

# IL FORO ITALIANO

FONDATAO NELL'ANNO 1876 DA ENRICO SCIALOJA

ANNO CXLIV - N. 9 - SETTEMBRE 2019

*Si segnalano all'attenzione dei lettori:*

- Corte cost. 7 giugno 2019, n. 141 (I, 2622): penalmente illecito il reclutamento e favoreggiamento della prostituzione
- Corte cost. 6 giugno 2019, n. 139 (I, 2644) circa la condanna a «sanzione» pecuniaria equitativamente determinata in caso di responsabilità processuale aggravata
- Corte cost. 29 maggio 2019, n. 131 (I, 2658) circa la sospensione del procedimento con messa alla prova
- Corte cost. 21 marzo 2019, n. 63 (I, 2662): sanzioni amministrative per abuso di informazioni privilegiate
- Cass. 28 giugno 2019, n. 17453, e sez. un. 8 marzo 2019, n. 6882 (I, 2690): clausola di traslazione di imposta in contratto di locazione
- Cass. 29 maggio 2019, n. 14676 (I, 2716): parto plurimo e indennità di maternità/paternità a genitore adottivo libero professionista
- Cass., sez. un., 3 maggio 2019, n. 11748 (I, 2726): onere della prova dei vizi della cosa venduta
- Cass., sez. un., ord. 17 aprile 2019, n. 10772, 16 gennaio 2019, nn. 1035 e 1034 (I, 2751) circa la responsabilità di componenti e presidenti di gruppo politico regionale
- Cass., ord. 3 aprile 2019, n. 9272 (I, 2780) sulle condizioni di gratuità di cure non erogabili dal servizio sanitario pubblico
- Cass., ord. 21 marzo 2019, n. 8052, e 27 febbraio 2019, n. 5738 (I, 2802): diritto alla ragionevole durata del processo e giudizio di equa riparazione
- Cass., sez. un., 20 marzo 2019, n. 7926 (I, 2809) sull'eccesso di potere giurisdizionale del Consiglio di Stato
- Cass., ord. 12 marzo 2019, n. 7069 (I, 2814): arsenico nell'acqua potabile
- Cass., ord. 13 dicembre 2018, n. 32321, e Giud. pace Roma, decr. 1° febbraio 2019 (I, 2873) sulla protezione internazionale dello straniero
- App. Roma 27 marzo 2019 e Trib. Napoli 15 marzo 2019 (I, 2919) circa la scissione di società
- Trib. Venezia 11 aprile 2019 (I, 2947) sul danno da perdita del rapporto parentale per morte del figlio
- Trib. Monza 27 dicembre 2018 (I, 2961) sull'abuso di dipendenza economica
- Cass., sez. un., 18 aprile-4 giugno 2019, n. 24906, Sorge (II, 481): non accertabilità in sentenza di circostanza aggravante (del reato di falso in atto pubblico) contestata in fatto nel capo di imputazione
- Cass., ord. 22 marzo-17 maggio 2019, n. 21767, Genco (II, 489): alle sezioni unite penali la portata della sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sul caso Contrada, e l'estensione dello strumento della revisione europea
- Cass. 6 febbraio-5 giugno 2019, n. 25040, Avagnina (II, 534): frode in commercio per aggiunta di materia radioattiva e per qualità differenti da quelle dichiarate in prodotti alimentari
- Cass. 24 ottobre 2018-24 gennaio 2019, n. 3579, Sgambato, e 26 settembre-15 novembre 2018, n. 51592, Maggini (II, 539): esclusione della particolare tenuità del fatto nel caso di reiterazione della condotta
- Cons. Stato, sez. V, 5 aprile 2019, n. 2242 (III, 426), sez. III 11 marzo 2019, n. 1635 (III, 434), ad. plen., ord. 24 gennaio 2019, n. 1 (III, 440), e Corte giust., ord. 14 febbraio 2019, causa C-54/18 (IV, 431) in tema di procedura di gara per contratti pubblici
- Corte conti, sez. riun. giur. spec. composiz., 22 maggio 2019, n. 16 (III, 458) sulla qualificazione di società partecipata da enti locali come «società a controllo pubblico»
- Corte giust. 10 luglio 2019, causa C-249/18 (IV, 389), e 20 giugno 2019, causa C-1/18 (IV, 398) in tema di diritti doganali
- Corte giust. 13 giugno 2019, causa C-317/18 (IV, 409): trasferimento di imprese e rapporto di lavoro
- AA.VV., Le nuove forme di tutela collettiva (I. 12 aprile 2019 n. 31) (V, 321)

nonché FORO NEWS

in [www.foroitaliano.it](http://www.foroitaliano.it)

Direzione, redazione e amministrazione: Società Editrice «IL FORO ITALIANO» - Via Pietro Cossa 41 - 00193 Roma  
Tel. 06/3222992 - 3242027 - 3213606 - e-mail: [info@ilforoitaliano.it](mailto:info@ilforoitaliano.it)

Spedizione in A.P.-45% - art. 2 comma 20/b legge 662/96 - Filiale di Perugia; pubblicazione mensile; contiene inserto pubblicitario

La tesi che i titolari di Aip, a differenza degli originatori titolari di Aic, non debbano effettuare alcuna negoziazione con Aifa è errata in diritto, posto che, come correttamente sostenuto dalla difesa erariale, l'art. 12, 5° e 6° comma, d.l. 158/12, è chiaro nel prevedere l'applicabilità delle relative disposizioni «anche ai medicinali oggetto di importazione parallela». Disposizioni che chiaramente presuppongono, in capo ad Aifa, un dovere di negoziazione del prezzo.

In ogni caso val la pena evidenziare che anche a livello europeo, sempre con riferimento al prezzo dei medicinali di importazione parallela, è intervenuta anche la commissione Ue con la «comunicazione della commissione sulle importazioni parallele di specialità medicinali la cui immissione in commercio è già stata autorizzata» (comunicazione COM 839/2003 del 30 dicembre 2003), affermando, innanzi tutto, che l'attività di commercio parallelo di farmaci si fonda sul principio di libera circolazione delle merci in seno al mercato interno (art. 28-30 del trattato Ce), che, nel settore in parola, trae vantaggio dalla divergenza dei prezzi, dal momento che gli Stati membri fissano e controllano il prezzo dei medicinali venduti nell'ambito dei rispettivi mercati.

