

Rivista mensile - Anno XI, Numero 5

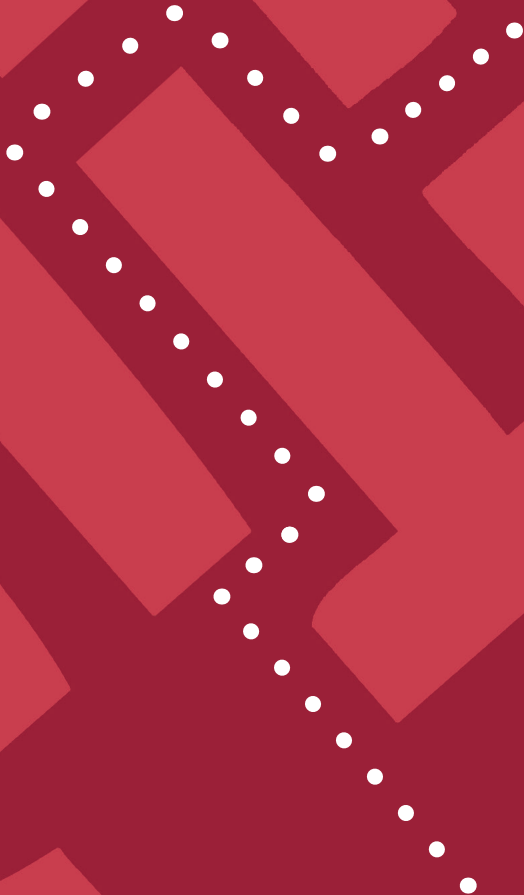
luglio
2021

MEDIA APPALTI

**Gli appalti pubblici nel
nuovo D.L. n. 77/2021:
tra novità e proroghe
del "vecchio" DL
Semplificazioni**

**Il nuovo Bando-tipo ANAC
in tema di procedure
telematiche**

**Avvalimento e meccanismo
di sostituzione
dell'ausiliaria: la CGUE
boccia la misura della
automatica esclusione
del concorrente
ausiliato in caso di
dichiarazioni mendaci rese
dall'ausiliaria**



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

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

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

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

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





approfondimento aggiornamento giurisprudenza informazione consulenza normativa

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

**luglio
2021**

Parità di genere

Facciamo una ricerca. Googliamo “donne cantiere”. Restringiamo l’indagine alle sole immagini. Il risultato rispecchia fedelmente l’immaginario collettivo. Donne e cantiere non sono parole che condividono gli stessi spazi. Sulla pagina appaiono foto di cantieri e uomini. Solo uomini. Le sporadiche donne che si incontrano nelle righe più sotto sono in veste di tecnici: ingegneri, architetti, responsabili della sicurezza.

La nostra curiosità prende le mosse dai propositi del nuovo codice degli appalti pubblici. “E’ previsto l’inserimento nei bandi di gara di clausole sociali e ambientali come requisiti necessari o premiali dell’offerta al fine di promuovere la stabilità occupazionale, l’applicazione dei contratti collettivi, le pari opportunità generazionali e di genere”, si legge nel comunicato del Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili. In più passaggi, nel disegno di legge di riforma degli appalti approvato il 30 giugno dal governo, si proclama il nobile intento di promuovere la parità di genere. Una sfida ardua che dovrà superare millenni di pregiudizi.

Nell’ambito degli appalti pubblici gran parte dei lavori sono connessi ad attività che si svolgono nell’edilizia. La costruzione di edifici pubblici, la realizzazione e manutenzione di strade, ponti,

viadotti, tunnel. Lavori che evocano polvere e sudore. Che associamo di riflesso a un volto maschile.

Siamo appena all’inizio della storia delle pari opportunità. Ed è una storia che stenta a decollare. Stiamo cercando di scriverla con le leggi, aggiungendo un pizzico di quote rosa all’organizzazione delle pubbliche amministrazioni e nelle cariche politiche. Premiando le aziende private che assumono donne.

