NEWSLETTER N. 11 ANNO XI

1-15 giugno 2025

AOR
•AVVOCATI•

Appalti pubblici

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V, 13 giugno 2025, n. 5196 - Appalti pubblici - *Sulla natura facoltativa e funzionale del PEF nelle concessioni alla luce del d.lgs. n. 36/2023* - Nelle concessioni disciplinate dal d.lgs. n. 36/2023, il PEF non costituisce un obbligo generalizzato, ma assume natura meramente eventuale e funzionale, essendo richiesto solo quando espressamente previsto dal bando di gara in ragione della complessità e dell'entità del progetto. L'art. 193 del Codice conferma tale carattere facoltativo, imponendo la presentazione di un PEF asseverato esclusivamente nelle proposte di finanza di progetto. In tali casi, il PEF svolge un ruolo centrale nel rappresentare adeguatamente il rischio economico-finanziario assunto dall'operatore economico, consentendo la valutazione della sostenibilità dell'offerta e la corretta allocazione del rischio imprenditoriale, senza richiedere una esaustiva rappresentazione di tutti i singoli oneri economici. Inoltre, la predisposizione del modello di PEF e, quindi, anche la valutazione del fatto che l'operatore economico sia in grado di gestire il rischio operativo e garantire la realizzazione degli obiettivi di interesse pubblico costituisce espressione di discrezionalità tecnica della stazione appaltante non suscettibile di censura da parte del giudice amministrativo, se non nei limiti di manifesta irragionevolezza ed errore macroscopico e manifesto.

TAR SARDEGNA, SEZ. II, 11 giugno 2025 n. 523 - Appalti pubblici - *Sull'eccessiva brevità del termine di presentazione delle offerte: può essere considerata come clausola "immediatamente escludente"?* La qualificazione di una clausola come "immediatamente escludente" può aversi eccezionalmente e solo a fronte di previsioni della legge di gara che con assoluta e oggettiva certezza incidono direttamente sull'interesse delle imprese, precludendo, per ragioni oggettive e non di normale alea contrattuale, un'utile partecipazione alla gara dell'operatore economico e la possibilità di formulare un'offerta oggettivamente competitiva. Pertanto, nel caso di specie, è illegittimo il ricorso avverso l'aggiudicazione di un appalto di servizi, per eccessiva brevità del termine di presentazione delle offerte (pari complessivamente a 12 giorni, di cui 8 per la presentazione delle offerte, in concomitanza con le festività natalizie), peraltro proposto da un operatore economico che non ha partecipato alla gara, in quanto siffatti termini non possono qualificarsi come un oggettivo e insuperabile impedimento alla presentazione delle offerte, come dimostrato anche dall'effettiva partecipazione di tre operatori economici alla procedura di gara. Dunque, sarebbe stato onere della ricorrente partecipare alla gara e, eventualmente, far valere a seguito dell'adozione degli atti applicativi della *lex specialis* la loro eventuale illegittimità, qualora il risultato non soddisfacente della gara stessa fosse da ricondurre all'eccessiva limitatezza dei termini concessi agli operatori economici per la presentazione delle offerte.

CONSIGLIO DI STATO IN SEDE GIURISDIZIONALE (Adunanza Plenaria) 09 giugno 2023, n. 6 - Appalti pubblici - *Sugli*

effetti dell'omesso versamento del contributo ANAC in una procedura di gara - Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria) ha affermato il seguente principio di diritto: "L'art. 1, c. 67, della legge 23 dicembre 2005, n. 266, richiamato dall'art. 213 del Codice dei contratti pubblici del 2016 (e anche dall'art. 222 del Codice dei contratti pubblici del 2023), va interpretato nel senso che, fin quando non risulti il pagamento del contributo spettante all'Autorità nazionale anticorruzione, vi è il divieto legale di esaminare l'offerta dell'operatore economico e, se neppure risulti il pagamento a seguito del soccorso istruttorio, la stazione appaltante deve dichiarare tale offerta inammissibile".

