

# LE SENTENZE DEL GIORNO IN MATERIA DI APPALTI PUBBLICI

**19 MARZO 2024**

*Il presente documento contiene le principali sentenze pubblicate dalla giustizia amministrativa in materia di appalti pubblici.*

*Le sentenze sono brevemente massimate e ne è riportato il passaggio principale ritenuto di interesse. Il testo integrale può essere consultato mediante il link ipertestuale presente nell'indicazione di ogni pronuncia (es: [TAR abruzzo, Pescara, sez. I, 19.3.2024 n. 78](#) – cliccando sul testo evidenziato si apre la pagina della giustizia amministrativa con il testo della pronuncia).*

*L'autore del documento si rende disponibile a fornire eventuali chiarimenti in merito al suo contenuto anche per eventuali esigenze di confronto sulle tematiche trattate.*

*E' possibile contattare l'autore mediante LinkedIn  
(<https://it.linkedin.com/in/vincenzo-laudani-01b521166>) o mail ([vincenzolaudani@hotmail.it](mailto:vincenzolaudani@hotmail.it) / [vlaudani2@gmail.com](mailto:vlaudani2@gmail.com)).*

L' IDENTITA' DELLE OFFERTE TECNICHE PRESENTATE DAI CONCORRENTI CONSENTE DI DISPORRE LA LORO ESCLUSIONE PER ESISTENZA DI UN UNICO CENRO DECISIONALE..... 5

TAR Abruzzo, Pescara, sez. I, 19.3.2024 n. 78..... 5

L' OFFERTA TEMPO NON COSTITUISCE PER SUA NATURA UN ELEMENTO DELL' OFFERTA ECONOMICA E IL SUO INSERIMENTO IN OFFERTA TECNICA NON DETERMINA SEMPRE L' ESCLUSIONE DEL CONCORRENTE ..... 12

TAR Marche, sez. I, 19.3.2024 n. 282 ..... 12

TEORIA DEL CONTAGIO: GLI ILLECITI PENALI COMMESSI DALL' AMMINISTRATORE NELLO SVOLGIMENTO DELLA PROPRIA ATTIVITA' IN FAVORE DI IMPRESE DIVERSE DAL CONCORRENTE NON NE IMPEDISCE LA VALUTAZIONE QUALE ILLECITO PROFESSIONALE ..... 16

TAR Campania, Salerno, sez. I, 19.3.2024 n. 672 .... 16

L' ASSOLUZIONE SOPRAVVENUTA DEGLI AMMINISTRATORI NON INFICIA LA

VALUTAZIONE DELLA STAZIONE  
APPALTANTE FONDANTE L' ESCLUSIONE  
EFFETTUATA PRIMA DI TALE ATTO IN  
APPLICAZIONE DEL PRINCIPIO TEMPUS REGIT  
ACTUM..... 19

TAR Campania, Salerno, sez. I, 19.3.2024 n. 672 .... 19

# L'IDENTITA' DELLE OFFERTE TECNICHE PRESENTATE DAI CONCORRENTI CONSENTE DI DISPORRE LA LORO ESCLUSIONE PER ESISTENZA DI UN UNICO CENRO DECISIONALE

TAR Abruzzo, Pescara, sez. I, 19.3.2024 n. 78

<< Ai sensi dell'art. 80 al comma 5 lett. m) del D.Lgs. n. 50/2016 (applicabile *ratione temporis* alla procedura per cui è causa in quanto indetta prima del 1° luglio 2023 data di acquisto dell'efficacia del nuovo codice di cui al D.Lgs. n. 36/2023) “5. *Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, qualora: (...)* m) *l'operatore economico si trovi rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale*”.

La disposizione normativa sopra richiamata contempla due distinte ipotesi alternative da cui è possibile inferire la riconducibilità delle offerte ad un “*unico centro decisionale*”, alla ricorrenza delle quali la stazione appaltante deve provvedere alla esclusione del concorrente, come desumibile, sul piano della tecnica legislativa, dall’uso dell’indicativo deontico <*escludono*> che sottende l’imperatività della norma:

1. sussistenza di una situazione di controllo “formale” di cui all'articolo 2359 del codice civile;
2. sussistenza di una relazione sostanziale.