È un inizio. Ma non saranno le leggi a portarci lontano. È altrove che si deve agire con maggiore insistenza. È nelle fondamenta della cultura generale che si deve intervenire. Nello smantellare i pregiudizi e nel riorganizzare la struttura sociale. L’edilizia? Lavoro da uomini. Servono muscoli forti per certi lavori. È vero, anatomicamente uomini e donne hanno corporature differenti. “Sebbene importanti fattori socioculturali possano essere almeno in parte considerati responsabili della diversa capacità fisica tra uomo e donna, è tuttavia ormai ben dimostrato che la capacità di lavoro muscolare della donna è approssimativamente minore del 20% rispetto a quella dell’uomo”, si legge su Treccani.

Assodata l'esistenza scientifica di differenze osteomuscolari tra uomini e donne, che nei secoli hanno scavato un profondo divario tra i due sessi nel ruolo che avrebbero svolto nella società, c'è da chiedersi se le distanze sedimentate con il passare del tempo non possano essere rimosse grazie alla tecnologia.

Oggi esistono attrezzi che permettono a chiunque di svolgere agevolmente lavori che fino a poco tempo fa erano ritenuti estremi, alla portata solo di un "fisico bestiale". Le forbici elettriche che utilizza mio padre per potare gli ulivi non richiedono mani possenti per eseguire il taglio. Basta pigiare leggermente sul grilletto. Elettronica e ingranaggi fanno il resto. Ci riuscirebbe anche un bambino.

La tecnologia è dalla parte delle pari opportunità. Il mondo del lavoro? Ci sono esempi di inserimento di donne in attività che consideriamo "prettamente maschili". Casi isolati, situazioni quasi inedite.

Il solo fatto che facciano notizie ne testimonia l'eccezionalità. Un'impresa assume trenta elettriciste, narra l'edizione di Massa Carrara de La Nazione. L'imprenditore ispirato dal "modello svedese" decide di aprire i propri cantieri alle donne.

Dalle testimonianze delle poche donne che, come operaie o come tecnici, lavorano in cantiere, emerge un fattore che incide in maniera determinante sulla loro possibilità di candidarsi serenamente per un lavoro in questo settore: il pregiudizio. Tutte raccontano che prima di essere accettate hanno dovuto dimostrare di essere all'altezza dei colleghi uomini. Sono pioniere. Devono aprire la strada alle future generazioni. Ce la faranno. Ma dovranno sudare e lottare.

Dalle donne al lavoro alle donne imprenditrici. Le imprese guidate da donne sono in crescita. Secondo i dati di Unioncamere, riferiti al 2020, sono un milione e 340mila. Tuttavia, nella classifica dei settori nei quali investono, l'edilizia resta sul fondo.

Per arrivare ad una società in cui ci sia pari dignità tra uomini e donne, un altro punto dovrà essere affrontato con determinazione: il welfare.

Nel già citato modello svedese "un fondamento importante nella promozione delle pari opportunità è rappresentato dalla politica della famiglia". Lo si legge su uno studio del sindacato scandinavo TCO. Nello stesso documento si esalta "l'apertura di asili nido per tutti i bambini a partire da un anno di età e scuole per l'infanzia" e l'equa distribuzione di congedi parentali tra i genitori.

L'Italia, anche se meno generosamente di altri stati europei, ha una sua politica di congedi parentali. Ne possono usufruire entrambi i genitori.

Secondo un'analisi dell'Osservatorio Conti Pubblici dell'Università Cattolica del Sacro Cuore tra il 2015 e il 2019 sarebbero 320mila i dipendenti del settore privato e agricolo che avrebbero usufruito del congedo. Di questi, l'82% erano donne. Un dato che manifesta come all'interno delle famiglie italiane sia solida la netta distinzione tra chi dovrebbe lavorare e chi dovrebbe starsene a casa.

Bambini faccende domestiche sono a carico delle donne. Se non si supera questa discriminante, non saranno i buoni propositi normativi a cambiare la società. Ma sorge un altro dubbio: ci sono altri fattori ad influenzare la scelta di chi deve prendersi cura dei bambini? Il lavoratore in congedo in Italia percepisce appena il 30% della sua busta paga.

