

Rivista mensile - Anno IX, Numero 2

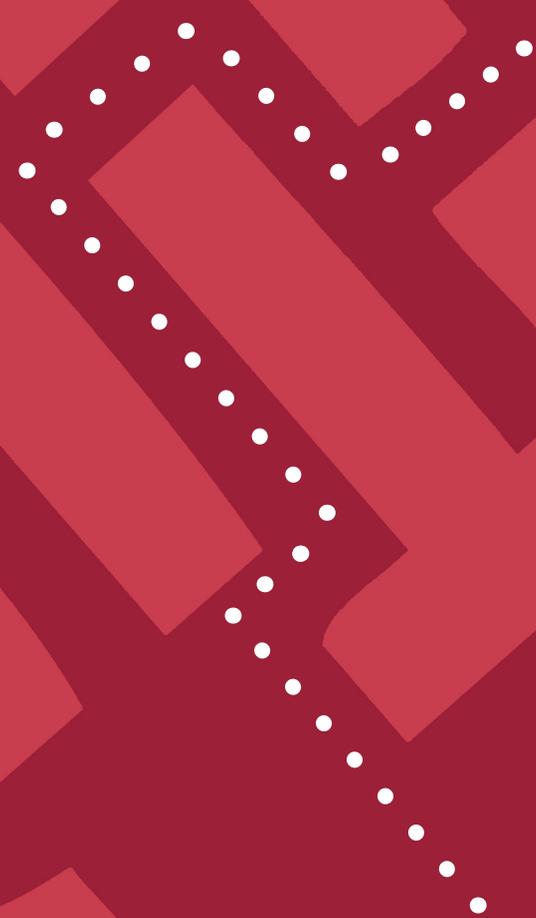
aprile
2019

MEDIA APPALTI

**Falsa partenza per
l'Albo nazionale ANAC
dei commissari di gara**

**Decreto "Sblocca cantieri"
e modifiche al Codice dei
contratti pubblici**

**Crisi di impresa e codice
dei contratti pubblici: le
modifiche che verranno**



**"Guida
pratica
in materia di
appalti pubblici"**

Registrazione presso il
Tribunale di Trani il 03.02.2011
al numero 3/2011 del Registro
dei giornali e periodici.

Vietato riprodurre anche parzialmente
i contenuti degli articoli pubblicati
senza essere autorizzati dall'editore.

I contributi presenti costituiscono
espressione delle libere opinioni degli
autori, unici responsabili dei loro scritti,
configurandosi quali semplici analisi di studio
liberamente apprezzabili dai lettori.

Sono graditi contributi in materia di
contrattualistica pubblica da inserire nei
prossimi numeri della rivista Mediappalti.
Il materiale potrà essere inviato al seguente
indirizzo e-mail: redazione@mediappalti.it,
corredato da recapito e qualifica professionale

Media
Graphic





**approfondimento
aggiornamento
giurisprudenza
informazione
consulenza
normativa**

////
**Uno strumento utile
per muoversi
nel complesso
e delicato
mondo degli
appalti pubblici**

**aprile
2019**

Diritto al futuro

“Non lasciare il pianeta Terra sarebbe come fare i naufraghi che non cercano di fuggire da un’isola deserta”.

Le parole del fisico Stephen Hawking sono drastiche: la Terra tra qualche decennio sarà inospitale; emigrare sarà inevitabile se vogliamo sopravvivere. Possiamo cambiare questa prospettiva? A crederci, oggi, sono i giovani. In ogni parte del mondo le nuove generazioni stanno prendendo coscienza del fatto che per loro non ci sarà futuro se non si agisce nel presente. Ora.

La quindicenne Greta Thunberg ha scosso gli animi e le menti. Ha cominciato con il suo “Sciopero della scuola per il clima” davanti alla sede del Parlamento svedese spiegando a chi chiedesse informazioni che protestava perché “voi adulti state rovinando il mio futuro”. Dalla sua esperienza è nato un movimento giovanile che il 15 marzo scorso si è riunito nello “sciopero mondiale per il futuro”, coinvolgendo 1700 città in oltre 100 paesi.

I Governi fino ad oggi non sono stati in grado di realizzare i buoni propositi declamati dall’accordo di Parigi del 2015. Si è fatto poco, quasi nulla, alcune grandi nazioni si stanno tirando indietro perché bisogna produrre, bisogna far crescere l’economia, bisogna creare posti di lavoro, bisogna realizzare opere pubbliche. Non c’è dubbio: si deve produrre, si deve far crescere l’economia, si devono creare posti di lavoro, si devono realizzare opere pubbliche. Ma siamo certi che tutto questo non lo si possa fare contemplando un metodo che non metta a rischio la nostra stessa esistenza?

“Le politiche a difesa del clima e l’abbandono dei combustibili fossili non sono un perdita economica, ma un investimento per il futuro che produrrà più lavoro, più benessere e migliori condizioni di vita”, scrive Jaap Tielbeke commentando gli studi realizzati da esperti di clima e di economia, dal Fondo Monetario Internazionale, dalla Banca Mondiale, dall’OCSE, dal World Economic Forum.

Produrre, costruire, lavorare. Possiamo farlo senza affossare il clima. Possiamo farlo. Sin da subito. Più di quanto possiamo immaginare. Nei cantieri pubblici e privati dovrebbe diventare normale vedere all'opera mezzi alimentati ad elettricità.

Non è qualcosa di avveniristico. Non è una visione futuristica. Nell'edizione 2019 del Bauma di Monaco, dall'8 al 14 aprile, viene presentato un mini escavatore elettrico che per le sue dimensioni ridotte può agire in piccoli ambienti, in particolare al chiuso. Per le attività all'aperto è già operativo, in Norvegia, un enorme escavatore da 26 tonnellate. L'elettrico in questi ambiti migliora due aspetti: l'impatto ambientale, essendo ad emissioni zero; il benessere della persona che non dovrà più sopportare il forte rumore di certi mezzi meccanici mossi da motori a combustione.

Qualità dell'ambiente e benessere della persona. Gli stessi obiettivi che dovrebbero essere perseguiti con la realizzazione delle smart city. Se ne parla da anni. Si presentano progetti. Si organizzano convegni. Gli investimenti pubblici in smart city dovrebbero cominciare a scalare l'ordine delle priorità. Le smart city, come è scritto sulla pagina web di FPA, sono "più vicine ai bisogni dei cittadini, più inclusive, più vivibili". Tutela dell'ambiente, mobilità sostenibile, qualità dell'aria e dell'acqua, sfruttamento del suolo, innovazione, istruzione, economia, lavoro, partecipazione civile, sono alcuni degli indici valutati per la redazione della

Icity Rate 2018, la classifica delle città italiane più smart. Primeggia Milano. Seguono Firenze e Bologna. Rilevante il divario tra nord e sud.

C'è ancora molto da investire sul miglioramento del nostro domani, del domani delle nostre città, del domani della vita sulla Terra, del domani dei nostri figli che hanno diritto al proprio futuro.

"C'è un'estinzione di massa in tutto il mondo che può essere paragonata solo alle più grandi ondate di estinzione preistoriche. I dinosauri non videro il meteorite arrivare. Qual è la tua scusa?". Con queste parole si conclude un cortometraggio realizzato da Pieter Lossie, un ragazzo, liceale, dei Paesi Bassi. Non abbiamo scuse. Siamo abbastanza informati ed intelligenti per comprendere che se il sistema produttivo non cambia il clima peggiorerà.

Lo sta già facendo. Lo farà in maniera esponenziale nei prossimi anni. E la situazione sarà irreversibile. Nei prossimi giorni dovrebbe essere approvato lo sblocca cantieri. Conterrà norme per fare ripartire gli appalti avviati e poi fermati e per snellire l'iter burocratico per l'assegnazione di nuovi lavori. Progettiamo il futuro del nostro paese in maniera sostenibile, non abbiamo alternativa. Facciamolo nel nome del diritto al futuro dei nostri bambini.

di Enzo De Gennaro

sommario

Editoriale

Diritto al futuro

4

In evidenza

Falsa partenza per l'Albo nazionale ANAC dei commissari di gara

7

Sotto la lente

Decreto "Sblocca cantieri" e modifiche al Codice dei contratti pubblici

17

Hanno collaborato a questo numero:

Dott.ssa Alessandra Verde
Funzionaria amministrativa presso la Regione Sardegna

Avv. Massimiliano Lombardo
Esperto e docente in materia di appalti pubblici

Direttore Responsabile
dott. Enzo de Gennaro

Comitato di Redazione
avv. Maria Teresa Colamorea
avv. Mariarosaria di Canio
avv. Arcangela Lacerenza
avv. Domenico Manno
avv. Giuseppe Morolla

Progetto Grafico
Federica Damato

Responsabile Web
Lorenzo Antonicelli

Editore:
Mediagraphic s.r.l.
Via Palmitessa, 40 - 76121 Barletta
Tel. 0883.527171
Fax 0883.570189
www.mediagraphic.it
info@mediagraphic.it

Dott.ssa Beatrice Corradi
Dirigente del Servizio Provveditorato, Affari generali e Gruppi Consiliari del Consiglio regionale della Liguria

Dott. Stefano Usai
Vice segretario del Comune di Terralba (Or)

Avv. Paola Cartolano
Esperta in materia di appalti pubblici

Avv. Emanuela Pellicciotti
Esperta in infrastrutture e contratti pubblici

Avv. Giuseppe Totino
Esperto in infrastrutture e contratti pubblici

Avv. Giuseppe Croce
Esperto in appalti pubblici

Dott.ssa Liliana Simeone
Esperta in appalti pubblici

Il Punto

Cause di esclusione dalle gare d'appalto ex art. 80. Esame degli istituti interessati e l'evoluzione negli anni dei requisiti di idoneità morale

25

Il provvedimento di ammissione e di esclusione dalla procedura di gara

32

Il dibattito pubblico sulle grandi opere

38

Crisi di impresa e codice dei contratti pubblici: le modifiche che verranno

46

I casi tipizzati per i quali è possibile procedere alla escussione della garanzia provvisoria

52

Pareri & Sentenze

57

A Domanda Rispondiamo

64

In pillole

68

Falsa partenza per l'Albo nazionale ANAC dei commissari di gara

di Alessandra Verde

IN
EVIDENZA

Premessa

L'Albo nazionale dei componenti delle commissioni giudicatrici istituito presso l'ANAC, in attuazione degli artt. 77 e 78 del Codice dei contratti, stenta a decollare.

Come è noto, infatti, l'Albo, il cui funzionamento è stato regolamentato dalla Linee guida n. 5 dell'Autorità¹, sarebbe dovuto diventare pienamente operativo a decorrere dal 15 gennaio scorso. Da tale data infatti, i membri delle commissioni giudicatrici delle procedure di gara da affidarsi in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, i cui bandi o avvisi prevedessero termini di scadenza per la presentazione delle offerte successivi al 15 gennaio, avrebbero dovuto essere selezionati mediante estrazione dal medesimo. In realtà, il suddetto termine è slittato (per ora) di tre mesi.

Con il Comunicato del 9 gennaio scorso, il Presidente Cantone ha infatti reso noto che

<<all'attualità il numero di iscritti nelle diverse sottosezioni dell'Albo ammonta a circa 2.100, di cui solo la metà estraibili per commissioni esterne alle amministrazioni aggiudicatrici.

Numerose sottosezioni (circa il 30%) risultano completamente prive di esperti iscritti, altre (circa il 40%) con un numero di esperti molto ridotto (meno di 10)>>.

Ciò premesso, il Comunicato prosegue rilevando che, <<tenuto conto dello stato di fatto delle iscrizioni presenti in Albo e del previsto numero di gare bandite annualmente che richiedono la nomina di commissioni giudicatrici ai sensi dell'art. 77, allo stato, **il numero degli esperti iscritti all'Albo non consente di soddisfare le richieste stimate in relazione al numero di gare previste (...)**, l'Autorità ritiene necessario, per evitare ricadute sul mercato degli appalti, **differire il termine di avvio del sistema dell'Albo dei commissari di gara al 15 aprile 2019**>>.

In altre parole, l'Albo non ha riscosso – almeno per ora – il successo sperato tra i professionisti e gli altri esperti di procedure di affidamento, i quali, evidentemente, non hanno trovato conveniente iscriversi.

Da ciò è discesa l'estrema esiguità - se non anche la totale assenza in taluni casi - di iscritti nelle varie sottosezioni dell'Albo e la conseguente impossibilità di utilizzo dello stesso secondo le modalità previste dalle Linee guida. Infatti, perché sia garantita effettivamente l'imparzialità dei commissari prescelti, gli iscritti in ciascuna sottosezione devono essere in numero tale da garantire l'indeterminatezza dei nominativi dei commissari prima della presentazione delle offerte e da consentire l'estrazione di un numero congruo di nominativi da cui trarre i membri effettivi della costituenda commissione.

L'ANAC ha stimato che per un pieno ed efficace funzionamento dell'Albo, gli iscritti dovrebbero essere almeno 20/25 mila²! Può affermarsi senza timore di smentita che siamo ben lontani dal raggiungere tale risultato.

Per far fronte a tali difficoltà operative, l'Autorità è intervenuta su più fronti, ivi compresa l'adozione di un atto di segnalazione volto a suggerire al Governo e al Parlamento una modifica legislativa. Vedremo oltre di che si tratta.

1. Le Linee guida ANAC n. 5 e il loro aggiornamento

In attuazione dell'art. 78 del Codice, l'ANAC ha adottato le Linee guida n. 5 volte a disciplinare i criteri e le modalità di iscrizione all'Albo nazionale da parte dei soggetti interessati a svolgere le funzioni di componenti delle commissioni giudicatrici nelle procedure d'appalto. Dette Linee guida, da un lato, disciplinano le modalità di funzionamento e aggiornamento dell'Albo nonché gli adempimenti cui sono tenute le stazioni appaltanti per richiedere l'elenco degli esperti da cui sorteggiare i membri delle istituende commissioni giudicatrici e, dall'altro, individuano i requisiti di moralità, professionalità e indipendenza che gli aspiranti commissari devono possedere per iscriversi all'Albo.

Le Linee guida, adottate in prima battuta nel novembre 2016 ma sottoposte a revisione nel gennaio 2018 a seguito dell'emanazione del decreto correttivo, sono state recentemente oggetto di una nuova proposta di aggiornamento,

posta, in forma di consultazione, all'esame degli stakeholders³.

Le parti revisionate chiariscono essenzialmente alcuni aspetti inerenti all'iscrizione all'Albo da parte del personale in quiescenza o del personale in distacco o comando presso altra amministrazione, ovvero agli obblighi di copertura assicurativa;

L'Albo nazionale dei componenti delle commissioni giudicatrici avrebbe dovuto essere pienamente operativo a decorrere dal 15 gennaio scorso. L'esiguo numero di iscritti ha, tuttavia, costretto l'Autorità a far slittare detto termine. Con un Comunicato del 9 gennaio scorso, il Presidente dell'ANAC ha differito il termine per la piena operatività al 15 aprile 2019.



1. Linee guida n. 5, di attuazione del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti "Criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici", aggiornate al D.Lgs. 56 del 19/4/2017 con deliberazione del Consiglio n. 4 del 10 gennaio 2018.

2. Si veda l'Atto di segnalazione n. 1 del 09.01.2019 dell'ANAC.

3. Si veda il documento in consultazione avente ad oggetto <<Aggiornamento Linee guida n. 5 recanti "Criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici">>, pubblicato sul sito dell'Autorità il 08.02.2019.

infine introducono alcune nuove sottosezioni e prevedono lo slittamento del termine di decorrenza della piena operatività dell'Albo al 15 aprile 2019, in linea con quanto già anticipato dal Presidente ANAC con il suo Comunicato dei primi di gennaio.

2. Le modalità di funzionamento dell'Albo nazionale dei componenti delle commissioni giudicatrici

Ai sensi dell'art. 77 del Codice, nelle procedure di appalto in cui il criterio di aggiudicazione sia quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico ed economico spetta a una commissione giudicatrice, composta da esperti nello specifico settore cui afferisce l'oggetto del contratto. Le Linee guida n. 5, in conformità a quanto stabilito dal Codice, precisano che i commissari devono necessariamente essere iscritti all'Albo nazionale istituito presso ANAC, anche se appartenenti alla stazione appaltante che indice la gara.

L'Albo è composto da una **sezione ordinaria** e una **sezione speciale**. Nella sezione ordinaria vi è l'elenco degli esperti che possono essere selezionati dall'Autorità a seguito di richiesta delle stazioni appaltanti nonché direttamente dalle stesse a determinate condizioni; in quella speciale sono presenti gli esperti selezionabili per le procedure di aggiudicazione svolte da Consip, Invitalia e dai Soggetti aggregatori regionali.

La regola generale prevede che i commissari debbano essere sempre scelti mediante sorteggio pubblico a partire da un elenco di candidati estratti dall'Albo da parte dell'Autorità, su richiesta della stazione appaltante. L'elenco di candidati deve contenere un numero almeno doppio di soggetti rispetto al numero di componenti da nominare e deve essere formato nel rispetto del principio di rotazione. La formazione di tali elenchi è affidata ad un software applicativo, le cui modalità di funzionamento sono dettate da apposite istruzioni operative dell'ANAC.

Vi sono tuttavia alcune eccezioni alla su descritta procedura ordinaria di scelta.

La prima riguarda le procedure di affidamento di servizi e di forniture d'importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, di lavori di importo inferiore ad un milione di euro e di quelli che non presentano particolare complessità⁴. In questi casi, le stazioni appaltanti hanno la possibilità di nominare alcuni componenti interni, **escluso il Presidente**, nel rispetto del principio di rotazione.

Non è chiaro, invero, se le Linee guida intendano che, in tali casi, i membri della commissione possano essere dipendenti interni alla stazione appaltante **anche non iscritti all'Albo**, ovvero l'iscrizione

all'Albo debba in ogni caso sussistere e si deroghi semplicemente alla procedura di richiesta dell'elenco ad ANAC e al successivo sorteggio pubblico. Se si guarda alla *ratio* dell'eccezione, volta plausibilmente a semplificare la procedura

Le Linee guida prevedono che i commissari debbano essere scelti - di regola - mediante sorteggio pubblico a partire da un elenco di candidati estratti dall'Albo da parte dell'Autorità, su richiesta della stazione appaltante. L'elenco di candidati deve contenere un numero almeno doppio di soggetti rispetto al numero di componenti da nominare e deve essere formato nel rispetto del principio di rotazione.

4. Sono considerate di non particolare complessità i sistemi dinamici di acquisizione di cui all'art. 55 del Codice dei contratti, le procedure interamente gestite tramite piattaforme telematiche di negoziazione, ai sensi dell'art. 58 del Codice e quelle che prevedono l'attribuzione di un punteggio tabellare secondo criteri basati sul principio on/off (in presenza di un determinato elemento è attribuito un punteggio predeterminato, senza alcuna valutazione discrezionale, in assenza è attribuito un punteggio pari a zero) sulla base di formule indicate nella documentazione di gara.

nelle ipotesi di gare meno complicate o comunque di minor rilevanza economica, verrebbe da propendere per la prima tesi, tenuto conto anche del fatto che non è facile trovare un congruo numero di iscritti all'Albo tra i dipendenti di una stazione appaltante, soprattutto se di piccole dimensioni.

Tuttavia, il dato letterale delle Linee guida non aiuta a dirimere tale dubbio, seppure, invero, quando si parla delle procedure di minore complessità, l'Autorità fa riferimento alla possibilità da parte della stazione appaltante di scegliere i commissari tra i dipendenti interni, nel rispetto del principio di rotazione senza fare alcun cenno ad eventuali richieste o comunicazioni ad ANAC, adempimento invece previsto per la seconda eccezione alla procedura ordinaria di cui diremo poco oltre.

Anche tale argomento parrebbe a sostegno della tesi per cui è possibile selezionare commissari interni non iscritti all'Albo, per le gare non complesse o di minore importo.

La seconda fattispecie eccezionale è quella prevista in caso di affidamento di contratti per servizi e forniture di elevato contenuto scientifico tecnologico o innovativo, relativi ad attività di ricerca e sviluppo. In tali ipotesi, infatti, in considerazione della specificità dei profili, la stazione appaltante può inviare una richiesta motivata all'Autorità per la selezione di componenti scelti tra un ristretto numero di esperti anche interni alla stessa stazione appaltante, indicando i motivi per cui si ritiene che non si possa far ricorso a esperti selezionati con estrazione tra quelli presenti nelle sottosezioni dell'Albo.

L'ANAC, esaminata tale istanza, può richiedere integrazioni alla documentazione prodotta o convocare in audizione la stazione appaltante. Laddove l'Autorità non sia d'accordo su tutti o su alcuni dei profili professionali specifici proposti dalla stazione appaltante, procederà secondo le modalità ordinarie di estrazione nella sottosezione che la stazione appaltante deve comunque aver indicato nella propria richiesta. Il documento di aggiornamento delle Linee guida posto in consultazione ha precisato che, tra gli esperti

indicati dalla stazione appaltante nella richiesta da presentare all'ANAC, può essere incluso anche il Presidente della commissione.

3. Gli adempimenti in capo alle stazioni appaltanti

Secondo le Linee guida dell'Autorità, le stazioni appaltanti devono indicare nella *lex specialis* di gara una serie di informazioni attinenti alle professionalità richieste ai membri della commissione, al numero di componenti della medesima, alla possibilità di scegliere componenti interni, alle modalità di lavoro della commissione, ai criteri di scelta del Presidente, e così via.

Di particolare rilievo pratico è sicuramente l'individuazione delle caratteristiche professionali che i commissari di gara devono possedere. In funzione di queste, infatti, la stazione appaltante deve individuare la o le sottosezioni nell'ambito delle quali l'Applicativo ANAC individuerà i candidati da inserire nell'elenco da cui sorteggiare i membri. Nella prima fase di operatività dell'Albo, in cui molte sottosezioni dello stesso potranno non essere sufficientemente popolate, si capisce facilmente quanto possa essere importante selezionare il giusto ambito entro il quale operare le estrazioni dei nominativi, in modo da garantire effettivamente l'indeterminatezza a monte dei nominativi estraibili e la concreta applicazione del principio di rotazione.

Altro aspetto da considerare è la possibilità, da parte della stazione appaltante, di indicare nella documentazione di gara l'eventuale numero di componenti interni, da scegliersi in ogni caso tra gli iscritti all'Albo. In proposito, le Linee guida prevedono che, in generale, fatte salve – si ritiene – le eccezioni di cui abbiamo parlato nel precedente paragrafo, la nomina di commissari interni, una volta entrato a regime il sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti di cui all'art. 38 del Codice, potrà essere effettuata solo quando nell'Albo vi sia un numero di esperti della stazione appaltante sufficiente a consentire il rispetto dei principi di indeterminatezza del nominativo dei commissari di gara prima della presentazione delle offerte e di

rotazione delle nomine. Fino a tale momento, le stazioni appaltanti potranno procedere a nominare esperti interni, purché iscritti all'Albo, nei limiti delle disponibilità in organico della stazione appaltante. Le stazioni appaltanti dovranno esplicitare negli atti di gara i compiti attribuiti alla commissione, che possono di regola spingersi fino all'ausilio al RUP nella valutazione della congruità delle offerte tecniche. Non è ovviamente ammessa l'attribuzione di compiti di amministrazione attiva.

Per quanto attiene ai criteri per la scelta del Presidente della commissione, le Linee guida ANAC si limitano a stabilire che essi devono essere specificati dalla stazione appaltante nella *lex specialis*, scegliendoli tra il principio della competenza, la valutazione dei *curricula*, gli anni di esperienza maturati o il sorteggio.

Una volta ricevuto l'elenco dei candidati estratti dall'Applicativo ANAC e prima di procedere al sorteggio pubblico, la stazione appaltante dovrà tempestivamente comunicare agli aspiranti commissari l'oggetto della gara, il nominativo delle imprese ammesse, la data del sorteggio, il termine per l'accettazione dell'incarico nonché il compenso dovuto⁵. Ciò consente ai candidati di poter valutare tempestivamente l'esistenza di cause di incompatibilità o di impossibilità a svolgere l'incarico, nonché, nel caso di esperti dipendenti pubblici, di attivare le procedure per la richiesta dell'autorizzazione allo svolgimento dell'incarico.

Laddove l'esperto inserito nell'elenco si trovi in una situazione di incompatibilità, o ritenga di dover rifiutare l'incarico o, ancora, non riceva l'autorizzazione da parte del proprio ente di appartenenza, sarà tenuto a darne immediata

comunicazione alla stazione appaltante, per darle modo di cercare un sostituto.

4. I requisiti per l'iscrizione all'Albo in qualità di esperti e le cause di incompatibilità

Le Linee guida n. 5 prevedono che possano iscriversi a ciascuna sottosezione le seguenti categorie di soggetti:

- 1) professionisti la cui attività è assoggettata all'obbligo di iscrizione in ordini o collegi;
- 2) professionisti la cui attività non è assoggettata all'obbligo di iscrizione in ordini o collegi;
- 3) dipendenti delle amministrazioni aggiudicatrici,
- 4) professori ordinari, professori associati, ricercatori delle Università italiane e posizioni assimilate.

Per tutte le suddette figure, fatte le opportune distinzioni, sono richiesti una serie di requisiti di esperienza e professionalità. Tra questi, il primo è l'iscrizione all'ordine o collegio professionale di appartenenza da almeno cinque anni, dieci per gli

affidamenti più complessi; ai dipendenti pubblici è richiesta l'esperienza professionale nell'amministrazione per periodi simili. Sono inoltre richiesti il rispetto degli obblighi formativi nonché l'assenza di sanzioni disciplinari. Gli aspiranti iscritti all'Albo devono inoltre essere in regola con gli obblighi previdenziali ed essere in possesso della copertura assicurativa obbligatoria per la copertura di danni all'amministrazione aggiudicatrice, anche in conseguenza di richieste risarcitorie di terzi.

Le stazioni appaltanti devono indicare nella *lex specialis* di gara il tipo di professionalità richiesta ai membri della commissione, con indicazione delle sottosezioni dell'Albo da consultare; il numero di componenti richiesti; l'eventuale possibilità di scegliere componenti interni; i compiti assegnati alla commissione e le sue modalità di lavoro; i criteri di scelta del Presidente.



Nel documento in consultazione uno dei più rilevanti aggiornamenti proposti alle vigenti Linee

5. Compenso determinato ai sensi del decreto del Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti del 12 febbraio 2018.

guida riguarda proprio la copertura assicurativa. Nella parte che disciplina il periodo transitorio, il documento è integrato dalla previsione secondo cui <<fino a successiva deliberazione dell’Autorità il requisito di iscrizione all’Albo (...) relativo al possesso di una copertura assicurativa per i danni derivanti dall’attività di commissario **deve essere posseduto dall’esperto al momento dell’accettazione dell’incarico di componente di commissione giudicatrice e non necessariamente al momento dell’iscrizione all’Albo**>>.

Un ulteriore, importante requisito per l’iscrizione all’Albo è l’aver svolto, nell’ultimo triennio, almeno tre incarichi (cinque per gli affidamenti più complessi) relativi alla sottosezione per cui si chiede l’iscrizione. È valutabile a tal fine anche l’aver svolto funzioni di RUP, commissario di gara, direttore dei lavori o direttore dell’esecuzione, nonché l’aver conseguito altri titoli di formazione specifica nelle materie di interesse.

Non possono essere iscritti all’Albo, o se iscritti non possono permanervi, coloro che non si trovino in condizioni di moralità e compatibilità adeguate alla funzione. Per tale ragione sono esclusi coloro che hanno riportato condanne anche non definitive per una serie di gravi reati contro la pubblica amministrazione, o di associazione finalizzata al traffico di droga o di armi, ovvero per delitti di frode contro gli interessi delle Comunità europee o di terrorismo, sfruttamento del lavoro minorile e così via.

Non possono, altresì, essere iscritti all’Albo coloro che, in qualità di membri delle commissioni giudicatrici, abbiano concorso, con dolo o colpa grave accertati in sede giurisdizionale, all’approvazione di atti dichiarati illegittimi.

Prima dell’accettazione dell’incarico, i commissari di gara devono dichiarare l’inesistenza delle cause d’incompatibilità o di astensione. L’assenza di cause di incompatibilità, astensione o esclusione deve persistere per tutta la durata dello stesso.

Le Linee guida precisano inoltre che, fino a che non sarà operativa la piena interazione dell’Albo con le banche dati istituite presso le amministrazioni detentrici delle informazioni inerenti ai requisiti dei commissari, la verifica dei requisiti dei commissari estratti è a carico delle stazioni appaltanti, le quali hanno l’onere di verificare, anche a campione, le autodichiarazioni presentate dagli stessi in ordine alla sussistenza dei requisiti.

