

NEWSLETTER N. 9 ANNO XI

1-15 maggio 2025



Appalti pubblici

TAR LAZIO, ROMA SEZ. I Quater, 13 maggio 2025, n. 9151, - Appalti pubblici - *Sull'illegittimità dell'art. 5 del reg. per la gestione del casellario informatico (delib. Anac. n. 272/2023), per aver trasformato il casellario in una sorta di "bacheca"* – È illegittimo il regolamento per la gestione del casellario informatico dei contratti pubblici adottato con la delibera Anac. n. 272/2023 nella parte in cui non prevede: - la possibilità per l'operatore economico di presentare entro un congruo termine memorie e documenti e di chiedere l'audizione; - la valutazione del materiale istruttorio raccolto; - l'adozione di una motivata decisione finale di archiviazione o di inserimento della notizia nel casellario. La formulazione dell'art. 5 del cit. regolamento relega, infatti, all'Anac un compito di mera "trascrizione" nel casellario informatico dei contratti pubblici delle segnalazioni pervenute dalle stazioni appaltanti, del cui contenuto queste sarebbero integralmente responsabili, trasformandolo in una sorta di "bacheca" a disposizione delle pubbliche amministrazioni per l'affissione di notizie di cui la stessa dovrebbe preventivamente definire, tramite il regolamento, solo le regole.

TAR EMILIA ROMAGNA, BOLOGNA, SEZ. II, 12 maggio 2025 n. 493, - Appalti pubblici - *Sul principio di segretezza dell'offerta economica* - Il principio della segretezza dell'offerta economica è posto a garanzia dell'attuazione dei principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, predicati dall'art.97 Cost., sub specie della trasparenza e della par condicio dei concorrenti, affinché la valutazione del pregio qualitativo delle offerte avvenga senza condizionamenti di sorta; tale principio comporta che nelle procedure di evidenza pubblica caratterizzate da una netta separazione tra la fase di valutazione dell'offerta tecnica e quella dell'offerta economica, come nel caso di specie, fino a quando non si sia conclusa la valutazione degli elementi tecnici, è interdetta alla Commissione giudicatrice la conoscenza di quelli economici, onde evitare ogni possibile influenza sull'apprezzamento dei primi. Il condizionamento della valutazione rileva anche solo sotto il profilo potenziale, in quanto anche la mera possibilità di conoscenza dell'entità dell'offerta economica prima di quella tecnica è idonea a compromettere la garanzia di imparzialità della valutazione.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ.V, 9 maggio 2025, n. 4036, - Appalti pubblici – *Sulla possibilità o meno per la garanzia definitiva di sostituire la garanzia provvisoria* - La garanzia provvisoria anche alla luce del nuovo codice dei contratti è obbligatoriamente prevista a corredo (ossia a completamento) dell'offerta. La disposizione di cui all'art. 106, c. 1, del dlgs n. 36/2023 continua, come nel precedente codice, a configurare la costituzione della "garanzia provvisoria" alla stregua di adempimento doveroso la cui mancanza dà luogo a legittima esclusione dalla gara, anche in assenza di una specifica comminatoria, in ossequio al principio di tassatività delle cause di esclusione. Inoltre, la "garanzia provvisoria" opera sul piano pubblicistico e copre la mancata sottoscrizione del contratto nonché gli oneri di organizzazione sopportati dalla stazione appaltante; la "garanzia definitiva" opera invece sul versante privatistico e, in quanto tale, non copre anche la mancata sottoscrizione del contratto ma soltanto la fase ad essa successiva ossia il mancato adempimento degli obblighi esecutivi e contrattuali. Pertanto, nel caso di specie, è legittima l'esclusione di un concorrente per aver omesso di produrre la garanzia provvisoria nonostante, a seguito del soccorso istruttorio, abbia prodotto una garanzia definitiva avendo quest'ultima, una funzione diversa.

