

LE SENTENZE DELLA SETTIMANA

22 – 28 APRILE 2024

0. Premessa.

Il presente documento illustra le principali sentenze rese dalla giustizia amministrativa in materia di appalti pubblici nella settimana del 22 Aprile (22 – 28 Aprile 2024).

Per ogni pronuncia è presente:

- Il titolo della massima;
- Il riferimento della sentenza, con collegamento ipertestuale per garantire la visualizzazione integrale del testo dal sito della giustizia amministrativa);
- Il passaggio motivazionale ritenuto di interesse ed esplicativo del titolo.

Tra le pronunce di maggiore rilievo si segnalano:

- TAR Lazio, sez. V, 22.4.2024 n. 7909, per la quale è nulla la clausola che preveda l'esclusione automatica delle offerte anomale in una procedura sopra soglia comunitaria;
- Cons. Stato, sez. V, 22.4.2024 n. 3659, per la quale le fondazioni non costituiscono soggetti *in house* in quanto enti privi di natura lucrativa;
- TAR Calabria, sez. II, 22.4.2024 n. 665 per la quale l'obbligo di indicazione specifica dei costi della manodopera opera anche in assenza di una esplicita previsione degli atti di gara;
- TAR Lazio, sez. III, 23.4.2024 n. 8116, per la quale l'indicazione degli oneri della sicurezza in misura pari a zero non comporta l'esclusione automatica del concorrente;
- TAR Toscana, sez. III, 23.4.2024 n. 493, per la quale nel Codice Appalti del 2023 non sussiste un obbligo di verifica d'ufficio della congruità dei costi della manodopera;

- TAR Campania, sez. V, 24.4.2024 n. 2793 per la quale la mancata presentazione del piano di riassorbimento è sanabile mediante soccorso istruttorio.

Si specifica che non è stata inserita l'Adunanza Plenaria del 24 Aprile 2024. La rilevanza della pronuncia la rende meritevole di autonomo commento e di massimazione più complessa rispetto allo scopo meramente riassuntivo del presente documento. La pronuncia può essere consultata al seguente link: portali.giustizia-amministrativa.it/portale/pages/istituzionale/visualizza?nodeRef=&schema=cds&nrg=202305564&nomeFile=202400007_11.html&subDir=Provvedimenti.

L'autore del presente documento è il dott. Vincenzo Laudani, consulente in appalti pubblici. Per eventuale segnalazione di errori o refusi o per eventuali esigenze di confronto è possibile contattarlo mediante mail (vlaudani2@gmail.com / vincenzolaudani@hotmail.it) o LinkedIn ([Vincenzo Laudani - Consulente legale in appalti pubblici - UniSalute S.p.A. | LinkedIn](#)).

Sommario

0. Premessa.....	1
Negli appalti esclusi la Stazione Appaltante non può assegnare punteggi mediante l'attribuzione di un mero voto numerico se i criteri di valutazione non sono stati sufficientemente dettagliati nel bando (art. 4 d.lgs. 50/2016)	5
TAR Lazio, sez. II-stralcio, 22.4.2024 n. 8026	5
Nulla la clausola che preveda l'esclusione automatica delle offerte anomale in una procedura sopra soglia comunitaria (art. 83 c. 9 d.lgs. 50/2016)	6
TAR Lazio, sez. V, 22.4.2024 n. 7909.....	6
La verifica di congruità dell'offerta non può essere svolta utilizzando quali parametri di riferimento le offerte degli altri concorrenti (art. 97 d.lgs. 50/2016)	7
TAR Lazio, sez. II, 22.4.2024 n. 7892.....	7
L'esiguità dell'utile della commessa non determina incongruità dell'offerta	8
TAR Lazio, sez. II, 22.4.2024 n. 7892.....	8
L'associazione rappresentativa di interessi degli appartenenti ad una categoria omogenea di imprenditori può agire contro il silenzio serbato dall'Amministrazione su un'istanza per l'indizione di una procedura di gara	9
TAR Lazio, sez. II, 22.4.2024 n. 7875.....	9
Il principio di favor participationis opera soltanto in presenza di evidenti ambiguità del dato letterale.....	12
Cons. Stato, sez. V, 22.4.2024 n. 3663	12
Le fondazioni, anche se istituite da un ente pubblico, non possono essere considerate quali società in house in quanto prive di un fine lucrativo.....	14
Cons. Stato, sez. V, 22.4.2024 n. 3659	14
L'individuazione delle specifiche tecniche deve rispondere alle esigenze della Stazione Appaltante, le quali prevalgono rispetto allo scopo di garantire una maggiore apertura al mercato	16
TAR Campania, sez. II, 22.4.2024 n. 2655	16
L'obbligo di indicazione specifica dei costi della manodopera opera anche in assenza di una esplicita previsione della lex specialis, in applicazione del principio di eterointegrazione del bando, e si applica anche alle procedure di affidamento dei servizi sociali (art. 108 c. 9 d.lgs. 36/2023; art. 128 d.lgs. 36/2023)	18
TAR Calabria, sez. II, 22.4.2024 n. 665.....	18

Criteri di individuazione dei servizi di natura intellettuale ai fini dell'esclusione dell'obbligo dichiarativo dei costi della manodopera e della sicurezza aziendale (art. 108 c. 9 d.lgs. 36/2023).....	20
TAR Calabria, sez. II, 22.4.2024 n. 665.....	20
L'indicazione degli oneri della sicurezza aziendale in misura pari a zero non comporta l'esclusione automatica del concorrente (art. 95 c. 10 d.lgs. 50/2016).....	21
TAR Lazio, sez. III, 23.4.2024 n. 8116.....	21
Legittima la previsione del sopralluogo obbligatorio (a pena di esclusione) nei contratti attivi (art. 4 d.lgs. 50/2016; art. 79 d.lgs. 50/2016).....	24
Cons. Stato, sez. III, 23.4.2024 n. 3675.....	24
Nel Codice Appalti 2023 non sussiste un obbligo di verificare d'ufficio la congruità dei costi della manodopera (art. 108 d.lgs. 36/2023).....	26
TAR Toscana, sez. II, 23.4.2024 n. 493.....	26
La responsabilità per mancata aggiudicazione dell'appalto ha natura oggettiva.....	27
TAR Basilicata, sez. I, 23.4.2024 n. 216.....	27
La mancata presentazione del piano di riassorbimento in attuazione della clausola sociale non costituisce causa di esclusione ed è sanabile mediante soccorso istruttorio.....	28
TAR Campania, sez. V, 24.4.2024 n. 2793.....	28
La menzione di una determinata fabbricazione o provenienza di un prodotto è ammessa solo in via eccezionale e il mancato rispetto di tale prescrizione determina l'annullamento parziale degli atti di gara (allegato II.5 d.lgs. 36/2023).....	30
TAR Toscana, sez. IV, 24.4.2024 n. 495.....	30
Non è ammesso il soccorso istruttorio per l'integrazione novativa del contenuto del contratto di avvalimento, ossia per consentire un ampliamento dell'oggetto del contratto volto ad includere requisiti non inizialmente previsti nel testo dell'accordo.....	32
Cons. Stato, sez. V, 26.4.2024 n. 3773.....	32
Nel caso di contrasto tra cronoprogramma e offerta temporale va privilegiato il contenuto di quest'ultima.....	34
TAR Campania, sez. I, 26.4.2024 n. 2805.....	34
Le società di capitali non possono imputare i requisiti posseduti in proprio dai soci a sé stesse, fatta salva l'ipotesi delle società di ingegneria limitatamente all'affidamento di tali servizi.....	35
TAR Campania, sez. V, 26.4.2024 n. 2806.....	35

Negli appalti esclusi la Stazione Appaltante non può assegnare punteggi mediante l'attribuzione di un mero voto numerico se i criteri di valutazione non sono stati sufficientemente dettagliati nel bando (art. 4 d.lgs. 50/2016)

