

Rivista mensile - Anno IX, Numero 10

febbraio  
2020

# MEDIA APPALTI

---

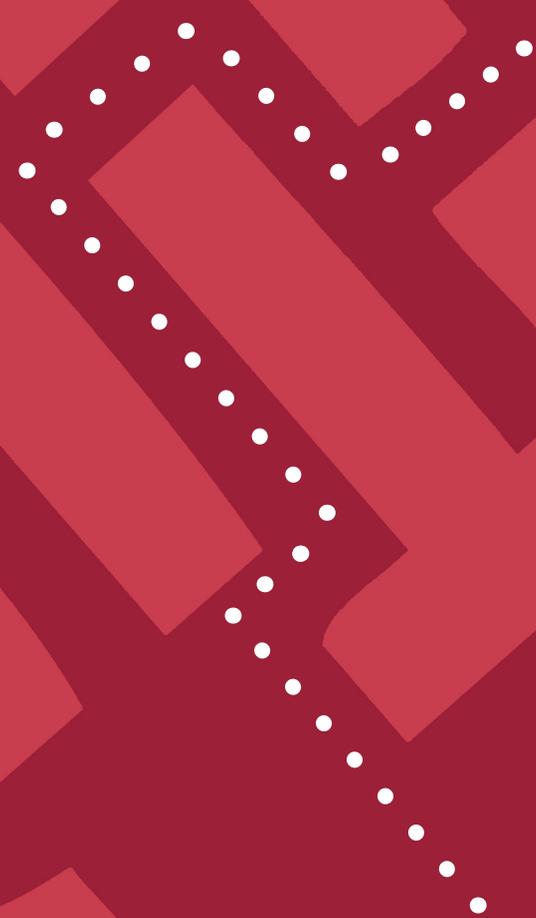
**Contratti pubblici: il punto sugli affidamenti diretti in attesa dei necessari chiarimenti**

---

**Appalti pubblici nel settore ICT: rischio di lock-in, problematiche applicative e possibili soluzioni**

---

**Il RUP nello schema di regolamento attuativo tra conferme e novità**



**“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](mailto: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**

febbraio  
**2020**

# Smog

Era poco prima dell'alba. L'utilitaria attraversava la pianura. Viaggiava verso la metropoli. "Papà cos'è quel fumo?". Un velo sospeso appena al di sopra dei terrazzi degli edifici più alti. Era smog. Non lo avevo mai visto. Ne avevo sentito parlare ai telegiornali e a scuola. Ma non avevo idea di come fosse fatto realmente. Accadeva qualche decennio fa. Accade ancora oggi.

Come ogni inverno, complice la presenza di un'elevata umidità, lo smog opprime le città, rendendo l'aria irrespirabile. Si corre ai ripari. Stop alla circolazione dei veicoli privati inquinanti. Interventi tampone che servono solo a contenere il fenomeno per qualche ora, ma non a debellarlo definitivamente. Per vincere la lotta contro lo smog bisognerebbe produrne di meno, non solo quando i livelli superano la soglia dell'emergenza. Lo si dovrebbe fare ogni giorno.

Cosa è cambiato da quando ero bambino e viaggiavo verso le opportunità offerte dalla grande città e dal suo rovescio della medaglia fatto di caos e smog? Il progresso! Oggi abbiamo a disposizione le conoscenze e gli strumenti tecnologici per cominciare a contenere le immissioni nocive. "In tante città, soprattutto nella pianura padana ma

non solo, è emergenza smog. Serve una rivoluzione nella mobilità urbana". È il commento postato in un tweet da parte della Ministra dei Trasporti Paola De Micheli dopo l'approvazione dello stanziamento dei finanziamenti in applicazione del Piano Strategico Nazionale della Mobilità Sostenibile voluto dal suo predecessore Danilo Toninelli. Si dà avvio in questo modo ad un progetto che avvierà gare d'appalto per l'acquisto di bus elettrici.

Eravamo ad inizio gennaio. La cifra investita è 2,2miliardi di euro. Ne beneficeranno le Regioni per l'acquisto di bus ecologici alimentati ad elettricità. In Italia l'età media del parco autobus è di 11,4 anni. In Europa 7,5 anni.

Il rinnovo in chiave ecologica degli autobus urbani è una tendenza già attiva in città come Torino, Milano e Bologna. Il capoluogo piemontese ha appena pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale Europea il bando di gara per la fornitura di 100 autobus elettrici. Si andranno a sommare ai 191 già in servizio. Milano punta alla formazione di una flotta totalmente ecologica entro il 2030. Bologna ha di recente pubblicato un bando per l'acquisto di due nuovi bus elettrici e l'opzione per l'acquisto in futuro di altri 18 mezzi.

Da sempre le maggiori città si sono sviluppate offrendo opportunità di lavoro e ricchezza. Hanno assecondato il disagio delle popolazioni provenienti dalle regioni più svantaggiate. Hanno accolto uomini, donne, intere famiglie. Hanno svolto un ruolo fondamentale nell'offrire un futuro lavorativo e sociale a chi non sarebbe riuscito a costruirsi uno nel proprio luogo di nascita.

Facendo questo hanno però assorbito in una proporzione di territorio più o meno limitata un numero eccessivo di popolazione, contribuendo ad intasare le proprie strade, a mettere in movimento una quantità di mezzi in eccesso nella propria area urbana. Il surplus di presenze sul territorio ha prodotto l'intensificarsi della produzione di smog, fino all'emergenza.

Gli eccessi hanno sempre controindicazioni. Come il fumo, l'alcol, la velocità mettono in pericolo la nostra vita, così il sovrappopolamento mette a rischio la qualità della vita nelle città. E, non essendo pensabile risolvere il problema rimandando a casa qualcuno, lo si deve fare eliminando le fonti di inquinamento. In questa ottica il sindaco di Milano Giuseppe Sala ha annunciato che dal 2023 saranno dichiarate fuori legge le caldaie a gasolio. Un provvedimento che riguarderà il privato ma anche il pubblico. Una decina di scuole milanesi sono riscaldate con questa tipologia di caldaie. Il pubblico dovrebbe essere da esempio nei confronti dei privati. In questa ottica si inserirebbe anche l'iniziativa del Ministero della Scuola che sta per dare il via ad un vasto progetto per l'efficientamento energetico degli edifici scolastici. Ne parla la sottosegretaria all'Istruzione Anna Ascani attraverso un post su facebook del 28 gennaio nel qual scrive che "in Legge di Bilancio abbiamo inserito un emendamento che ci consentirà, insieme alla Banca Europea degli Investimenti, di dare il via a un Piano dedicato proprio all'efficientamento energetico nelle scuole".

L'efficientamento energetico, riducendo i tempi necessari per riscaldare gli ambienti, genera risparmio economico e contiene le immissioni nocive. Un progetto che non è limitato alle scuole ma che coinvolge tutti gli edifici pubblici con lo stanziamento di 2,5miliardi di euro da ripartire tra i 7904 comuni italiani per il periodo 2021-2024.

Autobus elettrici, sostituzione delle caldaie, efficientamento energetico, tutti interventi che vanno nella direzione della riduzione dello smog. Iniziative che non riguardano esclusivamente i grandi centri metropolitani ma che coinvolgeranno l'intero territorio nazionale. I 2,2 miliardi di euro stanziati per soddisfare le gare d'appalto necessarie a sostituire i vecchi bus con modelli elettrici, saranno distribuiti in tutte le regioni secondo una precisa ripartizione prevista nel decreto firmato dal Mit di concerto con il Ministero dello sviluppo economico e dal Ministero dell'Economia e delle Finanze. "Lo stanziamento - si legge sul sito del Ministero dei Trasporti - prevede, inoltre, che alle regioni del Sud sia destinato circa il 35% delle risorse stanziare". I bus elettrici vanno ricaricati ed è per questo che parallelamente all'avvio di gare d'appalto per il loro acquisto sarà necessario indire gare per la realizzazione delle stazioni di ricarica. Per tale ragione il decreto prevede che "le risorse assegnate nel primo triennio, sino al 50% del contributo concesso, possano essere destinate alla realizzazione della rete infrastrutturale per l'alimentazione alternativa".

La lotta contro lo smog estesa a tutto il territorio per combatterlo dove il problema è endemico e per prevenirlo là dove è ancora solo una notizia ascoltata in tv.

"Tutti vogliono tornare alla natura, ma nessuno ci vuole andare a piedi" diceva Andrew j. Wollensky. Se proprio non siamo più in grado di muoverci sulle nostre gambe, facciamolo utilizzando mezzi che abbiano smesso di inquinare la natura.

**di Enzo De Gennaro**

## sommario

### Editoriale

Smog

4

### In evidenza

Contratti pubblici: il punto sugli affidamenti diretti in attesa dei necessari chiarimenti

7

### Sotto la lente

Appalti pubblici nel settore ICT: rischio di lock-in, problematiche applicative e possibili soluzioni

12

#### Hanno collaborato a questo numero:

**Avv. Stefano de Marinis**  
Avvocato, già vicepresidente FIEC

**Dott.ssa Alessandra Verde**  
Referendaria consiliare presso il Consiglio regionale della Sardegna

**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

**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. Giuseppe Totino**  
Esperto in infrastrutture e contratti pubblici

**Avv. Paola Cartolano**  
Esperta in materia di appalti pubblici

**Avv. Adriana Presti**  
Avvocato amministrativista,  
esperto in contrattualistica pubblica

**Avv. Giuseppe Croce**  
Esperto in appalti pubblici

### Il Punto

L'esclusione dalle procedure di gara: la tassatività delle cause di esclusioni ed il soccorso istruttorio. La relativa evoluzione, anche giurisprudenziale, in termini di finalità ed equilibrio tra i principi della massima partecipazione e della par condicio.

21

Il RUP nello schema di regolamento attuativo tra conferme e novità

28

L'iscrizione all'Albo nazionale gestori ambientali. Da requisito di mera esecuzione e requisito di partecipazione

35

Sul principio della suddivisione in lotti

42

La teoria del "rischio zero" ed il principio di precauzione: il caso di un appalto per la fornitura del vaccino anti-pneumococcico per bambini in età pediatrica

50

### Pareri & Sentenze

56

### A Domanda Rispondiamo

63

### In pillole

67

# Contratti pubblici: il punto sugli affidamenti diretti in attesa dei necessari chiarimenti

di Stefano de Marinis

IN  
EVIDENZA

## 1. Obiettivo dello “sbloccacantieri”: velocizzare la spesa pubblica in funzione anticongiunturale puntando (anche) sull’affidamento diretto

Uno degli ambiti dove le più recenti modifiche al Codice dei contratti pubblici intendevano incidere con maggior efficacia è quello degli affidamenti diretti, corrispondente agli appalti d’importo inferiore a 40 mila euro, importo che la legge di conversione del decreto sblocca cantieri<sup>1</sup> ha elevato fin sotto la soglia dei 150 mila euro nel caso di lavori e, ancorché con una formulazione testuale non priva di incertezze (vedi *infra*), al limite di applicazione della disciplina comunitaria<sup>2</sup>, nel caso di forniture e servizi. Ciò, in primo luogo, modificando la lettera b)

**Obiettivo dello  
“sbloccacantieri”:  
velocizzare la spesa  
pubblica in funzione  
anticongiunturale  
puntando (anche)  
sull’affidamento diretto**

dell’articolo 36, comma 2, dove il termine *procedura negoziata* è stato sostituito da *affidamento diretto*, con l’obiettivo di definire, almeno in tale limitato contesto, un quadro semplificato di regole in grado di accelerare sensibilmente i processi di spesa.

Se l’obiettivo sia stato, o meno, raggiunto lo stabiliranno le rilevazioni degli organismi accreditati a monitorare la spesa pubblica, quando i dati per l’intero 2019 saranno disponibili; per ora, ci si limita ad analizzare il mutato quadro normativo evidenziandone alcuni degli effetti, soprattutto sul

piano sistematico, sviluppando tesi e confutando argomenti in attesa di auspicabili chiarimenti, peraltro da introdurre a livello di legislazione primaria posta l’insufficienza, a parere di chi scrive, di un intervento solo in sede regolamentare.

1. Legge 14 giugno 2019, n. 55 di conversione con modifiche del decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32, c.d sblocca cantieri.

2. Dal 1° gennaio 2020 il limite è pari a 214.000 euro, in forza dei Regolamenti UE nn. 1827, 1828, 1829 e 1830, pubblicati in GUCE, 31 ottobre 2019, n. L 279, che aggiornano le soglie di applicazione della normativa europea in materia di procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici e delle concessioni

**2. La formalizzazione delle procedure negoziate nella legislazione nazionale è la ragione della differenza sostanziale dell'affidamento diretto**

Muovendo dal dato normativo va detto subito che l'affidamento diretto costituisce modalità di scelta del contraente distinta anche dalla procedura negoziata, per lo meno per come disciplinata nel diritto italiano<sup>3</sup>, oltre che dalle ordinarie procedure aperte e ristrette.

A parte l'assenza di un regime di pubblicità propriamente inteso, da attivarsi in occasione del singolo affidamento, quel che segna la differenza è l'applicazione di criteri formali per la scelta del contraente, che riguarda solo le procedure negoziate; ciò in ragione del rinvio che il comma 5 dell'articolo 63, del Codice, opera al successivo articolo 95, regolante i criteri di aggiudicazione, rinvio che, viceversa, manca in tutte le fattispecie in cui il Codice si riferisce all'affidamento diretto.

Per il caso che qui ci occupa vale osservare che, mentre le lettere c) e c bis) dell'articolo 36, comma 2, il cui testo è stato appositamente aggiornato allo scopo dallo sblocca cantieri, richiamano la procedura negoziata, espressamente qualificata come quella di cui all'articolo 63, né la lettera a), né, da ultimo, la b), contengono tale richiamo, tanto meno rinviano all'articolo 95 per le modalità di scelta del contraente, anche laddove è prevista la consultazione di operatori economici o di preventivi.

Soprattutto tale circostanza, rende evidente la distinzione tra affidamenti diretti e procedure negoziate<sup>4</sup>, distinzione già presente nel Codice e valorizzata dallo sblocca cantieri, alla quale si collegano non secondarie implicazioni in tema di formalità procedurali da seguirsi per l'attribuzione dei relativi contratti.

**3. La determina semplificata quale riferimento base per l'affidamento diretto: contenuti e struttura**

In tal senso vale considerare quanto previsto all'articolo 32, comma 2, che già con il correttivo del 2017 aveva stabilito che l'affidamento diretto dei contratti sotto i 40 mila euro potesse avvenire con *determina a contrarre, o atto equivalente, indicante, in modo semplificato, l'oggetto dell'affidamento, l'importo, il fornitore, le ragioni della scelta del fornitore, il possesso da parte sua dei requisiti di carattere generale, nonché il possesso dei requisiti tecnico professionali, ove richiesti.*

Trattasi della possibilità di operare attraverso un atto unico, posto che i relativi contenuti, come indicati dal legislatore, esauriscono sia i presupposti dell'azione amministrativa di acquisizione, sia i conseguenti esiti, in alternativa alle modalità ordinarie articolate su determina a contrarre e provvedimento di aggiudicazione; ciò nell'ottica di accelerare i processi di spesa grazie alla gestione informale del momento di individuazione del fornitore.

Coerente, poi, è la previsione di cui all'articolo 95, comma 10, che nel disporre l'obbligo per gli operatori di indicare, nelle *offerte economiche, i rispettivi costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro*, esenta dall'osservanza di tale prescrizione i contratti, di qualsivoglia contenuto, di importo inferiore ai 40 mila euro.

Al di là di generiche spiegazioni puntate su aprioristiche istanze di semplificazione ancorate, con logiche non sempre ineccepibili, al solo importo contrattuale, l'esclusione trova più coerente ragion d'essere nel fatto che laddove vi è affidamento



3. L'articolo 32 della Direttiva 2014/24/UE, del Parlamento e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, regolante l'uso della procedura negoziata senza previa pubblicazione, non rinvia in alcun modo ai criteri di aggiudicazione previsti dalla stessa direttiva per gli affidamenti ordinari, contemplati al successivo articolo 67; diversamente ha operato il legislatore nazionale, dove l'articolo 63 del d.lgs.18 aprile 2016, n. 50, recante il Codice dei contratti pubblici, in tema di procedure negoziate rinvia al successivo articolo 95 riguardante i criteri di aggiudicazione, con ciò snaturandone le caratteristiche al punto da trasformarle da procedure informali, per questo eccezionali, in normali procedure ristrette senza bando.

4. Si veda TAR Sardegna, 30 agosto 2019, n. 212

diretto non c'è tecnicamente una gara, tantomeno, quindi, spazio per modalità di aggiudicazione formali alle quali si ascrive l'offerta economicamente più vantaggiosa. In tal senso, la stessa Linea Guida Anac 4, per il caso di affidamento diretto, parla di preventivi di spesa, non di offerte, anche quando si tratta, in ossequio a suggerite *best practice*, di confrontare preventivamente più operatori (punto 4.3.1).

La stessa logica caratterizza il comma 3 del medesimo articolo 95, per i casi in cui è d'obbligo l'utilizzo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, basata sul miglior rapporto qualità prezzo, obbligo che vale sempre solo per affidamenti pari o superiori ai 40 mila euro.

In sintesi la differenza tra affidamento diretto, originariamente confinato sotto i 40 mila euro (salve le somme urgenze dell'articolo 163 del Codice), e procedure negoziate, come regolate all'articolo 63, sta nel fatto che solo per queste ultime le modalità di scelta del contraente hanno natura formale; ne deriva che nell'affidamento diretto non può propriamente parlarsi di aggiudicazione, di invito o di offerte, rispetto alle quali ultime anche il concetto di segretezza assume, verosimilmente, valore relativo.

Poste le riferite diversità, lo sblocca cantieri ha ampliato l'ambito operativo dell'affidamento diretto riformulando l'articolo 36, comma 2, lettera b), scelta alla quale corrisponde il contemporaneo intervento sul comma 2 dell'articolo 32, dove l'utilizzo della determina a contrarre in forma semplificata viene espressamente esteso al nuovo caso, con ciò confermando l'esistenza di un univoco intento del legislatore di intervenire sul punto in chiave semplificatoria e coerente.

Ne deriva che ciò che in passato si argomentava valesse fino a 40 mila euro, vale oggi nei più ampi limiti di importo determinati dalla lettera b); ma v'è di più: prevedendo la nuova formulazione normativa l'affidamento diretto previa consultazione, nel caso di lavori, di tre preventivi, ove esistenti, non solo tale casistica viene di fatto a coincidere con quel che Anac indicava, quale *best practice*, per la fascia d'importo regolata dalla lettera a), il che consente l'automatico trasferimento del relativo *modus operandi* al caso superiore, ma, *a contrario*, viene anche a rideterminarsi la disciplina della stessa lettera a), rafforzandosi l'affermazione, qui

fondata direttamente sul testo di legge, per cui l'affidamento diretto sotto i 40 mila euro può esser disposto anche senza previa consultazione di più operatori; ciò anche in coerenza con il principio di proporzionalità dell'azione amministrativa.

In altri termini, ragioni di snellimento e semplificazione procedurale trovano oggi maggior supporto argomentativo laddove, in base ad esse, si intenda affermare che la preventiva consultazione di tre operatori, ancorché in modo informale e dandone comunque conto nella determina semplificata, vale solo per l'attribuzione di contratti (di lavori) compresi tra i 40 e 150 mila euro, laddove al di sotto dei 40 mila euro, la congruità del prezzo di affidamento potrà esser allegata mediante *comparazione dei listini di mercato, di offerte precedenti per commesse identiche o analoghe o analisi dei prezzi praticati ad altre amministrazioni*. (così punto 4.3.1 Linea Guida Anac n.4).

#### 4. Il valore interpretativo attuale della Linea Guida Anac n.4

Relativamente alla Linea Guida 4 non vale peraltro osservare che in base alla disciplina transitoria di cui all'articolo 216, comma 27 *octies*, del Codice, i riferimenti interpretativi da essa ricavabili non sarebbero oggi utilizzabili; tanto meno, all'opposto, che è la stessa Linea Guida 4 a precludere l'utilizzo dell'affidamento diretto con determinazione semplificata per importi pari o superiori ai 40 mila euro, posto che anche la versione aggiornata del 19 luglio 2019 continua a confinarlo al di sotto di tale valore.

Al riguardo va, infatti, osservato che: a) per espressa indicazione di legge, le linee guida previste dal codice, tra le quali rientra la 4, *rimangono in vigore o restano efficaci fino alla data di entrata in vigore del regolamento ...*, in quanto compatibili con il ... codice e non oggetto delle procedure di infrazione; b) sempre per espressa indicazione di legge, solo ai fini dell'archiviazione delle citate procedure di infrazione, nelle more dell'entrata in vigore del regolamento, l'ANAC era autorizzata a modificare ... le linee guida adottate.

Da quanto precede si deduce che: a) la linea guida 4 è tuttora utilizzabile, pur con il limite della coerenza con il mutato quadro legislativo; b.1) il

fatto che la sua versione più recente non abbia esteso la portata della determina semplificata al caso della lettera b) dell'articolo 36, non implica che ad esso non si applichi, considerato che l'ambito dell'aggiornamento era limitato, per legge, alla sola risoluzione dei profili di conflitto comunitario (e così è stato<sup>5</sup>); b.2) al contrario, le indicazioni in passato rese in tema di affidamento diretto per la fascia fino a 40 mila euro, ancorché a titolo di *best practice* (punto 4.3.1.), valgono oggi per la fascia superiore, data la sopravvenuta identità dei relativi presupposti a livello legislativo.

Particolari problemi non dovrebbero porsi neanche considerando, infine, l'esigenza di rispettare le previsioni dell'articolo 30 del Codice, in tema di economicità, efficacia, trasparenza ecc. posto che questione analoga si poneva, in passato, per gli affidamenti sotto i 40 mila euro, con soluzioni oggi valevoli nei più ampi ambiti d'importo fissati dalla legge; da chiarire, semmai sarebbe il tema della rotazione negli affidamenti, obbligo che potrebbe non riguardare gli operatori oggetto di (semplice) consultazione, visto che, per quanto fin qui detto, in caso di affidamento diretto non può parlarsi tecnicamente di invito; peraltro di contrario avviso è, sul punto, la Linea Guida 4 (punti 3.6 e 3.7).

### **Forniture e servizi: affidamenti diretti fino alla soglia comunitaria?**



#### **5. Forniture e servizi: affidamenti diretti fino alla soglia comunitaria?**

Da chiarire è la riferibilità dell'affidamento diretto a forniture e servizi tra i 40 mila euro e la soglia comunitaria, data la formulazione della lettera b) che, a seguito della modifica legislativa, secondo alcuni, avrebbe inteso in questo caso mantenere la procedura negoziata con invito a cinque operatori economici.

In tal senso elementi testuali non trascurabili riguardano un'evidente differenziazione che la norma traccia tra lavori da un lato e forniture e

servizi dall'altro, separati nell'elencazione da un più che abbondante utilizzo di segni di interpunzione, differenziazione che comunque riguarda il numero di operatori da coinvolgere nella verifica di mercato propedeutica all'affidamento e che, per il resto, evidenzia come solo per i lavori si parli di preventivi e solo per forniture e servizi residui un riferimento al termine inviti.

Orbene, se il comma 3 dell'articolo 95, potrebbe supportare tale lettura, nel senso che l'obbligo di applicare l'offerta economicamente più vantaggiosa implicherebbe, per lo meno per alcune tipologie di forniture e servizi, e comunque per valori pari o superiori a 40 mila euro, la procedura negoziata, data la natura informale dell'affidamento diretto, osservazione alla quale potrebbe aggiungersi che l'intervento legislativo di modifica è definito "sblocca cantieri", non sbloccappalti, ciò

che ne tradirebbe una finalità riferita ai soli lavori, differenti considerazioni, anch'esse di natura testuale, oltreché sistematica, sembrerebbero viceversa optare per una considerazione unitaria della lettera b), nel senso dell'applicazione dell'affidamento diretto anche a forniture e servizi, a parte il numero degli operatori da coinvolgere nel preventivo confronto.

In questo senso, l'esistenza di un quadro di regole unitario per lavori fino a 150 mila euro e forniture e servizi sottosoglia comunitaria, può ritenersi supportata dall'articolo 32, comma 10, lett. b), del Codice, in base al quale, nel caso di affidamenti effettuati ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lettere a) e b), non si applica la regola per cui il contratto non può comunque essere stipulato prima di trentacinque giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione (*standstill*); ciò, evidentemente, sul presupposto che non sussiste, in tali casi, alcuna forma di gara propriamente detta né, tantomeno, un'aggiudicazione formale.



5. Trattasi degli aspetti relativi agli appalti transfrontalieri ed alle modalità di affidamento delle opere di urbanizzazione a scomputo dei contributi per il rilascio del permesso di costruire, oggetto della procedura di infrazione in n.2273/2018 del 24 gennaio 2018, trattati rispettivamente ai punti 1.5 e 2.1 del testo della Linea Guida 4, del 19 luglio 2019.

Ancora, in merito all'obiezione secondo la quale per i lavori la norma parla di *preventivi* mentre per forniture e servizi di *operatori economici*, al di là dell'interrogarsi su cosa tale differenziazione possa realmente significare, va osservato che il termine *operatori economici* compare anche nella lettera a) dell'articolo 36, senza che ciò possa mettere in dubbio che l'affidamento diretto riguardi, in tal caso, e nello stesso modo, lavori, forniture e servizi.

Da considerare, infine, quanto da ultimo stabilito per accelerare i procedimenti di spesa, dal comma 259 dell'articolo 1 della legge di bilancio per il 2020 (n.160), dove l'articolo 36, comma 2, lettera b), in deroga all'articolo 157 del Codice, è reso utilizzabile per l'affidamento di incarichi tecnici, ancorché relativi solo all'edilizia scolastica, fino alla soglia comunitaria.

Resta il dato dell'articolo 95, comma 3, che, in una logica di intervento unitaria, avrebbe dovuto essere anch'esso adeguato, come avvenuto per l'articolo 32: d'altro canto nulla esclude, anzi in alcuni casi sarebbe buona prassi, che nella scelta dell'affidatario si proceda alla valutazione dei preventivi valorizzando non solo l'elemento prezzo, ma anche, pur in maniera informale, prefissati elementi quali-quantitativi di diversa natura, dando sinteticamente conto, nella determina, di come questi siano stati nel modo migliore soddisfatti dall'operatore prescelto.

Neanche le regole riguardanti l'utilizzo obbligatorio di centrali di committenza e/o mercati elettronici sembrano ostare alle predette conclusioni, considerato che dette regole stabiliscono dove individuare gli operatori da consultare o ai quali affidare i contratti, non già le procedure di scelta da osservare, che restano fissate dall'articolo 36.

## **6. Auspicati chiarimenti a livello legislativo, non solo regolamentare**

Senza poter attribuire, specie per forniture e servizi, valore univoco alle ricostruzioni che precede, resta comunque il fatto che alcuni interventi andrebbero comunque compiuti a livello di normativa primaria, onde fugare le oggettive carenze che il Codice reca, non essendo al riguardo sufficiente operare solo a livello regolamentare che, anzi, porterebbe solo ragione di ulteriore incertezza.

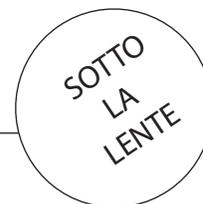
In questo senso il primo punto sul quale intervenire riguarda evidentemente la lettera b) del l'articolo 36, secondo comma, eliminando, nell'ottica fin qui privilegiata, il termine invito che tuttora vi si legge e rendendo unico e coerente, anche rispetto alla lettera a), il doppio riferimento a preventivi/operatori economici, a conferma di un'unitarietà d'opzione relativa all'affidamento diretto.

Coerentemente andrebbe operato rispetto all'articolo 95, commi 4 e 10, elevando i valori ivi previsti fino alla soglia di applicazione delle direttive in materia di forniture e servizi. Laddove, poi, sotto altro profilo, si intendesse differenziare l'applicazione dell'articolo 80 in tema di cause di esclusione per fasce d'importo, anche in ragione della rilevanza solo comunitaria di alcune previsioni, come peraltro ha fatto la Linea Guida 4, anche qui andrebbe modificata la norma primaria prima di intervenire in sede regolamentare.

Modifica di rilievo sarebbe, infine, quella di estendere l'operatività della certificazione antimafia, di cui all'articolo 67 del d.lgs. 6 settembre 2011, n.159, al di sotto dell'attuale soglia dei 150 mila euro, ferma restando l'applicazione del regime di cui all'articolo 84 per i contratti soggetti a tentativo di infiltrazione.

