



Newsletter n. 11 del 03 ottobre 2024

*Newsletter redatta dall'Avv. Enrico Pintus, avvocato amministrativista, esperto in contrattualistica pubblica. Svolge attività di formazione e assistenza sia consulenziale che giudiziale, in favore di privati e numerosi Enti pubblici sia in materia di diritto amministrativo che con particolare riferimento al tema di appalti pubblici.
La newsletter è redatta nell'ambito del servizio "Help@ppalti", di Anci Sardegna.*

AFFIDAMENTI DIRETTI E CONCESSIONI

In allegato (All_1) una interessante sentenza del Tar Emilia Romagna: al suo interno le argomentazioni che conducono a **escludere l'utilizzo dell' "affidamento diretto" al di fuori delle ipotesi di appalto.**

Inoltre, è utile il chiaro sunto della disciplina attuale in tema di "proroga tecnica".

GARA. AGGIUDICAZIONE. ANNULLAMENTO D'UFFICIO. TERMINE

Il Tar Salerno (All_2) ritiene che l'autotutela applicata sull'aggiudicazione resti sempre nel solco della Legge 241 e, come tale, **sconti il termine di 12 mesi previsto dall'art.21 nonies.**

AVVALIMENTO. FATTURATO SPECIFICO

Si segnala Tar veneto 1886 del 2024.

E' utile a fare il punto sul contenuto di un contratto di avvalimento, ribadendo che, soprattutto nel nuovo codice, non sono più consentiti avvalimenti meramente cartolari (anche se avvalimenti operativi).

Inoltre, è interessante perché precisa che nella nuova disciplina una richiesta (da parte della legge di gara) di un determinato **fatturato specifico** non trasforma l'eventuale avvalimento in un avvalimento di garanzia ma lo lascia nel solco di un avvalimento operativo.

« ... il nuovo Codice dei contratti pubblici qualifica espressamente come requisito di capacità tecnica e professionale il requisito esperienziale del c.d. fatturato specifico.

In base all'art. 100, comma 11, del d.lgs. n. 36 del 2023 infatti "Fino alla data di





entrata in vigore del regolamento di cui al sesto periodo del comma 4, per le procedure di aggiudicazione di appalti di servizi e forniture, le stazioni appaltanti possono richiedere agli operatori economici quale requisito di capacità economica e finanziaria un fatturato globale non superiore al doppio del valore stimato dell'appalto, maturato nel triennio precedente a quello di indizione della procedura. In caso di procedure di aggiudicazione suddivise in pluralità di lotti, salvo diversa motivata scelta della stazione appaltante, il fatturato è richiesto per ciascun lotto. Le stazioni appaltanti possono, altresì, richiedere agli operatori economici quale requisito di capacità tecnica e professionale di aver eseguito nel precedente triennio dalla data di indizione della procedura di gara contratti analoghi a quello in affidamento anche a favore di soggetti privati”».

La differenza, tra le altre, è che in quello di garanzia la giurisprudenza tollera un grado di dettaglio descrittivo inferiore a quello richiesto per l'operativo.

GARA. INVERSIONE PROCEDIMENTALE. POSSIBILITA' DI DEROGARVI

Il Tar Lazio (15116 del 2024) si è occupato di un caso in cui la S.A., che pure aveva previsto in atti l'inversione procedimentale, ha deciso poi in concreto di derogarvi per procedere alla verifica amministrativa dei partecipanti. Uno di questi si è lamentato.

Ecco la risposta dei Giudici:

«Secondo il Collegio l'impostazione di parte ricorrente, che nega in capo alla stazione appaltante il potere di procedere alla verifica della documentazione di gara di uno o più partecipanti anche prima dello scorrimento della graduatoria, non può essere condivisa.

L'istituto dell'inversione procedimentale previsto dall'art. 133 d. lgs. n. 50/16 ha carattere eccezionale ...; esso ha la finalità di semplificare le operazioni di gara prevedendo, nelle procedure aperte, in cui il numero dei partecipanti è potenzialmente illimitato e, comunque, non prevedibile ex ante dalla stazione appaltante, che quest'ultima possa dapprima valutare le offerte e, poi, scrutinare la documentazione amministrativa del solo primo classificato.

