



REGIONE PUGLIA
Sezione Raccordo al sistema regionale



Osservatorio Regionale
CONTRATTI PUBBLICI

NEWSLETTER N. 1/2020

A cura dell'Avv. Valeria CITARELLA
Responsabile P.O. Affari Legali

Bari, 20 marzo 2020

La presente newsletter, nell'ambito delle funzioni della Sezione Raccordo al sistema regionale (già Sezione Gestione integrata acquisti), si inserisce in un percorso finalizzato alla formazione e all'aggiornamento dei R.U.P. operanti nell'ambito degli acquisti pubblici.

PROCEDURE EX ART. 36, CO. 2, LETT. B), D.LGS. N. 50/2016 – INVERSIONE PROCEDIMENTALE – INCOSTITUZIONALITA' (artt. 36 e 133, co. 8, D.Lgs. n. 50/2016).

Corte costituzionale 6/3/2020 n. 39

È incostituzionale la norma regionale che estende agli acquisti di importo inferiore alla soglia comunitaria effettuati con procedura negoziata ai sensi dell'art. 36, co. 2, lett. b), D.Lgs. n. 50/2016. la disciplina dell'inversione procedimentale dettata per i settori speciali dall'art. 133, co. 8 ed estesa per le sole procedure aperte anche ai settori ordinari.

La Corte Costituzionale, con sentenza n. 39 del 6/3/2020 ha dichiarato fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 della legge reg. Toscana n. 46 del 2018 e dell'art. 2 della legge reg. Toscana n. 3 del 2019, che hanno, rispettivamente, introdotto e modificato l'art. 35-ter della legge reg. Toscana n. 38 del 2007, disciplinante l'inversione procedimentale nelle procedure negoziate sotto soglia regolate dal criterio di aggiudicazione del minor prezzo, sotto il profilo della violazione dell'art. 117, secondo comma, lett. e), Cost.

La disposizione impugnata prevede che nelle procedure negoziate sotto soglia, quando il criterio di aggiudicazione è quello del minor prezzo, le stazioni appaltanti possono decidere di esaminare le offerte economiche prima di verificare la documentazione amministrativa attestante l'assenza dei motivi di esclusione ed il rispetto dei criteri di selezione ai sensi del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici), e che nell'avviso di manifestazione di interesse sono indicate l'intenzione di avvalersi di tale facoltà e le modalità di verifica, anche a campione, dell'assenza dei motivi di esclusione e del rispetto dei criteri di selezione.

Per la Corte Costituzionale, sussiste nel caso di specie *“la lamentata difformità dalla disciplina statale, sia nella versione originaria del nuovo codice dei contratti pubblici che in quella nel tempo parzialmente modificata con gli interventi recati dal decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32 (Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici), convertito, con modificazioni, nella legge 14 giugno 2019, n. 55”*.

”L'art. 133, comma 8, del codice dei contratti pubblici, infatti, prevede la facoltà di inversione nell'esame della documentazione amministrativa e di quella relativa all'offerta solo nei settori speciali e per le procedure aperte (e a prescindere dal criterio di aggiudicazione prescelto).

L'art. 1, lettera f), numero 4, del d.l. n. 32 del 2019, intervenendo sull'art. 36, comma 5, del codice dei contratti pubblici, aveva introdotto analoga facoltà per tutte le procedure sotto soglia (negoziato e non), ma in sede di conversione il legislatore - recependo le preoccupazioni espresse dall'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) nel documento di analisi del citato decreto-legge - ha mutato rotta, eliminandola per le gare sotto soglia e contestualmente introducendola nei settori ordinari, e limitatamente alle procedure aperte (quale che sia il criterio di

aggiudicazione), a tempo e in via sperimentale (mediante l'estensione a tali settori, sino al 31 dicembre 2020, dell'art. 133, comma 8, del codice dei contratti pubblici: così l'art. 1, comma 3, del d.l. n. 32 del 2019, nel testo risultante dalla legge di conversione)".

Per la Corte Costituzionale, pertanto, non è corretta, dunque, la tesi della Regione Toscana, secondo cui il codice dei contratti pubblici, prevedendo espressamente l'inversione dell'esame per le procedure aperte, non per questo la escluderebbe per quelle negoziate. ***“Il dato testuale, infatti, è chiaro nel riferire l'inversione esclusivamente alle prime e la stessa ricordata evoluzione normativa dimostra inequivocabilmente l'intenzione del legislatore statale di escluderla per le seconde”.***

La pronuncia del Giudice delle leggi, pertanto, consente di confermare un primo orientamento espresso al par. 3 delle *Indicazioni operative per lo svolgimento delle procedure di affidamento diretto dei servizi e delle forniture ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. a) e lett. b), D.Lgs. n. 50/2016 (Codice dei contratti pubblici)* del 3/12/2020 già diffuse dall'Osservatorio regionale dei contratti pubblici.