# Appalti pubblici nel settore ICT: rischio di lock-in, problematiche applicative e possibili soluzioni

di Alessandra Verde



## 1. Inquadramento generale

La scelta del contraente negli appalti pubblici nel settore dell'*Information & Communication Technology* (ICT) costituisce da sempre un problema spinoso per le Pubbliche amministrazioni. In tale settore, infatti, le stazioni appaltanti procedono frequentemente ad affidamenti diretti allo stesso fornitore, mediante continui rinnovi in dispregio del principio di rotazione, oppure ricorrono a procedure negoziate senza pubblicazione del bando di gara, giustificandole con una presunta infungibilità per motivi tecnici del servizio oggetto dell'appalto.

È accaduto infatti - ed accade ancora oggi frequentemente - che la necessità di ricorrere sempre allo stesso fornitore di un servizio informatico derivi da scelte vincolanti fatte *ab origine*, spesso inconsapevolmente, o comunque di cui non sono state valutate adeguatamente le conseguenze, che comportano l'eccessiva onerosità di un cambio di fornitore in corso d'opera, sia in termini di risorse finanziarie che di oneri amministrativi. In tali casi, le Amministrazioni adducono ragioni connesse all'infungibilità del servizio, laddove tuttavia non può dirsi che sussistano oggettive ragioni di natura tecnica o di privativa industriale che fondino realmente tale infungibilità. Invero, l'infungibilità è per così dire **indotta**, poiché è la stessa stazione

appaltante che, per scarsa lungimiranza, inerzia amministrativa o cattiva prassi, si è posta nella condizione di trovarsi costretta ad acquisire un bene o un servizio sempre dallo stesso fornitore.

Ciò, in quanto il cambiamento di fornitore avrebbe dei costi troppo elevati in termini di perdita dell'investimento iniziale, consistente nelle spese sostenute per l'acquisto dell'*hardware* e per la formazione del personale, di necessità di un nuovo aggiornamento del personale medesimo, di altri costi organizzativi o, ancora, di costi connessi alla migrazione di dati.

Il fenomeno per il quale un'Amministrazione non può cambiare facilmente fornitore alla scadenza di un contratto perché non sono disponibili informazioni essenziali sul sistema informatico in uso, che consentirebbero ad un altro fornitore di subentrare al precedente in modo efficiente, è definito **lock-in**<sup>1</sup>.

In tutti questi ambiti, spesso, la Pubblica amministrazione rimane "incastrata" nel rapporto contrattuale con un unico fornitore in quanto, ad esempio, ha acquistato *hardware* su cui possono essere montati soltanto pezzi di ricambio forniti esclusivamente dal fornitore originario.

---

1. La definizione data nel testo è stata formulata dalla Commissione Europea nel documento: <<Contro il lock-in: costruire sistemi TIC aperti facendo un uso migliore degli standard negli appalti pubblici, Com (2013) 455 final del 25 giugno 2013>>.

In tali casi succede spesso che l'operatore economico in questione riesca a "conquistare" il committente con la prima fornitura di macchinari offrendo prezzi particolarmente vantaggiosi, sapendo bene però di potersi rifare in seguito in termini di maggior guadagno con i cosiddetti *aftermarket*, ovvero i costi successivi di manutenzione o fornitura di materiali di consumo, accessori o pezzi di ricambio relativi a quei macchinari.

Il *lock-in* è quindi favorito dal possesso di informazioni riservate in capo al fornitore originario, dall'esclusiva di diritto o di fatto che il medesimo vanta, in ipotesi, sui pezzi di ricambio o sui materiali di consumo utilizzati, dai costi elevati che l'Amministrazione dovrebbe sostenere per la migrazione dei dati da un sistema ad un altro, dalle difficoltà e dai costi amministrativi che la stazione appaltante sarebbe costretta ad affrontare nel gestire un cambio di fornitore, ivi comprese le attività propedeutiche di progettazione e svolgimento di una nuova procedura di affidamento.

D'altro canto, il permanere in una condizione di *lock-in* non è senza costi per l'Amministrazione, tutt'altro. Il vincolarsi ad un medesimo operatore economico per un certo numero di anni, a causa di una scelta iniziale non sufficientemente ponderata, comporta il generarsi di una situazione di monopolio in cui probabilmente lo stesso fornitore non avrà più interesse a garantire all'Amministrazione sua cliente le migliori condizioni possibili, non esistendo una situazione di reale concorrenza.

Oltre a ciò, la possibilità di beneficiare dei progressi tecnici, che nel settore del ICT sono continui

e rapidissimi, potrebbe essere compromessa dalla concreta difficoltà per l'Amministrazione di rivolgersi al mercato.

## **2. Il concetto di bene/servizio infungibile secondo l'ANAC e l'onere di accertamento dell'infungibilità in capo alle stazioni appaltanti**

L'ANAC ha affrontato il problema nelle Linee guida n. 8<sup>2</sup>, analizzando l'eccessivo e talvolta improprio utilizzo da parte delle stazioni appaltanti delle procedure negoziate senza previa pubblicazione del bando di cui all'art. 63, comma 2, lett. b) del Codice dei contratti, ovvero gli affidamenti al fornitore originario per infungibilità per motivi tecnici del bene o del servizio oggetto dell'appalto.

Scopo dichiarato dell'ANAC è chiarire con precisione il perimetro entro cui sussistono i presupposti per avviare procedure negoziate senza bando per infungibilità dei beni e servizi da acquisire, al fine di circoscriverne l'impiego ai soli casi in cui tali presupposti sussistano effettivamente.

Nelle proprie Linee guida, l'ANAC bacchetta le Amministrazioni che ricorrono spesso e volentieri a procedure negoziate ex art. 63, comma 2 lett. b) del Codice, adducendo motivazioni legate all'esistenza di privative, all'infungibilità dei prodotti o servizi da acquistare, ai costi eccessivi

che potrebbero derivare dal cambio di fornitore, perché tale scelta comporta inevitabilmente una restrizione della concorrenza che, in assenza di condizioni oggettive di infungibilità del bene o servizio in questione, appare illegittima.

**Spesso le stazioni appaltanti rimangono "incastrate" nei rapporti contrattuali con un unico fornitore di beni o servizi informatici, a causa del fenomeno del c.d. lock-in, ovvero la situazione per cui un'Amministrazione non può cambiare facilmente fornitore alla scadenza di un contratto perché non sono disponibili informazioni essenziali sul sistema informatico in uso, che consentirebbero ad un altro fornitore di subentrare al precedente in modo efficiente.**



2. Linee guida n. 8 <<Ricorso a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili>> approvate con Deliberazione n. 950 del 13.09.2017 dal Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione.

Da ciò la necessità per l'Autorità di fornire indicazioni puntuali circa le modalità da seguire per accertare l'effettiva infungibilità di un bene o di un servizio.

Prima di tutto, l'ANAC individua le condizioni che devono verificarsi affinché si possa legittimamente ricorrere alla procedura negoziata senza pubblicazione di un bando di gara in caso di infungibilità dei beni o dei servizi da acquisire e poi si preoccupa di suggerire alcuni accorgimenti affinché le stazioni appaltanti evitino di trovarsi in situazioni in cui le decisioni di acquisto assunte in un dato momento vincolino le decisioni future.

Si rammenta, prima di iniziare la disamina delle considerazioni svolte dall'Autorità, che le Linee guida n. 8 affrontano una tematica - quella delle procedure negoziate senza bando in caso di beni e servizi infungibili - disciplinata dall'art. 63, comma 2, lett. b) del d.lgs. n. 50/2016, che è norma esaustiva che non richiede atti attuativi. Pertanto

le medesime hanno carattere non vincolante, come in esse espressamente precisato. Tale atto ha il solo scopo di fornire, ai sensi dell'art. 213, comma 2, del Codice, un indirizzo applicativo a fronte della rilevazione di una prassi di dubbia legittimità di ricorso eccessivo alle procedure negoziate senza bando.

Le procedure esaminate sono da considerarsi ammissibili quando i lavori, le forniture o i servizi possono essere forniti unicamente da un determinato operatore economico per una delle seguenti ragioni: 1) lo scopo dell'appalto consiste nella creazione o nell'acquisizione di un'opera d'arte o rappresentazione artistica unica; 2) la concorrenza è assente per motivi tecnici; 3) la tutela di diritti esclusivi, inclusi i diritti di proprietà intellettuale.

Nel presente contributo la nostra attenzione sarà circoscritta ai casi di cui al punto 2), ovvero l'infungibilità per motivi tecnici.

Il Codice precisa in merito che non devono esistere altri operatori economici o soluzioni alternative ragionevoli e l'assenza di concorrenza non deve essere il risultato di una limitazione artificiale dei parametri dell'appalto.

Innanzitutto occorre precisare inoltre che, trattandosi di ipotesi che derogano alla regola generale dell'evidenza pubblica, le stesse sono norme di stretta interpretazione. Infatti, la regola è quella della procedura aperta o ristretta, che garantisce l'apertura al mercato e la tutela della concorrenza. La procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara costituisce l'eccezione e, pertanto, i casi in cui la stessa è ammessa devono essere individuati secondo un canone interpretativo di stretto rigore. Preliminarmente, l'Autorità si preoccupa di precisare che i concetti di infungibilità ed esclusività non sono sinonimi.

L'esclusiva attiene infatti all'esistenza di privative industriali, secondo cui solo

il titolare di un diritto di esclusiva (brevetto) può sfruttare economicamente un certo prodotto o servizio, mentre **un bene o servizio è infungibile se è l'unico che può garantire il soddisfacimento di un certo bisogno.**

In altri termini, un bene può essere sostituibile ad un altro, che sia soggetto a privativa industriale, laddove permetta di soddisfare il medesimo bisogno garantito dal secondo, così come un bene o servizio possono essere infungibili anche se non vi è alcun brevetto su essi.

Appare per tale ragione evidente che, laddove una fornitura o un servizio siano effettivamente infungibili, svolgere una procedura ad evidenza pubblica sarebbe del tutto superfluo posto che l'esito di un'eventuale gara risulterebbe scontato, esistendo un unico operatore economico in grado di aggiudicarsela. In tali casi, l'indizione di una procedura ad evidenza pubblica determinerebbe solo uno spreco di tempo e di risorse. Da ciò

**Nelle Linee guida n. 8 l'ANAC individua le condizioni che devono verificarsi affinché si possa legittimamente ricorrere alla procedura negoziata senza pubblicazione di un bando di gara in caso di infungibilità dei beni o dei servizi da acquisire e suggerisce alcuni accorgimenti affinché le stazioni appaltanti evitino di trovarsi in situazioni di lock-in.**



discende la deroga all'evidenza pubblica prevista dal legislatore nell'art. 63 citato, deroga da considerarsi legittima nei limiti in cui l'infungibilità sia debitamente **accertata** e **motivata** nella determinazione a contrarre della stazione appaltante.

La necessità di accertare in concreto l'infungibilità del bene o del servizio da acquisire e l'onere di dar conto puntualmente di tale accertamento nella determina a contrarre mediante una adeguata motivazione sono due aspetti fondamentali per garantire la legittimità dell'operato delle stazioni appaltanti.

Sotto questo profilo, occorre dire che la dimostrazione dell'infungibilità del servizio o della fornitura si deve basare su valutazioni attuali e concrete. L'Autorità ha infatti sostenuto che <<in giurisprudenza è stato puntualizzato che la "unicità" dello "operatore economico determinato", *id est* del prodotto o del servizio, chiesta dalla norma in parola, **non esprime un concetto astratto**, essendo un rispettivo esempio ben difficilmente rinvenibile in *rerum natura*, bensì ne è ragionevole l'interpretazione secondo cui va considerato "unico" il prodotto che, anche in relazione al fattore temporale, **"in quel momento**, sia pronto all'uso, senza necessità di adeguamenti, modifiche ed ulteriori incrementi ed adattamenti", pena altrimenti una lettura della norma stessa trasmodante in una *interpretatio abrogans* della medesima, non conforme al canone pur restrittivo individuato dalla giurisprudenza nazionale e comunitaria>>.

La stazione appaltante dovrà dar conto di tutti gli elementi che oggettivamente dimostrano l'effettiva infungibilità del bene o del servizio, ivi comprese eventuali indagini di mercato svolte da cui risulti che non esistono altri operatori in grado di fornire quel bene o servizio così come necessario all'Amministrazione.

Nella pratica può ben succedere che le motivazioni

addotte dalle stazioni appaltanti per giustificare l'avvio di una procedura negoziata ex art. 63, comma 2 lett. b) non siano del tutto stringenti, nel senso che l'infungibilità del bene o del servizio da acquisire non sia oggettiva ma sussistano, da un lato, ragioni di opportunità o di urgenza e, dall'altro, di un aggravio di costi e di procedure che spingano la stazione appaltante a voler ri-affidare al fornitore originario. Premesso che tale condotta non sarebbe corretta, se deve scegliersi - per così dire - il male minore appare più ragionevole avviare una procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando tentando di giustificare nel modo più credibile possibile l'infungibilità concreta del bene o servizio piuttosto che, come purtroppo di frequente accade, procedere ad un rinnovo *tout court* del servizio o della fornitura con lo stesso

operatore in applicazione dell'art. 36, comma 2, lett. a) del Codice, ovvero con affidamento diretto sotto i 40 mila euro. In tal caso infatti verrebbe palesemente violato l'obbligo - esplicitamente sancito dal Codice per le procedure di affidamento diretto - di applicare la rotazione, e la procedura risulterebbe viziata per **violazione di legge**.

Come è noto, la violazione di legge è uno dei presupposti in presenza dei quali il giudice penale può rilevare la sussistenza di un eventuale reato di abuso di ufficio. La responsabilità del dirigente o funzionario che agisce in tal modo verrebbe dunque valutata

anche sotto il profilo penalistico.

Diverso è invece il caso di una procedura negoziata senza bando avviata sulla base di una valutazione non del tutto stringente della infungibilità del bene/servizio. In tal caso il provvedimento di avvio della medesima potrebbe essere impugnato per vizio di **eccesso di potere** dinanzi al TAR - laddove venga contestato il mancato rispetto delle Linee guida ANAC - e la procedura essere eventualmente annullata, ma non sussisterebbero profili penalmente rilevanti nella condotta tenuta dagli Uffici.

**Perché il ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando sia legittima e non viziata da eccesso di potere, l'infungibilità del bene o del servizio da acquisire deve essere debitamente accertata dalla stazione appaltante e adeguatamente motivata nella determinazione a contrarre.**

### 3. Gli oneri delle stazioni appaltanti per evitare il *lock-in*. La programmazione dei fabbisogni

L'art. 63, comma 2, del Codice contiene un passaggio importante, su cui è bene soffermarsi: l'assenza di concorrenza che giustificerebbe il ricorso alla procedura negoziata senza bando per infungibilità del bene o servizio **non deve essere il risultato di una limitazione artificiale dei parametri dell'appalto**. Da ciò discende che le stazioni appaltanti hanno il dovere di prevenire ed evitare in generale il fenomeno del *lock-in*. Vediamo come.

L'ANAC nelle Linee guida n. 8 fornisce una serie di suggerimenti in merito.

Il primo passo importante è un'attenta e lungimirante **programmazione dei propri fabbisogni** e, conseguentemente, degli acquisti da effettuarsi, adottando gli accorgimenti necessari per evitare il rischio di *lock-in*.

Con riferimento ai contratti già in essere, le stazioni appaltanti devono aver cura di non determinare colpevolmente una situazione di urgenza, per cui sia necessario rinnovare il contratto con il fornitore originario perché si è giunti a ridosso della scadenza del primo contratto senza aver seriamente affrontato il problema.

È evidente infatti che cambiare fornitore comporta affrontare i costi di tale cambiamento, che possono essere minimizzati mediante un'accurata pianificazione di tale passaggio e con l'avvio tempestivo dell'attività di progettazione e predisposizione della documentazione di gara per la nuova procedura.

La programmazione consente l'effettivo rispetto dei principi di buon andamento, economicità ed efficienza dell'azione amministrativa in quanto la stessa, come ha modo di affermare l'ANAC nelle Linee guida n. 8 - <<da un lato, consente di prevenire situazioni di urgenza, che spesso costituiscono lo strumento utilizzato dall'amministrazione per giustificare il ricorso a procedure negoziate senza pubblicazione del bando, e, dall'altro, permette l'ottimizzazione delle risorse, il controllo delle diverse fasi gestionali nonché la verifica della corretta esecuzione dell'affidamento>>.

Mediante un'adeguata programmazione le stazioni appaltanti definiscono a monte le proprie esigenze, individuano le conseguenti migliori soluzioni idonee a soddisfarle, evidenziando quali, tra le soluzioni percorribili, possano comportare rischi di *lock-in* e cercando di evitarle.

In merito a ciò, l'ANAC suggerisce di procedere secondo i seguenti passaggi:

- a) individuare gli effettivi fabbisogni, sulla base dell'analisi dei processi interni e degli obiettivi da perseguire;
- b) identificare la soluzione che appare preferibile, valutandone la fattibilità, dal punto di vista tecnico, dei costi connessi alla realizzazione, dei benefici attesi, dei rischi e dei vincoli tecnologici, temporali e normativi.

Per quanto concerne, in particolare, l'acquisto di programmi informatici, la scelta della soluzione preferibile da seguire deve avvenire sulla base di una valutazione comparativa tra le diverse opzioni disponibili, in applicazione dell'art. 68 del Codice dell'amministrazione digitale<sup>3</sup>.

3. Art. 68, d.lgs. n. 82/2005, comma 1: <<Le pubbliche amministrazioni acquisiscono programmi informatici o parti di essi nel rispetto dei principi di economicità e di efficienza, tutela degli investimenti, riuso e neutralità tecnologica, a seguito di una valutazione comparativa di tipo tecnico ed economico tra le seguenti soluzioni disponibili sul mercato:

- a) software sviluppato per conto della pubblica amministrazione;
- b) riutilizzo di software o parti di esso sviluppati per conto della pubblica amministrazione;
- c) software libero o a codice sorgente aperto;
- d) software fruibile in modalità cloud computing;
- e) software di tipo proprietario mediante ricorso a licenza d'uso;
- f) software combinazione delle precedenti soluzioni>>.

L'AGID, Agenzia per l'Italia Digitale ha, nelle proprie Linee guida sull'acquisizione e riuso di software<sup>4</sup>, descritto con chiarezza l'iter logico che ciascuna stazione appaltante deve compiere quando pianifica l'acquisizione di *software*.

Dopo aver analizzato le proprie esigenze interne, l'Amministrazione deve, in prima battuta, verificare se sussistono soluzioni a riuso di proprietà di altre Pubbliche amministrazioni che soddisfino i propri bisogni.

In assenza di soluzioni a riuso pubbliche, la stazione appaltante dovrà verificare la sussistenza di soluzioni *open source*, anche se non di proprietà pubblica. Solo in assenza di soluzioni *open source* adeguate, la stazione appaltante procederà ad analizzare le altre possibili soluzioni sul mercato, quali il ricorso a *software* proprietari o la realizzazione di un *software ex novo*.

#### 4. (Segue) Gli oneri delle stazioni appaltanti per evitare il *lock-in*. La progettazione delle procedure di affidamento da espletare

Dopo un'attenta e ponderata programmazione dei fabbisogni e la conseguente individuazione delle soluzioni da percorrere, le stazioni appaltanti devono procedere ad una corretta **progettazione degli appalti per l'acquisizione di beni e dei servizi informatici**.

Anche tale fase, strettamente connessa alla prima, è di fondamentale importanza per prevenire i rischi di *lock-in*. Infatti, il progetto di un appalto di beni o servizi non può limitarsi a considerare

solo l'immediata utilizzabilità del prodotto/servizio, ma deve prendere necessariamente in considerazione anche i costi che l'amministrazione dovrà sopportare in futuro, soprattutto nei casi di contratti durevoli.

**Una corretta e lungimirante programmazione dei fabbisogni e degli acquisti da effettuare consente alle stazioni appaltanti di prevenire situazioni di urgenza, che spesso conducono a procedure negoziate senza pubblicazione del bando prive dei necessari presupposti, e, dall'altro, permette l'ottimizzazione delle risorse evitando o, quantomeno, contenendo i rischi di lock-in.**

Con riferimento ai rischi di infungibilità, i costi futuri da considerare sono ad esempio quelli connessi ai materiali di consumo, ai pezzi di ricambio e alla difficoltà concreta di sostituire il fornitore.

Una progettazione che tenga conto dei costi presenti e futuri di un prodotto o di un servizio è una progettazione che prende in considerazione l'intero **ciclo di vita** del bene e lo pone ad oggetto del confronto competitivo, così come raccomandato dallo stesso legislatore, il quale,

all'art. 3 lett. hhhh) del Codice, definisce il ciclo di vita come comprensivo di tutte le fasi consecutive o interconnesse, compresi la ricerca e lo sviluppo da realizzare, la produzione, gli scambi e le relative condizioni, il trasporto, l'utilizzazione e la manutenzione, della vita del prodotto o del lavoro o della prestazione del servizio, dall'acquisizione della materia prima o dalla generazione delle risorse fino allo smaltimento, smantellamento e fine del servizio.

Progettare un appalto basandosi sull'intero ciclo di vita di un prodotto o di un servizio ha il pregio, da un lato, di prevenire strategie aggressive da parte dei fornitori, che potrebbero abbassare notevolmente il prezzo dei prodotti da offrire, contando su elevati guadagni connessi ai servizi successivi all'aggiudicazione (*aftermarket*); dall'altro, tale analisi preventiva consente alle stazioni appaltanti di prevenire fenomeni di *lock-in* programmando per tempo la sostituzione del

4. Linee guida AGID sull'acquisizione e riuso di software per le pubbliche amministrazioni del 9 maggio 2019, cap. 2.

bene o servizio mediante una nuova procedura concorrenziale<sup>5</sup>.

Laddove però tale situazione "patologica" si sia in concreto verificata, talvolta anche in modo inconsapevole da parte della stessa stazione appaltante, che, nella predisposizione degli atti di una prima gara, può non aver valutato con attenzione i rischi che, a seguito del primo affidamento, venga di fatto individuato il nominativo del vincitore dei successivi, occorre trovare una soluzione per uscire gradatamente dalla situazione di *lock-in* venutasi a creare.

Una delle possibili soluzioni suggerite dall'ANAC nelle Linee guida per uscire da una situazione di *lock-in* esistente consiste nel prevedere gare *multi-sourcing*, nelle quali un singolo affidamento può essere assegnato a due o più fornitori. In tali casi, è possibile prevedere più aggiudicatari per la singola gara (o per il singolo lotto), con l'assegnazione al primo classificato di una quota predefinita del quantitativo massimo previsto e, a scalare, per i concorrenti classificatisi dopo il primo; in alternativa, si può dividere la gara in due o più lotti, imponendo restrizioni sul

numero massimo di lotti aggiudicabili.

Tale soluzione ha il vantaggio di far sì che la stazione appaltante possa contare sull'esistenza di più imprese che abbiano acquisito una conoscenza sulle caratteristiche e sulle necessità dell'amministrazione, ciò che renderà più semplice il ricorso al confronto concorrenziale per gli affidamenti successivi. D'altro canto, tale sistema presenta alcuni rischi: vi è una inevitabile duplicazione dei costi amministrativi oltre a possibili diseconomie di scala. Inoltre, lo stesso non dovrebbe essere utilizzato in settori esposti a rischio di collusione, in quanto le imprese potrebbero fare facilmente "cartello" tra loro, perseguendo soluzioni collaborative di spartizione del mercato.

L'altra soluzione proposta dall'ANAC – in linea con le direttive comunitarie sul tema e le previsioni del CAD di cui si è fatto sopra cenno – è quella di agire sulle specifiche tecniche, bandendo gare su standard e non su sistemi proprietari. Tale scelta presuppone che la valutazione comparativa di cui parla l'art. 68 del CAD si sia conclusa nel senso che, in assenza di adeguate soluzioni a riuso di proprietà

pubblica, sia stata valutato come percorribile il

**Una corretta progettazione di appalto per l'acquisto di un bene/servizio informatico deve prendere in considerazione l'intero ciclo di vita dello stesso e lo deve porre ad oggetto del confronto competitivo: devono quindi essere considerate tutte le fasi consecutive o interconnesse e i relativi costi, quali la ricerca e lo sviluppo da realizzare, la produzione, il trasporto, l'utilizzazione e la manutenzione, dall'acquisizione della materia prima fino allo smaltimento, smantellamento e fine del bene/servizio.**



5. Secondo l'ANAC, per quanto concerne, in particolare, gli appalti nel settore ICT, le stazioni appaltanti devono considerare il ciclo di vita del prodotto o del servizio da acquisire avendo presente che, in tale ambito, l'evoluzione tecnologica è molto rapida e, pertanto, prodotti inizialmente caratterizzati da un certo grado di infungibilità potrebbero a distanza di poco tempo diventare pienamente fungibili. Occorre valutare anche i c.d. switching cost, cioè i costi da sostenere per affrontare la sostituzione del fornitore. L'Autorità sostiene che <<la fase di progettazione del servizio o del bene diviene allora fondamentale per verificare l'eventuale rilevanza dell'aftermarket sull'economia generale del contratto e la conseguente opportunità di stimolare la presentazione di offerte sull'intero ciclo di vita del prodotto o servizio. Laddove, invece, gli aftermarket e gli eventuali switching cost presentano un valore trascurabile nell'economia complessiva del contratto o non esistono vincoli tecnologici, economici o giuridici che impediscano all'amministrazione di rivolgersi ai fornitori universali di ricambi o servizi di manutenzione, potrebbe essere riconosciuta la possibilità di ricorrere ad affidamenti non integrati>>, ovvero progettati senza dover tenere necessariamente conto del costo dei servizi accessori alla fornitura.

ricorso a soluzioni *open source*.

Espletare gare basate su standard permette infatti, specialmente nel lungo periodo, rilevanti risparmi di spesa, favorisce l'interoperabilità tra le banche dati delle diverse amministrazioni, il riutilizzo delle informazioni, una migliore comunicazione tra cittadini e pubblica amministrazione, nonché, in ultima analisi, una maggiore concorrenza. D'altro canto, l'espletamento di gare basate su standard comporta, almeno inizialmente, maggiori costi per dismettere i sistemi esistenti e per garantire la sicurezza dei sistemi *software* dai rischi che potrebbero nascere nel passaggio da un sistema all'altro, nonché maggiori costi per implementare le competenze specifiche del personale coinvolto nell'uso di tali sistemi.

Nella predisposizione dei documenti di gara, occorrerà dunque evitare di fare riferimento a marchi e altri elementi tecnici su cui esiste una privativa, nonché invitare gli offerenti ad indicare i costi necessari per rendere i prodotti serviti aperti ad altri fornitori al termine del periodo di vigenza del contratto. Sarà opportuno inoltre che nei bandi sia richiesta agli aspiranti concorrenti un'espressa dichiarazione, in sede di presentazione dell'offerta, circa gli elementi che possano comportare *lock-in* o che comportino l'utilizzo di licenze.

Le stazioni appaltanti dovranno infine prevedere apposite clausole che garantiscano loro il controllo e la proprietà sui dati e che assicurino che la creazione o l'implementazione delle banche dati risulti essere facilmente replicabile con strumenti non proprietari. Ciò, in linea con quanto prescritto dal Codice dell'Amministrazione digitale, che impone alle pubbliche amministrazioni di utilizzare nei rapporti interni, con le altre amministrazioni e con i privati, le tecnologie dell'informazione e della comunicazione, garantendo l'interoperabilità dei sistemi e l'integrazione dei processi al fine di favorire la circolazione e lo scambio dei dati e l'accesso ai servizi erogati in rete dalle

amministrazioni medesime.

Di particolare interesse per gli sviluppi potenziali che lo strumento può avere nell'immediato futuro anche nella prevenzione del *lock-in* è il Pre-Commercial Procurement (PCP). Gli appalti pre-commerciali (PCP) sono procedure di acquisto di servizi di ricerca e sviluppo, escluse dalla disciplina del Codice, che consentono alle Pubbliche amministrazioni di sviluppare e di sperimentare soluzioni nuove per risolvere problemi complessi che non trovano risposte soddisfacenti nel mercato. La tipica procedura pre-commerciale impegna gli operatori economici in tre fasi: il disegno di una soluzione progettuale che possa soddisfare il fabbisogno della PA, la implementazione di un prototipo della soluzione e infine la sperimentazione in un contesto pilota. Al termine della procedura pre-commerciale, la Pubblica Amministrazione potrà utilizzare i risultati della sperimentazione per chiedere al mercato lo sviluppo di specifici prodotti e servizi, in linea con quei

requisiti che si sono rivelati vincenti nella fase di sperimentazione. Il Pre-Commercial Procurement, anche sulla base delle esperienze realizzate negli ultimi anni, costituisce un'importante azione di sostegno all'innovazione attraverso la domanda pubblica e – per quanto qui ci interessa – il suo impiego è particolarmente indicato quando vi sia la necessità di sviluppare prodotti e servizi innovativi verso soluzioni in grado di eliminare - o almeno di minimizzare - i rischi di *lock-in*.