TAR LAZIO, ROMA, SEZ. II ter, 7 maggio 2025, n. 8741, *Sull'omessa applicazione del soccorso istruttorio in senso stretto: l'operatore economico non può limitarsi a invocare l'operatività* -L'art. 101, c. 3, del D.Lgs. 36/2023, prevede la possibilità per la stazione appaltante di "richiedere chiarimenti sui contenuti dell'offerta tecnica e dell'offerta economica e su ogni loro allegato". Si tratta di una forma di soccorso istruttorio in senso stretto, con cui la stazione appaltante sollecita chiarimenti o spiegazioni su eventuali ambiguità del contenuto dell'offerta tecnica e/o dell'offerta economica al fine di acquisire l'effettiva volontà dell'operatore economico, fermo restando il divieto di apportarvi qualunque modifica in violazione della *par condicio competitorum*. L'istituto in argomento, in analogia con la rettifica d'ufficio, deve operare laddove l'errore o l'ambiguità sia "non solo facilmente individuabile ma anche altrettanto agevolmente emendabile, ossia senza ricorrere ad ausili esterni". Inoltre, per contestare in sede giurisdizionale l'omessa applicazione dell'istituto l'operatore economico non può limitarsi a invocare l'operatività, ma deve indicare

quali spiegazioni avrebbe fornito se avesse ricevuto la richiesta istruttoria da parte dell'amministrazione, al fine di provare che l'emenda non si traduca in un'inammissibile modifica del contenuto dell'offerta tecnica e rientri pertanto nel perimetro di applicazione della norma.

TAR EMILIA ROMAGNA, BOLOGNA, SEZ. II, 7 maggio 2025 n. 488, - Appalti pubblici - *Sull'applicazione del principio del risultato in riferimento all'interpretazione e applicazione delle regole di gara nel caso di offerta per "aliud pro alio"* - L'esclusione dell'offerta per difformità dai requisiti minimi, anche in assenza di espressa comminatoria di esclusione, vale solo se la disciplina di gara prevede qualità del prodotto che con assoluta certezza si qualificano come caratteristiche minime, sia perché espressamente definite come tali nella disciplina di gara, sia perché la descrizione che se ne fa nella lex specialis è tale da farle emergere come qualità essenziali della prestazione richiesta. Nel caso di specie (un appalto di servizi a ridotto impatto ambientale di noleggio, lavaggio, asciugatura, stiratura ed imballaggio di indumenti), in assenza di una qualificazione espressa, è la stessa legge di gara a deporre per considerare tali caratteristiche al più come ottimali ma non certo come essenziali. Pertanto, non è configurabile l'esclusione per assertedo "aliud pro alio" che si configura sia quando la cosa consegnata appartenga ad un "genus" diverso rispetto a quello pattuito, sia quando essa manchi delle specifiche qualità necessarie per assolvere alla funzione economico sociale naturale ovvero a quella assunta dalle parti nel programma negoziale. Sul punto può infatti richiamarsi il principio del risultato ex art. 1 del d.lgs. 36/2023 in riferimento all'interpretazione e applicazione delle regole di gara, dovendo entrambe le fasi essere ispirate al risultato finale perseguito dalla programmata operazione negoziale di cui assume un profilo dirimente la sua destinazione teleologica tenendo presente come l'operatore economico nel formulare la propria offerta "deve tener conto della diligente e logica comprensione del risultato avuto di mira dalla stazione appaltante.

TAR CAMPANIA, NAPOLI, SEZ. I, 6 maggio 2025 n. 3623, - Appalti pubblici - *Sul principio di equivalenza e di discrezionalità tecnica dell'organo valutativo* - Il c.d. principio di equivalenza permea l'intera disciplina dell'evidenza pubblica, in quanto la possibilità di ammettere alla comparazione prodotti aventi specifiche tecniche equivalenti a quelle richieste, ai fini della selezione della migliore offerta, risponde, da un lato, ai principi costituzionali di imparzialità e buon andamento e di libertà d'iniziativa economica e, dall'altro, al principio euro-unitario di concorrenza, che vedono quale corollario il favor participationis alle pubbliche gare, mediante un legittimo esercizio della discrezionalità tecnica da parte dell'Amministrazione alla stregua di un criterio di ragionevolezza e proporzionalità. Il principio di equivalenza è, dunque, finalizzato a evitare un'irragionevole limitazione del confronto competitivo fra gli operatori economici, precludendo l'ammissibilità di offerte aventi oggetto sostanzialmente corrispondente a quello richiesto e tuttavia formalmente privo della specifica prescritta.