La decisione sullo stipendio al quale rinunciare potrebbe essere calcolata sull'opportunità di lasciare intatta la fonte di reddito più elevata. Come scatole cinesi, in un problema ne troviamo un altro. In Italia, mediamente, gli stipendi delle donne sono, inspiegabilmente, più bassi del 10% rispetto a quelli dei colleghi uomini. Questo potrebbe giustificare quell'82%.

Sono molteplici le varianti sulle quali intervenire per garantire le pari opportunità. Bisogna lavorare sin dalle radici della nostra architettura sociale, in parte dovuta a secoli di storia e cultura e in parte sostenuta, nonostante i proclami, dagli attuali meccanismi politico amministrativi.

La strada che porta ad una società dei pari è tutta ancora da cantierizzare.

di Enzo De Gennaro

sommario

Editoriale

Parità di genere

4

In evidenza

Gli appalti pubblici nel nuovo D.L. n. 77/2021: tra novità e proroghe del "vecchio" DL Semplificazioni

7

Sotto la lente

Il nuovo Bando-tipo ANAC in tema di procedure telematiche

14

Hanno collaborato a questo numero:

Avv. Ilenia Paziani
Esperta in materia di appalti pubblici

Dott.ssa Alessandra Verde
Referendaria consiliare presso il Consiglio regionale

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

Avv. Riccardo Gai
Esperto in materia di appalti pubblici

Avv. Adriana Presti
Avvocato amministrativista,
esperto in contrattualistica pubblica

Avv. Paola Cartolano
Esperta in materia di appalti pubblici

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

Avv. Stefano de Marinis
of Counsel presso Piselli & partners,
già vicepresidente FIEC

Avv. Giuseppe Croce
Esperto in appalti pubblici

Il Punto

Perdita dei requisiti della
consorzata non esecutrice:
l'intervento dell'Adunanza
Plenaria n. 5/2021

23

Avvalimento e meccanismo di
sostituzione dell'ausiliaria: la
CGUE boccia la misura della
automatica esclusione del
concorrente ausiliato in caso
di dichiarazioni mendaci rese
dall'ausiliaria

30

Limiti di ammissibilità del
soccorso istruttorio su elementi
dell'offerta tecnica

37

Le norme di generale
applicazione del DL 77/2021
in tema di appalti

44

La nuova disciplina del
subappalto nella soluzione
ponte e a regime fissata dal dl
77/2021 (semplificazioni bis)

50

Pareri & Sentenze

56

A Domanda Rispondiamo

62

In pillole

66

Osservatorio sulla Corte dei Conti

Gli appalti pubblici nel nuovo D.L. n. 77/2021: tra novità e proroghe del “vecchio” DL Semplificazioni

di Ilenia Paziani



Introduzione

Il 1° giugno 2021 è entrato in vigore il D.L. 31 maggio 2021 n. 77 rubricato “*Governance del Piano nazionale di rilancio e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure*”.

Il nuovo decreto legge è suddiviso in due parti. La prima parte (articoli da 1 a 16) è dedicata alla *governance* degli interventi del PNRR ed è volta a regolare il sistema di coordinamento, gestione, attuazione, monitoraggio e controllo di tali interventi (Titolo I), nonché alla definizione di poteri sostitutivi, in caso di mancato rispetto da parte degli enti locali degli obblighi e degli impegni finalizzati all’attuazione del PNRR, delle procedure per il superamento del dissenso e di quelle relative alla gestione finanziaria delle risorse (Titolo II).

La seconda parte riguarda invece le disposizioni di accelerazione e snellimento delle procedure e di rafforzamento della capacità amministrativa, ed è articolata nei seguenti titoli:

- Titolo I – Transizione ecologica e velocizzazione del procedimento ambientale e paesaggistico (artt. 17-37);
- Titolo II – Transizione digitale (artt. 38 – 43);
- Titolo III – Procedure speciale per alcuni progetti PNRR (artt. 44 – 46);
- Titolo IV – Contratti pubblici (artt. 47 – 56);
- Titolo V – Semplificazione delle norme in materia di investimenti e interventi nel Mezzogiorno (artt. 57 – 60);
- Titolo VI – Modifiche alla legge 7 agosto 1990, n. 241 (artt. 61-63);
- Titolo VII - Ulteriori misure di rafforzamento della capacità amministrativa (artt. 64 – 67).