Una volta che le banche dati saranno tra loro pienamente integrate, le stazioni appaltanti si limiteranno a verificare l’insussistenza di cause di incompatibilità mentre l’ANAC verificherà il possesso dei prescritti requisiti di moralità. Il

mancato possesso dei requisiti o la dichiarazione di incompatibilità dei candidati deve essere **t e m p e s t i v a m e n t e** comunicata all’ANAC dalla stazione appaltante che ne venga a conoscenza, ai fini dell’eventuale cancellazione dell’esperto dall’Albo e della selezione di un nuovo esperto.

Ci sia consentito di far notare come appaia quantomeno inopportuno che dall’istituzione dell’Albo nazionale ANAC scaturiscano nuovi oneri di verifica a carico delle stazioni appaltanti, come se non bastassero quelli già esistenti. Le amministrazioni

che bandiscono le gare si troveranno così costrette ad effettuare laboriosi controlli sulla sussistenza dei requisiti autodichiarati dagli aspiranti commissari, come già accade per i requisiti di partecipazione delle imprese concorrenti, con conseguente

I soggetti esperti interessati all’iscrizione all’Albo nazionale dei commissari di gara devono essere in possesso di specifici requisiti di esperienza e professionalità, nonché di requisiti di moralità e compatibilità, la cui sussistenza deve essere verificata dalle stazioni appaltanti. L’assenza di cause di incompatibilità allo svolgimento dei singoli incarichi di commissario deve permanere per tutta la durata dei lavori della commissione.



aggravamento della procedura. Sarebbe stato senz'altro più auspicabile che ANAC "certificasse" *ab origine* gli aspiranti iscritti all'Albo nazionale mediante apposite verifiche pre-iscrizione.

5. L'Applicativo ANAC e le istruzioni operative dettate con il Comunicato del Presidente del 18 luglio 2018

Le iscrizioni all'Albo e le modalità di estrazione degli elenchi di candidati sono gestite da un software applicativo messo a disposizione dall'Autorità nel proprio sito istituzionale. Con un comunicato pubblicato nel luglio scorso, il Presidente Cantone ha dettato istruzioni operative per l'utilizzo di tale Applicativo.

In primo luogo, i candidati in possesso dei requisiti di esperienza, di professionalità e di onorabilità richiesti possono iscriversi all'Albo, attraverso l'Applicativo, autocertificando il possesso dei suddetti requisiti.

Per procedere è necessario che l'interessato sia in possesso di un dispositivo per la firma digitale e di un indirizzo PEC.

I candidati che possiedono i requisiti per l'iscrizione in più di una delle categorie potranno compilare la domanda selezionando tutti i profili posseduti.

Di particolare importanza è che il candidato dichiari se è dipendente di una stazione appaltante. In caso affermativo, lo stesso potrà decidere di iscriversi solo come commissario interno dell'amministrazione di appartenenza oppure anche come commissario esterno per le procedure indette da altre stazioni appaltanti.

L'iscrizione all'Albo comporta il pagamento di una tariffa di iscrizione annuale. Il mancato pagamento della tariffa comporta il rifiuto dell'iscrizione. La stessa - molto opportunamente - non è esigibile nei riguardi degli esperti iscritti solo come commissari interni delle amministrazioni aggiudicatrici di appartenenza. Ogni anno, entro il 31 gennaio, ai fini del mantenimento dell'iscrizione, l'esperto dovrà confermare, tramite l'Applicativo, la permanenza dei requisiti dichiarati.

Nelle ipotesi in cui l'iscritto intenda cancellarsi, egli dovrà darne comunicazione, sempre tramite l'Applicativo, all'Autorità, avendo tuttavia l'obbligo di portare a termine le attività nella commissione in cui sia stato nominato commissario. Il suo nominativo sarà posto in una condizione di non visibilità al fine di evitare ulteriori estrazioni. Laddove invece lo stesso non stia svolgendo alcun incarico quale componente di commissioni potrà essere cancellato senza ulteriori formalità.

Le istruzioni operative ANAC precisano opportunamente che la stazione appaltante deve richiedere, tramite l'Applicativo ed in coerenza con quanto indicato nella *lex specialis*, che la selezione degli esperti avvenga, oltre che nell'ambito delle sottosezioni principali, anche in una o più sottosezioni equivalenti o subordinate, e ciò al fine di ridurre le probabilità che l'estrazione possa non individuare il numero di esperti richiesti.

L'Applicativo fornisce la lista degli esperti estratti alla stazione appaltante richiedente. L'estrazione avverrà secondo i seguenti criteri:

- a) saranno privilegiati gli esperti con il minor numero di nomine ricevute a componente di commissione giudicatrice, considerando tutte le sottosezioni di iscrizione e tutti i periodi di iscrizione;
- b) sarà garantita la casualità e l'indipendenza dell'estrazione degli esperti mediante una funzionalità automatica di generazione di numeri casuali.

L'estrazione si considera validamente effettuata quando il numero degli esperti estratti risulti corrispondente a quello richiesto dalla stazione appaltante. Tale estrazione potrà essere annullata, attraverso l'Applicativo, previa adeguata motivazione. In tal caso, la stazione appaltante dovrà procedere ad una nuova richiesta di estrazione per la stessa procedura di affidamento. Se l'estrazione non consente di soddisfare le richieste della stazione appaltante, per insufficiente disponibilità di esperti estraibili, la stessa risulterà invalida. L'Applicativo genererà in tal caso un file in formato pdf contenente l'esito negativo dell'estrazione. In tale ipotesi, la stazione appaltante dovrà ripetere la procedura di estrazione.

Entro tre giorni dalla nomina della commissione, la stazione appaltante ha l'onere di comunicare all'Autorità, tramite l'Applicativo, l'esito del sorteggio, la composizione della commissione, ivi compresi i componenti interni, gli eventuali impedimenti che hanno escluso dal sorteggio uno o più esperti estratti o l'eventuale mancata accettazione dell'incarico da parte di taluni di essi. L'ANAC rileva come la comunicazione tempestiva di tali informazioni sia essenziale ai fini del corretto funzionamento dell'Applicativo, in quanto gli iscritti compresi nella lista rimangono in condizione di non estraibilità fino al ricevimento delle suddette comunicazioni.

In caso di impedimento o incompatibilità di uno o più candidati designati, sarà individuato, con nuovo sorteggio pubblico, un sostituto all'interno della lista già proposta dall'Autorità.

Infine, entro tre giorni dalla conclusione dei lavori della commissione, la stazione appaltante deve darne comunicazione all'ANAC al fine di poter "rimettere in gioco" i commissari che abbiano concluso l'incarico.

6. L'atto di segnalazione ANAC al Governo e al Parlamento per la modifica dell'art. 77 del Codice

Come accennato in premessa, l'Autorità, contestualmente al differimento del termine per la piena operatività dell'Albo, ha adottato un atto

di segnalazione⁶, ai sensi dell'art. 213, comma 3, lett. d) del Codice, per rappresentare al Governo e al Parlamento l'opportunità di apportare urgenti modifiche alla vigente disciplina in tema di nomina delle commissioni giudicatrici. Secondo ANAC, infatti, la mancata o insufficiente iscrizione, da parte dei professionisti interessati, nelle diverse sottosezioni dell'Albo dei commissari rende in concreto inattuabile la modalità di nomina dei componenti delle commissioni prevista dalla vigente normativa.

Particolarmente interessante è l'inquadramento che l'Autorità fa rispetto al proprio potere di regolazione in materia. Secondo ANAC, infatti, «il legislatore ha demandato all'Autorità la disciplina, con Linee guida, **dei criteri e delle modalità di iscrizione nell'Albo dei commissari di gara** (...) nonché, (...) la disciplina **delle modalità di funzionamento delle commissioni giudicatrici,**

stabilendo chiaramente che fino all'adozione della predetta disciplina si applica il regime transitorio delineato dall'art. 216, comma 12 del Codice⁷>>.

Da ciò discende che l'ambito dell'intervento regolatorio dell'Autorità sia da considerarsi circoscritto agli aspetti sopra indicati; non è stato, d'altro canto, previsto che una fonte di rango secondario, quali le Linee guida dell'Autorità, possa derogare alla disciplina transitoria dettata dal citato art. 216. Conseguentemente, così interpretando il dettato legislativo, il superamento del periodo transitorio si avrà solo e soltanto quando l'Autorità

L'ANAC ha messo a punto un software applicativo che consente, mediante estrazione, la formazione di un elenco di esperti corrispondente, per numero e professionalità, a quanto richiesto dalla stazione appaltante. Da tale elenco si procederà poi ad individuare i commissari mediante sorteggio pubblico. In caso di necessità di sostituire qualche commissario si dovrà attingere dal medesimo elenco.



6 Atto di segnalazione n. 1 del 9 gennaio 2019, approvato con delibera dal Consiglio dell'Autorità.

7 Art. 216, comma 12, primo periodo, del Codice: «<Fino alla adozione della disciplina in materia di iscrizione all'Albo di cui all'articolo 78, la commissione continua ad essere nominata dall'organo della stazione appaltante competente ad effettuare la scelta del soggetto affidatario del contratto, secondo regole di competenza e trasparenza preventivamente individuate da ciascuna stazione appaltante>>».

avrà esercitato il suo potere regolatorio sui criteri e modalità di iscrizione all'Albo e sulle modalità di funzionamento delle commissioni (e questo è accaduto con l'adozione delle Linee guida e delle istruzioni operative) nonché quando si sarà raggiunta la piena operatività del sistema di attuazione dell'Albo.

Quest'ultimo aspetto non si è ancora concretizzato per le difficoltà sopra viste. Laddove si dovesse realizzare la piena operatività dell'Albo a decorrere dal 15 aprile prossimo - cosa di cui è lecito dubitare stante l'attuale situazione - da tale data sarebbe superato il periodo transitorio di cui all'art. 216 succitato.

Ciò premesso, stante l'esiguo numero di iscrizioni, ANAC ammette che <<allo stato, l'insufficiente implementazione dell'Albo (...) rende di difficile attuazione il sistema di gestione dell'Albo dei commissari di gara>>.

L'Autorità argutamente osserva che il quadro normativo non pare consentire la possibilità di nominare i commissari con modalità diverse da quelle descritte all'art. 77 per i casi di insufficienza di iscrizioni. L'unica ipotesi in cui il Codice disciplina espressamente una soluzione alternativa è con riferimento alla sezione speciale, da utilizzare per la nomina dei commissari nell'ambito di gare bandite da CONSIP, INVITALIA o dai soggetti aggregatori regionali.

In tali casi, laddove non siano disponibili esperti ivi iscritti in numero sufficiente, essi potranno essere selezionati anche <<tra gli esperti della sezione speciale che prestano servizio presso la stessa stazione appaltante (in prima battuta esclusi, ndr) ovvero, se il numero risulti ancora insufficiente, ricorrendo anche agli altri esperti iscritti all'Albo al di fuori della sezione speciale>>⁸.

Altrettanto non è previsto in caso di insufficiente numero di iscritti nella Sezione ordinaria. In questi casi - che, peraltro, saranno la quasi totalità - ANAC fa notare come non sia possibile neppure ipotizzare <<la possibilità di istituire un "doppio regime" di nomina dei commissari di gara (...) tale da ritenere applicabili - contemporaneamente - il sistema transitorio delineato dal citato art. 216, comma 12, e quello disciplinato con linee guida dell'Autorità>>.

Ciò in ragione del fatto che, come sopra detto, le norme vigenti non contemplano tale possibilità, né prevedono che la stessa sia demandata alle Linee guida, considerato il loro delimitato ambito di regolamentazione.

Tra l'altro, un'applicazione parziale del nuovo regime - limitata solo ad alcune sottosezioni - rischierebbe, verosimilmente, di determinare difficoltà applicative dell'intero sistema perché sarebbe complesso distinguere i settori sottoposti al nuovo regime da quelli sottratti allo stesso fino alla piena operatività del sistema gestito dall'Autorità, soprattutto quando vi sia la necessità di nominare una commissione giudicatrice con professionalità miste da estrarre da differenti sottosezioni, alcune delle quali magari prive di iscrizioni o scarsamente implementate.

Da ciò scaturisce il suggerimento dell'Autorità di procedere con un'urgente modifica dell'art. 77 del Codice, invero certamente auspicabile, del seguente tenore: all'art. 77 dovrebbe essere aggiunto un comma 3-bis che disponga che <<in

caso di indisponibilità o di disponibilità insufficiente di esperti iscritti nella sezione ordinaria dell'Albo ai fini della compilazione della lista di cui al comma 3, **la commissione è nominata, anche solo parzialmente, dall'organo della stazione appaltante competente ad effettuare la scelta del soggetto affidatario del contratto,**

Con un atto di segnalazione contestuale al differimento del termine per l'avvio della piena operatività dell'Albo, l'Autorità ha proposto una modifica legislativa volta a permettere la costituzione delle commissioni anche nei casi di indisponibilità o di disponibilità insufficiente di esperti iscritti nella sezione ordinaria dell'Albo.

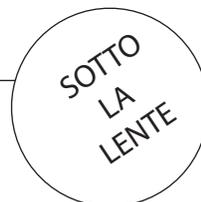
secondo regole di competenza e trasparenza preventivamente individuate da ciascuna stazione appaltante>>, e sino ad ora già applicate, in quanto previste dal regime transitorio di cui al citato art. 216, comma 12.

Resta da chiedersi se l'Autorità abbia fatto una riflessione sulle cause dello scarsissimo interesse per ora suscitato dall'Albo tra i potenziali iscritti. Tali cause sono, probabilmente, da ricercarsi negli

ingenti costi di iscrizione (dati dalla tariffa annuale dovuta, dagli oneri assicurativi nonché dai possibili costi di trasferta laddove si accettino incarichi in tutto il territorio nazionale) e nelle rilevanti responsabilità connesse, soprattutto nel caso di gare bandite in zone del Paese da considerarsi "a rischio" sotto il profilo delle possibili interferenze nei lavori della commissione; costi e responsabilità evidentemente non compensati dagli onorari previsti per lo svolgimento dell'incarico.

Decreto “Sblocca cantieri” e modifiche al Codice dei contratti pubblici

di Massimiliano Lombardo



Premesse

Il Consiglio dei ministri del 20 marzo 2019 ha approvato - ma “salvo intese” - il testo del futuro Decreto Legge recante “Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici e misure per l’accelerazione degli interventi infrastrutturali, norme per la semplificazione dell’attività edilizia in generale e scolastica in particolare e misure per eventi calamitosi”: troppe misure o troppo poco incisive?

1. Il testo “approvato” dal Consiglio dei ministri del 20 marzo 2019

Il Consiglio dei ministri del 20 marzo 2019 ha approvato - con la formula “salvo intese” - il testo di Decreto Legge recante “*Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici e misure per l’accelerazione degli interventi infrastrutturali*”. Il testo portato in approvazione, le cui bozze erano comunque circolate su alcuni siti specializzati (con tanto di nota accompagnatoria della Presidenza del Consiglio dei Ministri) è frutto di un lungo dibattito all’interno del Governo, acceso anche dalle recenti prese di posizione sull’“infrastruttura - simbolo” degli interventi afflitti da annosi blocchi, la T.A.V. Torino-Lione, pertanto ribattezzato “Sblocca Cantieri”.

Ufficialmente il Governo, sul proprio portale istituzionale, ha comunicato che *“Il Consiglio dei Ministri, su proposta del Presidente Giuseppe Conte, del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti Danilo Toninelli e del Ministro dello sviluppo economico Luigi Di Maio, ha approvato un decreto-legge che introduce disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici e misure per l’accelerazione degli interventi infrastrutturali, norme per la semplificazione dell’attività edilizia in generale e scolastica in particolare e misure per eventi calamitosi”*, ma data la consueta (e quanto mai discutibile, sotto il profilo del procedimento di approvazione normativa) formula del *“salvo intese”*, ne è stata ritardata la pubblicazione.

Di fatto, quindi, dal Consiglio dei Ministri del 20 marzo 2019 non è uscito un testo approvato, sulla cui base costruire il tanto atteso decreto legge (c.d. *“Sblocca-cantieri”*), ma lo stesso testo circolato nell’immediatezza della riunione – ufficialmente *“approvato”*, ma sul quale la *“riserva di intese”* ha impedito l’ufficializzazione. In pratica, la formula sta ad indicare che il disegno di legge potrà subire ulteriori *“ritocchi”*, anche dopo l’*“approvazione”* da parte del Consiglio dei Ministri, cioè prima di diventare un vero e proprio Decreto Legge.

Successivamente, notizie di stampa hanno circolarizzato la notizia di ulteriori modifiche apportate al testo, prima della pubblicazione, da ultimo in data 2 aprile.

2. Lo Sblocca-cantieri e le norme in materia di appalti pubblici: un coordinamento difficile

Il testo di Decreto legge è composto di cinque articoli: 1) *“modifiche al codice dei contratti pubblici”*, 2) *“disposizioni sulle procedure di affidamento in caso di crisi di impresa”*, 2 bis *“misure per il partenariato pubblico-privato”*, 3) *“disposizioni in materia di semplificazione della disciplina degli interventi*

strutturali in zone sismiche” e 4) *“commissari straordinari, interventi sostitutivi e responsabilità erariali”*; ove, naturalmente, i primi quattro sono quelli che hanno creato la maggior parte delle dissonanze all’interno del Governo.

La tecnica normativa è quella di inserire modifiche alle disposizioni vigenti, cercando così di trasformare diversi istituti in chiave di maggior semplificazione, attraverso l’aggiunta/rimaneggiamento di articoli e commi, ma con il rischio, sempre in agguato, di perdere di vista la sintesi e la coerenza interna dei testi normativi così interpolati e senza un vero e proprio programma organico di riforma.

Insomma, una sorta di *patchwork* che si innesta su un corpus normativo già problematico, nel tentativo di smussare le asperità che riducono la crescita economica, ma privo di un disegno strategico di base, quindi senza armonizzarsi in un contesto economico/sociale che si muova in senso solidale alla norma¹.

La sensazione, poi, è quella di voler riunire, in un unico atto normativo *“emergenziale”*, troppe modifiche ai testi normativi vigenti, assai eterogenei tra loro (secondo un *clichè* già collaudato, ad esempio, per le disposizioni relative alla legge europea): con la conseguenza di veder frustrate le novelle tanto annunciate ed attese.

Qualche dubbio, in realtà, ben poteva discendere dalle polemiche scambiate *“a mezzo stampa”* alla vigilia della riunione del Consiglio dei Ministri: prima fra tutte quella di voler far traghettare, con lo Sblocca-cantieri, anche un impopolare condono edilizio – cioè una norma che con le *“grandi opere”* poco ha a che vedere –, subito seguita dalla proposta di gestire le crisi delle grandi opere infrastrutturali tramite commissari straordinari plenipotenziari, censurata per le temute deroghe alla trasparenza amministrativa (allarme, poi, *“rientrato”* a seguito delle modifiche delle ultime ore, con cui vengono, comunque, posti limiti ai poteri programmatori e di

1. In tal senso, il Comunicato dell’ANCE del 21 marzo 2019 in cui l’Associazione dei Costruttori Edili esorta il Governo ad attuare misure maggiormente incisive e, al contempo, lamenta il ritorno ad alcune norme già criticate in passato, tra cui la reintroduzione del criterio di aggiudicazione al *“maggior ribasso”*.

spesa dei Commissari).

Dunque, nella consapevolezza che qualcosa possa ancora cambiare, rispetto al testo approvato in Consiglio dei Ministri, è interessante esaminare il gruppo di norme che – riunite nell'articolo 1 – si propone di intervenire sull'attuale formulazione del Codice dei contratti pubblici, introducendo alcuni correttivi in termini di semplificazione delle procedure, con l'obiettivo di "rilanciare" gli appalti pubblici e – appunto – "sbloccare" i cantieri di infrastrutture in annoso affanno.

Rispetto all'articolo 1, dunque, devono leggersi come deroghe le disposizioni in materia di gestione commissariale delle emergenze, di cui all'art. 4, così come le norme in materia di costruzioni in zone sismiche – che nell'intento del Governo avrebbero dovuto modificare il "Testo Unico per l'Edilizia" (il DPR n. 380/2001) –, raccolte nell'articolo 3; invece, le previsioni contenute nell'articolo 2, relative agli affidamenti effettuati a favore di imprese in stato di crisi, devono armonizzarsi non solo con il D.Lgs. n. 50/2016, ma anche con quanto previsto dal D.Lgs. n. 14/2019 recante il "Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza", in particolare le norme di coordinamento con il codice dei contratti pubblici, di cui all'art. 372.

Infine, appare quanto meno peculiare, dal punto di vista sistematico, la scelta del Legislatore di collocare nell'articolo "2 bis" le disposizioni con cui si amplia lo spettro dei soggetti che possono presentare proposte di *project financing* ad iniziativa "privata" (tra l'altro, inserendovi anche gli Enti previdenziali), di cui all'art. 183, comma 15 del Codice dei contratti pubblici; tale norma, infatti, *ratione materiae* sarebbe stata meglio collocata come art. "1 bis", ovvero proprio nel contesto dell'art. 1 dedicato al Codice dei Contratti Pubblici.

Ciò detto – tenuto conto dell'inserimento in un unico Decreto Legge di un gruppo così eterogeneo di novelle –, si procederà all'esame delle più importanti innovazioni introdotte con lo Sbloccacantieri, nell'ambito del Codice dei contratti pubblici.

3. Il ritorno del Regolamento e l'abbandono della soft law e le "innovazioni" contenute nella disciplina transitoria

Diverse e variegate sono le modifiche proposte, rispetto all'attuale Codice dei Contratti pubblici: tra esse, si ricorda la soppressione dell'Albo Nazionale obbligatorio dei soggetti che possono ricoprire il ruolo di Direttore dei Lavori e di Collaudatore, l'innalzamento da 10 a 15 anni per la valutazione dei requisiti ai fini SOA, la sanzione dell'esclusione per i concorrenti che non abbiano ottemperato agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali non definitivamente accertati, l'estensione del criterio di aggiudicazione al prezzo più basso, che sarà previsto come regola – salvo motivata eccezione della stazione appaltante –, l'utilizzo di formulari standard, in luogo del DGUE, per i soggetti che gestiscono mercati elettronici ovvero che istituiscono o gestiscono un sistema dinamico di acquisizione per lavori, servizi e forniture – ritornando al DGUE solo durante la fase del confronto competitivo per richiedere *eventuali informazioni, afferenti la specifica procedura, ulteriori a quelle già acquisite in fase di abilitazione o ammissione – e, non ultima, la facoltà per le stazioni appaltanti (se specificamente prevista nel bando di gara o nell'avviso con cui si indice la procedura) di decidere che le offerte siano esaminate prima della verifica della documentazione relativa al possesso dei requisiti di carattere generale e di quelli di idoneità e di capacità degli offerenti.*

Nell'ultima versione disponibile del testo normativo, poi, risulta espunta la disposizione che istituiva "a regime" le semplificazioni in materia di affidamento dei lavori pubblici introdotte dall'art. 1, comma 912 della Legge 30 dicembre 2018, n. 145. Più precisamente, (all'art. 1, punto hh) n. 2) la disposizione della Finanziaria viene cancellata dall'art. 36, ma vengono comunque previste altre semplificazioni (art. 1, lett. f) dello Sbloccacantieri). Così, l'art. 36, comma 2, lett. c) del Codice verrebbe soppresso e la lettera b) modificata nel senso di prevedere la procedura negoziata anche per l'affidamento di lavori sino a 200.000 euro (fermo il limite della soglia comunitaria per servizi

e forniture), previa consultazione di almeno tre operatori; alla lettera d), infine, si prevede che l'affidamento possa essere effettuato : *"per i lavori di importo pari o superiore a 200.00 euro e fino alle soglie di cui all'articolo 35 mediante ricorso alle procedure di cui all'articolo 60, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 97, comma 8."*

In ogni caso, comunque, la modifica senz'altro più eclatante è quella che prevede il ritorno al Regolamento attuativo – il DPR n. 207/2010, in realtà, non è mai andato definitivamente "in pensione" -, a discapito del sistema di *soft law*, che verrebbe(anch'esso, progressivamente) abbandonato.

Si arena, così, uno dei tratti distintivi del codice dei contratti pubblici, che ne definiva l'innovatività rispetto al dualismo (codice/decreto attuativo) delle precedenti norme in materia di appalti pubblici.

Per la verità, il sistema di *soft law* non è mai stato completamente attuato (basti pensare al Decreto sulla progettazione, mai emanato) ed, inoltre, là dove si è concretizzato in provvedimenti quali le Linee Guida, ha prodotto disposizioni sulla cui portata precettiva il Consiglio di Stato ha spesso posto limiti. Il ritorno al Regolamento, dunque, dovrebbe riportare in un unico testo a carattere normativo (ovviamente, secondario – il che potrebbe produrre qualche problema di coordinamento con le norme primarie che sono prive di disciplina-quadro da dettagliare attraverso la regolamentazione -) la disciplina delle tematiche più strettamente tecniche, soprattutto per quanto concerne la fase preparatoria delle gare e quella esecutiva dei contratti pubblici.

La previsione di un nuovo Regolamento – stavolta, da formalizzarsi tramite un Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri – è contenuta, sostanzialmente, nella norma di chiusura dello Sblocca-cantieri. Infatti, laddove l'art. 1 è costellato di riferimenti al *"Regolamento di cui all'art. 216, comma 27 octies"* – inducendo il lettore a chiedersi con curiosità crescente quale sia tale Regolamento (giacché, ad oggi, l'art. 216 D.Lgs. n. 50/2016 si ferma al comma 27 septies) – finalmente l'arcano

si risolve al comma hh) n. 8, dove si prevede, appunto, l'emanazione di un nuovo Regolamento, regolandone anche la disciplina transitoria. L'emanando Regolamento disciplinerà vari settori: si possono valutare andando, a ritroso, a rileggere l'art. 1, evidenziando tutte le disposizioni in cui è richiamato il *"Regolamento di cui all'art. 216, comma 27 octies"*. In sintesi, esso recherà le disposizioni attuative ed esecutive del codice, in particolare nelle seguenti materie: a) nomina, ruolo e compiti del responsabile del procedimento; b) progettazione di lavori, servizi e forniture, e verifica del progetto; c) sistema di qualificazione e requisiti degli esecutori di lavori – in particolare i consorzi - e dei contraenti generali; d) procedure di affidamento e realizzazione dei contratti di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie comunitarie; e) direzione dei lavori e dell'esecuzione; f) esecuzione dei contratti di lavori, servizi e forniture, contabilità, sospensioni e penali; g) collaudo e verifica di conformità; h) requisiti degli operatori economici per l'affidamento dei servizi di architettura ed ingegneria; i) lavori riguardanti i beni culturali.

Tale previsione, dunque, è inserita nella disciplina transitoria del Codice vigente, inserendosi così tra le fonti regolatrici della materia dei contratti pubblici al posto del D.P.R n. 207/2010.

Parte dei commentatori, perciò, a fronte dello scetticismo per i tempi (plausibilmente lunghi) dell'emanazione di un nuovo Regolamento, hanno già ipotizzato la reviviscenza tout court del D.P.R. n. 207/2010, almeno per le parti ad oggi non regolate dalle Linee guida e dai Decreti ministeriali attuativi già emanati. ... Difatti a disciplina transitoria prevista dallo Sblocca-cantieri è assai complessa e – in luogo del rinvio al precedente Regolamento – in modo forse contraddittorio , prevede che siano massimizzati gli effetti di quella stessa *soft law* che si vuole sostanzialmente abbandonare, attribuendole altri 180 giorni (per ora...) di sopravvivenza.

Infatti, l'art. 216, comma 27 octies) dispone *"Nelle more dell'adozione, ai sensi dell'articolo 17, comma 1, lettere a) e b), della legge 23 agosto 1988, n. 400, su proposta del Ministro delle infrastrutture e*

dei trasporti, sentita la Conferenza Stato-Regioni, di un regolamento unico recante disposizioni di esecuzione, attuazione e integrazione del presente codice, le linee guida e i decreti adottati in attuazione delle previgenti disposizioni di cui agli articoli 24, comma 2, 31, comma 5, 36, comma 7, 89, comma 11, 111, commi 1 e 2, 146, comma 4, 147, commi 1 e 2, e 150, comma 2, rimangono in vigore o restano efficaci non oltre il centottantesimo giorno successivo alla data di entrata in vigore della presente disposizione.”.