[TAR Lazio, sez. II-stralcio, 22.4.2024 n. 8026](#)

<< Come evidenziato da parte ricorrente, l'avviso pubblico gli esiti del quale sono in questa sede contestati – bandito per l'assegnazione di un'area a soggetto che avrebbe assunto obblighi di manifestazioni e di bonifica, oltre che il pagamento della Cosap – ricade nella sfera di applicazione dell'art. 4 del d.lgs. n. 50/2016, nel testo vigente al momento dei fatti, ciò che richiedeva all'amministrazione procedente l'adozione di una procedura selettiva, senza particolari formalità, purché rispettosa dei principi di trasparenza e parità di trattamento. Nell'adozione del bando, tuttavia, l'amministrazione ha ritenuto di autovincolarsi al rispetto di determinati criteri di attribuzione del punteggio da essa indicati, il peso dei quali risulta definito, con riferimento a criteri e subcriteri, nell'art. 7 del bando. I criteri individuati, pur non affetti dalla pretesa assoluta genericità lamentata da parte ricorrente (e posta a base della domanda di annullamento dell'intero avviso, articolata nel terzo motivo di doglianza del ricorso introduttivo e richiamata nei motivi aggiunti), non si presentavano tuttavia puntualmente dettagliati, con la conseguenza che l'assegnazione dei punteggi mediante mera attribuzione di un voto numerico, al non più sommario esame, proprio della presente fase di merito, appare obiettivamente inidonea a integrare motivazione sufficiente del procedimento valutativo, non essendo sulla base dello stesso possibile comprendere l'iter logico di valutazione seguito dalla Commissione>>

Nulla la clausola che preveda l'esclusione automatica delle offerte anomale in una procedura sopra soglia comunitaria (art. 83 c. 9 d.lgs. 50/2016)

[TAR Lazio, sez. V, 22.4.2024 n. 7909](#)

<< Il gravame proposto non è meritevole di favorevole accoglimento per le ragioni che seguono.

L'esclusione automatica delle offerte opera solo in caso di procedure di affidamento per importi inferiori alla soglia comunitaria, mentre quella in esame è di importo superiore a tale soglia (circostanza, questa incontestata, agli atti del giudizio).

Tale ragionamento vale anche ove si tenesse conto delle disposizioni contenute nell'art. 1, comma 3 del d.l. n. 76/2020 convertito dalla legge 11 settembre 2020, n. 120, il quale prevede, sempre e solo con riferimento alle procedure c.d. sotto soglia, che "3. ...Nel caso di aggiudicazione con il criterio del prezzo più basso, le stazioni appaltanti procedono all'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi dell'articolo 97, commi 2, 2-bis e 2-ter, del decreto legislativo n. 50 del 2016, anche qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque".

In altri termini, come correttamente evidenziato nelle memorie difensive depositate agli atti del giudizio, la previsione del disciplinare di gara è da considerare una clausola nulla in quanto introduce una ipotesi di esclusione automatica dalla gara non prevista dal d.lgs. n. 50/2016 (cfr. principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 83, comma 8 del medesimo decreto). >>

La verifica di congruità dell'offerta non può essere svolta utilizzando quali parametri di riferimento le offerte degli altri concorrenti (art. 97 d.lgs. 50/2016)

TAR Lazio, sez. II, 22.4.2024 n. 7892

<< 12. Si richiama, altresì, il consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui la verifica di congruità di un'offerta non può essere effettuata attraverso un giudizio comparativo che coinvolga altre offerte, perché va condotta con esclusivo riguardo agli elementi costitutivi dell'offerta analizzata ed alla capacità dell'impresa – tenuto conto della propria organizzazione aziendale e, se del caso, della comprovata esistenza di particolari condizioni favorevoli esterne – di eseguire le prestazioni contrattuali al prezzo proposto, essendo ben possibile che un ribasso sostenibile per un concorrente non lo sia per un altro, per cui il raffronto fra offerte differenti non è indicativo al fine di dimostrare la congruità di una di esse (Cons. di Stato, V, 28 gennaio 2019, n. 690; Cons. Stato, V, n. 2540 del 2018, cit.; 13 febbraio 2017, n. 607; 20 luglio 2016, n. 3271; 7 settembre 2007 n. 4694; IV, 29 ottobre 2002, n. 5945). >>

L'esiguità dell'utile della commessa non determina incongruità dell'offerta

TAR Lazio, sez. II, 22.4.2024 n. 7892

<< 25. Infine, la censura relativa all'esiguità dell'utile di commessa è anch'essa priva di pregio alla luce della giurisprudenza consolidata in materia secondo cui "al di fuori dei casi in cui il margine positivo risulti pari a zero, non è possibile stabilire una soglia minima di utile al di sotto della quale l'offerta deve essere considerata anomala, poiché anche un utile apparentemente modesto può comportare un vantaggio significativo, sia per la prosecuzione in sé dell'attività lavorativa, sia per la qualificazione, la pubblicità, il curriculum derivanti per l'impresa dall'essere Aggiudicatario e aver portato a termine un appalto pubblico" (Cons. Stato, Sez. V, 5 maggio 2023, n. 4559; nello stesso senso Cons. Stato, Sez. IV, 16 gennaio 2023, n. 500; TAR Lombardia, Sez. IV, 30 ottobre 2020, n. 2044)

>>

L'associazione rappresentativa di interessi degli appartenenti ad una categoria omogenea di imprenditori può agire contro il silenzio serbato dall'Amministrazione su un'istanza per l'indizione di una procedura di gara

TAR Lazio, sez. II, 22.4.2024 n. 7875

<< 7. Per ciò che concerne, invece, la seconda manifestazione di volere provvedimentale per la quale l'odierna ricorrente ha instato con il presente ricorso (avente ad oggetto l'adozione del bando di gara per l'affidamento del servizio di gestione temporanea della sosta nelle aree non parcometrate), occorre scrutinarne anzitutto l'ammissibilità.

Mette conto richiamare, a tal proposito, l'insegnamento della giurisprudenza del Consiglio di Stato sull'ammissibilità del rito del silenzio in relazione all'emanazione di atti amministrativi generali (nel cui novero certamente rientra il bando richiesto dall'Associazione ricorrente).

Orbene, il Consiglio di Stato (Cons. St., sez. IV, 17 dicembre 2018, n. 7090) ha chiarito quanto segue:

a) "con riguardo alla questione dell'ammissibilità dello speciale rito sul silenzio in relazione all'adozione di atti amministrativi generali l'orientamento prevalente in giurisprudenza è negativo (cfr. cfr. Cons. Stato, sez. IV, 27 dicembre 2017, n. 6096; id., sez. V, 9 marzo 2015, n. 1182; id., sez. IV, 22 giugno 2011, n. 3798; id., 7 luglio 2009, n. 4351), argomentandosi dalla impossibilità di individuare specifici "destinatari" degli atti in questione in capo ai quali possa radicarsi una posizione giuridica qualificata e differenziata, definibile come di interesse legittimo";

b) "Infatti, è vero che sul piano testuale non è dato sostenere che vi sia una preclusione a priori all'esperibilità del rito sul silenzio sulla base del mero carattere regolamentare o generale dell'atto di cui si invoca l'adozione; ma altrettanto vero è che, proprio in ragione dell'ordinario rivolgersi di tali atti a una pluralità indifferenziata di soggetti destinatari, non individuabili ex ante e destinati anche a cambiare nel corso del tempo, è molto complessa e delicata l'opera di individuazione dei requisiti della legittimazione e

dell'interesse a ricorrere in capo a chi si attivi per l'adozione di provvedimenti di tal natura”;