Lo scopo del decreto è quello di individuare gli strumenti necessari al fine di realizzare nuovi interventi strategici e per fare questo il legislatore ha individuato un apparato costituito da soggetti qualificati che avranno il compito di allocare le risorse, superando l’inerzia della pubblica amministrazione. Con il decreto legge è stato inoltre disposto il consolidamento di alcune disposizioni derogatorie già in vigore da un anno.

Il suddetto decreto è noto infatti anche come Decreto Semplificazioni-*bis*.

Tale appellativo è dovuto, in primo luogo, all'intento di "semplificare" (senza tuttavia prediligere un modello totalmente "derogatorio" come invece previsto dal c.d. "Modello Genova") le procedure di affidamento concernenti la realizzazione di opere che rientreranno nel PNRR (Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza), al fine di velocizzarne i tempi di realizzazione.

In secondo luogo, al fatto che il nuovo Decreto si colloca sulla scia del D.L. 16 luglio 2020 n. 76 convertito in legge n. 120/2021, cioè il "vecchio" Decreto Semplificazioni, dal quale mutua l'appellativo e modifica (tramite, come si vedrà, la tecnica delle "proroga") il testo a distanza di meno di un anno dalla conversione in legge.

Il nuovo Decreto Legge prevede due tipologie di norme:

- quelle che si applicheranno unicamente agli interventi finanziati con le risorse europee derivanti dal c.d. *Recovery Plan* (cioè dalle risorse previste dal Regolamento UE 2021/240 e 2021/241, nonché dal Piano nazionale per gli investimenti complementari di cui all'art. 1 del decreto legge 6 maggio 2021, n. 59);
- quelle che, seppure temporanee e derogatorie rispetto al Codice dei Contratti Pubblici, si applicheranno ad ogni tipologia di affidamento di lavori, servizi e forniture.

Ciò premesso, l'oggetto del presente contributo sarà quello di analizzare l'articolo 51 che ha apportato modifiche al c.d.

Decreto Semplificazioni che quindi interessano tutti gli affidamenti e non solo quelli finanziati "in tutto o in parte" con i fondi europei destinati al PNRR e al PNC.

Si delinea quindi di seguito l'attuale quadro delle procedure di affidamento riguardanti lavori, servizi e forniture applicabile a partite dal 1° giugno 2021, specificando che in ogni caso tale impianto normativo potrebbe subire modifiche a seguito della conversione in legge del Decreto.

1. Le modifiche al Decreto Semplificazioni: sotto soglia e Collegio Consultivo Tecnico

Il D.L. n. 77/2021 ha innanzitutto apportato due importanti novità in materia di appalti pubblici.

Si precisa però che tali novità investono le procedure emergenziali e quindi solamente il regime derogatorio temporaneo (come si vedrà, fino al 30 giugno 2023) inaugurato con il primo Decreto Semplificazioni. Le novità che si andranno di seguito ad analizzare non riguardano modifiche del Codice dei Contratti Pubblici, bensì esclusivamente delle disposizioni "emergenziali" del D.L. n. 76/2020 così come convertito in legge. L'articolo 51, rubricato "*Modifiche al decreto-legge 16 luglio 2020 n. 76*" ha infatti modificato la disciplina degli affidamenti sotto soglia indetti ai sensi del DL Semplificazioni.

In particolare, è stata modificata la disciplina dell'affidamento diretto che ora prevede la possibilità di affidare direttamente servizi e forniture per un valore fino a €. 139.000,00, anziché €. 75.000,00 come previsto dal primo Decreto Semplificazioni.

Per i servizi e le forniture di importo superiore a €. 139.000,00 ed inferiore alla soglia comunitaria è invece previsto l'espletamento di una procedura negoziata senza bando con l'invito di almeno 5 operatori.

