invero, predeterminato con parametri oggettivi e non involge i profili valutativi *stricto sensu* intesi dell'offerta tecnica e, inoltre, diversamente dalla previa conoscenza dell'offerta economica, non determina una prognosi di maggiore convenienza idonea ad incidere sul principio di imparzialità.

⁸⁰ TAR Campania, Salerno, sez. I, nella sent. 26 settembre 2023, n. 2099. Secondo i giudici, la disciplina normativa degli appalti "a corpo" è assolutamente chiara nello stabilire che l'unico dato giuridicamente rilevante ai fini della determinazione dell'offerta economica è il ribasso complessivo formulato sull'importo a base d'asta, mentre il computo metrico assume valore meramente confermativo della corretta formulazione dell'offerta, per cui in caso di contrasto certamente soccombe rispetto a quanto emerge dall'applicazione del ribasso unitario.

L'eventuale difformità tra l'offerta a corpo e il contenuto di un documento tecnico (quale il computo metrico) non può comportare l'esclusione della concorrente dalla gara, perché ciò sarebbe del tutto illogico e, soprattutto, in contrasto con la normativa primaria di riferimento e con lo stesso principio di massima partecipazione alle gare (cfr. T.A.R. Sardegna, sez. II, sent. 5 maggio 2023, n. 327).

Il principio è stato più volte ribadito anche dal Consiglio di Stato, che ha affermato che «il computo metrico estimativo consiste nell'indicazione dei lavori e delle misure e quantità di materiali e opere per ciascuna categoria necessaria per realizzare il progetto e la sua utilità, oltre che in funzione della misurazione dei fattori occorrenti rispetto al prezzo, è correlata alla definizione dell'oggetto dei lavori da eseguire, sicché esso costituisce, ad un tempo, supporto tecnico del progetto e strumento per la valutazione della convenienza economica dell'offerta; alla luce delle finalità del computo

- avvio di un'istruttoria da parte di AGCM (Autorità garante della concorrenza e del mercato)⁸¹;
- grave inadempimento contrattuale risalente⁸²;
- dissociazione tempestiva in caso di misura cautelare⁸³;
- contenzioso pendente con esito vittorioso in primo grado⁸⁴;

metrico estimativo la mancata indicazione delle migliori proposte nel computo metrico non estimativo previsto dal disciplinare non dà luogo ad effettiva indeterminatezza dell'offerta in quanto tale computo ha valore di mera traccia indicativa delle modalità di formazione del prezzo globale che resta fuori dal contenuto essenziale dell'offerta e quindi del contratto che si andrà a stipulare; allo stesso modo, non rileva la mancata valorizzazione delle migliori in termini economici, stante la loro estraneità rispetto al contenuto dell'offerta economica», sicché le indicazioni e il prezzo delle singole lavorazioni contenute nel computo metrico estimativo sono destinate a restare fuori dal contenuto essenziale dell'offerta e del contratto da stipulare (Consiglio di Stato, sez. V, sent. 24 novembre 2021 n. 7866; sent. 6 maggio 2019, n. 2909; sent. 26 ottobre 2018 n. 6119).

⁸¹ TAR Emilia-Romagna, Bologna, sez. II, sent. 14 giugno 2023, n. 372; secondo i giudici, *“l'avvio di un'istruttoria è l'atto meramente prodromico all'irrogazione di una sanzione del tutto futura ed ipotetica, ancora ben “distante” dal provvedimento definitivo”*.

⁸² TAR Lombardia, Milano, sez. I, sent. 9 febbraio 2023, n. 352, annullando il provvedimento espulsivo basato su una risoluzione di un contratto di appalto affidato all'operatore economico per grave inadempimento contrattuale, ex art. 80, comma 5, del Codice dei contratti pubblici (Decreto Legislativo n. 50/2016), avvenuta circa cinque anni prima. Tale assetto deriva dalla diretta applicazione dell'art. 57, § 7, della direttiva 2014/24/UE, il quale ha previsto, in termini generali, che il periodo di esclusione per i motivi di cui al paragrafo 4 (all'interno del quale rientrano sia la causa di esclusione dei gravi illeciti professionali – art. 80, comma 5 lett. c, del Codice dei contratti pubblici - sia quella delle *“false dichiarazioni ... richieste per verificare l'assenza di motivi di esclusione”* - art. 80, comma 5 lett. h) - non può essere superiore a *“tre anni dalla data del fatto in questione”* (cfr. Corte di Giustizia dell'U.E., sez. IV, 24 ottobre 2018, C-124/17). La norma eurounitaria ha un'efficacia diretta (c.d. *“verticale”*) nell'ordinamento interno e risulta di immediata applicabilità (cfr. Consiglio Stato, sez. V, sent. 21 novembre 2018, n. 6576). Per effetto della diretta applicazione della norma unionale, il fatto astrattamente idoneo a integrare la causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), cessa di avere rilevanza, a questi fini, una volta decorsi tre anni dalla data della sua commissione (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, sent. 5 agosto 2020, n. 4934; sent. 26 agosto 2020, n. 5228).

⁸³ TAR Campania, Napoli, sez. I, nella sent. 31 ottobre 2022, n. 6741. Come è noto, l'art. 80, comma 3, del Codice dei contratti pubblici (Decreto Legislativo n. 50/2016) prevede l'esclusione *“qualora l'impresa non dimostri che vi sia stata completa ed effettiva dissociazione della condotta penalmente sanzionata”*. Secondo i giudici, poiché la cooperativa aveva provveduto a sostituire il legale rappresentante già il giorno successivo all'adozione della misura cautelare, la dissociazione doveva considerata effettiva e non simulata. Aspetto temporale rilevante è il momento della partecipazione alla gara, che rappresenta l'elemento che segna il discrimine affinché possa dirsi avverata la situazione contemplata dalla norma, laddove al contrario la tardiva dissociazione non può valere se avviene in costanza di gara (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, sent. 17 luglio 2020, n. 1212: *“l'attività di dissociazione non può giammai assumere valore esimente con riferimento agli amministratori in carica al momento di presentazione della domanda di partecipazione (Cons. Stato, V, 7 giugno 2017, n. 2727; III, 1° luglio 2015, n. 3274)”*.

⁸⁴ TAR Molise, sez. I, nella sent. 30 settembre 2022, n. 316.

Nel caso concreto, un operatore economico che aveva preso parte ad una gara indetta dal Comune per l'affidamento del servizio di igiene urbana sull'intero territorio comunale era stato escluso dalla gara poiché, dalla verifica della documentazione amministrativa, risultava pendente in capo allo stesso un giudizio in appello avverso una sentenza di primo grado immediatamente esecutiva, che lo aveva visto vittorioso nel merito con l'annullamento di tutti gli atti fondanti le pretese impositive provenienti dall'Agenzia delle Entrate e relative al pagamento di imposte, tasse e contributi previdenziali.

L'esclusione risultava basata sull'applicazione all'operatore economico dell'art. 80, comma 4, quinto periodo, del Decreto Legislativo n. 50/2016 (Codice dei contratti pubblici), nella parte in cui stabilisce che *“Un operatore economico può essere escluso dalla partecipazione a una procedura d'appalto se la stazione appaltante è a conoscenza e può adeguatamente dimostrare che lo stesso ha commesso gravi violazioni non definitivamente accertate agli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse o contributi previdenziali”*.

La formulazione della norma si focalizza specificamente sulla dimostrazione, da parte della stazione appaltante, dell'emergenza a carico del partecipante di *“gravi violazioni non definitivamente accertate agli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse o contributi previdenziali”*. Secondo i giudici, tuttavia, nel caso specifico non poteva dirsi presente -almeno nel periodo rilevante per la partecipazione alla gara- alcun elemento atto a concretizzare una grave violazione degli obblighi fiscali e contributivi: questo per la semplice quanto assorbente ragione che tutti gli atti fondativi delle pretese impositive

- sottoscrizione digitale del solo file "zip" dell'offerta⁸⁵;
- offerta economica priva di utile presentata da una cooperativa⁸⁶;

dell'Agenzia delle Entrate nei confronti del partecipante erano stati già in precedenza annullati con una sentenza di primo grado immediatamente esecutiva, che aveva riconosciuto la loro totale infondatezza nel merito.

Pertanto, nei confronti del concorrente non poteva dirsi fondatamente concretizzata la ricorrenza dei presupposti applicativi del quinto periodo, comma 4, del citato art. 80, dal momento che nessun debito tributario era in essere nel tempo rilevante per la partecipazione alla gara.

In altri termini, la norma, non suscettibile di interpretazioni analogiche perché concernente una causa d'esclusione, si riferisce inequivocabilmente alle gravi violazioni fiscali/contributive comprovate da atti impositivi che, tempestivamente impugnati o meno, risultino, nel periodo rilevanti per la partecipazione alla gara, ancora giuridicamente validi ed efficaci; e tali evidentemente non sono gli atti impositivi già annullati – come nella specie - da una sentenza immediatamente esecutiva, ancorché non definitiva.

Alla luce di quanto precede, le gravi violazioni non definitivamente accertate di cui all'art. 80, comma 4, devono identificarsi in quelle *sub iudice* che non abbiano ancora formato oggetto di alcuna decisione o che siano state confermate dalle prime pronunce giudiziarie già intervenute. Infine, è opportuno evidenziare come la causa d'esclusione prevista dall'art. 80, comma 4, quinto periodo non opera in via automatica, ma la sua applicazione risulta rimessa all'apprezzamento discrezionale della stazione appaltante, da motivare in modo congruo. Sul punto i giudici hanno richiamato l'orientamento giurisprudenziale secondo cui *"proprio l'ampio potere discrezionale attribuito alle stazioni appaltanti dal legislatore deve essere compensato, a meno di trasmodare in arbitrio, in un attento e puntuale vaglio di tutte le circostanze concrete e nella compiuta esplicazione delle motivazioni a supporto della decisione presa. La discrezionalità che permea la novella introdotta dal D.L. n. 76 del 2020 abbisogna di puntuale esternazione della ratio decidendi, in ordine alla concreta incidenza del requisito carente sulla integrità ed affidabilità dell'operatore."* (cfr. TAR Lazio, Roma, sez. III, sent. 28 luglio 2022, n. 10712).

⁸⁵ TAR Puglia, Lecce, sez. II, nella sent. 3 maggio 2022, n. 695, secondo cui la sottoscrizione con firma digitale del file compresso in formato "zip", contenente l'offerta e gli allegati, ad opera dell'operatore economico accreditato sulla piattaforma di gara appare sufficiente ad assicurare certezza sulla provenienza e sull'integrità dei documenti da cui detto file è composto, garantendo il sostanziale rispetto del principio di *par condicio* tra i concorrenti in gara.

Nel caso specifico, i giudici hanno conseguentemente ritenuto illegittima la decisione della stazione appaltante di escludere l'operatore e non procedere all'attivazione del soccorso istruttorio. Ed infatti, secondo la giurisprudenza, la funzione della sottoscrizione della documentazione e dell'offerta è di renderla riferibile al presentatore dell'offerta vincolandolo all'impegno assunto, con la conseguenza che laddove tale finalità risulti in concreto conseguita, con salvaguardia del sotteso interesse dell'amministrazione, non vi è spazio per interpretazioni formali delle prescrizioni di gara (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, sent. 21 novembre 2016, n. 4881; sent. 27 aprile 2015, n. 2063; sez. VI, sent. 15 dicembre 2010, n. 8933).

⁸⁶ TAR Puglia, Bari, sez. I, nella sent. 13 dicembre 2021, n. 1875, secondo cui la regola dell'utile necessario che deve emergere dall'offerta economica non opera per quei soggetti che si distinguono per operare con scopi non economici, bensì mutualistici o sociali (come nel caso delle cooperative), per i quali l'obbligatoria indicazione di un utile d'impresa si tradurrebbe in una prescrizione incoerente con la relativa vocazione non lucrativa, con l'imposizione di un'artificiosa componente di onerosità della proposta. Secondo i giudici pugliesi, da ciò deriva che un utile esiguo o, addirittura, assente non si riflette di per sé in una valutazione negativa sulla congruità dell'offerta, in quanto presentata da soggetto che può operare senza perseguire e conseguire necessariamente utili, posto che essa non impedisce il perseguimento efficiente di finalità istituzionali che prescindono da tale vantaggio *stricto sensu* economico.

L'offerta va, piuttosto, verificata nel suo complesso, al fine di dimostrare la sua economicità e sostenibilità in termini di copertura dei costi organizzativi e gestionali da sopportare per l'erogazione del servizio oggetto della gara, non essendo possibile (economicamente, prima ancora che giuridicamente) per nessun organismo economico, pur se non assoggettato allo statuto tipico dell'impresa e/o della società commerciale, svolgere attività a costi tali da sopravanzare la remunerazione dei fattori di produzione, a cominciare dal lavoro.