**Prima dell'avvio di una procedura di appalto, le stazioni appaltanti possono svolgere consultazioni di mercato propedeutiche alla preparazione della gara, nonché per informare gli operatori economici degli appalti programmati e dei requisiti richiesti, così da consentire agli stessi operatori di suggerire soluzioni alternative a quelle che farebbero propendere per l'esistenza di un unico fornitore.**



##### **5. Le consultazioni preliminari di mercato per verificare l'infungibilità o trovare nuove soluzioni**

Nella fase di progettazione dei servizi da acquisire e di scelta della procedura da porre in essere riveste un ruolo importante – secondo le Linee guida n. 8 – lo strumento della consultazione preliminare di mercato, da svolgersi ai sensi

dell'art. 66 del d.lgs. n. 50/2016. In tale fase, la stazione appaltante potrà accertare quali siano le soluzioni effettivamente disponibili sul mercato per soddisfare il suo peculiare interesse pubblico e valutare di conseguenza se procedere ad una procedura negoziata, in quanto si è in presenza di una effettiva situazione di infungibilità, ovvero avviare una procedura ad evidenza pubblica. Per quanto le Linee guida ANAC facciano riferimento solo all'art. 66 del Codice, a ben guardare, la procedura di consultazione ivi suggerita richiama anche lo strumento dell'indagine di mercato vera e propria, prevista in generale per le procedure negoziate dall'art. 63, comma 6<sup>o</sup>.

L'art. 66 citato prevede che, prima dell'avvio di una procedura di appalto, le stazioni appaltanti possano svolgere consultazioni di mercato - da effettuarsi nel rispetto dei principi di pubblicità, trasparenza e *par condicio* e massima partecipazione - propedeutiche alla preparazione della documentazione di gara e allo svolgimento della relativa procedura, nonché per informare gli operatori economici degli appalti programmati e dei requisiti richiesti, così da consentire agli stessi operatori di suggerire e dimostrare la praticabilità di soluzioni alternative a quelle che farebbero

propendere per l'esistenza di un unico fornitore. Secondo l'Autorità, ciò consentirebbe alla stazione appaltante <<di delineare un quadro chiaro e completo del mercato di riferimento e di **ridurre proprio quelle asimmetrie informative che creano ostacoli allo sviluppo della concorrenza**>>.

La consultazione potrebbe infatti svelare che il passaggio ad un altro produttore o ad una tecnologia interoperabile risulti percorribile ed anche economicamente più vantaggioso rispetto al proseguimento del contratto in essere. Un risultato di tal fatta potrebbe indurre la stazione appaltante a bandire una procedura ad evidenza pubblica, dissuadendola dall'iniziale intenzione di ri-affidare al fornitore originario.

---

6. Il Consiglio di Stato, nel parere rilasciato sulle Linee guida n. 8 (n. 2284 del 03.11.2016) ha evidenziato tale lacuna e suggerito un'integrazione del testo con l'inserimento del riferimento ad entrambi gli istituti.

# L'esclusione dalle procedure di gara: la tassatività delle cause di esclusioni ed il soccorso istruttorio. La relativa evoluzione, anche giurisprudenziale, in termini di finalità ed equilibrio tra i principi della massima partecipazione e della par condicio.

di Beatrice Corradi

IL  
PUN  
TO

## 1. La tassatività delle cause di esclusione ed il soccorso istruttorio: presupposti

Il dovere di soccorso istruttorio è sancito, nell'ambito della disciplina generale del procedimento amministrativo, dall'art. 6, comma 1, lett. b) della legge n. 241 del 1990 in base al quale il responsabile del procedimento è tenuto a chiedere "il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erranee o incomplete", sollecitando il privato a porre rimedio ad eventuali dimenticanze o errori.

Ciò tiene conto, tra l'altro, del principio, enunciato dall'art. 7 della legge 7 agosto 1990 n. 241, di collaborazione, efficacia ed economicità dell'azione dell'Amministrazione pubblica. L'Amministrazione, infatti, nell'ipotesi di documentazione incompleta od erronea, ha l'obbligo di precisare quali documenti siano eventualmente carenti e di invitare l'interessato ad integrare quelli mancanti, non potendo limitarsi a respingere la richiesta.

In virtù del principio di tassatività delle cause di esclusione, la sanzione espulsiva da una gara può essere disposta solo nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta che, a

sua volta, può conseguire al difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali (Consiglio di Stato, sez. V, 27.11.2017 n. 5552).

Le cause d'esclusione dalle gare pubbliche sono tipiche e di stretta interpretazione, non suscettibili di estensione analogica: "Nelle gare pubbliche d'appalto, le clausole di esclusione poste dalla legge (o dal bando) ... sono di stretta interpretazione, dovendosi dare esclusiva prevalenza alle espressioni letterali in esse contenute e restando preclusa ogni forma di estensione analogica diretta ad evidenziare significati impliciti, che rischierebbe di vulnerare l'affidamento dei partecipanti, la par condicio dei concorrenti e l'esigenza della più ampia partecipazione. Ne consegue che le norme di legge e di bando che disciplinano i requisiti soggettivi di partecipazione alle gare pubbliche devono essere interpretate nel rispetto del principio di tipicità e tassatività delle ipotesi di esclusione, che di per sé costituiscono fattispecie di restrizione della libertà di iniziativa economica tutelata dall'art. 41 della Costituzione, oltre che dal Trattato dell'Unione Europea" (cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, 11 febbraio 2013, n. 768; nello stesso senso: Sez. V, 21 giugno 2016, n. 2722, Sez. V, 13 maggio 2014, n. 2448 e Sez. V, 21 febbraio 2013, n. 1061).

Il principio di tassatività delle cause di esclusione dalla gara è sancito nel comma 8 dell'articolo 83 del d.lgs. n. 50 del 2016, che – in continuità con il previgente comma 1-bis dell'articolo 46 del d.lgs. n. 163 del 2006 – commina la nullità delle previsioni della legge di gara recanti cause di esclusione ulteriori e diverse rispetto a quelle normativamente fissate, codificando così l'orientamento sostanzialista invalso nella più recente giurisprudenza amministrativa.

Lo scopo della disposizione, confermata dalle attuali norme, è, quindi, principalmente, quello di evitare la possibile esclusione da una gara non a causa della mancanza dei requisiti (soggettivi o oggettivi) di partecipazione, ma a causa del mancato rispetto di adempimenti solo documentali o formali o privi, comunque, di una base normativa espressa.

Le cause di esclusione dalla gara, infatti, in quanto limitative della libertà di concorrenza, devono, essere ritenute di stretta interpretazione, senza possibilità di estensione analogica (cfr., C.d.S., Sez. V<sup>^</sup>, sentenza n. 2064/2013), con la conseguenza che, in caso di equivocità delle disposizioni che regolano lo svolgimento della gara, deve essere preferita quell'interpretazione che, in aderenza ai criteri di proporzionalità e ragionevolezza, eviti eccessivi formalismi e illegittime restrizioni alla partecipazione (cfr., T.A.R. Lombardia – Milano, Sez. IV<sup>^</sup>, sentenza n. 208/2017). Il comma 8 dell'articolo 83 del d.lgs. n. 50/2016 si pone in continuità con il previgente comma 1 bis dell'articolo 46 del d.lgs. n. 163/2016, stabilendo il principio di tassatività delle cause di esclusione della gara: sono sanabili le "carenze di qualsiasi elemento formale della domanda".

Vi sono però dei limiti: non sono sanabili le mancanze, le incompletezze e le irregolarità che afferiscono all'offerta economica e a quella tecnica; non sono sanabili quelle carenze della documentazione che

non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa.

L'applicazione del soccorso istruttorio - e la conseguente giurisprudenza - hanno sempre imposto di distinguere i concetti di regolarizzazione documentale e di integrazione documentale: la prima, consistendo nel «completare dichiarazioni o documenti già presentati» dall'operatore economico, è ammessa al fine assicurare, evitando inutili formalismi, il principio della massima partecipazione; la seconda, consistendo nell'introdurre nel procedimento nuovi documenti, è vietata per garantire il principio della parità di trattamento, distinzione superabile in presenza di «clausole ambigue» che autorizzano il soccorso istruttorio anche mediante integrazione documentale.

L'invito a regolarizzare la documentazione prodotta costituisce, quindi, un istituto di carattere generale, che, nel particolare settore delle gare pubbliche, soddisfa l'ulteriore esigenza di consentire la massima partecipazione alla gara, orientando l'azione amministrativa alla concreta verifica dei requisiti di partecipazione e della capacità tecnica ed economica, attenuando la rigidità delle forme.

La disposizione relativa al soccorso istruttorio, oggi contenuta nell'art. 83 citato esprime la "chiara volontà del legislatore di evitare (nella fase del controllo delle dichiarazioni e, quindi, dell'ammissione alla gara delle offerte presentate) esclusioni dalla procedura per mere carenze documentali (ivi compresa anche la mancanza assoluta delle

dichiarazioni), di imporre un'istruttoria veloce, ma preordinata ad acquisire la completezza delle dichiarazioni (prima della valutazione dell'ammissibilità della domanda), e di autorizzare la sanzione espulsiva quale conseguenza della sola inosservanza, da parte dell'impresa concorrente, all'obbligo di integrazione documentale (entro il termine perentorio accordato, a tal fine, dalla

**Il dovere di soccorso istruttorio è sancito, nell'ambito della disciplina generale del procedimento amministrativo, dall'art. 6, comma 1, lett. b) della legge n. 241 del 1990 in base al quale il responsabile del procedimento è tenuto a chiedere "il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erronee o incomplete", sollecitando il privato a porre rimedio ad eventuali dimenticanze o errori.**



stazione appaltante)“(cfr. Cons. St., AP, sent. 30 luglio 2014, n. 16). Tale termine deve essere considerato perentorio, in quanto ogni dilazione ulteriore rispetto a quella consentita dalla legge contrasterebbe con la necessità di un celere svolgimento della procedura di affidamento.

In tema di soccorso istruttorio la giurisprudenza ha ritenuto, proprio alla luce delle disposizioni dell’art. 83 d.lgs. n. 50 del 2016, che tra il principio di massima partecipazione ed il principio della par condicio è ormai il primo a essere considerato prevalente (T.A.R. Roma, (Lazio), sez. III, 6 novembre 2017, n. 11031). Nell’espletamento delle procedure di gara, la stazione appaltante deve sempre ispirarsi al criterio della massima partecipazione, evitando interpretazioni eccessivamente restrittive e formalistiche, quindi ostative alla partecipazione ed in contrasto con la regola legislativa della tassatività delle cause di esclusione (T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 23 dicembre 2017, n. 2476).

Le stazioni appaltanti devono permettere che gli appalti pubblici “siano adeguati alle necessità delle PMI”, per rafforzarne la concorrenza ed il non creare ulteriori forme di non ammissione alle procedure è rivolto, tra l’altro, a tale obiettivo. Infatti “la concorrenzialità nell’aggiudicazione, che ha il suo elemento cardine nel principio di massima partecipazione alla gara delle imprese in possesso dei requisiti richiesti, in origine funzionale al solo interesse finanziario dell’amministrazione, nel senso che la procedura competitiva tra imprese era (ed è) ritenuta la modalità più efficace per garantire la migliore spendita del denaro pubblico, è diventata un’espressione dell’ondata neoliberista degli ultimi decenni dello scorso secolo, che ha portato le autorità comunitarie a prendere in considerazione – ai fini della tutela della concorrenza, che dovrebbe garantire l’efficiente allocazione delle risorse sul mercato – l’impatto concorrenziale prodotto dalle amministrazioni pubbliche in qualità di committenti o di concedenti, per cui ogni singola gara diviene

**La concorrenzialità nell’aggiudicazione, che ha il suo elemento cardine nel principio di massima partecipazione alla gara delle imprese in possesso dei requisiti richiesti, in origine funzionale al solo interesse finanziario dell’amministrazione, nel senso che la procedura competitiva tra imprese era (ed è) ritenuta la modalità più efficace per garantire la migliore spendita del denaro pubblico.**



uno specifico e temporaneo micromercato nel quale le imprese di settore possono confrontarsi”( TAR Roma, 26.01.2017 n. 1345).

La compresenza della duplice esigenza volta alla tutela della concorrenza tra le imprese ed al buon uso del denaro della collettività è stata chiaramente delineata dalla giurisprudenza europea la quale, nel dichiarare che uno degli obiettivi della normativa comunitaria in materia di appalti pubblici è costituito dall’apertura alla concorrenza nella misura più ampia possibile e che è nell’interesse del diritto

comunitario che venga garantita la più ampia partecipazione possibile di offerenti ad una gara d’appalto.

## **2. Il soccorso istruttorio e l’evoluzione dell’istituto nella giurisprudenza**

Nonostante gli interessi sostanziali che il principio del soccorso istruttorio consente di soddisfare, è frequente nella giurisprudenza amministrativa la tendenza a fornire una interpretazione piuttosto restrittiva delle disposizioni riguardanti il suddetto istituto. Tale tendenza nasce dal timore che un’applicazione ampia del dovere di soccorso potrebbe alterare la par condicio ed incidere sul divieto di disapplicazione della lex specialis contenuta nel bando.

Da qui la tradizionale affermazione giurisprudenziale secondo cui nelle procedure di gara è preclusa qualsiasi forma di integrazione documentale, pena la violazione non solo del canone di imparzialità e di buon andamento dell’azione della P.A., ma anche del principio della par condicio di tutti i concorrenti. Da qui anche l’ulteriore distinzione tra i concetti di “regolarizzazione documentale” ed “integrazione documentale”.

L’integrazione non sarebbe consentita, risolvendosi in un effettivo vulnus del principio di parità di trattamento; sarebbe consentita,

invece, la mera regolarizzazione, che attiene a circostanze o elementi estrinseci al contenuto della documentazione.

Il confine, tuttavia, rimane di difficile individuazione, perché spesso i termini integrazione e regolarizzazione vengono indifferentemente utilizzati e soprattutto perché la questione della distinzione tra 'regolarizzazioni non lesive' della par condicio ed 'integrazioni lesive' viene fatto dipendere dalle qualificazioni stabilite ex ante nel bando, nel senso che il principio del soccorso istruttorio si ritiene inoperante ogni volta che si tratti di omissioni documentali richieste a pena di esclusione dal bando gara (Consiglio di Stato 04939/2012).

Il c.d. soccorso istruttorio, è un istituto procedimentale non adottabile tutte le volte in cui si configurino in capo al partecipante obblighi di correttezza e oneri minimi di cooperazione, quali il dovere di fornire informazioni non reticenti e complete, di compilare moduli, di presentare documenti. Tale interpretazione rigorosa viene giustificata in nome del principio di autoresponsabilità in capo ai concorrenti, per il quale ciascuno di essi deve assumere le conseguenze di eventuali errori commessi nella formulazione dell'offerta e nella presentazione della documentazione. Il soccorso istruttorio consente di completare o chiarire dichiarazioni o documenti già presentati, ma non di introdurre documenti nuovi, né tantomeno che la norma possa essere utilizzata per supplire alla violazione di adempimenti procedurali o all'omessa allegazione dei documenti richiesti a pena di esclusione

In base a questo orientamento, quindi, in presenza di una previsione chiara e dell'inosservanza di questa da parte di una impresa concorrente, l'invito alla regolarizzazione costituirebbe una palese violazione del principio della par condicio (cfr., fra le altre, Cons. Stato, sez. V, 18 febbraio 2013, n.

974; sez. V, 5 dicembre 2012, n. 6248; sez. V, 25 giugno 2007, n. 3645; sez. VI, 23 marzo 2007, n. 1423; sez. V, 20 maggio 2002, n. 2717). Tuttavia l'orientamento attuale della giurisprudenza è volto a favorire la massima partecipazione con l'applicabilità del soccorso istruttorio anche in caso di assenza della documentazione.

### **3. La carenza e l'assenza di documentazione: il soccorso istruttorio secondo la recente giurisprudenza. Alcuni esempi**

La cauzione provvisoria. Per condivisa giurisprudenza amministrativa, "la mancata presentazione della cauzione provvisoria ovvero la presentazione di una cauzione provvisoria invalida non costituisce causa di esclusione dalla procedura di aggiudicazione ma irregolarità sanabile attraverso

l'istituto del soccorso istruttorio" (cfr. Cons. Stato, sez. III, 23 novembre 2017, n. 5467; sez. III, 27 ottobre 2016, n. 4528). Il Consiglio di Stato, sez. V, 23.03.2018, n. 1846, ha ribadito la sanabilità, a mezzo del soccorso istruttorio, della cauzione provvisoria mancante, incompleta o invalida, distinguendo solo la ben diversa ipotesi di cauzione provvisoria falsa, così il Tar Toscana, II, 13.3.2019, n. 357.

La presentazione di garanzia dimidiata, in quanto frutto di semplice errore nell'interpretazione della normativa di riferimento, non importa esclusione dell'offerente dalla gara,

imponendo invece all'Amministrazione unicamente l'attivazione della procedura di soccorso istruttorio.

Specificazione delle parti del servizio che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti. Nelle gare pubbliche l'obbligo di specificazione, stabilito all'art. 48, comma 4, del d.lgs. n. 50/2016, delle parti del servizio che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti è espressione di un principio generale che va assolto

**In presenza di una previsione chiara e dell'inosservanza di questa da parte di una impresa concorrente, l'invito alla regolarizzazione costituirebbe una palese violazione del principio della par condicio. Tuttavia l'orientamento attuale della giurisprudenza è volto a favorire la massima partecipazione con l'applicabilità del soccorso istruttorio anche in caso di assenza della documentazione.**



a pena di esclusione in sede di formulazione dell'offerta, soddisfacendo l'esigenza che risulti nell'offerta quale sia il ruolo operativo assegnato a ciascuna delle imprese raggruppate e consorziate, allo scopo di evitare che le imprese si avvalgano del raggruppamento non per unire le rispettive disponibilità tecniche e finanziarie ma per aggirare le norme di ammissione nel bando e consentire la partecipazione di imprese non qualificate (Consiglio di Stato, Sez. V, n. 5609/2018).

Nella fase di pre qualifica, attesa l'inesistenza di una necessaria corrispondenza tra quote di partecipazione al RTI e quote di esecuzione della prestazione, in assenza di una dichiarazione ad hoc, di quale sia la parte che la mandataria si impegna ad eseguire, dovrebbe indurre la Stazione Appaltante ad esercitare il potere di soccorso istruttorio di cui all'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016 e non ad escludere il raggruppamento dalla gara, anche in ossequio al generale principio di tassatività delle cause di esclusione, di cui al precedente comma 8, non essendo l'espulsione in fase di pre-qualifica contemplata da alcuna disposizione del vigente codice dei contratti pubblici (in senso conforme, Consiglio di Stato, sez. V, n. 5747/2019 come richiamata in TAR Roma, 11.10.2019 n. 6576 ord.).

Costi della manodopera ed oneri di sicurezza aziendali. Omessa indicazione. L'art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50/2016, Codice dei contratti pubblici, nella formulazione introdotta dall'art. 60, comma 1, lett. e) del correttivo di cui al d.lgs. n. 56/2017, stabilisce che "Nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro ad esclusione delle forniture senza posa in opera, dei servizi di natura intellettuale e degli affidamenti ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lettera a)".

La previsione normativa è stata oggetto di contrastanti interpretazioni della giurisprudenza amministrativa, che, in estrema sintesi, hanno oscillato tra un indirizzo più rigoroso, comportante l'insanabilità dell'omissione dichiarativa, e un diverso orientamento che ha ritenuto l'ammissibilità del soccorso istruttorio di cui all'art. 83 del d.lgs. n. 50/2016.

Con ordinanze nn. 1, 2 e 3 del 24 gennaio 2019 l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, nell'affrontare le questioni interpretative inerenti

l'art. 95, comma 10 del d.lgs. n. 50/2016, deferite ai sensi dell'art. 99 Cod. proc. amm. con le ordinanze n. 6122/2018 e n. 772/2018 del C.G.A.R.S., e nel pronunciarsi a favore dell'indirizzo più rigoroso, ha ritenuto di verificarne la compatibilità con le disposizioni e i principi del diritto dell'Unione europea. Ha pertanto sottoposto questione pregiudiziale alla Corte di giustizia UE, ex art. 267 TFUE, così formulata: "se il diritto dell'Unione europea (e segnatamente i principi di legittimo affidamento, di certezza del diritto, di libera circolazione, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi) ostino a una disciplina nazionale (quale quella di cui agli articoli 83, comma 9, 95, comma 10 e 97, comma 5 del 'Codice dei contratti pubblici' italiano) in base alla quale la mancata indicazione da parte di un concorrente a una pubblica gara di appalto dei costi della manodopera e degli oneri per la sicurezza dei lavoratori comporta comunque l'esclusione dalla gara senza che il concorrente stesso possa essere ammesso in un secondo momento al beneficio del c.d. 'soccorso istruttorio', pur nelle ipotesi in cui la sussistenza di tale obbligo dichiarativo derivi da disposizioni sufficientemente chiare e conoscibili e indipendentemente dal fatto che il bando di gara non richiami in modo espresso il richiamato obbligo legale di puntuale indicazione".

La Corte di giustizia (C. giust. UE, IX, 2 maggio 2019 C-309/18) si è pronunciata sulla questione precedentemente posta dalla ordinanza del Tar Lazio n. n. 4562/2018, affermando che "I principi della certezza del diritto, della parità di trattamento e di trasparenza, quali contemplati nella direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a una normativa nazionale, come quella oggetto del procedimento principale, secondo la quale la mancata indicazione separata dei costi della manodopera, in un'offerta economica presentata nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, comporta l'esclusione della medesima offerta senza possibilità di soccorso istruttorio, anche nell'ipotesi in cui l'obbligo di indicare i suddetti costi separatamente non fosse specificato nella documentazione della gara d'appalto, sempreché tale condizione e tale possibilità di esclusione siano chiaramente previste dalla normativa nazionale relativa alle procedure di appalti pubblici espressamente

richiamata in detta documentazione. Tuttavia, se le disposizioni della gara d'appalto non consentono agli offerenti di indicare i costi in questione nelle loro offerte economiche, i principi di trasparenza e di proporzionalità devono essere interpretati nel senso che essi non ostano alla possibilità di consentire agli offerenti di sanare la loro situazione e di ottemperare agli obblighi previsti dalla normativa nazionale in materia entro un termine stabilito dall'amministrazione aggiudicatrice". (...). L'ordinanza n. 3/2019 dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, laddove rileva al capo 1.5.2. che, se l'opposto indirizzo privilegia il principio di par condicio competitorum, il secondo orientamento qui in rilievo, racchiuso da ultimo nella sentenza del Consiglio di Stato n. 2554/2018, "sembrerebbe inteso a salvaguardare i diversi principi di massima partecipazione alle gare e di tassatività e tipicità delle cause di esclusione di cui all'art. 83, comma 8 del nuovo. In base a tale disposizione le cause di esclusione dalla gara, in quanto limitative della libertà di concorrenza, devono essere ritenute di stretta interpretazione, senza possibilità di estensione analogica (cfr. Cons. Stato, V, sentenza n. 2064 del 2013), per cui, in caso di equivocità delle disposizioni, deve essere preferita l'interpretazione che, in aderenza ai criteri di proporzionalità e ragionevolezza, eviti eccessivi formalismi e illegittime restrizioni alla partecipazione".

Gara informatica rischio inerente le modalità di trasmissione. In caso di gara in forma telematica il rischio inerente alle modalità di trasmissione (della domanda di partecipazione alla gara) non può far carico che alla parte che unilateralmente sceglie il relativo sistema e ne impone l'utilizzo ai partecipanti; e se rimane impossibile stabilire se vi sia stato un errore da parte del trasmittente, o piuttosto la trasmissione sia stata danneggiata per un vizio del sistema, il pregiudizio ricade sull'ente che bandisce, organizza e gestisce la gara, cfr. TAR Lecce, 10 giugno 2019, n. 977, che conclude per l'applicazione del soccorso istruttorio.

"Le procedure informatiche applicate ai procedimenti amministrativi debbono 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 fra privato e Pubblica Amministrazione e fra Pubbliche Amministrazioni, nei reciproci rapporti. Dalla

natura meramente strumentale dell'informatica applicata all'attività della Pubblica Amministrazione discende, altresì, il corollario dell'onere per la P.A. di doversi accollare il rischio dei malfunzionamenti e degli esiti anomali dei sistemi informatici di cui la stessa si avvale, essendo evidente che l'agevolazione che deriva alla P.A. stessa, sul fronte organizzativo interno, dalla gestione digitale dei flussi documentali, deve essere controbilanciata dalla capacità di rimediare alle occasionali possibili disfunzioni che possano verificarsi, in particolare attraverso lo strumento procedimentale del "soccorso istruttorio" (TAR Puglia, Lecce, n. 977/2019 cit.).

Offerta tecnica. Rettifica da parte della Commissione. Limiti. La giurisprudenza ha individuato i limiti entro i quali è ammissibile la rettifica dell'errore materiale nell'offerta del concorrente, rettifica che, altrimenti, violerebbe il principio della immodificabilità dell'offerta, posto a tutela della par condicio tra i partecipanti alla gara. Si deve trattare di una fortuita divergenza fra il giudizio e la sua espressione letterale, cagionata da una mera svista o disattenzione nella redazione dell'offerta, e che deve emergere *ictu oculi*, cosicché la sua eliminazione non esige alcuna attività correttiva del giudizio, che deve restare invariato, dovendosi semplicemente modificare il testo in una sua parte, per consentire di riallineare in toto l'esposizione del giudizio alla sua manifestazione (C.d.S., Sez. V, 13 ottobre 2016, n. 4237). La stazione appaltante, perciò, può attivarsi per ricercare l'effettiva volontà del concorrente soltanto in presenza di un semplice errore materiale nella formulazione dell'offerta, a condizione che tale errore sia rilevabile *ictu oculi*, dal contesto stesso dell'atto e senza bisogno di complesse indagini ricostruttive, senza attingere a fonti di conoscenza estranee all'offerta medesima, né a dichiarazioni integrative o rettificative dell'offerente (v. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 21 febbraio 2018, n. 2016). L'errore materiale direttamente emendabile presuppone, quindi, la presenza di una volontà agevolmente individuabile e chiaramente riconoscibile da chiunque (cfr. C.d.S., Sez. V, 11 gennaio 2018, n. 113; id., Sez. VI, 2 marzo 2017, n. 978). La ricostruzione della volontà effettiva del concorrente è consentita solo ove essa emerga chiaramente ed altrettanto chiaramente sia ravvisabile l'errore, poiché, di contro, la correzione dell'errore sarebbe uno strumento per modificare o integrare l'offerta

(T.A.R. Lazio, Latina, Sez. I, 30 giugno 2016, n. 456).

Deve ritenersi preclusa, infatti, ogni integrazione o correzione che conduca ad una modifica sostanziale dell'offerta (Cons. Stato, Sez. V, 4 dicembre 2017, n. 5692), in violazione del principio generale dell'immodificabilità dell'offerta, che è regola posta a tutela dell'imparzialità e trasparenza dell'agire della stazione appaltante, nonché a tutela ineludibile del principio della concorrenza e della parità di trattamento tra gli operatori economici che prendono parte alla procedura concorsuale (Cons. Stato, Sez. V, sentenza n. 113/2018).

Sottoscrizione parziale dell'offerta economica. Soccorso istruttorio. Nelle gare pubbliche per l'assegnazione di appalti pubblici la funzione della sottoscrizione dell'offerta è garantire la provenienza della stessa da tutti i soggetti che si vincolano nei confronti della Stazione appaltante all'esecuzione della relativa prestazione" (T.A.R. Puglia, sez. dist. Lecce, sez. III, 05/09/2017, n. 1436). A tal fine

deve ritenersi necessaria e sufficiente la firma "in calce alla corrispondente dichiarazione, con la quale solo si esprime, del resto, la consapevole assunzione della paternità di un testo e della responsabilità in ordine al suo contenuto" (C. Stato, sez. III, 24/05/2017, n. 2452). Infatti nel qualificare come irregolarità essenziale non sanabili "le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa", a contrario comporta che, in caso di carenze documentali idonee comunque a individuare il contenuto del soggetto responsabile, non possa parlarsi di irregolarità non sanabile e, quindi, idonea a determinare l'esclusione del concorrente. Infatti, ai fini dell'annullamento di una procedura concorsuale per l'aggiudicazione di un pubblico appalto sono irrilevanti le irregolarità formali quando quest'ultime in nulla alterino la par condicio tra concorrenti e non sussista alcuna fraudolenta volontà di sottrarsi agli obblighi imposti dalle condizioni di gara (C. Stato, sez. IV, 30/11/1982, n. 792).

# Il RUP nello schema di regolamento attuativo tra conferme e novità

di Stefano Usai

IL  
PUN  
TO

## Premesse

Il nuovo regolamento attuativo (giunto alla sua seconda versione in attesa di un definitivo licenziamento per i vari pareri del Consiglio di Stato, Corte dei Conti e Conferenza Unificata) si occupa – con le norme 3/6 – della figura del responsabile unico del procedimento. In particolare, nel (provvisorio) Titolo II dedicato agli “organi del procedimento” contrattuale.