c) “In altri termini, il risultato di una ricognizione sulla sussistenza delle condizioni dell'azione non cambia punto se si sposta l'attenzione dal dato oggettivo della natura regolamentare o generale dell'atto da adottare a quello soggettivo della posizione giuridica del ricorrente rispetto a questo; e non è casuale che nei pochi casi in cui la giurisprudenza si è orientata per la soluzione affermativa si trattasse di controversie afferenti ad atti di pianificazione (dei quali, come è noto, è alquanto discussa in dottrina l'effettiva riconducibilità al genus degli atti amministrativi generali) o comunque a provvedimenti indirizzati a una cerchia ristretta e ben definita di soggetti interessati, ancorché modificabile in futuro”;

d) “La questione si complica vieppiù allorché l'iniziativa giudiziale, come nel caso che qui occupa, sia assunta da un soggetto che si assuma esponentiale dell'interesse collettivo della generalità dei potenziali destinatari dell'atto generale di cui è sollecitata l'adozione, ponendosi in tale ipotesi l'ulteriore problema dell'individuazione dell'effettiva legittimazione del soggetto collettivo; al riguardo, come è noto, la giurisprudenza assume che le associazioni di settore sono legittimate a difendere in sede giurisdizionale gli interessi di categoria dei soggetti di cui hanno la rappresentanza istituzionale o di fatto solo quando venga invocata la violazione di norme poste a tutela dell'intera categoria, e non anche quando si verta su questioni concernenti singoli iscritti ovvero su questioni capaci di dividere la categoria in posizioni contrastanti, atteso che l'interesse collettivo dell'associazione sindacale deve identificarsi con l'interesse di tutti gli appartenenti alla categoria unitariamente considerata e non con interessi di singoli iscritti o di gruppi di associati (cfr. ex plurimis Cons. Stato, sez. III, 7 marzo 2012, n. 1301; id., sez. VI, 27 aprile 2005, n. 1240)”.

In sintesi, il Consiglio di Stato:

- ha da un lato affermato la tendenziale generale incompatibilità tra il rito del silenzio e gli atti amministrativi generali (oltre che regolamentari), incompatibilità che non deriva tanto dall'astratta appartenenza dell'atto alla categoria generale degli atti amministrativi generali, quanto piuttosto dal suo concreto rivolgersi ad una pluralità indifferenziata di

soggetti destinatari (non individuabili ex ante e destinati anche a cambiare nel corso del tempo, ciò che rende molto complessa e delicata l'opera di individuazione dei requisiti della legittimazione e dell'interesse a ricorrere in capo a chi si attivi per l'adozione di provvedimenti di tal natura);

- ha dall'altro lato ammesso che in ipotesi eccezionali il rito del silenzio può anche essere esperito per l'emanazione di atti amministrativi generali, laddove essi siano indirizzati ad una cerchia ristretta e ben definita di soggetti interessati, ancorché modificabile in futuro.

Sulla base di tali presupposti, peraltro, il summenzionato precedente del Consiglio di Stato (Cons. St., sez. IV, 17 dicembre 2018, n. 7090) era giunto ad affermare – sia pure soltanto con un obiter dictum – che ben può ammettersi la legittimazione ad agire di un'associazione sindacale del pubblico impiego dirigenziale al fine di ottenere (con il rimedio del silenzio) l'emanazione di un bando di concorso per il reclutamento di dipendenti da parte dell'Amministrazione intimata (afferma in proposito il Consiglio di Stato che “può ammettersi che corrisponde all'interesse collettivo del quale l'associazione in questione è esponenziale, nei termini omogenei e non conflittuali testé evidenziati, la pretesa a che l'Agenzia delle entrate avvii celermente una procedura concorsuale, rituale e legittima, intesa ad assicurare la necessaria “provvista” del personale dirigenziale”).

Orbene, il Collegio ritiene che nel caso di specie sussista, mutatis mutandis, la legittimazione ad agire dell'Associazione ricorrente ad ottenere un riscontro provvedimento (impregiudicato il contenuto dello stesso, rientrando esso nella sfera di discrezionalità amministrativa di Roma Capitale) sulla richiesta di adozione di un atto di indizione di una gara per l'affidamento delle aree di parcheggio non parcometrate.

L'Associazione si è fatta latrice, infatti, di un interesse di categoria unitario ed omogeneo, rispetto al quale non sembrano potersi configurare divisioni interne, stante l'obiettivo interesse di tutti gli appartenenti alla categoria a partecipare all'eventuale procedura di selezione dei beneficiari delle concessioni per la gestione delle aree di parcheggio non parcometrate.>>

Il principio di favor participationis opera soltanto in presenza di evidenti ambiguità del dato letterale

[Cons. Stato, sez. V, 22.4.2024 n. 3663](#)

<< 13.1. Occorre al riguardo ricordare che, come già ritenuto da questa Sezione (ex multis Cons. Stato Sez. V, 31 ottobre 2022, n. 9386; Cons. Stato, Sez. V, 31 marzo 2021, n. 2710), nelle gare pubbliche, nell'interpretazione della lex specialis di gara, devono trovare applicazione le norme in materia di contratti, e dunque anzitutto i criteri letterale e sistematico previsti dagli artt. 1362 e 1363 cod. civ..

13.2. Ciò significa che, ai fini dell'interpretazione della lex specialis, devono essere applicate anche le regole di cui all'art. 1363 cod. civ., con la conseguenza che le clausole previste si interpretano le une per mezzo delle altre, attribuendo ad esse il senso che risulta dal complesso dell'atto. Pertanto se un'aporia tra i vari documenti costituenti la lex specialis impedisce l'interpretazione in termini strettamente letterali, è proprio la tutela dei principi dell'affidamento e della parità di trattamento tra i concorrenti che conduce all'interpretazione complessiva o sistematica delle varie clausole.

13.3. Le preminenti esigenze di certezza, connesse allo svolgimento delle procedure concorsuali di selezione dei partecipanti, impongono pertanto in primo luogo di ritenere di stretta interpretazione le clausole del bando di gara: ne va perciò preclusa qualsiasi lettura che non sia in sé giustificata da un'obiettiva incertezza del loro significato letterale. Secondo la stessa logica, sono comunque preferibili, a garanzia dell'affidamento dei destinatari, le espressioni letterali delle varie previsioni, affinché la via del procedimento ermeneutico non conduca a un effetto, indebito, di integrazione delle regole di gara, aggiungendo significati del bando in realtà non chiaramente e sicuramente rintracciabili nella sua espressione testuale (cfr. Cons. Stato, IV, 5 ottobre 2005, n. 5367; V, 15 aprile 2004, n. 2162)" (Cons. Stato, sez. V, 12 settembre 2017 n. 4307).

13.4. Deve pertanto reputarsi preferibile, a tutela dell'affidamento dei destinatari e dei canoni di trasparenza e di "par condicio", l'interpretazione letterale delle previsioni contenute nella legge di gara, evitando che in sede interpretativa si possano integrare le

regole di gara, palesando significati del bando non chiaramente desumibili dalla sua lettura testuale (Consiglio di Stato sez. V, 17/06/2014, n.3093).

13.5. In tale ottica, solo se il dato testuale presenti evidenti ambiguità, l'interprete, in forza del principio di favor participationis, deve prescegliere il significato più favorevole al concorrente (ex multis, Cons, Stato, sez. V, 20 luglio 2023 n.7113; 29 novembre 2022, n. 10491; 4 ottobre 2022, n. 8481; 2 marzo 2022 n. 1486; 6 agosto 2021, n. 5781; 8 aprile 2021, n. 2844; 8 gennaio 2021, n. 298; III, 24 novembre 2020, n. 7345; 15 febbraio 2021, n. 1322; VI, 6 marzo 2018, n. 1447; V, 27 maggio 2014, n. 2709)>>

Le fondazioni, anche se istituite da un ente pubblico, non possono essere considerate quali società in house in quanto prive di un fine lucrativo

[Cons. Stato, sez. V, 22.4.2024 n. 3659](#)

<< 28.4. Neppure, al fine di radicare l'obbligo della Fondazione di aderire alle Convenzioni Consip, giova il richiamo alle società *in house*, trattandosi di istituto che viene in rilievo ai sensi dell'art. 192 del d.lgs. 50 del 2016, ovvero per giustificare l'affidamento diretto dei servizi nei confronti di proprie società *in house* e che non può pertanto *ex se* radicare l'obbligo della società *in house* di aderire alla convenzione Consip.