La *ratio* della norma è quella, infatti, di evitare il (rischio di un) previo accordo tra gli offerenti (appartenenti al medesimo gruppo o centro di interessi economici), che comprometterebbe la serietà del confronto concorrenziale <*ciò, in quanto la riconducibilità di due o più offerte a un unico centro decisionale costituisce ex se elemento idoneo a violare i generali principi in tema di par condicio, segretezza e trasparenza delle offerte[...]*> (Consiglio di Stato, Sez. V -

sentenza 22 dicembre 2023 n. 11155; Consiglio di Stato, Sez. V – sentenza 6 febbraio 2017, n. 496).

Il bene giuridico tutelato dalla disposizione in esame è la concorrenza e lo sviluppo del mercato interno, che impongono, da un lato, la più ampia partecipazione possibile alle gare e, dall'altro lato, l'effettiva competizione fra i partecipanti (T.A.R. Lazio Roma, Sez. stralcio, 24/08/2023, n. 13435).

Per consolidata giurisprudenza, dalla quale il Collegio non ha ragione di discostarsi, la sussistenza di una posizione di controllo societario ai sensi dell'articolo 2359 c.c., ovvero la sussistenza di una più generica «*relazione, anche di fatto*» (secondo una formulazione comprensibilmente ampia) fra due concorrenti costituiscono condizione necessaria, ma non anche sufficiente, perché si possa inferire il reciproco condizionamento fra le offerte formulate. A tal fine è altresì necessario che venga fornita adeguata prova circa il fatto «*[che] la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili a un unico centro decisionale*» (Cons. Stato, V sezione, 4 gennaio 2018, n. 58).

La più recente giurisprudenza ha chiarito che *“L’esistenza di un “unico centro decisionale” può essere effettuata ab externo e cioè sulla base di elementi strutturali o funzionali ricavati dagli assetti societari e personali delle società, ovvero, ove per tale via non si pervenga a conclusione positiva, mediante un attento esame del contenuto delle offerte dal quale si possa evincere l’esistenza dell’unicità soggettiva sostanziale. Si rivela, dunque, dirimente in siffatte evenienze una puntuale verifica sulle concrete implicazioni che un tale rapporto possa avere avuto sul comportamento degli operatori nell’ambito della specifica procedura di gara e, segnatamente, quanto al confezionamento delle offerte.”* (ibidem, Consiglio di Stato, Sez. V - sentenza 22 dicembre 2023 n. 11155).

3.1. Applicate le surrichiamate coordinate ermeneutiche alla fattispecie per cui è causa, rileva il Collegio che l’esclusione della ricorrente dalla procedura di gara risulta esente dai vizi denunciati.

Infatti la stazione appaltante, ad un attento esame del contenuto delle offerte della società Cogema e MARR, ha

desunto l'esistenza di una obiettiva e certa "relazione di fatto" tra i due operatori economici.

Detta relazione emerge chiaramente dalla "dichiarazione di messa a disposizione di impianto mobile" di cui alla nota prot. n. 2573 del 10/07/2023 con la quale la società COGEMA ha autorizzato la società MAR s.r.l. all'utilizzo in loco "di un impianto mobile autorizzato di proprietà della COGEMA S.R.L., modello ECO-FRANTUMATORE BF 90.3 – Marca Meccanica Branzese, Matricola n. 1040, per il recupero di rifiuti speciali non pericolosi, ai sensi dell'art. 208 D.Lgs. 152/06 e DGR 450/16 previa presentazione almeno 20 gg. prima della campagna di attività, per il trattamento e recupero dei rifiuti da demolizione in sito e trasformazione dello stesso in aggregato recuperato, ai sensi del nuovo decreto del MITE n.152/2022 in vigore dal 04/11/2022 End of Waste dei rifiuti inerti da costruzione e demolizione".