L’impianto normativo di fondo e le indicazioni contenute nelle linee guida ANAC n. 3 vengono sostanzialmente confermate con importanti sottolineature ed un minor rigore in tema di titoli necessari per svolgere la funzione.

## 1. Le norme

Nel primo comma dell’articolo 3 si mantiene fermo il riferimento principale all’articolo 31 del codice dei contratti che delinea la figura in generale per poi specificare che il responsabile unico del procedimento – quale figura centrale della procedura con responsabilità anche “esterne” (a differenza del più classico responsabile del procedimento di cui alla legge 241/90) – **deve prioritariamente essere scelto “tra i dipendenti di ruolo addetti all’unità organizzativa, anche non aventi qualifica dirigenziale in possesso di adeguate competenze o, in caso di carenza in organico della suddetta unità organizzativa, tra i dipendenti in servizio con analoghe caratteristiche”.**

Per effetto di quanto, la possibilità di supporto (e quindi di esternalizzazione del servizio per cui operano le classiche procedure compreso l'articolo 36 nel caso, ovvio, di affidamento, nel sotto soglia comunitario) rappresenta certo una opportunità ma a condizioni ben chiare **di assoluta carenza della professionalità specifica nell'ambito dei dipendenti della stazione appaltante.**

Si ribadisce, nell'ultimo periodo del comma citato, che – in ogni caso – il RUP non opera in perfetta/ totale solitudine ma "svolge i propri compiti con il supporto dei dipendenti della stazione appaltante". Quest'ultima precisazione risulta importante ma di complessa applicazione all'interno di una organizzazione di lavoro.

La possibilità, nella gestione delle fasi d'appalto riconducibili ad un dato settore/area, di avvalersi di altri dipendenti è più teorica che pratica salvo immaginare organizzazioni di lavoro ben strutturate. Ulteriore questione è quella di chiarire se l'utilizzabilità anche teorica può poi diventare una opportunità reale per il RUP.

Se il RUP non è dirigente, come noto, non può nominare neppure responsabili di procedimento e per questo deve avvalersi del proprio dirigente/ responsabile del servizio.

Avere la disponibilità poi, di dipendenti appartenenti ad altri settori/aree, nella pratica operativa risulta estremamente complicato per le varie incombenze/ procedimenti di ciascun lavoratore.

È importante sottolineare che la legge regionale della Sardegna n. 8/2018 – oltre alla tradizionale possibilità di costituire l'ufficio di supporto di cui si dirà più avanti - ed in particolare il comma 1 articolo 36 della legge regionale prevede che "il responsabile di progetto" ovvero il RUP **"svolge i propri compiti con il supporto di un team, costituito prioritariamente dai dipendenti dell'amministrazione aggiudicatrice"**.

La previsione, utile, si pone in simmetrica con la possibilità di costituire l'ufficio di supporto con una evidente distinzione. Il team evoca, a differenza di una struttura/ufficio formalizzati, piuttosto un gruppo di lavoro costituito in base alla esigenza specifica e quindi direttamente in relazione ad un particolare appalto. Gruppo di lavoro,

evidentemente, costituito secondo richiesta e necessità di professionalità dichiarate dal RUP.

Nel caso dell'ufficio di supporto, invece, appare opportuno – anche alla luce di quanto indicato nelle linee guida ANAC un momento di approfondimento. L'ufficio di supporto, infatti, come evoca il riferimento è una struttura formalizzata a "disposizione" delle attività del RUP e quindi sotto il suo coordinamento.

## 2. Il RUP nei moduli associativi ed il supporto

L'articolo 6 dello schema di regolamento (rubricato: il responsabile del procedimento negli acquisti aggregati, negli acquisti centralizzati e in caso di accordi tra amministrazioni) si sofferma, confermando sostanzialmente quanto si legge nelle linee guida ANAC n. 3 (dedicate al RUP che rimarranno in vigore fino alla pubblicazione del regolamento attuativo) ribadendo che "nel caso di acquisti centralizzati, con riferimento all'articolo 31, comma 14 del codice, i compiti e le funzioni del RUP, designato dalla centrale di committenza, riguardano le attività di competenza della centrale in quanto dirette alla realizzazione e messa a disposizione degli strumenti di acquisto e di negoziazione per le stazioni appaltanti. I compiti e le funzioni del RUP, designato dalla stazione appaltante, nel caso di ricorso a strumenti di acquisto e di negoziazione delle centrali di committenza, riguardano le attività di propria competenza in quanto dirette all'effettuazione dello specifico acquisto e all'esecuzione contrattuale".

Il comma, pertanto, rimarca che nel caso in cui nel procedimento amministrativo contrattuale entrino diversi soggetti giuridici ciascuno,

per la fasi di competenza, nomina un proprio RUP. Aspetto non irrilevante – che si sottolinea – è che nell'ambito della stessa stazione appaltante (anche se venisse costituito un ufficio di supporto ad hoc) il RUP deve essere unico. **Non è legittimo, pertanto, frazionare la responsabilità che è e rimane unica.**

**L'impianto normativo di fondo sul RUP (e le indicazioni contenute nelle linee guida ANAC n. 3) vengono sostanzialmente confermate con importanti sottolineature e un minor rigore in tema di titoli necessari per svolgere la funzione.**



Proprio sulla questione supporto si esprime il comma 8 che ipotizza, per colmare le lacune rappresentate dall'assenza di professionalità specifiche, la possibilità di stipulare specifici accordi/convenzioni tra più amministrazioni aggiudicatrici "ai sensi della legge 7 agosto 1990, n. 241, (...)" compreso il caso in cui nella stazione appaltante non sia presente "alcun soggetto in possesso della specifica professionalità necessaria per lo svolgimento dei compiti propri del RUP, l'accordo o la convenzione prevedono che il RUP, in possesso di specifiche competenze, sia individuato tra i soggetti appartenenti ad una delle amministrazioni firmatarie dell'accordo".

### 3. Le funzioni del RUP sono pubbliche funzioni

L'articolo 3, comma 2 contiene una nuova affermazione sul RUP, magari ovvia per cui, però, il legislatore ha ritenuto necessaria l'esplicitazione. Secondo la disposizione citata **"Il RUP, nell'esercizio delle sue funzioni, è qualificabile come pubblico ufficiale"**.

Sono riconducibili quindi alla funzione del responsabile unico tutte quelle "sfumature" correlate alla funzione svolta non ultima le varie implicazioni possibili di tipo penale per eventuali violazioni.

Inoltre, la sottolineatura vale anche per ribadire la concezione della centralità del RUP o meglio la considerazione del legislatore del codice (e a ben vedere della stessa ANAC ed ora del futuro regolamento) che, senza alcun dubbio, che il riferimento essenziale e unico (anche in relazione alle responsabilità dalla fase di programmazione a quella dell'esecuzione del contratto fatte salve le incombenze relative al direttore dei lavori ed, eventualmente, del direttore dell'esecuzione nei contratti di forniture e servizi) del procedimento contrattuale è un unico soggetto qualificato con funzioni di coordinamento, controllo e verifica

sull'attività svolta tenuto ad adottare anche i provvedimenti conseguenti.

Adozione dei provvedimenti, in particolare come detto in altre circostanze, afferenti la fase pubblicistica, di esclusione dalla gara.

I provvedimenti di esclusione, come noto, in quanto a valenza esterna pongono il problema – per gli enti locali – della competenza.

È noto che ai sensi della legge 241/90 l'adozione del provvedimento è competenza esclusiva del soggetto titolare del potere di impegnare l'ente all'esterno. Figura che coincide con il dirigente/responsabile del servizio.

Secondo la giurisprudenza (e l'ANAC) questo distinguo non dovrebbe riguardare il RUP che appare quasi *ex lege* abilitato ad adottare gli atti a valenza esterna anche se non coincide con il dirigente/responsabile del servizio.

È opportuno, però, a sommo avviso, indicare negli atti di gara "chi sia

competente a fare che cosa".

**L'articolo 3, comma 2 contiene una nuova affermazione sul RUP, magari ovvia per cui, però, il legislatore ha ritenuto necessaria l'esplicitazione. Secondo la disposizione citata "Il RUP, nell'esercizio delle sue funzioni, è qualificabile come pubblico ufficiale". Sono riconducibili quindi alla funzione del responsabile unico tutte quelle "sfumature" correlate alla funzione svolta non ultima le varie implicazioni possibili di tipo penale per eventuali violazioni.**



### 4. Incompatibilità e compiti

Il comma 3 ribadisce le classiche norme sulla incompatibilità del pubblico dipendente che, ovviamente, riguardano anche il RUP.

Per il responsabile unico si innesta anche la questione della possibilità di partecipare alla commissione di gara.

Come evidenziato anche in altre circostanze, nonostante la possibilità ora prevista al comma IV dell'articolo 77 è opportuno (per evitare potenziali, e immediati, contenziosi che bloccano lo sviluppo fisiologico della gara), qualora il RUP abbia effettivamente redatto (per intendersi: scritto) le regole della gara, che non faccia parte della commissione. **Al massimo il responsabile unico può svolgere le funzioni di segretario verbalizzante come anche confermato dalla giurisprudenza unanime.**

Una importante norma generale, sui compiti del responsabile unico in relazione alle attività della gara, è contenuta nel comma 4 dell'articolo 6.

È bene premettere che, anche in questo caso, condivisibilmente lo schema di regolamento non si discosta dalle indicazioni dell'ANAC e della stessa giurisprudenza che conferma una competenza residuale del RUP (ovvero da esercitare qualora espressamente – nel bando di gara – non venisse attribuita ad altri soggetti/organi della stazione appaltante compresa la commissione di gara).

Il primo periodo del comma appena citato puntualizza che "Per tutte le procedure di affidamento previste dal codice, il RUP svolge la verifica della documentazione amministrativa".

Come si è anticipato, pur compito ovvio, si deve ritenere positivo che il regolamento abbia esplicitato questo passaggio per evitare ogni tipo di fraintendimento.

Se il bando/lettera di invito nulla dispone in merito il compito della verifica formale sulla documentazione prodotta non può che competere al soggetto individuato come RUP (e se non individuato, al responsabile di servizio).

Nel secondo periodo si pone la "clausola" di chiusura secondo cui "nel caso in cui la verifica della documentazione amministrativa sia demandata, **dai documenti di gara**, ad altro soggetto quale la commissione giudicatrice, ovvero, se presente nell'organico della stazione appaltante, **apposito ufficio o servizio a ciò deputato**, sulla base delle disposizioni organizzative proprie della stazione appaltante, il RUP esercita in ogni caso funzioni di coordinamento e verifica finalizzate ad assicurare il corretto svolgimento delle procedure (...)".

La disposizione appena enunciata, anch'essa coerente con l'approdo giurisprudenziale più recente, conferma la tradizionale funzione del RUP come soggetto che "guida/coordina", che può compiere direttamente degli atti ma che può anche far fare ad altri soggetti alcune incombenze a condizione che si assuma la responsabilità dell'intera gestione/epilogo della procedura.

Pertanto, se il RUP assegna ad altri (delega) alcune incombenze ha comunque l'obbligo del coordinamento e quindi una responsabilità di verificare gli atti e le operazioni poste in essere: deve cioè assicurare il corretto svolgimento della procedura e di questo risponde.

Ha una responsabilità, oltre che *in eligendo* anche, e soprattutto, *in vigilando*. Ciò dà la misura delle responsabilità in cui è coinvolto il responsabile del procedimento.

L'ultima parte del comma appena riportato puntualizza che il RUP "adotta, sulla base **delle disposizioni organizzative proprie della stazione appaltante**, le decisioni conseguenti alle valutazioni effettuate".

Come ribadito più volte dall'ANAC – e come indicato nei bandi tipo e nelle linee guida ANAC n. 3 – il RUP adotta gli atti a valenza esterna "intermedi" rispetto al procedimento di gara.

Adotta quindi i provvedimenti di ammissione/esclusione dal procedimento. Soprattutto, per importanza, l'adozione del provvedimento di esclusione, si pensi ad epilogo della verifica solo formale dei documenti prodotti, dell'avviato soccorso istruttorio specificativo/integrativo e della verifica dell'anomalia dell'offerta hanno una rilevanza capitale per le conseguenze possibili non solo in relazione all'appalto ma anche in rapporto alla stessa stazione appaltante: si pensi alle richieste di risarcimento del danno. Occorre quindi chiarire, pertanto, il problema della competenza ad adottare gli atti sotto il profilo dei poteri a valenza esterna del RUP.

È bene che, anche in questo caso, nel bando di gara/lettera di invito, venga esplicitato chi adotta i provvedimenti a valenza esterna.

Se la stazione appaltante è un ente locale, al fine di evitare facili contenziosi, qualora il RUP sia solo un funzionario non dirigente/responsabile del servizio, è bene esplicitare che i provvedimenti a valenza esterna verranno adottati dal dirigente/responsabile del servizio su proposta del RUP.

In questo modo si ripristina l'applicazione dell'articolo 6 della legge 241/90 (come avviene, a mero titolo esemplificativo, con la legge regionale degli appalti della Sardegna n. 8/2018 in cui si specifica che se il RUP – nell'isola: responsabile di progetto – non è dirigente non adotta i provvedimenti ma si limita a predisporre la proposta per il dirigente responsabile di spesa e quindi soggetto responsabile della gara).

## 5. Il RUP e la commissione di gara

Altre importanti precisazioni sono contenute sempre nell'articolo 3 al comma 5.

Nell'ipotesi in cui – pur con il criterio dell'aggiudicazione al minor prezzo – venga costituita una commissione di gara (in questo caso, come noto, assolutamente facoltativo), il

RUP presiede o fa parte della commissione. È proprio questa puntualizzazione che rende legittima la domanda circa la partecipazione/presidenza del RUP nelle commissioni "imposte" per norma ovvero nel caso di appalto da aggiudicare secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Com'è detto – pur astrattamente possibile tale partecipazione ai sensi del comma 4 dell'articolo 77 – sembra opportuno con le variegate pronunce in materia che il RUP si astenga da far parte attiva della commissione.

Sempre nel comma 5 dell'articolo in commento, emerge che nel caso di aggiudicazione al ribasso (al minor prezzo) le offerte vengono considerate/valutate direttamente dal RUP.

Per la verifica della congruità dell'offerta, il comma 6 richiama l'articolo 135.

Sul procedimento di verifica della congruità, il regolamento ripete disposizioni già note contenute nelle linee guida ANAC n. 3. Se l'appalto deve essere aggiudicato con il criterio del minor prezzo la stazione appaltante – con disciplina interna (regolamento) o direttamente nella *lex specialis* – potrebbe attribuire tale prerogativa, della verifica, a soggetto diverso dal RUP ma a questi compete la decisione finale (anche al livello di proposta da presentare al dirigente responsabile).

Nel caso di "aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo", ai sensi del comma 2 dell'articolo

135 dello schema di regolamento, "la verifica sulle offerte anormalmente basse è svolta dal responsabile del procedimento che può avvalersi"

della commissione di gara, di un seggio di gara, di una commissione ad hoc (costituita in via prioritaria da dipendenti dell'ente) e come ipotesi residuale anche da esperti qualora non sia possibile procedere con la commissione di gara.

**Altre importanti precisazioni sono contenute sempre nell'articolo 3 al comma 5. Nell'ipotesi in cui – pur con il criterio dell'aggiudicazione al minor prezzo – venga costituita una commissione di gara (in questo caso, come noto, assolutamente facoltativo), il RUP presiede o fa parte della commissione.**



La determinazione dovrà avere una fortissima motivazione per evitare il danno erariale.

Ciò che emerge, dal complesso delle norme, e da quelle commentate nel prosieguo, è che il RUP non può essere estromesso da alcuni frangenti topics del procedimento amministrativo di aggiudicazione.

**La scelta dell'esperto, per la verifica delle giustificazioni nel procedimento di verifica dell'anomalia, non specificata dalla norma, deve intendersi come assolutamente residuale ed eccezionale nel caso in cui, realmente, le professionalità della commissione di gara e/o i dipendenti dell'amministrazione non riescano a chiarire aspetti specifici della verifica. La determinazione dovrà avere una fortissima motivazione per evitare il danno erariale.**



La scelta dell'esperto, non specificata dalla norma, deve intendersi come assolutamente residuale ed eccezionale nel caso in cui, realmente, le professionalità della commissione di gara e/o i dipendenti dell'amministrazione non riescano a chiarire aspetti specifici della verifica.

La determinazione dovrà avere una fortissima motivazione per evitare il danno erariale.

Uno di questi è proprio la verifica della congruità dell'offerta.

Qualora il RUP non procedesse direttamente con la verifica (compiendo le attività istruttorie) il momento di sintesi comunque è espresso da questo soggetto. Se il RUP poi non è dirigente/responsabile del servizio non potrà adottare il provvedimento espresso ma a lui è riconducibile la responsabilità della decisione (o dovrà disattenderle in modo motivato riavviando la valutazione) predisponendo la proposta di aggiudicazione al proprio responsabile di servizio.

Il quarto comma dell'articolo 135 prosegue evidenziando

che una volta individuate le offerte da sottoporre a verifica (dalla commissione nel caso di appalto da aggiudicarsi con il multi criterio, eventualmente dal

seggio di gara nel caso di appalto da aggiudicarsi al minor prezzo) "si procede alla chiusura della seduta pubblica e **alla comunicazione al responsabile del procedimento, che procede alla verifica delle giustificazioni** presentate dai concorrenti ai sensi dell'articolo 97, commi 1, del codice (...)".

Le giustificazioni, quindi, sono oggetto di analisi da parte del RUP mentre potrebbero essere richieste (e valutate come momento istruttorio poi da trasmettere al RUP) direttamente anche da un responsabile del procedimento appositamente incaricato.

### 6. I requisiti

Negli articoli 4 e 5 dello schema di regolamento, il legislatore si sofferma sui requisiti (oltre che sui compiti sostanzialmente confermati come già previsti nel DPR 207/2010 e nelle linee guida ANAC n. 3) del responsabile unico del procedimento per lavori pubblici ma anche per i servizi di ingegneria

e architettura e (art. 5) per i RUP al cui presidio porre le procedure di acquisti di beni e servizi.

Sotto si riportano le norme a confronto da cui emerge chiaramente la scelta del legislatore di semplificare i requisiti previsti per poter assumere i compiti di responsabile unico del procedimento.

Da notare che per servizi e forniture, le disposizioni prevedono un distinguo tra appalto sotto soglia e sopra soglia (varia il numero degli anni di esperienza richiesta) mentre per i lavori (e come detto per i servizi di ingegneria etc.) le soglie sono sostanzialmente tre, una fino al milione di euro, la seconda fino al sotto soglia e la terza nel sopra soglia.

Anche in questo caso a variare, in modo proporzionale all'importo del contratto, è il numero degli anni di esperienza richiesta: per i lavori si richiede un tecnico abilitato all'esercizio della professione per servizi e forniture un "titolo di studio di livello adeguato".

Articolo 4 requisiti previsti per i contratti di lavori, di servizi attinenti all'ingegneria e all'architettura e gli altri servizi tecnici	Articolo 5 requisiti previsti per i contratti di servizi e forniture
	1. Il RUP deve essere in possesso di <b>titolo di studio di livello adeguato e di esperienza professionale maturata nello svolgimento di attività analoghe a quelle da realizzare</b> in termini di natura, complessità e importo dell'intervento, in relazione alla tipologia e all'entità dei servizi e delle forniture da affidare.
1. Per i contratti relativi a lavori e servizi di cui all'articolo 215, il RUP deve essere un tecnico abilitato all'esercizio della professione, <b>in possesso di esperienza</b> nei medesimi settori di contratti, attestata <u>anche</u> dall'anzianità di servizio maturata:	2. Nello specifico, il RUP deve essere in <b>possesso di esperienza</b> nel settore dei contratti di servizi e forniture, attestata <b>anche</b> dall'anzianità di servizio maturata:
a) di almeno un anno per gli importi inferiori a 1.000.000 di euro;	a) di almeno un anno per gli importi inferiori alla soglia di cui all'articolo 35 del codice;
b) di almeno tre anni per gli importi pari o superiori a 1.000.000 di euro e inferiori alla soglia di cui all'articolo 35 del codice	
c) di almeno cinque anni per gli importi pari o superiori alla soglia di cui all'articolo 35 del codice.	b) di almeno tre anni per gli importi pari o superiori alla soglia di cui all'articolo 35 del codice.

## **7. Il titolo**

In mancanza di abilitazione (per lavori) il comma 2 dell'articolo 4 esige maggiore professionalità per almeno 5 anni.

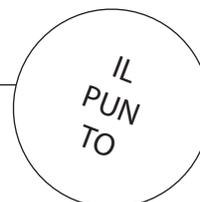
Per servizi e forniture (comma 3, art. 5) nel regolamento si puntualizza che "Per le forniture o i servizi connotati da particolari caratteristiche tecniche, quali: dispositivi medici, dispositivi antincendio, sistemi informatici e telematici, la stazione appaltante può richiedere, oltre ai requisiti di esperienza (...), il possesso della laurea magistrale nonché di specifiche competenze".

In ogni caso, visto la richiesta, pur semplificata dei requisiti, è bene che il provvedimento di nomina del RUP (atto del dirigente/responsabile del servizio) contenga una motivazione anche sintetica sul possesso dei requisiti.

Il contenuto minimo dell'atto, non riportato nello schema di regolamento attuativo, può essere tranquillamente desunto, a sommo avviso, dal primo schema delle linee guida ANAC n. 3.

# L'iscrizione all'Albo nazionale gestori ambientali. Da requisito di mera esecuzione e requisito di partecipazione

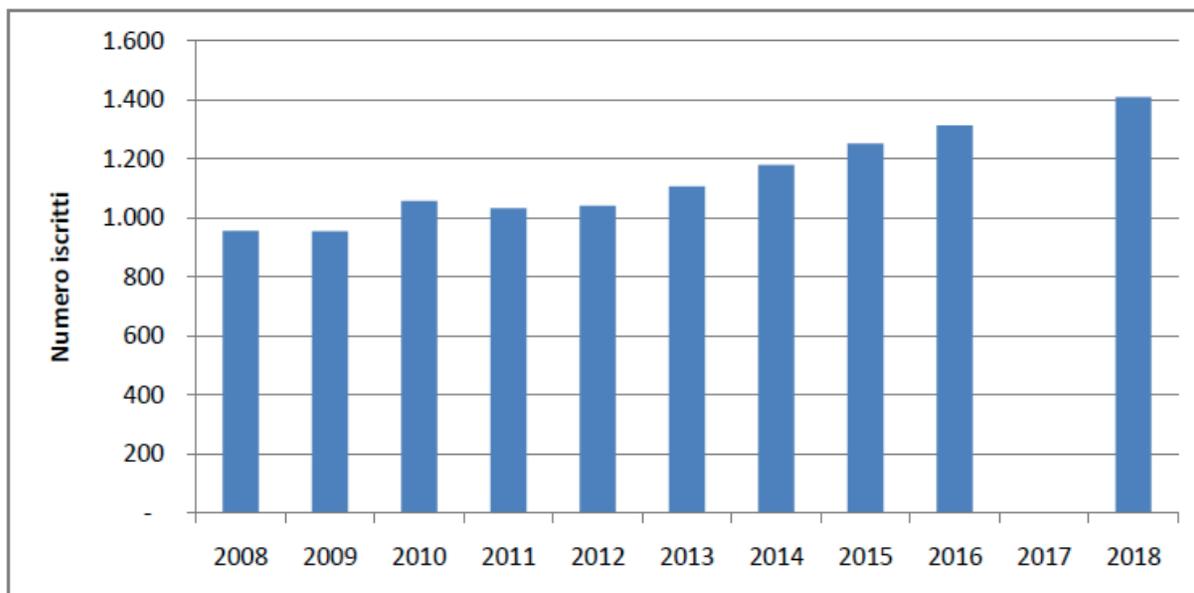
di Giuseppe Totino



## Premessa

Secondo gli ultimi dati censiti e rinvenibili in rete<sup>1</sup>, il fatturato per il complesso della attività delle imprese iscritte all'Albo nazionale gestori ambientali (in seguito "Albo"), legate alla gestione dei rifiuti (raccolta e trasporto) e alla decontaminazione da amianto è stato pari a 15.969.000.000 €.

Le aziende iscritte all'Albo alla data del 5 giugno 2018 erano in totale 1.408, confermando un trend di crescita che dal 2012 si mantiene costante, come mostrato dal grafico sottostante. Segno probabile del fatto che il perdurare della crisi economica spinge sempre più operatori a ricercare opportunità di business in questo specifico settore.<sup>2</sup> Oggi il numero è anche superiore.



1. Anno di riferimento 2016. Fonte: RemBook 2018, Il mercato delle bonifiche in Italia - A cura di Aldo Bertelle e Carlo Bossi  
 2. RemBook 2018, Il mercato delle bonifiche in Italia - A cura di Aldo Bertelle e Carlo Bossi: <http://www.remtechexpo.com/images/2019/proceedings2019/SIGEA/RemBook-2018.pdf>

Considerato, come noto, che la quasi totalità di quel fatturato è stato generato da commesse di natura pubblica, i numeri appena rappresentati, lasciano intendere quanto il mercato *latu sensu* "ambientale" costituisca oggi una fetta importante del mercato degli appalti pubblici di lavori e servizi.

La maggiore rilevanza che il mercato dei rifiuti e delle bonifiche ha assunto negli anni, ha di riflesso indotto gli operatori del diritto degli appalti pubblici a rimeditare l'iniziale qualificazione giuridica che veniva conferita all'iscrizione all'Albo, al fine di assicurare alla pubblica amministrazione che l'esecutore degli appalti affidati in tale settore fosse un soggetto idoneamente qualificato per espletare un incarico la cui funzione è presidiata dall'articolo 32 della Costituzione, di tutela della salute pubblica. Il presente contributo, di natura invero essenzialmente compilativa, si prefigge lo scopo di enucleare quale sia stata l'evoluzione ermeneutica sul tema, con particolare riguardo al rango che l'iscrizione al suddetto Albo ha assunto in termini di requisito nel volgere dell'ultimo decennio.

### 1. Quadro normativo

Prima di addentrarci sul tema oggetto del presente contributo, appare utile passare in rassegna quale sia il quadro normativo di riferimento.

Come stabilisce l'articolo 212, co. 1 del d.lgs. 152 del 2006, l'Albo è costituito presso il Ministero dell'ambiente e tutela del territorio ed è articolato in un Comitato nazionale, con sede presso il medesimo Ministero, ed in Sezioni regionali e provinciali, istituite presso le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura dei capoluoghi di regione e delle province autonome di Trento e di Bolzano.

L'art. 212, co. 5, del d.lgs. 152 del 2006 stabilisce, poi, che l'iscrizione all'Albo è requisito per lo

svolgimento delle attività di raccolta e trasporto di rifiuti non pericolosi prodotti da terzi, di raccolta e trasporto di rifiuti pericolosi, di bonifica dei siti, di bonifica dei beni contenenti amianto, di commercio ed intermediazione dei rifiuti senza detenzione dei rifiuti stessi, nonché di gestione di impianti di smaltimento e di recupero di titolarità di terzi e di gestione di impianti mobili di smaltimento e di recupero di rifiuti, nei limiti di cui all'articolo 208, comma 15.

Il comma 6 successivo, prevede poi che l'iscrizione deve essere rinnovata ogni cinque anni e costituisce titolo per l'esercizio delle attività di raccolta, di trasporto, di commercio e di intermediazione dei rifiuti; per le altre attività l'iscrizione

abilita alla gestione degli impianti il cui esercizio sia stato autorizzato o allo svolgimento delle attività soggette ad iscrizione.

Nel d.lgs. 50/2016 ("Codice dei Contratti"), si rinviene poi una norma assai specifica che vieta il ricorso all'avvalimento con riguardo all'iscrizione a tale Albo. È infatti stabilito, ai sensi dell'articolo 89, co. 10, del Codice dei Contratti: "(l)'avvalimento non è ammesso per soddisfare il requisito dell'iscrizione all'Albo nazionale dei gestori ambientali di cui all'articolo 212 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152", con ciò, trasponendo nel nuovo corpus normativo in tema di contratti pubblici, la novella di cui all'articolo 34, comma 1, della legge n. 164 del 2014 che aveva innovato il previgente articolo 49 del d.lgs. 163/06, e così sancendo che la relativa iscrizione debba considerarsi come un requisito personalissimo dell'impresa.

La fetazione della normativa di dettaglio relativa al concreto funzionamento dell'Albo, iscrizione delle imprese, classificazione delle stesse per categorie, ecc., è invece devoluta agli organi rappresentativi e gestori dello stesso Albo, che si esprimono attraverso delibere e circolari, pubblicizzate sul relativo sito internet istituzionale<sup>3</sup>.