Per quanto riguarda gli appalti di lavori invece l'articolo 51 ha eliminato la "fascia intermedia" in base alla quale era previsto l'affidamento con procedura negoziata senza bando con invito di 15 operatori per importi compresi tra 350.000,00 e un milione di euro.

La nuova disciplina prevede quindi che i lavori sotto soglia potranno essere affidati con procedura negoziata senza bando:

- con invito di almeno 5 operatori per importi tra €. 150.000,00 e un milione di euro;
- con invito di almeno 10 operatori per importi di valore compreso tra un milione di euro e la soglia comunitaria.

Novità. Servizi e forniture: affidamento diretto fino a €. 139.000,00; procedura negoziata senza bando con invito di 5 operatori fino a soglia comunitaria. Lavori: procedura negoziata senza bando con invito di 5 operatori da €. 150.000,00 € fino ad un milione di euro; con invito di 10 operatori da un milione di euro fino alla soglia comunitaria.



Il medesimo comma 1 dell'articolo 51 ha apportato modifiche anche alla disciplina del Collegio Consultivo Tecnico prevista dall'articolo 6 del DL n. 76/2020.

Sul punto è stata disposta la proroga fino al 30 giugno 2023 dell'obbligo di costituzione del Collegio Consultivo Tecnico per la risoluzione delle controversie nel corso dell'esecuzione dei contratti di lavori per la realizzazione di opere pubbliche di importo pari o superiore alla soglia comunitaria.

L'istituto inoltre ha subito alcune modifiche, in particolare è stata oggetto di ampliamento la possibilità di scelta dei membri del Collegio, i quali possono ora essere individuati (fatta eccezione per il Presidente) anche tra il personale dipendente e tra professionisti legati al committente o all'appaltatore da rapporti di lavoro autonomo o di collaborazione anche continuativa.

Un'altra importante modifica concerne il rafforzamento del valore delle determinazioni del Collegio Consultivo Tecnico.

Al comma 3 dell'articolo 6 del DL n. 76/2020 viene infatti aggiunto il seguente periodo *"quando il provvedimento che definisce il giudizio corrisponde interamente al contenuto della determinazione del collegio consultivo, il giudice esclude la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice che non ha osservato la determinazione, riferibili al periodo successivo alla formulazione della stessa, e la condanna al rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente relative allo stesso periodo, nonché al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di un'ulteriore somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto. Resta ferma l'applicabilità degli articoli 92 e 06 del codice di procedura civile"*.

In breve quindi, il legislatore ha posto a carico della parte che deliberatamente non rispetti una decisione assunta dal Collegio, poi confermata dal Giudice, le spese processuali nonché il pagamento allo Stato di *"un'ulteriore somma di importo corrispondente al contributo unificato"*.

Per quanto riguarda i costi del Collegio, l'articolo 6, comma 7, del DL n. 76/2020 prevedeva già *"un compenso a carico delle parti e proporzionato al valore dell'opera, al numero, alla qualità e alla tempestività delle determinazioni assunte"* in favore dei componenti.

La norma, inoltre, prevedeva il riconoscimento di un "gettone unico" qualora al Collegio non fossero richiesti né pareri, né determinazioni.

Tale previsione è stata però abrogata dal nuovo decreto.

A fronte di tale abrogazione ne discende che, qualora la costituzione del Collegio rimanga solo "formale", in quanto il Collegio non viene chiamato a svolgere alcuna

attività, i componenti non potranno percepire alcun compenso.

Infine, il legislatore ha aggiunto il comma 8-bis, all'art. 6 del DL 76/2020, con il quale ha stabilito che il Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili entro 60 giorni dall'emanazione del decreto dovrà approvare apposite "Linee guida" volte alla definizione del funzionamento del Collegio ed in particolare all'individuazione:

- dei requisiti professionali e i casi di incompatibilità dei componenti e del presidente del CCT;
- dei criteri preferenziali per la loro scelta;
- dei parametri per *"la determinazione dei compensi rapportati al valore e alla complessità dell'opera, nonché all'entità e alla durata dell'impegno richiesto ed al numero e alla qualità delle determinazioni assunte"*;
- delle modalità di costituzione e funzionamento del collegio e il coordinamento con gli altri istituti consultivi, deflattivi e contenziosi esistenti.