TAR CAMPANIA, SALERNO, SEZ. I, 06 giugno 2025, n. 1053 - Appalti pubblici - *Non è sufficiente il mero ripristino della legalità violata per l'annullamento d'ufficio nelle gare pubbliche* - Presupposto indefettibile per l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio è la presenza di un'illegittimità significativa, ma «l'interesse pubblico alla base del legittimo esercizio del potere di autotutela da parte della pubblica amministrazione non può identificarsi nel mero ripristino della legalità violata, ma richiede una valutazione comparativa sulla qualità e concretezza degli interessi in gioco.» Pertanto, nel caso di specie, è illegittimo l'annullamento sia perché la stazione appaltante non ha esposto alcuna ulteriore ragione, se non quella connessa alla necessità di ripristinare la legalità violata, conseguente alla asserita rimodulazione *ex post* dei criteri di valutazione, sia perché non ha in alcun modo dato atto della ponderazione dei vari interessi che nel caso in esame vengono in rilievo, con particolare riferimento agli interessi pubblici della conservazione dei valori giuridici e del perseguimento del miglior risultato possibile della procedura ad evidenza pubblica. La giurisprudenza ha, infatti, chiarito che i principi del risultato e della fiducia che informano la vigente disciplina dei contratti pubblici, impongono di privilegiare in tutti i casi dubbi la soluzione maggiormente in linea con il *favor partecipationis* e tale da favorire una proficua conclusione della procedura selettiva: non già nella prospettiva di una dialettica fra esigenze di approvvigionamento e principio di legalità, ma al contrario nell'ottica di una nozione di legittimità ricondotta al contrasto di natura sostanziale e non puramente formale fra il provvedimento ed il relativo paradigma normativo.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V, 05 giugno 2025, n. 4877 - Appalti pubblici - *Sull'equipollenza tra firma analogica e digitale nelle gare pubbliche e sul ruolo dell'eterointegrazione* - L'eterointegrazione della legge di gara è ammessa solo in presenza di lacune riguardanti elementi obbligatori per l'ordinamento, e deve avvenire in situazioni eccezionali che non limitino eccessivamente il principio di massima concorrenza. Nel caso di specie, anche se la legge di gara prevede solo la firma digitale, la modalità analogica (firma autografa accompagnata da copia del documento di identità) è da considerarsi equipollente ai sensi dell'art. 65 del CAD (d.lgs. 82/2005). Il cit. art. 65 stabilisce, infatti, che le istanze telematiche sono valide se sottoscritte con firma digitale
o con firma autografa accompagnata da copia del documento d'identità. Questo principio è rafforzato dall'art. 38 DPR 445/2000, che riconosce entrambe le modalità come equivalenti. Inoltre, non risulta che l'art. 19 del d.lgs n. 36/ 2023 (Principi e diritti digitali) abbia apportato deroghe particolari al sistema sopra descritto circa le modalità di sottoscrizione delle istanze rivolte alla PA. Pertanto, la stazione appaltante è tenuta ad accettare entrambe le modalità di sottoscrizione, digitale o analogica, in quanto elementi obbligatori per l'ordinamento, e ciò favorisce un equilibrio tra il principio di concorrenza (massima partecipazione) e il principio di legalità, assicurando la validità delle istanze e la certezza dell'identità del firmatario senza restringere la partecipazione alla gara.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ.III, 05 giugno 2025, n. 4897 - Appalti pubblici - *Nessuna deroga al principio di rotazione per affidamenti diretti senza bando e con manifestazioni di interesse limitate a operatori iscritti in un apposito albo* - Non è invocabile la deroga al principio di rotazione di cui al c. 5 dell'art. 49 d.lgs. 36/2023, quando la procedura di affidamento è riconducibile all'affidamento diretto ex art. 50, c. 1, lett. a), sia per il valore della prestazione sia per la natura della procedura stessa, non essendo configurabile, nel caso di specie, né la procedura negoziata senza bando (che richiede la consultazione di almeno cinque operatori o la motivazione della loro assenza), né una procedura ordinaria aperta, in assenza di bando. Inoltre, la qualificazione della procedura come "aperta" è infondata in quanto la raccolta delle manifestazioni di interesse è limitata a operatori iscritti in un albo ristretto e non estesa a tutti gli operatori economici potenzialmente interessati, non escludendo così la natura di affidamento diretto e legittimando l'applicazione del principio di rotazione.

CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE SICILIANA, SEZ. GIURISDIZIONALE, 03 giugno 2025, n. 423 - Appalti pubblici - *Sulle caratteristiche della lex specialis di gara* - La lex specialis di gara costituisce un vincolo inderogabile per la PA, che è obbligata a rispettare puntualmente le

prescrizioni ivi contenute senza margini di discrezionalità o possibilità di disapplicazione, anche se tali prescrizioni risultino inopportune o incongrue, salvo l'esercizio del potere di autotutela per l'annullamento del bando (art. 97 Cost.). Il bando di gara, in quanto atto amministrativo generale e non norma regolamentare, non può essere disapplicato dal giudice, che può solo valutarne la legittimità in sede di impugnazione, garantendo così la certezza e la stabilità delle procedure concorsuali e prevenendo l'elusione dei termini di decadenza per l'impugnazione (art. 29 c.p.a.). Costituendo, dunque, esplicazione del principio del c.d. autovincolo, alle regole di gara deve essere data puntuale esecuzione nel corso della procedura, senza che in capo all'organo amministrativo, cui compete l'attuazione delle medesime, residui alcun margine di discrezionalità in ordine al rispetto della disciplina del procedimento, posto che le preminenti esigenze di certezza connesse allo svolgimento delle procedure concorsuali di selezione dei partecipanti impongono di ritenere di stretta interpretazione le clausole del bando di gara, sì da esserne preclusa qualsiasi lettura che non sia in sé giustificata da un'obiettiva incertezza del loro significato letterale.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V, 03 giugno 2025, n. 4815 - Appalti pubblici - *Sulla non automaticità del trasferimento delle vicende professionali dell'ausiliaria all'operatore economico offerente nell'ambito dell'avvalimento, ai fini dell'esclusione dalla gara per grave illecito professionale.* Le vicende professionali dell'ausiliaria non possono essere automaticamente trasferite all'operatore economico offerente, indipendentemente dai rapporti tra i due soggetti. Il nuovo Codice dei Contratti (d.lgs. 36/2023) ha infatti tipizzato in modo puntuale le ipotesi di grave illecito professionale, indicando chiaramente quando sussiste e quali sono i mezzi adeguati per dimostrarne l'esistenza. L'esclusione per grave illecito professionale non è automatica, ma richiede una valutazione specifica sull'affidabilità e integrità del concorrente, con motivazione dettagliata e fondata su circostanze oggettive e mezzi di prova tassativi. Questo serve proprio a evitare che la responsabilità per condotte illecite si estenda in modo illimitato ad altri soggetti coinvolti nella gara, come l'ausiliaria o l'operatore economico offerente. In altre parole, non è ammesso che gli inadempimenti contrattuali si "contagino" da un soggetto all'altro in modo indiscriminato. Anche a voler ritenere ancora valida la c.d. "teoria del contagio" dopo l'entrata in vigore del nuovo Codice, la stessa non potrebbe comunque trovare applicazione nel caso di specie, atteso che gli illeciti professionali della società ausiliaria, anche ove effettivamente sussistenti, costituirebbero un'inadempienza di natura contrattuale; pertanto, non ricorrerebbero neanche astrattamente i presupposti del "contagio" in quanto, secondo la giurisprudenza formatasi nella vigenza del vecchio Codice, il meccanismo in questione opera esclusivamente per l'illecito professionale da reato.