Peraltro il disposto dell'art. 113 *bis* del d.lgs. n. 267 del 2001 secondo cui "*Gli enti locali possono procedere all'affidamento diretto dei servizi culturali e del tempo libero anche ad associazioni e fondazioni da loro costituite o partecipate*" invocato da parte appellante, non depone, avuto riguardo alla circostanza che detti enti non perseguono scopo di lucro, per l'annoverabilità degli stessi fra i soggetti *in house*, per cui risulta sul punto irrilevante la documentazione prodotta solo nel presente grado di appello circa il controllo analogo esercitato dal Comune sulla Fondazione.

La Corte di Cassazione, SS.UU., nella sentenza n. 2584 del 2 febbraio 2018, con riferimento alla Fondazione Festival Pucciniano creata dal Comune di Viareggio, ha infatti escluso la giurisdizione della Corte di Conti in materia di responsabilità erariale ritenendo che il modello gestionale dell'affidamento *in house* vada escluso per le fondazioni, in quanto "*La figura dell'affidamento in house trova la sua precipua collocazione nell'ambito di attività economiche da svolgersi con criteri imprenditoriali e che proprio in tale ambito può trovare spazio l'analisi dell'ente al fine di rinvenire un agire sul mercato in termini concorrenziali con altri soggetti economici: situazione questa che va del tutto esclusa, in ragione della statutaria previsione della Fondazione, di non perseguire fini di lucro*". Secondo tali coordinate ermeneutiche le fondazioni, anche se fondate da un soggetto pubblico, non possono essere considerate quali società *in house* laddove - come la fondazione - non perseguano scopi di lucro. L'affidamento *in house*,

infatti, si colloca nell'ambito delle attività economiche da svolgersi con criteri imprenditoriali e con logiche concorrenziali. >>

L'individuazione delle specifiche tecniche deve rispondere alle esigenze della Stazione Appaltante, le quali prevalgono rispetto allo scopo di garantire una maggiore apertura al mercato

[TAR Campania, sez. II, 22.4.2024 n. 2655](#)

<< 5. È, altresì, infondato il terzo motivo di ricorso. L'esigenza di un macchinario idoneo a correggere l'errore umano in via automatica e computerizzata (piuttosto di uno che consenta una successiva correzione non automatizzata) non appare irragionevolmente restrittiva della concorrenza, sovvenendo ad un'esigenza concretamente apprezzabile della stazione appaltante, ossia intervenire sull'errore umano, che il prodotto offerto dalla ricorrente non possedeva. Ciò che la ricorrente pretenderebbe non è ottenere l'ammissione di un prodotto avente caratteristiche equivalenti a quelle richieste, ma modificare le esigenze che l'Amministrazione intende soddisfare mediante la fornitura del prodotto dotato del suddetto sistema automatico e computerizzato.

Tale pretesa, tuttavia, non trova giustificazione nei principi di equivalenza e non discriminazione, che possono venire in rilievo soltanto in un momento logicamente successivo a quello in cui sono individuate da parte dell'Amministrazione le proprie esigenze di approvvigionamento.

La giurisprudenza interna ed eurounitaria riconosce alle Amministrazioni appaltanti un potere discrezionale nell'individuazione delle proprie esigenze di approvvigionamento, che devono rispondere a criteri di tipo funzionale, concretamente apprezzabili. Non è in questa attività che possono venire in rilievo le esigenze del mercato, ma nella successiva fase in cui sono valutate le offerte, le quali - pur in presenza di specifiche tecniche formulate mediante richiamo a norme tecniche e non a mere esigenze prestazionali - devono essere valutate secondo il principio di equivalenza.

In altre parole, se è vero che le specifiche tecniche non devono essere individuate in modo da restringere ingiustificatamente la concorrenza, dovendosi consentire l'accesso alla gara anche di prodotti e servizi che, pur se non perfettamente rispondenti alle stesse, siano tuttavia idonei a consentire il perseguimento delle esigenze dell'Amministrazione, è, altresì, vero che l'individuazione delle esigenze funzionali

rientra nell'ambito delle scelte di merito dell'Amministrazione che non possono essere modificate al solo scopo di garantire una maggiore apertura del mercato>>

L'obbligo di indicazione specifica dei costi della manodopera opera anche in assenza di una esplicita previsione della *lex specialis*, in applicazione del principio di eterointegrazione del bando, e si applica anche alle procedure di affidamento dei servizi sociali (art. 108 c. 9 d.lgs. 36/2023; art. 128 d.lgs. 36/2023)

[TAR Calabria, sez. II, 22.4.2024 n. 665](#)

<<.3. In primo luogo, non risulta fondata la tesi secondo cui l'obbligo di indicazione specifica dei costi della manodopera non risulterebbe possibile in considerazione del fatto che il disciplinare di gara aveva previsto unicamente l'obbligo di indicare i costi per la sicurezza aziendale, mentre il capitolato speciale di appalto consentiva la quantificazione degli importi per il personale impiegato solo in un momento successivo all'avvenuta prestazione del servizio.

La disposizione contenuta nell'art. 108, comma 9, d.lgs. n. 36 del 2023 riveste natura imperativa per cui si impone, mediante il principio dell'eterointegrazione prefigurato dall'art. 1339 c.c., nei confronti degli atti di gara che risultino lacunosi ovvero che contengano previsioni contrarie. Pertanto, la mancata previsione nella *lex specialis* dell'obbligo di indicazione specifica dei costi per la manodopera nell'offerta economica non impedisce l'applicazione della disposizione che lo impone, in quanto la lacuna nella disciplina di gara viene colmata mediante il richiamato principio dell'eterointegrazione, come da consolidato insegnamento giurisprudenziale (Consiglio di Stato, sez. III, sent. 18 ottobre 2023, n. 9078/2023).

Inoltre, risulta irrilevante la circostanza che il disciplinare di gara non abbia previsto di indicare separatamente i costi della manodopera, in quanto come osservato dalla giurisprudenza tale obbligo dichiarativo sussiste anche a prescindere da una espressa previsione in tal senso della *lex specialis* (T.A.R. Lazio - Roma, sez. III, sent. 20 maggio 2022, n. 6531/2022).

E neppure può trovare adesione l'eccezione della controinteressata circa la non applicabilità dell'art. 108 d.lgs. n. 36 del 2023 per effetto del suo mancato richiamo nel successivo art. 128 relativo all'affidamento dei servizi sociali, in quanto l'obbligo di

indicare separatamente nelle offerte economiche i costi della manodopera trova applicazione come già evidenziato anche nelle procedure di affidamento di servizi sociali (Consiglio di Stato, sez. III, sent. 28 agosto 2023, n. 7982/2023). >>

Criteri di individuazione dei servizi di natura intellettuale ai fini dell'esclusione dell'obbligo dichiarativo dei costi della manodopera e della sicurezza aziendale (art. 108 c. 9 d.lgs. 36/2023)

[TAR Calabria, sez. II, 22.4.2024 n. 665](#)

<< Parimenti va disattesa l'eccezione con cui le parti resistenti pretendono di ricondurre la gestione di un asilo entro il perimetro dei servizi di natura intellettuale, per i quali l'art. 108, comma 9, d.lgs. n. 36 del 2023 espressamente esclude l'obbligo di indicazione separata dei costi de quibus.