Se tale è la ratio della disciplina in esame, deve, allora, ritenersi che l'art. 133 d.lgs. n. 50/16 sia una disposizione che abilita ma non obbliga la stazione appaltante all'inversione procedimentale rimanendo in capo all'amministrazione la facoltà di scrutinare la documentazione amministrativa degli altri concorrenti, come è avvenuto nella specie, e ciò in quanto:

- tale possibilità non viola la par condicio dei concorrenti i quali, comunque, devono essere in possesso dei requisiti di partecipazione alla gara qualunque sia il momento





di verifica degli stessi;

- ne consegue che il concorrente ipoteticamente privo dei requisiti di partecipazione non è titolare di alcun interesse meritevole di giuridica tutela a contrastare la deroga all'inversione procedimentale, come, del resto, confermato proprio dall'art. 133 c.p.a. laddove prevede che “

le amministrazioni aggiudicatrici garantiscono che la verifica dell'assenza di motivi di esclusione e del rispetto dei criteri di selezione sia effettuata in maniera imparziale e trasparente, in modo che nessun appalto sia aggiudicato a un offerente che avrebbe dovuto essere escluso a norma dell'articolo 136 o che non soddisfa i criteri di selezione stabiliti dall'amministrazione aggiudicatrice

”. Pertanto, mai l'inversione può comportare l'aggiudicazione in favore di un concorrente che, secondo il procedimento ordinario, avrebbe dovuto essere escluso dalla gara;

- impedire alla stazione appaltante la facoltà di derogare all'inversione procedimentale, prescelta quale

modus procedendi nella lex specialis, risulta assolutamente non coerente con i principi di “economicità, efficacia, tempestività e correttezza” che, secondo l'art. 30 comma 1 d. lgs. n. 50/16, devono informare le fasi di affidamento e di esecuzione vieppiù in fattispecie, quale quella in esame, in cui i concorrenti sono solo due e può risultare utile conoscere, sin da subito, se essi sono in possesso dei requisiti di partecipazione.»

POLIZZA ASSICURATIVA DECENNALE

Anac, con il parere funzione consultiva n.34 del 2024 (All_3) conferma l'obbligatorietà di tale copertura assicurativa (ovviamente nei casi previsti) e spende alcune interessanti considerazioni tecnica sulla necessaria (o meno) presenza della relazione geologica nei progetti.

ACCESSO ATTI GARA. NUOVO CODICE. TERMINE

Il nuovo codice prevede un peculiare meccanismo di accesso e, con esso, un altrettanto speciale rimedio per accedere agli atti di gara “oscurati”.

In allegato (All_4) una recente ordinanza del Tar Liguria che dichiara tardiva la richiesta di accesso: il termine è di soli 10 giorni.

Occorre però tenere presente che le SA hanno il dovere di indicare fin dalla determina di aggiudicazione le proprie decisioni sulle richieste di oscuramento.





GARA. RISOLUZIONI PRECEDENTI. TERMINE TRIENNALE DI RILEVANZA

«a fronte di una espressa previsione di legge – non derogata dal successivo art. 98, comma 7, come ritenuto dall’Avvocature erariale, considerato il suo espresso richiamo nell’art. 95, comma 1, lett. e, che impone il rispetto del termine di efficacia triennale –, non è consentito all’Amministrazione procedente integrarne la portata e sostanzialmente darne una lettura abrogante, pena l’illegittimità del provvedimento adottato. Di conseguenza, è precluso alla Stazione appaltante estendere il proprio controllo a fattispecie che si collocano al di fuori dell’ambito temporale individuato dalla norma, ponendosi ciò anche in violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione e di interpretazione restrittiva delle stesse, in quanto deve prevalere il principio del favor participationis (cfr. Consiglio di Stato, IV, 31 maggio 2023, n. 5393; III, 14 maggio 2020, n. 3084; T.A.R. Lombardia, Milano, IV, 20 giugno 2024, n. 1901; IV, 11 giugno 2024, n. 1764; IV, 27 febbraio 2023, n. 494) ... risulta illegittimo il modus procedendi del Seggio di gara che ha valutato, in sede di verifica di affidabilità della ricorrente, anche le risoluzioni intervenute oltre il triennio di riferimento, essendo le stesse del tutto irrilevanti e non sussistendo nemmeno il relativo obbligo dichiarativo in capo al partecipante (Consiglio di Stato, V, 21 agosto 2023, n. 7857; V, 16 gennaio 2023, n. 531; V, 27 gennaio 2022, n. 575)»

Il Tar Lombardia (1480 2024) censura quindi la SA che, prima dice che vale l’ultimo triennio, ma poi per escludere il concorrente prende in esame due risoluzioni più vecchie.

Interessante poi anche questo passaggio motivazionale: essendo del tutto ragionevole che questi, in considerazione del rilevante volume delle attività riferibile a svariati ambiti geografici, “possa incorrere localmente in saltuarie e circoscritte vicende le quali, proprio perché riferite a fatti maturati in uno specifico contesto ambientale, si rivelano non sintomatiche di un’inaffidabilità dell’impresa su tutta la più ampia scala organizzativa e latitudine territoriale delle sue attività” (T.A.R. Lombardia, Milano, IV, 22 novembre 2023, n. 2762, che richiama Consiglio di Stato, III, 13 novembre 2023, n. 9721).