La stessa comunicazione ricorda, poi, che «Gli Stati membri possono ricorrere alla fissazione diretta o indiretta dei prezzi tramite politiche di rimborso, per garantire a tutti i cittadini un uguale accesso ai medicinali e per tutelare la stabilità finanziaria dei rispettivi servizi di previdenza sociale» e che «in mancanza di armonizzazione, gli Stati membri hanno la facoltà di fissare i prezzi dei prodotti farmaceutici per soddisfare tali esigenze legittime, a condizione che tale intervento non discrimini *de iure* o *de facto* tra prodotti nazionali o importati e che il prezzo sia remunerativo».

In conclusione l'appello è respinto.

(1) La pronuncia in epigrafe, rispetto alla quale non constano precedenti specifici, respinge in via definitiva le censure mosse da un'impresa che svolge l'attività di importazione parallela di medicinali (ossia, quella che ha luogo tramite reti di distribuzione non ufficiali) avverso il decreto con cui il ministero della salute ha aggiornato le tariffe concernenti le prestazioni rese dall'Agenzia italiana del farmaco (Aifa) agli operatori del settore farmaceutico (d.m. 6 dicembre 2016, G.U. 31 gennaio 2017, n. 25).

Le censure si appuntavano: a) sulla mancata estensione ai titolari di autorizzazione all'importazione parallela (Aip) di un trattamento agevolativo (ex art. 6, 3° comma, citato d.m.) riservato all'autorizzazione all'immissione in commercio (Aic), consistente nell'applicazione di un'unica tariffa, corrispondente a quella dovuta per la variazione di livello più alto, nell'ipotesi di variazioni tra loro collegate da un rapporto di consequenzialità o correlazione (c.d. grouping di variazioni, individuate dall'allegato 2 al d.m.); b) sull'imposizione a carico dei titolari di Aip di una tariffa per i procedimenti negoziali rientranti nella competenza del settore Health Technology Assessment (Hta), che ad avviso del ricorrente sarebbe stata erronea perché per le Aip non sarebbe prevista alcuna negoziazione.

Quanto alla prima delle asserite criticità, il Consiglio di Stato evidenzia come sia la stessa normativa primaria, nel momento in cui configura un regime di favore per il grouping di variazioni, a riferirlo esplicitamente alla sola Aic (ultimo periodo del 12° comma dell'art. 158 d.leg. 24 aprile 2006 n. 219, aggiunto dall'art. 2, comma 32, d.leg. 29 dicembre 2007 n. 274). Viene, inoltre, esclusa la sussistenza di un'irragionevole discriminazione, dal momento che: i) le norme di agevolazione sono censurabili soltanto a fronte di una palese arbitrarietà o irrazionalità; ii) la *ratio* dell'agevolazione di grouping, legata all'esigenza di «compensare» gli alti oneri originari, non si ataglia alla posizione dei titolari di Aip, per i quali gli oneri iniziali sono già alquanto ridotti. Parimenti si nega che la tariffa richiesta sia sproporzionata rispetto agli oneri effettivamente sostenuti dall'Aifa o si ponga in contrasto con il criterio generale secondo cui va fissata «tenendo conto del costo reale dei

servizi resi e del valore economico delle operazioni di riferimento» (art. 5, 12° comma, l. 29 dicembre 1990 n. 407).

In relazione al secondo punto controverso, il collegio giudicante replica che il legislatore ha dichiarato applicabili all'Aip alcune disposizioni che muovono dal presupposto della sussistenza, in capo all'Aifa, di un dovere di negoziazione del prezzo anche per i medicinali così commercializzati (art. 12, 5° e 6° comma, d.l. 13 settembre 2012 n. 158, convertito, con modificazioni, dalla l. 8 novembre 2012 n. 189). Di contro, i provvedimenti dell'Aifa con cui erano stati classificati in fascia «C» ed esclusi dalla lista di trasparenza, per mancato raggiungimento di un accordo negoziale sulla riduzione del prezzo, i medicinali per i quali la ricorrente era in possesso dell'Aip, sono stati dapprima sospesi e quindi annullati, in quanto la relativa disciplina (dettata dall'art. 11, 1° comma, d.l. 158/12, come dall'art. 9 *ter*, 10° comma, lett. b, d.l. 19 giugno 2015 n. 78, convertito, con modificazioni, dalla l. 6 agosto 2015 n. 125) non trova applicazione diretta nei confronti dei titolari di Aip (cfr. Tar Lazio, sez. III, ord. caut. 22 giugno 2016, n. 3390, *Foro it.*, Rep. 2016, voce *Sanità pubblica e sanitari*, n. 611, e sent. 23 febbraio 2017, n. 2739, *id.*, Rep. 2017, voce cit., n. 714).

Il menzionato decreto ministeriale di aggiornamento delle tariffe era stato impugnato anche nella parte in cui per le tariffe dei medicinali ex galenici si sono previste maggiorazioni degli importi esistenti ed è stata tariffata ciascuna delle modifiche dell'Aic collegate tra loro da un rapporto di consequenzialità; il relativo ricorso è stato respinto da Tar Lazio, sez. III *quater*, 9 ottobre 2017, n. 10141, *id.*, Rep. 2018, voce cit., n. 579.

Con riferimento a una pluralità di variazioni dell'indirizzo del titolare di Aic, v. Corte giust. 1° ottobre 2015, causa C-452/14, *Doc Generici*, *id.*, Rep. 2015, voce *Unione europea*, n. 2029, secondo cui le norme del diritto Ue non impongono, né vietano all'autorità nazionale competente di esigere, per una variazione dell'indirizzo del titolare di un'Aic, il pagamento di tanti diritti quante sono le autorizzazioni da modificare; Cons. Stato, sez. III, 20 gennaio 2016, n. 187, *id.*, Rep. 2016, voce *Sanità pubblica e sanitari*, n. 602, dove si sostiene che, per la modifica di ciascuna delle autorizzazioni, va effettuato un autonomo versamento.