In particolare, il Regolamento di futura emanazione sostituirà le Linee guida n. 3 (sui compiti del RUP), le Linee Guida sugli Organismi di attestazione, il Decreto ministeriale sui sistemi di qualificazione (di cui all’art. 83, comma 2), il Decreto ministeriale sulle categorie super specialistiche (di cui all’art. 89, comma 11).

La “tecnica normativa” di inserire nella disciplina transitoria le novelle forse più attese evidentemente è apparsa opportuna, al Legislatore, per evitare (o almeno contenere) la soluzione di continuità rispetto al previgente Codice dei Contratti pubblici; infatti, proprio all’art. 1, lett. hh) sono inserite le novità più attese.

Innanzitutto, all’art. 216 D.Lgs. n. 50/2016 viene aggiunto il comma 1ter, che recita: *“Per gli interventi di cui al comma 1-bis, le varianti da apportare al progetto definitivo approvato dal CIPE, sia in sede di redazione del progetto esecutivo sia in fase di realizzazione delle opere, sono approvate esclusivamente dal soggetto aggiudicatore qualora non superino del 30% cinquanta per cento il valore del progetto approvato; in caso contrario sono approvate dal CIPE.”*, così consentendo per le c.d. “infrastrutture strategiche” l’approvazione di varianti assai “sostanziose” (il 50%, invece del 30%) senza necessità di interpellare il CIPE – quindi, in termini più rapidi -.

Inoltre, sempre all’art. 216 D.Lgs. n. 50/2016 vengono soppressi il terzo e quarto periodo del comma 4 (lasciando la strada aperta alle semplificazioni in materia di lavori di manutenzione, di cui si dirà infra) e viene aggiunto, al comma 4 bis, l’inciso: *“Il divieto di cui all’articolo 59, comma*

1, quarto periodo, non si applica altresì per le opere i cui progetti definitivi siano approvati dall’organo competente entro il 31 dicembre 2020, con pubblicazione del bando entro i successivi dodici mesi. Il soggetto incaricato della predisposizione del progetto esecutivo non può assumere le funzioni di direttore dei lavori in relazione al medesimo appalto.”, così estendendo sino a fine 2020 il ricorso all’appalto integrato – che a questo punto riacquista la sua legittimità nell’ambito dei contratti di lavori pubblici, rispondendo positivamente alle esigenze delle piccole stazioni appaltanti e, del pari, a quelle delle associazioni rappresentative dei progettisti -.

Infine, lo Sblocca-cantieri si occupa anche della *vexata quaestio* delle concessioni autostradali e, sostituendo l’attuale comma 27 *sexies* dell’art. 216 del Codice, dispone: *“Per le concessioni autostradali già scadute o in scadenza entro trentasei mesi dalla data di entrata in vigore della presente disposizione, e il cui bando è pubblicato entro il 31 dicembre 2019, il concedente può avviare le procedure di gara per l’affidamento della concessione anche sulla base del solo fabbisogno predisposto dal medesimo concedente, limitatamente agli interventi di messa in sicurezza dell’infrastruttura esistente”*: con questa previsione, il Legislatore si affida alle valutazioni tecniche operate dai concessionari uscenti quanto meno per gli interventi – ritenuti urgenti – di messa in sicurezza.

4. La centralità della progettazione: incentivi alla P.A. e pagamento dei progettisti

Lo Sblocca-cantieri contiene anche norme che esaltano l’impianto dell’attuale codice: in particolare, quelle relative alla centralità della progettazione, qui declinata sotto la duplice forma di incentivi alla progettazione interna alla P.A. e di garanzia del pagamento del progettista, nonché alla previsione – del tutto innovativa (e forse anche troppo ottimista) – di retrocedere al progetto di fattibilità tecnica ed economica l’avvio delle procedure espropriative, con chiaro intento acceleratorio.

Si propone, infatti, non solo di devolvere al futuro Regolamento la definizione dei livelli di progettazione, ma al comma 1, lett. b), di modificare l'art. 23 del Codice inserendo una nuova versione del comma 3 bis e del comma 5 ed aggiungendo il comma 11 bis.

Il nuovo comma 3bis, in un'ottica di semplificazione, prevede che le opere di "manutenzione ordinaria e straordinaria, ad esclusione degli interventi di manutenzione straordinaria che prevedono il rinnovo o la sostituzione di parti strutturali delle opere o di impianti, possono essere affidati, nel rispetto delle procedure di scelta del contraente previste dal presente codice, sulla base del progetto definitivo costituito almeno da una relazione generale, dall'elenco dei prezzi unitari delle lavorazioni previste, dal computo metrico-estimativo, dal piano di sicurezza e di coordinamento con l'individuazione analitica dei costi della sicurezza da non assoggettare a ribasso.", prescindendo, quindi, dalla redazione ed approvazione del progetto esecutivo.

Il comma 5 si occupa del progetto di fattibilità tecnica ed economica, esaltandone la funzione programmatica, soprattutto sotto l'aspetto economico, e dispone che esso "individua, tra più soluzioni, quella che presenta il miglior rapporto tra costi e benefici per la collettività, in relazione alle specifiche esigenze da soddisfare e prestazioni da fornire. Per i lavori pubblici di importo pari o superiore alla soglia di cui all'articolo 35 anche ai fini della programmazione ... nonché per l'espletamento delle procedure di dibattito pubblico ... e per i concorsi di progettazione e di idee ... il progetto di fattibilità è preceduto dal documento di fattibilità delle alternative progettuali ... Resta ferma la facoltà della stazione appaltante di richiedere la redazione del documento di fattibilità delle alternative progettuali anche per lavori pubblici di importo inferiore alla soglia di cui all'articolo 35. Nel progetto di fattibilità tecnico ed economica, il progettista sviluppa, nel rispetto del quadro esigenziale, tutte le indagini e gli studi necessari per la definizione degli aspetti di cui al comma 1, nonché gli elaborati grafici per l'individuazione delle caratteristiche dimensionali, volumetriche, tipologiche, funzionali e tecnologiche dei lavori da

realizzare e le relative stime economiche, secondo le modalità previste nel decreto di cui al comma 3, ivi compresa la scelta in merito alla possibile suddivisione in lotti funzionali."

A questo punto, il progetto di fattibilità tecnica ed economica, assume la concretezza necessaria tale per cui "deve consentire, ove necessario, l'avvio della procedura espropriativa.": in tal senso, si retrocede alla fase progettuale preliminare il dettaglio che prima era proprio del progetto definitivo (spesso, del progetto esecutivo), così pensando di poter avviare sin dalle prime fasi progettuali l'iter urbanistico ed espropriativo (approvazione, imposizione del vincolo e dichiarazione di pubblica utilità) e la corretta programmazione dei costi dell'opera - riducendo, in previsione, il ricorso alle varianti -.

A questa norma, così stringente per la stazione appaltante, risponde sul fronte dei concorrenti la nuova formulazione dell'art. 59, ove si prevede che: "I requisiti minimi per lo svolgimento della progettazione oggetto del contratto sono previsti nei documenti di gara nel rispetto del presente codice e del decreto di cui all'articolo 216, comma 27-octies; detti requisiti sono posseduti dalle imprese attestare per prestazioni di sola costruzione attraverso un progettista raggruppato o indicato in sede di offerta, in grado di dimostrarli, scelto tra i soggetti di cui all'articolo 46, comma 1; le imprese attestare per prestazioni di progettazione e costruzione documentano i requisiti per lo svolgimento della progettazione esecutiva laddove i predetti requisiti non siano dimostrati dal proprio staff di progettazione."

Il comma 11 bis dell'art. 23, inoltre, dispone che "Tra le spese tecniche da prevedere nel quadro economico di ciascun intervento sono comprese le spese di carattere strumentale sostenute dalle amministrazioni aggiudicatrici in relazione all'intervento."

In tal modo, appare quasi come un naturale corollario il nuovo comma 1ter dell'art. 59, ove si prevede: "Nei casi in cui in cui l'operatore economico si avvalga di uno o più soggetti qualificati alla realizzazione del progetto, la

stazione appaltante indica nei documenti di gara le modalità per la corresponsione diretta al progettista della quota del compenso corrispondente agli oneri di progettazione indicati espressamente in sede di offerta, al netto del ribasso d'asta, previa approvazione del progetto e previa presentazione dei relativi documenti fiscali del progettista indicato o raggruppato."

La centralità della progettazione, tuttavia, esplica i suoi effetti anche per la stazione appaltante; l'art. 113, comma 2, infatti, va proprio nel senso di incentivare i progettisti "interni" – con ciò evocando una sorta di anticoncorrenzialità – per questo, questa disposizione è una delle norme più criticate dello Sblocca-cantieri –.

Essa prevede, in particolare, che l'incentivo previsto dalla norma si applichi anche "per le attività di progettazione, di coordinamento della sicurezza in fase di progettazione ed esecuzione, di verifica preventiva della progettazione" – attività che attualmente non sono "incentivate".

La panoramica delle norme sulla progettazione si chiude con il consueto rinvio all'emanando Regolamento – che, ai sensi dell'art. 24, comma 2 del Codice, prende il posto del Decreto mai sinora varato –; nell'attesa del nuovo Regolamento, però, si ritorna al D.P.R. n. 207/2010, che vede rivalizzarsi anche le norme sulla progettazione.

5. Le altre modifiche: il subappalto, le norme processuali e la verifica dell'anomalia

Infine, lo Sblocca-cantieri contiene disposizioni su alcune norme del Codice di cui era sollecitata, da parte delle associazioni di categoria, una revisione, sui temi del subappalto e della verifica dell'anomalia.

Quanto al subappalto, è stato eliminato l'obbligo di indicare la terna dei subappaltatori, mentre è stato elevato il limite al 50 per cento (rispetto alla precedente soglia del 30), che rimane immutata al 30 per cento per le categorie superspecialistiche (note come "SIOS"): alla reazione positiva delle

Associazioni rappresentative delle Imprese qualificate come SIOS, si registra la contrapposta critica alla revisione, giudicata eccessivamente de-regolatoria – con riflessi sulla sicurezza del lavoro – da parte delle associazioni sindacali, ed ancora timida sul lato imprenditoriale, tenuto conto anche della questione pregiudiziale pendente innanzi alla Corte di Giustizia, proprio in ordine a tale limite, non contemplato dalle Direttive UE in tema di contratti pubblici.

In sede applicativa, andrà osservata con attenzione l'abrogazione del comma 4, lett. a) dell'art. 105, che ottiene l'effetto di consentire di subappaltare o attribuire in cottimo le attività anche a favore di imprese che abbiano partecipato alla gara: sarà interessante verificare, in concreto, come in questi casi si potrà distinguere e "difendere" il subappalto autentico, rispetto ad eventuali intese anticoncorrenziali non consentite.

Va inoltre apprezzata la tutela approntata dal Legislatore verso i subappaltatori ed i cottimisti, racchiusa nell'abrogazione della lettera a) del comma 13 e nella modifica della lettera c), che hanno l'effetto di generalizzare la disciplina del pagamento diretto per tali categorie di operatori.

Altrettanta delusione sembra, poi, aver destato la modifica dell'art. 120 del Codice del processo amministrativo, il quale viene privato delle norme acceleratorie (commi 2 bis, 6 bis, 8 bis ed 11), a fronte della previsione di una facoltà, per le parti, di poter *chiedere in udienza la pubblicazione anticipata del dispositivo entro due giorni*.

Infine, altra modifica di rilievo è quella in materia di verifica dell'anomalia; in merito il testo esaminato dal Consiglio di Ministri prevede che: "*Quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso e il numero delle offerte ammesse è pari o superiore a 15, la congruità delle offerte è valutata sulle offerte che presentano un ribasso pari o superiore ad una soglia di anomalia determinata; al fine di non rendere predeterminabili dagli offerenti i parametri di riferimento per il calcolo della soglia di anomalia, il RUP o la commissione giudicatrice procedono ...*" secondo parametri matematici fissati dallo stesso Sblocca-cantieri.

Nei restanti casi, ormai residuali, in cui il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso e il numero delle offerte ammesse è inferiore a 15, la congruità delle offerte è valutata sulle offerte che presentano un ribasso pari o superiore ad una soglia di anomalia determinata; ai fini della determinazione della congruità delle offerte, al fine di non rendere predeterminabili dagli offerenti i parametri di riferimento per il calcolo della soglia di anomalia, il RUP o la commissione giudicatrice procedono come segue: a) calcolo della media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del dieci per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e quelle di minor ribasso; le offerte aventi un uguale valore di ribasso sono prese in considerazione distintamente nei loro singoli valori; qualora, nell'effettuare il calcolo del dieci per cento, siano presenti una o più offerte di eguale valore rispetto alle offerte da accantonare, dette offerte sono altresì da accantonare; b) calcolo dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la media calcolata ai sensi della lettera a); c) calcolo del rapporto tra lo scarto medio aritmetico di cui alla lettera b) e la media aritmetica di cui alla lettera a); d) se il rapporto di cui alla lettera c) è pari o inferiore a 0,15, la soglia di anomalia è pari al valore della media aritmetica di cui alla lettera a) incrementata del 20% della medesima media aritmetica); e) se il rapporto di cui alla lettera c) è superiore a 0,15 la soglia di anomalia è calcolata come somma della media aritmetica di cui alla lettera a) e dello scarto medio aritmetico di cui alla lettera b).".

E ancora: "al fine di non rendere nel tempo predeterminabili dagli offerenti i parametri di riferimento per il calcolo della soglia di anomalia, il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti può procedere con decreto alla rideterminazione delle modalità di calcolo per l'individuazione della soglia di anomalia".

Tale disposizione, secondo alcune associazioni di categoria e reti professionali, appare troppo astratta nel sostituire parametri matematici a verifiche puntuali: il rischio, secondo questa tesi, sarebbe quello di privilegiare offerte di scarso pregio tecnico, studiate per evitare l'anomalia e massimizzare i risparmi di spesa, con possibili ricadute in termini di salute e sicurezza dei lavoratori.

Si tratta nel complesso di piccoli passi verso l'obiettivo di rilancio del settore delle costruzioni, che soffre da qualche anno di una inarrestabile crisi ed emorragia di imprese e di lavoratori, il cui impatto sulla crescita del PIL e sulla ripresa del settore sarà da valutare nei prossimi mesi.

Cause di esclusione dalle gare d'appalto ex art. 80. Esame degli istituti interessati e l'evoluzione negli anni dei requisiti di idoneità morale

di Beatrice Corradi

IL
PUN
TO

1. I motivi dell'esclusione.

Le disposizioni comunitarie e le norme di recepimento

L'art. 80 recante "Motivi di esclusione" del Codice degli appalti, recepisce l'art. 57 della Direttiva 2014/24/UE e pone in essere numerose delle cause di esclusione elencate dall'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006 e s.m.i.. Tuttavia, alcune delle nuove ipotesi escludenti sembrano caratterizzate da un'elevata discrezionalità in capo alle Stazioni appaltanti, anche se all'operatore economico è consentito di dimostrare la propria affidabilità nonostante in capo ad esso siano riscontrabili cause di esclusione.

Il ricorrere delle cause di esclusione in capo agli operatori economici in conformità con quanto già disposto nella previgente normativa, oltre a precludere la partecipazione alle gare, non consente che tali soggetti siano affidatari di subappalti e stipolino i relativi contratti e l'insorgere di una delle cause di esclusione, nel corso della procedura di gara, o

la sopravvenuta conoscenza in capo alla Stazione appaltante di taluna delle cause di esclusione contemplate dall'art. 80, comporta, in ogni caso, l'esclusione dell'operatore economico.

Nel recepire la Direttiva 2014/24, il legislatore nazionale ha ribadito l'impostazione comunitaria con la conseguenza che, ai sensi del comma 1, dell'art. 80, costituiscono cause di esclusione dalla procedura ad evidenza pubblica esclusivamente le condanne per i reati ivi elencati, senza alcuna possibilità per la Stazione appaltante di ampliarne la portata.

Nel recepire la Direttiva 2014/24, il legislatore nazionale ha ribadito l'impostazione comunitaria con la conseguenza che, ai sensi del comma 1, dell'art. 80, costituiscono cause di esclusione dalla procedura ad evidenza pubblica esclusivamente le condanne per i reati ivi elencati, senza alcuna possibilità per la Stazione appaltante di ampliarne la portata.

Il Consiglio di Stato nel rendere il parere sullo schema di decreto legislativo recante "Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione" aveva sostenuto l'opportunità di integrare l'elencazione con una clausola che sancisse comunque l'esclusione dalla gara in caso di condanne per reati gravi

idonei ad incidere sulla moralità professionale del concorrente, che non è stato tuttavia recepito in sede di stesura finale della norma.

Secondo l'art. 80, comma 1, rilevano le condanne definitive esclusivamente per i reati espressamente indicati e non anche per qualsiasi reato che incida sulla moralità professionale del concorrente, come previsto invece nel precedente art. 38.

Infatti il citato art. 38 prevedeva: *"Il candidato o il concorrente attesta il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva in conformità alle previsioni del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, di cui al d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, in cui indica tutte le condanne penali riportate, ivi comprese quelle per le quali abbia beneficiato della non menzione"*.

La Stazione appaltante non deve più valutare l'eventuale incidenza dei precedenti penali sulla moralità professionale dell'operatore, rilevando, esclusivamente, le condanne per i reati elencati al primo comma della norma in commento, ritenendo sufficiente la dichiarazione richiesta con il DGUE (Documento di gara unico europeo).

L'art. 57 della Direttiva citata afferma che le amministrazioni aggiudicatrici escludono un operatore economico dalla partecipazione a una procedura d'appalto qualora abbiano stabilito attraverso una verifica ai sensi degli articoli 59, 60 e 61 che tale operatore economico è stato condannato con sentenza definitiva per uno dei seguenti motivi:

"a) partecipazione a un'organizzazione criminale, quale definita all'articolo 2 della decisione quadro 2008/841/GAI del Consiglio; b) corruzione, quale definita all'articolo 3 della convenzione relativa

alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea e all'articolo 2, paragrafo 1 della decisione quadro 2003/568/GAI del Consiglio; nonché corruzione come definita nel diritto nazionale dell'amministrazione

aggiudicatrice o dell'operatore economico; c) frode ai sensi dell'articolo 1 della convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee d) reati terroristici o reati connessi alle attività terroristiche, quali definiti rispettivamente all'articolo 1 e all'articolo 3 della decisione quadro 2002/475/GAI del Consiglio ovvero istigazione, concorso, tentativo di commettere un reato quali definiti all'articolo 4 di detta decisione quadro; e) riciclaggio di proventi di attività criminose o finanziamento del terrorismo, quali definiti all'articolo 1 della

direttiva 2005/60/CE del Parlamento europeo e del Consiglio; f) lavoro minorile e altre forme di tratta di esseri umani definite all'articolo 2 della direttiva 2011/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio".

Nel recepire la Direttiva comunitaria il legislatore nazionale ha elencato analiticamente tutte le ipotesi di reato che per la legislazione interna possono rientrare nell'ampia definizione prevista dal legislatore comunitario, declinando i reati di partecipazione a un'organizzazione criminale; i reati di corruzione; i reati di riciclaggio; i reati terroristici; i reati di sfruttamento del lavoro. In caso di condanna definitiva per ogni altro delitto da cui derivi, quale pena accessoria, l'incapacità di contrarre con la Pubblica amministrazione



Nel recepire la Direttiva comunitaria il legislatore nazionale ha elencato analiticamente tutte le ipotesi di reato che per la legislazione interna possono rientrare nell'ampia definizione prevista dal legislatore comunitario, articolando conseguentemente i reati di partecipazione a un'organizzazione criminale; i reati di corruzione; i reati di riciclaggio; i reati terroristici; i reati di sfruttamento del lavoro; in caso di condanna definitiva per ogni altro delitto da cui derivi, quale pena accessoria, l'incapacità di contrarre con la Pubblica amministrazione

Di conseguenza, i reati di "partecipazione a un'organizzazione criminale" (art. 57, comma 1, lett. a) della Direttiva 2014/24) sono stati distinti in: associazione a delinquere (art. 416 c.p.); associazione di tipo mafioso (art. 416 bis c.p.); altri delitti commessi avvalendosi della forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva; delitti commessi al fine di agevolare l'attività delle associazioni di tipo mafioso; associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope (art. 74 del DPR 309/1990); associazione per delinquere finalizzata al contrabbando di tabacchi lavorati esteri (art. 291 quater del DPR n. 43/1973) ed attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti (art. 260 del D.Lgs. n. 152/2006) in quanto riconducibili alla partecipazione ad un'organizzazione criminale (lett. a) del primo comma dell'art. 80).

I reati di "corruzione" (lett. b, comma 1, art. 57) si sono tradotti in reati contro la Pubblica Amministrazione.

Costituiscono un caso di esclusione, ai sensi della lettera b), i delitti, consumati o tentati, denominati "Reati contro la Pubblica Amministrazione" del codice penale nonché i casi indicati all'articolo 2635 del codice civile, che prevede "che salvo che il fatto costituisca più grave reato, gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori, di società o enti privati che, anche per interposta persona, sollecitano o ricevono, per sé o per altri, denaro o altra utilità non dovuti, o ne accettano la promessa, per compiere o per omettere un

atto in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio o degli obblighi di fedeltà, sono puniti con la reclusione da uno a tre anni. Si applica la stessa pena se il fatto è commesso da chi nell'ambito organizzativo della società o dell'ente privato esercita funzioni direttive diverse da quelle proprie dei soggetti di cui al precedente periodo

I reati di "riciclaggio" (art. 57, comma 1, lett. e) si sono tradotti in: riciclaggio (art. 648 bis c.p.); impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita (art. 648-ter c.p.); autoriciclaggio (art. 648-ter.1 c.p.) e riciclaggio di proventi di attività criminose o finanziamento del terrorismo.

Le fattispecie contemplate alla lett. c) (frode), alla lett. d) (reati terroristici) nonché alla lett. f) (sfruttamento del lavoro minorile) del comma 1 dell'art. 57 della Direttiva 2014/24, sono riportate nelle lett. c), d) ed f) del comma 1 dell'art. 80 del D.Lgs. n. 50/2016.

Infine a tale elencazione è stata aggiunta la previsione dell'esclusione in ipotesi di condanna definitiva per ogni altro delitto da cui derivi,

quale pena accessoria, l'incapacità di contrarre con la Pubblica Amministrazione. Come segnalato dal Consiglio di Stato nel citato parere 855/2016, infatti, l'elenco dei reati contenuto nel comma 1 non era esaustivo di tutti i reati dai quali, secondo il vigente ordinamento penale, consegue l'incapacità di contrarre con la pubblica amministrazione.

Il previgente art. 38 disponeva che l'esclusione operava se la sentenza era stata emessa nei confronti degli amministratori muniti di potere di rappresentanza, dei

direttori tecnici nonché del socio unico persona fisica o del socio di maggioranza in caso di società

Il nuovo comma 3 dell'art. 80 amplia la platea dei soggetti, disponendo che quando l'impresa partecipante è una società di capitali l'esclusione va disposta se la sentenza o il decreto ovvero la misura interdittiva sono stati emessi nei confronti: dei membri del consiglio di amministrazione cui sia stata conferita la legale rappresentanza; dei membri degli organi con poteri di direzione o di vigilanza; dei soggetti muniti di poteri di rappresentanza, di direzione o di controllo; del direttore tecnico o del socio unico persona fisica; ovvero del socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci.



con meno di quattro soci. Il nuovo comma 3 dell'art. 80 amplia la platea dei soggetti.

In particolare, il comma 3, dispone, invece, che quando l'impresa partecipante è una società di capitali l'esclusione va disposta se la sentenza o il decreto ovvero la misura interdittiva sono stati emessi nei confronti dei membri del consiglio di amministrazione cui sia stata conferita la legale rappresentanza, ivi compresi institori e procuratori generali, dei membri degli organi con poteri di direzione o di vigilanza o dei soggetti muniti di poteri di rappresentanza, di direzione o di controllo, del direttore tecnico o del socio unico persona fisica, ovvero del socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci.

2. I soggetti nei confronti dei quali rileva la presenza di sentenze definitive di condanna. Gli orientamenti

L'art. 80 del d.lgs. 50/2016, nel disciplinare le cause di esclusione dalla partecipazione alle procedure d'appalto, individua, al comma 3, i soggetti nei cui confronti rileva il cd. "pregiudizio penale", ovvero la presenza di determinate sentenze definitive di condanna di cui al comma 1 e l'applicazione delle misure di prevenzione antimafia.

La questione controversa è quale interpretazione dare alla locuzione "persona fisica" e al significato dell'espressione "socio di maggioranza". Al riguardo, fin dall'entrata in vigore della norma sono sorti due diversi orientamenti di pensiero: secondo una prima tesi interpretativa, più

aderente al dettato normativo, la norma è applicabile solo nei confronti del socio persona fisica, anche nel caso del socio di maggioranza nelle società con meno di quattro soci.

A fondamento della citata tesi, oltre al dato letterale, vi sarebbe un'interpretazione sistematica della norma, la quale, misurando il grado di affidabilità del concorrente sulla condotta morale di determinati soggetti, necessariamente richiede che vi sia un rapporto di immedesimazione organica tra il soggetto interessato e l'impresa concorrente o almeno la dimostrazione di un effettivo potere di influenza sulla gestione dalla società concorrente.

Tuttavia tale condizione si realizza sicuramente nel caso del socio unico e del socio di maggioranza persona fisica in una realtà societaria ristretta (con meno di quattro soci), ma non sussiste necessariamente nel caso in cui il socio sia una persona giuridica che agisce a sua volta tramite soggetti terzi.

Il Consiglio di Stato si è espresso come segue:

"non appare in alcun modo equiparabile la posizione del socio unico persona fisica a quella del legale rappresentante del socio unico persona giuridica, restando indimostrato che la gestione effettiva sia traslata dagli amministratori e legali rappresentanti della mandante agli amministratori e legali rappresentanti del socio unico persona giuridica" (in tal senso Consiglio di Stato 4372/2014; Id. 1593/2016; Id. 3619/2017).

Un orientamento, invece, recita: *"non è ragionevole ed anche priva di razionale*

La questione controversa è quale interpretazione dare alla locuzione "persona fisica" e al significato dell'espressione "socio di maggioranza". Al riguardo, fin dall'entrata in vigore della norma sono sorti due diversi orientamenti di pensiero: secondo una prima tesi interpretativa, più aderente al dettato normativo, la norma è applicabile solo nei confronti del socio persona fisica, anche nel caso del socio di maggioranza nelle società con meno di quattro soci. Tale condizione presuppone che vi sia un rapporto di immedesimazione organica tra il soggetto interessato e l'impresa concorrente o almeno la dimostrazione di un effettivo potere di influenza sulla gestione dalla società concorrente.



giustificazione la limitazione della verifica sui reati ex art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006 solo con riguardo al socio unico persona fisica o al socio di maggioranza persona fisica per le società con meno di quattro soci, atteso che la garanzia di moralità del concorrente che partecipa a un appalto pubblico non può limitarsi al socio persona fisica, ma deve interessare anche il socio persona giuridica per il quale il controllo ha più ragione di essere, trattandosi di società collegate in cui potrebbero annidarsi fenomeni di irregolarità elusive degli obiettivi di trasparenza perseguiti, sicché "se lo spirito del Codice dei contratti pubblici è improntato ad assicurare legalità e trasparenza nei procedimenti degli appalti pubblici, occorre garantire l'integrità morale del concorrente sia se persona fisica che persona giuridica" (cfr. Consiglio di Stato 2813/2016; Id. 3178/2017).

Entrambi gli orientamenti interpretativi, in linea di principio condivisibili, presentano tuttavia i loro limiti di fronte alle realtà societarie complesse. Anac ha delineato un quadro come segue: "Alla rilevata situazione di incertezza interpretativa, tanto più grave quando si verte in materia di cause di esclusione dalla partecipazione alle gare, in cui, come è noto, vige il principio di tassatività, si aggiunge la preoccupazione - più volte avvertita da questa Autorità nell'ambito della propria attività istituzionale e rilevata anche nell'ambito dell'attività di alta sorveglianza su specifici interventi svolta dall'Unità Operativa Speciale di cui all'art. 30 del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90 - che una lettura troppo restrittiva della

norma possa condurre a una facile elusione del suo contenuto precettivo. Può infatti essere sufficiente la creazione intenzionale di una sola società, da anteporre all'impresa che partecipa alla gara, per consentire all'imprenditore che effettivamente ne detiene il controllo e sul quale gravano precedenti penali escludenti di accedere agli appalti pubblici. Non di meno una modifica normativa volta a precisare l'inclusione anche delle persone giuridiche tra il socio unico o di maggioranza da verificare (mediante, ad esempio, l'eliminazione dalla norma del riferimento alla "persona fisica), potrebbe essere una soluzione non adeguata a risolvere le criticità evidenziate

in premessa, dal momento che lascerebbe indeterminati i soggetti che, nell'ambito della persona giuridica, dovrebbero essere effettivamente verificati" (Atto di segnalazione n. 5 del 12.12.2018).