Ed infatti, come chiarito in giurisprudenza, per affermare la natura intellettuale di una prestazione occorre che la stessa presenti un carattere prevalentemente professionale e quindi personale della relativa attività, tenuto conto che ciò che distingue la natura intellettuale di un'attività è l'impossibilità di una sua standardizzazione, occorrendo al contrario che risulti configurabile la necessità di un patrimonio di cognizioni professionali specialistiche per la risoluzione di problematiche non standardizzate (T.A.R. Sicilia - Palermo, sez. I, sent. 20 marzo 2023, n. 881/2023; Consiglio di Stato, sez. III, sent. 19 marzo 2020, n. 1974/2020). Per ritenere integrata la natura intellettuale di un servizio risulta perciò necessario, sempre secondo la giurisprudenza, che sia rinvenibile in esso lo svolgimento di prestazioni professionali, svolte in via eminentemente personale, costituenti ideazione di soluzioni che risultino prevalenti nel contesto della prestazione erogata rispetto alle attività materiali e all'organizzazione di mezzi e risorse, mentre l'esecuzione di attività ripetitive che non richiedono l'elaborazione di soluzioni personalizzate e diverse caso per caso esula dal perimetro dei servizi di natura intellettuale (Consiglio di Stato, sez. V, sent. 28 luglio 2020, n. 4806/2020).

Così ricostruita la natura ed il contenuto di tali servizi, appare evidente che le prestazioni inerenti l'appalto de quo agitur non rivestono tali caratteristiche. Ed infatti, dalla lettura del capitolato speciale d'appalto, ma anche dell'offerta tecnica dell'aggiudicataria, non emerge che il contenuto normale e quindi assolutamente prevalente delle prestazioni oggetto del servizio affidato presenti un carattere non standardizzato che richiede l'elaborazione di soluzioni personalizzate e diversificate caso per caso, costituendo una tale elaborazione una eventualità di carattere secondario e non la normalità>>

L'indicazione degli oneri della sicurezza aziendale in misura pari a zero non comporta l'esclusione automatica del concorrente (art. 95 c. 10 d.lgs. 50/2016)

TAR Lazio, sez. III, 23.4.2024 n. 8116

<< 4. Il Collegio intende in primo luogo richiamare le coordinate ermeneutiche elaborate a livello giurisprudenziale per quanto concerne i profili di interesse ai fini della presente disamina, rappresentati nella specie dall'ipotesi in cui l'offerta del concorrente rechi l'espressa quantificazione degli oneri aziendali della sicurezza in misura pari a zero, in rapporto alla disciplina normativa di riferimento, costituita in particolare dagli articoli 95, co. 10, e 97, co. 5, d.lgs. n. 50/2016, *ratione temporis* applicabile alla fattispecie controversa sulla base di quanto disposto dall'art. 226, co. 2, d.lgs. n. 36/2023, atteso che la procedura di gara de qua è stata indetta con bando del 8 marzo 2023 (cfr. doc. n. 6 della produzione documentale della resistente Trenitalia S.p.A.) e, dunque, in epoca antecedente alla data del 1° luglio 2023 (in cui il nuovo Codice dei contratti pubblici ha acquistato efficacia ex art. 229, co. 2, del medesimo d.lgs. n. 36/2023).

4.1. Al riguardo va osservato come, in relazione alla specifica voce di costo in rilievo, sia stato precisato in sede interpretativa che “gli “oneri aziendali” della sicurezza sono ... rimessi alla esclusiva sfera di valutazione del singolo partecipante in quanto gli stessi variano da un'impresa all'altra e sono influenzati nel loro ammontare dall'organizzazione produttiva e dal tipo di offerta”, per cui “Tali oneri rientrano nell'offerta economica che l'operatore presenta alla stazione appaltante come costo variabile da sostenere per l'esecuzione dell'appalto; ne è imposta la necessaria indicazione dall'art. 95, comma 10 del Codice dei contratti pubblici perché la stazione appaltante possa verificare in che modo l'operatore economico sia giunto a formulare il prezzo del servizio offerto e se non abbia, per rendere maggiormente conveniente la sua offerta, eccessivamente sacrificato proprio detta voce di costo”, evidenziando sul punto che “La necessaria indicazione degli oneri per la sicurezza aziendale risponde, pertanto, all'esigenza di tutela del lavoro sotto il profilo della salute e della sicurezza dei lavoratori (art. 31 Cost.), così come l'altrettanto necessaria indicazione dei costi della manodopera tutela il lavoro

per il profilo relativo alla giusta retribuzione (art. 36 Cost.)...” (in tal senso, cfr. Cons. St., sez. IV, sent. 26 aprile 2022, n. 3169, punto 13.2).

4.2. La recente giurisprudenza amministrativa ha altresì affrontato la specifica ipotesi oggetto della presente disamina, rappresentata dal caso in cui l’offerta del concorrente rechi una indicazione di tali costi espressa mediante la relativa quantificazione in misura pari a zero, evidenziandone la non equiparabilità – alle condizioni precisate in sede interpretativa – alla (distinta) ipotesi di omessa indicazione dei costi medesimi da parte dell’offerente.

4.2.1. Al riguardo è stato osservato, in particolare, come “la situazione del concorrente che si esime dall’emarginare nella propria offerta economica la cifra dei costi della sicurezza, è diversa da quella del concorrente che, in base alla sua politica imprenditoriale e alla personale organizzazione dei fattori produttivi, dichiara, per le ragioni più varie, di non dover sostenere alcun costo diretto in termini di sicurezza in relazione ad un determinato appalto” (in tal senso, cfr. TAR Campania, Napoli, sez. II, sent. 26 aprile 2021, n. 2686, confermata in sede di appello da Cons. St., sez. VII, sent. 1 marzo 2022, n. 1454).

Nella delineata prospettiva è stato chiarito, per quanto concerne l’ipotesi in odierna considerazione, che “La questione pertanto si sposta dal piano formale a quello sostanziale”, nello specifico inerente alla congruità dell’anzidetta quantificazione, evidenziando sul punto che “L’indicazione di costi della sicurezza pari a zero sottintende una specifica valutazione, da parte dell’impresa offerente, in ordine agli effetti economici dell’applicazione delle regole di sicurezza nello svolgimento concreto del servizio, ascrivibile alla consapevole volontà di determinarli in tale misura, sulla base dell’assunto che, in ragione di particolari circostanze relative alla tipologia di appalto e/o alle modalità con le quali si ritenga di fare fronte ai costi predetti, l’indicato azzeramento corrisponda all’effettiva incidenza degli stessi sull’offerta economica”, per cui “Ne deriva che ogni questione di verifica del rispetto dei doveri inerenti alla salute e alla sicurezza sul lavoro è destinata a spostarsi dal versante dichiarativo a quello sostanziale, concernente la congruità di una simile quantificazione” (in tal senso, cfr. TAR Piemonte, sez. II, sent. 20 gennaio 2023, n. 77).

4.2.2. La questione posta dalla fattispecie in considerazione, involgendo (per le ragioni sopra riportate) il piano sostanziale afferente alla congruità dell'anzidetta quantificazione, investe dunque la verifica di anomalia dell'offerta celebrata in sede procedimentale, al fine di accertare se nel contesto dell'espletato sub-procedimento siano stati richiesti dalla Stazione appaltante elementi in merito alla quantificazione – in misura pari a zero – degli oneri per la sicurezza operata dal concorrente interessato ovvero siano stati offerti dal concorrente medesimo, attraverso le giustificazioni rese in sede di gara, elementi plausibili a sostegno dell'assenza di costi interni per la sicurezza dichiarata nell'offerta economica, inerenti in particolare alle “modalità di gestione” del servizio oggetto di affidamento, ovvero “in ragione di particolari circostanze relative alla tipologia di appalto e/o alle modalità con le quali si ritenga di fare fronte ai costi predetti” (in tal senso, cfr. TAR Piemonte, sez. II, sent. n. 77/2023, cit. e Cons. St., sez. VII, sent. n. 1454/2022, cit.)>>

Legittima la previsione del sopralluogo obbligatorio (a pena di esclusione) nei contratti attivi (art. 4 d.lgs. 50/2016; art. 79 d.lgs. 50/2016)

[Cons. Stato, sez. III, 23.4.2024 n. 3675](#)

<< 6.4. Ciò posto, è noto che la giurisprudenza non ha orientamenti univoci sul punto della obbligatorietà del sopralluogo e sulle conseguenze della sua eventuale omissione. Si tratta, peraltro, di orientamenti formati nell'ambito della disciplina sull'affidamento dei contratti pubblici (in cui sono dettate specifiche disposizioni sia sull'adempimento del sopralluogo: art. 79, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016, sia sul soccorso istruttorio: art. 83, comma 9, del d.lgs. cit.).