**L'iscrizione all'Albo è requisito per lo svolgimento delle attività di raccolta e trasporto di rifiuti non pericolosi prodotti da terzi, di raccolta e trasporto di rifiuti pericolosi, di bonifica dei siti, di bonifica dei beni contenenti amianto, di commercio ed intermediazione dei rifiuti senza detenzione dei rifiuti stessi**



3. <https://www.albonazionalegestoriambientali.it/Public/Home>

## 2. I primi orientamenti dell'Autorità. Il cambio di impostazione del 2017

Per oltre un decennio dal 2007 e fino al 2017, con una certa pervicacia, l'Autorità sui contratti pubblici (allora, Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici) ha sostenuto e ribadito come l'iscrizione all'Albo nazionale dei gestori ambientali, non costituisse, ai fini della partecipazione alle gare pubbliche, un requisito di partecipazione, bensì di mera esecuzione, cioè necessario solo ai fini della stipula contrattuale.

Per poter comprendere il ragionamento, appare necessario, andare a rileggere i primi interventi sul punto, dal momento che i successivi e più recenti, appaiono esclusivamente confermativi e ricognitivi dei più datati assunti.

In particolare, il ragionamento del decennio scorso dell'Autorità muoveva sull'assunto che, trattandosi di attività sussumibili nella declaratoria della attestazione SOA - OG 12 (opere ed impianti di bonifica e protezione ambientale)<sup>4</sup>, in ragione del principio di omnicomprensività e sufficienza dell'attestazione SOA sancito dall'allora vigente D.P.R. 34/2000, poi ripreso dal D.P.R. 207/2010, non fosse necessario che l'iscrizione all'Albo dei gestori ambientali assurgesse ad altro requisito di partecipazione.

In effetti, se si pone riguardo alle prime determinazioni del 2007, si comprende come l'Autorità, in applicazione del principio di sufficienza della SOA, aveva ben delimitato ai soli lavori pubblici la fattispecie in cui l'iscrizione all'Albo gestori ambientali dovesse trattarsi come requisito di esecuzione, lasciando quindi *spatium* alle stazioni appaltanti di richiedere, già al momento della presentazione delle offerte, tale requisito qualora avessero l'esigenza di bandire una gara per servizi di raccolta e smaltimento puri.

Più di recente, l'ANAC ha poi ribadito che: *"l'art. 212 del D.Lgs. n. 152/2006 chiarisce che l'iscrizione all'Albo nazionale gestori ambientali costituisce "requisito per lo svolgimento delle attività (...)" e "titolo per l'esercizio" delle attività ivi indicate, senza contenere disposizioni speciali o derogatorie rispetto al regime di qualificazione contemplato nel D.Lgs. n. 163/2006 e nel D.P.R. n. 34/2000; regime che, come visto, prevede per tali lavorazioni la categoria OG12, quale titolo abilitativo per la partecipazione alle relative gare d'appalto. Pertanto, il combinato disposto del D.Lgs. n. 152/2006 con la disciplina in materia di qualificazione sopra richiamata, consente di mantenere fermo l'avviso espresso dall'Autorità sull'argomento - quale desumibile dalle richiamate deliberazioni n. 93/2007, 95/2007, n. 96/2007, n. 128/2007 e dal parere n. 165/2008 - e, dunque, a confermare che l'iscrizione all'Albo Nazionale dei Gestori Ambientali costituisce requisito di esecuzione e non di partecipazione alle gare per l'affidamento degli interventi di bonifica."*<sup>5</sup>

Era evidente quindi, che nei primi anni di applicazione dell'articolo 212 del neo emanato T.U.A., l'Autorità ponesse la propria attenzione sui lavori. Leggendo, infatti, in filigrana il precedente appena riportato, si scorge come il risalente orientamento dell'Autorità, non avesse assolutamente preso posizione in merito agli appalti di servizi, in riferimento ai quali, le stazioni appaltanti erano libere - si ribadisce - di far assurgere a requisito di gara la suddetta iscrizione.

Tale impostazione, nel tempo, si è però estesa anche al di là dei lavori pubblici. Nel 2015 si rintraccia un arresto dell'Autorità in cui veniva ribadito che: *"che per consolidato orientamento espresso da questa Autorità, l'iscrizione all'Albo Nazionale dei Gestori Ambientali costituisce un requisito di esecuzione e non di partecipazione alle gare per l'affidamento degli appalti relativi allo svolgimento delle attività"*

4. Riguarda la esecuzione di opere puntuali o a rete necessarie per la realizzazione della bonifica e della protezione ambientale. Comprende in via esemplificativa le discariche, l'impermeabilizzazione con geomembrane dei terreni per la protezione delle falde acquifere, la bonifica di materiali pericolosi, gli impianti di rilevamento e telerilevamento per il monitoraggio ambientale per qualsiasi modifica dell'equilibrio stabilito dalla vigente legislazione, nonché gli impianti necessari per il normale funzionamento delle opere o dei lavori e per fornire un buon servizio all'utente sia in termini di informazione e di sicurezza.

5. Parere sulla normativa, ANAC, AG 7-09 del 23 aprile 2009

di raccolta e smaltimento rifiuti a norma dell'art. 212 del d.lgs. 152/2006, "dovendo i bandi prevedere una specifica clausola in base alla quale non si procederà alla stipulazione del contratto in caso di mancato possesso della relativa iscrizione" (cfr. ANAC, parere n.152 del 9 settembre 2015; nonché parere n. 82 del 23 aprile 2014; AG 7-09 del 23 aprile 2009 e parere di precontenzioso n. 89 del 29 aprile 2010 in cui si cita "determinazione n. 7/2005; deliberazioni nn. 93/2007, 95/2007, 96/2007, 128/2007, 210/2007)"<sup>6</sup>.

Il citato parere del 2015, aveva ad oggetto i servizi di "raccolta e smaltimento rifiuti", con ciò, sorprendentemente estendendo il principio propugnato anche agli appalti di servizi, nonostante tale posizione non fosse assolutamente presente nelle deliberazioni del 2007 citate dall'Autorità stessa nel proprio parere del 2015.

Come si accennava in premessa della presente disamina, l'impostazione appena riportata muta, sull'onda di un filone giurisprudenziale che è andato via via consolidandosi, così obbligando l'Autorità a scardinare la propria dogmatica visione espressa per quasi un decennio.

Infatti, con la Deliberazione del 11/10/2017, n. 10441, l'Autorità si trova costretta a smentire se stessa dovendo evidenziare che "(r) elativamente alla questione giuridica inerente il requisito dell'iscrizione all'albo dei gestori ambientali, questa Autorità, con comunicato del Presidente pubblicato in data 29 agosto 2017, ha ritenuto, «in considerazione dei recenti approdi giurisprudenziali e, in particolare, della sentenza

n. 1825 del 19 aprile 2017 del Consiglio di Stato, sezione V, nella quale è stato precisato che è l'ordinamento delle pubbliche commesse a specificare quali debbano essere i requisiti soggettivi pertinenti per la partecipazione a gara e che, conseguentemente, il requisito in questione è "un requisito speciale di idoneità professionale, in ipotesi da vagliare ai sensi dell'articolo 39 d.lgs. n. 163 del 2006; e che, comunque, va posseduto già alla scadenza del termine di presentazione delle offerte, non già al mero momento di assumere il servizio, allora ottenuto - e sempre che poi possa essere ottenuto - dopo aver partecipato con sperato successo alla competizione pur senza aver ancora questa certificata professionalità" di modificare la propria posizione interpretativa e considerare, pertanto, il requisito di iscrizione all'albo dei gestori ambientali richiesto nelle gare di affidamento dei contratti pubblici come un requisito di partecipazione e non di esecuzione»

Il brusco revirement dell'Autorità, pertanto, appare dettato da quanto motivato dall'arresto giurisprudenziale segnalato nella stessa deliberazione, in applicazione del quale l'Albo debba poter assicurare a requisito di gara.

### 3. La posizione della giurisprudenza

Appare, quindi, utile partire dal precedente giurisprudenziale citato dalla stessa Autorità: Consiglio di Stato, sezione V, n. 1825 del 19 aprile 2017.

Il citato arresto, assai breve per vero, ha avuto il pregio di individuare la reale natura dell'iscrizione all'Albo de qua, identificando tale iscrizione

**L'iscrizione all'Albo dei Gestori Ambientali è un requisito di natura soggettiva relativo alla idoneità professionale degli operatori a norma dell'art. 83, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 50 del 2016, e costituisce titolo indispensabile per l'esercizio dell'attività di raccolta e trasporti dei rifiuti pericolosi e non, sì che "il relativo possesso determina quindi l'abilitazione soggettiva all'esercizio della professione e costituisce pertanto, un requisito che si pone a monte dell'attività di gestione dei rifiuti, pacificamente rientrando nell'ambito dei requisiti di partecipazione e non di esecuzione" (Consiglio di Stato, Sez. V, 22 ottobre 2018, n. 6032)**

6. Parere A.N.AC. 21/10/2015, n. PREC.80/15/L

come una idoneità professionale, da richiedere ai concorrenti già in fase di partecipazione.

La Corte ha infatti chiarito che: "(v)ero è che l'art. 212, comma 5, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (c.d. codice dell'ambiente) afferma che «L'iscrizione all'Albo [nazionale gestori ambientali] è requisito per lo svolgimento delle attività, ecc.». Ma si tratta di previsione di un settore che disciplina la materia sostanziale della protezione ambientale e che, se integrata alle previsioni dello specifico settore dei contratti pubblici, risulta minus dicere quam volere: è infatti solo l'ordinamento delle pubbliche commesse a specificare di suo quali debbano essere i requisiti soggettivi pertinenti per la partecipazione a gara. Trattasi perciò di un requisito speciale di idoneità professionale, in ipotesi da vagliare ai sensi dell'art. 39 d.lgs. n. 163 del 2006; e che, comunque, va posseduto già alla scadenza del termine di presentazione delle offerte, non già al mero momento di assumere il servizio, allora ottenuto – e sempre che poi possa essere ottenuto – dopo aver partecipato con sperato successo alla competizione pur senza aver ancora questa certificata professionalità. Merita dunque confermare l'assunto per cui i bandi di gara aventi ad oggetto lavori di bonifica ambientale implicano l'esistenza dell'iscrizione all'Albo dei gestori ambientali per adeguata categoria e classe quale requisito di partecipazione".

L'aver annoverato, quindi, l'iscrizione all'Albo tra i requisiti di idoneità, ha, a ben vedere, sgombrato il campo dall'equivoco che lo stesso albo potesse essere una inutile duplicazione della attestazione SOA che è qualificabile, invece, come un requisito di carattere economico-finanziario e tecnico professionale, attestante, pertanto, una capacità imprenditoriale diversa rispetto all'iscrizione all'Albo gestori ambientali.

La citata nuova impostazione, risulta essere quella ormai unanimemente riconosciuta, rinvenendosi molteplici precedenti che hanno ulteriormente specificato la natura del suddetto requisito, spingendosi a stabilire che "l'iscrizione all'Albo dei Gestori Ambientali è un requisito di natura soggettiva relativo alla idoneità professionale degli operatori a norma dell'art. 83, comma

1, lett. a), d.lgs. n. 50 del 2016, e costituisce titolo indispensabile per l'esercizio dell'attività di raccolta e trasporti dei rifiuti pericolosi e non, sì che "il relativo possesso determina quindi l'abilitazione soggettiva all'esercizio della professione e costituisce pertanto, un requisito che si pone a monte dell'attività di gestione dei rifiuti, pacificamente rientrando nell'ambito dei requisiti di partecipazione e non di esecuzione" (Consiglio di Stato, Sez. V, 22 ottobre 2018, n. 6032), risultando la presenza soggettiva di siffatto requisito titolo per poter concorrere a gare aventi ad oggetto dette attività "conforme all'immanente principio di ragionevolezza e di proporzionalità – in specie, quanto a necessità e adeguatezza" (Cons. di Stato, V, 19 aprile 2017, n. 1825)".

In ossequio al nuovo orientamento, risulta, pertanto, proporzionato ad adeguato richiedere come requisito di partecipazione, a titolo di idoneità professionale, l'iscrizione all'Albo.

#### 4. Le interpretazioni mitiganti della giurisprudenza

Occorre, infine e per completezza, dato atto del nuovo assetto ermeneutico in tema di iscrizione all'Albo, rammentare come stia consolidandosi un orientamento pretorio capace di mostrare adeguata sensibilità circa le specifiche esigenze dell'oggetto dell'appalto in concreto affidato e che, per l'effetto, non impone, al ricorrere di taluni presupposti, che l'iscrizione all'Albo debba essere un requisito di partecipazione, ma ammettendo che lo stesso possa essere richiesto solo come presupposto per la stipula del contratto.

La giurisprudenza amministrativa ha, infatti chiarito che laddove la produzione, nel senso di raccolta e smaltimento di rifiuti - da parte dell'affidatario di un differente servizio (quale, ad esempio, quello di pulizia e sanificazione) - rappresenti una parte soltanto residuale e servente rispetto al complesso delle prestazioni affidate, l'iscrizione all'Albo si configura quale mero requisito di esecuzione dell'appalto (Consiglio di Stato sez. V 16/12/2019 n. 8517; Cons. di Stato, V, 23 luglio 2018, n. 4445).

---

7. Consiglio di Stato sez. V 16/12/2019 n. 8517, Consiglio di Stato sez. V 3/6/2019 n. 3727

Più in generale la giurisprudenza ha chiarito che "è legittimo che l'amministrazione richieda l'iscrizione all'albo nazionale dei gestori ambientali come requisito necessario per l'esecuzione del contratto quando la gestione dei servizi di gestione dei rifiuti non costituisce la principale attività contrattuale. Per contro, dagli stessi precedenti non si può ricavare un'estensione del principio stesso quando invece l'appalto abbia ad oggetto proprio tali servizi, come nel caso di specie, in cui l'amministrazione abbia coerentemente elevato tale iscrizione a requisito di idoneità professionale necessario per la qualificazione degli operatori economici nella procedura di gara"<sup>8</sup>.

In presenza di simili caratteristiche il Consiglio di Stato ha dunque ritenuto che la mancata elevazione dell'iscrizione all'albo nazionale a requisito di partecipazione alla gara non contrastasse con le disposizioni in materia del T.U.A., e fosse invece conforme con il principio del *favor participationis*.

Considerazioni analoghe sono state svolte con riguardo all'altro precedente relativo ad un appalto del servizio di ristorazione collettiva, con la sentenza 5 luglio 2017, n. 3303 sempre del massimo organo della G.A..

Tale orientamento, pertanto, mitigando l'assunto per cui l'iscrizione all'Albo debba ritenersi *sic et simpliciter* un requisito di partecipazione, invita le amministrazioni ad un sua applicazione maggiormente temperata allorché risulti che le attività riconducibili alle iscrizioni all'Albo siano, in effetti, parte solo residuale e servente rispetto alle prestazioni principali costituenti oggetto specifico dell'appalto, risultando allora ragionevoli e conformi alle prescrizioni dell'art. 212 del T.u.a. le previsioni di una *lex specialis* che non preveda l'esclusione per la carenza del requisito e non lo abbia contemplato tra i requisiti soggettivi di

partecipazione da possedersi già alla scadenza del termine di presentazione delle offerte.

## 5. Conclusioni

È parere di chi scrive che l'esclusione per via normativa, avvenuta nel 2014 ad opera dell'emenda di cui all'articolo 34, comma 1, della legge n. 164 del 2014 all'allora vigente articolo 49 del vecchio Codice dei Contratti, dell'iscrizione a tale Albo dal novero dei requisiti che possono formare oggetto di avvalimento, abbia costituito il punto di svolta per offrire lo spunto per giustificare, se non per altro, per ragioni sistematiche, i mutamenti di orientamento ermeneutico finora analizzati.

Infatti, con riguardo ai requisiti di idoneità professionale, di cui all'art. 83, comma 1, lett. a), del Codice (già art. 39 del d.lgs. n. 163/2006), l'Autorità ha da tempo stabilito che il requisito richiesto dalle stazioni appaltanti dell'iscrizione a specifici albi (il Registro ufficiale dei produttori, ovvero il Registro delle imprese che abbiano conseguito un attestato di idoneità comprovante le adeguate competenze, come nel caso del Parere di Precontenzioso n. 3 del 11/01/2017, e l'albo delle imprese di pulizia, come nel caso di Parere di Precontenzioso n. 1235 del 29/11/2017), deve intendersi strettamente collegato alla capacità soggettiva dell'operatore economico e pertanto non può formare oggetto di avvalimento.

La giurisprudenza ha mostrato di aderire, sino dal 2014 al principio generale per cui i requisiti di idoneità professionale, inerendo alla disciplina pubblica delle attività economiche ed essendo connotati da un elevato tasso di soggettività, configurano uno status e non possono essere oggetto di avvalimento<sup>9</sup>, principio poi santificato

**È legittimo che l'amministrazione richieda l'iscrizione all'albo nazionale dei gestori ambientali come requisito necessario per l'esecuzione del contratto quando la gestione dei servizi di gestione dei rifiuti non costituisce la principale attività contrattuale.**



8. Consiglio di Stato sez. V 3/5/2019 n. 2881

9. Cons. di Stato, sez. IV, 24/11/2014, n. 5802; Cons. di Stato, sez. VI, 15/05/2015, n. 2486; Cons. di Stato, sez. V, 28/07/2015, n. 3698.

nell'articolo 1 del vigente articolo 89 del d.lgs. 50/2016, che stabilisce che *"L'operatore economico, singolo o in raggruppamento di cui all'articolo 45, per un determinato appalto, può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale di cui all'articolo 83, comma 1, lettere b) e c), necessari per partecipare ad una procedura di gara"*, escludendo di fatto i requisiti di idoneità.

È lecito dedurre che, almeno per chi scrive, per ragioni di ordine giuridico sistematico, una volta che il legislatore ha inteso vietare espressamente il ricorso all'avvalimento per l'iscrizione all'Albo, abbia indirettamente qualificato l'iscrizione stessa come una idoneità, con ciò aprendo il campo al *revirement* anzi tratteggiato, con la conseguenza di elevare l'iscrizione all'Albo a requisito di gara.

# Sul principio della suddivisione in lotti

di Paola Cartolano

IL  
PUN  
TO

## Premesse

Fra i principali obiettivi della normativa comunitaria in materia di appalti pubblici vi è sia l'apertura alla concorrenza nella misura più ampia possibile assicurando la più ampia partecipazione possibile di offerenti ad una gara.

In tale ottica, la direttiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio in materia di appalti reca tra i propri principi la facilitazione della partecipazione delle piccole e medie imprese (PMI) agli appalti pubblici.

Più specificamente, il considerando n. 78 della direttiva prevede: «È opportuno che gli appalti pubblici siano adeguati alle necessità delle PMI ... A tal fine e per rafforzare la concorrenza, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero in particolare essere incoraggiate a suddividere in lotti i grandi appalti. Tale suddivisione potrebbe essere effettuata su base quantitativa, facendo in modo che l'entità dei singoli appalti corrisponda meglio alla capacità delle PMI, o su base qualitativa, in conformità alle varie categorie e specializzazioni presenti, per adattare meglio il contenuto dei singoli appalti ai settori specializzati delle PMI o in conformità alle diverse fasi successive del progetto».

La spinta del diritto comunitario è dunque verso la frazionabilità in lotti dell'appalto al fine di favorire la più ampia partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica anche delle PMI.

Con il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 ("Codice Appalti"), che ha attuato, tra le altre, la direttiva 2004/24/UE, risulta evidente che la funzione pro-concorrenziale delle regole di evidenza pubblica ha assunto ancora maggiore rilievo.

L'art. 30, comma 1 del Codice Appalti, analogamente a quanto già espresso dall'art. 2 del previgente d.lgs. 163/2006, oltre ad indicare che l'affidamento e l'esecuzione di appalti di opere, lavori, servizi, forniture e concessioni garantisce la qualità delle prestazioni e deve svolgersi nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza (principi ispirati alla tutela della pubblica amministrazione per il controllo ed il miglior utilizzo delle finanze pubbliche), ha specificato che le stazioni appaltanti operano nel rispetto dei principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità nonché di pubblicità (principi tutti ispirati alla tutela delle imprese concorrenti e del corretto funzionamento del mercato).

Il successivo comma 7 dello stesso art. 30 dispone che «i criteri di partecipazione alle gare devono essere tali da non escludere le microimprese, le piccole e medie imprese».

È però all'art. 51 che il Codice Appalti, in linea con il precedente d.lgs. 163/2006 (art. 2, comma 1-bis), attua il principio della suddivisione in lotti al fine di ampliare la concorrenza a favore delle PMI, prevedendo al comma 1 che nel rispetto della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici, sia nei settori ordinari che nei settori speciali, al fine di favorire l'accesso delle PMI, le stazioni appaltanti suddividono gli appalti in **lotti funzionali** ovvero in **lotti prestazionali**, in conformità alle categorie o specializzazioni nel settore dei lavori, servizi e forniture.

### Il principio della suddivisione in lotti di un appalto risponde all'intento pro-concorrenziale della disciplina comunitaria in materia di appalti



#### 1. La disciplina: excursus

Nel nostro ordinamento in origine la possibilità di procedere alla suddivisione in lotti di un appalto era un'ipotesi applicabile nei casi in cui detta suddivisione fosse ritenuta vantaggiosa per la stazione appaltante. Tale era infatti il principio ricavabile dal **R.D. n. 827/1924**

(recante il "Regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato") nell'ambito del quale l'art. 37 disponeva che «1. Tutti i contratti dai quali derivi entrata o spesa dello Stato debbono essere preceduti da pubblici incanti, eccetto i casi indicati da leggi speciali e quelli previsti nei successivi articoli.

2. Le forniture, i trasporti e i

*lavori sono dati in appalto separatamente secondo la natura del servizio e divisi possibilmente in lotti, quando ciò sia riconosciuto più vantaggioso per l'amministrazione».*

Le vere spinte verso la suddivisione in lotti si sono registrate in ambito legislativo a partire dal 2011 nell'ottica della tutela delle PMI al fine di facilitarne l'accesso al mercato. In tal senso si evidenzia:

- l'art. 13 comma 2 lettera a) della Legge n. 180/2011 (cd. **Statuto delle Imprese**) che ha sancito l'obbligo per le PA di suddividere l'oggetto degli appalti in lotti o lavorazioni nel rispetto della disciplina di cui al d.lgs. n. 163/2006 (disposizione oggi abrogata ai sensi dell'art. 217 del Codice Appalti)

- l'art. 44 comma 7 del D.L. n. 201/2011, convertito dalla Legge n. 214/2011 (cd. "**Decreto Monti**") il quale ha inserito al testo originario dell'**art. 2 del d.lgs n. 163/2006** un nuovo **comma 1-bis**, poi modificato dall'art. 1, comma 2 della Legge n. 135/2012 e dall'art. 26-bis, comma 1 della Legge n. 98/2013: «1-bis. Nel rispetto della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici, al fine di favorire l'accesso delle piccole e medie imprese, le stazioni appaltanti devono, ove possibile ed economicamente conveniente, suddividere gli appalti in lotti funzionali. Nella determina a contrarre le stazioni appaltanti indicano la motivazione circa la mancata suddivisione dell'appalto in lotti. I

*criteri di partecipazione alle gare devono essere tali da non escludere le piccole e medie imprese».* Il principio dell'obbligo di suddivisione in lotti è stato quindi introdotto nel nostro ordinamento con l'art. 2, comma 1-bis del d.lgs. 163/2006 in risposta ai principi comunitari del *favor participationis* alle procedure di appalto da parte delle PMI, nonché di proporzionalità e non discriminazione, inserendosi nell'alveo di quegli strumenti (avalimento, subappalto, partecipazione in forma raggruppata) utili a garantire il rispetto e lo sviluppo della concorrenza a livello comunitario.

In linea con la disciplina del d.lgs. n. 163/2006, il legislatore, in applicazione del criterio di cui all'art. 1 comma 1, lettera ccc)<sup>1</sup> della Legge n. 11/2016 di delega al Governo a dare attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE

del 26 febbraio 2014, ha confermato il principio della suddivisione di un appalto in lotti distinti.

In dettaglio il **comma 1 dell'art. 51 del Codice Appalti** dispone oggi che «1. *Nel rispetto della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici, sia nei settori ordinari che nei settori speciali, al fine di favorire l'accesso delle microimprese, piccole e medie imprese, le stazioni appaltanti suddividono gli appalti in lotti funzionali di cui all'articolo 3, comma 1, lettera qq), ovvero in lotti prestazionali di cui all'articolo 3, comma 1, lettera gggg) in conformità alle categorie o specializzazioni nel settore dei lavori, servizi e forniture. Le stazioni appaltanti motivano la mancata suddivisione dell'appalto in lotti nel bando di gara o nella lettera di invito e nella relazione unica di cui agli articoli 99 e 139. Nel caso di suddivisione in lotti, il relativo valore deve essere adeguato in modo da garantire*

### L'obbligo di suddivisione in lotti è stato introdotto nel nostro ordinamento nel 2011



*l'effettiva possibilità di partecipazione da parte delle microimprese, piccole e medie imprese. È fatto divieto alle stazioni appaltanti di suddividere in lotti al solo fine di eludere l'applicazione delle disposizioni del presente codice, nonché di aggiudicare tramite l'aggregazione artificiosa degli appalti».*

In generale con il termine "**lotto di gara**" si individua quell'unità minima di regolazione del mercato che deve assicurare la concreta attuazione fra i diversi operatori economici che hanno accesso a un determinato settore: una specifica parte dell'oggetto **dell'appalto la cui realizzazione sia tale da assicurarne funzionalità, fruibilità e fattibilità, indipendentemente dalla realizzazione delle altre parti** (cfr. Consiglio di Stato, sez. II, 7 novembre 2007, n. 2803).

Facciamo oggi riferimento all'art. 3 del Codice Appalti per le definizioni di

- "**lotto funzionale**" alla lettera qq) ovvero «*uno specifico oggetto di appalto da aggiudicare anche con separata ed autonoma procedura, ovvero parti di un lavoro o servizio generale la cui progettazione e realizzazione sia tale da assicurarne funzionalità, fruibilità e fattibilità indipendentemente dalla realizzazione delle altre parti*»

- "**lotto prestazionale**" alla lettera gggg) ovvero «*uno specifico oggetto di appalto da aggiudicare anche con separata ed autonoma procedura, definito su base qualitativa, in conformità alle varie categorie e specializzazioni presenti o in conformità alle diverse fasi successive del progetto*».



1. art. 1 comma 1, lettera ccc) della Legge n. 11/2016 « ... miglioramento delle condizioni di accesso al mercato degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, anche con riferimento ai servizi di architettura e ingegneria e agli altri servizi professionali dell'area tecnica, per i piccoli e medi operatori economici, per i giovani professionisti, per le micro, piccole e medie imprese e per le imprese di nuova costituzione, anche attraverso il divieto di aggregazione artificiosa degli appalti e l'obbligo di motivazione della mancata suddivisione in lotti, prevedendo in particolare che la dimensione degli appalti ed il conseguente valore delle gare e dei lotti in cui queste risultino eventualmente suddivise siano adeguati al fine di garantire l'effettiva possibilità di partecipazione da parte delle micro, piccole e medie imprese nonchè introducendo misure premiali per gli appaltatori e i concessionari che coinvolgono i predetti soggetti nelle procedure di gara e nell'esecuzione dei contratti» -

Circa l'“**autonomia**” **dei lotti**, si richiama il principio secondo cui un bando di una procedura di gara suddivisa in lotti costituisce un “atto ad oggetto plurimo” e determina l'indizione non di un'unica gara, ma di tante gare, per ognuna delle quali vi è un'autonoma procedura che si conclude con un'aggiudicazione (TAR Lazio – Roma, sez. II, 13.12.2016 n. 12416; Consiglio di Stato, sez. V, 26.6.2015 n. 3241)<sup>2</sup>.

Rispetto alla disciplina del d.lgs. n. 163/2006, la norma di cui all'art. 51 del Codice Appalti, benchè possa apparire simile nella formulazione, presenta alcune differenze.

In *primis* nel nuovo testo viene eliminata l'espressione “*devono suddividere*”, sostituita con “*suddividono*”. In secondo luogo, scompare la precisazione “*ove possibile ed economicamente conveniente*”.

Con riferimento alla prima differenza rilevata, la giurisprudenza ha già avuto modo di affermare che l'orientamento formatosi nella vigenza del d.lgs. n. 163/2006 in ordine alla discrezionalità della stazione appaltante nella decisione di suddividere o meno in lotti una gara debba essere confermato anche con il Codice Appalti poiché non ci sono «*ragioni per ritenere che il d.lgs. n. 50 del 2016 abbia inteso limitare la discrezionalità della P.A. (trattandosi in sostanza della riformulazione della stessa norma, nella quale peraltro scompare la proposizione assertiva – “devono, ove possibile ed economicamente conveniente, suddividere gli appalti in lotti funzionali” – che contraddistingueva*

**In linea con la disciplina dell'art. 2-bis del d.lgs. n. 163/2006, l'art. 51, comma 1 del d.lgs. n. 50/2016 ha confermato il principio della suddivisione di un appalto in lotti distinti**



la norma previgente)» (TAR Campania, sez. III, sezione III, sentenza 1 dicembre 2016 n. 5550).