Nell'atto citato di Anac, l'Autorità fa presente che i controlli potrebbero fermarsi alle figure degli amministratori con potere di rappresentanza che hanno il potere di esprimere la volontà dell'ente ed escludere, quindi, il socio di maggioranza indiretto (colui che detiene la proprietà totale o maggioritaria delle quote/azioni della società controllante) diversamente sarebbe "un ampliamento della sfera dei controlli, eccessivo, oneroso ed contrasto con la ratio stessa del legislatore, poiché il controllo sarebbe rivolto verso soggetti in capo ai quali è indimostrata l'esistenza di un potere di gestione effettiva nei confronti della società che partecipa alla gara".



Nell'atto citato di Anac, l'Autorità fa presente che i controlli potrebbero fermarsi alle figure degli amministratori con potere di rappresentanza che hanno il potere di esprimere la volontà dell'ente ed escludere, quindi, il socio di maggioranza indiretto (colui che detiene la proprietà totale o maggioritaria delle quote/azioni della società controllante), ma, secondo altra interpretazione, "potrebbero ricomprendere quest'ultimo e anche tutti i soggetti che, ai sensi del medesimo comma 3 dell'art. 80, sono ordinariamente scrutinabili all'interno delle società di capitali, con un ampliamento della sfera dei controlli, eccessivo, oneroso ed contrasto con la ratio stessa del legislatore, poiché il controllo

sarebbe rivolto verso soggetti in capo ai quali è indimostrata l'esistenza di un potere di gestione effettiva nei confronti della società che partecipa alla gara".

3. L'art. 80 e le cause di esclusione già presenti nell'ordinamento. Gli illeciti professionali

L'art. 80 riporta negli articoli successivi al comma 3, le cause di esclusione già presenti quali cause di esclusione. Le norme di riferimento sono quindi le medesime, finalizzate a tutelare interessi considerati nel nostro ordinamento come prioritari (ad esempio, la garanzia del rispetto delle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro, la garanzia del pagamento delle imposte e tasse):

- a) l'operatore economico è escluso dalla partecipazione a una procedura d'appalto se ha commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti.
- b) l'operatore economico è escluso qualora: a) la stazione appaltante possa dimostrare con qualunque mezzo adeguato la presenza di gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro nonché agli obblighi di cui all'articolo 30, comma 3 del presente codice; b) si trovi in stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo, salvo il caso di concordato con continuità aziendale, o nei cui riguardi sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni, fermo restando quanto previsto dall'articolo 110; c) sia stato sottoposto a liquidazione giudiziale o si trovi in stato di liquidazione coatta o di concordato preventivo o sia in corso nei suoi confronti un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni, fermo restando quanto previsto dall'articolo 95 del codice della crisi di impresa e dell'insolvenza adottato in attuazione della delega di cui all'articolo 1 della legge 19 ottobre 2017, n. 155 e dall'articolo 110; d) la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia

la sua integrità o affidabilità; e) l'operatore economico abbia tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate a fini di proprio vantaggio oppure abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione, ovvero abbia omesso le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione; f) l'operatore economico abbia dimostrato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento ovvero la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili.

Proprio con riferimento agli illeciti professionali si richiama la sentenza del Consiglio di Stato N. 01367/2019 REG.PROV.COLL.

La fattispecie escludente di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016, come precisato dalle linee guida n. 6 dell'ANAC, aventi, sul punto, carattere vincolante, per le quali presupposto per la sussistenza di un grave illecito professionale può essere costituito solo da una sentenza di condanna, anche se non definitiva.

Secondo consolidata e condivisibile giurisprudenza non è, infatti, indispensabile che, atteso che l'elencazione dei gravi illeciti professionali rilevanti contenuta nella disposizione normativa succitata è meramente esemplificativa e la stazione appaltante ha la possibilità di fornirne la dimostrazione con mezzi adeguati; è stato evidenziato infatti che "Ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016, è consentito alle stazioni appaltanti escludere da una procedura di affidamento di contratti pubblici i concorrenti in presenza di pregressi gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la loro integrità o affidabilità. In tali ipotesi, la valutazione in ordine alla rilevanza in concreto ai fini dell'esclusione dei comportamenti accertati è rimessa alla stazione appaltante" (cfr. Cons. Stato, sez. III, 29 novembre 2018, n. 6786; 23 agosto 2018, n. 5040; sez. V, 11 giugno 2018, n. 3592; 3 aprile 2018, n. 2063; 2 marzo 2018, n. 1299; 4 dicembre 2017, n. 5704) e che "Il legislatore, quin-

di, ha voluto riconoscere a quest'ultima (stazione appaltante) un ampio margine di apprezzamento circa la sussistenza del requisito dell'affidabilità dell'appaltatore.

Ne consegue che il sindacato che il g.a. è chiamato a compiere sulle motivazioni di tale apprezzamento deve essere mantenuto sul piano della "non pretestuosità" della valutazione degli elementi di fatto compiuta e non può pervenire ad evidenziare una mera "non condivisibilità" della valutazione stessa" (cfr. Cass. Civ., S.U., 17 febbraio 2012, n. 2312), mentre "L'elencazione dei gravi illeciti professionali rilevanti contenuta nella lettera c) del comma 5 dell'art. 80 è meramente esemplificativa, per come è fatto palese sia dalla possibilità della stazione appaltante di fornirne la dimostrazione <<con mezzi adeguati>>, sia dall'incipit del secondo inciso (<<Tra questi (id est, gravi illeciti professionali) rientrano: [...]>>) che precede l'elencazione" (Cons. Stato, sez. V, 2 marzo 2018, n. 1299).

Sulla scorta del delineato quadro giurisprudenziale nonché dei pareri di questo Consiglio del 3 novembre 2016, n. 2286 e del 25 settembre 2017, n. 2042, si ricava, altresì, l'utilità, ma non la decisività, delle linee guida ANAC n. 6, approvate con la delibera del 16 novembre 2016, n. 1293 ed aggiornate con la delibera dell'11 ottobre 2017, n. 1008 (recanti "Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di ap-

palto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice", emanate in attuazione dell'art. 80, comma 13, del d.lgs. n. 50 del 2016), al fine della soluzione interpretativa da fornire della disposizione normativa più volte citata, che, peraltro, non smentiscono la suddetta esegesi in base alla quale il pregresso inadempimento, anche se non abbia prodotto gli effetti tipizzati, rileva ai fini dell'esclusione qualora, sulla base del discrezionale giudizio della stazione appaltante, sia idoneo ad integrare il "grave illecito professionale", e sia in grado dunque di ledere l'integrità e l'affidabilità dell'operatore economico.

Le successive cause di esclusione, riguardano, oltre ai casi di falsa documentazione o di dichiarazione ed il fatto che l'operatore economico sia iscritto nel casellario informatico tenuto dall'Osservatorio dell'ANAC per aver presentato false dichiarazioni o falsa documentazione nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalti, la circostanza che la partecipazione dell'operatore economico causi una situazione di conflitto di interesse.

Naturalmente è confermato, rispetto al precedente impianto, che l'operatore economico è escluso qualora non

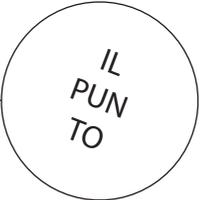
presenti la certificazione di cui all'[articolo 17 della legge 12 marzo 1999, n. 68](#), ovvero non autocertifichi la sussistenza del medesimo requisito.

Secondo consolidata e condivisibile giurisprudenza non è indispensabile che i gravi illeciti professionali che devono essere posti a supporto della sanzione espulsiva del concorrente dalla gara ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016 siano accertati con sentenza, anche se non definitiva, ma è sufficiente che gli stessi siano ricavabili da altri gravi indizi. Si ricava, altresì, l'utilità, ma non la decisività, delle linee guida ANAC n. 6, approvate con la delibera del 16 novembre 2016, n. 1293 ed aggiornate con la delibera dell'11 ottobre 2017, n. 1008.



Il provvedimento di ammissione e di esclusione dalla procedura di gara

di Stefano Usai



IL
PUN
TO

Premesse

Una delle fasi "nevralgiche" di maggior rilievo del procedimento contrattuale nella fase pubblicitica (che giunge fino all'aggiudicazione e/o non assegnazione motivata dell'appalto) è sicuramente quello relativo alla fase di ammissione e/o esclusione dei concorrenti.

La questione si pone con un certo interesse, in particolare, in relazione alla primissima fase della procedura, in relazione al soggetto competente all'adozione e, quindi, in relazione alla tipologia stessa del provvedimento e della conseguente pubblicazione e comunicazione al diretto interessato. Circostanze, evidentemente, di grande rilievo anche per le conseguenze pratiche (si pensi alla decorrenza del termine di impugnazione).

1. Il soggetto competente al controllo/verifica delle documentazione amministrativa

Dai bandi tipo dell'ANAC emerge che il controllo "formale" sulla documentazione amministrativa prodotta dagli appaltatori, tanto nel caso di appalto da aggiudicarsi secondo il criterio del minor prezzo o dell'offerta economicamente più vantaggiosa, può essere svolto indifferentemente dal RUP, da un seggio di gara o da un ufficio/servizio apposito.

Pertanto, un primo aspetto che la stazione appaltante dovrebbe chiarire (già in fase di bando di gara o atto omologo) è in che modo vengono svolti questi sub-procedimenti.

In caso di assenza di indicazioni, deve ritenersi che tali momenti procedurali debbano essere chiariti nel bando ed in definitiva verranno proposti dal RUP e rimesso poi all'approvazione del soggetto dotato di competenze gestionali (il dirigente/responsabile del servizio) considerato che la determina a contrattare, come più volte rilevato, contiene la prenotazione dell'impegno di spesa. Da notare che nel periodo transitorio, fino all'avvio dell'Albo dei commissari (artt. 77 e 78 del codice) ora previsto, secondo provvedimento del presidente dell'ANAC, per il 15 aprile 2019, lo stesso organo collegiale (il cui compito essenziale in realtà è quello di valutare le offerte tecniche) potrebbe occuparsi della verifica formale del plico e della documentazione (da intendersi non solo in senso materiale ma anche attraverso le modalità telematiche).

Ciò risulta esplicitamente previsto, ad esempio, nella legge regionale della Sardegna sugli appalti n. 8/2019 all'articolo 37.

La questione che deve apparire chiara, anche alla luce dell'orientamento giurisprudenziale, è quella relativo al soggetto che mantiene il presidio ed il controllo su tali operazioni (e quindi abilitato ad

adottare anche le decisioni sulle ammissioni e sulle esclusioni ed adottare il relativo provvedimento). Il soggetto che deve presidiare questo momento procedurale (così come tutte le ulteriori fasi) è il responsabile unico del procedimento, pertanto, pur vero che i compiti materiali/esecutivi possono essere condotti con il supporto di altri soggetti/organi è chiaro che la decisione finale sulle ammissioni e sulle esclusioni rimane nella competenza del RUP a prescindere dalla circostanza che sia o meno responsabile del servizio (in tempi recenti Tar Campania, sentenza n. 1382/2019).

Il provvedimento, poi, sarà un atto monocratico – da pubblicare ai sensi dell'articolo 29 del codice dei contratti come si dirà più avanti – e potrebbe rivestire forme differenti a seconda della stazione appaltante.

Pertanto, un primo aspetto che la stazione appaltante dovrebbe chiarire è in che modo vengono svolti i vari sub-procedimenti che si rinvengono nella procedura d'appalto.

2. In che cosa consiste la fase di verifica formale?

L'ANAC, nei bandi tipo, ha ben esplicitato in che cosa consista detta verifica propedeutica ai fini dell'ammissione al procedimento di gara evidenziando anche ulteriori sub-procedimenti che in questa micro fase si possono innestare (si pensi al soccorso istruttorio).

In particolare, il soggetto individuato con il presidio del RUP avrà il compito di:

- a) verificare la conformità della documentazione amministrativa a quanto richiesto nel disciplinare;
- b) attivare la procedura di soccorso istruttorio;
- c) redigere apposito verbale relativo alle attività svolte;

d) adottare il provvedimento che determina le esclusioni e le ammissioni dalla procedura di gara, provvedendo altresì agli adempimenti di cui all'art. 29, comma 1, del codice dei contratti.

Da quanto appena sintetizzato emerge che questo tipo di verifica – in questa fase – secondo i classici principi dell'autocertificazione (ora con il DGUE) risulta finalizzata a verificare la corrispondenza tra quanto prodotto dagli appaltatori e quanto richiesto negli atti di gara. Non vi è in questa fase pertanto una verifica sostanziale.

Uno dei procedimenti ulteriori che si possono innestare in questo momento del procedimento – come si anticipava – è quello dell'esigenza di attivare il soccorso istruttorio tanto nella sua versione "tradizionale" specificativa o di chiarimento quanto quella innovativa dell'integrazione.

Detta fase procedurale relativa all'eventuale esigenza di azionare il soccorso deve coinvolgere – a sommosso parere – necessariamente il RUP.

Pur vero che in certe situazioni la richiesta di specificazione può essere estremamente *semplice* ma, è altrettanto vero che in altre situazioni la stessa decisione di attivare o meno il soccorso (soprattutto quello integrativo) implica responsabilità di rilievo.

In certe situazioni, poi, la stessa richiesta di specificazione non è esente da responsabilità si pensi, per tacer d'altro, alla questione delle esperienze dichiarate e dell'analogia; si pensi alla questione del contratto di avvalimento e del contenuto obbligatorio a pena di nullità.

Si tratta quindi di situazioni, considerato il possibile epilogo (l'esclusione) e le connesse responsabilità, che non possono non essere presidiate dal RUP. Allo stesso modo, nel caso in cui detti controlli vengano svolti dalla commissione di gara. Se è vero,

Allo stesso modo nel caso in cui i controlli formali vengano svolti dalla commissione di gara. Se è vero, come è vero, che la decisione finale deve essere adottata dal (ed è responsabilità del) RUP è chiaro che questo oltre ad adottare il relativo provvedimento andrà anche a verificare come sia stata condotta la "verifica".



E questo, dovrà adottare un proprio atto soggetto a possibile impugnazione da parte degli interessati.

3. La pubblicazione

L'articolo 29 del codice dei contratti, prevede la pubblicazione nella sezione trasparenza sotto sezione "bandi di gara e contratti" (ai sensi del decreto legislativo 33/2013) di ogni atto afferente il procedimento di gara dal momento della programmazione, inoltre – prosegue il comma in argomento – "al fine di consentire l'eventuale proposizione del ricorso ai sensi dell' articolo 120, comma 2-bis del codice del processo amministrativo,

sono altresì pubblicati, nei successivi due giorni dalla data di adozione dei relativi atti, il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni all'esito della verifica della documentazione attestante l'assenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80, nonché la

sussistenza dei requisiti economico-finanziari e tecnico-professionali".

Il nuovo codice impone la pubblicazione al fine di consentire il beneficio (da parte della stazione appaltante) del c.d. termine di impugnazione breve. Ovviamente la mancata pubblicazione, in

Il nuovo codice impone la pubblicazione dei provvedimenti di esclusione al fine di beneficiare del c.d. termine di impugnazione breve.



realtà, non ha effetti sul procedimento nel senso che non ne può determinare l'annullamento (in questo senso, evidentemente, anche costante giurisprudenza) ma è altrettanto chiaro che l'appaltatore interessato rimane - fino a quando non si riesca a dimostrare che ha avuta una compiuta/piena conoscenza, ad esempio, delle ragioni dell'esclusione - in termini per la presentazione del ricorso.

La norma in argomento poi deve essere letta in concomitanza con quanto impone l'articolo 76, comma 5 del codice (secondo disposizioni già note e "tradizionali" nel procedimento di gara) secondo cui le esclusioni devono essere comunicate d'ufficio, immediatamente o al massimo entro 5 giorni dall'adozione del provvedimento.

4. La competenza sui provvedimenti di ammissione e di esclusione

Una delle questioni di maggior delicatezza è - come si annotava in premessa - proprio quella della competenza sull'adozione dei provvedimenti decisori "interni" al procedimento contrattuale (considerato che non si può dubitare che il provvedimento di aggiudicazione rimane di esclusiva competenza del soggetto che ha poteri gestionali e, pertanto, del dirigente/responsabile del servizio).

A tal riguardo, ad esempio, alla fine del paragrafo 21 (del bando tipo ANAC n. 1/2017, come del resto negli altri bandi tipo) si puntualizza che "in qualsiasi fase delle operazioni di valutazione delle offerte tecniche ed economiche, la commissione provvede a comunicare, tempestivamente al (...) [RUP/seggio di gara/apposito ufficio-servizio] - che procederà, sempre, ai sensi dell'art. 76, comma 5, lett. b) del Codice - i casi di esclusione da disporre per:

- mancata separazione dell'offerta economica dall'offerta tecnica, ovvero l'inserimento di elementi concernenti il prezzo in documenti contenuti nelle buste A e B;
- presentazione di offerte parziali, plurime, condizionate, alternative nonché irregolari, ai

sensi dell'art. 59, comma 3, lett. a) del Codice, in quanto non rispettano i documenti di gara, ivi comprese le specifiche tecniche;

- presentazione di offerte inammissibili, ai sensi dell'art. 59, comma 4 lett. a) e c) del Codice, in quanto la commissione giudicatrice ha ritenuto sussistenti gli estremi per informativa alla Procura della Repubblica per reati di corruzione o fenomeni collusivi o ha verificato essere in aumento rispetto all'importo a base di gara".

Le indicazioni sembrano consentire alla stazione appaltante diverse opzioni.

Un problema applicativo/interpretativo, a ben vedere, si impone però solo nei casi in cui venga costituito un seggio di gara e predisposto un apposito ufficio.

Occorrerà individuare, in queste ipotesi, il soggetto competente che, a sommo parere, pur potendo essere soggetto di diverso dal RUP (per quanto concerne il potere di adottare il provvedimento "formale"), non si potrà certo prescindere dal coinvolgimento di questo che - come sostenuto da recente giurisprudenza - deve "esercitare" il proprio potere/prerogativa che scaturisce dall'essere appunto il solo responsabile del procedimento.

In tempi recenti la questione sulla competenza ad adottare il provvedimenti di esclusione è stata riprestata dal Tar Campania, sez. V, con la sentenza n. 467 del 31 gennaio 2019.

Al responsabile unico del procedimento - si legge in sentenza - l'art. 31, comma 3, del d.lgs. 50/2016 assegna una competenza di natura residuale, nella quale rientra una generale funzione di coordinamento e controllo delle procedure di gara, nonché il compito di adottare le decisioni conseguenti alle valutazioni effettuate ed a formalizzare all'esterno gli atti della procedura (cfr. Tar Veneto, Venezia, sez. I, 27 giugno 2018, n. 695)".

Competenza, secondo il collegio "che si estende peraltro anche all'adozione dei provvedimenti di esclusione delle partecipanti alla gara, secondo un orientamento che il Consiglio di Stato ha definito

“pacifico” (cfr. Cons. Stato, sez. III, 19 giugno 2017, n. 2983 e giurisprudenza ivi richiamata)”.

E, a tal proposito, si rammenta, quindi, che sulla centralità del RUP si è espressa la commissione speciale del Consiglio di Stato, del 25 settembre 2017, n. 2040, che ha precisato che “anche dopo l’intervento correttivo recato dal decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56 resta confermata l’assoluta centralità del ruolo del RUP nell’ambito dell’intero ciclo dell’appalto, nonché le cruciali funzioni di garanzia, di trasparenza e di efficacia dell’azione amministrativa che ne ispirano la disciplina codicistica”.

5. L’ipotesi del responsabile unico non dirigente/responsabile del servizio

Se il RUP non è dirigente (come nel caso dei piccoli comuni) il potere sulla decisione relativa alle ammissioni ed esclusioni compete comunque al funzionario. Però in questo caso, anche ai sensi del decreto legislativo 267/2000 (Testo Unico degli enti locali) si può porre, come detto, sopra il problema sull’adozione formale del provvedimento.

La questione viene affrontata con una soluzione forse accettabile dallo stesso Tar Campania, Napoli, sez. I, con la più recente sentenza 11 marzo 2019 n. 1382.

In sentenza, dapprima con riferimento al procedimento di verifica dell’anomalia e conseguenti esclusioni dell’offerta, si puntualizza come già sotto l’egida del pregresso codice degli appalti, “che, allorché si fosse aperta la fase di verifica delle offerte anormalmente basse, la commissione aggiudicatrice avesse ormai esaurito il proprio compito, essendosi in tale momento già proceduto alla valutazione delle offerte tecniche ed

economiche, all’assegnazione dei relativi punteggi ed alla formazione della graduatoria provvisoria tra le offerte”.

Successivamente a questa fase, già con il pregresso codice, si innestava la funzione di “supervisione” nel responsabile unico sull’operato della commissione di gara ed “il titolare delle scelte, e se del caso delle valutazioni, in ordine alle offerte sospette di anomalia (Consiglio di Stato, Sez. V, n. 3646/2017, n. 689/2015)”.

Tale articolazione non muta con il nuovo art. 97 del codice dei contratti né dallo stesso sono rinvenibili elementi che facciano emergere una diversa impostazione e/o un passaggio di competenza relative alla verifica dell’offerta anomala.

Concluse dette premesse, il ragionamento si sposta sul caso specifico caratterizzato dal fatto che, il RUP sia stato estromesso dalla procedura condotta dal responsabile del servizio che ha deciso sul sub-procedimento di verifica adottando il provvedimento di esclusione.

In sentenza si legge che “non risulta che il R.U.P. abbia mai espresso la propria valutazione conclusiva, essendosi limitato a rilevare l’esistenza di profili di criticità dell’offerta della (...) nonché a richiedere all’operatore le giustificazioni di cui all’art. 97 del Codice degli appalti, chiarimenti in ordine a specifici profili e, infine, ulteriori integrazioni (note n. 3617/2018, n. 3945/2018, n. 4286/2018)”.

In altri termini - prosegue l’estensore -, “l’organo competente a valutare l’anomalia dell’offerta (R.U.P.), pur avendo condotto il relativo subprocedimento, non si è mai espresso conclusivamente sulla congruità dell’offerta ma il relativo giudizio è stato reso dal Responsabile

L’art. 31, comma 3, del d.lgs. 50/2016 assegna una competenza di natura residuale, nella quale rientra una generale funzione di coordinamento e controllo delle procedure di gara, nonché il compito di adottare le decisioni conseguenti alle valutazioni effettuate ed a formalizzare all’esterno gli atti della procedura (cfr. Tar Veneto, Venezia, sez. I, 27 giugno 2018, n. 695)



del Servizio con l'ausilio di un professionista esterno, in violazione delle disposizioni di settore e del consolidato orientamento giurisprudenziale riportato". Per effetto di quanto il provvedimento di esclusione è stato annullato per difetto di competenza.

Nel caso di specie, quindi, ciò che viene in rilievo è la circostanza secondo cui il RUP non ha esercitato il proprio potere – attribuito direttamente dal codice dei contratti – e non viene posto il problema se il provvedimento dovesse o meno essere adottato da questo soggetto.

Ciò che rileva è che il RUP, comunque, a prescindere dalla categoria di appartenenza eserciti fisiologicamente le proprie prerogative.



6. Conclusioni

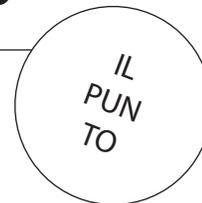
L'ultimo inciso, probabilmente, consente di individuare una soluzione praticabile sulla gestione concreta della competenza (in relazione al caso in cui il RUP non coincida con il dirigente/responsabile del servizio).

Ciò che rileva è che il RUP, comunque, a prescindere dalla categoria di appartenenza eserciti fisiologicamente le proprie prerogative e quindi i propri

poteri (comprese le possibilità di ammettere e/o escludere i concorrenti) la decisione potrebbe poi essere declinata in un provvedimento a firma del soggetto che ha i poteri gestionali (magari a firma congiunta).

Il dibattito pubblico sulle grandi opere

di Paola Cartolano



Premesse

Le grandi opere costituiscono uno dei temi centrali dell'agenda politica del nostro Governo, tema che anima anche l'opinione pubblica che di frequente si è schierata a gran voce per il "no" alle grandi opere pubbliche ritenute "inutili" o in generale non rispondenti alle istanze dei cittadini.

La realizzazione di grandi opere, aventi un particolare impatto su ambiente e paesaggio, è stata sempre approvata a valle dell'assunzione della relativa decisione da parte delle istituzioni locali coinvolte con un approccio che estrometteva del tutto gli strumenti partecipativi di derivazione democratica ingenerando così frequenti proteste e contestazioni da parte dei soggetti portatori di interessi.

La mancata considerazione del "fattore consenso" della popolazione sul cui territorio viene innestata un'opera infrastrutturale quale principio dell'azione amministrativa nella fase decisionale dell'opera stessa al pari di altri principi ritenuti tradizionalmente irrinunciabili, per anni ha così generato accese conflittualità.

Dell'opportunità di introdurre anche in Italia l'istituto del **dibattito pubblico sulle grandi opere infrastrutturali** si discute da diverso tempo ma è solo il legislatore del D.Lgs. n. 50/2016, sensibile sul tema, che si è adoperato a fornire le basi di tale nuova forma di partecipazione sull'assunto che i grandi interventi infrastrutturali devono essere decisi solo dopo un ampio e regolato confronto pubblico, atto a consentire una deflazione dei contenziosi sia legali che sociali.

Il tal senso, in virtù dell'**articolo 22 del D.Lgs. n. 50/2016** - che analizzeremo in dettaglio nel prosieguo - il dibattito pubblico deve svolgersi nella fase iniziale del progetto, quando tutte le opzioni sono ancora possibili e deve riguardare tanto l'opportunità stessa della costruzione della grande opera quanto le modalità e le caratteristiche della sua realizzazione.

Lo strumento dialogico del dibattito pubblico ha pertanto consentito di abbandonare la concezione unilaterale, autoritaria e perciò poco condivisa della decisione sulle opere da realizzare, per andare in contro al coinvolgimento e

dunque l'ascolto dei cittadini sull'opportunità di realizzare o meno l'opera, sugli aspetti tecnici della realizzazione e sulle conseguenze su ambiente e territorio.

**Il D.Lgs. n. 50/2016
all'art. 22 ha introdotto
l'istituto del dibattito
pubblico per i
grandi interventi
infrastrutturali quale
strumento deflattivo dei
contenziosi sia legali
che sociali.**



1. Il modello

La norma dell'articolo 22 del D.Lgs. n. 50/2016 relativo al dibattito pubblico trae ispirazione dal cd. **débat public** sperimentato positivamente in Francia fin dal 1995 al fine di disciplinare la partecipazione delle comunità locali nella realizzazione delle opere pubbliche e delle infrastrutture strategiche.

La prima regolamentazione del *débat public* si ha proprio con la Loi n. 95-101 del 2 febbraio 1985 (detta *Loi Barnier*) – successivamente modificata e integrata - emanata al fine di rinnovare la legislazione sulla protezione dell'ambiente in parallelo con l'evoluzione del principio di partecipazione, anche a seguito di numerose proteste sorte attorno a grandi progetti nazionali di trasporto, in particolare la linea ferroviaria ad alta velocità Lione-Marsiglia. La Francia ha così istituito la *Commission Nationale du Débat Public* (CNDP), un'autorità amministrativa indipendente con il compito di sottoporre a discussione pubblica i progetti di costruzione delle grandi opere.

La *Loi Barnier* prevede infatti che tutti i grandi progetti infrastrutturali di interesse nazionale dello Stato o comunità locali, prima di essere eventualmente sottoposti a valutazione di impatto ambientale o inchiesta pubblica, devono essere sottoposti a *débat public* con le comunità interessate e gli *stakeholder*, mettendo in discussione non solo le caratteristiche dell'opera, ma anche l'opportunità di realizzare gli interventi oggetto del confronto.