Nel caso di specie, tuttavia, si tratta dell'affidamento di un contratto attivo, che l'art. 4 del d.lgs. cit. sottrae all'ambito di applicazione oggettiva del codice dei contratti pubblici, imponendo unicamente il «rispetto dei principi di economicità, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica» (si veda, sul punto, Consiglio di Stato, Sez. II, parere definitivo n. 1241/2018), salva l'applicazione di specifiche disposizioni se richiamate dalla *lex specialis* della procedura (come avvenuto nel caso di specie per il richiamo all'art. 83, comma 9).

6.5. Il richiamo alla giurisprudenza in materia di affidamento di contratti pubblici (passivi) è comunque utile per trarre un principio estendibile anche al caso di affidamenti di contratti attivi, ossia la necessità di accertare quale sia la funzione assegnata alla previsione dell'adempimento del sopralluogo, ove richiesto a pena di esclusione, che può essere considerata ragionevole e quindi legittima quando vi siano ragioni oggettive che possano far presumere l'assoluta inidoneità di un'offerta formulata in assenza della preventiva visione dei luoghi di esecuzione dell'appalto. In altri termini, la previsione del sopralluogo a pena di esclusione dalla procedura non è contraria ai principi di cui all'art. 4 cit. se l'adempimento assume un ruolo sostanziale, in quanto finalizzato a consentire ai concorrenti di formulare un'offerta consapevole e basata su una completa ed esaustiva conoscenza dello stato dei luoghi.

6.6. Nel caso di specie, in considerazione della già richiamata peculiarità del contratto da aggiudicare (contratto attivo avente per oggetto l'alienazione di un lotto per insediamenti produttivi del Consorzio per l'area di sviluppo industriale), la previsione del necessario sopralluogo a pena di esclusione non è illogica né sproporzionata, avendo la funzione di accertare che l'aggiudicatario abbia avuto piena conoscenza della situazione dei luoghi prima di presentare un'offerta consapevole e dare il suo assenso all'acquisto del lotto.

In tale prospettiva il sopralluogo è strettamente connesso alla formulazione dell'offerta e ne costituisce un elemento essenziale; con la conseguenza che il soccorso istruttorio deve ritenersi inammissibile anche alla luce di quanto previsto dall'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016, sia perché la norma (applicabile in quanto espressamente richiamata dalla *lex specialis*, come detto) esclude l'integrabilità di elementi riferibili all'offerta, sia perché il requisito richiesto è un adempimento preliminare alla stessa presentazione tempestiva dell'offerta, rispetto al quale occorre quindi assicurare la parità di trattamento di tutti gli altri partecipanti, e non può quindi essere oggetto di integrazione successiva>>

Nel Codice Appalti 2023 non sussiste un obbligo di verificare d'ufficio la congruità dei costi della manodopera (art. 108 d.lgs. 36/2023)

TAR Toscana, sez. II, 23.4.2024 n. 493

<< Si consideri inoltre che l'art. 108 del nuovo Codice non reca più la necessità generalizzata di procedere alla verifica d'ufficio dei costi della manodopera, come invece riportato all'art. 95, comma 10 del precedente Codice.

Ciò significa che nessun onere di esplicita o formale valutazione della congruità dei costi della manodopera e degli oneri della sicurezza può essere imputato alla stazione appaltante, laddove il concorrente abbia formulato una offerta nel pieno rispetto dei valori indicati nel disciplinare di gara, ai sensi dell'art. 41 del D.Lgs. n. 36/2023 e non emergano elementi che possano mettere in dubbio la congruità dei valori offerti>>

La responsabilità per mancata aggiudicazione dell'appalto ha natura oggettiva

TAR Basilicata, sez. I, 23.4.2024 n. 216

<< 5.3. Sotto il versante dell'elemento soggettivo, sussiste la colpevolezza dell'apparato per la dirimente considerazione per cui, sempre come risulta dalla pregiudiziale decisione del Consiglio di Stato, la stazione appaltante ha ingiustificatamente tardato nell'espletamento della fase di verifica dei requisiti di esecuzione.

D'altronde, a fronte di una conclamata illegittimità (elemento presuntivo di colpa ex artt. 2727 e 2729 cod. civ.), non ricorre alcuna delle circostanze idonee alla riconoscibilità di un errore scusabile, ovvero sia contrasti giurisprudenziali sull'interpretazione di una norma, formulazione incerta di norme da poco entrate in vigore, rilevante complessità del fatto, influenza determinante di comportamenti di altri soggetti o illegittimità derivante da una successiva dichiarazione d'incostituzionalità della norma applicata (cfr. ex multis, Consiglio di Stato, sez. IV, 18/01/2017 n. 190).

Si deve, quindi, ritenere che la condotta amministrativa sub iudice si sia atteggiata in violazione delle regole di imparzialità, correttezza e buona fede alle quali l'esercizio della funzione deve costantemente ispirarsi, in un contesto di circostanze di fatto e in un quadro di riferimento normativo tali da palesare la negligenza e l'imperizia dell'Amministrazione nell'assunzione del provvedimento annullato.

Ad ogni modo, la giurisprudenza euro-unitaria ha qualificato come oggettiva la responsabilità della stazione appaltante in relazione al danno ingiusto da mancata aggiudicazione di una commessa pubblica, senza necessità di alcuna ulteriore indagine in punto di colpevolezza (cfr. Corte di Giustizia III, 30 settembre 2010, C314/09).>>

La mancata presentazione del piano di riassorbimento in attuazione della clausola sociale non costituisce causa di esclusione ed è sanabile mediante soccorso istruttorio

TAR Campania, sez. V, 24.4.2024 n. 2793

<< 2.1.- Priva di pregio è la prima argomentazione censoria, con cui la ricorrente ha lamentato che la mancata allegazione del progetto di assorbimento del personale nella busta dell'offerta tecnica non avrebbe potuto essere sanata attraverso l'attivazione del soccorso istruttorio, in quanto tale istituto non consentirebbe di sanare i vizi relativi all'offerta, potendo essere utilizzato esclusivamente per integrare documenti già prodotti e non per presentare nuovi documenti.

Sotto il primo profilo, ovvero sia l'eccepta inapplicabilità del soccorso istruttorio per sanare i vizi concernenti l'offerta, va rimarcato che in base all'art. 24 del disciplinare il progetto di assorbimento non era oggetto di valutazione ai fini dell'attribuzione di punteggio.

Invero, indipendentemente dalla sua collocazione in offerta tecnica o in documentazione amministrativa, l'art. 50 del previgente D.lgs. 50/2016, "non prevede la valutazione e l'attribuzione di un punteggio ai piani di riassorbimento del personale di cui alla cosiddetta clausola sociale" (TAR Toscana, Sez. II, 31 dicembre 2019, n. 1772).

Tale documento, dunque, non costituiva parte dell'offerta in senso stretto, ma doveva semplicemente essere inserito nella busta relativa all'offerta tecnica anziché nella busta concernente la documentazione amministrativa, in quanto potenzialmente idoneo a disvelare profili dell'offerta.