L'utilizzo del macchinario in questione è richiamato nelle relazioni tecniche di entrambi gli operatori economici partecipanti alla gara.

Una volta accertata la relazione di fatto l'Amministrazione ha riscontrato indici presuntivi idonei a configurare la sussistenza dell'unicità soggettiva sostanziale.

Dall'esame delle relazioni tecniche di Mar Appalti e Cogema emerge *ictu oculi* che le stesse (fatta eccezione per il criterio K7 e solo marginalmente per il K8) sono simili, addirittura a tratti identiche, sia nei contenuti sostanziali, sia nella forma.

Né tantomeno può ritenersi, come vorrebbe la ricorrente, che la sostanziale sovrapposibilità delle relazioni tecniche sia frutto di una mera coincidenza o della scelta della ricorrente di affidare la redazione dell'offerta tecnica ad un consulente esterno – libero professionista, che avrebbe utilizzato un modello di relazione tecnica

standardizzato, in quanto tale circostanza non risulta supportata dal benché minimo elemento probatorio.

Peraltro, appare inconferente al caso di specie il richiamo al precedente giurisprudenziale citato dalla ricorrente (T.A.R. Campania Napoli sentenza 16/06/2023 n. 3672) in quanto in quel caso è stata riscontrata la sovrapposibilità di alcuni aspetti meramente formali di solo tre pagine su ventotto della relazione tecnica ed è stata accertato, nel corso del giudizio, attraverso la dichiarazione del tecnico incaricato, l'utilizzo ad opera di quest'ultimo di precedenti relazioni relative ad altre gare elaborate in favore di imprese diverse.

In buona sostanza la riscontrata ed obiettiva identità delle due relazioni tecniche ben giustifica la ritenuta comunanza di interessi tra i partecipanti alla gara tale da giustificare la potenziale alterazione del regime concorrenziale della selezione>>

L'OFFERTA TEMPO NON COSTITUISCE  
PER SUA NATURA UN ELEMENTO  
DELL'OFFERTA ECONOMICA E IL SUO  
INSERIMENTO IN OFFERTA TECNICA  
NON DETERMINA SEMPRE  
L'ESCLUSIONE DEL CONCORRENTE

TAR Marche, sez. I, 19.3.2024 n. 282

<< non è possibile, per quanto detto in precedenza, ritenere che la c.d. offerta tempo (ossia la riduzione del termine massimo di esecuzione dell'appalto previsto dalla *lex specialis*) costituisca sempre e comunque un elemento dell'offerta economica idoneo a disvelare in anticipo il contenuto di quest'ultima. Ciò, a tacere d'altro, è comprovato dalla disposizione di cui all'art. 97, comma 4, del D.Lgs. n. 50/2016 (attualmente art. 110, comma 3, del D.Lgs. n. 36/2023), in base alla quale il concorrente è abilitato a comprovare l'attendibilità della propria offerta in ragione, fra le altre cose, della “...*economia ...del metodo di costruzione...*”, o delle “...*soluzioni tecniche prescelte o le*

*condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'offerente ... per eseguire i lavori...*”. Pertanto, come già detto, nulla esclude che un concorrente riesca ad eseguire un appalto di lavori in tempi più contenuti rispetto ai concorrenti, offrendo nello stesso tempo un ribasso competitivo e, comunque, dalla sola “offerta tempo” non è possibile automaticamente desumere l’entità del ribasso sul prezzo a base di gara. In questo senso, dunque, non si può condividere nella sua assolutezza l’affermazione secondo cui “...è precluso ai concorrenti l’inserimento di elementi economico-quantitativi all’interno della documentazione che compone l’offerta tecnica (qualitativa)...” (così il Cons. Stato nella sentenza n. 612/2019, relativa però ad una vicenda in cui la *lex specialis* stabiliva espressamente che la c.d. offerta tempo dovesse essere inserita in una busta a parte. Anche la vicenda decisa dal Consiglio di Stato con la sentenza n. 1556/2017 è particolare, perché in quel caso vi era un contrasto fra due disposizioni del disciplinare di gara, di cui una vietava espressamente ai concorrenti di indicare

nell'offerta tecnica la riduzione dei tempi di esecuzione dei lavori);