Nel senso che il pagamento del diritto annuale in favore dell'Aifa — di cui all'art. 17, 10° comma, d.l. 6 luglio 2011 n. 98, convertito, con modificazioni, dalla l. 15 luglio 2011 n. 111 — grava tanto sui titolari di Aic, quanto sui titolari di Aip, v. Cons. Stato, sez. III, 12 marzo 2015, n. 1285, *id.*, Rep. 2015, voce cit., n. 630.

**CONSIGLIO DI STATO; sezione V; sentenza 5 aprile 2019, n. 2242; Pres. SALTELLI, Est. FANTINI; Edeco cooperativa sociale Onlus e altra (Avv. SCFARELLI) c. Comune di Asiago (Avv. DOMENICHELLI, BIGOLARO, MANZI), Unione montana spettabile reggenza dei sette comuni (Avv. E. e A. GAZ, GATTAMELATA), Soc. Golf Experience e altra (Avv. MENEGUZZO). Conferma Tar Veneto, sez. I, 9 maggio 2018, n. 489.**

**Contratti pubblici (lavori, servizi e forniture) e obbligazioni della pubblica amministrazione — Procedura di gara — Raggruppamento temporaneo di imprese — Requisiti di moralità — Omessa dichiarazione — Mancanza di riferimenti nel bando — Esclusione dalla gara — Illegittimità (D.leg. 18 aprile 2016 n. 50, codice dei contratti pubblici, art. 80, 83).**

**Contratti pubblici (lavori, servizi e forniture) e obbligazioni della pubblica amministrazione — Procedura di gara — Aggiudicazione — Soccorso istruttorio processuale — Condizioni (D.leg. 18 aprile 2016 n. 50, art. 83).**

**Contratti pubblici (lavori, servizi e forniture) e obbligazioni della pubblica amministrazione — Procedura di gara — Criteri di valutazione — Sub-punteggi — Omessa previsione nel bando — Illegittimità — Esclusione (D.leg. 18 aprile 2016 n. 50, art. 95).**

*Alla luce del principio di tassatività delle cause di esclusione, l'omessa dichiarazione dei requisiti di moralità delle mandanti di un raggruppamento temporaneo di imprese non comporta l'esclusione del concorrente allorché il bando di gara non richieda in termini espressi e specifici la dichiarazione dei medesimi requisiti. (1)*

*Non è configurabile un limite sistematico al soccorso istruttorio in sede processuale se non quello che deve attenersi a carenze di natura formale. (2)*

*La previsione di sub-punteggi nel bando di gara è meramente eventuale ed è espressione dell'ampia discrezionalità attribuita alla stazione appaltante nel perseguimento dell'interesse pubblico. (3)*

**Diritto.** — 1. - Con il primo motivo il Rti Edeco censura la statuizione che ha disatteso il motivo volto ad ottenere l'esclusione dell'offerta aggiudicataria per omessa allegazione, all'interno della busta «A» contenente la documentazione amministrativa, della dichiarazione di cui all'art. 80 d.leg. n. 50 del 2016 da parte delle mandanti Spav Team e U.S. Asiago Sci, asseritamente prescritta a pena di esclusione dagli art. 1.1.4 del disciplinare e 16.2 del bando di gara, e comunque prevista anche nei moduli concernenti la relativa dichiarazione, oltre che operante per l'effetto retrointegrativo della disposizione del predetto art. 80, senza che potesse residuare spazio al soccorso istruttorio procedimentale o processuale; peraltro quest'ultimo è stato esercitato in due tempi, dapprima producendo, in data 8 gennaio 2018, le sole dichiarazioni mancanti, e poi, di nuovo, il 30 gennaio 2018, versando in atti le stesse dichiarazioni con la fotocopia del documento di identità dei dichiaranti, modalità di reiterazione del soccorso che non sarebbe stata consentita in sede procedimentale, non foss'altro perché violativa del termine perentorio di dieci giorni di cui all'art. 89, 9° comma, del codice dei contratti pubblici. Viene altresì dedotto, quale ulteriore motivo di esclusione dell'offerta aggiudicataria, il mancato inserimento, nella busta «A», del modello «Pass-Oe», necessario per la verifica del possesso dei requisiti, e la mancata indicazione del codice ivi contenuto all'esterno della busta, adempimenti prescritti a pena di esclusione dal punto 1.1.5 del disciplinare di gara; peraltro anche in tale caso erronea è la produzione in sanatoria effettuata in sede processuale, in quanto costruita su operatore monosoggettivo.

L'articolato motivo è infondato.

Procedendo per ordine, è anzitutto condivisibile quanto statuito dalla sentenza appellata circa il fatto che il disciplinare di gara, con riguardo al «raggruppamento temporaneo di concorrenti», prevede che «la domanda e la dichiarazione di cui al precedente punto 1.1.1 deve essere prodotta in bollo e sottoscritta da tutti i concorrenti che costituiscono o che costituiranno il raggruppamento o il consorzio ordinario o il Geie [...]», laddove, però, le dichiarazioni circa i requisiti di moralità professionale sono previste dall'art. 1.1.4 dello stesso disciplinare, clausola non richiamata in tema di raggruppamenti temporanei. Come evidenziato dai primi giudici, «il Rti aggiudicatario ha allegato alla domanda di partecipazione alla gara la dichiarazione di cui all'art. 1.1.1, nonché, per la sola capogruppo mandataria, la dichiarazione ex art. 80 d.leg. n. 50 cit., sul presupposto [...] che, se altra documentazione rispetto a quella elencata all'art. 1.1.1 del disciplinare avesse dovuto essere prodotta dalle mandanti (e, in specie, la dichiarazione ex art. 80 d.leg. 50/16), tale ulteriore documentazione avrebbe dovuto essere espressamente indicata dalla *lex specialis*».