Degna di nota è invece la seconda differenza poiché dalla nuova disposizione si potrebbe ricavare che la convenienza economica non sia più un criterio inderogabile, in quanto l'apertura del mercato alle PMI sia di per sé un valore e uno scopo dell'ordinamento, aspetto su cui si tornerà nel prosieguo.

## 2. La scelta della PA di frazionare l'appalto in lotti

La scelta di frazionare gli appalti, mediante una suddivisione in lotti di gara, è rimessa alla **discrezionalità** delle stazioni appaltanti, le quali sono tenute a operare una corretta pianificazione degli interventi e a valutare se le “parti” di un intervento, singolarmente considerate, possiedono un'autonoma funzionalità tecnica, indipendentemente dalla realizzazione dell'opera complessiva.

In generale la possibilità del frazionamento dell'appalto in lotti di gara è subordinata quindi alla “divisibilità” dei lavori, dei servizi o delle forniture, di modo che vi possa essere ripartizione nei vari sub-lotti: l'Amministrazione

deve quindi valutare approfonditamente l'effettiva modalità tecnica di realizzazione del frazionamento e i connessi aspetti economici.

Ai fini del frazionamento la stazione appaltante deve *in primis* considerare il valore del lotto

2. Nel caso di specie i giudici hanno ritenuto che detta autonomia dei singoli lotti emergesse tra l'altro:
- «- dall'attribuzione ai singoli lotti di specifici CIG;
  - dall'individuazione di uno specifico importo a base di gara per ciascuno dei 4 lotti (part. 1.2 del disciplinare di gara);
  - dalla possibilità, per ciascun concorrente, di concorrere per tutti e 4 i lotti, sebbene la stazione appaltante, quale misura pro-concorrenziale, abbia previsto che questi -potrà risultare aggiudicatario di un solo lotto (par. 2.3);
  - dalla previsione della stipulazione di distinti contratti per ciascun lotto (part. 10.5);
  - dalla richiesta di pagamento del contributo in favore dell'ANAC per ogni singolo lotto al quale si partecipa (par. 12);
  - dalla prescrizione relativa alla presentazione di dichiarazioni sostitutive, relative ai requisiti di ordine generale, distintamente per ciascun lotto (par. 16.2)».

valutando se lo stesso sia idoneo a garantire alle microimprese e alle piccole e medio imprese l'effettiva possibilità di partecipare alla gara, fermo restando che è vietato alle stazioni appaltanti la suddivisione in lotti con il solo fine di eludere l'applicazione delle disposizioni del Codice Appalti: anche quando l'intento sia quello di favorire lo sviluppo delle microimprese e delle piccole e medie imprese, il frazionamento della gara d'appalto non può infatti essere utilizzato al fine di aggirare le procedure del Codice Appalti, operando il frazionamento artificioso di un appalto unitario. Per "frazionamento artificioso" si intende la frammentazione di un unico contratto di valore pari o superiore alla soglia comunitaria in lotti di valore inferiore, che, verrebbero conseguentemente aggiudicati con procedure meno competitive.

È dunque al valore dell'appalto che occorre far riferimento; in tal senso l'art. 35, comma 6 del Codice Appalti dispone che «La scelta del metodo per il calcolo del valore stimato di un appalto o concessione non può essere fatta con l'intenzione di escluderlo dall'ambito di applicazione delle disposizioni del presente codice relative alle soglie europee. Un appalto non può essere frazionato allo scopo di evitare l'applicazione delle norme del presente codice tranne nel caso in cui ragioni oggettive lo giustifichino».

Anche nelle **Linee Guida n. 4 ANAC** (approvate con delibera n. 1097 del 26 ottobre 2016 e aggiornate con delibera n. 206 del 1 marzo 2018), recanti "Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici" al punto 2.1 si legge: «Il valore stimato dell'appalto è calcolato in osservanza dei criteri fissati all'articolo 35 del Codice dei contratti pubblici. Al fine di evitare un artificioso frazionamento dell'appalto, volto a eludere la disciplina comunitaria, le stazioni appaltanti devono prestare attenzione alla corretta definizione del proprio fabbisogno in relazione all'oggetto degli appalti, specialmente nei casi di ripartizione in lotti, contestuali o successivi, o di ripetizione dell'affidamento nel tempo».

**La scelta di suddividere in lotti un appalto costituisce una decisione discrezionale ancorata a valutazioni di carattere tecnico-economico**



In sintesi, dunque, come osservato recentissimamente dai Giudici di Palazzo Spada, la scelta di suddividere in lotti un appalto costituisce una **decisione ancorata a valutazioni di carattere tecnico-economico**, nel rispetto dei principi di proporzionalità e di ragionevolezza (Consiglio di Stato, sez. VI, 2 gennaio 2020 n. 25).

È stato osservato che la discrezionalità amministrativa che sovrintende alla scelta della stazione appaltante circa la suddivisione in lotti di un appalto pubblico deve essere funzionalmente coerente con il bilanciato complesso degli interessi pubblici e privati coinvolti dal procedimento di appalto.

In ogni caso, si tratta di scelta di carattere tecnico-economico, che resta sempre delimitata, oltre che dalle specifiche norme del Codice Appalti, anche dai principi di proporzionalità e di ragionevolezza, oltre che dall'obbligo di motivazione «perché il precetto della ripartizione in lotti è funzionale alla tutela della concorrenza». Nel richiamare un precedente (Consiglio di Stato, sez. V, 3 aprile 2018, n. 2044), Palazzo Spada in detta pronuncia ha ancora ricordato che «è pur vero che l'art. 51 d.lgs. n. 50-

2016 ha mantenuto il principio della suddivisione in lotti, al fine di favorire l'accesso delle microimprese, piccole e medie imprese alle gare pubbliche, già previsto dall'art. 2, comma 1-bis, d.lgs. n. 163-2006; tuttavia, nel nuovo regime, il principio non risulta posto in termini assoluti ed inderogabili, giacché il medesimo art. 51, comma 1, secondo periodo afferma che "le stazioni appaltanti motivano la mancata suddivisione dell'appalto in lotti nel bando di gara o nella lettera di invito o nella relazione unica di cui agli articoli 99 e 139».

### **3. La motivazione della scelta di derogare alla suddivisione in lotti: il bilanciamento degli interessi**

Il Codice Appalti considera, dunque, quale ipotesi ordinaria e regolare la suddivisione in lotti funzionali o prestazionali di un appalto e condiziona la deroga all'ordinaria suddivisione in lotti alla formulazione di una specifica **motivazione**.

Il principio della suddivisione in lotti può, dunque, essere derogato, seppur attraverso una decisione che deve essere adeguatamente **motivata**: tale **scelta di carattere strettamente discrezionale** (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 16 marzo 2016, n. 1081) è stata ritenuta sindacabile nei limiti della ragionevolezza e proporzionalità, oltre che dell'adeguatezza dell'istruttoria, in ordine alla decisione di frazionare o meno un appalto "di grosse dimensioni" in lotti".

La norma, dunque, se da un lato favorisce la suddivisione in lotti, dall'altro intensifica l'onere motivazionale delle stazioni appaltanti le quali devono espressamente giustificare l'articolazione dell'appalto nel rispetto delle condizioni poste dal Codice Appalti. In tal senso, la motivazione non deve essere intesa come un mero adempimento formale, a cui far fronte mediante formule generiche o di rito, ma deve chiaramente dar conto delle ragioni che impongono di non frazionare l'appalto. L'onere motivazionale in questione non può infatti essere soddisfatto in maniera solo apparente o generica, dovendo invece, la Stazione Appaltante, indicare specificatamente le ragioni tecniche ed economiche che giustificano l'affidamento in unitario del servizio.

Sul punto giova tornare sul Considerando 78 della Direttiva 2014/24/UE ai sensi del quale gli eventuali motivi a sostegno della scelta di non suddividere l'appalto in lotti – da indicare nei documenti di gara - potrebbe «... *potrebbero, per esempio, consistere nel fatto che l'amministrazione aggiudicatrice ritiene che tale suddivisione possa rischiare di limitare la concorrenza o di rendere l'esecuzione dell'appalto eccessivamente difficile dal punto di vista tecnico o troppo costosa, ovvero che l'esigenza di coordinare i diversi operatori economici per i lotti possa rischiare seriamente di pregiudicare la corretta esecuzione dell'appalto...*». In merito alla **sindacabilità della scelta di non frazionare l'appalto** è stato tra l'altro osservato che «...*come qualsiasi scelta della pubblica amministrazione anche la suddivisione in lotti di un contratto pubblico si presta ad essere sindacata in sede giurisdizionale amministrativa: e ciò ancorché l'incontestabile ampiezza del margine di valutazione attribuito all'amministrazione in questo ambito conduca per converso a confinare questo sindacato nei noti limiti rappresentati dai canoni generali dell'agire amministrativo, ovvero della ragionevolezza e della proporzionalità, oltre*

*che dell'adeguatezza dell'istruttoria»* (Consiglio di Stato, sez. V, 6 marzo 2017, n. 1038).

*E ancora «la scelta della stazione appaltante circa la suddivisione in lotti di un appalto pubblico, deve dunque costituire una decisione che deve essere funzionalmente coerente con il complesso degli interessi pubblici e privati coinvolti dal procedimento di appalto, da valutarsi nel quadro complessivo dei principi di proporzionalità e di ragionevolezza»* (Consiglio di Stato, sez. III, 4 marzo 2019, n. 1491).

Come ricavabile dalla lettura delle pronunce segnalate, tuttavia, la suddivisione i lotti in alcuni casi potrebbe ledere il principio di economicità: se da una parte la scelta di non suddividere l'appalto in lotti configura oggi - alla luce dell'espresso "obbligo" di frazionamento imposto dall'art. 51 del Codice Appalti - una violazione di legge, dall'altra anche l'artificiosa suddivisione in lotti potrebbe, all'opposto, essere censurata per eccesso di potere nelle forme della carenza dell'istruttoria, della irragionevolezza e non proporzionalità, potendo il frazionamento "forzoso" condurre allo sviamento delle regole di concorrenza nonché al possibile affidamento "diretto" ad un operatore economico, tanto da giungere a poter configurare il reato di abuso d'ufficio, che assume rilievo penale (Corte di Cassazione, Sez. penale, 11 giugno 2018 n. 26610, sul perfezionamento del reato di abuso d'ufficio).

Recentissima la pronuncia dei Giudici di Palazzo Spada che, con riferimento a una procedura per l'affidamento di un contratto misto di servizi e lavori in ragione di connessione fra le diverse prestazioni ai sensi dell'art. 28 del Codice, hanno rilevato che «*Deve inoltre essere esclusa la violazione dell'obbligo di suddivisione degli appalti in lotti funzionali sancito dall'art. 51 del codice dei contratti pubblici "al fine di favorire l'accesso delle microimprese, piccole e medie imprese". In tanto può configurarsi l'obbligo in questione in quanto non vi si oppongono obiettive esigenze di connessione funzionale che rendano opportuno affidare congiuntamente prestazioni di servizi e lavori e che all'opposto sconsiglino di separare le stesse, come nel caso di specie dimostrato (...)* (sulla preferenza solo tendenziale espressa dalla disposizione in esame per la suddivisione degli appalti pubblici in lotti, Cons. Stato, V, 3 aprile 2018, n. 2044, cui aderisce Cons. Stato, III, 21 marzo 2019, n. 1857 e 22 febbraio 2019, n. 1222).

*Peraltro, nell'indire la gara de qua la Regione Toscana ha dato conto delle caratteristiche di "stretta interconnessione" oltre che di omogeneità e complessità delle forniture e dei servizi oggetto di appalto che avrebbero reso antieconomico e non efficiente la sua suddivisione in lotti, con ciò adempiendo all'obbligo di motivazione previsto dalla disposizione del codice dei contratti da ultimo citata per derogare alla regola della suddivisione in lotti. Deve ancora aggiungersi che il dichiarato obiettivo di favorire la partecipazione di imprese di minori dimensioni, cui la regola della suddivisione in lotti è preordinata, non sarebbe stato ragionevolmente raggiunto con la separazione dei lavori dalla preponderante componente di servizi oggetto dell'appalto (...)*» (Consiglio di Stato, sez. V, 15 gennaio 2020, n. 378).

Fermo restando l'obbligo di suddividere l'appalto in lotti sancito dalla norma e la contestuale previsione di derogabilità, la giurisprudenza ha individuato una terza possibilità per le stazioni appaltanti, ovvero **possibilità "intermedia" di suddividere l'appalto in lotti di importo elevato**, quale frutto del citato bilanciamento di interessi.

È stato infatti osservato – con riferimento al settore sanitario – che «L'art. 2-bis del d.lgs. n. 163/2006 stabiliva che gli appalti fossero suddivisi in lotti funzionali al fine di favorire l'accesso alle gare delle piccole e medie imprese, sempre che la suddivisione fosse "possibile ed economicamente conveniente", onerando le stazioni appaltanti della facoltà di esporre le ragioni della scelta di non frazionare l'affidamento. Con il passaggio all'art. 51 del d.lgs. n. 50/2016, sembra assistersi a un mutamento di prospettiva, venendo sancita la regola (almeno apparentemente) incondizionata della suddivisione della gara in lotti di importo adeguato e proporzionato, in modo da garantire l'effettiva possibilità di partecipazione da parte delle microimprese, piccole e medie imprese. Resta tuttavia ferma la praticabilità della scelta di non suddividere l'appalto in lotti, purché adeguatamente motivata. Nell'assetto disegnato dall'art. 51 cit., non può ritenersi preclusa alle stazioni appaltanti – con il corredo di idonea motivazione – l'ulteriore possibilità "intermedia" di

*suddividere l'appalto in **lotti di importo elevato**, sebbene questo finisca per rendere difficoltosa, se non impossibile, la partecipazione delle MIPMI. Lo spunto offerto dalla norma non è sfuggito alla giurisprudenza, la quale ha osservato come l'indizione di una gara suddivisa in lotti dal valore non adeguato ad assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione di microimprese, piccole e medie imprese, non escluda di per sé la legittimità dell'operato della stazione appaltante, tenuto conto che il modello legale ammette la deroga a una suddivisione in lotti rigidamente rispettosa dell'interesse partecipativo delle PMI, pur subordinata alla congrua illustrazione delle ragioni sottese alla suddivisione in lotti concretamente disposta e alla verifica della logicità e plausibilità delle ragioni stesse, in rapporto all'interesse pubblico perseguito in concreto (così Cons. Stato, sez. III, 26 settembre 2018, n. 5534). Quello della suddivisione in lotti, in altri termini, non è un obbligo inderogabile, come pure non è esclusa dal legislatore la formazione di lotti di importo elevato... D'altro canto, è parimenti palese che l'individuazione sempre e comunque di lotti di importo contenuto e agevolmente accessibili alle piccole e medie imprese riduce il vantaggio competitivo derivante alla stazione appaltante dalla formazione di lotti più ampi. In estrema sintesi, nell'ambito sanitario il tema della suddivisione degli appalti in lotti risente del rapporto dialettico con l'obbligo legale di fare ricorso ad acquisiti centralizzati. La convivenza di interessi potenzialmente confliggenti – revisione della spesa e tutela della concorrenza, sullo sfondo del diritto alla salute – esige di essere regolata, caso per caso, attraverso la consueta **opera di bilanciamento discrezionale** affidata alle amministrazioni coinvolte nella scelta e filtrata all'esterno attraverso la motivazione degli atti di indizione della procedura di gara»*

(TAR Toscana, Firenze, sez. III, 29 luglio 2019, n. 1162 – avverso la quale è stato proposto appello ma non è stato ancora pubblicato nessun provvedimento).

**La deroga alla suddivisione in lotti è condizionata alla formulazione di una specifica e concreta motivazione**

#### **4. Conclusioni**

Alla luce di quanto sin qui rilevato, tenuto in particolare conto degli indirizzi giurisprudenziali attestatisi in materia di frazionamento di una gara in lotti, il punto di snodo sembra risiedere proprio nella necessità di trovare un contemperamento tra interessi pubblici contrapposti: da una parte, garantire la più ampia partecipazione alle gare d'appalto da parte delle PMI ma garantendo al contempo l'appetibilità della procedura anche da parte delle imprese di più grandi dimensioni, dall'altra assicurare la razionalizzazione e il contenimento della spesa al fine di ottenere economie di mercato.

In tal senso, dunque, è il dimensionamento del lotto che rileva, fino al punto di ricorrere all'eventuale deroga al frazionamento, da motivare compiutamente affinché la scelta non sia censurabile in sede giudiziaria.

# La teoria del “rischio zero” ed il principio di precauzione: il caso di un appalto per la fornitura del vaccino anti-pneumococcico per bambini in età pediatrica



IL  
PUN  
TO

di Adriana Presti

## 1. La questione giuridica

Il Consiglio di Stato, Sez. III, con sentenza 3 ottobre 2019, n. 6655 ha affrontato una complessa vicenda in cui è stata contestata la gara indetta da S.C.R. Piemonte, con la quale è stata aperta la competizione tra due aziende titolari delle autorizzazioni alla messa in commercio di vaccini anti-pneumococcici: il Prevenar ed il Synflorix. La contestazione in sintesi ruota intorno all'assunto che l'Amministrazione non avrebbe potuto mettere in concorrenza, in unico lotto, due vaccini diversi per efficacia terapeutica e classificazione ATC, in virtù della più ampia copertura di Prevenar o PCV13 (che contrasterebbe 13 ceppi batterici) rispetto a quella di Synflorix o PCV10 (che ne contrasterebbe 10). Militerebbe in tale ottica il Piano nazionale di prevenzione vaccinale 2017-2019 (di seguito “PNPV”), il quale conterrebbe un'indicazione di preferenza in favore del vaccino tredici-valente (in luogo del decavalente), nella parte in cui: i) raccomanda “**il raggiungimento della massima protezione possibile in relazione al profilo epidemiologico prevalente e alla diffusione dei ceppi**”; ii) stabilisce che “l'offerta di una dose di PCV contenente un numero di valenze maggiore è fortemente raccomandata

a bambini mai vaccinati o che abbiano in precedenza completato il ciclo di vaccinazione con PCV7”; iii) conclusivamente fissa come proprio obiettivo “quello di garantire che i livelli di copertura raggiunti vengano mantenuti nel futuro in tutto il territorio del Paese senza alcuna discriminazione”. Sempre nell'ottica impugnatoria, il PNPV assumerebbe a proprio riferimento il contesto epidemiologico nazionale e perseguirebbe l'obiettivo di garantire il mantenimento dei livelli di copertura raggiunti in tutto il territorio del Paese, senza alcuna discriminazione per aree geografiche. Il PNPV e il **principio di precauzione** renderebbero, secondo tale impostazione, inaccettabile l'attuazione di un “*esperimento*” di riduzione della copertura che, in virtù di motivazioni di carattere puramente economico, finirebbe per aumentare il rischio sanitario per i pazienti. Di tal che la diversificazione su base regionale della proposta vaccinale, disattenderebbe gli obiettivi fissati dal Piano nazionale di prevenzione vaccinale, in quanto alimenterebbe una mobilità dei soggetti interessati verso l'offerta di maggiore gradimento ed in tale modo determinerebbe una possibile compromissione dei livelli omogenei di immunizzazione di gregge sin qui raggiunti sull'intero territorio nazionale.

## 2. Il principio di precauzione

Per comprendere appieno i termini della questione occorre chiedersi cos'è il concetto di precauzione. Affrontare il tema del principio di precauzione è una sfida di non poco conto. Si pensi già solo al fatto che a livello semantico sussiste una ambiguità tra il termine prescelto - "precauzione" - e l'estrinsecazione del principio stesso.

Fin dalla introduzione di siffatto principio viene riassunto con il brocardo "*better safe than sorry*". Sennonché, addentrandosi nella definizione compiuta del fenomeno, la suggestività del motto si fa via via evanescente, fino a lasciare il dubbio di non aver esattamente compreso di così si tratti. Partiamo pertanto dal dire cosa non è. Il principio di precauzione non si traduce in una strategia di prudenza. La strategia di prudenza è iscritta nella politica di valutazione dei rischi e fa parte del parere scientifico espresso da coloro che valutano il rischio. Solitamente, i soggetti a cui è demandata una valutazione del rischio prendono in considerazione i fattori d'incertezza scientifica utilizzando elementi di prudenza quali ad esempio:

- basarsi su modelli animali per stabilire gli effetti potenziali sull'uomo;
- utilizzare scale di peso corporale per i confronti tra le specie;
- adottare un fattore di sicurezza nella valutazione di una dose giornaliera ammissibile per tenere conto della variabilità intra e interspecifica; il valore di questo fattore varia in funzione del grado d'incertezza dei dati disponibili;
- non determinare dosi giornaliere ammissibili per le sostanze di cui sono noti gli effetti genotossici cancerogeni;
- prendere quale riferimento il livello « ALARA » (as low as reasonably achievable) per alcuni agenti tossici.

Vi sono situazioni, però, in cui i dati scientifici sono talmente insufficienti che **non è possibile concretamente applicare gli elementi di prudenza testé descritti**. Infatti la mancanza di modellizzazione dei parametri non consente alcuna estrapolazione dei dati e i rapporti causa/effetto sono ipotizzati ma non dimostrati. In queste situazioni le autorità politiche sono poste dinanzi al dilemma di agire o di non agire. Ed è proprio in tali precipue situazioni che si fa ricorso al principio di precauzione.

L'incertezza scientifica viene affrontata sul piano della gestione del rischio ed involge una prima decisione di natura prettamente politica: **agire o non agire**.

Nel caso che si decida di agire viene preso in considerazione il come agire. E ciò in base al principio di precauzione. Tale principio attiene, quindi, alla sfera di gestione del rischio, quando l'incertezza scientifica non consente una valutazione completa del rischio e si ritenga che il livello prescelto di protezione (in questo caso) della salute umana possa essere minacciato.

Nel caso in cui si ritenga necessario agire, le misure basate sul principio di precauzione devono essere, tra l'altro:

- proporzionali rispetto al livello prescelto di protezione,
- non discriminatorie nella loro applicazione,
- coerenti con misure analoghe già adottate,
- basate su un esame dei potenziali vantaggi e oneri dell'azione o dell'inazione (compresa, ove ciò sia possibile e adeguato, un'analisi economica costi/benefici),
- soggette a revisione, alla luce dei nuovi dati scientifici, e
- in grado di attribuire la responsabilità per la produzione delle prove scientifiche necessarie per una più completa valutazione del rischio.

In tal senso la Comunicazione della Commissione della Unione Europea COM/2000/00001 ha evidenziato che:

proporzionalità significa configurare le misure secondo il livello di protezione prescelto. Il rischio può essere raramente ridotto a zero, ma una valutazione incompleta del rischio può ridurre notevolmente l'ambito delle opzioni possibili per coloro che debbono gestirlo. Non sempre un divieto totale può essere una risposta proporzionale al rischio potenziale.

Tuttavia, in alcuni casi, è la sola risposta possibile;

- non discriminazione significa che situazioni comparabili non devono essere trattate in modo diverso e che situazioni diverse non debbono essere trattate nello stesso modo, a meno che non vi siano motivi oggettivi;

- coerenza significa che le misure debbono essere di portata e natura comparabili a quelle già

adottate in aree equivalenti, nelle quali tutti i dati scientifici sono disponibili;

- l'esame dei vantaggi e degli oneri comporta un confronto fra i costi generali della Comunità dell'azione e dell'inazione, nel breve e nel lungo periodo. Non si tratta semplicemente di un'analisi economica costi/benefici: la sua portata è molto più ampia e comprende considerazioni non economiche, quali l'efficacia delle possibili azioni e la loro accettabilità da parte del pubblico. Nell'effettuare tale analisi, si dovrà tenere conto del principio generale per cui la protezione della salute ha la precedenza sulle considerazioni economiche;

- soggette a revisione alla luce dei nuovi dati scientifici significa che le misure basate sul principio precauzionale dovrebbero essere mantenute finché le informazioni scientifiche sono incomplete o non concludenti e il rischio è considerato ancora troppo elevato da essere imposto alla società, tenuto conto del livello di protezione prescelto. Le misure dovrebbero essere riviste periodicamente alla luce dei progressi scientifici e, se necessario, modificate;

- attribuire la responsabilità per la produzione di prove scientifiche costituisce una conseguenza di tali misure. I paesi che impongono il requisito della previa approvazione (autorizzazione all'immissione sul mercato) sui prodotti considerati a priori pericolosi prevedono l'inversione dell'onere della prova, trattando tali prodotti come pericolosi a meno che e sino a quando gli operatori economici non compiano le ricerche necessarie per dimostrare che tali prodotti sono sicuri. Se non vi sono procedure di previa autorizzazione, la responsabilità di dimostrare la natura di un pericolo e il livello di rischio di un prodotto o di un processo può spettare agli utilizzatori o alle pubbliche autorità. In questi casi, potrebbe essere adottata una specifica misura precauzionale consistente nell'imporre l'onere della prova sul produttore o sull'importatore, ma ciò non può costituire una regola generale.

### 3. La decisione del Consiglio di Stato

Ciò posto, tornando al caso in esame, il nodo della questione attiene alla considerazione che il passaggio dal vaccino PCV13 al PCV10 realizzerebbe una sorta di "esperimento",

potenzialmente pregiudizievole per la sicurezza dei giovani pazienti, dettato solo da esigenze di tipo economico e contrastante con la regola cautelativa che impone che la valutazione della circolazione sierotipica venga condotta considerando non solo il contesto epidemiologico attuale, ma anche la sua possibile evoluzione alla luce dell'abbandono del vaccino maggiormente protettivo (il PCV13). Di talché il principio di precauzione comporterebbe la necessità di una scelta maggiormente cautelativa in grado "di garantire alla popolazione la massima protezione immunitaria nei confronti delle malattie pneumococciche", seguendo l'indicazione in tal senso espressa dal PNPV 2017-2019. Una scelta, dunque, a rischio zero.

Rinvinandosi alla lettura integrale della sentenza per gli aspetti prettamente tecnici e posta la differenza concettuale, già tracciata, che intercorre tra precauzione (limitazione di rischi ipotetici o basati su indizi) e prevenzione (limitazione di rischi oggettivi e provati), è necessario evidenziare che il principio di precauzione - dettato *in primis* dall'art. 191 del TFUE ed a seguire recepito da ulteriori fonti comunitarie e dai singoli ordinamenti nazionali - fa obbligo alle Autorità competenti di adottare provvedimenti appropriati al fine di scongiurare i rischi potenziali per la sanità pubblica, per la sicurezza e per l'ambiente, senza dover attendere che siano pienamente dimostrate l'effettiva esistenza e la gravità di tali rischi e prima che subentrino più avanzate e risolutive tecniche di contrasto.

L'attuazione del principio di precauzione comporta dunque che, ogni qual volta non siano conosciuti con certezza i rischi indotti da un'attività potenzialmente pericolosa, l'azione dei pubblici poteri debba tradursi in una prevenzione anticipata rispetto al consolidamento delle conoscenze scientifiche (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. IV, 11 novembre 2014, n. 5525 e sez. V, 18 maggio 2015, n. 2495).

Ed infatti la giurisprudenza nazionale non ha mancato di osservare che il cd. "principio di precauzione" fa obbligo alle Autorità competenti di adottare provvedimenti appropriati al fine di prevenire i rischi potenziali per la sanità pubblica, per la sicurezza e per l'ambiente, ponendo **una tutela anticipata rispetto alla fase dell'applicazione delle migliori tecniche proprie del principio di prevenzione** (T.A.R. Lazio Roma, Sez. II bis,

20-01-2012, n. 665). L'applicazione del principio di precauzione comporta infatti che, ogni qual volta non siano conosciuti con certezza i rischi indotti da un'attività potenzialmente pericolosa, l'azione dei pubblici poteri debba tradursi in una prevenzione anticipata rispetto al consolidamento delle conoscenze scientifiche, anche nei casi in cui i danni siano poco conosciuti o solo potenziali (T.A.R. Lazio Roma, Sez. II bis, 20-01-2012, n. 663).

Del resto come anticipato, la Comunicazione della Commissione Europea del 2 febbraio 2000 fornisce indicazioni di indirizzo in merito alle condizioni di applicazione del principio di precauzione, individuandole nelle due seguenti: (i) la sussistenza di indicazioni ricavate da una valutazione scientifica oggettiva che consentano di dedurre ragionevolmente l'esistenza di un rischio per l'ambiente o la salute umana; (ii) una situazione di incertezza scientifica oggettiva che riguardi l'entità o la gestione del rischio, tale per cui non possano determinarsene con esattezza la portata e gli effetti.