- la vicenda decisa dal Consiglio di Stato con la sentenza n. 167/2020 era peculiare, perché in quel caso la *lex specialis* imponeva espressamente ai concorrenti di anticipare nell'offerta tecnica una parte del contenuto dell'offerta economica (precisamente il costo di gestione del servizio per il primo trimestre successivo alla consegna), ma il problema risiedeva nel fatto che uno dei concorrenti aveva svelato integralmente la propria offerta economica, con ciò violando patentemente il divieto di commistione. Peraltro nella sentenza il Consiglio di Stato ricorda che il divieto di commistione “...non può essere interpretato in maniera indiscriminata, al punto da eliminare ogni possibilità di obiettiva interferenza tra l'aspetto tecnico e quello economico dell'appalto posto a gara (Cons. St., sez. V, 12 novembre 2015, n. 5181), attesa l'insussistenza di una norma di legge che vieti l'inserimento di elementi economici nell'offerta tecnica (Cons. St., sez. V, 27 novembre 2014, n. 5890), a meno che uno

*specifico divieto non sia espressamente ed inequivocabilmente contenuto nella legge di gara (Cons. St., sez. V, 14 dicembre 2018, n. 7057)...”* (e nel caso di specie, va ribadito, il disciplinare chiedeva invece di inserire nell’offerta tecnica la c.d. offerta tempo)>>

TEORIA DEL CONTAGIO: GLI ILLECITI  
PENALI COMMESSI  
DALL'AMMINISTRATORE NELLO  
SVOLGIMENTO DELLA PROPRIA  
ATTIVITA' IN FAVORE DI IMPRESE  
DIVERSE DAL CONCORRENTE NON NE  
IMPEDISCE LA VALUTAZIONE QUALE  
ILLECITO PROFESSIONALE

TAR Campania, Salerno, sez. I, 19.3.2024 n. 672

<< 10.3. Tanto premesso, diversamente da quanto argomentato dalla ricorrente, la circostanza che le citate condotte penalmente rilevanti siano state poste in essere nell'esercizio di funzioni imprenditoriali afferenti ad altre società non conduce ad eliderne la rilevanza ai fini del giudizio di affidabilità dell'operatore economico.

Laddove infatti la persona fisica che nella compagine sociale riveste un ruolo influente per le scelte della società sia giudicata inaffidabile per aver commesso un illecito nella pregressa attività professionale, inaffidabile può essere considerata - in virtù appunto del suo potere

necessariamente condizionante le decisioni di gestione - anche la società che dirige o è in grado di orientare con le sue indicazioni; ciò in quanto *“non è corretta la pretesa ... di distinguere concettualmente l'impresa (in quanto tale, un'entità puramente giuridica) dai soggetti - di cui all'art. 80 comma 3 - per il tramite dei quali, in ragione delle loro funzioni di amministrazione e controllo, la medesima impresa concretamente opera sul mercato”* (Consiglio di Stato, sez. V, 22 aprile 2022, n. 3107).

La giurisprudenza ha infatti a più riprese ribadito (da ultimo, Consiglio di Stato sez. V, 21 febbraio 2023, n. 1786) che *“allorché una persona fisica, titolare di carica rilevante, sia coinvolta in procedimenti penali ma per condotte tenute nella qualità di organo di un operatore economico diverso da quello che partecipa alla gara o addirittura per conto proprio, la giurisprudenza risulta propensa ad adottare, a tale specifico riguardo, la teoria c.d. del "contagio". In pratica la presenza stessa, in determinate cariche, di una persona fisica non dotata in sé della necessaria affidabilità/integrità, trasmetterebbe tale caratteristica*

*all'operatore economico "per contagio", ossia de facto e dunque prescindendo dalla tematica dell'imputazione degli atti".*