Nel caso specifico, l'aggiudicataria era una società cooperativa a mutualità prevalente, chiamata essenzialmente ad assicurare la continuità di occupazione alle migliori condizioni economiche, sociali e professionali ai propri soci: in quanto tale, la cooperativa aveva calcolato i costi di lavoro del personale non allo scopo di massimizzare l'utile, bensì mirando a retribuzioni anche superiori rispetto ai minimi sindacali di settore, prevedendo un utile modesto, in grado di coprire, eventualmente, gli aggravii di spesa imprevisi. Ciò conduce a ritenere che, aldilà del rigoroso approccio secondo il principio dell'utile necessario (che deve, comunque, considerarsi pienamente giustificato nel caso di imprese che hanno l'esigenza di permanere sul mercato in ordinarie condizioni di remuneratività), per una cooperativa sia sufficiente la realizzazione di tante operazioni quante siano necessarie a sostenere i costi di spesa ed a remunerare adeguatamente i suoi soci per dimostrare come essa operi in maniera seria ed attendibile.

- mancata notifica del presunto debito tributario⁸⁷;
- debito tributario non ancora accertato⁸⁸.

4.4 Casi di legittima esclusione

È stata ritenuta legittima l'esclusione:

- a fronte di una certificazione rilasciata dall'Agenzia delle Entrate che attesti l'irregolarità contributiva del concorrente ai sensi dell'art. 80, comma 4, del previgente Codice dei contratti pubblici (Decreto Legislativo n. 50/2016)⁸⁹;
- dinanzi alla mancata produzione dell'asseverazione a corredo del Piano Economico e Finanziario relativo alla gestione di un parcheggio pubblico⁹⁰;
- nel caso di ribasso coincidente con la soglia di anomalia, calcolata dalla stazione appaltante secondo il metodo di cui alla lett. A) dell'All. II.2 del nuovo Codice degli appalti pubblici (Decreto Legislativo n. 36/2023)⁹¹;
- dinanzi ad accertate e reiterate gravi violazioni norme antinfortunistiche⁹²;

⁸⁷ TAR Puglia, Lecce, sez. II, nella sent. 21 settembre 2021, n. 1372, secondo cui è illegittima l'esclusione dalla procedura di gara del concorrente nei confronti del quale il Comune non dimostra la notifica dell'avviso di accertamento di un debito TARI.

⁸⁸ TAR Puglia, Lecce, sez. II, nella sent. 22 settembre 2021, n. 1377; nel caso specifico, si era dinanzi ad un processo verbale di constatazione della Guardia di Finanza, che ha pacificamente natura endoprocedimentale.

⁸⁹ TAR Sicilia, Catania, sez. III, nella sent. 5 gennaio 2023, n. 88. Ed invero, già in passato, è stato stabilito che "le certificazioni relative alla regolarità contributiva e tributaria delle imprese partecipanti, emanate dagli organi preposti si impongono alle stazioni appaltanti che non possono in alcun modo sindacarne il contenuto, non residuando alle stesse alcun potere valutativo sul contenuto o sui presupposti di tali certificazioni; spetta, infatti, in via esclusiva all'Agenzia delle Entrate il compito di dare un giudizio sulla regolarità fiscale dei partecipanti a gara pubblica, non disponendo la stazione appaltante di alcun potere di autonomo apprezzamento del contenuto delle certificazioni di regolarità tributaria, ciò al pari della valutazione circa la gravità o meno della infrazione previdenziale, riservata agli enti previdenziali (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria n. 8/2012; Consiglio di Stato, Sez. V, n. 2682/2013)": TAR Campania, Napoli, sez. I, sent. 9 gennaio 2020, n. 114.

⁹⁰ TAR Lombardia, Milano, sez. I, nella sent. 28 novembre 2023, n. 2833, confermando un noto orientamento (cfr. TAR Lazio, Roma, sez. II, sent. 7 marzo 2017, n. 3215; TAR Toscana, sez. I, sent. 16 novembre 2017, n. 1396). Il Piano Economico Finanziario costituisce, infatti, un elemento essenziale dell'offerta, con la conseguenza che la sua mancanza, o l'omessa asseverazione da parte di soggetto abilitato, costituisce vizio essenziale della stessa, non sanabile con il soccorso istruttorio; trattandosi di un documento caratterizzato da una particolare qualificazione in materia finanziaria, nonché dalla terzietà del soggetto da cui promana, non è ammissibile che alla sua mancanza possa sopperire la valutazione dell'Amministrazione aggiudicatrice (TAR Campania, Napoli, sez. I, sent. 7 febbraio 2020, n. 611), derivandone che l'ammissione di un'asseverazione postuma attribuirebbe alla parte che se ne avvalsesse un ingiustificato vantaggio competitivo, in violazione della *par condicio* (TAR Piemonte, sez. I, sent. 13 giugno 2013, n. 713; TAR Liguria, sez. II, sent. 17 aprile 2009, n. 772).

⁹¹ ANAC, delibera n. 536 del 21 novembre 2023.

⁹² TAR Toscana, sez. VI, nella sent. 31 ottobre 2023, n. 992. Come è noto, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. a), del previgente Codice dei contratti pubblici (Decreto Legislativo n. 50/2016), l'operatore economico è escluso dalla gara quando "la stazione appaltante possa dimostrare con qualunque mezzo adeguato la presenza di gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro [...]". La verifica della gravità e dell'accertamento delle violazioni è rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante, senza che occorra che l'accertamento sia definitivo (cioè

- in presenza di motivi ostativi al rilascio del DURC⁹³;
- dinanzi ad una pressoché integrale identità formale e redazionale delle offerte tecniche proposte⁹⁴;
- in presenza di un'offerta difforme rispetto alle caratteristiche previste dalla *lex specialis*⁹⁵;

effettuato con giudicato o provvedimento inoppugnabile), potendo l'amministrazione avvalersi di qualunque mezzo di prova.

⁹³ TAR Piemonte, sez. II, nella sent. 18 luglio 2023, n. 701.

Come è noto, l'art. 80 del previgente Codice dei contratti pubblici (Decreto Legislativo n. 50/2016) àncora la sussistenza del requisito della gravità dell'illecito alla presenza di ragioni ostative al rilascio del documento unico di regolarità contributiva ("Costituiscono gravi violazioni in materia contributiva e previdenziale quelle ostative al rilascio del documento unico di regolarità contributiva (DURC) di cui all'articolo 8 del decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 30 gennaio 2015, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 125 del 1° giugno 2015"), con la conseguenza che la mancanza di tale documento comporta una presunzione legale assoluta di gravità dell'illecito.

L'attestata gravità (abbinata alla definitività dell'accertamento) obbliga la stazione appaltante a estromettere il concorrente dalla procedura di gara, senza alcun sindacato in merito, essendo la relativa valutazione rimessa esclusivamente all'ente previdenziale (cfr., *ex multis*, TAR Campania, Napoli, sezione IV, 3 ottobre 2022, n. 6064; Consiglio di Stato, sez. V, sent. 19 febbraio 2019, n. 1141; A.P., sent. 8 maggio 2012 n. 8).

Quanto al necessario carattere di definitività dell'accertamento della violazione dell'obbligo di regolarità contributiva richiamato dall'art. 80, comma 4, questi è valutato esclusivamente dall'ente previdenziale, che ne certifica l'esito nel documento di verifica di regolarità contributiva: la mancanza di un DURC regolare vincola l'amministrazione appaltante a escludere dalla gara l'impresa interessata, senza che residui una facoltà di apprezzamento dell'amministrazione stessa in ordine alla gravità dell'inadempienza contributiva e alla definitività dell'accertamento previdenziale (*ex multis*: TAR Lombardia, Milano, sez. I, sent. 20 giugno 2022, n. 1433; TAR Campania, Napoli, sez. V, sent. 3 ottobre 2022, n. 6064).

⁹⁴ Come è noto, l'art. 80, comma 5, lett. m), del Codice dei contratti pubblici (Decreto Legislativo n. 50/2016) dispone che "*Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, qualora: [...] m) l'operatore economico si trovi rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale*".

Nella sent. 8 giugno 2023, n. 1334, il TAR Campania, Salerno, sez. I, in applicazione di tale norma, ha disposto l'esclusione di due concorrenti per i quali aveva individuato le seguenti circostanze:

- a) identiche modalità redazionali delle offerte tecniche;
- b) relazioni tecniche cumulative in molte parti perfettamente sovrapponibili, con date coincidenti, caratteri e formattazione del testo uguali;
- c) relazioni tecniche cumulative con le stesse carenze di contenuto, con qualche variazione solo per i *curricula* del personale e per le schede tecniche delle attrezzature;
- d) computo metrico delle migliorie riportante gli stessi errori redazionali;
- e) offerte presentanti strette relazioni temporali con significative vicinanze cronologiche tra loro: identica data di presentazione delle offerte, orari di firma digitale vicini.

Gli elementi fattuali segnalati, secondo i giudici, rappresentavano indizi idonei e sufficienti a dimostrare quella relazione di fatto che costituisce il presupposto dell'unicità del centro decisionale cui le offerte sono imputabili.

L'argomento probatorio speso dalla stazione appaltante era particolarmente significativo delle relazioni esistenti tra le società, configurando un indizio dotato di gravità, nel senso di elevata valenza probabilistica o attendibilità idonea a dimostrare il fatto ignoto (la riconducibilità delle offerte delle società a un unico centro decisionale) quale sicura conseguenza del fatto noto (i ravvisati profili di identità redazionale – e non solo – delle offerte); da tale elemento, pertanto, era dato ricavare la sussistenza di un unico centro decisionale.

Correttamente, dunque, la stazione appaltante ha ricavato la sussistenza di un unico centro decisionale, desumendolo da un elemento di carattere indiziario assolutamente grave e preciso, e consistente nella pressoché integrale identità formale e redazionale delle offerte tecniche proposte (Consiglio di Stato, sez. V, sent. 12 gennaio 2021, n. 393; sent. 1° agosto 2015, n. 3768).

⁹⁵ TAR Basilicata, sez. I, sent. 1° giugno 2023, n. 350. Nel caso specifico, dinanzi ad un appalto per l'affidamento del servizio di gestione rifiuti con il sistema di raccolta differenziata di prossimità (RDP), uno dei concorrenti (risultato poi aggiudicatario) aveva presentato un'offerta che prevedeva il differente sistema di raccolta porta a porta. Secondo i giudici, essendo incontestabilmente diversi i due sistemi di raccolta, si era dinanzi ad un'offerta *aliud pro alio*, con conseguente inammissibilità della stessa (valutazione erroneamente non compiuta dalla stazione appaltante). Ciò in adesione al costante orientamento secondo cui "*le regole che informano la materia degli appalti pubblici esigono, a tutela della par condicio e della certezza dei rapporti giuridici (funzionali all'imparzialità nella scelta del contraente e al buon andamento in ordine alla*

- in caso di mancata dimostrazione del pagamento di debiti tributari⁹⁶;
- dinanzi ad un'offerta alternativa⁹⁷;
- nel caso di presenza di documenti di un concorrente nella busta dell'offerta di un altro⁹⁸;
- dinanzi ad offerte plurime e/o equivoche⁹⁹;

serietà dell'offerta e alla corretta esecuzione dell'appalto), la perfetta conformità tra il regolamento contrattuale predisposto dalla stazione appaltante e l'offerta presentata dal candidato" (cfr., ex plurimis, TAR Basilicata, sez. I, sent. 3 gennaio 2019, n. 3; Consiglio di Stato, sez. V, sent. 21 settembre 2022, n. 8119).

⁹⁶ TAR Umbria, sez. I, nella sent. 4 maggio 2023, n. 238. Secondo i giudici perugini, è indispensabile per la stazione appaltante di acquisire informazioni analitiche e circostanziate circa gli eventuali pagamenti, comprensivi di interessi o multe, ovvero l'assunzione di impegni vincolanti in tal senso da parte dell'operatore economico o comunque l'estinzione dei relativi debiti e le date, anteriori alla scadenza del termine per la presentazione dell'offerta, di perfezionamento delle cause estintive o degli impegni vincolanti, secondo quanto prescritto dall'ultimo periodo dell'art. 80, comma 4, del Codice dei contratti pubblici (Decreto Legislativo n. 50/2016). Al riguardo, infatti, l'operatore economico che voglia scongiurare l'esclusione dalla procedura di gara a causa della presenza di violazioni gravi in materia fiscale o contributiva è onerato di dimostrare di avere ottemperato ai suoi obblighi pagando o, quanto meno, impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o multe, eventualmente mediante la presentazione, in data anteriore alla scadenza del termine per la formulazione della domanda, della richiesta di rateizzazione del debito tributario o contributivo (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, sent. 9 febbraio 2022, n. 942).