Né può essere risolutiva l'evocazione della previsione dell'art. 16, 2° comma, del bando di gara, la quale si limita a stabilire, con disposizione di portata più generale, che «i partecipanti non devono trovarsi in una delle cause di esclusione di cui all'art. 80 d.leg. 50/16, né avere contenziosi in atto con l'amministrazione [...]».

Ne consegue la non perspicuità della *lex specialis* di gara o, se si preferisce, la sua ambiguità in ordine alla dichiarazione, da parte delle imprese mandanti, del possesso dei requisiti di moralità, comportante che la inerente mancanza nella domanda di partecipazione non si pone certamente come causa di esclusione, se non altro in applicazione del principio di tassatività delle cause di esclusione, pur imponendo l'esercizio del potere di soccorso istruttorio.

Quanto alla portata dell'art. 80 d.leg. n. 50 del 2016, osserva la sezione che, secondo il consolidato indirizzo giurisprudenziale, l'omessa dichiarazione dei requisiti di moralità non comporta l'esclusione del concorrente allorché la clausola del bando non richieda in termini espressi e specifici la dichiarazione dei medesimi, alla luce del principio di tassatività delle cause di esclusione (in termini Cons. Stato, sez. V, 16 marzo 2017, n. 4788; 4 gennaio 2018, n. 53), dovendosi precisare ulteriormente che in detta evenienza la dichiarazione non può ritenersi falsa, ma al più solo incompleta, parziale o limitata, e come tale soggetta a soccorso istruttorio. Detto in altri termini, l'omessa presentazione in gara della dichiarazione sostitutiva in ordine all'assenza dei reati ostativi, lungi dal rappresentare una falsa dichiarazione, di per sé sola idonea a giustificare l'esclusione del concorrente dalla gara, si configura come mancanza di una dichiarazione sostitutiva, in quanto tale sanabile facendo ricorso al soccorso istruttorio (Cons. Stato, sez. V, 21 agosto 2017, n. 4048, *Foro it.*, Rep. 2017, voce *Contratti pubblici*, n. 569).

1.1. - La contestazione subordinata delle modalità di esercizio del soccorso istruttorio processuale impone di rilevare anzitutto che la disciplina della procedura di gara non deve essere concepita come una sorta di corsa ad ostacoli fra adempimenti formali imposti agli operatori economici ed all'amministrazione aggiudicatrice, ma deve mirare ad appurare quale sia l'offerta migliore, nel rispetto delle regole di concorrenza, verificando la sussistenza dei requisiti tecnici, economici, morali e professionali dell'aggiudicatario. In questo senso, dunque, l'istituto del soccorso istruttorio in generale tende ad evitare che irregolarità ed inadempimenti meramente estrinseci possano pregiudicare gli operatori economici più meritevoli, anche nell'interesse del seggio di gara, che potrebbe perdere l'opportunità di selezionare il concorrente migliore, per vizi procedurali facilmente emendabili (Cons. Stato, sez. III, 2 marzo 2017, n. 975, *ibid.*, n. 580). In assenza dell'attivazione del soccorso istruttorio, l'esclusione del concorrente dalla gara per mancata produzione della dichiarazione circa i requisiti prescritti può ritenersi illegittima solo laddove, nel corso del giudizio, il concorrente stesso abbia dato prova del possesso dei requisiti suddetti (Cons. Stato, sez. V, 10 aprile 2018, n. 2180; 11 dicembre 2017, n. 5826).

Detto in altri termini, non esiste un limite sistematico al soccorso istruttorio processuale, se non quello che deve attenersi a carenze di natura formale, in quanto tali afferenti ad attività vincolata e tradursi dunque, come nel caso di specie, nell'accertamento della sussistenza del requisito non dichiarato, il che consente al giudice amministrativo di sostituirsi all'amministrazione (Cons. Stato, sez. V, 8 giugno 2018, n. 3483); peraltro nella fattispecie controversa lo stesso è stato espresso e ricondotto nell'ambito dell'attività defensionale, con la conseguenza che difficilmente potrebbe postularsi il mancato rispetto del termine perentorio non superiore a dieci giorni, sottintendente, come ovvio, un'iniziativa *ex officio*, dovendosi, al contrario, prendere a parametro la disciplina di cui all'art. 73 cod. proc. amm. Aggiungasi che già risultava inserita nella busta contenente la documentazione amministrativa la copia della carta di identità dei legali rappresentanti delle imprese mandanti.

1.2. - Infondata è anche la sub-censura relativa all'effetto asseritamente espulsivo dell'omesso inserimento, da parte del Rti aggiudicatario, nella busta «A», del modello «Pass-Oe», necessario per la verifica del possesso dei requisiti, e della mancata indicazione del codice ivi contenuto all'esterno della busta, adempimenti prescritti a pena di esclusione dal punto 1.1.5 del disciplinare di gara.

Ha chiarito la sentenza che il Pass-Oe, strumento elettronico che consente alla stazione appaltante di verificare l'operatore economico attraverso il sistema AVCPass, ha il valore di una dichiarazione, con la conseguenza che la sua mancata produzione in sede di gara integra una carenza documentale suscettibile di sanatoria mediante soccorso istruttorio. Nel caso di specie, poi, è allegato dal comune resistente, senza contestazione *ex adverso*, che siano intervenuti dei problemi tecnici nella generazione del Pass-Oe del raggruppamento Golf Experience, che comunque si era registrato sul sito AVCPass, e pertanto la stazione appaltante ha verificato con modalità ordinaria l'esistenza dei requisiti in capo alle mandanti (la mandataria aveva nel frattempo acquisito il Pass-Oe), in particolare consultando i casellari giudiziari dei carichi pendenti e delle condanne penali.

2. - Il secondo motivo di appello critica la sentenza per non avere rilevato l'indeterminatezza dell'offerta economica del Rti Golf Experience, che presenta una divergenza tra il valore del ribasso percentuale e quello del ribasso unitario, sì da non rendere possibile comprendere se la volontà del concorrente era quella di chiedere un contributo di euro 5.200, ovvero di applicare un ribasso del quattro per cento sulla base d'asta di euro 130.000 (pari ad euro 124.800), e, al contrario, per aver consentito un intervento manipolativo da parte della commissione giudicatrice, senza neppure previo esercizio del soccorso istruttorio.