Oggi in Francia il *débat public* è disciplinato dalla Sezione III del *Code de l'environnement* (Codice dell'Ambiente) e costituisce una tappa fondamentale del processo decisionale: momento di dialogo in cui chi ha interesse rispetto ad un progetto può informarsi ed esprimere le proprie idee, sotto la guida ed il controllo della CNDP in base a regole prestabilite. L'obiettivo è giungere

a una decisione finale assunta democraticamente.

Nella fase che precede l'inizio del dibattito è previsto che il committente effettui una serie di studi preliminari al fine di determinare l'opportunità e fattibilità dell'opera, compiendo in particolare una stima dei costi previsionali, fondamentale in quanto da questa e dalle caratteristiche dell'opera dipenderà l'obbligatorietà o meno del dibattito: con il decreto del Consiglio di Stato Francese 2002-1275 del 22 ottobre 2002 sono state elencate tutte le categorie di opere assoggettabili alla procedura (infrastrutture lineari, quali autostrade, linee ferroviarie, linee elettriche ad altissima tensione, ecc..., e infrastrutture puntuali, quali dighe, aeroporti, centrali nucleari, ecc...) indicando per ogni categoria di grande opera due soglie di rilevanza e particolari criteri a seconda dei quali la richiesta alla CNDP, per l'avvio del procedimento, è obbligatoria o facoltativa.

Una volta presentata la domanda alla CNDP, questa ha due mesi di tempo per decidere se procedere o meno ad instaurare il dibattito; se la CNDP decide negativamente il dibattito non si svolgerà e il progetto proseguirà nel suo *iter* ordinario.

Se decide invece di procedere con il *débat*, la CNDP organizza direttamente il dibattito affidando ad una commissione creata ad hoc, la *Commission Particulière du Débat public* (CPDP).

Il *débat public* dura dai quattro ai sei mesi e la partecipazione può essere orale o scritta: la partecipazione del privato può avvenire all'interno di riunioni pubbliche, incontri informali o riunioni tematiche; oppure attraverso il sito internet dove si possono lasciare commenti.

Entro due mesi da quando si conclude la fase di discussione la CPDP e la CNDP devono redigere un resoconto e un bilancio finale, dalla cui data di pubblicazione il committente ha tre mesi di tempo per decidere di portare avanti il progetto, di non portarlo avanti oppure di modificarlo, previa motivazione.

La disciplina di cui all'art. 22 del D.Lgs. n. 50/2016 relativo al dibattito pubblico è ispirata al cd. débat public sperimentato positivamente in Francia fin dal 1995.



2. Il dibattito pubblico nel nostro ordinamento (art. 22 del D.Lgs. n. 50/2016)

Come anticipato, il legislatore italiano ha introdotto in ambito nazionale la disciplina sul dibattito pubblico mediante l'articolo 22 del D.Lgs. n. 50/2016, quale **modello di democrazia partecipativa** mutuato dall'ordinamento francese destinato agli interventi infrastrutturali di rilievo, con l'obiettivo di rendere trasparente il confronto con i territori sulle opere pubbliche e di interesse pubblico, attraverso una procedura che consente di informare e far partecipare le comunità interessate.

Ratio sottesa all'introduzione del dibattito pubblico è certamente la necessità che i grandi interventi infrastrutturali siano decisi a seguito di un ampio e regolato confronto pubblico con le comunità locali; che il confronto si svolga nella fase iniziale del progetto, quando tutte le opzioni sono ancora possibili, compresa l'opportunità della realizzazione dell'opera; che i risultati del confronto possano servire, oltre che a valutare l'opportunità degli interventi, a migliorare la progettazione delle opere, rendendole più rispondenti ai bisogni della collettività; che il confronto, possa ridurre la conflittualità sociale che normalmente accompagna la progettazione e realizzazione delle grandi opere.

A riguardo, l'**articolo 1, comma 1 della Legge n. 11/2016**, nel delegare il Governo a dare attuazione alle nuove direttive europee in materia di appalti (direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014), alla **lettera ppp)** ha previsto, tra i criteri e i principi direttivi, la *«trasparenza nella partecipazione dei portatori qualificati di interessi nell'ambito dei processi decisionali finalizzati alla programmazione e all'aggiudicazione di appalti pubblici e contratti di concessione nonché nella fase di esecuzione del contratto»*.

La successiva **lettera qqq)** prevede inoltre specificamente *«introduzione di forme di dibattito pubblico delle comunità locali dei territori interessati dalla realizzazione di grandi progetti infrastrutturali e di architettura di rilevanza sociale aventi impatto sull'ambiente, la città o sull'assetto del territorio, prevedendo la pubblicazione on line dei progetti e degli esiti della consultazione pubblica; le osservazioni elaborate in sede di consultazione pubblica entrano nella valutazione in sede di predisposizione del progetto definitivo»¹*.

In attuazione della delega suddetta, l'articolo 22 del D.Lgs. n. 50/2016 ha pertanto previsto che le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori pubblichino, nel proprio profilo del committente, i **progetti di fattibilità** relativi alle grandi opere infrastrutturali e di architettura di rilevanza sociale, aventi impatto sull'ambiente, sulle città e sull'assetto del territorio, nonché gli esiti della consultazione pubblica, comprensivi dei resoconti degli incontri e dei dibattiti con i portatori di interesse.

Con riferimento ai progetti di fattibilità, si segnala l'articolo 23 del D.Lgs. 50/2016 che al comma 5 specifica che *«... Ai soli fini delle attività di programmazione triennale dei lavori pubblici e dell'espletamento delle procedure di dibattito pubblico di cui all'articolo 22 nonché dei concorsi di progettazione e di idee di cui all'articolo 152, il progetto di fattibilità può essere articolato in due fasi successive di elaborazione. In tutti gli altri casi, il progetto di fattibilità è sempre redatto in un'unica fase di elaborazione...»*. Nella prima fase il progettista individua ed analizza le possibili soluzioni progettuali alternative, ove esistenti, e redige il documento di fattibilità delle alternative progettuali; nella seconda fase si arriva alla definizione del progetto di fattibilità tecnica ed economica.

1. Poiché le direttive europee in materia di appalti non prevedono il dibattito pubblico, il criterio di cui alla lettera qqq), al contrario del precedente, non era presente nel testo originario del disegno di legge di iniziativa governativa ma è stato introdotto in via emendativa dall'8ª Commissione del Senato e poi modificato dall'VIII Commissione della Camera dei Deputati.

Il comma 2 dell'articolo 22 ha poi demandato ad un decreto del Presidente del Consiglio dei ministri (provvedimento emanato con D.P.C.M. 10 maggio 2018, n. 76, su cui torneremo nel prosieguo) la definizione:

- dei criteri per l'individuazione delle opere per le quali è obbligatorio il ricorso alla procedura di dibattito pubblico,
- delle modalità di svolgimento e del termine di conclusione della medesima procedura.

In particolare, al comma 4 del citato articolo 22 viene specificato che gli esiti del dibattito pubblico e le osservazioni raccolte sono valutati in sede di predisposizione del progetto definitivo e sono discussi in sede di conferenza di servizi relativa all'opera sottoposta al dibattito pubblico.

Si evidenzia inoltre che l'articolo 22 è stato modificato dal D.Lgs. n. 56/2017 (decreto correttivo al D.Lgs. n. 50/2016) il quale all'art. 12 ha previsto:

- che il dibattito pubblico si applicherà agli interventi avviati dopo l'entrata in vigore del D.P.C.M. attuativo e non invece a quelli avviati dopo l'entrata in vigore del D.Lgs. n. 50/2016;
- una procedura di monitoraggio sull'applicazione del dibattito pubblico, istituendo una Commissione presso il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, avente il compito di raccogliere e pubblicare informazioni sui dibattiti pubblici in corso di svolgimento o conclusi e di proporre raccomandazioni per lo svolgimento del dibattito pubblico sulla base dell'esperienza maturata.

Alla luce di quanto sopra l'articolo 22 del D.Lgs. n. 50/2016 non contiene una disciplina approfondita dell'istituto in esame: il legislatore ha scelto di enunciare tre principi (ovvero l'obbligatorietà del dibattito pubblico in alcuni casi, la necessità di monitorarne

l'applicazione e l'introduzione di un'apposita commissione per svolgere il monitoraggio) demandando alla fonte regolamentare la disciplina di dettaglio (per l'individuazione dei casi in cui è obbligatorio il dibattito pubblico, per la procedura di svolgimento, per le modalità del monitoraggio del medesimo, la struttura e i compiti della citata commissione).

3. La disciplina del D.P.C.M. 10 maggio 2018 n. 76

In applicazione del comma 2 dell'articolo 22 è stato adottato il **Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 10 maggio 2018, n. 76** (*"Regolamento recante modalità di svolgimento, tipologie e soglie dimensionali delle opere sottoposte a dibattito pubblico"*), pubblicato in Gazzetta Ufficiale il 25 giugno 2018 ed entrato in vigore il 24 agosto 2018 (di seguito "**DPCM**").

Il DPCM indica in particolare su quali opere debba essere effettuato il dibattito, le modalità di svolgimento, la durata massima, e i compiti di monitoraggio dell'apposita commissione mediante un impianto che, come osservato dal Consiglio di Stato nel parere del 12 febbraio 2018 n. 359 reso dalla Commissione speciale sullo schema del DPCM, al netto delle criticità ivi rilevate, si è attenuto ai limiti contenutistici tracciati dall'art. 22 ma riuscendo a garantire «*un temperamento tra l'esigenza di non allungare troppo i tempi di realizzazione delle grandi opere infrastrutturali e di architettura di rilevanza sociale e quella di dare effettività al coinvolgimento dei cittadini, dei portatori di interessi e delle amministrazioni interessate dalla realizzazione dell'opera.*»

L'art. 22 del D.Lgs. 50/2016 ha demandato ad un decreto del Presidente del Consiglio dei ministri la definizione delle opere su cui effettuare il dibattito pubblico nonché le modalità di svolgimento della procedura



AMBITO DI APPLICAZIONE

Circa i criteri per l'individuazione delle opere, il DPCM distingue le stesse per tipologia e soglie dimensionali, per le quali è obbligatorio il ricorso

alla procedura di dibattito pubblico. In particolare, l'**art. 3 comma 1** del DPCM chiarisce che «*Sono soggette a dibattito pubblico, ai sensi dell'articolo 22, comma 1, del codice, le opere rientranti nelle tipologie di cui all'Allegato 1*», fermo restando quanto indicato dall'**art. 10 comma 1** del DPCM relativo alla disciplina transitoria il quale prevede l'applicabilità, e quindi l'effettuazione obbligatoria del dibattito pubblico, riguardo alle opere incluse nell'Allegato 1 per le quali il provvedimento di affidamento dell'incarico di redigere il progetto di fattibilità tecnico-economica sia stato adottato successivamente alla data di entrata in vigore del DPCM stesso (mentre se detto provvedimento è stato adottato prima di tale entrata in vigore, è consentita l'indizione volontaria del dibattito pubblico).

Con riferimento alle opere di cui all'Allegato I, si evidenzia inoltre che il criterio finanziario è stato integrato con un criterio dimensionale: a seconda della tipologia di opera sono infatti indicate le dimensioni massime oltre le quali si applica la procedura del dibattito pubblico. In termini generali

Il DPCM n. 76/2018, nel solco dei principi individuati dall'art. 22 del D.Lgs. 50/2016, agisce quale contemperamento tra l'esigenza di non allungare troppo i tempi di realizzazione delle grandi opere infrastrutturali e quella di dare effettività al coinvolgimento dei portatori di interessi

il procedimento relativo al dibattito pubblico si giustifica solo per interventi a elevato impatto socio-ambientale, e precisamente per quelli descritti nell'Allegato 1 al DPCM (infrastrutture stradali, autostradali, ferroviarie, porti, aeroporti, interporti, elettrodotti, condotte idrauliche, impianti, insediamenti industriali e infrastrutture energetiche), che superino determinate soglie di costo (dai duecento ai cinquecento milioni, a seconda delle diverse tipologie) e di dimensione (variabile in funzione delle categorie di opere)².

L'**art. 3 comma 2** del DPCM prevede inoltre che in caso di particolari **esigenze di**

salvaguardia i parametri di riferimento delle soglie dimensionali delle opere inserite nell'Allegato 1 siano ridotti del 50% se si tratta di interventi ricadenti, anche in parte:

- a) su beni del patrimonio culturale e naturale iscritti nella Lista del Patrimonio Mondiale dell'UNESCO, ai sensi della Conferenza sul Patrimonio Mondiale del 1977;
- b) nella zona tampone come definita nelle Linee Guida Operative emanate dell'UNESCO;

2. Ai sensi dell'Allegato 1 le **opere da sottoporre a dibattito pubblico** sono le seguenti:

«- *Autostrade e strade extraurbane principali. Strade extraurbane a quattro o più corsie o adeguamento di strade extraurbane esistenti a due corsie per renderle a quattro o più corsie (Opere che comportano una lunghezza del tracciato superiore a 15 km e comunque con un valore di investimento pari o superiore a 500 milioni di euro al netto di IVA del complesso dei contratti previsti)*

- *Tronchi ferroviarie per il traffico a grande distanza (Opere che comportano una lunghezza del tracciato superiore a 30 km e comunque con un valore di investimento superiore a 500 milioni di euro al netto di IVA del complesso dei contratti previsti)*

- *Aeroporti (Opere che riguardano nuovi terminali passeggeri o merci, o nuove piste di atterraggio e decollo superiori ai 1.500 metri di lunghezza e comunque con un valore di investimento complessivi superiore a 200 milioni di euro al netto di IVA del complesso dei contratti previsti)*

- *Porti marittimi commerciali, nonché vie navigabili e porti per la navigazione interna accessibili a navi di stazza superiore a 1.350 tonnellate. Terminali marittimi, da intendersi quali moli, pontili, boe galleggianti, isole a mare per il carico e lo scarico dei prodotti collegati con la terraferma e l'esterno dei porti, che possono accogliere navi di stazza superiore a 1.350 tonnellate, comprese le attrezzature e le opere funzionalmente connesse (Opere che comportano una superficie interessata dall'intervento superiore a 150 ha e comunque con un valore di investimento complessivo superiore a 200 milioni di euro al netto di IVA del complesso dei contratti previsti)*

- *Interventi per la difesa del mare e delle coste (Opere che comportano un valore di investimento complessivo superiore ai 50 milioni di euro del complesso dei contratti previsti)*

c) nei parchi nazionali e regionali e nelle aree marine protette.

Ancora l'**art. 3 comma 3** individua la forma del **dibattito pubblico "su richiesta"**: per le opere di cui all'Allegato 1, di importo compreso tra la soglia ivi indicata e due terzi della medesima, l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore indice il dibattito pubblico su richiesta:

- a) della Presidenza del Consiglio dei ministri o dei Ministeri direttamente interessati alla realizzazione dell'opera;
- b) di un Consiglio regionale o di una Provincia o di una Città metropolitana o di un comune capoluogo di provincia territorialmente interessati dall'intervento;
- c) di uno o più consigli comunali o di unioni di comuni territorialmente interessati dall'intervento, se complessivamente rappresentativi di almeno 100.000 abitanti;
- d) di almeno 50.000 cittadini elettori nei territori in cui è previsto l'intervento;
- e) di almeno un terzo dei cittadini elettori per gli interventi che interessano le isole con non più di 100.000 abitanti e per il territorio di comuni di montagna.

In via residuale è comunque consentito che un'amministrazione aggiudicatrice un ente aggiudicatore, ai sensi dell'**art. 3 comma 4** possa

indire su propria iniziativa il dibattito pubblico quando ne rileva l'opportunità.

L'**art. 3 comma 5** si preoccupa infine di chiarire per quali opere non si effettua il dibattito pubblico ovvero:

- a) per le opere realizzate con le procedure previste dagli articoli 159 e 163 del D.Lgs. 50/2016 e per quelle di difesa nazionale di cui all'articolo 233 del D.Lgs. 66/2010;
- b) per interventi di manutenzione ordinaria e straordinaria, restauri, adeguamenti tecnologici e completamenti;
- c) per le opere già sottoposte a procedure preliminari di consultazione pubblica sulla base del regolamento (UE) n. 347 del 17 aprile 2013, ovvero di altra norma europea.

SVOLGIMENTO DEL DIBATTITO PUBBLICO

Per quanto concerne la **procedura del dibattito pubblico**, considerata la necessità di contingentare i tempi ma di consentire alle comunità locali di informarsi adeguatamente e partecipare attivamente al processo dialogico, il DPCM all'**art. 5 comma 2** prevede che la durata del dibattito pubblico è fissata in quattro mesi, prorogabili di ulteriori due mesi in caso di comprovata necessità. **L'indizione del dibattito pubblico** avviene attraverso una procedura snella secondo l'**art. 5 commi 3 e 4** in cui il proponente



- Piattaforme di lavaggio delle acque di zavorra delle navi (Opere off-shore che comportano un valore di investimento complessivo superiore ai 150 milioni di euro del complesso dei contratti previsti)
- Interporti finalizzati al trasporto merci e in favore dell'intermodalità di cui alla legge 4 agosto 1990, n. 240 e successive modifiche, comunque comprendenti uno scalo ferroviario idoneo a formare o ricevere treni completi e in collegamento con porti, aeroporti e viabilità di grande comunicazione (Opere che comportano costi degli stabilimenti e delle infrastrutture superiori ai 300 milioni di euro al netto di IVA del complesso dei contratti previsti)
- Elettrodotti aerei (Linee elettriche aeree di tensione pari o superiore a 380 kV e con tracciato di lunghezza superiore a 40 km)
- Impianti destinati a trattenere, regolare o accumulare le acque in modo durevole (Impianti con altezza superiore a 30 metri o che determinano un volume di invaso superiore a 40 milioni di metri cubi)
- Opere che prevedano o possano prevedere trasferimento d'acqua tra regioni diverse e ciò travalichi i comprensori di riferimento dei bacini idrografici istituiti a norma della legge 18 maggio 1989, n. 183 (Opere che prevedono trasferimenti di portata uguale o superiore a 4 m³/s.)
- Infrastrutture ad uso sociale, culturale, sportivo, scientifico o turistico (Opere e infrastrutture che comportano investimenti complessivi superiori a 300 milioni di euro al netto di IVA del complesso dei contratti previsti)
- Impianti, insediamenti industriali e infrastrutture energetiche (Opere che comportano investimenti complessivi superiori ai 300 milioni di euro al netto di IVA del complesso dei contratti previsti)»

- trasmette alla Commissione nazionale per il dibattito pubblico una comunicazione in cui dichiara l'intenzione di avviare la procedura allegando il progetto di fattibilità ovvero il documento di fattibilità delle alternative progettuali; una sintesi degli obiettivi e delle caratteristiche dell'opera; il nominativo del soggetto o dei soggetti che lo rappresentano in tutte le fasi del procedimento.
- notifica l'intenzione di avviare il procedimento di dibattito pubblico alle amministrazioni territoriali interessate;
- pubblica sul proprio sito internet la comunicazione trasmessa alla Commissione e agli enti territoriali.

Poiché il dibattito pubblico per essere efficace deve essere progettato ed adattato alle caratteristiche dell'intervento e soprattutto alle peculiarità del contesto sociale e territoriale di riferimento, il DPCM all'**art. 6 comma 1** prevede che il dibattito pubblico, prima di essere avviato, sia ideato e adattato al contesto locale di riferimento, attraverso un vero e proprio processo di progettazione della durata massima di un mese curato dal **coordinatore del dibattito pubblico**, il quale ha il compito di gestire l'intera procedura, selezionato dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore attraverso procedure di evidenza pubblica (ai sensi dell'**art. 6, comma 3**).

Il dibattito si apre con la pubblicazione sul sito del dibattito pubblico del dossier di progetto dell'opera (**art. 8, comma 1**), dove sono presentate in un linguaggio non tecnico, le ragioni e le caratteristiche

tecniche dell'intervento, comprensive degli impatti sociali, ambientali ed economici in conformità all'**art. 7, comma 1, lett. a)**: il dossier, redatto

dal proponente dell'opera, rappresenta il documento attraverso il quale le comunità locali possono formarsi un'opinione consapevole sull'opera e costituisce la base informativa sulla quale avviare il dibattito pubblico.

La relazione finale del coordinatore del dibattito pubblico contiene la descrizione delle attività svolte nel corso del dibattito, comprensiva delle indicazioni circa il numero di incontri, le modalità di gestione e l'andamento degli incontri, il numero dei partecipanti, gli strumenti di

comunicazione utilizzati, le statistiche di accesso e consultazione del sito internet del dibattito pubblico. Inoltre, contiene la sintesi dei temi, delle posizioni e delle proposte emerse nel corso del dibattito e la descrizione delle questioni aperte e maggiormente problematiche rispetto alle quali si chiede al proponente di prendere posizione ai sensi dell'**art. 9, comma 1, lett. a), b), c)**.

Si evidenzia che la relazione conclusiva non contiene alcuna prescrizione per il proponente a cui è lasciata la piena responsabilità di decidere se e come realizzare l'opera.

È infatti responsabilità del proponente dell'opera

valutare i risultati e le proposte emerse nel corso del dibattito pubblico e redigere un proprio **dossier conclusivo** in cui si evidenzia, la volontà o meno di realizzare l'intervento, le eventuali modifiche apportate al progetto e le ragioni che hanno condotto a non accogliere eventuali proposte emerse nel corso del dibattito, in conformità all'**art. 7, comma 1, lett. d)**.

Il dibattito pubblico deve essere eseguito solo per gli interventi a elevato impatto socio-ambientale descritti nell'Allegato 1 al D.P.C.M. (infrastrutture stradali, autostradali, ferroviarie, porti, aeroporti, interporti, elettrodotti, condotte idrauliche, impianti, insediamenti industriali e infrastrutture energetiche), che superino determinate soglie di costo e di dimensione.

La durata del dibattito pubblico è fissata in quattro mesi, prorogabili di ulteriori due mesi in caso di comprovata necessità

Il dibattito pubblico si conclude con la presentazione del dossier conclusivo da parte dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore, entro due mesi dalla presentazione delle relazione conclusiva da parte del coordinatore del dibattito pubblico (**art. 9 comma 2**).

4. Conclusioni

L'introduzione del dibattito pubblico in ambito nazionale quale alto strumento di democrazia partecipativa, per tutte le considerazioni svolte nei paragrafi che precedono, non può che essere apprezzata, fermo restando che la valutazione di questo nuovo strumento potrà essere

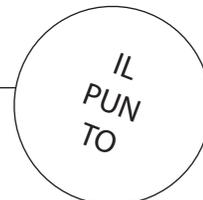
compiutamente eseguita solo a valle della sua concreta attuazione.

Solo a seguito dell'indizione di più dibattiti pubblici ai sensi della nuova disciplina sarà infatti possibile verificare se l'esigenza di trasparenza e di consultazione di tutti i diversi portatori di interesse coinvolti nella realizzazione di una grande opera infrastrutturale prima dell'avvio dei lavori di costruzione, come propugnata dal legislatore, sarà pienamente garantita.

Quanto più le procedure di dibattito pubblico verranno infatti concluse tanto più si potrà in particolare verificare la riduzione del contenzioso e, in linea generale, il contrasto delle comunità interessate.

Crisi di impresa e codice dei contratti pubblici: le modifiche che verranno

di Emanuela Pellicciotti



Premesse

Con l'entrata in vigore del Decreto Legislativo 12 gennaio 2019, n. 14 recante "Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza in attuazione della legge 19 ottobre 2017, n. 155" sono state apportate anche alcune modifiche al Codice dei Contratti pubblici, la cui entrata in vigore è stata differita al 2020. Il Legislatore, poi, ha cercato di anticipare alcune di esse, riproducendole nello Sbocca-cantieri – a testimonianza di quanto tali norme siano essenziali per la ricrescita del "Sistema Paese".

1. Il Decreto Legislativo 12 gennaio 2019, n. 14

Sulla Gazzetta Ufficiale n. 38 del 14 febbraio 2019 è stato pubblicato il Decreto Legislativo 12 gennaio 2019, n. 14 recante il "Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza in attuazione della legge 19 ottobre 2017, n. 155" che, nell'ambito della delle norme di coordinamento, in particolare all'art. 372 (rubricato, appunto "Modifiche al codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50"), apporta alcune modifiche al Codice dei Contratti pubblici (sostanzialmente: riformulando le norme sulla modalità di partecipazione alle gare pubbliche per gli operatori in concordato preventivo, consentendo la prosecuzione del contratto già

avviato e sostituendo il termine "fallimento" con il neologismo "liquidazione giudiziale").

La formulazione dell'art. 372 è quella consueta adottata dal Legislatore allorché – ad esempio per motivi finanziari o di coordinamento comunitario – intende novellare singole disposizioni di un corpus normativo già definito.

Nel caso di specie, infatti, anche l'art. 372 si caratterizza per "modificare" gli articoli 48, commi 17 e 18, 80, comma 5 lett. b) e 110 del D.Lgs. n. 50/2016, aggiungendo anche un rinvio a "Linee guida ANAC" che dovranno essere emanate per disciplinare "... la partecipazione, l'affidamento di subappalti e la stipulazione dei relativi contratti" per le imprese che versino in stato di concordato e che "si avvalga di un altro operatore in possesso dei requisiti di carattere generale, di capacità finanziaria, tecnica, economica, nonché di certificazione, richiesti per l'affidamento dell'appalto, che si impegni nei confronti dell'impresa concorrente e della stazione appaltante a mettere a disposizione, per la durata del contratto, le risorse necessarie all'esecuzione dell'appalto e a subentrare all'impresa ausiliata nel caso in cui questa nel corso della gara, ovvero dopo la stipulazione del contratto, non sia per qualsiasi ragione più in grado di dare regolare esecuzione all'appalto o alla concessione quando l'impresa non è in possesso dei requisiti aggiuntivi che l'ANAC individua con apposite linee guida."

Le nuove disposizioni in materia di contratti pubblici entreranno in vigore – come la maggior parte del “Codice della crisi e dell’insolvenza” – a decorrere dal 15 agosto 2020 e si applicheranno, quindi, alle procedure di gara indette successivamente a tale data.

Tuttavia, occorre registrare il particolare interesse del Legislatore per tale materia – ovvero lo stato emergenziale in cui versa l’intero settore dei lavori pubblici -, che ha condotto il Governo a riprodurre nell’art. 2 del c.d. “Sblocca-cantieri” le modifiche apportate dal “Codice della crisi e dell’insolvenza” all’art. 110 D.Lgs. n. 50/2016 – che costituiscono il nucleo fondamentale della novella apportata al predetto “Codice dei Contratti pubblici”.

La norma in questione, tuttavia, lascia aperti alcuni interrogativi che, con l’occasione, si sarebbero potuti affrontare e dipanare: *in primis*, proprio per la sua importanza pratica, il coordinamento fra le norme in materia di crisi di impresa ed insolvenza e quelle relative alla responsabilità solidale nell’ambito dell’A.T.I. o quelle sulla responsabilità

solidale fra committente e appaltatore nei confronti dei subappaltatori. Tali norme, infatti, nell’ambito del *corpus* del Codice dei Contratti pubblici sono disciplinate come norma eccezionale, distinta da quelle sulla crisi di impresa e che – attraverso il D.Lgs. n. 14/2019 – ben avrebbero potuto trovare armonia d’insieme.

Invece, il paradigma della dicotomia in tema di appalti, fra codice della crisi e dell’insolvenza e Codice dei Contratti pubblici è ben visibile raffrontando l’art. 186 e l’art. 372, laddove quest’ultimo va a modificare l’art. 110 D.Lgs. n. 50/2016: infatti, se per gli appalti privati la regola generale è quella della risoluzione, in conseguenza della crisi¹, diametralmente opposta è la disciplina in materia di contratti pubblici, ove è l’ANAC a decidere se l’appaltatore può o meno partecipare alla gara e/o stipulare il contratto² (in particolare, poi, nei casi di concordato preventivo) - tramite avvalimento - verificando l’affidabilità dell’appaltatore tramite l’ausilio di criteri indicati in apposite Linee guida (il che, considerando che il Decreto Sblocca-cantieri comprime questa tipologia di *soft law* a favore



1. Così, l’art. 186 D.Lgs. n. 14/2019: “Art. 186 - Contratto di appalto. (1.) Il contratto di appalto si scioglie per effetto dell’apertura della liquidazione giudiziale nei confronti di una delle parti, se il curatore, previa autorizzazione del comitato dei creditori, non dichiara di voler subentrare nel rapporto dandone comunicazione all’altra parte nel termine di sessanta giorni dall’apertura della procedura ed offrendo idonee garanzie. (2.) Nel caso di apertura della liquidazione giudiziale nei confronti dell’appaltatore, il rapporto contrattuale si scioglie se la considerazione della qualità soggettiva dello stesso appaltatore è stata un motivo determinante del contratto, salvo che il committente non consenta, comunque, la prosecuzione del rapporto.”.