⁹⁷ TAR Molise, sez. I, sent. 11 aprile 2023, n. 103, considerato che, ai sensi dell'art. 32, comma 4, del previgente Codice dei contratti pubblici (Decreto Legislativo n. 50/2016), "ciascun concorrente non può presentare più di un'offerta" (nel caso specifico, si era dinanzi ad un appalto di fornitura con posa in opera di infissi ed il concorrente individuava due soluzioni alternative, diverse dal punto di vista tecnico, economico e prestazionale).

⁹⁸ TAR Lazio, Latina, sez. I, sent. 20 marzo 2023, n. 161, secondo cui, in tal caso, deve ritenersi applicabile l'esclusione per esistenza di un unico centro decisionale.

Cfr. anche Consiglio di Stato, sez. V, sent. 14 dicembre 2021, n. 8340, secondo cui la presenza del PassOE di un operatore nella busta dell'offerta economica di un altro concorrente alla medesima gara di appalto è circostanza in sé sintomatica dell'astratta possibilità che le due offerte siano riconducibili ad un unico centro decisionale, con la conseguenza che è legittima l'esclusione dalla procedura di gara.

⁹⁹ TAR Veneto, sez. III, nella sent. 13 febbraio 2023, n. 209, secondo cui, se a fronte di un prezzo unico l'offerta contiene sia una versione standard del prodotto sia una meno performante, deve ritenersi dimostrata la violazione del principio di cui all'art. 32, comma 4, del Codice dei contratti pubblici (Decreto Legislativo n. 50/2016) che impone ai partecipanti alle gare pubbliche di concorrere essenzialmente con un'unica proposta tecnica ed economica e alle stazioni appaltanti di escludere offerte che, come nel caso di specie, presentino una formulazione equivoca.

Già in precedenza il Consiglio di Stato, sez. III, nella sent. 26 luglio 2021, n. 5536, aveva precisato che "l'obbligo di presentare una sola offerta contenente una soluzione tecnica determinata ed un prezzo preciso, ed il corrispondente obbligo per la Pubblica Amministrazione di poter valutare solo offerte in tal guisa formulate, adempiono da un lato al principio di buon andamento dell'azione amministrativa, e dall'altro, al principio di imparzialità (Cons. St. sez. III, sentenza 10 dicembre 2020, n. 8146)". Ne deriva che, al fine di garantire la par condicio dei concorrenti, ma anche l'efficacia e l'efficienza dell'azione amministrativa, ogni offerta formulata in forma alternativa o ipotetica e, perciò, non univoca su un elemento essenziale dell'offerta, non può che condurre alla sua esclusione da parte della stazione appaltante per violazione del principio di unicità dell'offerta.

L'offerta tecnica che presenta due listini prezzi separati, il primo dei quali elenca i soli prodotti presenti nella proposta progettuale base contenuta nel capitolato ed il secondo specifica il costo di tutti gli elementi aggiuntivi offerti dalla società in aggiunta rispetto alla proposta progettuale base deve considerarsi una proposta plurima e, conseguentemente, deve essere esclusa dalla gara: è quanto affermato dal Consiglio di Stato, sez. V, nella sent. 21 settembre 2022, n. 8119.

I giudici hanno evidenziato che un'offerta così strutturata "può essere definita 'plurima', perché appare all'evidenza che la società appellante ha proposto una sola offerta tecnica, ma ha presentato due listini con due offerte economiche, eventualmente, cumulabili. Una offerta così strutturata va esclusa dalla gara, tenuto conto del chiaro tenore letterale dell'art. 32, comma 4, del Codice appalti, ove si prevede che in sede di gara per l'aggiudicazione dell'appalto pubblico <ciascun concorrente non può presentare più di una offerta>".

La disposizione impone ai partecipanti alle gare pubbliche di concorrere con un'unica proposta tecnica ed economica, fatte naturalmente salve le migliori dell'offerta; il principio non solo risponde all'obiettivo di assicurare l'effettiva par condicio tra gli operatori economici nella competizione, ma soprattutto "assurge a baluardo dell'interesse pubblico a far emergere la migliore offerta, in sede di presentazione della stessa" (Consiglio di Stato, sez. III, sent. 26 luglio 2021, n. 5336).

- nel caso di compartecipazione di capitale sociale fra due società concorrenti e l'amministratore di una sia anche membro del consiglio di amministrazione dell'altra, con conseguente esistenza di una situazione di controllo ed unico centro decisionale¹⁰⁰;
- nel caso di sanzione interdittiva dell'ANAC in pendenza della procedura di gara¹⁰¹;
- nel caso di offerta che non rispetta il requisito minimo richiesto dal bando di gara¹⁰²;
- per omissione delle denunce obbligatorie mensili all'ente di previdenza¹⁰³;

¹⁰⁰ TAR Campania, Napoli, sez. VII, nella sent. 7 dicembre 2022, n. 7658. I giudici partenopei hanno ricordato che l'accertamento della sussistenza di un unico centro decisionale d'imputazione delle offerte può avvenire anche sulla base di indici presuntivi concreti, non essendo richiesta anche la prova che il controllo o collegamento fra i concorrenti sia poi pervenuto a risultati effettivi in relazione ai contenuti delle offerte.

¹⁰¹ TAR Campania, Napoli, sez. VIII, nella sent. 7 ottobre 2022, n. 6203.

Come è noto, infatti, l'art. 80, comma 5, lett. f) ter del Codice degli appalti pubblici (Decreto Legislativo n. 50/2016) prevede che le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto "l'operatore economico iscritto nel casellario informatico tenuto dall'Osservatorio dell'ANAC per aver presentato false dichiarazioni o falsa documentazione nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalti. Il motivo di esclusione perdura fino a quando opera l'iscrizione nel casellario informatico"; il comma 12 della medesima norma prevede che "in caso di presentazione di falsa dichiarazione o falsa documentazione, nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalto, la stazione appaltante ne dà segnalazione all'Autorità che, se ritiene che siano state rese con dolo o colpa grave in considerazione della rilevanza o della gravità dei fatti oggetto della falsa dichiarazione o della presentazione di falsa documentazione, dispone l'iscrizione nel casellario informatico ai fini dell'esclusione dalle procedure di gara e dagli affidamenti di subappalto ai sensi del comma 1 fino a due anni, decorso il quale l'iscrizione è cancellata e perde comunque efficacia"; infine, il comma 6 stabilisce che "le stazioni appaltanti escludono un operatore economico in qualunque momento della procedura, qualora risulti che l'operatore economico si trova, a causa di atti compiuti o omessi prima o nel corso della procedura, in una delle situazioni di cui ai commi 1, 2, 4 e 5".

La sanzione, quindi, non produce un mero effetto preclusivo, ma altresì espulsivo (cfr. TAR Campania, Napoli, sez. III, sent. 27 novembre 2019, n. 5593). A tale conclusione conducono l'interpretazione letterale delle norme richiamate, l'esigenza di assicurare alle sanzioni un "concreto grado di effettività" alle misure sanzionatorie adottate dall'ANAC e la necessità di dare rigorosa applicazione ai principi di buona fede e leale collaborazione applicabili alle gare pubbliche.

¹⁰² Consiglio di Stato, sez. V, sent. 9 settembre 2022, n. 7882. Ed infatti, secondo la giurisprudenza (cfr., *ex multis*, Consiglio di Stato, sez. III, sent. 19 agosto 2020, n. 5144 e sez. V, sent. 25 luglio 2019, n. 5260), le caratteristiche essenziali e indefettibili (ossia i requisiti minimi) delle prestazioni o del bene previste dalla *lex specialis* di gara costituiscono una condizione di partecipazione alla procedura selettiva.

È principio pacifico, invero, che le difformità dell'offerta tecnica che rivelano l'inadeguatezza del progetto proposto dall'impresa offerente rispetto ai requisiti minimi previsti dalla stazione appaltante per il contratto da affidare legittimano l'esclusione dalla gara e non già la mera penalizzazione dell'offerta nell'attribuzione del punteggio, perché determinano la mancanza di un elemento essenziale per la formazione dell'accordo necessario per la stipula del contratto (Consiglio di Stato, sez. III, sent. 26 febbraio 2019, n. 1333; sent. 26 aprile 2017, n. 1926). Ciò anche in ossequio alla pacifica giurisprudenza per la quale nelle gare pubbliche le offerte tecniche devono essere improntate alla massima linearità e chiarezza, onde prefigurare alla pubblica amministrazione un quadro certo dei rispettivi doveri e obblighi contrattuali in corrispondenza agli atti di gara (Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, sent. 18 gennaio 2017, n. 23).

Cfr. anche TAR Calabria, Catanzaro, sez. I, sent. 21 marzo 2022, n. 496, confermando un noto orientamento (*ex plurimis*, Consiglio di Stato, sez. V, sent. 2 marzo 2022, n. 1486; TAR Lombardia, Milano, sez. II, sent. 3 novembre 2021, n. 2410) che impone, in dette ipotesi, l'esclusione.

¹⁰³ Nel concetto di violazione degli obblighi previdenziali che legittima l'esclusione dalla gara rientra non solo il mancato versamento dei contributi, accertati e quantificati, ma anche l'omissione delle denunce obbligatorie prescritte, in quanto solo con la presentazione di una denuncia corretta e completa l'Ente previdenziale è messo in condizione di controllare e quantificare i contributi dovuti, con la conseguenza che la mancata presentazione della denuncia preclude all'Ente previdenziale di effettuare tali riscontri e viene a pregiudicare, a monte, il corretto svolgimento di tali compiti: è quanto ribadito dal TAR Basilicata, sez. I, nella sent. 27 giugno 2022, n. 504, confermando un orientamento già noto (cfr., ad esempio, Consiglio di Stato, sez. III, sent. 9 aprile 2019, n. 2313; TAR Lazio, Roma, sez. III quater, sent. 3 ottobre 2018, n. 9708 e sent. 23 agosto 2018, n. 9023).

In ogni caso, come ricordato dalla giurisprudenza (sul punto cfr. TAR Campania, Napoli, sez. I, sent. 3 febbraio 2022, n. 775 e sent. 9 gennaio 2020, n. 114; TAR Puglia, Lecce, sez. II, sent. 7 maggio 2021, n. 681; TAR Basilicata, sez. I, sent.

- nel caso di operatore economico che risulta "inattivo" nel certificato camerale¹⁰⁴;
- per indeterminatezza dell'offerta tecnica¹⁰⁵;
- per irregolarità contributiva certificata dall'Agenzia delle Entrate¹⁰⁶;

11 maggio 2021, n. 364), ha statuito che il Giudice Amministrativo non può sostituirsi agli Enti Previdenziali nella valutazione della gravità delle violazioni commesse, non potendo sindacare il giudizio di gravità, contenuto nei DURC, in quanto tale giudizio è stato attribuito dal Legislatore ai predetti Enti.

Nel caso specifico, peraltro, il concorrente aveva regolarizzato la propria posizione solo in data successiva alla scadenza del termine perentorio di presentazione delle offerte, in violazione di quanto statuito dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con le sentenze nn. 5 e 6 del 29 febbraio 2016 e n. 10 del 25 maggio 2016, con le quali, oltre a stabilire che l'applicazione dei principi di parità di trattamento e di autoreponsabilità non ammette la regolarizzazione contributiva previdenziale/assistenziale successivamente alla scadenza del termine perentorio di presentazione delle offerte, in quanto si consentirebbe "ad una impresa di partecipare alla gara senza preoccuparsi dell'esistenza a proprio carico di una irregolarità contributiva, potendo essa confidare sulla possibilità di sanare il proprio inadempimento in caso di aggiudicazione (e, dunque, a seconda della convenienza)", "andando così a sanare, non una mera irregolarità formale, ma la mancanza di un requisito sostanziale, mancanza aggravata dall'aver reso una dichiarazione oggettivamente falsa in ordine al possesso del requisito".

¹⁰⁴ Consiglio di Stato, sez. V, nella sent. 1° giugno 2022, n. 4474.