Ci si augura che con l'emanazione di suddette Linee Guida le Stazioni Appaltanti potranno usufruire di un quadro chiaro necessario per adempiere all'obbligo di previsione del Collegio Consultivo Tecnico, ormai in vigore da un anno.

Collegio Consultivo Tecnico: l'obbligo di costituzione è prorogato al 20 giugno 2023, viene ampliata la possibilità di scelta dei membri del Collegio e viene rafforzato il valore delle determinazioni del Collegio.



2. Le proroghe delle disposizioni del Decreto Semplificazioni fino al 30 giugno 2023

Come anticipato, l'articolo 51 in commento ha previsto la proroga di molte disposizioni del "vecchio" Decreto Semplificazioni, così consolidando il regime di affidamento "speciale" -avviato appena un anno fa- fino al 30 giugno 2023 e quindi per ulteriori due anni.

In particolare, l'ambito di applicazione del DL n. 76/2020 convertito in Legge n. 120/2020 è stato esteso -dal punto di vista temporale- alle procedure di affidamento la cui determina a contrarre o altro atto di avvio del procedimento equivalente sia adottato entro il **30 giugno 2023** (anziché entro il 31 dicembre 2021).

Tale modifica implica che, per i **contratti sotto soglia** comunitaria di cui all'articolo 1 del DL n. 76/2020, restano in vigore le seguenti disposizioni.

(i) Affidamento diretto

L'affidamento diretto per i **lavori** è previsto fino a **150.000,00 €.** e per i **servizi e le forniture** (anche servizi di ingegneria e architettura compresa la progettazione) fino a **139.000,00 €.** Sul punto, Il legislatore, poi, ha chiarito che *"in tali casi la stazione appaltante procede all'affidamento diretto, anche senza consultazione di più operatori economici, fermo restando il rispetto dei principi di cui all'articolo 30 del Codice dei contratti pubblici"*. L'affidamento diretto contemplato dal DL 76/2020, di tipo straordinario e giustificato dall'emergenza della pandemia, è un affidamento diretto *"puro"*, che consente quindi alle Stazioni Appaltanti di procedere anche senza il confronto tra più preventivi.

(ii) Procedura negoziata

Come visto al paragrafo 2, l'articolo 51 ha abrogato la fascia intermedia prevista per i lavori compresi tra 150.000,00 e 350.000,00 €.

Pertanto alla luce di tali modifiche, sarà possibile procedere con l'affidamento di:

- **servizi e forniture** di importo compreso tra **139.000,00 €.** e la soglia comunitaria (attualmente **214.000,00 €.**) con procedura negoziata senza bando invitando almeno 5 operatori;

- **lavori** di importo compreso tra **150.000,00 €.** e **1.000.000,00 €.**, con procedura negoziata senza bando invitando almeno 5 operatori;
- **lavori** sopra **1.000.000,00 €.** e fino alla soglia comunitaria (attualmente **5.350.000,00 €.**) con procedura negoziata senza bando invitando almeno 10 operatori.

La proroga ha inciso anche - senza apportare modifiche- anche su altre disposizioni.

In particolare, per quanto riguarda le regole di pubblicazione, per gli appalti sotto soglia, resta necessario pubblicare un avviso relativo all'avvio della procedura negoziata sul sito della stazione appaltante; nonché un avviso sui risultati della selezione che contenga l'indicazione dei "soggetti invitati" alla procedura negoziata, avviso che però non è mai necessario nel caso di affidamento diretto inferiore ai 40.000,00 €.

Inoltre gli affidamenti diretti possono essere realizzati tramite un unico provvedimento e cioè *"determina a contrarre, o atto equivalente"*.

In caso di procedura negoziata senza bando, è possibile applicare sia il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, sia il criterio del prezzo più basso, *"nel rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento"*.