È dato in questo modo seguito a quanto affermato dall'Adunanza Plenaria 6 novembre 2013, n. 24, secondo cui la finalità della normativa sui requisiti di idoneità morale è quella di *"assicurare che non partecipino alle gare, né stipulino contratti con le amministrazioni pubbliche, società ... per le quali non siano attestati i previsti requisiti di idoneità morale in capo ai soci aventi un potere necessariamente condizionante le decisioni di gestione della società"*>>

L'ASSOLUZIONE SOPRAVVENUTA  
DEGLI AMMINISTRATORI NON INFICIA  
LA VALUTAZIONE DELLA STAZIONE  
APPALTANTE FONDANTE  
L'ESCLUSIONE EFFETTUATA PRIMA DI  
TALE ATTO IN APPLICAZIONE DEL  
PRINCIPIO TEMPUS REGIT ACTUM

TAR Campania, Salerno, sez. I, 19.3.2024 n. 672

<< 10.4. Non determina, inoltre, l'irrilevanza delle vicende la circostanza che gli accertamenti in sede penale siano in fase embrionale (non essendo sfociati in alcuna condanna né nell'adozione di misure cautelari o provvedimenti interdittivi), ed anzi, per quanto attiene al sig. S.D.V., si siano conclusi con l'assoluzione piena dagli addebiti contestati.

Come già rilevato dalla Sezione in fattispecie analoghe, infatti, *“secondo l'art. 80, comma 5, lett. c, del d.lgs n. 50/2016, la Stazione appaltante può procedere all'esclusione del concorrente*

*qualora riesca a dimostrare, mediante "mezzi adeguati", che allo stesso sia imputabile un grave illecito professionale; la disposizione riserva all'Amministrazione un ampio potere discrezionale anche nell'individuazione degli strumenti probatori della specifica causa di esclusione. La Stazione appaltante può di conseguenza fondare le proprie valutazioni su qualunque atto da cui emergano, con ragionevole attendibilità, elementi apprezzabili ai fini della verifica della sussistenza di un grave illecito professionale. Tali possono essere anche gli atti da cui emergano le risultanze di un'indagine penale e da cui siano ricavabili specifici, circostanziati e gravi indizi, senza necessità di attendere un provvedimento di rinvio a giudizio o un provvedimento, anche non definitivo, di condanna. Gli atti di indagine infatti rilevano in quanto veicolo di informazioni rilevanti e utili per la Stazione appaltante ai fini dell'autonoma verifica della sussistenza della causa di esclusione" (TAR Campania Salerno, sez. I, 10 giugno 2022 n. 1626, confermata da Cons. St., Sez. V, 15.3.2023 n. 2726).*

Occorre infatti sottolineare come l'illecito professionale (ancorché, per ipotesi, emerso nell'ambito di un processo

penale) costituisce fattispecie del tutto distinta, la quale non presuppone la configurabilità di un reato, né l'accertamento definitivo di una condotta (essendo sufficiente la dimostrazione "con mezzi adeguati" in sede evidenziale), né un grado di certezza nella valutazione (essendo necessario, ma anche sufficiente che la stazione appaltante "dubiti" dell'affidabilità dell'impresa): *“l'illecito professionale, quindi, configura strumento di anticipazione della tutela della posizione contrattuale della committente pubblica rispetto ai possibili rischi di inaffidabilità dell'operatore, ed opera, quindi, a prescindere da un eventuale accertamento definitivo in sede penale (che può anche non sussistere)”* (Consiglio di Stato sez. V, 5 luglio 2023, n. 6584).

Non conduce inoltre all'accoglimento della censura l'assoluzione del sig. S.D.V. (disposta con sentenza del Tribunale di Avellino n. 1661 del 23.6.2023), non solo in applicazione del noto principio *tempus regit actum*, in omaggio al quale la legittimità del provvedimento amministrativo va valutata con riguardo allo stato di fatto

e di diritto esistente al momento della sua emanazione, ma anche in quanto la stessa lascia inalterata la posizione dell'altro consigliere, attinto da procedimenti penali per vicende incluse dalla stazione appaltante fra *“i profili che maggiormente incrinano il giudizio di affidabilità morale”*>>