Come è noto, da tempo la giurisprudenza (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, sent. 19 febbraio 2003, n. 925), ha affermato che la funzione della prescrizione della *lex specialis* della gara, con la quale si richiede ai concorrenti, ai fini della partecipazione, l'iscrizione alla Camera di Commercio (sia nel regime previgente ove era prevista dall'art. 39, comma 1, del codice dei contratti pubblici tra i requisiti idonei a dimostrare la capacità tecnica e professionale dell'impresa, sia, e ancor più, nell'impianto del nuovo Codice dei contratti pubblici, ove è assunta, con la previsione di cui all'art. 83 comma 1, lett. a del D.lgs. n. 50 del 2016, a requisito di idoneità professionale, anteposto ai più specifici requisiti attestanti la capacità tecnico-professionale ed economico-finanziaria dei partecipanti alla gara, di cui alle successive lettere b) e c) del medesimo comma) è finalizzata a selezionare ditte che abbiano una esperienza specifica nel settore interessato dall'appalto. Quando tale prescrizione si specifica nel senso che occorre dimostrare l'iscrizione per una definita attività (oggetto dell'affidamento), ciò significa che, attraverso la certificazione camerale, deve accertarsi il concreto ed effettivo svolgimento, da parte della concorrente, di una determinata attività, adeguata e direttamente riferibile al servizio da svolgere (cfr., fra le tante, Consiglio di Stato, sez. V, sent. 18 gennaio 2021, n. 508). Il che esclude la possibilità di prendere in considerazione imprese la cui attività non sia stata ancora attivata, come, peraltro, evidenziato da una giurisprudenza altrettanto uniforme che avverte, altresì, che ai fini in discussione non può giovare il fatto della mera contemplazione di un'attività nell'oggetto sociale, il quale esprime solo la misura della capacità di agire della società interessata, indicando i settori - invero, potenzialmente illimitati - nei quali la stessa potrebbe in astratto operare, e che, così facendo, indica degli ambiti operativi che devono reputarsi non rilevanti ove non effettivamente attivati (cfr. Consiglio di Giustizia Amministrativa, sent. 26 marzo 2020, n. 213; Consigli di Stato, sez. V, sent. 10 aprile 2018, n. 2176; sez. VI, sent. 15 maggio 2015, n. 2486; sez. III, sent. 28 dicembre 2011, n. 6968).

Tale orientamento mette, dunque, in evidenza che l'affidabilità dell'impresa è strettamente connessa alla sua attivazione. Nel caso specifico, come evidenziato dal Consiglio di Stato, una società era stata costituita appositamente per la partecipazione alla gara ed era rimasta inattiva sia alla data di scadenza del termine per la presentazione delle offerte sia alla data di aggiudicazione della gara: conseguentemente, andava esclusa.

¹⁰⁵ TAR Marche, sez. I, nella sent. 17 marzo 2022, n. 169. Nel caso specifico, l'offerta riguardava il servizio di addobbi luminosi ed il capitolato di gara imponeva di indicare dettagliatamente, nel numero e nella tipologia, gli addobbi luminosi natalizi, luminarie, decorazione alberi veri, noleggio e allestimento alberi di luci o sintetici, archi luminosi, tettini di luci e allestimenti luminosi vari: secondo i giudici, l'indicazione del numero degli elementi scenografici da collocare in ogni singola piazza/via era da considerarsi essenziale, con la conseguenza che, in assenza, l'offerta doveva considerarsi indeterminata.

¹⁰⁶ TAR Campania, Napoli, sez. I, nella sent. 3 febbraio 2022, n. 775. Ed infatti, già in passato la giurisprudenza ha affermato che "le certificazioni relative alla regolarità contributiva e tributaria delle imprese partecipanti, emanate dagli organi preposti si impongono alle stazioni appaltanti che non possono in alcun modo sindacarne il contenuto, non residuando alle stesse alcun potere valutativo sul contenuto o sui presupposti di tali certificazioni; spetta, infatti, in via esclusiva all'Agenzia delle Entrate il compito di dare un giudizio sulla regolarità fiscale dei partecipanti a gara pubblica, non disponendo la stazione appaltante di alcun potere di autonomo apprezzamento del contenuto delle certificazioni di regolarità tributaria, ciò al pari della valutazione circa la gravità o meno della infrazione previdenziale, riservata agli enti previdenziali (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria n. 8/2012; Consiglio di Stato, Sez. V, n. 2682/2013)" (TAR Campania, Napoli, sez. I, sent. 9 gennaio 2020, n. 114).

- in seguito alla verifica negativa sui requisiti¹⁰⁷;
- per superamento del limite delle pagine relazione tecnica, se previsto dalla *lex specialis*¹⁰⁸;
- per mancata firma del computo metrico, se previsto dalla *lex specialis*¹⁰⁹.

4.5 Rilevanza di sanzioni e interessi nel caso di esclusione dalla gara per omesso pagamento imposte

Come è noto, ai fini dell'esclusione della gara di appalto per gravi violazioni riguardanti l'omesso pagamento di imposte e tasse, l'art. 80, comma 4, del previgente Codice dei contratti pubblici (Decreto Legislativo n. 50/2016), precisa che "*costituiscono gravi violazioni quelle che comportano un omesso pagamento di imposte e tasse superiore all'importo di cui all'articolo 48-bis, commi 1 e 2-bis, del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602*", ossia euro 5.000.

Il TAR Campania, Napoli, sez. I, nella sent. 3 febbraio 2022, n. 775, ha precisato che, ai fini di detto limite, devono considerarsi anche gli importi di interessi e sanzioni; in tal senso, secondo i giudici, rileva l'art. 3, comma 3, del Decreto del MEF 18 gennaio 2008, n. 40, "*Modalità di attuazione dell'art. 48-bis del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 602*", secondo cui la segnalazione rivolta alle Amministrazioni che ne facciano richiesta, quindi anche le stazioni appaltanti, deve contenere l'indicazione dell'ammontare del debito del destinatario per cui si è verificato l'inadempimento, "*comprensivo delle spese esecutive e degli interessi di mora dovuti*".

¹⁰⁷ TAR Toscana, sez. I, nella sent. 27 ottobre 2021, n. 1385, secondo cui, a prescindere dalla fase in cui si accerti l'esistenza di una causa di esclusione, sussiste l'obbligo della stazione appaltante di adottare tale provvedimento, nel rispetto dei principi di imparzialità e della correttezza della procedura di gara.

¹⁰⁸ TAR Calabria, Catanzaro, sez. II, sent. 4 ottobre 2021, n. 1692, secondo cui è legittima l'esclusione dell'offerta contenente per superamento del limite del numero di pagine solo se tale sanzione è espressamente prevista dalla *lex specialis*. I giudici calabresi hanno ricordato che, in linea di principio, si può ritenere legittimo un bando di gara che - per non appesantire oltremodo i lavori della commissione - limiti il numero delle pagine della relazione tecnica da presentare (in tal senso, cfr. anche TAR Emilia-Romagna, Bologna, sez. II, sent. 21 dicembre 2016, n. 1055); in ogni caso, rimane salvo il sindacato del giudice amministrativo qualora tale limite fosse manifestamente incongruo in rapporto al valore della gara ed alla complessità delle questioni da affrontare. Il contingentamento del numero massimo di pagine è funzionale non solo alla snellezza del procedimento e alla celere conclusione della gara, onerando ciascuno dei concorrenti a contenere le modalità espositive della propria offerta, ma pure all'interesse dei concorrenti ad essere valutati anche per una proposta che sappia centrare adeguatamente - senza improprie dispersioni o divagazioni - gli aspetti topici della proposta in ordine all'intervento messo a gara, risultando per tal via, oltre che ragionevole, anche coerente con il principio di *favor participationis*.

¹⁰⁹ TAR Abruzzo, Pescara, sez. I, nella sent. 21 gennaio 2022, n. 23. Come ricordato dai giudici, le offerte debbano essere escluse qualora siano carenti degli elementi essenziali, come avviene nel caso del difetto di sottoscrizione, visto che, secondo l'opinione prevalente, la firma serve innanzitutto a documentare la legittima provenienza di un documento ed a riferirne con certezza il contenuto ad un determinato soggetto, in modo da poter escludere che la genuinità dello stesso possa essere messa in discussione.

5.

Casistica varia

5.1 Offerta legata al rispetto dei criteri ambientali minimi

Allorquando il bando contenga un puntuale riferimento ai relativi decreti ministeriali, l'onere di diligenza impone al concorrente di adeguare la propria offerta ai criteri ambientali minimi che la stazione appaltante non ha trascurato e che l'operatore economico è così messo in grado di conoscere e valutare, per formulare un'offerta consapevole: è quanto evidenziato dal TAR Campania, Napoli, sez. I, nella sent. 15 gennaio 2024, n. 377.

In tal caso, il meccanismo di eterointegrazione opera con pienezza, corrispondendo allo spirito che informa l'intera normativa sui criteri minimi ambientali, la quale si proietta sulla diretta cogenza delle relative regole, il cui rigoroso rispetto si impone anche ai concorrenti, tenuti, come la stazione appaltante, alla loro applicazione. In tale contesto, apparirebbe ultroneo pretendere da parte della stazione appaltante la declinazione dei criteri ambientali minimi contenuti nella relativa normativa di legge, che si sostanzierebbe nell'obbligo meramente formale di riproduzione del suo contenuto, ogni qualvolta non sia dedotto e dimostrato che, con riferimento alla specificità dell'appalto o ad altre circostanze peculiari, una tale esigenza si imporrebbe, per l'impossibilità che il concorrente possa formulare un'offerta adeguata.

Detta conclusione si coniuga con il principio del risultato che, ancorché fissato ora dall'art. 1 del nuovo Codice dei contratti pubblici, approvato con il Decreto Legislativo n. 36/2023 (*"Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti perseguono il risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza"*), può valere come criterio orientativo per i casi in cui debba essere risolto il dubbio sulla sorte della legge di gara, che non può dirsi assolutamente mancante di prescrizioni inderogabili.

Detto principio (valevole quale criterio orientativo che, per sua natura, è suscettibile di essere adottato anche per le procedure di appalto non rette dal nuovo Codice) può essere declinato in termini che pongano l'accento sull'esigenza di privilegiare l'effettivo e tempestivo conseguimento degli obiettivi dell'azione pubblica, prendendo in considerazione i fattori sostanziali dell'attività amministrativa, escludendo che la stessa sia vanificata, in tutti quei casi in cui non si rinvergono obiettive ragioni che ostino al suo espletamento.

In tale ottica, può quindi nella specie affermarsi che vada mantenuta la legge di gara e garantito lo svolgimento della procedura di appalto, poiché a tale risultato non si frappongono esigenze dettate dalla preminente tutela delle ragioni del concorrente, la cui posizione sia stata ingiustificatamente lesa (atteso che, come si è detto, in ragione della formulazione specifica degli atti di gara, l'operatore economico non potesse dirsi inconsapevole delle modalità attraverso cui formulare la propria offerta).

In altri termini, nell'analisi dei casi concreti va considerata l'esigenza di garantire il conseguimento dell'obiettivo dell'azione pubblica (con il riconoscimento del prioritario interesse al pronto raggiungimento delle finalità dell'appalto), essendo destinati a recedere quei formalismi ai quali non corrisponda una concreta ed effettiva esigenza di tutela del privato.

5.2 Clausola che consente la proroga dell'appalto nei "casi contemplati dall'ordinamento"

Come è noto, l'art. 106, comma 11, del previgente Codice dei contratti pubblici (Decreto Legislativo n. 50/2016) dispone che *"La durata del contratto può essere modificata esclusivamente per i contratti in corso di esecuzione se è prevista nel bando e nei documenti di gara una opzione di proroga. La proroga è limitata al tempo strettamente necessario alla conclusione delle procedure necessarie per l'individuazione di un nuovo contraente. In tal caso il contraente è tenuto all'esecuzione delle prestazioni previste nel contratto agli stessi prezzi, patti e condizioni o più favorevoli per la stazione appaltante"*.

Secondo il TAR Molise, sez. I, sent. 11 gennaio 2024, n. 11, la clausola del bando di gara secondo cui la proroga è possibile nei *"casi contemplati dall'ordinamento"* ricomprende senza dubbio la norma appena citata e riportata: detta disposizione, per poter trovare applicazione, richiede semplicemente che la relativa fattispecie di prorogabilità del contratto sia prevista nei documenti di gara. E non pare dubbio che i documenti di gara, esprimendo la possibilità di proroga *"nei casi contemplati dalla legge"*, contengano una previsione sufficiente ad integrare la condizione richiesta per l'applicazione dell'art. 106, comma 11, poc'anzi citato.

5.3 L'ammissibilità dei chiarimenti resi dalla stazione appaltante

Come è noto, secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, i chiarimenti resi dalla stazione appaltante sulla legge di gara sono ammissibili se contribuiscono, con un'operazione di interpretazione del testo, a renderne chiaro e comprensibile il significato, avendo i medesimi una mera funzione di illustrazione delle regole

già formate e predisposte dalla disciplina di gara, senza alcuna incidenza in termini di modificazione o integrazione delle condizioni della procedura selettiva¹¹⁰.