Il motivo, a prescindere dal riproposto profilo di irricevibilità, è infondato.

Il disciplinare di gara, al punto 1.3, precisa che la dichiarazione contenuta nella busta «C» deve contenere «l'indicazione del contributo, inferiore a quello proposto come base di gara, espresso in cifre ed in lettere ed il conseguente ribasso percentuale, anch'esso espresso in cifre ed in lettere, rispetto al suddetto importo posto a base di gara, che il concorrente offre per l'esecuzione della concessione».

Il raggruppamento Golf Experience dichiara di offrire un contributo complessivo di euro 5.200, aggiungendo che «tale importo corrisponde al ribasso percentuale del 4,000 per cento [...] calcolato sul contributo complessivo posto a base di gara e soggetto a ribasso».

Ora, seppure è ravvisabile un disallineamento nell'espressione dei due valori dell'offerta economica, ad avviso della sezione è da escludere l'indeterminatezza della medesima, atteso che una lettura in buona fede rende evidente che il ribasso offerto sul contributo posto a base di gara è il quattro per cento, che, parametrato a 130.000, è esattamente l'importo di euro 5.200. Condivisibilmente, dunque, la sentenza ha ritenuto del tutto ragionevole l'operato della commissione, quale evincibile dal verbale n. 4 del 13 novembre 2017, escludendo «alcuna arbitraria integrazione o manipolazione dell'offerta economica del Rti aggiudicatario: cioè, proprio per la macroscopicità e riconoscibilità dell'errore materiale in cui è incorso quest'ultimo». La stazione appaltante si è dunque limitata ad interpretare la effettiva volontà dell'offerente, su questo piano superandò l'ambiguità grossolana dell'offerta.

3. - Con il terzo motivo di gravame si censura la difformità della polizza fideiussoria, presentata dal raggruppamento aggiudicatario, alle prescrizioni di cui all'art. 93 d.leg. n. 50 del 2016, allegandosi in particolare che la stessa fa rinvio all'abrogato art. 75 d.leg. n. 163 del 2006, laddove il nuovo testo normativo, in particolare al 6° comma, ha ampliato il contenuto della garanzia per mancata sottoscrizione del contratto anche all'ipotesi di sopravvenienza di informazione antimafia interdittiva; aggiunge l'appellante che neppure è

adeguata all'estensione della garanzia la clausola integrativa contenuta a pag. 5 della polizza.

Anche tale motivo è manifestamente infondato.

Ed infatti con la predetta clausola integrativa «si precisa che la stessa è prestata ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 93 d.leg. 18 aprile 2016 n. 50 e successive modifiche ed integrazioni. I riferimenti di cui al d.leg. 163/06 e successive modificazioni e integrazioni si intendono riferiti alle omologhe disposizioni dettate dal d.leg. 50/16 e successive modificazioni e le eventuali disposizioni in contrasto devono ritenersi prive di effetto alcuno». Anche in questo caso risulta frutto di una lettura non corretta la tesi secondo cui il rinvio al nuovo codice dei contratti pubblici sarebbe limitato alle disposizioni omologhe e non anche a quelle ulteriori contenute peraltro nell'ambito della disciplina omologa; e sotto tale profilo non vi è dubbio della corrispondenza tra l'art. 75, 6° comma, d.leg. n. 163 del 2006 e l'art. 93, 6° comma, d.leg. n. 50 del 2016.

4. - Il quarto motivo di appello deduce, in via subordinata, l'illegittimità dell'art. 8 del bando di gara nella misura in cui non enuclea i punteggi minimi per ciascun sottocriterio in relazione al criterio di valutazione n. 2 (inerente l'offerta tecnica) della «progettualità complessiva dell'intera area del Parco Brigata Regina», aggiungendo come neanche la commissione giudicatrice abbia colmato tale lacuna, il tutto in asserita violazione dell'art. 95, 8° comma, d.leg. n. 50 del 2016.

Il motivo è infondato.

Il bando di gara, con riferimento al criterio di valutazione in esame, diversamente che per la «professionalità e adeguatezza dell'offerta», ha indicato il punteggio massimo (pari a 55) ed i sottocriteri, ma non anche i sub-punteggi, specificando che «per quanto riguarda il criterio di valutazione i criteri motivazionali prevedono che sarà considerata migliore quell'offerta che illustrerà in modo più preciso, più convincente e più esaustivo le modalità di esecuzione della concessione in riferimento ai seguenti criteri [...]», perseguendo l'obiettivo di procedere ad una valutazione complessiva.

Si tratta di una scelta non illegittima, in quanto l'art. 95, 8° comma, d.leg. n. 50 del 2016 dispone che «per ciascun criterio di valutazione prescelto possono essere previsti, ove necessario, sub-criteri e sub-pesi o sub-punteggi», ciò significando che tale previsione è meramente eventuale ed espressione dell'ampia discrezionalità attribuita alla stazione appaltante nel perseguimento dell'interesse pubblico (Cons. Stato, sez. V, 14 novembre 2017, n. 5245, *ibid.*, nn. 617, 777).

Da tale scelta può conseguire solamente la necessità che le valutazioni della commissione giudicatrice siano supportate da congrua motivazione; risulta al riguardo dal verbale n. 3 in data 13 novembre 2017 che a tale onere la commissione abbia adempiuto.

5. - Conseguendo da quanto esposto che l'appello, con l'unità domanda di risarcimento del danno per mancata aggiudicazione (sia in forma specifica che per equivalente), e previa declaratoria di inefficacia del contratto stipulato in data 28 giugno 2018, deve essere respinto in quanto infondato.