Per gli acquisti di importo inferiore alle soglie comunitarie effettuati nelle modalità semplificate di cui all'art. 36, co. 2, lett. b), D.Lgs. n. 50/2016, non è ammesso ricorrere all'inversione procedimentale di cui all'art. 133, co. 8, con la conseguenza che le buste contenenti la documentazione amministrativa devono necessariamente essere esaminate prima di quelle contenenti le offerte.

MANCATA INDICAZIONE DEI COSTI DELLA MANODOPERA E DEGLI ONERI DI SICUREZZA AZIENDALI – ESCLUSIONE – LEGITTIMITA' (art. 95, co. 10, D.Lgs. n. 50/2016)

Consiglio di Stato, sez. III, 5/3/2020 n. 1631

Il Consiglio di Stato conferma l'orientamento prevalente in giurisprudenza a seguito della sentenza della Corte europea del 2 maggio 2019 resa nella causa C-309/18 secondo il quale deve ritenersi legittima l'esclusione dell'operatore economico per mancata indicazione in sede di offerta degli oneri di sicurezza aziendali, come dei costi della manodopera, ammettendo la possibilità di ricorrere al soccorso istruttorio solo ove le disposizioni della gara di appalto non consentano agli offerenti di indicare i costi in questione nelle loro offerte economiche.

In caso di mancata indicazione da parte dell'operatore economico dei costi della manodopera o degli oneri di sicurezza aziendale, l'esclusione dalla gara è legittima, dovendosi fare ricorso alla procedura di soccorso istruttorio solo nell'ipotesi in cui la documentazione di gara, eventualmente non modificabile da parte dell'impresa partecipante, non consentisse di indicare i costi.

REQUISITI STRETTAMENTE PERSONALI – AVVALIMENTO – NON CONSENTITO (art. 89, D.Lgs. n. 50/2016).

Consiglio di Stato, sez. V, 09/ 03/ 2020 n. 1667

Il Consiglio di Stato, nel riformare la sentenza appellata, dichiara l'illegittimità dell'operato della Stazione Appaltante che aveva ammesso il ricorso all'avvalimento per integrare il requisito dell'iscrizione a specifici albi. L'iscrizione agli albi professionali rappresenta infatti un requisito soggettivo afferente all'idoneità professionale degli aspiranti concorrenti alle procedure ad evidenza pubblica e presuppone una specifica organizzazione aziendale, necessaria per consentire il corretto espletamento di attività delicate o pericolose e caratterizzate dall'impiego di attrezzature particolari e di competenze specifiche.

L'avvalimento è finalizzato a soddisfare i requisiti strettamente connessi alla prova della capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale, nel senso che l'impresa ausiliata può far fronte alle proprie carenze avvalendosi, per l'espletamento dell'appalto, dei requisiti posseduti dall'impresa ausiliaria; fanno quindi eccezione alla portata generale di tale istituto i requisiti strettamente personali, come quelli di carattere generale (cosiddetti requisiti di idoneità morale), così come quelli soggettivi di carattere personale (cosiddetti requisiti professionali), atteso che tali requisiti non sono attinenti all'impresa e ai mezzi di cui essa dispone e non sono intesi a garantire l'obiettiva qualità dell'adempimento; sono, invece, relativi alla mera e soggettiva idoneità professionale del concorrente, e quindi non dell'impresa ma dell'imprenditore, a partecipare alla gara d'appalto e ad essere, quindi, contraente con la Pubblica amministrazione (cfr. Cons. Stato, sez. V, 28 luglio 2015, n.3698).

Non è ammesso il ricorso all'avvalimento per integrare il possesso dei requisiti di idoneità morale di cui all'art. 80, D.Lgs. n. 50/2016, e quelli di idoneità professionale di cui all'art. 83, co. 1, lett. a) e co. 2 e 3, D.Lgs. n. 50/2016.