Con i chiarimenti, quindi, non sono possibili operazioni manipolative, potendo essi solo contribuire, con un'operazione di interpretazione del testo, a renderne chiaro e comprensibile il significato o la ratio¹¹¹.

In un caso specifico affrontato dal TAR Campania, Salerno, sez. I, nella sent. 13 dicembre 2023, n. 2952, è stato ritenuto ammissibile il chiarimento fornito dalla stazione appaltante circa la corretta individuazione del riferimento di listino prezzi dei pezzi di ricambio dei veicoli e delle attrezzature: come precisato nel chiarimento, il riferimento doveva intendersi ai listini ufficiali relativi ai ricambi originali.

5.4 L'ammissibilità della correzione materiale di un errore contenuto nell'offerta economica

Come ribadito recentemente dal TAR Sicilia, Catania, sez. I, nella sent. 26 settembre 2023, n. 2799, dinanzi ad un errore dell'operatore nella redazione dell'offerta economica, è necessario accertare la natura e rilevanza di detto errore, al fine di verificare possa considerarsi un mero errore materiale immediatamente percepibile e come tale emendabile senza alcuna attività manipolativa¹¹² ovvero richieda un'attività integrativa da parte del RUP e come tale inammissibile e insuscettibile di soccorso istruttorio¹¹³.

Nel caso specifico, l'operatore aveva inserito nella casella del ribasso non l'importo offerto ma la percentuale di ribasso offerta; secondo i giudici, detto errore doveva qualificarsi quale mero errore materiale suscettibile di correzione da parte dell'amministrazione per i seguenti motivi:

- l'errore era facilmente rilevabile dall'esiguità dell'importo indicato (ove commisurato al prezzo espresso in euro) ed era stato, in ogni caso, tempestivamente rappresentato dal concorrente nella richiesta di autotutela;
- la sua correzione avrebbe, inoltre, richiesto una mera operazione matematica, effettuata sulla base degli stessi elementi contenuti nell'offerta economica presentata dal concorrente, senza dover attingere a fonti di conoscenza estranee all'offerta ovvero a dichiarazioni integrative o rettificative dell'offerente, quindi in perfetta aderenza ai principi enucleati dalla consolidata giurisprudenza sopra citata;

¹¹⁰ Cfr. Consiglio di Stato, sez. III, sent. 8 settembre 2020, n. 5708, che richiama un'ampia giurisprudenza.

¹¹¹ Consiglio di Stato, sez. V, sent. 2 settembre 2019, n. 6026; sez. IV, sent. 15 dicembre 2020, n. 8031; TAR Lazio, Roma, sez. I, sent. 18 maggio 2022, n. 6312.

¹¹² Cfr., tra le tante, Consiglio di Stato, sez. III, sent. 21 marzo 2022, n. 2003.

¹¹³ Cfr., tra le tante, Consiglio di Stato, sez. V, sent. 26 gennaio 2021, n. 804.

- tale operazione non avrebbe, quindi, determinato alcun intervento manipolativo né alcuna modifica dell'offerta originariamente espressa e sarebbe stato conforme ai principi di immutabilità dell'offerta e di par condicio dei concorrenti.

5.5 Riconoscimento del punteggio per servizi resi in precedenza alla medesima stazione appaltante

Come è noto, ai sensi dell'art. 18, comma 2, della Legge n. 241/1990, le Amministrazioni che bandiscono una gara pubblica devono acquisire d'ufficio i documenti necessari all'istruttoria già in loro possesso, in coerenza con le esigenze di semplificazione amministrativa ed in ossequio al divieto di aggravamento del procedimento¹¹⁴.

La giurisprudenza ha statuito che l'acquisizione d'ufficio di documenti in possesso della stazione appaltante sostanzia un obbligo di portata generale, unitamente alla *"insussistenza di espresse deroghe o eccezioni al loro ambito d'applicazione oggettivo e l'assenza, nella normativa disciplinante le procedure di affidamento di appalti pubblici, di puntuali previsioni che impediscano espressamente l'acquisizione degli attestati in possesso delle amministrazioni aggiudicatrici, precludono che possano essere escluse dal perimetro applicativo della normativa citata le procedure di aggiudicazione di contratti pubblici, nonché impongono di interpretarla ed applicarla, anche in ossequio al principio del "favor participationis" ed in conformità ai recepiti principi di semplificazione amministrativa, a tale tipologia di procedimenti"*¹¹⁵.

Conseguentemente, come ricordato recentemente dal TAR Lazio, Roma, sez. IV, nella sent. 26 settembre 2023, n. 14255, è corretto l'operato della commissione di gara che, di fronte alla mera dichiarazione del servizio precedentemente reso alla medesima stazione appaltante (senza documentazione ulteriore a supporto), riconosce il relativo punteggio, sull'evidente presupposto che la stazione appaltante non potesse disconoscere l'esecuzione di tale servizio.

5.6 Competenza alla valutazione dell'offerta tecnica

Come ricordato recentemente dal TAR Calabria, Catanzaro, sez. I, nella sent. 18 settembre 2023, n. 1157, a conferma di un noto insegnamento giurisprudenziale¹¹⁶, l'attività di valutazione dell'offerta tecnica rientra nelle

¹¹⁴ Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, sent. 28 dicembre 2011, n. 6947; sez. IV, sent. 16 luglio 2007, n. 4011.

¹¹⁵ Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, sent. 27 luglio 2017, n. 3698.

¹¹⁶ Cfr. TAR Campania, Napoli, sez. I, sent. 3 gennaio 2022, n. 42.

dirette prerogative della commissione di gara e non del RUP, in linea con quanto disposto dall'art. 77, comma 1, del previgente Codice dei contratti pubblici (Decreto Legislativo n. 50/2016)¹¹⁷.

5.7 Interpretazione della *lex specialis* di gara e ruolo del bando

Il bando di gara rappresenta il "documento fondamentale" del procedimento di evidenza pubblica, al quale è rimesso di individuare i necessari riferimenti e gli eventuali collegamenti agli (ulteriori, correlati e successivi) atti di gara, i quali derivano il proprio contenuto (e la propria "legittimazione" funzionale) necessariamente dal primo: è quanto ribadito dal TAR Calabria, Catanzaro, sez. I, nella sent. 4 agosto 2023, n. 1116.

Da ciò discende, secondo i giudici calabresi, il corollario di una gerarchia differenziata all'interno della complessiva documentazione di gara, che – con specifico riguardo alla risoluzione di concreti contrasti interni tra le varie disposizioni della *lex specialis* – impone di dare la prevalenza alle previsioni del bando, laddove le disposizioni del capitolato (o del disciplinare) possono soltanto integrare, ma non modificare le prime¹¹⁸.

Nell'occasione è stata anche evidenziata che, in linea generale, "Ai fini dell'interpretazione delle clausole di una *lex specialis* di gara vanno applicate le norme in materia di contratti e anzitutto il criterio letterale e quello sistematico, ex artt. 1362 e 1363 cod. civ.; conseguentemente, le stesse clausole non possono essere assoggettate a procedimento ermeneutico in una funzione integrativa, diretta a evidenziare in esse pretesi significati impliciti o inespressi, ma vanno interpretate secondo il significato immediatamente evincibile dal tenore letterale delle parole utilizzate e dalla loro connessione"¹¹⁹.

5.8 Precedente contatto professionale con il concorrente e conflitto di interesse del commissario di gara

Non può ravvisarsi un conflitto di interessi rilevante nel caso in cui il legale rappresentante della mandataria di un RTI abbia svolto, in passato, il ruolo di RUP in un comune e l'attuale commissario di gara sia stato,

¹¹⁷ Detta disposizione, infatti, prevede che "Nelle procedure di aggiudicazione di contratti di appalti o di concessioni, limitatamente ai casi di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa la valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico ed economico è affidata ad una commissione giudicatrice, composta da esperti nello specifico settore cui afferisce l'oggetto del contratto"; tale norma deve essere letta congiuntamente all'art. 33 del medesimo testo normativo che assegna alla stazione appaltante il potere di approvare la proposta di aggiudicazione formulata dalla commissione, potendo richiedere a questa chiarimenti e documenti, senza tuttavia sostituirsi all'attività specialistica rimessa ai commissari; del resto, anche la previsione di specifici requisiti di professionalità dei membri delle commissioni di gara contenuta nell' art. 84 del codice dei contratti pubblici dimostra che la valutazione delle offerte sia rimessa in via esclusiva alla commissione e non possa essere surrogata dalla stazione appaltante che, al più, potrebbe formulare rilievi e stimolare un riesame della valutazione condotta, ma giammai provvedere in sostituzione di essa, ponendosi altrimenti nel nulla le stesse garanzie di professionalità prescritte dal codice.

¹¹⁸ Cfr., tra le tante, Consiglio di Stato, sez. V, sent. 30 agosto 2022, n. 7573.

¹¹⁹ Consiglio di Stato, sez. V, sent. 15 febbraio 2023, n. 1589.

sempre in passato, il responsabile dell'ufficio tecnico del medesimo comune: è quanto affermato dal TAR Calabria, Catanzaro, sez. I, nella sent. 1° giugno 2023, n. 843.

Secondo i giudici, tali circostanze denotano la mera sussistenza di occasioni in cui l'attività dei due soggetti, entrambi professionisti tecnici (uno architetto, l'altro ingegnere), ha avuto modo di estrinsecarsi con riferimento al medesimo intervento, senza che ciò possa considerarsi un'ipotesi di conflitto di interessi o di obbligo di astensione.

5.9 Richiesta di requisiti di capacità economico-finanziaria ulteriori rispetto alle attestazioni SOA

Costituisce un comportamento illegittimo da parte della stazione appaltante la richiesta ai concorrenti di requisiti speciali aggiuntivi rispetto all'attestazione SOA: è quanto evidenziato dall'ANAC nella delibera n. 140 del 4 aprile scorso.

Nel caso concreto, un'amministrazione comunale aveva richiesto requisiti di capacità economico-finanziaria – fatturati globali e specifici nei lavori e servizi analoghi relativi agli ultimi 3 esercizi – ulteriori rispetto all'attestazione SOA, costituendo ciò un onere aggiuntivo per i concorrenti, in violazione dei principi di speditezza dell'azione amministrativa e del divieto di aggravamento del procedimento.

A tal proposito, l'ANAC ha rilevato come tali requisiti finanziari inerenti ai lavori, già oggetto di valutazione ai fini dell'attestazione SOA, non risultano coerenti con quanto disposto dall'art. 84 del previgente Codice dei contratti pubblici (Decreto Legislativo n. 50/2016), secondo cui gli esecutori di lavori pubblici di importo pari o superiore a 150.000 euro provano il possesso dei requisiti di qualificazione mediante l'attestazione di qualificazione, nonché dalle Linee Guida ANAC n. 4 recanti *"Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici"*, approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 1097 del 26 ottobre 2016 e da ultimo aggiornate con delibera n. 636 del 10 luglio 2019, secondo cui *"L'eventuale possesso dell'attestato di qualificazione SOA per la categoria dei lavori oggetto dell'affidamento è sufficiente per la dimostrazione del possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale richiesti"*.

Parimenti, l'art. 60, comma 4, del DPR n. 207/2010 (ancor oggi vigente ai sensi dell'art. 216, comma 14, del Codice dei contratti pubblici), prevede espressamente il divieto per le stazioni appaltanti di *"richiedere ai concorrenti la dimostrazione della qualificazione con modalità, procedure e contenuti diversi da quelli previsti dal presente regolamento"*; al comma 3 si precisa ulteriormente che, ad eccezione dei lavori di importo superiore a 20.658.276 euro, l'attestazione di qualificazione SOA costituisce *"condizione necessaria e sufficiente per la"*

dimostrazione dell'esistenza dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria ai fini dell'affidamento di lavori pubblici".

Sul punto, ricordiamo che il Consiglio di Stato¹²⁰ aveva già osservato, in passato, che la "valenza certificativa, con carattere di obbligatorietà ed esclusività, delle attestazioni SOA è altresì inequivocabilmente affermata dall'art. 60 del d.P.R. 207 del 2010", ritenendo che tale sistema di qualificazione, con valenza centrale del certificato rilasciato dalle SOA, sia stato confermato dal Codice dei contratti pubblici.