2. Così, i commi 3, 4, 5, 6 e 7 dell’art.180 D.Ls. n. 50/2016, come modificati per effetto dell’art. 372 D.Lgs. n. 14/2019: “(3.) *Il curatore della procedura di liquidazione giudiziale, autorizzato all’esercizio dell’impresa, può eseguire i contratti già stipulati dall’impresa assoggettata alla liquidazione giudiziale su autorizzazione del giudice delegato.* (4.) *Alle imprese che hanno depositato la domanda di cui all’articolo 40 del codice della crisi di impresa e dell’insolvenza adottato in attuazione della delega di cui all’articolo 1 della legge 19 ottobre 2017, n.155, si applica l’art.95 del medesimo codice. Per la partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici tra il momento del deposito della domanda di cui al primo periodo ed il momento del deposito del decreto previsto dall’articolo 47 del codice della crisi di impresa e dell’insolvenza è sempre necessario l’avvalimento dei requisiti di un altro soggetto.* (5.) *L’impresa ammessa al concordato preventivo non necessita di avvalimento di requisiti di altro soggetto.* (6.) *L’ANAC può subordinare la partecipazione, l’affidamento di subappalti e la stipulazione dei relativi contratti alla necessità che l’impresa in concordato si avvalga di un altro operatore in possesso dei requisiti di carattere generale, di capacità finanziaria, tecnica, economica, nonché di certificazione, richiesti per l’affidamento dell’appalto, che si impegni nei confronti dell’impresa concorrente e della stazione appaltante a mettere a disposizione, per la durata del contratto, le risorse necessarie all’esecuzione dell’appalto e a subentrare all’impresa ausiliata nel caso in cui questa nel corso della gara, ovvero dopo la stipulazione del contratto, non sia per qualsiasi ragione più in grado di dare regolare esecuzione all’appalto o alla concessione quando l’impresa non è in possesso dei requisiti aggiuntivi che l’ANAC individua con apposite linee guida.* (7.) *Restano ferme le disposizioni previste dall’articolo 32 del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, in materia di misure straordinarie di gestione di imprese nell’ambito della prevenzione della corruzione.*”.

del "ritorno" al Regolamento attuativo, potrebbe creare qualche dubbio sul coordinamento di questi strumenti normativi sotto-ordinati), mentre in fase esecutiva il rapporto contrattuale prosegue, salvo motivato dissenso del curatore.

2. Le singole modifiche apportate dal D.Lgs. n. 14/2019 al Codice dei Contratti pubblici: il problema della concreta applicazione

Nell'intento del Legislatore del codice della crisi e dell'insolvenza, dunque, l'obiettivo primario è quello di tutelare sia l'imprenditore in stato di crisi (e le sue maestranze), sia i suoi creditori o partner contrattuali: per ottenere tale effetto, innanzitutto si abolisce il termine "fallimento", sostituendolo con quello di "liquidazione giudiziale", di nuova creazione, ma soprattutto si amplia l'effetto della fase di "liquidazione" giungendo – da un lato – a cercare di prevenirla monitorando indicatori finanziari dell'impresa e – dall'altro – privilegiando strumenti quali il "concordato con continuità" e, più in generale, la funzionalità dell'impresa, con l'intento di soddisfare i creditori e, se possibile, ripristinarla rimettendola *in bonis*.

Naturalmente, il rapporto con il committente pubblico necessita di tutele più stringenti, giacché in tale contesto devono essere privilegiati altri criteri: in primis, economicità e tempestività delle commesse pubbliche e, immediatamente a seguire, la trasparenza nella contrattazione pubblica, garantendo il "buon fine" dei pagamenti e la soddisfazione di tutta la filiera dei fornitori e subappaltatori.

La novella trova il suo incipit – ma anche la sintesi del nuovo impianto normativo – nell'art. 95 D.Lgs. n. 14/2019, recante "Disposizioni speciali per i contratti con le pubbliche amministrazioni", che sostituisce l'attuale art. 186 bis R.D. n. 267/1942 e prevede: "(1.) Fermo quanto previsto nell'articolo 97, i contratti in corso di esecuzione, stipulati con pubbliche amministrazioni, non si risolvono per effetto del deposito della domanda di concordato. Sono inefficaci eventuali patti contrari. (2.) Il deposito della domanda di accesso al concordato

preventivo non impedisce la continuazione di contratti con le pubbliche amministrazioni, se il professionista indipendente ha attestato la conformità al piano, ove predisposto, e la ragionevole capacità di adempimento. Di tale continuazione può beneficiare, in presenza dei requisiti di legge, anche la società cessionaria o conferitaria d'azienda o di rami d'azienda cui i contratti siano trasferiti, purché in possesso dei requisiti per la partecipazione alla gara e per l'esecuzione del contratto. Il giudice delegato, all'atto della cessione o del conferimento, dispone la cancellazione delle iscrizioni e trascrizioni. Le disposizioni del presente comma si applicano anche nell'ipotesi in cui l'impresa sia stata ammessa al concordato liquidatorio quando il professionista indipendente attesta che la continuazione è necessaria per la migliore liquidazione dell'azienda in esercizio. (3.) Successivamente al deposito della domanda di cui all'articolo 40, la partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici deve essere autorizzata dal tribunale, e, dopo il decreto di apertura, dal giudice delegato, acquisito il parere del commissario giudiziale ove già nominato. (4.) L'autorizzazione consente la partecipazione alla gara previo deposito di una relazione del professionista indipendente che attesta la conformità al piano, ove predisposto, e la ragionevole capacità di adempimento del contratto. (5.) Fermo quanto previsto dal comma 4, l'impresa in concordato può concorrere anche riunita in raggruppamento temporaneo di imprese, purché non rivesta la qualità di mandataria e sempre che nessuna delle altre imprese aderenti al raggruppamento sia assoggettata ad una procedura concorsuale."

Questa norma – che attiene alla disciplina del concordato –, per essere apprezzata appieno nella sua portata innovativa, necessita di essere esaminata in coordinamento con le modifiche recate dalla novella al corpus del Codice dei Contratti pubblici: in particolare con la "nuova" versione dell'art. 110, che disciplina lo stadio avanzato dello stato di crisi, anzi, per dirla con il dovuto termine, lo stato di "liquidazione giudiziale".

Per quanto concerne la fase vera e propria di crisi dell'impresa, il Codice dei Contratti pubblici,

all'art. 110, reca già delle disposizioni in materia di *"procedure di affidamento in caso di fallimento dell'esecutore o di risoluzione del contratto e misure straordinarie di gestione"*, e proprio su queste la novella interviene con le modifiche più incisive.

Proprio per la sua centralità nel nuovo sistema di gestione della crisi di impresa, dunque, l'art. 110 D.Lgs. n. 50/2016 viene completamente riscritto, salvo i primi due commi, ove comunque le modifiche attengono la definizione lessicale, con l'introduzione della *"liquidazione giudiziale"* al posto del *"fallimento"* (nello stesso senso, meramente formali sono anche le modifiche all'art. 48, commi 17 e 18, nei casi in cui – rispettivamente – la *"liquidazione giudiziale"* riguardi la mandataria o la mandante, in corso di esecuzione del contratto). Nel resto della norma, invece, si apprezzano le novità di cui si è brevemente anticipato nel precedente capitolo.

Innanzitutto, infatti, si prevede che il Curatore della liquidazione giudiziale autorizzato all'esercizio dell'impresa possa eseguire i contratti già stipulati antecedentemente alla fase di liquidazione – previa autorizzazione del Giudice delegato –; rispetto alla versione attualmente vigente della norma, è sparito il riferimento alla partecipazione alle gare pubbliche, ma anche all'esecuzione dei contratti di subappalto (e, si presume, anche dei contratti di mera fornitura).

Questa disposizione, però, appare di difficile attuazione: come potrebbe, un appaltatore, eseguire le prestazioni derivanti da un contratto pubblico senza ricorrere a subappaltatori e fornitori, ove necessario? E, ancor più, come può proseguire le attività senza garanzie nei confronti delle maestranze e degli enti previdenziali?

Tale disposizione, peraltro, potrebbe offrire una risposta – assai drastica – rispetto ai dubbi già sopra indicati, sul coordinamento delle norme in materia di crisi, con quelle inerenti la responsabilità solidale nell'ambito dell'A.T.I., generando, però, ancora dubbi sulla concreta modalità di soddisfazione del credito nella filiera del subappalto e fornitura pubblici.

Si prevede, inoltre, al comma 5, che l'impresa che si trovi in stato di concordato preventivo possa eseguire gli appalti pubblici e partecipare alle gare, senza necessità di ricorrere all'avvalimento di altri soggetti.

Anche su questa norma, però, possono sorgere dubbi sulla sua attuazione concreta, in particolare giacché il legislatore equipara sostanzialmente lo strumento del concordato con continuità aziendale con quello liquidatorio; ciò avviene nel caso in cui il professionista incaricato della verifica della conformità al piano liquidatorio, attesti anche che la continuazione è necessaria per la migliore liquidazione dell'azienda in esercizio. In questo caso, per effetto del novellato (per effetto del D.Lgs. n. 14/2019) art. 80, comma 5, lett. g) D.Lgs. n. 50/2016 le due forme di concordato vengono unificate in un'unica disciplina – che tuttavia sembra quasi contraddire la funzione del concordato liquidatorio e, soprattutto, demandare ad un giudizio del privato (sebbene professionista esterno, incaricato *ex officio*) di decidere se l'impresa possa o debba proseguire l'attività al solo scopo liquidatorio –.

Quanto al ruolo dell'ANAC, poi, nel sesto comma, si può verificare che l'Autorità avrà innanzitutto il compito di decidere sulla partecipazione dell'impresa alle gare pubbliche o sulla stipula dei contratti di subappalto – decisione che attualmente è devoluta al Giudice Delegato –, ma senza precisare le modalità con cui essa possa concretamente intervenire; forse, le modalità di esternazione dei poteri dell'ANAC verrà regolata dalle Linee Guida, evocate dal Legislatore a chiusura del medesimo comma 6. La norma, però, precisa che tale partecipazione possa essere subordinata all'avvalimento da parte *"di un altro operatore in possesso dei requisiti di carattere generale, di capacità finanziaria, tecnica, economica, nonché di certificazione, richiesti per l'affidamento dell'appalto, che si impegni nei confronti dell'impresa concorrente e della stazione appaltante a mettere a disposizione, per la durata del contratto, le risorse necessarie all'esecuzione dell'appalto e a subentrare all'impresa ausiliata nel caso in cui questa nel corso della gara, ovvero dopo la stipulazione del contratto, non sia per*

qualsiasi ragione più in grado di dare regolare esecuzione all'appalto o alla concessione quando l'impresa non è in possesso dei requisiti aggiuntivi che l'ANAC individua con apposite linee guida."

Infine, si stabilisce che per la partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici tra il momento del deposito della domanda di concordato e il momento del deposito del Decreto di apertura del concordato, il concorrente ha sempre necessità di avvalersi dei requisiti di un altro operatore – avvalimento di cui non necessita più dopo l'ammissione al concordato preventivo -. Si può verificare, dalla complessa novella dell'art. 110, una contraddizione: l'obiettivo di certezza delle ragioni del committente e dei creditori dell'impresa non appare raggiunto. Infatti, non solo viene lasciato alla soft law il compito di disciplinare i poteri (e criteri) dell'ANAC – oggettivandoli e, quindi, non consentendo una analisi caso per caso dello stato di crisi e delle possibilità di ripresa delle singole imprese -, ma non si prevedono nemmeno garanzie volte a consentire la continuità dei rapporti contrattuali (per consentire il completamento nei termini del contratto pubblico) e la soddisfazione di creditori, fornitori e subappaltatori.

E ancora, per completezza del quadro normativo della novella, è necessario esaminare le modifiche apportate all'art. 80 del Codice dei Contratti pubblici.

Sostanzialmente, la novella sostituisce l'intero comma 5, lett. b) dell'art. 80 e "trasporta" nel Codice dei Contratti pubblici la disciplina – estremamente favorevole – riservata dal Legislatore allo strumento del concordato preventivo; in parte, si è già detto, commentando la sostanziale parificazione del concordato preventivo con quello liquidatorio, in merito all'esecuzione dei contratti pubblici.

La novellata versione dell'art. 80, comma 5, lett. b), pertanto, recita: "5. Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, anche riferita a un suo subappaltatore nei casi di cui all'articolo 105, comma 6, qualora: ... b) l'operatore economico sia stato sottoposto a liquidazione giudiziale o si trovi in stato di liquidazione coatta o di concordato

preventivo o sia in corso nei suoi confronti un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni, fermo restando quanto previsto dall'articolo 95 del codice della crisi di impresa e dell'insolvenza adottato in attuazione della delega di cui all'articolo 1 della legge 19 ottobre 2017, n.155 e dall'articolo 110;" – ricordando che le richiamate norme del Codice della crisi e dell'insolvenza prevedono che il deposito della domanda di concordato (preventivo o liquidatorio, indifferentemente, grazie al rinvio operato dall'art. 95, comma 2, ultima parte del D.Lgs. n. 14/2019) da parte del concorrente non gli preclude l'accesso ai contratti pubblici, previa autorizzazione giudiziale accompagnata dalla relazione di un professionista che attesti (in caso di concordato liquidatorio) che tale partecipazione è conforme al piano concordatario e che l'impresa ha "la ragionevole capacità di adempimento" del contratto oggetto di gara -. Detta norma – che chiaramente beneficia del favor del Legislatore perché riunisce l'esigenza di continuità dell'attività imprenditoriale, ma anche di quella della commessa pubblica - è rafforzata (art. 95, comma 1, parte finale) dalla previsione di inefficacia di ogni patto contrario.

Dunque, l'impresa in crisi che attinge lo strumento concordatario non è ex se destinataria di un provvedimento di risoluzione contrattuale da parte della committenza pubblica, ma - anche in caso di concordato liquidatorio - può proseguire l'esecuzione del contratto (con tutte le riserve, in termini di concreta attuazione, che tale previsione comporta e di cui si è già fatto cenno).

Ma l'art. 95, comma 2 D.Lgs. n. 14/2019 va oltre e prevede che "Di tale continuazione può beneficiare, in presenza dei requisiti di legge, anche la società cessionaria o conferitaria d'azienda o di rami d'azienda cui i contratti siano trasferiti, purché in possesso dei requisiti per la partecipazione alla gara e per l'esecuzione del contratto. Il giudice delegato, all'atto della cessione o del conferimento, dispone la cancellazione delle iscrizioni e trascrizioni."

Per poter fruire di tale continuità, è sufficiente che l'esperto indipendente certifichi che la prosecuzione delle attività contrattuali è necessaria per la "corretta liquidazione" dell'impresa, il che

rende auspicabile che il certificatore spieghi in concreto le modalità con le quali l'impresa può proseguire le attività, nonostante lo stato di crisi (e, si presume, lo stato di insolvenza e crisi di liquidità, nei rapporti con le maestranze, i terzi e fornitori); diversamente, tale norma resterebbe priva di concreta attuazione, oppure al contrario verrebbe utilizzata senza riuscire a pianificare correttamente il flusso dei pagamenti alla filiera dei creditori, a tutto discapito della trasparenza (e della celerità di esecuzione) dei contratti pubblici. Infine, l'art. 95, commi 3 e ss. D.Lgs. n. 14/2019, si occupa anche della crisi di impresa dopo il deposito della domanda di concordato, stabilendo che essa non impedisce la partecipazione alle gare pubbliche, purché – sulla falsariga dei commi precedenti – si acquisisca l'autorizzazione "(3.) *dal tribunale, e, dopo il decreto di apertura, dal giudice delegato, acquisito il parere del commissario giudiziale ove già nominato.*".

Anche in tal caso, poi, "(4.) *L'autorizzazione consente la partecipazione alla gara previo deposito di una relazione del professionista indipendente che attesta la conformità al piano, ove predisposto, e la ragionevole capacità di adempimento del contratto.*".

3. Conclusioni

In tal modo, il Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza accompagna idealmente il percorso degli operatori economici verso l'auspicata ripresa e rimessione *in bonis*, ovvero verso le conseguenze indicate dal novellato art. 110 D.Lgs. n. 50/2016, esaltando la funzione "economico sociale" degli appalti pubblici.

In altri termini, il Legislatore ben esprime il suo intento di favorire la ripresa economica anche utilizzando la "leva" degli appalti pubblici, sostenendo le imprese che, vittime della crisi economica generalizzata, tentano comunque di riprendersi, offrendo al mercato prodotti e servizi spesso assai competitivi sotto il profilo qualitativo. La novella, in tali casi, non preclude agli operatori economici l'accesso agli appalti pubblici – né l'esecuzione degli stessi –, purché questi offrano

garanzia di continuità nella gestione dell'impresa: in tal senso, dunque, il *public procurement* si pone quale strumento di valorizzazione dell'imprenditoria, al fine di incrementare l'accesso agli appalti pubblici e la concorrenza.

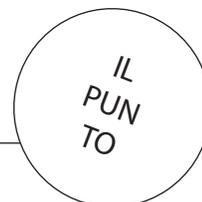
La funzione nodale di tale garanzia, come si è notato, è affidata alla attestazione giudiziale o del professionista indipendente – il che spesso comporta tempistiche piuttosto lunghe e l'alta probabilità di contenziosi (con maestranze e terzi fornitori/subappaltatori) che sbarrano la strada ad eventuali piani di ripianamento della crisi -: il che potrebbe compromettere l'obiettivo pratico che la norma si propone.

E' prevista anche una disposizione di contenimento: infatti, l'art. 95, comma 5 dispone che l'Impresa in concordato può concorrere anche sotto forma di R.T.I., ma in tal caso non può essere mandataria e, nell'ambito del raggruppamento non può esserci un'altra impresa in stato di crisi.

La formulazione delle norme sulla crisi di impresa nell'ambito degli appalti pubblici, dunque, si snoda lungo un percorso diplomaticamente in equilibrio fra le esigenze di certezza della continuità ed economicità delle commesse e quelle di favor dell'imprenditoria e della concorrenza. Si tratta di un terreno "sdruciolevole", ove si consideri che le imprese coinvolte spesso sono "la punta dell'iceberg" di una filiera compromessa dalla crisi e che, pertanto, le misure dettate a favore della continuità devono necessariamente prevedere il concreto risanamento del contesto generale in cui l'impresa coinvolta sta operando.

Un'occasione (per ora, mancata) di mettere alla prova il novellato art. 110 D.Lgs. n. 50/2016 è attesa dal Decreto c.d. "Sblocca-cantieri", che all'art. 2 ne anticipa parte degli effetti: ma la "tenuta pratica" della norma in esame si avrà soltanto con l'applicazione generalizzata alle procedure avviate dopo il 15 agosto 2020. Solo allora – magari in combinazione con altre norme intervenute medio tempore in materia di sostegno alla ripresa economica – sarà possibile valutare se l'obiettivo del Codice della crisi e dell'insolvenza, calato nel mondo dei contratti pubblici, abbia effettivamente attinto l'obiettivo prefissato.

I casi tipizzati per i quali è possibile procedere alla escussione della garanzia provvisoria



di Giuseppe Totino

Premesse: Natura e finalità della cauzione provvisoria

La garanzia a corredo dell'offerta, ricopre una funzione ben precisa nell'architettura degli affidamenti di contratti pubblici.

Essa ha natura prettamente patrimoniale ed assolve alla specifica funzione di assicurare serietà e attendibilità all'offerta presentata in gara dai concorrenti, tutelando – sotto il profilo patrimoniale - l'amministrazione qualora l'aggiudicatario non sottoscriva il contratto d'appalto o qualora il concorrente sia escluso dalla gara a causa del mancato possesso dei requisiti di ammissione.

La giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di delimitare la natura e la funzione della cauzione provvisoria nelle gare di appalto più di una volta.

Sul punto, e di recente, il Consiglio di Stato, sez. V, con la sentenza n. 2181 del 10 aprile 2018, ha avuto modo di rammentare che la cauzione "si pone come strumento di garanzia della serietà ed affidabilità dell'offerta che vincola le imprese partecipanti ad una gara pubblica all'osservanza

dell'impegno assunto a rispettarne le regole, responsabilizzandole, mediante l'anticipata liquidazione dei danni subiti dalla Pubblica amministrazione, in ordine alle dichiarazioni rese anche con riguardo al possesso dei requisiti di ammissione alla procedura; la cauzione provvisoria costituisce, dunque, una misura di natura patrimoniale che da un lato è finalizzata, come la caparra confirmatoria, a confermare la serietà di un impegno da assumere in futuro; dall'altro costituisce, ove prevista, naturale effetto della violazione di regole e doveri contrattuali espressamente accettati".

Nelle gare pubbliche di appalto l'incameramento della cauzione è una misura a carattere latamente sanzionatorio, che costituisce conseguenza ex lege dell'esclusione senza che sia necessaria la prova di colpa nella condotta ascrivibile all'offerente.

Così delineate le principali caratteristiche della cauzione provvisoria, quest'ultima costituisce una misura di natura patrimoniale, che d'altro canto "non assume la configurazione di un requisito di ammissione alla gara, che deve essere già posseduto entro il termine di presentazione delle offerte, ma costituisce una garanzia di serietà dell'offerta e di liquidazione preventiva

e forfettaria del danno, in caso di mancata sottoscrizione del contratto di appalto imputabile al concorrente a titolo di dolo o colpa e/o di esclusione dalla gara per l'assenza dei requisiti di ammissione alla gara"¹.

1 Cfr. Tar Catania -Sicilia-, con la sentenza n. 752 del 12 aprile 2018

Più di recente la giurisprudenza ha osservato come sia inoltre duplice la funzione assolta dalla cauzione provvisoria: una di carattere indennitario e l'altra di tipo sanzionatorio.

In particolare il Tar Campania, ha chiarito che *"Nelle gare pubbliche di appalto l'incameramento della cauzione è una misura a carattere latamente sanzionatorio, che costituisce conseguenza ex lege dell'esclusione senza che sia necessaria la prova di colpa nella condotta ascritta all'offerente. La cauzione provvisoria assolve, infatti, sia una funzione indennitaria, in quanto garantisce alla stazione appaltante il risarcimento dei danni cagionati dall'eventuale rifiuto-impedimento dell'impresa aggiudicataria di stipulare il contratto, sia una funzione sanzionatoria, in caso di inadempimenti procedurali compiuti dal concorrente. Si tratta di un istituto che svolge un'azione di "garanzia" del rispetto dell'ampio patto d'integrità cui si vincola chi partecipa a gare pubbliche"*².

Inoltre, il Consiglio di Stato, sez. V, con la sentenza n. 691 del 2 febbraio 2018, ha chiarito che la cauzione provvisoria non ha solo la funzione di garantire la serietà e l'affidabilità dell'offerta, ma ha anche il fine *"di responsabilizzare i partecipanti alle gare pubbliche in ordine alle dichiarazioni rese"*.

Delimitato il perimetro funzionale della garanzia a corredo dell'offerta, il presente contributo si prefigge lo scopo di analizzare, de iure condito, quali siano i casi in cui è possibile procedere alla sua escussione.

1. Il quadro normativo: l'ambito di applicazione

Il previgente articolo 76, co. 6, del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e s.m.i., stabiliva che *"(l)a garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto **per fatto dell'affidatario**, ed è svincolata automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto medesimo"*.

L'incameramento della cauzione, già ai sensi degli artt. 48 e 75 del (previgente) D.Lgs. 163 del 2006, *"costituiva una conseguenza automatica del provvedimento*

di esclusione per il riscontro del difetto dei requisiti dichiarati e non richiedeva la prova della colpa del concorrente nel rendere le dichiarazioni, né impone o consente alla stazione appaltante di valutare discrezionalmente il caso concreto al fine di procedere o meno all'applicazione della misura" (ex plurimis, Cons. Stato, sez. V, 28 dicembre 2017 n. 6148)³.

Secondo il medesimo indirizzo giurisprudenziale, *"l'incameramento della cauzione provvisoria costituisce una conseguenza automatica del provvedimento di esclusione dalla gara, come tale non suscettibile di alcuna valutazione discrezionale con riguardo ai singoli casi concreti ed insensibile ad eventuali valutazioni volte ad evidenziare la non imputabilità a colpa dell'evento che ha comportato l'esclusione"* (ex plurimis, Cons. Stato, sez. V, 4 dicembre 2017 n. 5709)⁴.

L'assetto normativo oggi vigente, come previsto dall'art. 93, co. 6, del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, ha, d'altro verso, circoscritto l'ambito oggettivo di applicazione delle ipotesi di escussione della garanzia provvisoria, specificando che *"(l)a*

La garanzia provvisoria sanziona le ipotesi in cui, anche per la mancanza dei requisiti dichiarati e negativamente verificati, non sia possibile, "dopo l'aggiudicazione"



2 Cfr. Tar Campania con la sentenza n. 651, del 26 aprile 2018

3 Cfr.: TAR Lombardia Brescia sez. I 20/9/2018 n. 875

4 Cfr.: TAR Lombardia Brescia sez. I 20/9/2018 n. 875

garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione dovuta ad ogni fatto riconducibile all'affidatario o all'adozione di informazione antimafia interdittiva emessa ai sensi degli articoli 84 e 91 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159; la garanzia è svincolata automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto".

Sul punto, si segnala una recentiore pronuncia del TAR Lazio Roma, Sez. II ter, del 23/1/2019, n. 900, a mente della quale è stato chiarito che "l'art. 93 comma 6 d. lgs. n. 50/16 deve essere letto in combinato disposto con gli artt. 36 comma 5 e 85 comma 5 e, soprattutto, 32 comma 7 d. lgs. n. 50/16 che prevedono come obbligatoria la verifica dei requisiti del solo aggiudicatario. Questo è il motivo per cui l'art. 32 comma 7 d. lgs. n. 50/16 condiziona l'efficacia dell'aggiudicazione, già intervenuta, al positivo riscontro dei requisiti. È, pertanto, in questa fase che, secondo il disposto dell'art. 93 comma 6 d. lgs. n. 50/16, opera la garanzia provvisoria la quale, nella previsione legislativa, sanziona le ipotesi in cui, anche per la mancanza dei requisiti dichiarati e negativamente verificati, non sia possibile, "dopo l'aggiudicazione" (inciso espressamente previsto dall'art. 93 d. lgs. n. 50/16 e mancante nel previgente art. 75 d. lgs. n. 163/06), pervenire alla sottoscrizione del contratto. Ne consegue che l'art. 93 comma 6 d. lgs. n. 50/16 non si applica alle ipotesi in cui non è ancora intervenuta l'aggiudicazione ovvero in quelle ipotesi in cui la stazione appaltante procede discrezionalmente, nel corso della gara, alla verifica dei requisiti di uno o più concorrenti".

Più di recente è stato ribadito che "come si evince dal tenore letterale dell'art. 93 d. lgs. n. 50/16 (secondo cui la cauzione "copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione dovuta ad ogni fatto riconducibile all'affidatario o all'adozione di informazione antimafia interdittiva emessa ai sensi degli articoli 84 e 91 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159") l'escussione della garanzia provvisoria è ammissibile solo in riferimento alla figura dell'aggiudicatario dovendo

essere esclusa nelle ipotesi in cui la verifica negativa dei requisiti riguarda un mero concorrente; in questo senso deve essere richiamata la precedente sentenza di questa Sezione n. 900/19 e le argomentazioni ivi esplicitate dovendosi, in questa sede, solo precisare, in riferimento a quanto sul punto dedotto dalla resistente OMISSIS, che la sentenza n. 2181/2018 del Consiglio di Stato riguarda un'ipotesi in cui, nei confronti dell'escluso, era stata formulata proposta di aggiudicazione"⁵.

L'orientamento anzi rammentato, è figlio del mutamento normativo intervenuto sull'art. 93 del Codice, per il quale, nella versione del Codice pre-correctivo, l'escussione era conseguenza della "mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione, per fatto dell'affidatario riconducibile ad una condotta connotata da dolo o colpa grave" (articolo 93, co. 6), nonché dell'esclusione per false dichiarazioni (e, quindi, anche per il mancato possesso dei requisiti generali) da parte dell'ausiliario.

Con la versione oggi vigente, secondo quale "la garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione dovuta ad ogni fatto riconducibile all'affidatario", si è, dunque, proceduto, da un lato, ad espungere l'ipotesi di escussione della garanzia per l'assenza dei requisiti speciali accertata in corso di gara (come era previsto l'articolo 48 dell'abrogato D.Lgs. n. 163/2006) e, dall'altro, è stato eliminato l'elemento psicologico inizialmente menzionato del dolo e della colpa grave.