Tuttavia, laddove il criterio di aggiudicazione prescelto sia quello del prezzo più basso, nel caso in cui siano ammesse in gara più di 5 offerte opererà l'**esclusione automatica delle offerte anomale**.

Parimenti applicabile continua ad essere la disposizione che prevede che non sarà richiesta la **garanzia provvisoria** per gli affidamenti diretti e le procedure senza bando.

Si rammenta tuttavia che la stazione appaltante può decidere di chiedere comunque la garanzia provvisoria se *"in considerazione della tipologia e specificità della singola procedura, ricorrano particolari esigenze che giustificano tale richiesta, che la stazione appaltante indica nell'avviso di indizione della gara o in altro atto equivalente"*; in tal caso *"il relativo ammontare è dimezzato"* rispetto a quanto già previsto dal medesimo art. 93.

Anche per i **contratti sopra soglia** comunitaria di cui all'articolo 2 del DL n. 76/2020, in virtù della

proroga del termine di applicazione, l'articolo 51 conferma il regime di affidamento "semplificato" di seguito indicato.

(i) Procedure applicabili

Gli affidamenti di lavori, servizi e forniture per importi superiori alle soglie comunitarie avvengono mediante procedura aperta, ristretta o, previa motivazione sulla sussistenza di ragioni di estrema urgenza legate al Covid-19, tramite procedura competitiva con negoziazione o il dialogo competitivo.

(ii) Termini di gara

In relazione alle procedure ordinarie, si applicano le riduzioni dei termini procedurali per ragioni di urgenza di cui agli articoli 60, comma 3, 61, comma 6, 62 comma 5, 74, commi 2 e 3, del decreto legislativo n. 50 del 2016.

Ed in particolare:

- per le procedure aperte le amministrazioni aggiudicatrici possono fissare un **termine non inferiore a 15 giorni** a decorrere dalla data di invio del bando di gara per la ricezione delle offerte (anziché 35 giorni);
- per le procedure ristrette (e per le procedure competitive con negoziazione) le amministrazioni aggiudicatrici possono fissare per la ricezione delle domande di partecipazione, un **termine non inferiore a 15 giorni** (anziché 30 giorni) dalla data di trasmissione del bando di gara; un termine di ricezione delle offerte **non inferiore a 10 giorni** (anziché 30 giorni) a decorrere dalla data di invio dell'invito a presentare offerte.

Laddove la procedura di affidamento sia indetta ai sensi del D.L. n.76/2021, nella motivazione del provvedimento che dispone la riduzione dei termini non è necessario dar conto delle ragioni di urgenza, in quanto tali ragioni si considerano comunque sussistenti.

Sul punto, con riferimento ad una procedura aperta, è stato recentemente giudicato che "i termini stabiliti per presentare una manifestazione d'interesse o un'offerta devono essere sufficienti per consentire alle imprese di procedere a una valutazione pertinente e di elaborare la loro offerta, e l'art. 79 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 – come già il previgente art.

70 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 – dispone che, nel fissare i termini per la ricezione delle offerte e delle domande di partecipazione, le amministrazioni aggiudicatrici devono tenere conto della complessità della prestazione oggetto del contratto e del tempo ordinariamente necessario per preparare le offerte ("fatti salvi i termini minimi"); la stazione appaltante deve dunque operare secondo canoni di proporzionalità (cfr. art. 30, comma 1, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50) e il termine di scadenza per la presentazione delle proposte deve essere idoneo alla loro corretta e ponderata predisposizione (arg. ex T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. I, 1 luglio 2019, n. 613)" (cfr. TAR Sicilia, Catania, sez. I, 14 giugno 2021 n. 1930).

In tale caso, in particolare il TAR ha ritenuto illegittimo, con conseguente illegittimità dell'aggiudicazione disposta, il termine di appena 8 giorni (termine addirittura inferiore a quello minimo, secondo l'attuale regime) indicato dalla pubblicazione del bando per la presentazione delle offerte.