5.10 Annullamento per violazioni tributarie definitivamente accertate

Ai sensi dell'art. 80, comma 4, del Codice dei contratti pubblici (Decreto Legislativo n. 50/2016), "Un operatore economico è escluso dalla partecipazione a una procedura d'appalto se ha commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse ...Costituiscono gravi violazioni quelle che comportano un omesso pagamento di imposte e tasse superiore all'importo di cui all'articolo 48-bis, commi 1 e 2-bis del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602. Costituiscono violazioni definitivamente accertate quelle contenute in sentenze o atti amministrativi non più soggetti ad impugnazione...Un operatore economico può essere escluso dalla partecipazione a una procedura d'appalto se la stazione appaltante è a conoscenza e può adeguatamente dimostrare che lo stesso non ha ottemperato agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali non definitivamente accertati qualora tale mancato pagamento costituisca una grave violazione ai sensi rispettivamente del secondo o del quarto periodo...".

La disposizione distingue due ipotesi concernenti, rispettivamente:

- la commissione di violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse (o contributi previdenziali), in presenza delle quali è prevista l'automatica esclusione dell'operatore;
- l'inadempimento agli obblighi di pagamento delle imposte e delle tasse (o dei contributi previdenziali) non definitivamente accertato che, viceversa, "può" comportare l'estromissione del partecipante.

In entrambe le ipotesi, la valutazione di gravità è predeterminata dal legislatore al raggiungimento della soglia di € 5.000,00 fissata all'art. 48 *bis* del D.P.R. n. 602/1972.

¹²⁰ Sez. V, sent. 15 gennaio 2019, n. 374.

La differenza tra le due previsioni riposa sull'automaticità nel primo caso, ovvero sulla facoltatività nel secondo caso, del potere di esclusione da parte della stazione appaltante al verificarsi dei presupposti normativamente previsti.

Conseguentemente, come evidenziato dal TAR Calabria, Reggio Calabria, nella sent. 20 aprile 2023, n. 345, è legittima l'annullamento dell'aggiudicazione all'operatore economico in capo al quale sono state rilevate violazioni tributarie definitivamente accertate per un importo superiore a € 5.000, per le quali opera l'automatismo espulsivo voluto dal Codice.

5.11 Referenza bancaria personale nel caso di offerta presentata da un'impresa individuale

È valida la referenza bancaria riferita alla persona fisica titolare dell'impresa individuale e non all'impresa stessa: è quanto affermato dal TAR Lombardia, Brescia, sez. I, nella sent. 21 marzo 2023, n. 255, secondo cui, nel caso di impresa individuale, infatti, non vi è sostanziale alterità soggettiva tra l'impresa e l'imprenditore, né centri distinti di imputazione delle obbligazioni contratte¹²¹.

Le obbligazioni fanno tutte capo all'imprenditore, indipendentemente dalla ragione (personale o commerciale) per le quali sono contratte: ciò comporta che la referenza rilasciata alla persona fisica deve ritenersi valida anche per l'impresa individuale, non essendoci separazione patrimoniale tra persona e impresa.

5.12 Revoca della proroga del servizio motivata dall'esistenza di una indagine penale

È legittimo il provvedimento con cui si revoca la proroga del servizio in capo al precedente affidatario motivata dall'esistenza di un'indagine penale: è quanto affermato dal TAR Campania, Napoli, sez. VIII, nella sent. 15 marzo 2023, n. 1688.

Nel caso specifico, il responsabile del settore e quello dei servizi finanziari del Comune avevano denunciato l'affidatario in merito ad ammanchi di denaro risultanti dalla contabilità e delle (presunte) falsificazioni dei bollettini di pagamento dei servizi cimiteriali, oggetto dell'affidamento iniziale e della proroga, con conseguente avvio di indagine penale da parte delle autorità competenti. Secondo i giudici, dinanzi a tale situazione, erano *"evidenti le ricadute in termini di affidabilità dell'aggiudicataria del medesimo servizio. In altre parole, in questo*

¹²¹ Come affermato dal Consiglio di Stato, sez. V, nella sent. 16 novembre 2018, n. 6458, *"all'impresa individuale non può essere riconosciuta, nemmeno a fini fiscali, alcuna soggettività giuridica o alcuna autonoma imputabilità, distinta da quella della persona fisica che ne è titolare (Cass. Civ., III, 19 settembre 2014, n. 19735; Sez. Trib., 30 maggio 2007, n. 12757)"*.

caso, il "disvalore specifico delle [pregresse] condotte rispetto all'instaurando rapporto contrattuale" è concludato e non richiedeva ulteriori specificazioni", con conseguenza coerenza della decisione di revocare la proroga¹²².

5.13 RUP parente del mandante di un RTI

Il RUP che ha un legame parentale con il mandante del RTI aggiudicatario configura un'ipotesi di conflitto di interessi: è quanto evidenziato dall'ANAC, nella delib. n. 63/2023.

Ed infatti, l'art. 42, comma 2, del Codice dei contratti pubblici (Decreto Legislativo n. 5072016) richiama le ipotesi di astensione di cui all'art. 7 del DPR n. 62/2013 (Regolamento recante il codice di comportamento dei dipendenti pubblici), il quale prevede che "Il dipendente si astiene dal partecipare all'adozione di decisioni o ad attività che possano coinvolgere interessi propri, ovvero di suoi parenti, affini entro il secondo grado, del coniuge o di conviventi."

Sul punto vale la pena richiamare anche l'art. 6 del citato DPR n. 62/2013 secondo il quale "Fermi restando gli obblighi di trasparenza previsti da leggi o regolamenti, il dipendente, all'atto dell'assegnazione all'ufficio, informa per iscritto il dirigente dell'ufficio di tutti i rapporti, diretti o indiretti, di collaborazione con soggetti privati in qualunque modo retribuiti che lo stesso abbia o abbia avuto negli ultimi tre anni, precisando: a) se in prima persona, o suoi parenti o affini entro il secondo grado, il coniuge o il convivente abbiano ancora rapporti finanziari con il soggetto con cui ha avuto i predetti rapporti di collaborazione".

Le citate norme vanno lette alla luce delle nozioni civilistiche di parentela e affinità, in quanto vi è una unitarietà di fondo dell'ordinamento giuridico che consente di utilizzare nozioni e principi in modo trasversale, in assenza di una espressa deroga di settore.

¹²² In generale, va ricordato (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, sent. 14 luglio 2022, n. 5991) che "negli appalti pubblici non è precluso all'amministrazione di revocare l'aggiudicazione in presenza di un interesse pubblico individuato in concreto, del quale si è dato atto nella motivazione del provvedimento di autotutela, alla stregua dei principi generali dell'ordinamento giuridico, i quali, oltre che espressamente codificati dall'art. 21quinquies, l. n. 241 del 1990, trovano fondamento negli stessi principi costituzionali predicati dall'art. 97 Cost., ai quali deve ispirarsi l'azione amministrativa; l'esercizio di tale potere non è subordinato al ricorrere di ipotesi tipiche, tassativamente predeterminate dal legislatore, ma è rimesso alla valutazione ampiamente discrezionale dell'amministrazione". Ed inoltre, sempre la giurisprudenza ha affermato che "Se la "mera pendenza" dell'indagine non può di per sé sola giustificare l'esclusione dalla gara, non è illegittimo che l'Amministrazione muova dagli atti dell'indagine e dai provvedimenti emessi dall'autorità giudiziaria penale per trarne elementi idonei a dimostrare l'inaffidabilità dell'operatore economico, dando conto del loro rilievo nella motivazione del provvedimento" (TAR Liguria, sez. I, sent. 22 giugno 2022, n. 520).

In tal senso, l'art. 77 del codice civile dispone che *“La legge non riconosce il vincolo di parentela oltre il sesto grado, salvo che per alcuni effetti specialmente determinati”*; mentre secondo l'art. 78 c.c. *“L'affinità è il vincolo tra un coniuge e i parenti dell'altro coniuge”*.

Il codice civile, dunque, non stabilisce un limite di carattere generale per il vincolo di affinità, a differenza del rapporto di parentela.

Chiarita la distinzione (tra affinità e parentela), si osserva che la formulazione letterale adottata dall'art. 7 del DPR n. 62/2013 – e richiamata dall'art. 42, comma 2 del Codice dei contratti pubblici – non lascia dubbi in ordine alla volontà di distinguere concettualmente la nozione di parentela da quella di affinità: l'utilizzo della virgola rafforza la distinzione, mentre se il legislatore avesse voluto accomunare le due nozioni avrebbe presumibilmente adottato la congiunzione “e” tra le due fattispecie o avrebbe espressamente circoscritto la nozione civilistica di parentela.

Pertanto, seppur è nota la prassi di alcune stazioni appaltanti di limitare la rilevanza della parentela, variamente al 2°, 3° o 4° grado (con ciò riflettendo una certa confusione applicativa), sulla base della esposta interpretazione letterale-sistematica delle norme di riferimento, l'ANAC ritiene che la nozione di parentela rilevante ai sensi dell'art. 42 del Codice dei contratti pubblici includa i parenti fino al 6° grado, conseguendone un obbligo dichiarativo, ove il legame sussista.

Pertanto, nel caso di specie, secondo l'Autorità, l'aggiudicazione dell'affidamento e la sua successiva esecuzione erano state condotte in violazione dell'art. 42 del Codice, con conseguente rimessione alla valutazione della stazione appaltante l'adozione delle opportune iniziative, anche di autotutela, da porre in essere¹²³.

5.14 Contrasto fra percentuale di ribasso e cifra assoluta nell'offerta economica

Nel contrasto fra la percentuale di ribasso e la cifra assoluta indicate nell'offerta economica prevale la prima: è quanto ribadito dal TAR Campania, Napoli, sez. I, nella sent. 3 marzo 2023, n. 1387, confermando un consolidato orientamento¹²⁴.

Nell'offerta economica, il ribasso indica la percentuale di decremento, laddove il valore indicato in termini assoluti è denominato “prezzo offerto”. Secondo i giudici, in assenza di specifiche indicazioni del disciplinare di gara, deve attribuirsi portata prevalente al ribasso percentuale, atteso che lo stesso funge da parametro di riferimento per attribuire al valore economico dell'offerta uno specifico punteggio; ciò in quanto, nell'ambito

¹²³ Cfr. Linee Guida ANAC n. 15, par. 9 e delibera ANAC n. 273/2022.

¹²⁴ Cfr. Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, sent. 10 maggio 2022, n. 560.

del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il punteggio costituisce l'unico dato, relativo all'offerta economica, rilevante per determinare la posizione in graduatoria e la conseguente aggiudicazione.

5.15 Attestazione SOA in scadenza e partecipazione alla gara

Come è noto, in materia di attestazione SOA, l'art. 76 del D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, dispone che:

"5. L'efficacia dell'attestazione è pari a cinque anni con verifica triennale del mantenimento dei requisiti di ordine generale, nonché dei requisiti di capacità strutturale di cui all'articolo 77, comma 5. Almeno novanta giorni prima della scadenza del termine, l'impresa che intende conseguire il rinnovo dell'attestazione deve stipulare un nuovo contratto con la medesima SOA o con un'altra autorizzata all'esercizio dell'attività di attestazione.

6. Il rinnovo dell'attestazione può essere richiesto anche prima della scadenza sempre che siano decorsi novanta giorni dalla data del rilascio dell'attestazione originaria.

7. Il rinnovo dell'attestazione avviene alle stesse condizioni e con le stesse modalità previste per il rilascio dell'attestazione; dalla data della nuova attestazione decorre il termine di efficacia fissato dal comma 5".

Secondo il costante orientamento giurisprudenziale, ribadito da ultimo dal TAR Calabria, Reggio Calabria, nella sent. 27 gennaio 2023, n. 116, al fine della verifica della continuità del possesso del requisito dell'attestazione SOA è sufficiente che l'impresa abbia stipulato con l'organismo di attestazione il relativo contratto finalizzato al rinnovo della qualificazione, o abbia presentato una istanza di rinnovo idonea a radicare l'obbligo dell'organismo di eseguire le connesse verifiche, nel termine previsto dal comma 5 della norma citata, cioè nei 90 giorni precedenti la scadenza del termine di validità dell'attestazione¹²⁵.

In altre parole, nelle gare pubbliche, al fine della verifica della continuità del possesso dei requisiti speciali di partecipazione di cui all'attestazione SOA, è sufficiente che l'impresa abbia presentato, ai sensi dell'art. 76 comma 5, D.P.R. n. 207 del 2010, istanza di rinnovo nel termine di 90 giorni precedenti la scadenza del termine di validità dell'attestazione; tale adempimento testimonia la diligenza del concorrente che prima della scadenza dell'attestazione anzidetta si sia tempestivamente premurato di richiederne il rinnovo, rendendolo perciò non penalizzabile con l'esclusione, in applicazione del principio del *favor participationis* e tenuto conto dell'efficacia retroattiva della verifica positiva, idonea a creare una saldatura con il periodo successivo alla scadenza della

¹²⁵ *Ex multis*, Consiglio di Stato, Adunanza Planaria, sent. n. 16/2014; sez. V, sent. 8 marzo 2017, n. 1091.

precedente attestazione, fino all'esito positivo della domanda di rinnovo, sempre che la stessa sopraggiunga prima della data fissata dal provvedimento di aggiudicazione definitiva per stipula del contratto di appalto.