(1) La quinta sezione afferma che l'omessa dichiarazione dei requisiti di moralità di un'impresa mandante di un raggruppamento temporaneo d'impresе non è causa di esclusione se il bando non richieda in termini espressi e specifici la loro dichiarazione dei medesimi. Nella fattispecie, il disciplinare di gara non richiedeva espressamente alcuna dichiarazione circa i requisiti di moralità professionale per le imprese mandanti in un raggruppamento temporaneo. La quinta sezione richiama in proposito il principio della tassatività delle cause di esclusione e l'esigenza che le previsioni del bando siano univoche nell'identificare la necessità della dichiarazione dei requisiti in questione.

In termini analoghi Tar Veneto, sez. I, 9 maggio 2018, n. 489, <www.giustizia-amministrativa.it>, secondo cui «nell'ipotesi di incertezza sul significato della *lex specialis* di gara, in base al principio di tassatività delle cause di esclusione, si impone comunque un'interpretazione volta a favorire la più ampia partecipazione alla gara»; 18 gennaio 2018, n. 53, *ibid.*; 23 agosto 2017, n. 796, *ibid.*; Tar Campania, sez. V, 7 dicembre 2015, n. 5687, *Foro it.*, Rep. 2015, voce *Contratti pubblici*, n. 576; Tar Sicilia, sede Catania, sez. III, 29 aprile 2011, n. 1071, *id.*, Rep. 2012, voce cit., n. 1197.

Il principio di tassatività delle cause di esclusione è riconosciuto oggi dall'art. 83, 7° comma, d.leg. 18 aprile 2016 n. 50 (c.d. nuovo codice dei contratti pubblici), a proposito delle clausole degli atti di gara. In argomento, cfr. Cons. Stato, sez. III, 25 luglio 2018, n. 4546, <www.giustizia-amministrativa.it>, la quale precisa che «il principio di tassatività delle clausole di esclusione attiene alla selezione dei partecipanti alla gara ed è volta alla tutela del principio del *favor participatio-nis* alle pubbliche gare». La sentenza in epigrafe precisa che per le imprese che partecipano al raggruppamento temporaneo la mancata presentazione della dichiarazione attestante l'assenza di reati ostativi non costituisce una falsa dichiarazione in grado di comportare l'esclusione del concorrente della gara, ma opera il soccorso istruttorio. Nello stesso senso, Cons. Stato, sez. V, 4 gennaio, 2018, n. 53, *ibid.*; 21 agosto 2017, n. 4048, *Foro it.*, Rep. 2017, voce cit., n. 569; 16 ottobre 2017, n. 4788, <www.giustizia-amministrativa.it>, secondo cui «l'incompletezza della dichiarazione relativa al possesso dei requisiti generali rientra tra le 'irregolarità formali essenziali ma sanabili', per le quali è previsto il soccorso istruttorio».

In argomento, cfr. Anac, nota illustrativa Bando-tipo n. 1/2017, <www.anticorruzione.it>, sull'affidamento di contratti pubblici di servizi e forniture, che al § 2 affronta in modo puntuale la tematica della tassatività delle clausole di esclusione.

(2) La quinta sezione riconosce l'ammissibilità del soccorso istruttorio anche in sede processuale poiché «la disciplina della procedura di gara non deve essere concepita come una corsa ad ostacoli fra adempimenti formali imposti agli operatori economici ed all'amministrazione aggiudicatrice, ma deve mirare ad appurare quale sia l'offerta migliore, nel rispetto delle regole di concorrenza, verificando la sussistenza dei requisiti tecnici, economici, morali e professionali dell'aggiudicatario». In senso analogo, Cons. Stato, sez. V, 10 aprile 2018, n. 2180, e 11 dicembre 2017, n. 5826, <www.giustizia-amministrativa.it>; sez. III 2 marzo 2017, n. 975, *Foro it.*, Rep. 2017, voce *Contratti pubblici*, n. 580. In dottrina, cfr. E. FREDIANI, *Il soccorso della stazione appaltante tra fairness contrattuale e logica del risultato economico*, in *Dir. amm.*, 2018, 623; L. LA ROSA, *Il soccorso istruttorio in sede «processuale»: tra esigenze sostanzialistiche e garanzia del principio della par condicio*, in *Urbanistica e appalti*, 2017, 494; S. SORRENTINO, *Una seconda chance: il soccorso istruttorio*, in *Munus*, 2017, 439.

Il soccorso istruttorio processuale è istituto di creazione giurisprudenziale, anche se parte della dottrina (in particolare N. SAITTA, *Sul c.d. soccorso istruttorio nel procedimento e nel processo*, in *Scritti in onore di Franco Bassi*, Napoli, 2015, 391) aveva evidenziato la sua rilevanza non solo nell'ambito procedimentale, ma anche in quello processuale.

Nei casi in cui l'amministrazione abbia omissso di procedere con il soccorso istruttorio, all'omissione deve potersi rimediare in sede processuale. Il soccorso istruttorio nel procedimento amministrativo è disciplinato dall'art. 83 d.leg. 50/16 e deve essere avviato dalla stazione appaltante durante la procedura ad evidenza pubblica. In argomento è fondamentale Cons. Stato, ad. plen., 30 luglio 2014, n. 16, *Foro it.*, 2015, III, 11, con nota di E. TRAVI; per richiami cfr. anche Cons. Stato, ad. plen., 25 febbraio 2014, n. 9, *id.*, 2014, III, 429. Invece, il soccorso istruttorio c.d. processuale è figura non codificata nel codice dei contratti pubblici e trova applicazione, ad aggiudicazione avvenuta, nell'eventuale giudizio promosso contro l'esclusione o contro l'aggiudicazione.