TAR PUGLIA, LECCE, SEZ. II, 5 maggio 2025, n. 786, - Appalti pubblici - *Sull'impossibilità di sanare con il soccorso istruttorio l'omissione del progetto per garantire l'occupazione giovanile e/o di genere* - Gli artt. 57 e 102, c. 2, del D. Lgs. n. 36/2023, oltre ad imporre alle Stazioni appaltanti di inserire all'interno delle singole discipline di gara specifiche clausole sociali atte a tutelare una pari opportunità generazionale e di genere, prevedono anche per gli operatori partecipanti il dovere di indicare espressamente le modalità con cui intendono conseguire tali obiettivi, correlando chiaramente l'adempimento in questione al contenuto delle proprie offerte. Dalla lettura congiunta delle suddette disposizioni, infatti, si evince che il "progetto atto ad illustrare le concrete modalità attraverso le quali si impegna a garantire l'impiego nell'ambito delle nuove assunzioni una quota pari al 10% di occupazione giovanile e/o di genere" è elemento che caratterizza e va a comporre l'offerta tecnica di ciascun operatore; pertanto, un'eventuale omissione di tale componente ad opera del soggetto partecipante, non può ritenersi passibile di soccorso istruttorio - né nella sua veste integrativa ex art. 101, c. 1, lett. a), D. Lgs. n. 36/2023, né nella diversa modalità sanante ai sensi della lett. b) della medesima disposizione - potendosi l'Amministrazione attivare unicamente mediante soccorso procedimentale ai sensi del c.3 del cit.art. 101 al fine di chiedere chiarimenti al singolo operatore con riguardo ai contenuti dell'offerta presentata.

TAR CAMPANIA, SEZ. STACCATA SALERNO, SEZ. I, 2 maggio 2025, n. 817, - Appalti pubblici - *Sull'ammissibilità del soccorso istruttorio processuale* - Il soccorso istruttorio processuale è ammissibile quando il Giudice verifichi che la stazione appaltante non è intervenuta in soccorso del concorrente, come sarebbe stata tenuta, ed eserciti i poteri istruttori per accertare, nel corso del processo, ciò che avrebbe dovuto essere accertato dall'amministrazione, durante il procedimento. Sullo specifico terreno dei contratti pubblici, il legislatore ha ampliato l'ambito applicativo dell'istituto e superando quelle concezioni rigidamente formalistiche e burocratiche del diritto amministrativo che continuavano ad incentivare il contenzioso (ridotto ad una sorta di 'caccia all'errore' nel confezionamento della documentazione allegata alla domanda), con effetti pregiudizievoli in termini di tempestivo ed efficiente completamento delle procedure. Il soccorso istruttorio, dunque, sarebbe possibile "non soltanto per 'regolarizzare', ma anche per 'integrare' la documentazione mancante", a meno che non si tratti di "carenze e irregolarità" che attengono "all'offerta economica e all'offerta tecnica" e alle "carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa".

TAR PUGLIA, BARI, SEZ. II, 2 maggio 2025 n. 625, - Appalti pubblici - *Sulla legittimità della scelta di una stazione appaltante di non attribuire un punteggio aggiuntivo al concorrente che non abbia sottoscritto digitalmente l'offerta* - Nell'ipotesi in cui la lex specialis preveda espressamente, a pena di esclusione, che l'offerta "deve essere sottoscritta con firma digitale o altra firma elettronica qualificata o firma elettronica avanzata", è corretta la determinazione della stazione appaltante di non attribuire alcun punteggio in relazione al criterio di valutazione afferente la distanza dal centro di cottura ubicato a distanza inferiore a 30km, a un concorrente che non abbia sottoscritto digitalmente la dichiarazione. Inoltre, il mancato riconoscimento dei punti non è dipeso solo dalla mancata sottoscrizione digitale di un documento, ma trova fondamento in vizi sostanziali di più rilevante entità, come l'esser priva dei requisiti previsti dall'art. 104 del d.lgs. 36/2023, secondo il quale, l'operatore economico deve allegare 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. Pertanto, la mancanza di requisiti essenziali dell'avvalimento ha avuto ripercussioni sulla stessa possibilità della ricorrente di dimostrare effettivamente di avere la disponibilità di un centro di cottura distante meno di 30 km dalla sede della stazione appaltante.