Il decorso dei predetti 90 giorni non preclude di per sé il rilascio dell'attestazione, che però dovrà considerarsi nuova e autonoma rispetto all'attestazione scaduta, e comunque decorrente, quanto a efficacia, dalla data del suo effettivo rilascio, senza che cioè gli effetti della nuova attestazione possano retroagire al momento di scadenza della precedente, ovvero senza saldarsi con quest'ultima¹²⁶.

In sostanza, lo scopo a cui rispondono le citate disposizioni è quello di evitare soluzioni di continuità nella qualificazione delle imprese che partecipano alle gare per l'affidamento di commesse pubbliche, le quali devono possedere i requisiti di qualificazione richiesti dalle regole di gara alla data di scadenza del termine per la presentazione della domanda di partecipazione, nonché per tutta la durata dell'esecuzione contrattuale, trattandosi di regola che trova la propria *ratio* in esigenze di certezza e funzionalità del sistema di qualificazione obbligatoria, imperniato sul rilascio, da parte degli organismi di attestazione, di certificati che costituiscono condizione necessaria e sufficiente per attestare l'idoneità ad eseguire contratti pubblici¹²⁷.

Pertanto, il rilascio di una nuova attestazione SOA, richiesta tempestivamente entro il termine indicato dall'art. 76 comma 5, del D.P.R. n. 207 del 2010, certifica non solo la sussistenza dei requisiti di capacità da una data ad un'altra, ma anche che l'impresa non ha mai perso quei requisiti in passato già valutati e certificati positivamente e che li ha mantenuti anche nel periodo di rilascio della nuova certificazione¹²⁸.

Nel caso specifico affrontato dai giudici reggini, l'operatore economico aveva richiesto il rilascio del rinnovo dell'attestazione SOA oltre il termine dei 90 giorni precedenti la scadenza dell'originaria attestazione ma era riuscito, comunque, ad ottenere il rinnovo il giorno precedente la scadenza di validità di quella precedente: conseguentemente, detto operatore non poteva essere escluso dalla gara (come, invece, disposto dalla stazione appaltante).

5.16 Idoneità delle referenze bancarie

In sede di gara, le referenze bancarie non devono essere consacrate in formule sacramentali e per la loro idoneità è sufficiente l'indicazione della correttezza e puntualità dei rapporti tra la cliente e l'istituto bancario: è quanto affermato dal Consiglio di Stato, sez. V, nella sent. 6 settembre 2022, n. 7752.

¹²⁶ Consiglio di Stato, sez. V, sent. 6 luglio 2018, n. 4148.

¹²⁷ Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, sent. 21 agosto 2020, n. 5163.

¹²⁸ Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, sent. 3 aprile 2018, n. 2051.

Secondo i giudici di Palazzo Spada, le referenze bancarie vanno considerate idonee qualora gli istituti bancari abbiano riferito sulla qualità dei rapporti in atto con le società, per le quali le referenze sono richieste, con particolare riguardo alla correttezza e puntualità di queste nell'adempimento degli impegni assunti con l'istituto, e all'assenza di situazioni passive con lo stesso istituto o con altri soggetti, che siano desumibili dai movimenti bancari o da altre informazioni in loro possesso.

In ogni caso, come già evidenziato in passato dalla giurisprudenza¹²⁹, le referenze bancarie sono suscettibili di soccorso istruttorio da parte della stazione appaltante, che ha anche la possibilità di richiedere la loro integrazione mediante altra documentazione.

5.17 Referenze bancarie e dimostrazione del possesso del requisito del fatturato

Le referenze bancarie non sono sufficienti a dimostrare il possesso del requisito del fatturato degli ultimi tre anni, richiesto dalla *lex specialis* di gara, considerato che *“queste attestano al più la solvibilità dell'impresa e l'assenza di criticità debitorie, ma nulla dicono in ordine al volume di affari ed alla solidità che il requisito del fatturato pregresso serve a dimostrare”*: è quanto evidenziato dal TAR Campania, Napoli, sez. V, nella sent. 14 luglio 2022, n. 4771.

Secondo i giudici, infatti, *“le referenze bancarie possono dimostrare la correttezza e la puntualità dell'impresa nei rapporti con l'istituto bancario e, più in generale, con il settore creditizio e l'assenza di situazioni passive desumibili dai conti correnti, ma non possono trasformarsi in garanzia di solidità economica e, dunque, di affidabilità nell'esecuzione dello specifico appalto di cui si controverte in questa sede”*.

Sebbene in astratto le referenze bancarie siano uno dei mezzi di prova per la qualificazione degli operatori economici sul piano economico-finanziario, possono rivelarsi in concreto inidonee a dimostrare i requisiti minimi di solidità economica e patrimoniale dell'impresa al momento della partecipazione alla gara, dovendo la stazione appaltante avere riguardo al dato sostanziale come emergente da tutti i documenti in suo possesso¹³⁰.

5.18 Recesso dal contratto nel caso di informativa antimafia a carico dell'aggiudicatario

L'adozione del provvedimento di recesso dal contratto stipulato, in presenza di un'informativa prefettizia antimafia sfavorevole, configura un provvedimento non soltanto fortemente caratterizzato nel profilo

¹²⁹ Consiglio di Stato sez. V, sent. 17 marzo 2022, n. 1936.

¹³⁰ Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, sent. 7 novembre 2018, n. 6292.

contenutistico, ma anche connotato dall'urgenza del provvedere: è quanto affermato dal TAR Marche, sez. I, nella sent. 4 luglio 2022, n. 402.

Trattandosi di atto urgente e vincolato, deve altresì escludersi che la stazione appaltante abbia l'obbligo della previa comunicazione di avvio del procedimento.

Peraltro, come evidenziato in passato dalla giurisprudenza, l'Amministrazione non ha facoltà di sindacare il contenuto dell'informativa prefettizia, poiché è al Prefetto che la legge demanda in via esclusiva la raccolta degli elementi e la valutazione circa la sussistenza del tentativo di infiltrazione mafiosa¹³¹. I medesimi principi non possono non valere ed essere applicati anche in ipotesi in cui il rapporto contrattuale non è ancora sorto e la stazione appaltante interviene in una fase antecedente, evitando la formazione del vincolo contrattuale e l'inizio dell'esecuzione.

5.19 Obbligo dichiarativo per i reati estinti

L'operatore economico non ha l'obbligo dichiarativo dei reati a suo carico oramai estinti: è quanto ribadito dal TAR Campania, Salerno, sez. I, sent. 24 giugno 2022, n. 1828, confermando un proprio orientamento¹³².

Ed infatti, l'art. 80, comma 3, del previgente Codice dei contratti pubblici (Decreto Legislativo n. 50/2016) espressamente dispone che l'esclusione dalla gara non opera "quando il reato è stato dichiarato estinto dopo la condanna"; conseguentemente, non può ritenersi sussistente un obbligo dichiarativo per detto reato, visto che la stazione appaltante non potrebbe comunque mai prendere in considerazione per espressa previsione normativa. Detto altrimenti, è il Codice stesso a ritenere i reati estinti irrilevanti e inidonei, conseguentemente, a giustificare l'eventuale esclusione dalla gara del concorrente.

¹³¹ TAR Campania Napoli, sez. I, sent. 3 dicembre 2018, n. 6945, secondo cui la possibilità di non sciogliersi dal rapporto in essere "costituisce ipotesi eccezionale rispetto alla regola generale che impone la risoluzione del rapporto ed è stata riconosciuta dal richiamato comma 3, a tenore del quale "I soggetti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2, non procedono alle revoche o ai recessi di cui al comma precedente nel caso in cui l'opera sia in corso di ultimazione ovvero, in caso di fornitura di beni e servizi ritenuta essenziale per il perseguimento dell'interesse pubblico, qualora il soggetto che la fornisce non sia sostituibile in tempi rapidi". Dalla lettura combinata delle succitate prescrizioni normative è agevole desumere che la facoltà di continuare il rapporto è ipotesi - data l'evidente ratio di pieno sfavore legislativo alle infiltrazioni mafiose nei contratti pubblici - all'evidenza, remota e residuale, e dunque consentita al solo fine di tutelare l'interesse pubblico attraverso una valutazione di convenienza in relazione a circostanze particolari, quali il tempo dell'esecuzione del contratto o la sua natura, o la difficoltà di trovare un nuovo contraente, se la causa di decadenza sopravviene ad esecuzione ampiamente inoltrata. Dunque deve concludersi in termini più generali che l'amministrazione, mentre può richiamare l'informativa a supporto della decisione di risolvere il contratto, senza addurre particolari giustificazioni, ha viceversa il dovere di motivare adeguatamente nel caso in cui, nonostante la presenza di un inquinamento mafioso, l'interesse pubblico alla completa esecuzione del contratto sia così pregnante da legittimare un'impresa sospetta ad effettuare pubbliche commesse".

¹³² Cfr. sent. 17 agosto 2020, n. 1019.

5.20 Escussione della garanzia provvisoria

L'annullamento dell'aggiudicazione intervenuto in sede di autotutela, derivante da anomalia dell'offerta non rilevata nel corso del procedimento di gara, rientra tra i fatti riconducibili all'affidatario e, di conseguenza, comporta l'escussione della garanzia provvisoria: è quanto evidenziato dal Consiglio di Stato, sez. V, sent. 30 giugno 2022, n. 5445.

L'art. 93, comma 6, del previgente Codice dei contratti pubblici (Decreto Legislativo n. 50/2016) stabilisce, infatti, che *"la garanzia provvisoria copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione dovuta ad ogni fatto riconducibile all'affidatario o all'adozione di informazione antimafia interdittiva emessa ai sensi degli articoli 84 e 91 del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159; la garanzia è svincolata automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto"*.

La giurisprudenza prevalente ha ritenuto che l'incameramento delle somme a titolo di garanzia provvisoria rappresenta una conseguenza automatica del provvedimento di esclusione, dunque insensibile ad eventuali valutazioni finalizzate ad evidenziare la non imputabilità a colpa della violazione che abbia dato causa all'esclusione¹³³. Ciò in quanto la funzione di tale garanzia è quella:

- per un verso, di responsabilizzare i partecipanti in ordine alle dichiarazioni rese in sede di gara e di garantire la serietà e affidabilità dell'offerta;
- per altro verso, di preconstituire una forma di tutela, a favore della stazione appaltante, per l'eventualità che, per fatto (anche successivo alla formulazione dell'offerta) comunque riferibile alla concorrente risultata aggiudicataria, non si addivenga alla stipula del contratto.

L'escussione della garanzia costituisce, dunque, una garanzia oggettiva per il corretto adempimento degli obblighi assunti dagli operatori economici in relazione alla partecipazione ad una gara di appalto¹³⁴.

Ricordiamo che, per quanto ovvio, l'escussione della garanzia provvisoria opera solo per l'aggiudicatario e non anche degli altri concorrenti¹³⁵.

5.21 Rilevanza delle misure di *self cleaning*

Eventuali misure di *self cleaning*, volte a rimediare alla commissione di gravi illeciti professionali in grado di comprometterle, possono avere rilevanza solo se adottate prima della presentazione dell'offerta, in modo da

¹³³ In termini, tra le tante, Consiglio di Stato, sez. V, sent. 6 aprile 2020, n. 2264; sent. 24 giugno 2019, n. 4328.

¹³⁴ Consiglio di Stato, sez. V, sent. 16 maggio 2018, n. 2896; tale indirizzo interpretativo è stato, da ultimo, confermato da Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, sent. 26 aprile 2022, n. 7, che ha ritenuto evincibile un modello di responsabilità oggettiva, con conseguente esclusione di responsabilità nei soli casi di dimostrata assenza di un rapporto di causalità.

¹³⁵ Consiglio di Stato, sez. IV, sent. 15 dicembre 2021, n. 8367.

assicurare il ripristino delle condizioni di corretta partecipazione alla procedura: è quanto ribadito dal TAR Campania, Salerno, sez. I, nella sent. 10 giugno 2022, n. 1626¹³⁶.