La ragione dell'istituto processuale viene identificata nell'esigenza di evitare una rinnovazione del procedimento amministrativo e di pervenire immediatamente alla corretta individuazione della posizione del ricorrente. La quinta sezione individua, però, alcune condizioni e alcuni limiti per l'utilizzo del soccorso istruttorio in sede processuale. In particolare:

a) l'istituto comporta la sostituzione del giudice amministrativo all'amministrazione che non ha attivato il soccorso istruttorio in sede procedimentale: in sede processuale può ammettersi solo in presenza di un'attività vincolata. In senso conforme già Cons. Stato, sez. V, 8 giugno 2018, n. 3483, <www.giustizia-amministrativa.it>;

b) resta ferma la condizione in base alla quale il soccorso istruttorio non può rimediare a carenze di ordine sostanziale. In proposito va considerato che il concorrente deve essere effettivamente in possesso del requisito di partecipazione fin dall'inizio della procedura di gara e per tutto il suo svolgimento: cfr. Tar Veneto, sez. I, 4 dicembre 2018, n. 1114, *ibid.*, la quale ha affermato che «il c.d. soccorso istruttorio processuale attiene non solo all'integrazione della documentazione mancante o incompleta e/o alla sanatoria delle semplici irregolarità formali, ma alla dimostrazione che non vi sia una carenza sostanziale del requisito, poiché, ove l'omissione formale nasconda la ridetta carenza sostanziale, tale rimedio non funziona e non può che addivenirsi alla pronuncia demolitoria»;

c) il soccorso istruttorio, in sede processuale, non può essere demandato ad un'iniziativa d'ufficio del giudice, ma richiede un'iniziativa della parte che vi abbia interesse. Tale parte deve dimostrare inoltre che, se la stazione appaltante si fosse attivata con il soccorso istruttorio, essa sarebbe risultata aggiudicataria. In tal senso Cons. Stato, sez. III, 2 marzo 2017, n. 975, cit., ha affermato che «la parte gravata dell'onere, ex art. 2697 c.c., di dimostrare la natura meramente formale dell'errore contenuto nella dichiarazione resa, può validamente spendere tale argomento difensivo solo dimostrando in giudizio di disporre del requisito fin dal primo momento e cioè da quando ha reso la dichiarazione irregolare»; a tal fine «in base ad un ovvio principio di autoreponsabilità, la parte, senza particolari costi, avrebbe potuto esibire in giudizio la documentazione idonea a dimostrare la sussistenza dei prescritti requisiti»;

d) non trova applicazione il termine perentorio di dieci giorni stabilito dall'art. 83, 9° comma, d.leg. 50/16, ma va considerata la disciplina prevista dall'art. 73 cod. proc. amm. Infatti, il termine di dieci giorni si ricollega ad una formale contestazione della stazione appaltante. In senso parzialmente diverso, Tar Lazio, sez. I, 11 marzo 2019, n. 3168, *ibid.*, ha sostenuto che «la ricorribilità in sede di giudizio al c.d. soccorso istruttorio processuale è assoggettata ai medesimi presupposti e requisiti di legge di cui all'art. 83, 9° comma, d.leg. 50/16, a cui è subordinato il suo esercizio da parte dell'amministrazione in sede procedimentale».

La quinta sezione, nella sentenza in rassegna, ha inoltre preso in considerazione il c.d. «Pass-Oe» (pass dell'operatore economico): è lo strumento elettronico che consente alla stazione appaltante di verificare il possesso dei requisiti dell'operatore economico attraverso il sistema AVCpass. La sentenza ha ammesso il ricorso al soccorso istruttorio nel caso in cui non si sia prodotto, in sede di gara, il modello c.d. «Pass-Oe»: infatti in questo caso si sarebbe in presenza di una carenza documentale suscettibile di sanatoria. In senso analogo Cons. Stato, sez. V, 26 settembre 2017, n. 4506, *ibid.*, il quale ha sostenuto che «il codice dei contratti (art. 6 bis), non indica il possesso del Pass-Oe quale requisito di partecipazione previsto a pena di esclusione dalla procedura concorsuale e «il Pass-Oe non solo costituisce quindi causa di esclusione del concorrente dalla procedura, ma può essere prodotto in un momento successivo a seguito di 'soccorso istruttorio' — regolarizzando così la documentazione — senza che da ciò derivi, tra l'altro, la necessità per la stazione appaltante di applicare alcuna sanzione pecuniaria».

L'introduzione in via giurisprudenziale del soccorso istruttorio c.d. processuale risponde a duplice esigenza. In primo luogo, rappresenta una garanzia per l'operatore e sopperisce alla

mancaza nel codice dei contratti pubblici di una previsione che consenta una regolarizzazione successiva all'aggiudicazione nel caso in cui la stazione appaltante non abbia attivato il soccorso istruttorio e non abbia rilevato la carenza formale documentale in sede di gara. In questo modo è confermata la «doverosità» del soccorso istruttorio per la stazione appaltante. In secondo luogo, comporta un'utilità anche per l'amministrazione in quanto riduce i margini per un'azione di risarcimento del danno nei confronti della stazione appaltante che abbia omesso di dar corso al soccorso istruttorio.

Il soccorso istruttorio processuale attua il principio secondo il quale l'errore formale dell'operatore economico nella presentazione dell'offerta non deve comportare automaticamente l'esclusione della procedura di gara. Cfr. C.E. GALLO, *Questioni attuali sulla nullità del provvedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2017, 43, secondo cui con l'introduzione del soccorso istruttorio «la scelta del legislatore è stata quella di impedire che la violazione meramente formale conduca a un danno per la collettività ed anche per il singolo».

(3) La quinta sezione afferma che il bando di gara non viola l'art. 95, 8° comma, d.leg. 50/16, se non prevede i c.d. sub-punteggi: tale disposizione introduce infatti una «previsione meramente eventuale ed espressione dell'ampia discrezionalità attribuita alla stazione appaltante nel perseguimento dell'interesse pubblico». Conforme, Cons. Stato, sez. V, 14 novembre 2017, n. 5245, *Foro it.*, Rep. 2017, voce *Contratti pubblici*, n. 617, la quale ha ritenuto che «la mancata previsione di sub-pesi e sub-punteggi per ciascun criterio di valutazione qualitativa dell'offerta non è indice di indeterminazione dei criteri di valutazione, ciò in quanto la possibilità di individuare sub-criteri è, infatti, meramente eventuale». Nello stesso senso, con riferimento all'art. 83, 4° comma, del precedente codice dei contratti pubblici (approvato con d.leg. 12 aprile 2006 n. 163), Cons. Stato, sez. III, 2 maggio 2016, n. 1661, <www.giustizia-amministrativa.it>; sez. V 27 aprile 2015, n. 2082, *Foro it.*, Rep. 2015, voce cit., n. 646.