Nel conseguente bilanciamento delle più opportune iniziative di contenimento del rischio, la scelta del c.d. "rischio zero" entra in potenziale tensione con il principio di proporzionalità, il quale impone misure "congrue rispetto al livello prescelto di protezione" ed una conseguente analisi dei vantaggi e degli oneri dalle stesse derivanti. Di conseguenza non è sempre vero che un divieto totale od un intervento di contrasto radicale costituiscano "una risposta proporzionale al rischio potenziale", potendosi configurare situazioni e contesti specifici che rendono una tale strategia inopportuna, inutilmente dispendiosa, se non sostanzialmente improduttiva.

In siffatte ipotesi, per coniugare in modo bilanciato esigenze di precauzione e di proporzionalità, il Consiglio di Stato ha ricordato come la Commissione suggerisca **di modulare l'azione cautelativa in relazione alla evoluzione dei suoi risultati,**

sottoponendo le misure adottate ad un'opera di controllo e di "revisione, alla luce dei nuovi dati scientifici".

Condividendo questa linea di pensiero, anche la costante giurisprudenza ha ritenuto che il principio di precauzione, i cui tratti giuridici si individuano lungo il segnalato percorso esegetico fondato sul binomio analisi dei rischi — carattere necessario delle misure adottate, presuppone l'esistenza di un rischio specifico all'esito di una valutazione quanto più possibile completa, condotta alla luce dei dati disponibili che risultino maggiormente affidabili e che deve concludersi con un giudizio di stretta necessità della misura (*ex multis*, Cons. Stato, sez. V, n. 6250/2013; Cons. Giust. Amm. Sicilia Sez. Giurisd., n. 581/2015; Cons. Stato, sez. IV, n. 1240/2018).

**Nella prospettiva europea, l'azione precauzionale è pertanto giustificata solo quando vi sia stata l'identificazione degli effetti potenzialmente negativi (rischio) sulla base di dati scientifici, seri, oggettivi e disponibili, nonché di un "ragionamento rigorosamente logico" e, tuttavia, permanga un'ampia incertezza scientifica sulla "portata" del suddetto rischio.**



Nella vicenda in esame, il Collegio ha ritenuto carente la seconda delle due condizioni alle quali è subordinata l'adozione di misure precauzionali di maggiore impatto. Nel quadro empirico nel quale l'autorità pubblica è stata chiamata a determinarsi, **non è stata verificata, infatti, una condizione di rischio indeterminato e non controllabile tale da suggerire l'impiego alla massima intensità di tutti gli strumenti di contenimento del rischio.**

Ad escludere l'ipotesi limite del cd. "rischio zero" concorre il fatto che:

- i) l'evoluzione della situazione epidemiologica - oggetto di indagine svolte con metodo scientifico rigoroso - appare suscettibile di continuo monitoraggio;
- ii) il rischio potenziale di un innalzamento delle patologie da seriotipi attualmente silenti sarebbe fronteggiabile, nell'ipotesi in cui dovesse effettivamente concretizzarsi, con l'impiego di adeguati dispositivi di cura;
- iii) la strategia di profilassi attualmente in essere si presta, ove necessario, ad essere modificata, in modo tempestivo, con interventi correttivi in grado di innalzarne l'intensità.

La possibilità che le strategie vaccinali subiscano modifiche nel corso del tempo, adattandosi all'evoluzione dei contesti epidemiologici e della ricerca medica, costituisce, si badi, prospettiva del tutto coerente con l'opzione di una azione amministrativa "prudente", la quale ammette una variegata gamma di modalità esplicative, ivi incluse quelle attuate attraverso interventi progressivi e incrementali conseguenti alla evoluzione peggiorativa del quadro di osservazione. Al contempo, una strategia di sorveglianza effettuata in modo tale da consentire di attuare in tempi rapidi un incremento della profilassi, rappresenta soluzione ampiamente contemplata dalle autorità competenti nello specifico settore della prevenzione vaccinale ed adeguatamente supportata dal sistema sanitario della Regione Piemonte, secondo quanto riconosciuto nella relazione ISS, ove si legge che: *"in regione Piemonte, la sorveglianza dei casi da malattia invasiva da pneumococco è sensibile e ben strutturata, con una percentuale media di sierotipizzazione dei casi di circa l'80% nell'ultimo triennio, a fronte del 60% circa a livello nazionale. Essa sembra in grado di garantire una tempestiva disponibilità di dati. Infatti, la sorveglianza, sia a livello regionale che nazionale, deve essere in grado di innescare in tempi rapidi una valutazione dell'opportunità di effettuare un cambio di vaccino"*.

L'efficacia del sistema di sorveglianza dei sierotipi circolanti trova conferma nella relazione tecnica del 27 luglio 2017 del Servizio Regionale di Epidemiologia e si pone tra gli elementi che hanno indotto la Regione ad una valutazione di sostanziale equivalenza tra i due vaccini (*"Sulla base delle considerazioni espresse dal Ministero della Salute e sulla base di quanto dettagliato dalla relazione allegata, considerato che in Piemonte esiste un adeguato sistema di sorveglianza dei sierotipi circolanti, non si rilevano elementi sufficienti per differenziare l'uso dei due vaccini"*).

Il giudizio dell'ISS avvalorava il punto di ragionevole composizione illustrato, in quanto l'impiego del

PCV10 viene ritenuto compatibile con l'attuale situazione epidemiologica e questa valutazione conclusiva è accompagnata, ma non inficiata nella sua sostanza, dall'avvertimento circa la necessità di maturare un più ampio tempo di osservazione del fenomeno.

L'eventualità di una futura scelta correttiva, d'altra parte, è rinviata alla sopravvenienze di evidenze scientifiche *"sulla franca superiorità nell'efficacia in pratica di uno dei due prodotti"* che, tuttavia, l'ISS ribadisce essere *"al momento non .. ancora disponibili"*.

Il Consiglio di Stato ha dunque concluso che, anche se esaminate nell'ottica di una corretta applicazione del principio di precauzione, non si evidenziano nelle scelte sottese agli atti impugnati gli elementi sintomatici di un esercizio irragionevole del potere.

D'altra parte, il sindacato sulla motivazione delle scelte discrezionali, anche se pervaso da significative componenti tecniche, deve essere rigorosamente mantenuto sul piano della verifica della non pretestuosità della valutazione degli elementi di fatto acquisiti; e, nel caso di specie, se è indiscussa l'attendibilità delle acquisizioni tecnico-scientifiche poste a base di tale valutazione, altrettanto deve dirsi della plausibile ragionevolezza delle determinazioni che l'amministrazione ha inteso trarne, all'esito della ponderazione dei diversi interessi affidati alle sue cure.

Ne discende che il vaccino decavalente e il vaccino tredicivalente, secondo il Consiglio di Stato, possono essere messi in competizione al prezzo più basso, in ragione del fatto che il principio di precauzione non ha valore assoluto, ma va applicato con proporzionalità.

**Il principio di precauzione non comportando quindi sempre e necessariamente l'adozione di scelte a "rischio zero" di fatto si sostanzia nella predilezione di soluzioni intermedie che si prefiggono lo scopo di contemperare la minimizzazione dei rischi e la massimizzazione dei vantaggi.**



#### **4. Talune considerazioni**

Il Consiglio di Stato ha apertamente aderito alla teoria che rifiuta di concepire il principio di precauzione come strumento utile alla attuazione della strategia c.d. rischio zero.

Il principio di precauzione persegue l'ambizioso obiettivo di regolamentare le azioni delle autorità pubbliche che si trovano a dover gestire rischi collettivi.

È uno strumento che ha la funzione di bilanciare la minimizzazione dei rischi e la massimizzazione dei vantaggi. Il tutto tramite l'individuazione di una soglia-limite entro la quale il rischio è accettabile, ma altresì necessario anche al fine di promuovere il progresso tecnologico e la scienza medica. Progresso altrimenti reso impossibile dall'adozione sempre e comunque di logiche di abbattimento, ad ogni costo (anche economico), di qualunque fattore di rischio.

Tracciando una linea può dunque concludersi che allo stato il principio di precauzione si sostanzia in un processo a formazione progressiva della gestione del rischio, che va progressivamente adattato e modellato, per il tramite di interventi incrementali conseguenti alla evoluzione peggiorativa del quadro di osservazione.

# Pareri & Sentenze



## **Consiglio di Stato, Sez. V, 24/1/2020, n. 608**

*Il ricorso alla "procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara" in presenza di "ragioni di estrema urgenza"*

"L'art. 63 del d. lgs. n. 50/2016 autorizza, in presenza di "ragioni di estrema urgenza", il ricorso a "procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara", a condizione che: a) l'urgenza derivi da "eventi imprevedibili" e "in alcun caso imputabili" alla amministrazione aggiudicatrice, che rendano impossibile il rispetto dei termini "per le procedure aperte o per le procedure ristrette o per le procedure competitive con negoziazione"; b) della relativa giustificazione sia dato conto "con adeguata motivazione"; c) l'affidamento sia disposto "nella misura strettamente necessaria".

L'opzione riveste, all'evidenza, carattere di eccezionalità rispetto all'obbligo delle amministrazioni aggiudicatrici di individuare il loro contraente attraverso il confronto concorrenziale, sicché, per condiviso intendimento, la scelta di tale modalità richiede un particolare rigore nell'individuazione dei presupposti giustificativi, da interpretarsi restrittivamente (così, da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 8 agosto 2019, n. 5628)....".

**Consiglio di Stato, Sez. V, 16/1/2020, n. 389**

*1. Il servizio di mensa la disponibilità di un centro di cottura è suscettibile di avvalimento. La condizione di "esclusiva disponibilità" del centro, deve essere ragionevolmente intesa come necessità di un titolo giuridico per la sua disponibilità, e non come uso esclusivo dello stesso da parte dell'aggiudicatario*

“è stato già ammesso che in un appalto avente ad oggetto il servizio di mensa la disponibilità di un centro di cottura sia suscettibile di avvalimento. Infatti è stato affermato che “Ritiene il Collegio che il contratto di avvalimento (prodotto in atti) fosse idoneo a comprovare tale disponibilità, intesa come possibilità di utilizzare il centro cottura, sia sotto il profilo giuridico che nella realtà dei fatti: con esso infatti l'impresa ausiliaria (p.to 2) si impegnava espressamente a mettere a disposizione dell'avvalente il centro di cottura e le risorse necessarie, per l'intera durata delle obbligazioni contrattuali assunte dalla ditta avvalente” (Cons. Stato, sez. V, 24 agosto 2018, n. 5047); ed ancora “L'avvalimento non comporta alcuna consegna della struttura, oggetto del contratto, al raggruppamento ausiliato, né alcun suo utilizzo da parte di quest'ultimo. Il centro cottura resterà, infatti, in uso esclusivo alla ditta ausiliaria, unica titolata ad utilizzarlo in quanto anche titolare della relativa autorizzazione sanitaria. Conformemente all'insegnamento della giurisprudenza, sia comunitaria che nazionale, nel caso di avvalimento di un requisito di capacità tecnica, qual è un centro cottura per la produzione dei pasti, l'effettuazione di tutte le attività connesse al requisito oggetto di avvalimento deve infatti competere esclusivamente alla ditta ausiliaria, con il proprio personale e i propri mezzi. Tale principio è stato, da ultimo, espressamente codificato dall'art. 89, comma 9, d.lgs. n. 50/2016, che onera la Stazione appaltante, attraverso il RUP, a verificare in fase di esecuzione l'effettivo e diretto svolgimento delle prestazioni da parte dell'ausiliario, con le proprie risorse umane e i propri mezzi prestati” (Tar Lazio, Roma, sez. I-bis, 07 febbraio 2017, n. 2093). Quanto alla condizione di “esclusiva disponibilità” del centro, la stessa deve essere ragionevolmente intesa come necessità di un titolo giuridico per la sua disponibilità, e non come uso esclusivo dello stesso da parte dell'aggiudicatario: nel caso di specie la ditta ausiliaria ha la disponibilità esclusiva sul centro cottura, potendone godere e disporre in modo pieno ed esclusivo, il che integra la sussistenza dei presupposti che fondano la ratio sottesa alla scelta della stazione appaltante di richiedere la contestata esclusività.”

*2. La clausola sociale va formulata in maniera elastica e non rigida, rimettendo all'operatore economico concorrente finanche la valutazione in merito all'assorbimento dei lavoratori impiegati dal precedente aggiudicatario. L'appaltatore subentrante non è pertanto obbligato ad assumere tutto il personale in forza al gestore uscente, né lo stesso ha l'obbligo di applicare ai lavoratori esattamente le stesse mansioni e qualifiche che avevano alle dipendenze del precedente datore di lavoro*

“Sul tema dell'interpretazione delle clausole sociali deve richiamarsi il recentissimo precedente della Sezione che, con riferimento a clausole analoghe a quella inserita negli atti della gara di specie, ha osservato che “la clausola sociale contenuta nel disciplinare di gara (va) formulata in maniera elastica e non rigida, rimettendo all'operatore economico concorrente finanche la valutazione in merito all'assorbimento dei lavoratori impiegati dal precedente aggiudicatario, formulata in questi termini, è conforme alle indicazioni della giurisprudenza amministrativa secondo la quale l'obbligo di mantenimento dei livelli occupazionali del precedente appalto va temperato con la libertà d'impresa e con la facoltà in essa insita di organizzare il servizio in modo efficiente e coerente con la propria organizzazione produttiva, al fine di realizzare economie di costi da valorizzare a fini competitivi nella procedura di affidamento dell'appalto (cfr. Cons. Stato, sez. V, 10 giugno 2019, n. 3885; III, 30 gennaio 2019, n. 750; III, 29 gennaio 2019, n. 726; 7 gennaio 2019, n. 142; III, 18 settembre 2018, n. 5444; V, 5 febbraio 2018, n. 731; V, 17 gennaio 2018 n. 272; III 5 maggio 2017, n. 2078; V 7 giugno 2016, n. 2433; III, 30 marzo 2016, n. 1255)” (Cons. Stato, sez. V, 12 settembre 2019, n. 6148).

L'appaltatore subentrante non è pertanto obbligato ad assumere tutto il personale in forza al gestore uscente, né lo stesso ha l'obbligo di applicare ai lavoratori esattamente le stesse mansioni e qualifiche che avevano alle dipendenze del precedente datore di lavoro. Invero, l'onere di riassorbimento del personale, oggetto della clausola sociale, è legittimo solo se alla stessa viene attribuita un'interpretazione che rispetti le scelte organizzative dell'imprenditore."

**Consiglio di Stato, Sez. V, 7/1/2020, n. 64**

*La mera intenzione di verificare e sondare l'eventuale opportunità di proporre ricorso giurisdizionale non legittima un accesso meramente esplorativo a informazioni riservate, perché difetta la dimostrazione della specifica e concreta indispensabilità a fini di giustizia*

"...la legge non pone una regola di esclusione basata su una presunzione assoluta valevole ex ante, ma impone un valutazione in concreto dei motivi adottati a difesa del segreto, per modo che possa non essere preclusivamente vulnerato «l'accesso al concorrente ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto» (cfr. art. 53, ult. cpv. cit.)...Del resto, l'accesso è, nella materia in esame, strettamente legato alla sola esigenza di «difesa in giudizio»: previsione più restrittiva di quella dell'art. 24, comma 7, l. n. 241 del 1990, che contempla un ventaglio più ampio di possibilità, consentendo l'accesso, ove necessario, senza alcuna restrizione alla sola dimensione processuale (cfr. Cons. Stato, V, 9 dicembre 2008, n. 6121)...Ne consegue che, al fine di esercitare il diritto di accesso riguardo a informazioni contenenti eventuali segreti tecnici o commerciali, è essenziale dimostrare non già un generico interesse alla tutela dei propri interessi giuridicamente rilevanti, ma la concreta necessità (da riguardarsi, restrittivamente, in termini di stretta indispensabilità) di utilizzo della documentazione in uno specifico giudizio.

In particolare, contrariamente a quanto ritenuto dalla sentenza appellata, la mera intenzione di verificare e sondare l'eventuale opportunità di proporre ricorso giurisdizionale (anche da parte di chi vi abbia, come l'impresa seconda graduata, concreto ed obiettivo interesse) non legittima un accesso meramente esplorativo a informazioni riservate, perché difetta la dimostrazione della specifica e concreta indispensabilità a fini di giustizia."

**Consiglio di Stato, Sez. III, 7/1/2020, n. 86**

*Malfunzionamento del sistema telematico in una gara telematica imputato alla stazione appaltante*

"non può essere escluso dalla gara un concorrente che abbia curato il caricamento della documentazione di gara sulla piattaforma telematica entro l'orario fissato per tale operazione, ma non è riuscito a finalizzare l'invio a causa di un malfunzionamento del sistema, imputabile al gestore (v. di recente, per un caso non dissimile, Cons. St., sez. V, 20 novembre 2019, n. 7922 e anche la sentenza di questa sezione III, 7 luglio 2017, n. 3245, che però concerne un errore dell'impresa e non già un malfunzionamento del sistema).

Se rimane impossibile stabilire con certezza se vi sia stato un errore da parte del trasmittente o, piuttosto, la trasmissione sia stata danneggiata per un vizio del sistema, il pregiudizio ricade sull'ente che ha bandito, organizzato e gestito la gara (cfr., ex plurimis, Cons. St., sez. III, 25 gennaio 2013, n. 481)."

**TAR Piemonte, Torino, Sez. I, 7/1/2020, n. 16**

*È inammissibile il soccorso istruttorio in caso di mancata sottoscrizione digitale del documento contenente l'offerta economica*

“Secondo l’orientamento maggioritario la mancata sottoscrizione del documento contenente l’offerta economica non è sanabile mediante il ricorso all’istituto del soccorso istruttorio il quale, in virtù dell’articolo 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016, non può essere utilizzato per sanare le carenze degli elementi sostanziali dell’offerta economica, tra i quali rientra a pieno titolo, per le funzioni essenziali che essa spiega, la sottoscrizione, senza che sia necessaria un’espressa previsione nella lex specialis (Consiglio di Stato, sezione IV, 19 marzo 2015, n. 1425; T.a.r. Lazio, sede di Roma, sezione III quater, 2 luglio 2019, n. 8605; sezione III ter 22 dicembre 2015, n. 14451). ... La sottoscrizione dell’offerta economica è infatti rivolta non solo ad accertarne la provenienza e a garantire l’integrità del documento informatico ma anche a vincolare l’autore al contenuto del documento per assicurare la serietà, l’affidabilità e l’insostituibilità dell’offerta. Ammettere la regolarizzazione della mancata sottoscrizione e di qualsiasi altro elemento dell’offerta considerato essenziale dalla lex specialis significherebbe pertanto rimettere in termini un operatore economico che non ha trasmesso la propria offerta entro il termine perentorio fissato per la valida trasmissione.”

**Consiglio di Stato, Sez. III, 13/12/2019, n. 8480**

*1. "Il periodo di esclusione per grave illecito professionale consistito nelle significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, in applicazione diretta della direttiva 2014/24/UE, art. 57, § 7, ha durata triennale dalla data del fatto"*

“la condivisibile giurisprudenza di questo Consiglio di Stato ha già posto in risalto come, ai sensi dell’art. 80, comma 10, d. lgs. n. 50 del 2016, “il periodo di esclusione per grave illecito professionale consistito nelle significative carenze nell’esecuzione di un precedente contratto di appalto che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, in applicazione diretta della direttiva 2014/24/UE, art. 57, § 7, ha durata triennale dalla data del fatto, vale a dire dalla data di adozione della determinazione dirigenziale di risoluzione unilaterale” con la precisazione che “il triennio va computato a ritroso, dalla data del bando alla data del fatto” (Cons. Stato, V, 21 novembre 2018, n. 6576; in senso diverso, cfr. Cons. Stato, V, 19 novembre 2018, n. 6530). Il che è stato affermato peraltro in relazione a fattispecie anteriore all’ingresso in vigore del d. lgs. n. 56 del 2017 - che ha reso esplicito detto limite triennale - valorizzando la suindicata previsione della direttiva europea ed evidenziando la “violazione della normativa eurounitaria” che si sarebbe consumata se la disciplina interna “avesse inteso non porre alcun limite temporale alla rilevanza della portata escludente della pregressa risoluzione contrattuale”.

*2. Affinchè possa integrarsi l'ipotesi di omessa dichiarazione dell'esclusione da una precedente gara d'appalto è necessario che le informazioni di cui si lamenta la mancata segnalazione risultino, comunque, dal Casellario informatico dell'Anac*

“La giurisprudenza di questo Consiglio di Stato ha affermato in termini generali che, in riferimento all’omessa dichiarazione dell’esclusione da una precedente gara d’appalto, per potersi ritenere integrata l’ipotesi di omissione delle informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione (art. 80, comma 5, lett. c, d. lgs. n. 50 del 2016, nella formulazione anteriore alle modifiche di cui al d.l. n. 135 del

2018) "è necessario che le informazioni di cui si lamenta la mancata segnalazione risultino, comunque, dal Casellario informatico dell'Anac, in quanto solo rispetto a tali notizie potrebbe porsi un onere dichiarativo ai fini della partecipazione alle procedure di affidamento (...) (così Cons. Stato, V, n. 2063/18 e id., III, n. 4266/2018 cit.)" (Cons. Stato, V, n. 6576/2018, cit.; nello stesso senso, oltre ai precedenti richiamati dalla citata sentenza, cfr. Cons. Stato, V, 3 settembre 2018, n. 5136; 4 luglio 2017, n. 3257 e 3258; contra, v. Cons. Stato, n. 5171/2019, cit., cui segue tuttavia Cons. Stato, V, 27 settembre 2019, n. 6490, che si uniforma al precedente orientamento).

Nel caso di specie è pacifico come l'esclusione dalla gara e revoca dell'aggiudicazione provvisoria da parte del Comune di Treviso non risultasse iscritta al casellario informatico Anac al tempo in cui la OMISSIS rese le dichiarazioni relative alla procedura indetta dalla Cuc nolana - Comune di OMISSIS."

### **Autorità Nazionale Anticorruzione**

#### **DELIBERA N. 827 DEL 18 settembre 2019 PREC 120/19/L**

*In una procedura negoziata non risulta conforme ai principi generali l'utilizzo dell'ordine di arrivo della domanda di partecipazione quale criterio di selezione*

"... per quanto attiene alla doglianza relativa al criterio di individuazione dei soggetti da invitare basato sull'ordine di arrivo delle domande di partecipazione, che le richiamate "Linee guida n. 4" ribadiscono che le procedure sotto soglia devono essere condotte nel rispetto dei principi di cui all'art. 30 del Codice dei contratti, declinando in particolare il principio della libera concorrenza quale effettiva contendibilità degli affidamenti da parte dei soggetti potenzialmente interessati e il principio di pubblicità e trasparenza quale conoscibilità della procedura di gara e facilità di accesso alle informazioni. Le medesime Linee guida suggeriscono, ove non siano stati previsti criteri oggettivi per la selezione dei fornitori e risulti idoneo a partecipare alla procedura un numero di operatori economici superiore a quello predeterminato, di ricorrere al sistema del sorteggio, a condizione che ciò sia stato debitamente reso noto nell'avviso a manifestare interesse...il criterio di selezione basato sull'ordine cronologico di arrivo, cioè sulla tempestività della domanda, non è in grado di garantire la medesima casualità del sorteggio e di neutralizzare il possibile rischio di asimmetrie informative tra i potenziali concorrenti. La pubblicità, ove (come nel caso di specie) si decida di rendere nota la procedura mediante un avviso di manifestazione di interesse, deve essere "funzionale", nel senso che il mezzo prescelto deve essere idoneo allo scopo di raggiungere la più ampia sfera di potenziali operatori interessati all'affidamento, in relazione all'entità e all'importanza dell'appalto (deliberazione AVCP n. 13 del 23 aprile 2014). Tale obiettivo risulta sostanzialmente vanificato dall'utilizzo del criterio cronologico dell'ordine di arrivo delle candidature, quale metodo di selezione per gli operatori da invitare. Questa criticità in fase applicativa è stata più volte riscontrata dall'Autorità nell'ambito dell'attività di vigilanza ed è stata segnalata anche nel documento di consultazione predisposto ai fini dell'aggiornamento delle Linee guida n. 4 (febbraio 2019)."

**Autorità Nazionale Anticorruzione****DELIBERA N. 934 del 16 ottobre 2019  
PREC 156/19/S**

1. *"L'iscrizione camerale è assurta, ex art. 83, co. 1 lett. a) e 3 d. lgs. 50 del 2016, a requisito di idoneità professionale e anteposto ai più specifici requisiti attestanti la capacità tecnico-professionale ed economico-finanziaria dei partecipanti alla gara"*

"... secondo la giurisprudenza (T.A.R. Lazio Roma Sez. II ter, Sent. 23 luglio 2018, n. 8325), «per effetto del disposto del nuovo codice dei contratti pubblici, l'iscrizione camerale è assurta, ex art. 83, co. 1 lett. a) e 3 d. lgs. 50 del 2016, a requisito di idoneità professionale e anteposto ai più specifici requisiti attestanti la capacità tecnico-professionale ed economico-finanziaria dei partecipanti alla gara, di cui alle successive lettere b) e c) del medesimo comma 1; utilità sostanziale della certificazione camerale è filtrare l'ingresso in gara dei soli concorrenti forniti di una professionalità coerente con le prestazioni oggetto dell'affidamento pubblico [...] l'oggetto sociale viene inteso come la misura della capacità di agire della persona giuridica, la quale può validamente acquisire diritti ed assumere obblighi solo per le attività comprese nello stesso, come riportate nel certificato camerale ( Cons.St. sez. III, 10/11/2017, n. 5182; v. anche Cons. St. sez. III, 08/11/2017, n. 5170, secondo cui a parziale mitigazione di tale impostazione si sostiene, d'altra parte, che detta corrispondenza contenutistica - tra risultanze descrittive del certificato camerale e oggetto del contratto d'appalto - non debba tradursi in una perfetta ed assoluta sovrapposibilità tra tutte le componenti dei due termini di riferimento, ma che la stessa vada appurata secondo un criterio di rispondenza alla finalità di verifica della richiesta idoneità professionale, e quindi in virtù di una considerazione non già atomistica e frazionata, bensì globale e complessiva delle prestazioni dedotte in contratto [...] ciò che rileva allo scopo della partecipazione è il possesso da parte dell'impresa contraente, in data anteriore alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte fissato dal bando, della capacità tecnica e della specifica professionalità, necessarie per la corretta esecuzione delle prestazioni affidate e certificate, con effetto ricognitivo, da un'iscrizione alla Camera di Commercio avente un oggetto congruente con quello dell'appalto»"

2. *"Della situazione di incompatibilità dei commissari di gara deve fornirsi adeguata e ragionevole prova, desumibile da una qualche comprovata ragione di interferenza e di condizionamento tra i due ruoli"*

"... In relazione poi all'art. 77, co. 4 del d.lgs. n. 50/2016, il quale dispone che i commissari non devono avere svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta, la giurisprudenza ritiene che, nell'applicazione della norma, si debba escludere qualsiasi automatismo e si debba valutare caso per caso se i pregressi incarichi possano condizionare le scelte da assumere in veste di commissario. Di tale situazione di incompatibilità deve fornirsi altresì adeguata e ragionevole prova, desumibile da una qualche comprovata ragione di interferenza e di condizionamento tra i due ruoli (Cons. Stato, sent. 29 luglio 2019, n. 5308; sent. 26 aprile 2018, n. 2536). Nel caso di specie, non risulta comprovato che l'aver svolto un ruolo di formazione nei confronti degli operatori del precedente appalto abbia necessariamente condizionato le scelte dei commissari della gara attuale. Fra l'altro il punteggio attribuibile alla formazione ed esperienza del personale era di 25/70, quindi non preponderante rispetto al totale e non automaticamente sintomatico di un condizionamento."

**Autorità Nazionale Anticorruzione**

**DELIBERA N. 1031 del 30 ottobre 2019  
PREC 162/19/S-PB**

*"Motivi di esclusione – Annotazione nel casellario informatico dell'ANAC – Sopravvenienza dell'iscrizione durante lo svolgimento della gara – Cessazione dell'efficacia della sanzione interdittiva prima della verifica dei requisiti – Esclusione dalla gara – Legittimità.*

L'effetto escludente dell'iscrizione nel casellario informatico per avere presentato false dichiarazioni o falsa documentazione nelle procedure di gara oppure ai fini del rilascio dell'attestazione di qualificazione si produce quando ricade nel periodo di efficacia della sanzione non solo il termine di presentazione delle offerte, ma anche lo svolgimento della gara, in quanto viene meno la continuità nel possesso dei requisiti di partecipazione."

**Autorità Nazionale Anticorruzione**

**DELIBERA N. 1050 DEL 13 novembre 2019  
PREC 165/19/S**

*"1. Gara MEPA – Offerta economicamente più vantaggiosa – Assenza rigo per caricamento offerta tecnica – Modifica modalità presentazione offerta – Utilizzo del canale Comunicazioni – Canale Irrituale – Rischi malfunzionamento MEPA ricadono su chi ne ha fatto un uso improprio*

I rischi di mancato perfezionamento dell'iter procedurale o malfunzionamento dello strumento telematico-informatico ricadono sul soggetto che ne ha fatto un uso improprio.