D'altra parte, le stesse Linee Guida Anac n. 13, recanti "La disciplina delle clausole sociali", prevedono che: "La mancata presentazione del progetto, anche a seguito dell'attivazione del soccorso istruttorio, equivale a mancata accettazione della clausola sociale con le conseguenze di cui al successivo punto.5.1.". Tale indicazione - non vincolante - delle Linee guida Anac era stata espressamente riprodotta e resa prescrittiva dall'art. 14 del disciplinare di gara.

In definitiva, sono le Linee guida e la stessa legge di gara ad aver previsto, nella fattispecie in esame, il soccorso istruttorio, contemplando l'esclusione nella sola ipotesi di mancato riscontro alla nota di attivazione del soccorso istruttorio.

Nel caso di specie, a seguito dell'attivazione del soccorso istruttorio la controinteressata ha provveduto a presentare il richiamato progetto di riassorbimento, sanando sotto tale profilo la mancata allegazione all'offerta del progetto di riassorbimento.

D'altronde, come osservato dal giudice di appello, se è vero che l'ordinamento di settore riconosce la c.d. clausola sociale, è altrettanto vero che ciò implica unicamente (questo, sì, a pena di esclusione) che il concorrente dichiara in sede di domanda di partecipazione che, in caso di aggiudicazione, osserverà tale clausola, procedendo al riassorbimento del personale impiegato dall'appaltatore uscente. Esorbita invece dalla clausola l'obbligo di presentare in sede di gara, a pena di esclusione, il piano di riassorbimento del personale.

Nella specie, avendo la controinteressata al momento della presentazione della domanda accettato tutte le previsioni del disciplinare di gara, compresa dunque la clausola sociale, correttamente l'azienda sanitaria ha ritenuto che il piano di riassorbimento del personale potesse essere acquisito anche a seguito del c.d. soccorso istruttorio, sicché, sotto questo profilo, l'operato dell'Azienda, nel momento in cui ha chiesto alla controinteressata di fornire il documento in parola in sede di giustificazioni, non può che giudicarsi del tutto legittimo (Consiglio di Stato, sez. III, 24/11/2022, n. 10368)>>

La menzione di una determinata fabbricazione o provenienza di un prodotto è ammessa solo in via eccezionale e il mancato rispetto di tale prescrizione determina l'annullamento parziale degli atti di gara (allegato II.5 d.lgs. 36/2023)

TAR Toscana, sez. IV, 24.4.2024 n. 495

<< Venendo quindi al cuore della vicenda in esame, ritiene il Collegio che la stazione appaltante non potesse pretendere la “fornitura e messa in opera delle masse filtranti (granular ferric hydroxide GEH 102) del costruttore GEH WASSERCHEMIE GMBH & CO in quantità necessarie all'impianto” e che, conseguentemente, gli atti di indizione della gara siano, in parte qua, illegittimi. Ciò alla luce delle seguenti considerazioni:

- nell'ambito del d.lgs. n. 36 del 2023 le specifiche tecniche sono definite e disciplinate dall'allegato II.5 al codice dei contratti pubblici; il punto 6 della parte II dell'allegato richiamato stabilisce che “salvo che siano giustificate dall'oggetto dell'appalto, le specifiche tecniche non possono menzionare una fabbricazione o provenienza determinata o un procedimento particolare caratteristico dei prodotti o dei servizi forniti da un operatore economico specifico, né far riferimento a un marchio, a un brevetto o a un tipo, a un'origine o a una produzione specifica che avrebbero come effetto di favorire o eliminare talune imprese o taluni prodotti. Tale menzione o riferimento sono tuttavia consentiti, in via eccezionale, nel caso in cui una descrizione sufficientemente precisa e intelligibile dell'oggetto dell'appalto non sia possibile applicando il punto 5. In tal caso la menzione o il riferimento sono accompagnati dall'espressione «o equivalente»”;

- la disposizione richiamata detta le regulae iuris del caso in esame, che si concentrano su tre prescrizioni: non si può di norma indicare l'oggetto di gara attraverso la menzione di una determinata fabbricazione o provenienza; una tale menzione è consentita solo in via eccezionale, allorquando nel caso di specie una descrizione sufficientemente precisa e intelligibile dell'oggetto dell'appalto non sia possibile altrimenti; in tal ultimo caso la menzione o il riferimento sono accompagnati dall'espressione «o equivalente»;

- nel caso sottoposto all'esame di questo tribunale amministrativo la stazione appaltante non ha rispettato alcune delle tre riferite prescrizioni: ha indicato l'oggetto di

gara (o meglio una sua parte, cioè la fornitura di masse filtranti) non già in termini di prestazioni o di requisiti funzionali, bensì proprio attraverso la menzione del produttore (masse filtranti del costruttore GEH WASSERCHEMIE GMBH & CO); non risulta che tale opzione sia stata valutata adeguatamente dalla stazione appaltante, né in particolare che sia stata fornita una giustificazione circa il ricorrere nel caso specifico dei presupposti di eccezionalità previsti dalla norma; l'indicazione dell'oggetto dello specifico produttore non è accompagnato dalla dizione "o equivalente";

- la stazione appaltante, quindi, non ha dimostrato la impossibilità di descrivere l'oggetto di gara in termini prestazionali o di requisiti funzionali e quindi il ricorrere del presupposto di eccezionalità che, solo, giustifica il riferimento al produttore del bene stesso; che non fosse impossibile descrivere l'oggetto di gara se non con riferimento al produttore risulta da appalti aventi oggetto simile; d'altra parte nel chiarimento del 25 marzo 2024 la stazione appaltante afferma esplicitamente che l'indicazione del bene di uno specifico produttore corrisponde ad una "scelta tecnica di qualità e di risparmio", quindi non ad una impossibilità di fare altrimenti, ma alla volontà di optare su un prodotto ritenuto più meritevole di altri; ciò doveva però comportare l'ammissibilità comunque in gara anche di prodotti equivalenti, ancorché in ipotesi meno performanti, ferma la dimostrazione, in gara e nel confronto concreto, della maggiore meritevolezza di un prodotto rispetto all'altro; non sussistevano invece i presupposti per imporre in gara, in esito ad una valutazione preventiva della stazione appaltante, fuori della gara, l'utilizzo dello specifico bene di un solo determinato produttore>>

Non è ammesso il soccorso istruttorio per l'integrazione novativa del contenuto del contratto di avalimento, ossia per consentire un ampliamento dell'oggetto del contratto volto ad includere requisiti non inizialmente previsti nel testo dell'accordo

[Cons. Stato, sez. V, 26.4.2024 n. 3773](#)

<<Il contratto di avalimento in data 10 gennaio 2022, intercorrente tra Gemibeach s.r.l. e Emmedueanimazione s.r.l.s., alla fine del punto 1, prevede che «si chiarisce inoltre che la società ausiliaria [...] si impegna a mettere a disposizione della società Gemibeach s.r.l. per tutta la durata del servizio il requisito di natura economica e cioè la disponibilità del proprio fatturato».

Si tratta di una clausola non contemplata dal precedente contratto di avalimento inter partes, risalente, come detto, al 14 dicembre 2021. Al di là della formulazione in termini di “chiarimento”, la clausola in questione costituisce una nuova pattuizione, e dunque una novazione contrattuale. Peraltro il nuovo contratto risulta formalmente disgiunto dal precedente, al quale non è neppure fatto riferimento.

Il punto dirimente, ai fini del decidere, è peraltro costituito dal fatto che non è consentito il ricorso al soccorso istruttorio per una integrazione novativa del contenuto contrattuale (cioè per un ampliamento dell'oggetto del contratto, onde consentire l'avalimento dei requisiti di natura economica, non contemplati dall'iniziale contratto). Del resto, non appare possibile una diversa soluzione ove si consideri che la giurisprudenza ha ritenuto non ammissibile il soccorso istruttorio per sanare il vizio di nullità del contratto di avalimento connesso all'omessa indicazione dei mezzi e delle risorse messe a disposizione dell'impresa ausiliaria a favore di quella ausiliata (Cons. Stato, V, 10 gennaio 2024, n. 322); situazione, questa, in cui rileva la genericità del contratto che può tradursi in indeterminatezza dell'oggetto, vizio minore rispetto all'integrazione del contenuto contrattuale, la quale incide anche sulla causa dell'avalimento.