5.22 Manomissione dei plichi custoditi dalla stazione appaltante

Dinanzi all'accertata e verbalizzata manomissione dei plichi contenenti la documentazione di gara, custoditi dalla stazione appaltante, si deve ritenere che la gara sia stata irrimediabilmente turbata, con la conseguenza che l'unico provvedimento che tutela integralmente l'interesse pubblico alla regolarità, trasparenza e integrità della celebrazione della procedura è l'annullamento della stessa, anche in assenza dell'individuazione di specifiche responsabilità: è quanto ribadito dal TAR Lazio, Latina, nella sent. 25 febbraio 2022, n. 181¹³⁷.

5.23 Comunicazione di avvio del procedimento ed annullamento dell'aggiudicazione

Secondo la consolidata giurisprudenza¹³⁸, in presenza di un provvedimento di aggiudicazione definitiva, è necessario che la P.A., qualora intenda revocare o annullare l'aggiudicazione, comunichi al destinatario del

¹³⁶ La giurisprudenza ha chiarito che "risponde a logica, prima che alla normativa vigente, che le misure c.d. di *self cleaning* abbiano effetto pro futuro, ossia per la partecipazione a gare successive all'adozione delle misure stesse, essendo inimmaginabile un loro effetto retroattivo. Solo dopo l'adozione delle stesse la stazione appaltante può, infatti, essere ritenuta al riparo dalla ripetizione di pratiche scorrette ad opera degli stessi organi sociali, posto anche che l'atto sanzionatorio remunerava una condotta ormai perfezionata in ogni elemento" (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, sent. 2 agosto 2021, n. 5659 e sent. 11 gennaio 2022, n. 198).

Le misure di *self cleaning*, la cui adozione rientra nella piena disponibilità dell'operatore economico, hanno, infatti, l'obiettivo non di sanare in corso di gara l'illecito professionale già riferibile al concorrente e di ripristinare un'integrità e un'affidabilità non sussistenti al momento della partecipazione alla procedura e della predisposizione dell'offerta ma di conservare l'operatività dell'impresa, evitandone la definitiva espulsione dal mercato di riferimento, mediante l'adozione di provvedimenti volti al recupero delle condizioni di regolarità partecipativa e alla prevenzione della commissione di ulteriori illeciti, in vista della partecipazione alle successive procedure di gara, nell'ambito delle quali l'operatore economico potrà dimostrare l'originaria sussistenza del requisito.

Nel caso specifico, vi era stata, quale misura di *self cleaning*, la sostituzione del Presidente del Consiglio di amministrazione di una cooperativa, oggetto di un'ordinanza cautelare: tuttavia, poiché detta sostituzione era avvenuta solo dopo la chiusura del termine di presentazione delle offerte, i giudici hanno ritenuto corretta l'esclusione dalla gara della cooperativa.

¹³⁷ Si tratta della conferma di un noto orientamento, secondo cui:

- "la presenza di fondati sospetti in ordine alla sussistenza della turbativa d'asta ex art. 353 c.p., costituisce presupposto sufficiente a giustificare l'annullamento in autotutela degli atti di gara da parte della stazione appaltante" (TAR Lazio, Roma, sez. II, sent. 8 luglio 2018, n. 7272; TAR Campania, Salerno, sez. I, sent. 7 febbraio 2005, n. 76);
- "in tema di tutela della manomissione dei plichi, sussiste un vizio invalidante del procedimento di scelta del contraente ove sia positivamente provato, o sussistano seri indizi, che la documentazione di gara sia stata manipolata negli intervalli fra un'operazione e l'altra, ovvero quando in concreto sia stato fornito almeno un principio di prova della eventuale manomissione dei plichi o, quanto meno, del pericolo effettivo di manomissione" (TAR Marche, sez. I, sent. 19 marzo 2015, n. 228; in termini v. anche: Consiglio di Stato, sez. V, sent. 29 ottobre 2014, n. 5377; sez. V, sent. 14 ottobre 2014, n. 5060).

¹³⁸ Consiglio di Stato, sez. V, sent. 27 aprile 2011, n. 2456; TAR Puglia, Bari, sez. III, sent. 6 marzo 2020, n. 355; TAR Lombardia, Milano, sez. I, sent. 8 giugno 2016, n. 1142.

provvedimento negativo l'avvio del procedimento: è quanto ribadito dal TAR Puglia, Lecce, sez. III, nella sent. 20 gennaio 2022, n. 115.

Ed infatti, quando la stazione appaltante intende procedere al riesame in autotutela del provvedimento di aggiudicazione definitiva, con il quale sia stato concluso il procedimento di affidamento di un contratto pubblico o di una concessione, deve adempiere alla prescrizione imposta dall'art. 7 della Legge n. 241/1990, provvedendo alla comunicazione dell'avvio del procedimento verso l'aggiudicatario, il quale subisce gli effetti sfavorevoli derivanti dall'adozione dell'atto di revoca¹³⁹.

5.24 Contrasto tra bando e disciplinare

Ove sussista un contrasto insanabile tra bando e disciplinare, non superabile in via interpretativa, il primo ha la prevalenza sul secondo: è quanto ribadito dal TAR Lazio, Roma, sez. II quater, nella sent. 10 dicembre 2021, n. 12810, confermando un noto orientamento¹⁴⁰.

Nel caso specifico, in materia di riparto dei punteggi, il bando prevedeva l'assegnazione di 60 punti per l'offerta tecnica e di 40 per quella economica, mentre il disciplinare prevedeva 70 punti per l'offerta tecnica e 30 per quella economica. Secondo i giudici, posto che i concorrenti alla gara decidono come formulare l'offerta tecnica ed economica, e quindi su quale di tali profili far convergere il massimo impegno, proprio alla luce del punteggio riservato all'una o all'altra, nel caso contrasto in merito all'assegnazione dei punteggi, non è ipotizzabile un procedimento di simulazione logica che ridetermini i punteggi sulla base del criterio corretto (ossia, quello previsto nel bando), posto che le parti ben avrebbero potuto formulare l'offerta in termini differenti e più calzanti rispetto a tali criteri: conseguentemente, è stato disposto l'annullamento dell'intera procedura.

5.25 Clausole ambigue nel bando di gara

Secondo un consolidato indirizzo giurisprudenziale¹⁴¹, il bando di gara e, più in generale, la *lex specialis* devono essere interpretati in termini strettamente letterali, con la conseguenza che le regole ivi contenute vincolano l'operato dell'amministrazione, obbligata all'applicazione di quanto ivi previsto senza alcun margine di

¹³⁹ Non è invocabile, nella specie, la sanatoria dell'atto invalido né il principio del raggiungimento del risultato, di cui all'art. 21-octies della legge n. 241/1990, atteso che la revoca dell'aggiudicazione non è mai un atto dovuto né vincolato, costituendo piuttosto esercizio discrezionale del potere di autotutela. Pertanto, per la revoca di un'aggiudicazione definitiva è sempre necessaria la comunicazione di avvio del procedimento, al fine di consentire all'interessato la tutela della propria posizione giuridica (Consiglio Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, sent. 12 dicembre 2013, n. 929).

¹⁴⁰ Cfr., ad esempio, TAR Lazio, Roma, sez. I bis, sent. 18 ottobre 2019, n. 12051.

¹⁴¹ Cfr., ad esempio, Consiglio di Stato, sez. V, sent. 20 agosto 2021, n. 5970.

discrezionalità, in ragione sia dei principi dell'affidamento e di tutela della parità di trattamento tra i concorrenti, che sarebbero pregiudicati ove si consentisse la modifica delle regole di gara cristallizzate nella *lex specialis* medesima, sia del più generale principio che vieta la disapplicazione del bando, quale atto con cui l'amministrazione si è autovincolata¹⁴².

Di conseguenza, come ribadito dal TRGA di Trento nella sent. 27 ottobre 2021, n. 173, a fronte di più possibili interpretazioni di una clausola della *lex specialis*, non è possibile aderire all'opzione ermeneutica che, ove condivisa, comporterebbe l'esclusione del concorrente dalla gara (o comunque la restrizione del campo dei concorrenti), dovendo preferirsi quella che, invece, consente la più ampia partecipazione in virtù del principio del *favor participationis* e dell'interesse pubblico al più ampio confronto concorrenziale¹⁴³.

E allora, se in presenza di clausole che non presentano un'obiettivo incertezza del loro significato assume carattere preminente l'esegesi collegata all'interpretazione del dato testuale, la quale salvaguarda simultaneamente la *par condicio* tra i concorrenti e le esigenze di certezza connesse allo svolgimento delle gare pubbliche¹⁴⁴, al contrario, in presenza di clausole ambigue, deve applicarsi il consolidato principi del *favor participationis*, specie se si tratta dell'interpretazione delle specifiche tecniche richieste¹⁴⁵.

5.26 Appalto suddiviso in lotti e nomina di un'unica commissione giudicatrice

Come è noto, secondo un consolidato orientamento, un bando di gara pubblica suddiviso in lotti è un atto ad oggetto plurimo e determina l'indizione non di un'unica gara, ma di tante gare, per ognuna delle quali vi è un'autonoma procedura che si conclude con un'aggiudicazione¹⁴⁶. Secondo quanto evidenziato dal TAR Calabria, Catanzaro, sez. II, nella sent. 7 ottobre 2021, n. 1717, la pluralità di gare non è in contrasto con la previsione di un'unica Commissione giudicatrice, giacché "*l'indizione di una gara suddivisa ... è finalizzata anche a ridurre i costi che la stazione appaltante deve sostenere per l'affidamento di più contratti fra loro analoghi*", sicché "*sarebbe ... illogico moltiplicare il numero delle commissioni giudicatrici e, con queste, le spese necessarie al loro funzionamento*"¹⁴⁷.

¹⁴² Cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, sent. 2 marzo 2021, n. 1788.

¹⁴³ Consiglio di Stato, sez. III, sent. 9 dicembre 2020, n. 7747.

¹⁴⁴ Consiglio di Stato, sez. IV, 20 ottobre 2020, n. 6359.

¹⁴⁵ Consiglio di Stato, sez. III, sent. 4 settembre 2020, n. 5358.

¹⁴⁶ *Ex multis*, Consiglio di Stato, sez. V, sent. 26 giugno 2015, n. 3241; sent. 12 gennaio 2017, n. 52; sent. 12 febbraio 2020, n. 1070.

¹⁴⁷ Consiglio di Stato, sez. V, sent. 12 gennaio 2017, n. 52.

5.27 Partecipazione alla gara di appalto di una costituenda società in accomandita semplice

Nel caso in cui alla gara di appalto partecipino i soci di una costituenda società in accomandita, l'offerta deve essere sottoscritta da tutti i suddetti soci e non solo dal socio accomandatario: è quanto affermato dal TAR Trento nella sent. 29 settembre 2021, n. 151.

Secondo i giudici, nel caso specifico trova applicazione l'art. 48, comma 8, del previgente Codice dei contratti pubblici (Decreto Legislativo n. 50/2016), il quale prevede l'obbligatoria sottoscrizione nel caso dei raggruppamenti temporanei costituendi, ossia un principio che, sebbene specificamente previsto per i costituendi raggruppamenti temporanei di imprese, comunque sottende principi analogamente esportabili, secondo criteri di logica, anche al caso riguardante una costituenda società in accomandita semplice.

5.28 Revoca dell'affidamento per mancato pagamento di tributi locali definitivamente accertato

È legittima la revoca dell'aggiudicazione di un appalto motivato dal mancato pagamento di tributi locali (nello specifico, TARES-TARI), oggetto di avvisi di accertamento debitamente notificati e mai impugnati, per un importo di € 14.425,02: è quanto affermato dal TAR Sicilia, Palermo, sez. III, nella sent. 23 luglio 2021, n. 2288 secondo cui detta circostanza integra le "gravi violazioni definitivamente accertate" previste dall'art. 80, comma 4, del Codice dei contratti pubblici, per importi superiori a € 5.000¹⁴⁸.

¹⁴⁸ Secondo i giudici, inoltre, il pagamento effettuato successivamente dall'aggiudicatario, allo scopo di regolarizzare la propria posizione, è irrilevante, atteso che occorre avere riguardo alla data della presentazione dell'offerta a fronte di atti ritualmente notificati e mai impugnati e, quindi, definitivi.

Infine, nella sentenza segnalata è stato ricordato che, come già affermato dall'ANAC nel parere n. 295 del 1° aprile 2020, eventuali attestazioni dell'Agenzia delle Entrate, secondo cui non risultano violazioni definitivamente accertate a carico di un operatore economico, sono irrilevanti, in quanto non ricomprendono i tributi di riscossione locale, la cui gestione è di competenza esclusiva degli enti locali, con la conseguenza che è rimesso alle singole stazioni appaltanti valutare la regolarità fiscale dei concorrenti con riferimento al corretto pagamento dei tributi locali, anche promuovendo forme di collaborazione ed interscambio dati con altri enti locali, per controllare la regolarità di imprese non del luogo.