Circoscritto come appena sopra individuato, l'ambito di applicazione dell'escussioni delle garanzie provvisorie alle sole ipotesi di esclusione per mancanza dei requisiti, riscontrata durante le verifiche condotte ai sensi dell'art. 32, co. 7 del D.Lgs 18 aprile 2016, n. 50, appare possibile sintetizzare quanto sopra come segue.

La cauzione (e la correlativa escussione) non è una sanzione che colpisce il concorrente per il comportamento tenuto, ma una garanzia per il



corretto adempimento degli obblighi assunti dagli operatori economici in relazione ad una partecipazione ad una gara di appalto, ivi compresi, naturalmente, la dimostrazione del possesso dei requisiti dichiarati in sede di offerta e per i quali è avvenuta la ammissione alla gara. Tali considerazioni spiegano i principi consolidati della giurisprudenza amministrativa in ordine alla cauzione provvisoria:

- a)** la finalità dell'istituto è quella di responsabilizzare i partecipanti in ordine alle dichiarazioni rese, di garantire la serietà e l'affidabilità dell'offerta (cfr. Cons. Stato, sez. V, 31 agosto 2016, n. 3751);
- b)** l'incameramento della cauzione provvisoria è conseguenza automatica del provvedimento di esclusione, e, come tale, non suscettibile di valutazioni discrezionali da parte dell'amministrazione in relazione ai singoli casi concreti (cfr. Cons. Stato, sez. V, 11 dicembre 2017, n. 5806; sez. V, 4 dicembre 2017, n. 5709; sez. V, 28 agosto 2017, n. 4086; Adunanza plenaria, 29 febbraio 2016, n. 5);
- c)** in particolare, l'incameramento della cauzione è insensibile ad eventuali valutazioni volte ad evidenziare la non imputabilità a colpa della violazione che ha dato causa all'esclusione⁶.

2. Profili di danno erariale. La posizione della Corte dei conti

Nelle rammentate e circoscritte ipotesi anzi individuate, il Rup non può esimersi dal procedere alla escussione della garanzia, dal momento che, una omissione in tale senso, potrebbe essere causa di addebito di responsabilità erariale.

La Corte dei Conti, Sez. III giurisdizionale Centrale, con la sentenza n. 476 del 15 luglio 2013 ha stabilito che "(l)a mancata escussione di fidejussioni è

Integra gli estremi della colpa grave la mancata escussione di fidejussioni



fonte di danno erariale anche per il giudice di appello", aggiungendo che "(i)l Collegio non ravvisa elementi per discostarsi da quanto affermato dal primo Giudice: integra certamente gli estremi della colpa grave la mancata escussione di fidejussioni".

Certamente, - conclude il Collegio - anche la "mancata azione civile dell'amministrazione, avverso soggetti che il giudice civile potrebbe accertare essere debitori dell'amministrazione, è fatto produttivo di danno, perseguibile in questa sede, salvo poi verificare se sussistono gli altri elementi necessari per integrare un'ipotesi di responsabilità amministrativa e, in particolare, l'elemento psicologico almeno della colpa grave se non del dolo".

Quanto appena rammentato, indubbiamente, non può che condurre le amministrazioni ad una maggiore attenzione nell'attuazione della normativa speciale in tema di garanzia.

3. Conclusioni

Le superiori considerazioni mostrano, a bene vedere, come il legislatore abbia inteso ben individuare le ipotesi per le quali, senza che alcun tipo di discrezionalità valutativa possa incidere in ordine alla decisione di escutere o meno, ma alla stregua di una applicazione diretta e conseguente alla casistica stabilita dalla legge, si debba procedere all'incameramento della garanzia provvisoria.

A parere di scrive, appare del tutto coerente la *voluptas leges*, rintracciabile nel novellato assetto ordinamentale, con la doverosa cautela di predeterminare le ipotesi di che trattasi, dal momento che, essendo le cauzioni prestate a corredo delle offerte delle garanzie a prima richiesta, pertanto escutibili nei 15 giorni successivi alla mera richiesta, per cui è possibile per il soggetto

6 Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 16/5/2018, n. 2896

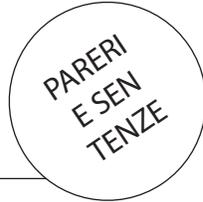
escusso opporre eccezione esclusivamente tramite i procedimenti inibitori d'urgenza ex art. 700 c.p.c., si è posto freno ad una distorta prassi, inverte da alcune amministrazioni particolarmente spregiudicate, di utilizzare questo strumento quale surrettizio mezzo per far cassa, celando, tale interesse, dietro il paravento del mancato rispetto dei requisiti dichiarati in gara.

Tanto più, in alcune ipotesi, oggi non più prospettabili, è apparso pretestuoso l'incameramento della garanzia provvisoria allorché l'amministrazione avesse proceduto ad escutere, una volta accertata la mendacia

delle dichiarazioni presentate in gara da un concorrente, a valle di un sub-procedimento di verifica partito dalla piena discrezione della stazione appaltante di procedere alla analisi della veridicità delle dichiarazioni rese per un soggetto non posizionato in posizione utile in graduatoria.

In questo caso, il legislatore, ha pertanto ritenuto di salvaguardare la corretta circolazione dello strumento fideiussorio, anche al fine di agevolare gli operatori economici nel suo reperimento sul mercato, a volte, procacciamento non troppo agevole per gli operatori economici di minori dimensioni.

Pareri & Sentenze



TAR Lazio Roma, Sez. II, 1/4/2019, n. 4276

In caso di ricorso al MEPA, pur essendo la verifica del possesso dei requisiti effettuata a monte dalla Consip, è comunque necessario, per ciascuna stazione appaltante, accertarne il possesso rispetto al soggetto aggiudicatario

"Ai sensi dell'art. 36, comma 6 bis, del d.lgs n. 50/2016: "Nei mercati elettronici di cui al comma 6, per gli affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro, la verifica sull'assenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80 è effettuata su un campione significativo in fase di ammissione e di permanenza, dal soggetto responsabile dell'ammissione al mercato elettronico. Resta ferma la verifica sull'aggiudicatario ai sensi del comma 5."

Quindi, in caso di approvvigionamento mediante ricorso al mercato elettronico delle pubbliche amministrazioni, pur essendo la verifica del possesso dei requisiti a monte, in capo a tutti i concorrenti, demandata alla Consip, alla quale è affidato il MEPA, è comunque necessario, per ciascuna stazione appaltante, accertarne il possesso rispetto al soggetto aggiudicatario..."

TAR Puglia, Lecce, Sez. II, 28/3/2019, n. 519

Le linee guida non possiedono la forza normativa dei regolamenti ministeriali in quanto all'Anac non è attribuito alcun potere di normazione primaria e secondaria

"...rileva il Collegio che le suddette Linee Guida in esame non sono state approvate con decreto ministeriale o interministeriale. Pertanto, come condivisibilmente affermato dal Consiglio di Stato nel parere 1.4.2016, n. 855 – ribadito con successivo parere 3.3.2017 sullo schema del decreto correttivo (d. lgs. n. 56/17) – esse non possiedono la forza normativa dei regolamenti ministeriali emanati ai sensi dell'art. 17 comma 3 l. n. 400/88, con tutto ciò che ne deriva in termini di forza e valore dell'atto (tra l'altro: resistenza all'abrogazione da parte di fonti sottordinate e disapplicabilità entro i limiti fissati dalla giurisprudenza amministrativa in sede giurisdizionale).

Pertanto, non essendo le Linee Guida in esame assimilabili, nel caso di specie, alle fonti del diritto, non si vede come esse possano soddisfare il requisito del clare loqui predicato a livello eurounitario.

In sostanza, si pretende di ricavare la sanzione espulsiva non già dalla violazione di una precisa norma giuridica, ma da una prassi dettata da una autorità amministrativa (tale dovendosi intendere l'Anac), cui, nel caso di specie, non è attribuito alcun potere di normazione primaria o secondaria. Ed è appena il caso di precisare che, proprio perché trattasi di prassi, essa non soddisfa il requisito della certezza dei rapporti giuridici, ben potendo mutare nel corso del tempo."

Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 27/3/2019, n. 6

Raggruppamento temporaneo di imprese e obbligo di qualificazione in misura corrispondente alla quota dei lavori da eseguire

"L'Adunanza Plenaria enuncia, in conclusione, il seguente principio di diritto:

" In applicazione dell'art. 92, co. 2, DPR 5 ottobre 2010 n. 207, la mancanza del requisito di qualificazione in misura corrispondente alla quota dei lavori, cui si è impegnata una delle imprese costituenti il raggruppamento temporaneo in sede di presentazione dell'offerta, è causa di esclusione dell'intero raggruppamento, anche se lo scostamento sia minimo ed anche nel caso in cui il raggruppamento nel suo insieme (ovvero un'altra delle imprese del medesimo) sia in possesso del requisito di qualificazione sufficiente all'esecuzione dell'intera quota di lavori".

TAR della Valle D'Aosta, Sezione Unica, 22/03/2019, n. 13

Legittima la nomina della commissione giudicatrice a "buste aperte"

"... con il ricorso principale la ricorrente (che al momento della sua proposizione non aveva ancora esercitato l'accesso alle offerte degli altri concorrenti) denunciava: ... la illegittimità della nomina della commissione a "buste aperte"; in pratica la ricorrente sostiene che la commissione – la cui nomina risale al maggio 2018 – avrebbe dovuto essere nominata prima dell'apertura delle buste contenenti l'offerta tecnica (che è stata eseguita dal seggio di gara il 22 marzo 2018) e avrebbe dovuto essa stessa procedere a tale operazione in conformità a quanto stabilito dalle linee guida n. 5 dell'ANAC;

..... Per quanto concerne invece la questione della nomina della commissione a "buste aperte", va rilevato, da un lato, che l'articolo 77 si limita a disporre che la nomina della commissione avvenga dopo la scadenza

del termine di presentazione delle offerte (come è di fatto avvenuto) ma nulla dispone in ordine al profilo in contestazione (cioè non dispone che la nomina della commissione debba avvenire prima della apertura delle buste); in particolare il nuovo codice degli appalti non riproduce le norme in precedenza vigenti che esplicitamente rimettevano alla commissione il compito dell'apertura in seduta pubblica delle buste contenenti l'offerta; quanto alle linee guida invocate dalla ricorrente esse non pongono una previsione cogente limitandosi ad affermare che "in generale" la commissione "apre in seduta pubblica i plichi contenenti le offerte tecniche al fine di procedere alla verifica dell'integrità e della presenza di documenti richiesti dal bando di gara". Non è quindi escluso che siano legittime modalità diverse; tra l'altro, come dimostra il riferimento ai "plichi contenenti l'offerta tecnica", la previsione delle linee guida riflette il caso di gare svolte con metodo tradizionale, cioè con la presentazione di offerte in formato cartaceo; in questi casi la previsione dell'apertura da parte della commissione in seduta pubblica ha una sua giustificazione in esigenze di trasparenza, essendo possibili alterazioni e manomissioni del materiale cartaceo; a ben vedere, analoghe esigenze non si pongono o si pongono in modo molto meno pressante nel caso – quale è quello all'esame – di gare telematiche in cui i documenti di gara vengono caricati su una piattaforma telematica che permette di verificare ex post ogni accesso che vi sia stato alla documentazione. Se ci si muove in quest'ottica può ritenersi che la nomina della commissione in un momento successivo alla apertura delle buste (elettroniche) contenenti le offerte al fine di verificarne la integrità formale e la presenza dei documenti previsti dal bando non implichi alcun vizio della procedura."

Consiglio di Stato, Sez. V, 15/3/2019, n. 1710

La "proposta di aggiudicazione" non costituisce provvedimento impugnabile - l'"aggiudicazione" è il provvedimento conclusivo di aggiudicazione e che diventa efficace dopo la verifica del possesso dei requisiti

"...l' art. 32 del d.lgs. n. 50 del 2016 – al fine di assicurare con la massima celerità la certezza delle situazioni giuridiche ed imprenditoriali – ha del tutto eliminato la tradizionale categoria della "aggiudicazione provvisoria", ma distingue solo tra:

-- la "proposta di aggiudicazione", che è quella adottata dal seggio di gara, ai sensi dell'art. 32, co.5, e che ai sensi dell'art. 120, co. 2-bis ultimo periodo del codice del processo amministrativo non costituisce provvedimento impugnabile;

-- la "aggiudicazione" tout court che è il provvedimento conclusivo di aggiudicazione e che diventa efficace dopo la verifica del possesso dei requisiti di cui all'art. 33, co. 1 del cit. d.lgs. n. 50 della predetta proposta da parte della Stazione Appaltante.

In tale sistemática, la verifica dei requisiti di partecipazione è dunque una mera condizione di efficacia dell'aggiudicazione e non di validità in quanto attiene sotto il profilo procedimentale alla "fase integrativa dell'efficacia" di un provvedimento esistente ed immediatamente lesivo, la cui efficacia è sottoposta alla condizione della verifica della proposta di aggiudicazione di cui al cit. art. 33 circa il corretto espletamento delle operazioni di gara e la congruità tecnica ed economica della relativa offerta.

Anche alla luce dei precedenti della Sezione (cfr. inframultis: Cons. Stato sez. V, 01.08.2018, n.4765), quindi, del tutto esattamente il TAR ha eccepito l'inammissibilità dell'appello perché il termine per impugnare l'aggiudicazione ex art. 32, co. 5 del d. lgs. n.50 ed ex art. 120, co. 2-bis c.p.a. decorre dalla comunicazione della stessa.

Il termine per l'impugnazione dell'aggiudicazione da parte dei concorrenti non aggiudicatari inizia a decorrere dal momento in cui essi hanno ricevuto la comunicazione di cui all'art.76, co. 5, lett. a), d.lgs. n.50/2016, e non dal momento, eventualmente successivo, in cui la Stazione Appaltante abbia concluso con esito positivo la verifica del possesso dei requisiti di gara in capo all'aggiudicatario.

L'aggiudicazione come sopra definita, dato che da un lato fa sorgere in capo all'aggiudicatario un'aspettativa

alla stipulazione del contratto di appalto ex lege subordinata all'esito positivo della verifica del possesso dei requisiti, dall'altro produce nei confronti degli altri partecipanti alla gara un effetto immediato, consistente nella privazione definitiva, salvo interventi in autotutela della Stazione Appaltante o altre vicende comunque non prevedibili né controllabili, del "bene della vita" rappresentato dall'aggiudicazione della gara."

Consiglio di Stato, Sez. III, 11/03/2019, n. 1637

"La gestione telematica della gara offre il vantaggio di una maggiore sicurezza nella "conservazione" dell'integrità delle offerte in quanto permette automaticamente l'apertura delle buste in esito alla conclusione della fase precedente e garantisce l'immodificabilità delle stesse, nonché la tracciabilità di ogni operazione compiuta"

"Con riferimento alla censura attinente alla procedura telematica seguita per l'accesso da parte dei commissari ai progetti, questa Sezione non può che richiamare – come del resto il primo giudice ha fatto – il principio di diritto espresso dall'Adunanza Plenaria n. 8 del 2014: "la mancata e pedissequa indicazione in ciascun verbale delle operazioni finalizzate alla custodia dei plichi non può tradursi, con carattere di automatismo, in effetto viziante della procedura concorsuale, in tal modo collegandosi per implicito all'insufficienza della verbalizzazione il pregiudizio alla segretezza ed all'integrità delle offerte. Ciò in anche in ossequio al principio di conservazione dei valori giuridici, il quale porta ad escludere che l'atto deliberativo possa essere viziato per incompletezza dell'atto descrittivo delle operazioni materiali, tecniche ed intellettive ad esso preordinate, salvo i casi in cui puntuali regole dettate dall'amministrazione aggiudicatrice indichino il contenuto essenziale del verbale. Ogni contestazione del concorrente volta ad ipotizzare una possibile manomissione, o esposizione a manomissione dei plichi, idonea ad introdurre vulnus alla regolarità del procedimento di selezione del contraente non può, quindi, trovare sostegno nel solo dato formale delle indicazioni che si rinvergono nel verbale redatto per ogni adunanza della commissione preposta all'esame delle offerte, ma deve essere suffragata da circostanze ed elementi che, su un piano di effettività e di efficienza causale, abbiano inciso sulla c.d. genuinità dell'offerta, che va preservata in corso di gara. Peraltro per quanto le modalità di conservazione siano state accurate e rigorose (ad es. chiusura in cassaforte o altro) non si potrà mai escludere che vi sia stata una dolosa manipolazione (ad es. ad opera di chi conosceva la combinazione per aprire la cassaforte) e che chi sia interessato a farlo possa darne la prova. Viceversa, il fatto che le modalità di conservazione siano state meno rigorose non autorizza a presumere che la manipolazione vi sia stata, a meno che non vengano prodotte in tal senso prove o quanto meno indizi. Si ha, quindi, un vizio invalidante qualora sia positivamente provato, o quanto meno vi siano seri indizi, che le carte siano state manipolate negli intervalli fra un'operazione e l'altra. In siffatto contesto l'annotazione a verbale delle modalità di conservazione ha semplicemente l'effetto di preconstituire una prova dotata di fede privilegiata (artt. 2699 e 2700 cod. civ.), e quindi di prevenire o rendere più difficili future contestazioni; ma così come tali annotazioni, per quanto accurate, non impediranno mai a chi vi abbia interesse a dare la prova dell'avvenuta manipolazione (passando anche attraverso il procedimento di querela di falso, ove necessario), allo stesso modo la mancanza o l'incompletezza delle stesse annotazioni, ovvero la scarsa (in ipotesi) efficacia delle modalità di custodia, avranno solo l'effetto di rendere meno arduo il compito di chi voglia raggiungere quella prova, o rappresentare quegli indizi".

Orbene, nel caso che occupa, premesso che si verte sul caso di una procedura con modalità telematica, la possibilità per i singoli commissari di procedere all'analisi dei progetti tramite la procedura 'Start' è specificamente prevista e verbalizzata nel primo atto della commissione (verbale del 19 dicembre 2017). Tale modalità prevede specificamente l'accesso unicamente tramite password e username, e non esclude l'esame collegiale da parte della commissione medesima, ma unicamente consente ai commissari una più attenta indagine. Ogni passaggio risulta tracciabile. Tuttavia, l'appellante ha omissis di formulare

censure precise in ordine alla violazione del principio di segretezza delle offerte, limitandosi a una generica denuncia della violazione che - a suo dire - sarebbe stata commessa.

Ne discende che la censura si appalesa in radice inammissibile.

Ma vi è di più, infatti, proprio con riferimento alla modalità telematica, questo Consiglio ha avuto modo di precisare che ove la procedura di affidamento sia condotta attraverso modalità telematiche, le quali, per loro natura, consentono di poter tracciare attraverso i "log di sistema", ovvero ogni singolo e specifico momento procedimentale, viene esclusa ogni ipotesi di manomissione, sul presupposto che, ove pure si verificasse, risulterebbe tracciato e riscontrabile nel predetto sistema di crittografia a codici elettronici, senza possibilità che esistano operazioni non registrate a sistema.

Sicché "La gestione telematica della gara offre il vantaggio di una maggiore sicurezza nella "conservazione" dell'integrità delle offerte in quanto permette automaticamente l'apertura delle buste in esito alla conclusione della fase precedente e garantisce l'immodificabilità delle stesse, nonché la tracciabilità di ogni operazione compiuta; inoltre, nessuno degli addetti alla gestione della gara potrà accedere ai documenti dei partecipanti, fino alla data e all'ora di seduta della gara, specificata in fase di creazione della procedura. Le stesse caratteristiche della gara telematica escludono in radice ed oggettivamente la possibilità di modifica delle offerte" (questa Sezione, 25 novembre 2016, n. 4990)."

TAR Lombardia, Milano, Sez. IV, 12/3/2019, n. 521

Il principio di rotazione mira a evitare il crearsi di posizioni di rendita anticoncorrenziali

"...il principio di rotazione, fissato dall'articolo 36 D.Lgs. n. 50/2016 per gli appalti sotto soglia (quale, per l'appunto, l'appalto in esame), mira a evitare il crearsi di posizioni di rendita anticoncorrenziali e a consentire, di contro, l'apertura del mercato agli operatori più ampia possibile (cfr., T.A.R. Veneto, Sez. I, sentenza n. 320/2018), e, dall'altro lato, che il Comune non ha manifestato negli atti di gara le ragioni che l'avrebbero indotto a derogare al principio invitando anche il gestore uscente (cfr., T.A.R. Campania - Napoli, Sez. VIII, sentenza n. 3086/2017);"

Autorità Nazionale Anticorruzione

**DELIBERA N. 1129 del 5 dicembre 2018
PREC 219/18/L**

"è conforme alla normativa di settore la previsione del possesso della registrazione EMAS o certificazione equivalente quale requisito previsto dai CAM, ulteriore all'attestazione SOA, per la partecipazione alle procedure di gara per l'esecuzione di lavori su edifici pubblici"

"...l'art. 71 del codice dei contratti pubblici prevede che i bandi di gara contengono i criteri ambientali minimi di cui all'articolo 34 del codice stesso, il quale a sua volta stabilisce, al comma 1, che l'obbligo di inserimento nella documentazione di gara riguarda almeno le specifiche tecniche e le clausole contrattuali contenute nei CAM. Per quanto concerne i criteri di selezione dei concorrenti, nello specifico, l'allegato 2 del D.M. 11 gennaio 2017 (ora sostituito dal DM 11 ottobre 2017 che nulla innova nella parte di interesse) prevede, al paragrafo 2.1, che l'appaltatore dimostri la propria capacità di applicare misure di gestione ambientale durante l'esecuzione del contratto e, quale modalità di verifica, che l'offerente sia in possesso di una registrazione EMAS o certificazione ISO 14001 o sistemi equivalenti. Tali criteri non sono obbligatori ma,

al pari dei criteri premianti suggeriti per la valutazione delle offerte, rappresentano una chiara indicazione (rimessa alla valutazione discrezionale della stazione appaltante) al fine del conseguimento degli obiettivi ambientali del Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi della pubblica amministrazione (PAN GPP), dal quale i CAM prendono le mosse. Il Ministero dell'Ambiente e della tutela del territorio e del mare ha confermato tale impostazione nei chiarimenti pubblicati il 2 febbraio 2018 ai nuovi CAM per l'edilizia adottati con DM 11 ottobre 2017 (poi confermati dagli ulteriori chiarimenti pubblicati il 15 novembre 2018). In essi è infatti specificato che i criteri per la selezione dei candidati, a differenza delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali che vanno riportate integralmente nella documentazione di gara, non sono obbligatori «anche se, soprattutto in caso di gare per lavori, sono fortemente consigliati per i risvolti positivi che può avere la gestione ambientale dell'impresa o la corretta gestione del personale». In questo senso, quindi, la certificazione EMAS non si pone in contrasto con il sistema unico di qualificazione ma lo integra;”

Autorità Nazionale Anticorruzione

DELIBERA N. 1106 DEL 28 novembre 2018
PREC 205/18/S

“La S.A. può legittimamente richiedere chiarimenti al fine di consentire al concorrente di specificare, nell'ambito dell'offerta economica già formulata e da ritenersi non suscettibile di alcuna modifica, la parte di importo imputabile ai costi della manodopera”

“Il Consiglio di Stato, dopo aver rilevato che la medesima questione è oggetto di una questione pregiudiziale sollevata dal giudice italiano dinanzi alla Corte di Giustizia Europea, ne ha rimesso la risoluzione all'Adunanza plenaria, al fine di risolvere in via preventiva la questione “1) Se, per le gare bandite nella vigenza del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, la mancata indicazione separata degli oneri di sicurezza aziendale determini immediatamente e incondizionatamente l'esclusione del concorrente, senza possibilità di soccorso istruttorio, anche quando non è in discussione l'adempimento da parte del concorrente degli obblighi di sicurezza, né il computo dei relativi oneri nella formulazione dell'offerta, né vengono in rilievo profili di anomalia dell'offerta, ma si contesta soltanto che l'offerta non specifica la quota di prezzo corrispondente ai predetti oneri. 2) Se, ai fini della eventuale operatività del soccorso istruttorio, assuma rilevanza la circostanza che la *lex specialis* richiami espressamente l'obbligo di dichiarare gli oneri di sicurezza”.

Nel caso oggetto del presente parere, a fronte del silenzio del bando che non richiedeva espressamente l'obbligo di indicare i costi della manodopera, e il concorrente _____OMISSIS_____ S.r.l., pur non indicando i suddetti costi, specificava di averne tenuto conto nella formulazione dell'offerta, si ritiene di ribadire l'orientamento già espresso con le precedenti delibere.

Pertanto si ritiene che, fermo restando il disposto dell'articolo 95, comma 10, del d.lgs. n. 50/2016, quale norma imperativa, eterointegrata nel bando, spetti alla stazione appaltante verificare l'indicazione dei costi della manodopera da parte dei concorrenti e, qualora la stessa dovesse accertare la mancata indicazione specifica di tali costi, sia necessario procedere a verificare se si tratti di carenza formale o sostanziale, ovvero accertare se il concorrente abbia in ogni caso computato i costi della manodopera o meno, chiedendo specifici chiarimenti al riguardo, purché l'offerta economica resti invariata, in modo da non incorrere nella violazione del principio di soccorso istruttorio e della par condicio dei concorrenti.”

Autorità Nazionale Anticorruzione

**DELIBERA N. 1083 DEL 21 novembre 2018
PREC 206/18/S**

Servizi e forniture con caratteristiche standardizzate e criterio del minor prezzo

“Il “minor prezzo” resta dunque circoscritto alle procedure per l’affidamento di forniture o di servizi che sono, per loro natura, strettamente vincolate a precisi e inderogabili standard tecnici o contrattuali, e per le quali non vi è alcuna reale necessità di far luogo all’acquisizione di offerte differenziate. In tali casi può prescindere da una peculiare e comparativa valutazione della qualità dell’esecuzione, in quanto questa viene fissata inderogabilmente a priori dal committente nell’allegato tecnico. In tale ottica la tipologia di cui alla lett. b) del comma 4 dell’art. 95 attiene ad un’ipotesi ontologicamente del tutto differente sia dall’appalto “ad alta intensità di manodopera” di cui all’art. 95, comma 3, lett. a), che concerne prestazioni comunque tecnicamente fungibili; e sia da quelli caratterizzati da “notevole contenuto tecnologico” o di “carattere innovativo” di cui all’art 95, comma 4, lett. c), attinenti tipicamente a prestazioni di contenuto evolutivo. Per i contratti con caratteristiche standardizzate non vi è alcuna ragione né utilità di far luogo ad un’autonoma valutazione e valorizzazione degli elementi non meramente economici delle offerte, perché queste, proprio perché strettamente assoggettate allo standard, devono assolutamente coincidere tra le varie imprese.» (Cons. Stato, sez. III, 13 marzo 2018, n. 1609).

Nel caso di specie, il capitolato d’appalto prevedeva (punto 6.3), con riferimento alla manutenzione ordinaria, «una visita almeno ogni 60 giorni», con verifiche aventi espressamente cadenza bimestrale, semestrale e annuale, dettagliatamente descritte nelle prestazioni richieste. Lo stesso operatore economico istante afferma che il capitolato di gara «descrive minuziosamente le operazioni di manutenzione ordinaria e quelle di verifica semestrale, tra loro ben diverse e diversamente descritte le une rispetto alle altre».

L’attività in parola può dunque essere ricondotta ai servizi con caratteristiche standardizzate, connotati da procedure ripetitive sotto il profilo operativo e temporale. E pertanto non appare contestabile la scelta della S.A. di avvalersi del criterio di aggiudicazione del minor prezzo.”

A Domanda Rispondiamo

a cura di Maria Teresa Colamorea e
Liliana Simeone

A.
D.
R.

1

La garanzia fideiussoria richiesta ai fini del rilascio dell'anticipazione del 20 % (come prevista dall'art. 35, c. 18 del D.Lgs. 50/2016) deve essere costituita dall'aggiudicatario entro la data di stipula del contratto o entro la data di inizio lavori?

La costituzione della garanzia per il rilascio dell'anticipazione del 20% da corrispondere all'appaltatore, non è propedeutica alla stipula del contratto a differenza della garanzia definitiva e, generalmente, viene predisposta successivamente alla richiesta inoltrata dall'impresa esecutrice alla Stazione Appaltante, affinché quest'ultima possa allegarla alla determina di liquidazione da effettuarsi entro 15 giorni dall'effettivo inizio dei lavori.