Ciò in coerenza con la *lex specialis*, che perimetra comunque il soccorso istruttorio alla dimostrazione che il contratto di avalimento sia stato stipulato anteriormente alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte.

Occorre considerare che la giurisprudenza non consente di colmare con il soccorso istruttorio neppure la totale mancanza della dichiarazione di impegno da parte dell'ausiliaria in seno all'avvalimento (Cons. Stato, III, 13 dicembre 2021, n. 8316).>>

Nel caso di contrasto tra cronoprogramma e offerta temporale va privilegiato il contenuto di quest'ultima

TAR Campania, sez. I, 26.4.2024 n. 2805

<<Questa Sezione ha già avuto modo di rilevare che, ove sia riscontrabile un contrasto tra l'indicazione del cronoprogramma e l'offerta temporale, va privilegiato il dato del ribasso sul tempo di esecuzione dei lavori (ovverossia, il numero dei giorni previsti), poiché da esso si ricava la manifestazione di volontà del concorrente.

Con sentenza dell'8/3/2022 n. 1554 si è quindi ritenuto che: “È noto infatti che ciò che fa fede ai fini della vincolatività dell'offerta, inclusa quella tempo, è il ribasso indicato in cifre nell'offerta, dovendo riconoscersi, come rilevato dalla giurisprudenza, che tale regola sia espressione di un principio di carattere generale (cfr. Ad. Plen. Cons. Stato, n.10/2015), sicché eventuali difformità ovvero incongruenze tra il cronoprogramma e l'offerta tempo possono, se necessario, trovare risposta nelle forme della regolarizzazione mediante richieste di chiarimenti” (cfr., altresì, Cons. Stato - sez. V, 16/8/2022 n. 7141, p. 10.2: “La dedotta incoerenza con il cronoprogramma non coglie nel segno, dovendosi dare prevalenza all'impegno assunto dall'offerente con la formalizzazione di cui alla dichiarazione presentata dall'impresa”).

Vi si precisa che la funzione del cronoprogramma “non è quella di indicare il termine finale delle attività, quanto piuttosto quella di descrivere le varie fasi dell'intervento secondo la loro durata. Il fatto dunque che il tempo indicato nell'offerta – tempo non coincida esattamente con quello indicato nel cronoprogramma (nel senso ora indicato) non può costituire di per sé motivo di indeterminatezza dell'offerta (e di sua automatica esclusione), dovendo ammettersi che, anche in questo caso, possa trovare ingresso il c.d. soccorso istruttorio, volto a chiedere chiarimenti e puntualizzazioni [...]...” (così Cons. Stato, sez. V, n. 4101/2017)” (sentenza della Sezione citata).

Nel caso di specie, la stazione appaltante non ha ritenuto necessario richiedere una puntualizzazione, valutando evidentemente inequivoca la volontà del concorrente (il quale riconosce di essere incorso in un errore materiale nell'elaborare il cronoprogramma)>>

Le società di capitali non possono imputare i requisiti posseduti in proprio dai soci a sé stesse, fatta salva l'ipotesi delle società di ingegneria limitatamente all'affidamento di tali servizi

TAR Campania, sez. V, 26.4.2024 n. 2806

<<Se dunque la concorrente, odierna ricorrente, può utilizzare il socio al 50%, quale professionista "indicato", per garantire il possesso dei requisiti di Esperto di Radioprotezione, Specialista in Fisica Medica, Esperto Responsabile (ER) della sicurezza in risonanza magnetica e Addetto alla sicurezza laser (punto 6.3, lett. A) del Disciplinare), non può farlo, in carenza di avalimento (di cui la ricorrente ha dichiarato di non volersi servire), per i diversi requisiti di capacità economico-finanziaria (di cui al punto 6.2. del Disciplinare) e di capacità tecnico-professionale relativi allo svolgimento di almeno due servizi analoghi presso strutture pubbliche (di cui al punto 6.3, lett. B) de Disciplinare), e ciò perché, come correttamente evidenziato da parte resistente, i requisiti di partecipazione devono essere posseduti dai soggetti giuridici partecipanti alla procedura di gara, intendendosi per tali gli "operatori economici" elencati all'art. 65 del D.lgs. n. 36/2023 e non potendosi estendere tale definizione fino a comprendere i soci componenti gli stessi, soggetti giuridici distinti dalle società di capitali di cui, appunto, sono soci.

La possibilità di utilizzare, per la partecipazione alle gare pubbliche, i requisiti posseduti dai soci, invero, è stata prevista espressamente all'art. 66, comma 2, D.Lgs. n. 36/2023 solo per le gare relative ai servizi di ingegneria ed architettura, per un periodo di cinque anni dalla costituzione delle società, qualora costituite nella forma di società di persone o di società cooperativa; per le stesse gare, possono essere utilizzati, sempre entro i cinque anni dalla loro costituzione, i requisiti posseduti dai direttori tecnici o dai professionisti dipendenti della società con rapporto a tempo determinato qualora costituite nella forma di società di capitali.

Senonché, a parte che, come espressamente evidenziato dal RUP nella gara de qua, non si verte in gara per l'affidamento di servizi di ingegneria ed architettura, neppure si rinvergono gli ulteriori presupposti applicativi della disposizione de qua, essendo la ricorrente società di capitali (e non potendo dunque utilizzare i requisiti posseduti dal

socio, come da art. 66, comma 2, D.lgs. n. 36, 2023, prima parte) e non essendo il socio direttore tecnico o professionista dipendente della società con rapporto a tempo determinato, come da art. 66, comma 2, D.Lgs. n. 36/2023, seconda parte.

La disposizione in esame è coerente con la pertinente giurisprudenza formatasi nella vigenza del d.lgs. 50/2016, che già aveva affermato che “la verifica dei requisiti tecnici di partecipazione ad una gara non può che riguardare i soggetti giuridici che prendono parte alla gara stessa, non certo terzi rimasti ad essa estranei (non avendo presentato offerte). Nel caso – statisticamente predominante – in cui l’operatore economico “proponente” abbia la veste giuridica di una società di capitali è dunque al detto operatore che si deve far riferimento per le verifiche di legge, non anche ai suoi soci (laddove in ipotesi a loro volta rivestano il ruolo di operatori del settore) allorché rimasti formalmente estranei alla procedura concorrenziale” (cfr. Cons. di Stato, n. 5840/2021).

Del resto, una società a responsabilità limitata, come la ricorrente, è “persona giuridica autonoma rispetto ai propri soci e dotata di autonomia patrimoniale perfetta” e come tale “non può computare a tal fine il fatturato dagli stessi prodotto per cumularlo e raggiungere la soglia” richiesta (cfr. TAR Lazio – Roma, I, n. 9615/2020). La ragione sta nel fatto che solo “la costituzione di una delle forme associate previste consente di vincolare tutti i soggetti partecipanti nei confronti dell’Amministrazione al fine della corretta esecuzione del contratto, mediante l’assunzione della relativa responsabilità. Di contro una società a responsabilità limitata, quale è la ricorrente, sulla base dei comuni principi di matrice civilistica, costituisce una entità giuridica autonoma, che assume in proprio le responsabilità derivanti dalla stipula del contratto, escludendo che le singole imprese (o i soci individuali) che la compongono siano impegnati a tal fine in proprio; per tale ragione non può ritenersi che i requisiti tecnico-organizzativi ed economico-finanziari dei singoli soci possano essere cumulati affinché la società a responsabilità limitata possa beneficiarne al fine di partecipare alla gara”. (cfr. TAR Lazio, cit.)>>