L'art. 95, 8° comma, d.leg. 50/16, nel prevedere che il bando contenga l'identificazione dei c.d. sub-punteggi, non pone pertanto un dovere a carico della stazione appaltante, ma vale ad escludere che una tale identificazione possa essere effettuata dalla commissione giudicatrice, o comunque nel corso del procedimento di aggiudicazione. La disposizione attua pertanto l'esigenza di porre tutti gli operatori a conoscenza delle regole che saranno osservate per l'aggiudicazione. In tal senso, cfr. Cons. Stato, sez. V, 14 novembre 2017, n. 5245, cit. La possibilità per la commissione giudicatrice di introdurre sub-criteri e sub-punteggi sembrava originariamente ammessa dall'art. 83, 4° comma, del codice dei contratti pubblici approvato con d.leg. 12 aprile 2006 n. 163, ma veniva esclusa dall'art. 1, 1° comma, lett. u), d.leg. 11 settembre 2008 n. 152 (c.d. terzo correttivo del codice), al fine di assicurare che i criteri di valutazione delle offerte fossero definiti prima della presentazione delle offerte stesse. In questo senso Cons. Stato, sez. V, 27 aprile 2015, n. 2082, cit.; sez. III 17 aprile 2015, n. 1978, <www.giustizia-amministrativa.it>; sez. V 1° ottobre 2010, n. 7256, *Foro it.*, Rep. 2011, voce cit., n. 1094; 8 settembre 2008, n. 4271, *id.*, Rep. 2009, voce cit., n. 831. L'art. 83, 4° comma, così modificato, veniva parimenti interpretato nel senso che l'introduzione di sub-punteggi negli atti di indizione di una procedura di gara costituisse una mera facoltà per la stazione appaltante: cfr. Cons. Stato, sez. III, 2 maggio 2016, n. 1661, cit.

Corte giust. 14 luglio 2016, causa C-6/15, *id.*, Rep. 2017, voce *Unione europea*, n. 1209, ha affermato che l'art. 53, par. 2, della direttiva 2004/18/Ce del parlamento europeo e del consiglio, del 31 marzo 2004 (relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi), letto alla luce del principio di parità di trattamento e dell'obbligo di trasparenza che ne deriva, dev'essere interpretato nel senso che, nel caso di un appalto di servizi che debba essere attribuito secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa dal punto di vista dell'ammini-

strazione aggiudicatrice, quest'ultima non è tenuta a portare a conoscenza dei potenziali offerenti, nel bando di gara o nel capitolato d'onere relativi all'appalto in questione, il metodo di valutazione da essa applicato al fine di valutare e di classificare concretamente le offerte. La corte ha precisato, però, che tale metodo non può avere l'effetto di modificare i criteri di attribuzione del punteggio e la loro ponderazione relativa. La sentenza si legge in *Urbanistica e appalti*, 2017, 41, con nota di CERBO, *Il concorrente in una gara pubblica ha diritto a conoscere preventivamente come sarà valutata la sua offerta?* [G. CORDOVA]

**CONSIGLIO DI STATO**; sezione III; sentenza 11 marzo 2019, n. 1635; Pres. GAROFOLI, Est. SESTINI; Soc. Linet Italia (Avv. BIFULCO, MANZI) c. Soc. Arca (Avv. PUJATTI), Soc. Malvestio (Avv. CLARIZIA, BIAGINI), Regione Lombardia e altra, Min. salute (Avv. dello Stato LUMETTI). *Conferma Tar Lombardia, sez. IV, 30 luglio 2018, n. 1869.*

**Contratti pubblici (lavori, servizi e forniture) e obbligazioni della pubblica amministrazione — Appalto di fornitura — Requisiti soggettivi di partecipazione — Requisiti oggettivi di valutazione delle offerte — Offerte tecniche — Certificazione del rispetto dei criteri ambientali minimi (Cam) — Rilevanza (D.leg. 18 aprile 2016 n. 50, codice dei contratti pubblici, art. 95).**

*Non è illegittimo, anche in una gara pubblica relativa alla fornitura di arredi sanitari, un criterio di valutazione, peraltro meramente aggiuntivo e sussidiario, volto a premiare i processi aziendali dei singoli concorrenti muniti di una certificazione attestante, secondo il diritto comunitario, una maggiore attenzione all'impatto ed alla sostenibilità ambientale nella produzione e nella distribuzione del prodotto offerto in gara. (1)*

*Fatto e diritto.* — 1. - Nel 2018 l'Azienda regionale centrale acquisti lombarda s.p.a. indicava una procedura aperta per la stipulazione di una convenzione a favore degli enti sanitari delle regioni Lombardia e Lazio, alla quale partecipava, relativamente al lotto n. 1, avente ad oggetto la fornitura di letti da degenza, anche l'appellante Linet Italia s.r.l. Tale società, facente parte dell'omonimo gruppo internazionale di rilievo europeo operante nella produzione e distribuzione di letti ospedalieri di ultima generazione, commercializza letti ospedalieri prodotti dalla controllante Linet Spol s.r.o., avente la propria sede principale nella Repubblica ceca.

Il criterio attraverso il quale la gara veniva aggiudicata era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa ex art. 95, 2° comma, d.leg. 50/16, mediante un punteggio sino ad un massimo di 70 e 40 punti rispettivamente per l'offerta tecnica e per quella economica, nonché mediante tre sub-criteri valutativi che riguardavano la certificazione del rispetto dei criteri ambientali minimi (Cam), con 4 punti aggiuntivi da attribuire secondo la modalità «on/off»; le innovazioni tecnologiche affidate in base alla modalità di tipo «ponderale»; ed infine, con modalità di tipo «lineare», gli accessori aggiuntivi. In base alla stima dei criteri valutativi la migliore offerta risultava essere quella di Linet Italia s.r.l. (97,44 punti), più conveniente dell'offerta proposta dalla seconda classificata Malvestio s.p.a. (96,60 punti).