SOTTO-SOGLIA – PRINCIPIO DI ROTAZIONE DEGLI INVITI – INVITO RIVOLTO A TUTTI GLI OPERATORI ECONOMICI CHE MANIFESTANO INTERESSE A PARTECIPARE ALLA PROCEDURA – “PROCEDURA APERTA” – NON OPERATIVITA’ – LEGITTIMITA’ (art. 36, D.Lgs. n. 50/2016)

TAR Brescia, 09.03.2020 n. 209

Il Giudice amministrativo di primo grado legittima l’operato della Stazione Appaltante che:

- nell’indagine di mercato, aveva dichiarato che avrebbe previsto una limitazione del numero degli operatori economici da invitare alla procedura, con conseguente applicazione del principio di rotazione degli inviti, solo nell’ipotesi in cui avesse manifestato interesse a parteciparvi un numero di operatori economici superiore a cinque;

- non applica il principio di rotazione, avendo proceduto ad invitare entrambi gli operatori economici che avevano dichiarato interesse a partecipare alla procedura.

Il Giudice amministrativo conferma così l’orientamento prevalente in giurisprudenza in materia di applicazione del principio di rotazione degli inviti, come esposto al par. 2.3 delle “*Indicazioni operative per lo svolgimento delle procedure di affidamento diretto dei servizi e delle forniture ai sensi dell’art. 36, comma 2, lett. a) e lett. b), D.Lgs. n. 50/2016 (Codice dei contratti pubblici)*” del 3/12/2020 già diffuse dall’Osservatorio regionale dei contratti pubblici, escludendone l’operatività ove non siano previste limitazioni agli operatori economici da invitare alla procedura, nelle sole procedure avviate con indagine di mercato tramite avviso di manifestazione di interesse.

APPLICAZIONE DEL PRINCIPIO DI ROTAZIONE		
MODALITA' DI SVOLGIMENTO DELLA PROCEDURA EX ART. 36, CO. 2, LETT. B).	CON ROTAZIONE	SENZA ROTAZIONE
INDAGINE DI MERCATO TRAMITE AVVISO DI MANIFESTAZIONE DI INTERESSE	<i>INVITO RIVOLTO NON A TUTTI MA SOLO A UNA PARTE DI OPERATORI ECONOMICI</i>	<i>INVITO A TUTTI GLI OPERATORI ECONOMICI CHE HANNO DICHIARATO INTERESSE A PARTECIPARE ALLA PROCEDURA</i>
ELENCHI DI OPERATORI ECONOMICI	<i>SEMPRE (ANCHE OVE SI INVITINO TUTTI GLI OPERATORI ECONOMICI ISCRITTI)</i>	

TAR L'Aquila, 07.03.2020 n. 100

Il Tribunale amministrativo dichiara l'illegittimità di un provvedimento di esclusione dalla procedura di gara motivata in ragione della mancata allegazione, nei termini assegnati nel sub-procedimento di soccorso istruttorio - della ricevuta di pagamento del Contributo Anac.

Il ricorrente, in particolare, aveva inoltrato alla casella pec della Stazione Appaltante, entro i termini assegnati in sede di attivazione del soccorso istruttorio, una ricevuta di pagamento del contributo Anac recante un numero CIG relativo ad altra gara, sostituito lo stesso giorno con quella corretta.

Il TAR sancisce l'illegittimità del provvedimento sulla scorta dei seguenti principi, con riferimento rispettivamente alla sanzione dell'esclusione per il mancato versamento del contributo ANAC e dell'operatività del soccorso istruttorio:

- la tutela del legittimo affidamento, certezza del diritto e proporzionalità ostano ad una regola dell'ordinamento di uno Stato membro che consenta di escludere da una procedura di affidamento di un contratto pubblico l'operatore economico non avvedutosi di una simile conseguenza, perché non espressamente indicata dagli atti di gara (sentenza della Corte di giustizia UE, 2 giugno 2016, C 27/15).

Non giova, peraltro, alle parti resistenti richiamare il principio di eterointegrazione della lex specialis. Al riguardo, il giudice europeo, nella pronuncia sopra richiamata ha peraltro ritenuto contrario ai principi del diritto comunitario l'operazione attraverso cui la causa di esclusione dalla gara è ricavata sulla base di un'interpretazione estensiva di talune previsioni dell'ordinamento positivo dello stesso Stato membro e, poi, di una etero-integrazione sotto questo profilo degli atti di gara [...].

Peraltro, la previsione del citato art. 1, comma 67, l. n. 266 del 2005, secondo cui il versamento del contributo all'Autorità di settore costituisce «condizione di ammissibilità dell'offerta», contrariamente a quanto sostenuto dalle parti resistenti, consente una «interpretazione, eurounitariamente orientata» in base alla quale tale adempimento «possa essere anche tardivo, costituendo a un tempo violazione formale e di elemento essenziale», sanabile mediante il potere di soccorso istruttorio previsto dalla citata disposizione di legge nazionale (Tar Lazio, sez. III, sentenza 11031/2017).