2

È possibile escutere la cauzione provvisoria quando il concorrente non rispetta il termine perentorio nell'ambito del soccorso istruttorio?

L'art. 83 c.9 del D.Lgs. 50/2016 stabilisce nell'ambito dell'attivazione del soccorso istruttorio che "la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara." La prescrizione prevede che il mancato rispetto del termine comporta l'esclusione dal prosieguo della procedura.

Diversamente la cauzione provvisoria art. 93 c. 6 D.Lgs. 50/2016 "copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione dovuta ad ogni fatto riconducibile all'affidatario o all'adozione di informazione antimafia interdittiva emessa ai sensi degli articoli 84 e 91 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159; la garanzia è svincolata automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto". L'escussione della garanzia provvisoria è ammissibile solo in riferimento alla figura dell'aggiudicatario dovendo essere esclusa nelle ipotesi in cui la verifica negativa dei requisiti riguarda un mero concorrente (Tar Lazio n. 2838-2019).

3

In un affidamento diretto la Stazione Appaltante è tenuta a richiedere la cauzione definitiva a garanzia della puntuale esecuzione delle prestazioni contrattuali?

Ai sensi dell'art. 103 comma 11 del D.Lgs. n. 50/2016 è facoltà dell'amministrazione in casi specifici non richiedere una garanzia per gli appalti di cui all'articolo 36, comma 2, lettera a), a condizione che l'esonero dalla prestazione sia adeguatamente motivato e subordinato ad un miglioramento del prezzo di aggiudicazione.

4

Per tutte le tipologie di gara, dovranno essere selezionati i commissari di gara dall'albo istituito presso l'Anac?

Nelle procedure di gara che hanno come criterio di aggiudicazione quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, l'esame delle offerte tecniche ed economiche è demandato ad un'apposita commissione giudicatrice; i commissari, a decorrere dal 15 aprile 2019 saranno estrapolati dall'albo istituito presso l'ANAC. Per le procedure di affidamento di servizi e forniture con importi inferiori alle soglie di cui all'articolo 35 D.Lgs. 50/2016 e per i lavori di importo inferiore a un milione di euro o per quelli che non presentano particolare complessità, la stazione appaltante può nominare alcuni componenti interni alla stazione appaltante, nel rispetto del principio di rotazione, ad esclusione del Presidente. In caso di affidamento di servizi e forniture di elevato contenuto scientifico tecnologico o innovativo, effettuati nell'ambito di attività di ricerca e sviluppo, l'Anac può autorizzare gli esperti della stazione appaltante come membri della commissione giudicatrice.

5

È possibile derogare al requisito relativo all'esperienza richiesto in capo al RUP in caso di ridotto numero di personale all'interno della stazione appaltante?

Dalla lettura delle linee guida n. 3 "**Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni**", non si evince la possibilità di derogare ad alcuni requisiti in caso di personale ridotto, ma al punto 2.4 delle medesime linee guida, si precisa che: "*Qualora l'organico della stazione appaltante presenti carenze accertate o in esso non sia compreso nessun soggetto in possesso della professionalità necessaria, nel caso di affidamento di servizi di ingegneria e architettura, si applica l'art. 31, comma 6, del codice; negli altri casi, la stazione appaltante può individuare quale RUP un dipendente anche non in possesso dei requisiti richiesti. Nel caso in cui sia individuato un RUP carente dei requisiti richiesti, la stazione appaltante affida lo svolgimento delle attività di supporto al RUP ad altri dipendenti in possesso dei requisiti carenti in capo al RUP o, in mancanza, a soggetti esterni aventi le specifiche competenze richieste dal codice e dalle Linee guida, individuati secondo le procedure e con le modalità previste dalla parte II, titolo I e titolo III, sez. II, capo III del Codice.*"

6

Se nella suddivisione in lotti, gli stessi sono caratterizzati da un notevole valore economico, viene soddisfatto l'obiettivo che si prefigge l'operazione della suddivisione in lotti, di rendere maggiormente accessibili gli appalti alle PMI?

I principi del considerando n. 79 della Direttiva 2014/24/UE, che evidenzia la funzione della suddivisione in lotti di facilitare un maggiore accesso agli appalti pubblici da parte delle PMI, ampiamente ribaditi nell'art. n. 51 del D.Lgs. 50/2016 devono dar vita ad una situazione che realmente si riscontri nella possibilità per le PMI di partecipare alle procedure di gara. Una suddivisione apparentemente conforme ai paradigmi normativi ma, sostanzialmente, non rispettosa in concreto dei principi e del complesso delle disposizioni vigenti in materia di tutela della concorrenza e del libero mercato è spesso oggetto di studio della giurisprudenza (cfr. di recente Consiglio di Stato Sez. III, 22 febbraio 2018 n. 1138) "la tendenziale preferenza dell'ordinamento per una ragionevole divisione in lotti è fondata non solo sulla notoria esigenza di favorire la partecipazione delle piccole e medie imprese ex art. 51 del d.lgs. n. 50/2016 (ed in precedenza l'art. 2, comma 1 bis, dell'abrogato d.lgs. n. 163/2006), ma anche, e soprattutto, nella esigenza di assicurare realmente la libera concorrenza e la massima partecipazione non solo al momento dell'effettuazione della gara ma anche in relazione a tutto il periodo successivo di svolgimento del rapporto" (cfr.: nello stesso senso: cfr. Consiglio di Stato, Sez. III n. 26 settembre 2018, n. 5534, ed in precedenza con riguardo all'art. 2 co. 1 dell'abrogato d.lgs. n. 163 del 2006 e s.m.i. Consiglio di Stato sez. VI 12 settembre 2014 n. 4669; Cons. Stato, sez. V, 20 marzo 2007 n. 1331). Mancando negli atti di gara una precisa motivazione sulla necessità della suddivisione di un appalto in macro lotti rende un'opzione

tecnicamente possibile e non eccessivamente gravosa per la Pubblica Amministrazione committente una maggiore articolazione dei lotti, e l'apposizione di limiti all'aggiudicazione di tutti i lotti a un'unica impresa. (*Consiglio di Stato sez III n. 01350/2019*)

7

I contratti di sponsorizzazione sono sottoposti alla normativa sulla tracciabilità?

È sottoposta a tracciabilità solo la sponsorizzazione tecnica ovvero quella il cui apporto di denaro privato è correlato alla realizzazione di lavori, servizi o forniture pubblici. Per contratti di importo inferiore a € 40.000 si applica la tracciabilità attenuata, mediante acquisizione dello Smart CIG; per i contratti di importo uguale o superiore a € 40.000 la tracciabilità invece è assicurata attraverso l'acquisizione di un CIG "ordinario" che permette anche di assolvere agli obblighi contributivi e comunicativi verso l'Autorità di cui all'art. 213 del Codice dei Contratti pubblici. Non è soggetta invece alla tracciabilità la sponsorizzazione pura ovvero quella il cui apporto di denaro privato non è immediatamente legato al settore degli appalti.

8

In una gara da aggiudicarsi col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa quale è la funzione della campionatura?

La funzione della campionatura deve essere esaminata in relazione alle caratteristiche e alla disciplina di ciascuna gara, e non in via generale ed astratta (T.A.R. Milano, 10/8/2016, n. 1598) Quindi può avere una funzione, "semplicemente" di conferma delle capacità tecniche di una proposta di gara concretamente rappresentate dalla documentazione tecnica, e con la conseguente possibilità, di essere integrata (anche successivamente) stante la regolarità dell'offerta legata esclusivamente al dato documentale (necessario ed imprescindibile) e non a quello del "campionario". La funzione assegnata alla campionatura non è di integrare, essa stessa, l'offerta tecnica, bensì di comprovare, con la produzione di capi o prodotti dimostrativi detti appunto "campioni", la capacità tecnica dei concorrenti e la loro effettiva idoneità a soddisfare le esigenze, spesso complesse, delle stazioni appaltanti (Cons. Stato, III, 8 settembre 2015, n. 4191) Diversamente se gli aspetti qualitativi da valutare, sono strettamente legati alla verifica "fisica" del prodotto, l'offerta diviene "completa" solo con il deposito della campionatura, la cui mancata ottemperanza è sanzionato con l'esclusione dalla procedura.

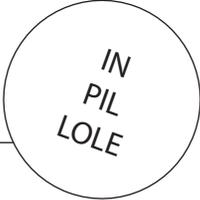
9

Nelle gare di progettazione i parametri per i compensi professionali stabiliti con il DM Giustizia del 17 giugno del 2016 sono da considerarsi tariffe minime inderogabili?

L'art. 24, comma 8, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, prevede che con decreto ministeriale sono definite "le tabelle dei corrispettivi commisurati al livello qualitativo delle prestazioni e delle attività di cui al presente articolo e all'articolo 31, comma 8"; detto decreto è stato adottato dal Ministro della Giustizia il 17 giugno 2016 recante "Approvazione delle tabelle dei corrispettivi commisurati al livello qualitativo delle prestazioni di progettazione adottato ai sensi dell'art. 24, comma 8, del decreto legislativo n. 50 del 2016". Nella seconda parte dell'art. 24 comma 8, è stabilito che: "I predetti corrispettivi sono utilizzati dalle stazioni appaltanti quale criterio o base di riferimento ai fini dell'individuazione dell'importo da porre a base di gara per l'affidamento".

La norma dunque impone alle stazioni appaltanti di utilizzare corrispettivi previsti dalle tabelle ministeriali quali criterio base per calcolare gli onorari da porre a base di gara ma non prevede che essi costituiscano "minimi tariffari inderogabili" (*Consiglio di Stato, sez. V, 29.03.2019 n. 2094*).

Procedure espletate su strumenti di negoziazione telematica ... recenti approdi giurisprudenziali e coordinamento degli istituti


 IN
PIL
LOLE

di Giuseppe Croce

Le vicende relative agli affidamenti tramite piattaforme telematiche di negoziazione, stimolano evidentemente riflessioni in termini di compatibilità degli istituti giuridici "rodati". La tendenza è quella, ovviamente, di armonizzare e coordinare principi consolidati, a prescindere dallo strumento utilizzato per celebrare la gara.

Pensiamo ad esempio a quanto previsto dal TAR Aosta, 22.03.2019 n. 13 in tema di nomina della commissione, in cui si stabilisce che per quanto concerne la questione della nomina della commissione a "buste aperte", va rilevato, da un lato, che l'articolo 77 si limita a disporre che la nomina della commissione avvenga dopo la scadenza del termine di presentazione delle offerte (come è di fatto avvenuto) ma nulla dispone in ordine al profilo in contestazione (cioè non dispone che la nomina della commissione debba avvenire prima della apertura delle buste); in particolare il nuovo codice degli appalti non riproduce le norme in precedenza vigenti che esplicitamente rimettevano alla commissione il compito dell'apertura in seduta pubblica delle buste contenenti l'offerta; quanto alle linee guida [ANAC n. 5] invocate dalla ricorrente esse non pongono una previsione cogente limitandosi ad affermare che "in generale" la commissione "apre in seduta pubblica i plichi contenenti le offerte tecniche al fine di procedere alla verifica dell'integrità e della presenza di documenti richiesti dal bando di gara". Non è quindi escluso che siano legittime modalità diverse; tra l'altro, come dimostra il riferimento ai "plichi contenenti l'offerta tecnica", la previsione delle linee guida riflette il caso di gare svolte con metodo tradizionale, cioè con la presentazione di offerte in formato cartaceo; in questi casi la

previsione dell'apertura da parte della commissione in seduta pubblica ha una sua giustificazione in esigenze di trasparenza, essendo possibili alterazioni e manomissioni del materiale cartaceo; a ben vedere, analoghe esigenze non si pongono o si pongono in modo molto meno pressante nel caso di gare telematiche in cui i documenti di gara vengono caricati su una piattaforma telematica che permette di verificare ex post ogni accesso che vi sia stato alla documentazione. Se ci si muove in quest'ottica può ritenersi che la nomina della commissione in un momento successivo alla apertura delle buste (elettroniche) contenenti le offerte al fine di verificarne la integrità formale e la presenza dei documenti previsti dal bando non implichi alcun vizio della procedura.

Interessante anche la pronuncia a firma del TRGA Trentino Alto Adige Trento n. 50 del 14 marzo u.s., il quale disquisendo dell'istituto del soccorso istruttorio, richiama l'esistenza di differenti orientamenti giurisprudenziali e afferma che: "... non giova alla ricorrente invocare il pur condivisibile orientamento giurisprudenziale (da ultimo, T.A.R. Lazio Roma, Sez. III-bis, 15 gennaio 2019, n. 552) secondo il quale «nell'ambito di un procedimento tenuto con modalità telematiche la scadenza del termine di presentazione della domanda non può essere considerata alla stessa stregua della scadenza del termine di presentazione nell'ambito di un tradizionale procedimento cartaceo, in cui eventuali problematiche (ad esempio, scioperi aerei, incidenti etc.) rientrano nella comune sfera di diligenza dell'interessato. Nel caso di domande telematiche, infatti, il rispetto del termine di presentazione della domanda dipende da variabili assolutamente imprevedibili e non "quantificabili"

in termine di tempo, e cioè dalle concrete modalità di configurazione del Sistema Informativo, anche qualora, come nel caso in esame, la compilazione sia affidata a soggetti più che competenti. Ed invero, come già sostenuto dalla giurisprudenza della Sezione "le procedure informatiche applicate ai procedimenti amministrativi devono collocarsi in una posizione necessariamente servente rispetto agli stessi, non essendo concepibile che, per problematiche di tipo tecnico, sia ostacolato l'ordinato svolgimento dei rapporti tra privato e Pubblica Amministrazione e fra Pubbliche Amministrazioni nei reciproci rapporti" (Tar Lazio III bis, n. 08312/2016; in termini cfr. anche Cons. Stato, sez. VI, 7 novembre 2017 n. 5136). In tal senso si è espresso anche il Tar Puglia, secondo cui "nel caso di specie, si è giunti invece ad un sostanziale provvedimento di esclusione, senza alcun procedimento, senza alcuna motivazione, senza alcun funzionario della Pubblica Amministrazione che abbia valutato il caso in esame ed abbia correttamente esternato le relative determinazioni provvedimentali potendosi inoltre rinviare alle motivazioni espresse dallo specifico precedente conforme di questa sezione del 27 giugno 2016, n. 806/2016, con cui si è evidenziata "la manifesta irragionevolezza, ingiustizia ed irrazionalità di un sistema di presentazione delle domande di partecipazione ad un concorso che, a causa di meri malfunzionamenti tecnici, giunga ad esercitare impersonalmente attività amministrativa sostanziale, disponendo esclusioni de facto riconducibili a mere anomalie informatiche" e che "pro futuro ed in un'ottica conformativa del potere, l'Amministrazione debba predisporre, unitamente a strumenti telematici di semplificazione dei flussi documentali in caso di procedure concorsuali di massa, altresì procedure amministrative parallele di tipo tradizionale ed attivabili in via di emergenza, in caso di non corretto funzionamento dei sistemi informatici predisposti per il fisiologico inoltro della domanda" (cfr. Tar Puglia, Bari, n. 896/2016). Ne deriva che, pur a fronte di procedimenti amministrativi interamente telematizzati, specie quando la presentazione della domanda sia ancorata a rigidi termini di decadenza e la compilazione della stessa si riveli di particolare complessità l'amministrazione, anche a non voler prevedere modalità ulteriori di presentazione

della stessa, non può prescindere dal c.d. soccorso istruttorio ex art. 6 l. n. 241/1990, da tradursi in termini di attività doverosa da parte dell'amministrazione (in tal senso l'istanza del ricorrente deve essere intesa come finalizzata ad attivare il soccorso citato)».

Infatti il Collegio - nel ribadire che la ricorrente non ha offerto neppure un principio di prova in ordine all'asserito malfunzionamento del sistema che le avrebbe impedito di trasmettere tempestivamente il portfolio - osserva che la giurisprudenza (ex multis, Consiglio di Stato, Sez. III, 25 maggio 2016, n. 2219) ha altrettanto condivisibilmente affermato che «il ricorso al soccorso istruttorio non si giustifica nei casi in cui confligge con il principio generale dell'autoresponsabilità dei concorrenti, in forza del quale ciascuno sopporta le conseguenze di eventuali errori commessi nella presentazione della documentazione. La linea di demarcazione tra i concetti di "regolarizzazione documentale" ed "integrazione documentale" ... deve desumersi dalle qualificazioni stabilite ex ante nel bando, nel senso che il principio del soccorso istruttorio è inoperante ogni volta che vengano in rilievo omissioni di documenti o inadempimenti procedurali richiesti a pena di esclusione dalla lex specialis (specie se si è in presenza di una clausola univoca), dato che la sanzione scaturisce automaticamente dalla scelta operata a monte e, conseguentemente, l'integrazione si risolverebbe in un effettivo vulnus del principio di parità di trattamento. In definitiva, in presenza di una previsione chiara e dell'inosservanza di questa da parte di un concorrente (si tratti di gara o di altro tipo di concorso), l'invito alla integrazione costituirebbe una palese violazione del principio della par condicio, che verrebbe vulnerato dalla rimessione in termini, per mezzo della sanatoria (su iniziativa dell'Amministrazione), di una documentazione incompleta o insufficiente ad attestare il possesso del requisito di partecipazione da parte del concorrente che non ha presentato, nei termini e con le modalità previste dalla lex specialis, una dichiarazione o documentazione conforme al bando».

Altra indicazione interessante e ormai acquisita nella nell'ambito dei principi, è richiamata dal TAR Lazio Roma n. 4276 del 01 aprile, nella quale si richiama a due aspetti interessanti. Il primo

focalizza l'attenzione sulla verifica dei requisiti, precisando che ai sensi dell'art. 36, comma 6 bis, del d.lgs n. 50/2016: "Nei mercati elettronici di cui al comma 6, per gli affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro, la verifica sull'assenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80 è effettuata su un campione significativo in fase di ammissione e di permanenza, dal soggetto responsabile dell'ammissione al mercato elettronico. Resta ferma la verifica sull'aggiudicatario ai sensi del comma 5."

Quindi, in caso di approvvigionamento mediante ricorso al mercato elettronico delle pubbliche amministrazioni, pur essendo la verifica del possesso dei requisiti a monte, in capo a tutti i concorrenti, demandata alla Consip, alla quale è affidato il MEPA, è comunque necessario, per ciascuna stazione appaltante, accertarne il possesso rispetto al soggetto aggiudicatario. Pertanto anche nelle procedure negoziate svolte facendo ricorso al MEPA si applica la previsione dell'art. 32, di cui in ricorso si assume la violazione, che dispone: "L'aggiudicazione diventa efficace dopo la verifica del possesso dei prescritti requisiti". Altra indicazione, a firma del Consiglio di Stato, sez. III, 11.03.2019 n. 1637 il quale richiamando ad un principio di diritto espresso dall'Adunanza Plenaria n. 8 del 2014, ricorda che: "la mancata e pedissequa indicazione in ciascun verbale delle operazioni finalizzate alla custodia dei plichi non può tradursi, con carattere di automatismo, in effetto viziante della procedura concorsuale, in tal modo collegandosi per implicito all'insufficienza della verbalizzazione il pregiudizio alla segretezza ed all'integrità delle offerte. Ciò in anche in ossequio al principio di conservazione dei valori giuridici, il quale porta ad escludere che l'atto deliberativo possa essere viziato per incompletezza dell'atto descrittivo delle operazioni materiali, tecniche ed intellettive ad esso preordinate, salvo i casi in cui puntuali regole dettate dall'amministrazione aggiudicatrice indichino il contenuto essenziale del verbale. Ogni contestazione del concorrente volta ad ipotizzare una possibile manomissione, o esposizione a manomissione dei plichi, idonea ad introdurre vulnus alla regolarità del procedimento di selezione del contraente non può, quindi, trovare sostegno nel solo dato formale delle indicazioni che si rinvergono nel verbale redatto

per ogni adunanza della commissione preposta all'esame delle offerte, ma deve essere suffragata da circostanze ed elementi che, su un piano di effettività e di efficienza causale, abbiano inciso sulla c.d. genuinità dell'offerta, che va preservata in corso di gara. Peraltro per quanto le modalità di conservazione siano state accurate e rigorose (ad es. chiusura in cassaforte o altro) non si potrà mai escludere che vi sia stata una dolosa manipolazione (ad es. ad opera di chi conosceva la combinazione per aprire la cassaforte) e che chi sia interessato a farlo possa darne la prova. Viceversa, il fatto che le modalità di conservazione siano state meno rigorose non autorizza a presumere che la manipolazione vi sia stata, a meno che non vengano prodotte in tal senso prove o quanto meno indizi. Si ha, quindi, un vizio invalidante qualora sia positivamente provato, o quanto meno vi siano seri indizi, che le carte siano state manipolate negli intervalli fra un'operazione e l'altra. In siffatto contesto l'annotazione a verbale delle modalità di conservazione ha semplicemente l'effetto di preconstituire una prova dotata di fede privilegiata (artt. 2699 e 2700 cod. civ.), e quindi di prevenire o rendere più difficili future contestazioni; ma così come tali annotazioni, per quanto accurate, non impediranno mai a chi vi abbia interesse a dare la prova dell'avvenuta manipolazione (passando anche attraverso il procedimento di querela di falso, ove necessario), allo stesso modo la mancanza o l'incompletezza delle stesse annotazioni, ovvero la scarsa (in ipotesi) efficacia delle modalità di custodia, avranno solo l'effetto di rendere meno arduo il compito di chi voglia raggiungere quella prova, o rappresentare quegli indizi".

Orbene, nel caso che occupa, premesso che si verte sul caso di una procedura con modalità telematica, la possibilità per i singoli commissari di procedere all'analisi dei progetti tramite la procedura 'Start' è specificamente prevista e verbalizzata nel primo atto della commissione (verbale del 19 dicembre 2017). Tale modalità prevede specificamente l'accesso unicamente tramite password e username, e non esclude l'esame collegiale da parte della commissione medesima, ma unicamente consente ai commissari una più attenta indagine. Ogni passaggio risulta tracciabile.

SCHEDA DI ABBONAMENTO

MEDIAAPPALTI

Da compilare e spedire via fax al numero 0883.570189, accompagnata da una ricevuta di pagamento (per i privati) o da un determina/impegno di spesa (per le Pubbliche Amministrazioni).

Sì, desidero abbonarmi alla rivista MediAppalti per un anno.

- Scelgo l'abbonamento on-line a € 100,00 + IVA 22%
- Scelgo l'abbonamento cartaceo a € 160,00 (IVA assolta dall'editore)
- Scelgo l'abbonamento on-line+cartaceo a € 200,00 + IVA 22%

Il sottoscritto

Nome e cognome		In nome del soggetto/ente (cui fatturare)	
Sede del soggetto/ente (cui fatturare)		Partita Iva e C.F. (cui fatturare)	
Split Payment	SI NO	Codice Univoco Ufficio	
Recapito fax e telefono		Recapito e-mail	

In caso di abbonamento cartaceo la consegna avverrà

A:		
Via		N.
CAP	Città	Prov.

MODALITA' DI PAGAMENTO:

- Bonifico bancario intestato a:** Mediagraphic srl, **IBAN:** IT44 R020 0841 3520 0001 0049 273, **causale:** abbonamento Rivista MediAppalti
- C/c postale n° 53970661 intestato a:** Mediagraphic srl, Via Palmitessa 40 - 76121 Barletta, **causale:** abbonamento Rivista MediAppalti.
- A ricevimento fattura:** Per le P.A. In tal caso la scheda di sottoscrizione deve essere accompagnata da determina o impegno di spesa firmati da un responsabile amministrativo o di settore.

Dichiaro di aver preso visione dell'informativa (consultabile tramite il link <http://www.mediappalti.it/privacy.php>) e di accettare le modalità di utilizzo dei dati per le finalità indicatemi nell'informativa stessa

Data ___/___/___

Firma _____

N.B. Il riepilogo dei seguenti dati sarà inviato tramite e-mail all'indirizzo su indicato.

MEDIAAPPALTI

www.mediappalti.it

Pubblicità: pubblicita@mediappalti.it

Servizio abbonamenti: abbonamenti@mediappalti.it

Mediagraphic

Redazione: Mediagraphic s.r.l.

Via Palmitessa, 40 - 76121 Barletta

Telefono: 0883.527171 **Fax:** 0883.570189

redazione@mediappalti.it

i seminari in programma

SEMINARI

PROJECT MANAGEMENT

Corso Base di Project Management per RUP, funzionari e dirigenti di P.A., e Società partecipate (ISIPM-Base®)

21, 22 e 23 maggio 2019 Roma; 4, 5 e 6 giugno 2019 Olbia

Percorso di Alta Formazione sul Project Management per RUP, funzionari e dirigenti di P.A. e società partecipate (ISIPM Avanzato®)

11, 12 e 13 giugno 2019 Cagliari; 18, 19 e 20 giugno 2019 Roma

Fondamenti di Project Management. Panoramica per Funzionari e Dirigenti della P.A. e di società partecipate

21 maggio 2019 Bari, 28 maggio 2019 Trieste

APPALTI

Master: Gli Appalti pubblici in Sardegna

Ciclo di incontri operativi sui temi degli appalti pubblici, alla luce della legge regionale e delle ultime novità normative.

16 aprile 2019, 07 maggio 2019, 21 maggio 2019, 04 giugno 2019 e 20 giugno 2019 Cagliari

11 aprile 2019, 18 aprile 2019, 09 maggio 2019, 28 maggio 2019 e 13 giugno 2019 Olbia

La gestione delle gare telematiche. Cosa è cambiato, cosa inserire nella documentazione di gara, come gestire le varie fasi. Le buone prassi ad alcuni mesi dall'entrata in vigore dell'obbligo di legge.

09 maggio 2019 Milano, 09 maggio 2019 Pescara, 23 maggio 2019

Torino, 11 giugno 2019 Verona, 14 giugno 2019 Napoli

I contratti sottosoglia. Le questioni ancora controverse, la giurisprudenza, la buona prassi

16 aprile 2019 Bari, 07 maggio 2019 Napoli, 21 maggio 2019 Verona,

28 maggio 2019 Genova, 11 giugno 2019 Milano, 11 giugno 2019

Bologna, 18 giugno 2019 Trieste

Il ruolo e le funzioni del seggio di gara e della commissione giudicatrice. Ruoli, attività, responsabilità, incompatibilità

16 aprile 2019 Torino

L'esecuzione del contratto nei servizi e forniture

16 maggio 2019 Trieste, 07 giugno 2019 Torino

Appaltare nel MePA beni, servizi e lavori rapidamente e senza errori, utilizzando gli strumenti telematici obbligatori per Legge. Esercitazioni pratiche.

11 aprile 2019 Verona, 18 aprile 2019 Pescara, 18 aprile 2019 Olbia, 07 maggio 2019 Cagliari, 09 maggio 2019 Roma, 14 maggio 2019 Torino, 16 maggio 2019 Genova, 21 maggio 2019 Trieste, 30 maggio 2019 Milano, 27 giugno 2019 Ancona

Appaltare nel Sistema Dinamico di Acquisizione (SDAPA) beni e servizi. Modalità per ottemperare all'obbligo di utilizzare strumenti telematici previsto dal Codice e dalle norme di finanza pubblica

10 maggio 2019 Roma, 15 maggio 2019 Torino, 22 maggio 2019

Trieste, 31 maggio 2019 Milano

Il monitoraggio delle opere pubbliche tramite applicativo MOP-BDAP – Corso pratico

10 aprile 2019 Bolzano, 07 maggio 2019 Verona, 21 maggio 2019 Napoli

La gestione degli adempimenti post-aggiudicazione. Dalle verifiche dei requisiti alla trasmissione delle informazioni agli Osservatori Regionali, al Ministero ed all'ANAC.

07 maggio 2019 Palermo, 16 maggio 2019 Bologna

Responsabilità penali, civili ed amministrative del RUP

16 Maggio Bari

Le stazioni appaltanti di fronte alle crisi aziendali: responsabilità ed effetti sui contratti in corso

4 giugno 2019 Bologna, 11 giugno 2019 Roma

APPALTI - CORSI ON LINE

Le novità sui sottosoglia dopo l'approvazione della Legge di Stabilità 2019 e il Decreto Semplificazione

10 e 18 aprile 2019

Oggi ha una motivazione in più per seguire i nostri seminari. Sosteniamo insieme Save the Children: 10 euro della sua iscrizione li destiniamo al sostegno di bambini a distanza. Ci aiuti in questo progetto. Grazie



Un nuovo obiettivo: un senso profondo!