GARA. FRAZIONABILITA’ SERVIZI DI PUNTA.

La sentenza del consiglio di stato n. 6967 2024 ci consente di ripassare questa regola.

«4.1. La giurisprudenza amministrativa formatasi in tema di non frazionabilità del requisito riferito al “servizio di punta” e della portata eccezionale della relativa previsione della legge di gara (cfr. Cons. Stato, III, 24 agosto 2020, n. 5186; id., V, 2





febbraio 2018, n. 678 e le altre citate in sentenza) non trova applicazione nel caso di specie perché Aurora s.r.l. ha partecipato alla gara in forma singola.

Invero, il cumulo delle capacità di più operatori economici per soddisfare i requisiti minimi imposti dalla stazione appaltante costituisce **la regola** ogniqualvolta si tratti di operatori economici che partecipano alla gara in forma associata o raggruppata: in tale eventualità, appunto il diritto dell'Unione prescrive la regola in parola, a portata evidentemente pro-concorrenziale, onde favorire cioè la partecipazione alla gara del maggior numero possibile di operatori economici.

A tale regola corrisponde **l'eccezione** del requisito riferito al "servizio di punta", inteso come servizio connotato da peculiarità tali da richiedere determinate capacità: quando ricorre tale fattispecie, è appunto eccezionalmente consentito all'amministrazione aggiudicatrice imporre il possesso del requisito c.d. di punta ad una soltanto (ovvero a ciascuna) delle imprese che compongono il raggruppamento partecipante alla gara. In sintesi, in tale eventualità i requisiti delle imprese, pur se partecipanti alla gara in forma associata o raggruppata non si cumulano, cioè non si sommano tra loro, al fine di raggiungere la misura richiesta».

La stessa pronuncia poi affronta un altro tema interessante, frutto di questa situazione fattuale > la ricorrente in sede di gara ha dichiarato dichiarando di disporre del requisito di punta in ragione di un contratto stipulato con un comune, dell'importo di € 1.041.951,69 al 31 agosto 2021; quest'ultimo contratto era stato tuttavia stipulato da Aurora in qualità di mandataria del r.t.i. con Helios Soc. Coop., nell'ambito del quale la stessa si era impegnata ad eseguire soltanto il 51% del servizio, mentre la restante quota del 49% era stata eseguita dalla mandante Helios, di modo che la prestazione imputabile pro-quota alla ricorrente era maturata per l'importo di € 555.531,17, inferiore a quello richiesto dall'art. 6.3 lett. e) del disciplinare.

Che fare?

La giurisprudenza è consolidata nel ritenere che la spendita dei pregressi servizi svolti in forma raggruppata possa avvenire solo pro-quota, riferendo cioè la stessa soltanto alla quota dei servizi effettivamente eseguita da parte di ciascuna delle imprese raggruppate, non potendo ciascuna impresa rivendicare il servizio eseguito da una delle altre, quindi spendere lo stesso per intero (cfr., tra le altre, già Cons.Stato, IV, 22 novembre 2016, n. 4889). Invero, dal momento che l'importo minimo dei servizi analoghi imposto dalla legge di gara è criterio di quantificazione del requisito d'esperienza richiesto, il concorrente, per raggiungere detto ammontare – e quindi dare la prova del conseguimento del livello minimo di qualità nell'esecuzione dei servizi da appaltare – non può utilizzare le prestazioni eseguite da altri (cfr., in tale senso già





Cons. Stato, V, 5 dicembre 2012, secondo cui è insostenibile l'assunto "per cui la capacità tecnica espressa sarebbe sempre invariabilmente commisurata al valore dell'intero appalto pregresso, indipendentemente dalle quote vigenti tra le componenti dell'A.T.I. appaltatrice. L'interpretazione così proposta consentire inammissibilmente a ciascun componente di un'A.T.I. di avvalersi di esperienze di cui solo in parte, in realtà, disporrebbe, per avere concorso nel relativo contratto solo, appunto, in parte").



REGIONE AUTÒNOMA DE SARDIGNA
REGIONE AUTONOMA DELLA SARDEGNA

ASSESSORADU DE SOS ENTES LOCALES, FINÀNTZIAS E URBANÌSTICA
ASSESSORATO DEGLI ENTI LOCALI, FINANZE E URBANISTICA

Segreteria Organizzativa
📍 Viale Trieste 6 - 09123 Cagliari
☎ 070 6670115 - 070 3481015
✉ helpappalti@ancisardegna.it