- la disciplina del soccorso istruttorio autorizza la sanzione espulsiva quale conseguenza della sola inosservanza, da parte dell'impresa concorrente, all'obbligo di integrazione documentale. Nella specie, l'impresa aveva assolto all'obbligo di produzione documentale entro il termine assegnato, ma è evidente che per mero lapsus calami allegava una ricevuta errata e procedeva immediatamente, nella stessa data, ad allegare la ricevuta corretta. Orbene, l'Amministrazione, una volta avvedutasi che il [ricorrente] aveva presentato la ricevuta relativa ad una gara diversa, in ossequio ai canoni di buona fede e correttezza, che devono uniformare i rapporti tra p.a. e

cittadino, avrebbe potuto chiedere ulteriori delucidazioni alla concorrente oppure verificare autonomamente il pagamento della somma attraverso l'accesso al portale Anac.

In applicazione del principio di massima partecipazione, anche la mancanza di elementi essenziali - purché non riguardino le offerte tecnica ed economica, ovvero non consentano l'individuazione del contenuto dell'offerta o del soggetto proponente - può essere integrata attraverso l'attivazione del soccorso istruttorio. In applicazione dello stesso principio, inoltre, non è dato escludere l'operatore economico che, per mero errore materiale, abbia prodotto la documentazione integrativa relativa ad una gara diversa, dovendo in questo caso la Stazione Appaltante avvalersi del "soccorso del soccorso".

Tar Campania, 26/2/2020, n. 876

Il Giudice amministrativo dichiara l'illegittimità del silenzio serbato dalla Stazione appaltante che, a distanza di dieci mesi dalla redazione della graduatoria, non ha concluso la procedura con un provvedimento espresso.

Al riguardo, il Collegio richiama la normativa codicistica e, in particolare, *“gli artt. 32 e 33 del d.lgs. 50/2016 [che] disciplinano le varie fasi delle procedure di affidamento che si articolano, tra l'altro: I) in una proposta di aggiudicazione da parte della commissione di gara (art. 33, comma 1); II) nell'approvazione da parte dell'organo competente secondo l'ordinamento della stazione appaltante e nel rispetto dei termini dallo stesso previsti, decorrenti dal ricevimento della proposta di aggiudicazione e che, in mancanza di diverse previsioni, è di 30 giorni; III) nell'aggiudicazione che diviene efficace dopo la verifica in ordine al possesso dei requisiti di partecipazione alla gara (art. 32, comma 7)”*.

Inoltre, il Tribunale amministrativo, nell'accogliere il ricorso avverso il silenzio-inadempimento serbato dall'amministrazione appaltante in ordine alla diffida ad adempiere dell'istante, dichiara che:

- in assenza di un provvedimento di aggiudicazione, *“non può ritenersi definitivamente preclusa ai partecipanti la concreta possibilità di aspirare all'affidamento dell'appalto, soprattutto considerando che il [ricorrente] si è collocato in seconda posizione ed ha certamente interesse ad una determinazione espressa sull'aggiudicazione e al successivo espletamento delle verifiche in ordine al possesso dei requisiti di partecipazione in capo alla società che si è collocata in prima posizione potendo, in caso negativo e di esclusione di quest'ultima, conseguire l'aggiudicazione”*;

- *“peraltro, va anche considerato che, ai sensi dell'art. 76 del d.lgs. n. 50/2016, sussiste l'obbligo per la stazione appaltante di comunicare d'ufficio agli altri concorrenti diversi dall'aggiudicatario le decisioni adottate riguardo all'aggiudicazione di un appalto e, come previsto dall'art. 120, comma 5, dalla ricezione di tale comunicazione decorre per i medesimi il termine di 30 giorni per proporre ricorso giurisdizionale.*

Il legislatore ha quindi positivizzato l'interesse dei partecipanti ad avere conoscenza dell'esito della procedura di gara e ad ottenere una formale comunicazione in ordine all'adozione del provvedimento di aggiudicazione, anche al fine di poter eventualmente proporre il rimedio giurisdizionale. Da tali previsioni discende anche il riconoscimento della pretesa dei concorrenti ad avere conoscenza in ordine all'adozione di tale aggiudicazione e, in caso di inerzia, sollecitare l'amministrazione affinché vi provveda”.

La procedura di gara deve concludersi con un provvedimento espresso con la conseguenza che integra la fattispecie di silenzio-inadempimento, impugnabile autonomamente dinanzi al Giudice amministrativo, l'operato della Stazione appaltante che non provveda neanche a seguito di formale diffida ad adempiere.