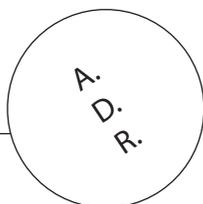
*2. MEPA – Richiesta di presentazione offerta tecnica tramite canale Comunicazioni - Limiti dimensioni files allegabili - È onere della stazione appaltante indicarli agli operatori economici*

Nel caso in cui vizi dello strumento informatico, non imputabili all'operatore economico, impongano modifiche alle modalità di presentazione delle offerte e l'Amministrazione opti per l'utilizzo di canali irrituali, è suo onere fornire agli operatori economici la più completa ed esaustiva informazione sulle specifiche tecniche del canale prescelto.

*3. Modifica modalità presentazione offerta – Costituisce una modifica significativa degli atti di gara – Obbligo di proroga dei termini per la presentazione delle offerte*

La modifica delle modalità di presentazione dell'offerta, quando sia accompagnata dalla scelta di canali impropri per l'adempimento, integra una modifica significativa degli atti di gara ai sensi e per gli effetti dell'art. 79, comma 3, lett. b) del d.lgs. 50/2016."

# A Domanda Rispondiamo



## 1 Quando è consentito il ricorso alla procedura semplificata per l'affidamento degli incarichi di progettazione?

Con la legge di bilancio 2020, L. n. 160/2019, al comma 259, è stata introdotta una deroga alle prescrizioni dell'art. 157 D.Lgs. 50/2016 che prevede al c. 2 l'utilizzo della procedura di cui all'art. 36 c.2 lett. b), (valutazione di 5 operatori) per l'affidamento di incarichi con valore compreso tra 40.000 e 100.000 euro. La disposizione contenuta nella legge di bilancio prevede quindi che si possa utilizzare la procedura semplificata per gli affidamenti con valore fino alla soglia di rilevanza comunitaria. La deroga ha valore solo per gli interventi concernenti la messa in sicurezza degli edifici scolastici con lo scopo di accelerare gli interventi di progettazione, per il periodo 2020-2023.

## 2 Come cambiano le soglie di rilevanza comunitaria per gli appalti?

Con l'emanazione dei Regolamenti (UE) 2019/1827, 1828, 1829, 1830, del 30 ottobre 2019, sono state rideterminate le soglie di rilevanza comunitaria. La validità delle nuove soglie decorre dal 01.01.2020. Pertanto per gli appalti di lavori e per le concessioni il valore è euro 5.350.000;

per le amministrazioni aggiudicatrici che sono autorità governative centrali indicate nell'allegato III del D.Lgs. 50/2016 la soglia è di euro 139.000 per gli appalti pubblici di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione;

per le amministrazioni aggiudicatrici sub-centrali la soglia è di euro 214.000 per gli appalti pubblici di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione;

per gli appalti di servizi sociali e di altri servizi specifici elencati all'allegato IX del D.Lgs. 50/2016 la soglia è di euro 750.000 per entrambe le tipologie di amministrazione.

Nei settori speciali le soglie ammontano a euro 428.000 per gli appalti di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione; euro 1.000.000 per i contratti di servizi, per i servizi sociali e altri servizi specifici elencati all'allegato IX del D.Lgs. 50/2016.

### 3

#### Quali obblighi informativi verso l'Anac sono cambiati?

I Comunicati del Presidente dell'Anac del 18 dicembre 2019 e del 16.10.2019, stabiliscono che gli obblighi di acquisizione del CIG, di trasmissione dei dati e di pagamento del contributo in favore dell'Autorità previsti per i settori ordinari, vengano estesi ai contratti esclusi dall'ambito di applicazione del codice dei contratti pubblici, e ai Regimi particolari di appalto di cui alla Parte II, Titolo VI del codice medesimo, ivi compresi gli appalti aggiudicati da imprese che svolgono una delle attività previste dagli articoli da 115 a 121 del codice dei contratti pubblici (settori speciali). L'estensione, degli obblighi informativi già in essere per i settori ordinari, che prevedono la trasmissione all'Osservatorio dei contratti pubblici anche delle schede successive all'aggiudicazione, entra in vigore a decorrere dal 1° gennaio 2020 con riferimento ai CIG aventi data di pubblicazione pari o successiva al 1° gennaio 2020.

### 4

#### In caso di consorzio stabile le verifiche sul possesso dei requisiti devono essere fatte su tutte le consorziate o solo su quelle designate esecutrici dell'appalto?

In sede di gara pubblica, la verifica sul possesso dei requisiti di ordine generale nel caso di consorzi di cooperative di produzione e lavoro (così come dei consorzi stabili) va perimetrata a quelle concretamente designate per l'esecuzione dell'appalto, restando viceversa indifferente l'eventuale carenza dei requisiti di ordine generale delle altre consorziate estranee alla esecuzione dell'appalto in quanto non designate dal sodalizio.

### 5

#### Se in corso di gara la stazione appaltante riscontra delle illegittimità deve ricalcolare la media o questa deve ritenersi cristallizzata ai sensi dell'art. 95 comma 15 del codice?

Secondo recente giurisprudenza la soglia non può ritenersi cristallizzata "almeno finché non sia spirato il termine per impugnare le ammissioni e le esclusioni" e comunque "finché la stessa stazione appaltante non possa esercitare il proprio potere di intervento di autotutela ed escludere 'un operatore economico in qualunque momento della procedura' e, quindi, sino all'aggiudicazione (esclusa, quindi, l'ipotesi di risoluzione "pubblicistica" di cui all'art. 108 del comma 1 del codice, successiva alla stipula del contratto).

Le Amministrazione aggiudicatrici, devono essere in grado di valutare le offerte loro presentate in condizioni di concorrenza effettiva e quindi di assegnare l'appalto in applicazione dei criteri, anch'essi stabiliti nell'interesse pubblico, del prezzo più basso o dell'offerta economicamente più vantaggiosa, pertanto, dovrebbe essere loro consentito di ricalcolare la soglia se in corso di gara riscontrassero delle illegittimità. Un diverso orientamento, che non considerasse tale potere di intervento in autotutela a procedura ancora aperta, da parte dell'amministrazione, e di esclusione dei concorrenti in qualunque momento della gara (art. 80, comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016), creerebbe un irrigidimento non conforme ai principi costituzionali ed europei, prima ancora che alle disposizioni del codice, «contrario all'interesse stesso delle amministrazioni aggiudicatrici.

**(Cfr. Cons. Stato sentenza n. 6013 del 2/09/2019, Cons. Stato sez. III, 27 aprile 2018, n. 2579).**

## 6

**È legittima una soglia di sbarramento pari al 60% del valore massimo attribuibile all'offerta tecnica?**

La previsione di una soglia di sbarramento pari al 60% del valore massimo attribuibile all'offerta tecnica appare coerente con la ratio dell'art. 95, comma 8 del D.lgs. n. 50/2016. Nell'ambito del criterio selettivo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la previsione di una soglia di sbarramento consente di garantire il migliore livello qualitativo delle offerte presentate, con conseguente scarto di quelle offerte che, pur potendo apparire convenienti sotto il profilo economico, possano, però, essere a priori riconosciute come non conformi rispetto a determinati standard minimi già individuati, sul piano più generale, dalla *lex specialis*. Ciò, evidentemente al fine di evitare "a monte" il rischio di prestazioni inadeguate e di offerte, nel complesso, inaffidabili.

Nel rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento, le stazioni appaltanti hanno la libertà di determinare, in base alle necessità e all'interesse pubblico da perseguire, il livello di qualità tecnica che le offerte devono garantire, tenuto conto dell'oggetto dell'appalto e delle sue caratteristiche (Corte di Giustizia C-546/16 del 28 settembre 2018). La soglia di sbarramento viene fissata discrezionalmente dalla Stazione Appaltante al fine di valorizzare l'elemento qualitativo con il solo limite della logicità e ragionevolezza.

**(Cfr. Tar Puglia, sez. III, Bari, 17 luglio 2019, n. 1038).**

## 7

**In una procedura negoziata ex art. 36 comma 2 lett. b) del codice, è consentita la presentazione dell'offerta da parte di un operatore economico non invitato dalla Stazione Appaltante?**

La ratio ispiratrice della procedura negoziata di all'art. 36, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, è quella di consentire all'Amministrazione, per il modesto valore dell'affidamento, di procedere alla scelta del contraente in maniera celere e semplificata. Diversamente dalle procedure ad evidenza, nelle procedure negoziate l'amministrazione avvia il dialogo con il singolo operatore economico attraverso la lettera di invito individuale a presentare la sua offerta.

Consentire ad ogni operatore economico, non invitato dall'amministrazione, ma che sia venuto a conoscenza degli inviti (e, dunque, dell'esistenza di una procedura), di presentare la propria offerta significa, di fatto, ribaltare la sequenza innanzi descritta e ripristinare l'ordinarietà, ciò in palese contrasto con le indicazioni normative.

Qualora la procedura di selezione del contraente sia stata correttamente avviata nella forme indicate dall'art. 36, D.Lgs. n. 50 del 2016, deve inevitabilmente concludersi che non sussiste lo spazio giuridico e nel contempo operativo per permettere l'ingresso di ditte non inizialmente selezionate dall'Amministrazione. Deve pertanto concludersi che legittima è l'esclusione dalla procedura di gara di un operatore economico che, non invitato, ne sia venuto a conoscenza e abbia presentato la propria offerta.

**(Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 12.09.2019 n. 6160).**

## 8

**In caso di partecipazione alla gara di un raggruppamento temporaneo di imprese, come vengono assolti gli obblighi di fatturazione nei confronti della stazione appaltante?**

L'art. 48 comma 16 del codice prevede che il rapporto di mandato non determina di per sé organizzazione o associazione degli operatori economici riuniti con la conseguenza che ognuno dei componenti l'RTI conserva la propria autonomia ai fini della gestione, degli adempimenti fiscali e degli oneri sociali.

L'Agenzia delle Entrate, con il Principio di diritto n. 17 del 17 dicembre 2018, conferma che quando, per l'esecuzione di un appalto pubblico, viene costituito un raggruppamento temporaneo di imprese (RTI), gli obblighi di fatturazione nei confronti della stazione appaltante sono assolti dalle singole imprese associate per la parte di competenza che ciascuna ha eseguito.

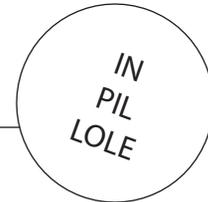
## 9

**Quali sono i contratti della P.A. da comunicarsi all'Agenzia delle Entrate?**

L'art. 20 co. 2 lett. e) della legge 413 del 1991 ha stabilito: "le pubbliche amministrazioni e gli enti pubblici devono comunicare all'anagrafe tributaria gli estremi dei contratti di appalto, di somministrazione e di trasporto conclusi mediante scrittura privata e non registrati, a fronte dei quali viene emessa una fattura". Successivamente, il provvedimento del Direttore dell'Agenzia del 10-3-2005 ha stabilito che: - la scadenza dell'adempimento è il 30 aprile di ogni anno; - la comunicazione deve riguardare i contratti dell'anno solare precedente; - sono oggetto di comunicazione i contratti di importo complessivo uguale o superiore ad € 10.330,00 al lordo dell'Iva.

# Trasmissione dati e rendicontazione... la chimera del principio di unicità dell'invio dei dati

di Giuseppe Croce



Proseguendo l'indagine sull'enorme "parco" di adempimenti informativi di cui son gravati i soggetti pubblici e loro operatori, in particolare il Rup, nell'ambito della gestione ordinaria dell'attività amministrativa e facendo seguito al precedente cenno (si veda precedente numero della rivista, in questa medesima sezione) reso sul tema AINOP, ci imbattiamo in una immensa ed articolata congerie di norme di primo, secondo e terzo livello, tra le quali necessariamente occorre districarsi per giungere al miglior risultato possibile che il più delle volte coincide con l'accesso ad un finanziamento.

Non basta impostare bene le istanze ed i procedimenti per avviare l'iter, occorre ben informarsi per espletare al meglio i successivi obblighi informativi sulle molteplici banche date dedicate, pena, la perdita di *chance* di accedere al finanziamento predetto, o peggio ancora restituire lo stesso totalmente o in parte, vedendo vanificata una ingente quantità di lavoro, tempo e risorse, magari per un "cavillo informatico"; per non

parlare poi delle non meno importanti conseguenze soggettivamente connesse alle *performance* sulle quali in questa sede non si approfondisce. Insomma una vera e propria corsa ad ostacoli! E il principio di unicità dell'invio dei dati dov'è?

Lo rammentiamo a noi stessi.

Il principio di unicità dell'invio dei dati e delle informazioni, principio tendenziale aggiungerei! non nasce con la prima versione del d.lgs. 50/2016 (il principio infatti non è nuovo nel nostro ordinamento), viene inserito nel Codice degli appalti solo nel 2017 col c.d. Correttivo (d.lgs. 56/2017); trova oggi sede prevalente, nell'art. 213, ma ancor prima all'art. 3 e soprattutto all'art. 29 (in tutte le sue versioni), perciò nel *gotha* dei principi cardine a fondamento dell'impalcato della contrattualistica pubblica.

Il principio di unicità, ci ricorda l'art. 3 lett. ggggg-bis) del Codice, si concreta nella considerazione per la quale "*ciascun dato è fornito una sola volta a un solo sistema informativo, non può essere richiesto*

*da altri sistemi o banche dati, ma è reso disponibile dal sistema informativo ricevente. Tale principio si applica ai dati relativi a programmazione di lavori, opere, servizi e forniture, nonché a tutte le procedure di affidamento e di realizzazione di contratti pubblici soggette al presente codice, e a quelle da esso escluse, in tutto o in parte, ogni qualvolta siano imposti dal presente codice obblighi di comunicazione a una banca dati”.*

Questa interazione è garantita tramite definizione di protocolli generali di interoperabilità e interscambio tra banche dati, definiti di concerto tra MEF, MIT, ANAC, Conferenza delle Regioni e delle Province autonome.

In questo senso il principio è tendenziale, nel senso che occorrerà “tendere alla perfezione” che attualmente evidentemente resta ideale e irrealizzata. Ciò implica che di strada da fare

certamente ne abbiamo molta e che per il momento le diverse banche dati devono essere popolate autonomamente e talvolta ancora tra loro non comunicano, non condividendo informazioni ridondanti.

Fatta questa doverosa premessa, scendiamo nel merito di alcuni specifici assolvimenti comunicativi vigenti.

Partiamo dalla lettura congiunta del comma 853 dell’art. 1 della legge n. 205/2017<sup>1</sup> e dell’art. 1 commi 139 e 140 della legge n. 145/2018<sup>2</sup>, apprendendo<sup>3</sup> che sussiste apposita graduatoria dei Comuni beneficiari del contributo stanziato per la realizzazione di interventi riferiti a opere pubbliche di messa in sicurezza degli edifici e del territorio e che l’assegnazione del contributo è collegata a doppio filo alla rendicontazione sui sistemi BDAP – MOP<sup>4</sup>, come previsto dal d.lgs. 229/2011.



1. “Al fine di favorire gli investimenti, per il triennio 2018-2020, sono assegnati ai comuni che non risultano beneficiare delle risorse di cui all’articolo 1, comma 974, della legge 28 dicembre 2015, n. 208, contributi per interventi riferiti a opere pubbliche di messa in sicurezza degli edifici e del territorio, nel limite complessivo di 150 milioni di euro per l’anno 2018, 300 milioni di euro per l’anno 2019 e 400 milioni di euro per l’anno 2020. I contributi non sono assegnati per la realizzazione di opere integralmente finanziate da altri soggetti”.

2. “Comma 139. Al fine di favorire gli investimenti sono assegnati ai comuni contributi per investimenti relativi a opere pubbliche di messa in sicurezza degli edifici e del territorio, nel limite complessivo di 350 milioni di euro per l’anno 2021, di 450 milioni di euro per l’anno 2022, di 550 milioni di euro annui per ciascuno degli anni dal 2023 al 2025, di 700 milioni di euro per l’anno 2026, di 750 milioni di euro annui per ciascuno degli anni dal 2027 al 2031, di 800 milioni di euro annui per ciascuno degli anni 2032 e 2033 e di 300 milioni di euro per l’anno 2034. I contributi non sono assegnati per la realizzazione di opere integralmente finanziate da altri soggetti.

Comma 140. Gli enti di cui al comma 139 comunicano le richieste di contributo al Ministero dell’interno entro il termine perentorio del 15 settembre dell’esercizio precedente all’anno di riferimento del contributo. La richiesta deve contenere le informazioni riferite alla tipologia dell’opera e al codice unico di progetto (CUP) e ad eventuali forme di finanziamento concesse da altri soggetti sulla stessa opera. La mancanza dell’indicazione di un CUP valido ovvero l’errata indicazione in relazione all’opera per la quale viene chiesto il contributo comporta l’esclusione dalla procedura. Per ciascun anno:

- a) la richiesta di contributo deve riferirsi a opere inserite in uno strumento programmatico;
  - b) ciascun comune può inviare una richiesta, nel limite massimo di 1.000.000 di euro per i comuni con una popolazione fino a 5.000 abitanti, di 2.500.000 euro per i comuni con popolazione da 5.001 a 25.000 abitanti e di 5.000.000 di euro per i comuni con popolazione superiore a 25.000 abitanti;
  - c) il contributo può essere richiesto per tipologie di investimenti che sono specificatamente individuate nel decreto del Ministero dell’interno con cui sono stabilite le modalità per la trasmissione delle domande.
- c-bis) non possono presentare la richiesta di contributo i comuni che risultano beneficiari in uno degli anni del biennio precedente.”

3. giusta previsione del Decreto del Capo del Dipartimento per gli affari interni e territoriali del 30/12/2019 del Ministero dell’Interno.

4. Indicare in BDAP la classificazione delle opere sotto la voce “Messa in sicurezza edifici e territorio-comma 853-2020”.

Il contributo viene distribuito in percentuali di avanzamento:

- 20% entro il 28/02/2020;
- 60% entro il 31/07/2020 previa verifica di avvenuto affidamento dei lavori<sup>5</sup> attraverso il sistema BDAP;
- ultimo 20% previa trasmissione al Ministero dell'Interno del certificato di collaudo ovvero di regolare esecuzione.

I lavori infatti dovranno essere affidati entro 8 mesi dalla data di pubblicazione in GURI del Decreto del Ministero dell'interno predetto (perciò a partire dal 15/01/2020), pena il recupero delle somme già erogate e l'assegnazione ad altri Comuni beneficiari, mediante scorrimento della graduatoria.

Meritevole di attenzione è anche la previsione di cui alla legge di bilancio 2020 (legge n. 160/2019), in particolare l'art. 1 comma 51 dedicato agli stanziamenti per il periodo 2020-2034 delle risorse destinate alla progettazione definitiva ed esecutiva, relativa agli interventi di messa in sicurezza del territorio a rischio idrogeologico, messa in sicurezza ed efficientamento energetico delle scuole, degli edifici pubblici e del patrimonio comunale, nonché per gli investimenti di messa in sicurezza di strade.

In merito a questo provvedimento, ciascun ente locale, aveva l'obbligo di formalizzare la propria richiesta di contributo tramite "l'AREA CERTIFICATI - TBEL, altri certificati" entro il 15 gennaio u.s.. Si attenderanno sicuramente indicazioni ulteriori relative alle modalità di rendicontazione delle risorse, per le quali comunque non ci si dovrebbe discostare dalle modalità canoniche e già sperimentate in passato su BDAP.

Infatti, questo adempimento non è stata una novità per il nostro ordinamento, in quanto fa seguito allo stanziamento simile impostato nella legge n. 145/2018 all'art. 1 che prevedeva medesime modalità di avvio e rendicontazione tempestiva c/o BDAP sotto la voce "Contributo piccoli investimenti legge di bilancio 2019".

A completamento di questa disamina, si richiama anche all'adempimento fissato dal Decreto Legge n. 34/2019 art. 30 (c.d. Decreto Crescita), col quale furono stanziati 500 milioni di euro a valere sul Fondo per lo Sviluppo e Coesione a cui i Comuni potevano accedere per favorire interventi di efficientamento energetico e sviluppo territoriale sostenibile.

L'accesso a questo finanziamento era possibile a patto che:

- non si fosse già ottenuto un finanziamento a valere su fondi pubblici o privati, nazionali, regionali, provinciali o strutturali di investimento europeo;
- si fosse trattato di opere aggiuntive rispetto a quelle programmate sulla base degli stanziamenti contenuti nel bilancio di previsione 2019;
- si fosse trattato di opere avviate entro il 31/12/2019.

Anche per questo adempimento l'erogazione dei contributi doveva avvenire per *tranche* (due per la precisione!), proporzionalmente alla dimensione del Comune destinatario, con rendicontazione sulla piattaforma BDU-IGRUE, classificando l'opera sotto la voce "Contributo comuni per efficientamento energetico e sviluppo territoriale sostenibile - DL crescita".

Al netto dell'*impasse* iniziale connessa alla mancanza di piena operatività della piattaforma SiMonWeb, attiva solo dal 31/10/2019 e che ha giustificato metodi alternativi di comunicazione e rendiconto fino a quel momento, possiamo dire con buon grado di certezza che le sezioni informative messe a disposizione da SiMonWeb ricalcano per la quasi totalità, le schermate di BDAP circa il corredo informativo.

Considerando altresì che l'interconnessione tra le banche dati, funzionale al principio di unicità dell'invio delle informazioni, per le comunicazioni in BDAP di cui al d.lgs. 229/2011, collega il Siope, il Dipe, il Simog e la BDU-IGRUE; non resta che auspicare una reale connessione che conduca all'inserimento unico dei dati.

---

5. Il controllo sull'affidamento dei lavori si diversifica circa il termine iniziale, in base alla tipologia di procedura seguita per l'affidamento, nella specie: la data di pubblicazione del bando, ovvero della lettera di invito in caso di procedura negoziata, ovvero della manifestazione della volontà di procedere all'affidamento.

Si aggiungano inoltre gli adempimenti fissati dallo stesso art. 29 del d.lgs. 50/2016, in tema di trasparenza e pubblicità dell'attività amministrativa in attuazione delle previsioni del "famigerato" d.lgs. 33/2013; o ancora, quelli fissati dall'art. 213 dello stesso Codice degli appalti, in tema di rendicontazione periodica delle fasi di affidamento e contratto, obbligatorie per ogni singola commessa pubblica; o ancora gli assolvimenti di cui all'art. 1 co. 32 della legge 190/2012, in tema di finalità anticorruptive e di trasparenza. Ebbene, tutto questo ci dà solo una vaga idea di quanto lo spazio dedicato all'implementazione di dati informativi grandemente ripetitivi, occupi la vita del dipendente pubblico incaricato.

L'auspicio e l'obiettivo del legislatore infatti, è quello di accorpare gli assolvimenti innanzi richiamati, puntando a che gli stessi si riducano sostanzialmente a seguito del transito automatico delle informazioni al solo inserimento di codici chiave quali CUP e CIG.

Attualmente però, non è così!

Si è chiamati all'implementazione periodica, differita e reiterata di dati che inevitabilmente ci si trova a reinserire svariate volte, in momenti diversi, con aggravio notevole dei tempi di lavorazione, con conseguente appesantimento dell'iter procedimentale complessivo nella gestione del lavoro quotidiano, con aumento esponenziale delle percentuali di errore e complessivamente con una elevata percentuale di incongruenza più o meno colpevole, dei medesimi dati tra loro, dovuta per lo più, alla differente tempistica di inserimento.

# 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](http://www.mediappalti.it)  
**Pubblicità:** [pubblicita@mediappalti.it](mailto:pubblicita@mediappalti.it)  
**Servizio abbonamenti:** [abbonamenti@mediappalti.it](mailto:abbonamenti@mediappalti.it)

Mediagraphic

**Redazione:** Mediagraphic s.r.l.  
Via Palmitessa, 40 - 76121 Barletta  
**Telefono:** 0883.527171 **Fax:** 0883.570189  
[redazione@mediappalti.it](mailto:redazione@mediappalti.it)

# i seminari in programma 2020

SEMINARI

## APPALTI

### Master: Gli Appalti pubblici in Italia

Trieste 24 Marzo, 07 Aprile, 21 Aprile, 05 Maggio, 19 Maggio e 09 Giugno  
Torino 07 Aprile, 23 Aprile, 07 Maggio, 21 Maggio, 09 Giugno e 16 Giugno

### Master: Gli Appalti pubblici in Sardegna

Cagliari 10 Marzo, 26 Marzo, 09 Aprile, 23 Aprile, 05 Maggio, 19 Maggio, 04 Giugno e 18 Giugno

Olbia 19 Marzo, 02 Aprile, 16 Aprile, 28 Aprile, 12 Maggio, 26 Maggio, 11 Giugno e 23 Giugno

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

Bolzano 24, 25, 26 Marzo; Palermo 21, 22, 23 Aprile; Bologna 28, 29, 30 Aprile; Genova 5, 6, 7 Maggio; Milano 19, 20, 21 Maggio; Roma 26, 27, 28 Maggio

### La complessa analisi delle modifiche dei contratti durante il periodo di efficacia (art. 106 dlgs 50/2016)

Cagliari 31 Marzo

### Esercitazione di aggiornamento per ENTI LOCALI E SOCIETÀ PUBBLICHE sulla procedure di acquisto nel MePA per forniture, servizi e lavori. Formazione operativa per RUP, Punti Ordinanti ed Istruttori

Bari 05 Marzo, Napoli 26 Marzo, Verona 31 Marzo, Roma 07 Aprile, Pescara 16 Aprile

### Esercitazione di aggiornamento per Enti del SERVIZIO SANITARIO NAZIONALE sulla procedure di acquisto nel MePA per forniture e servizi. Formazione operativa per RUP, Punti Ordinanti ed Istruttori

Trento 30 Aprile, Olbia 14 Maggio

### Il RUP: ruolo, profili operativi e di responsabilità per la figura di coordinamento degli appalti pubblici. La giurisprudenza prevalente

Palermo 12 Marzo, Bari 7 Aprile, Napoli 16 Aprile, Roma 12 Maggio

### I sistemi di Monitoraggio Nazionale delle Opere Pubbliche

Bolzano 25 Febbraio, Roma 25 Febbraio, Torino 3 Marzo, Verona 5 Maggio, Pescara 12 Maggio, Olbia 19 Maggio, Bari 27 Maggio

### Gli adempimenti post-aggiudicazione: le verifiche dei requisiti e la gestione delle informazioni alle banche dati

Genova 19 Marzo, Trento 9 Giugno, Trieste 25 Giugno, Cagliari 30 Giugno

### Il subappalto tra la normativa nazionale e le decisioni della Corte di Giustizia (ed il decreto legge 124/19): cosa fare

Milano 20 Febbraio, Verona 27 Febbraio, Bolzano 7 Aprile, Napoli 28 Aprile

### Conoscere la giurisprudenza in materia di codice dei contratti: come esaminarla e utilizzarla durante la gara. Analisi dei casi più controversi

Milano 3 Marzo, Pescara 10 Marzo, Roma 17 Marzo, Genova 31 Marzo, Bologna 21 Aprile, Bari 28 Aprile

### I contratti sotto soglia

Bolzano 12 Marzo, Napoli 12 Marzo, Milano 24 Marzo, Pescara 26 Marzo, Ancona 31 Marzo, Torino 2 Aprile, Palermo 2 Aprile, Verona 16 Aprile, Roma 21 Aprile

### Gli affidamenti sotto soglia comunitaria nei lavori pubblici

Bologna 31 Marzo, Genova 23 Aprile, Bari 14 Maggio

### La procedura di gara di beni e servizi dalla progettazione all'aggiudicazione: risvolti pratici e criticità

Ancona 12 Marzo, Verona 17 Marzo, Udine 9 Aprile, Pescara 28 Aprile, Palermo 7 Maggio

### Le tecniche di redazione dei capitolati di servizi e forniture e le problematiche più rilevanti in fase di esecuzione del contratto

Bari 19 Marzo, Ancona 28 Aprile, Milano 12 Maggio

## COMUNICAZIONE

### Perché nessuno mi capisce? Le basi per una comunicazione efficace

Cagliari 20 Maggio, Bolzano 28 Maggio

### Il Manager Coach. Raggiungere migliori risultati con i propri collaboratori

Roma 8, 9 Aprile, Milano 22, 23 Aprile

### Capi, Colleghi, Collaboratori

Bologna 16 Aprile, Trieste 23 Aprile, Torino 14 Maggio

## CONTABILITA'

### Il ciclo attivo nella Pubblica Amministrazione: dalla programmazione al contenzioso. Le problematiche della Fatturazione Elettronica, PagoPA

Torino 19 Marzo, Genova 21 Aprile, Cagliari 23 Aprile, Roma 28 Aprile, Verona 12 Maggio

MAGGIORI INFORMAZIONI SU SEDI E DATE DEI SEMINARI SU [WWW.MEDIACONSULT.IT](http://WWW.MEDIACONSULT.IT)

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!