Termine di conclusione

Con riferimento sia ai contratti **sotto soglia** che a quelli **sopra soglia**, in virtù delle proroghe disposte dall'art. 51, restano in vigore i **termini** entro cui la procedura di affidamento dovrà essere conclusa.

Tali termini sono individuati rispettivamente in:

- **2 mesi** per quanto riguarda gli affidamenti diretti e di **4 mesi** per le procedure negoziate senza bando, per gli affidamenti di importo sotto la soglia comunitaria;
- **6 mesi** per quanto riguarda gli affidamenti di importo superiore alle soglie comunitarie.

Si rammenta che la violazione del termine darà luogo ad una ipotesi di **responsabilità erariale per il RUP**.

A tal proposito si evidenzia che l'art. 51, comma 1, lett. h) ha prorogato fino al giugno 2023 anche la previsione secondo la quale "la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica per l'azione di responsabilità" **rimane limitata** ai casi in cui la produzione del danno sia la conseguenza di una condotta del soggetto "da lui dolosamente voluta". Con la conseguenza che fino al 30 giugno 2023

resta esclusa l'ipotesi di "colpa grave" del RUP, tuttavia tale limitazione della responsabilità *"non si applica per i danni cagionati da omissione o inerzia del soggetto agente"* (cfr. art. 21 comma 2 del DL 76/2020).

Altre proroghe del DL Semplificazioni

Le ulteriori proroghe riguardano disposte dall'articolo 51 riguardano in particolar modo il mondo delle opere pubbliche.

E' stata infatti prorogata anche l'efficacia dell'articolo 5 D.L. n. 76/2020 conv. in legge n. 120/2020, fino al 30 giugno 2023 (anziché fino al 31 luglio 2021).

Tale disposizione consente, in deroga all'articolo 107 del Codice dei Contratti Pubblici, di sospendere volontariamente o coattivamente l'esecuzione dei lavori diretti alla realizzazione delle opere pubbliche di importo pari o superiore alle soglie comunitarie, esclusivamente per le seguenti ragioni:

- a) cause previste da disposizioni di legge penale, dal codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, nonché da vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea;
- b) gravi ragioni di ordine pubblico, salute pubblica o dei soggetti coinvolti nella realizzazione delle opere, ivi incluse le misure adottate per contrastare l'emergenza sanitaria globale da COVID-19;
- c) gravi ragioni di ordine tecnico, idonee a incidere sulla realizzazione a regola d'arte dell'opera, in relazione alle modalità di superamento delle quali non vi è accordo tra le parti;
- d) gravi ragioni di pubblico interesse.

Tali sospensioni devono essere disposte per il tempo strettamente necessario al superamento delle ragioni sopra elencate.

Anche l'articolo 8 D.L. n. 76/2020 conv. in legge n. 120/2020 è stato prorogato dal 31 luglio 2021, al 30 giugno 2023. Restano quindi applicabili per ulteriori due anni:

- l'autorizzazione alla consegna dei lavori in via di urgenza;
- la possibilità per le stazioni appaltanti di prevedere l'obbligo di eseguire il sopralluogo a pena di esclusione (in caso di affidamenti di particolare complessità);
- e la riduzione di termini di gara come indicato nel paragrafo precedente.

Così delineato il quadro delle proroghe disposte dall'articolo 51 del nuovo D.L. n. 77/2021, pare opportuno precisare che il comma 2 del medesimo articolo ha espressamente previsto che la proroga al 30 giugno 2023 **non si applica** al comma 4 dell'articolo 2 del D.L. n. 76/2020.

In altri termini, la disposizione secondo cui le stazioni appaltanti, per l'affidamento delle attività di esecuzione di lavori, servizi e forniture nonché dei servizi di ingegneria e architettura concernenti l'edilizia scolastica, universitaria, sanitaria, giudiziaria e penitenziaria, delle infrastrutture per attività di ricerca scientifica e per la sicurezza pubblica, dei trasporti e delle infrastrutture stradali, ferroviarie, portuali, aeroportuali, lacuali e idriche, inclusa l'attività di progettazione, e per l'esecuzione dei relativi contratti, operano in deroga ad ogni disposizione di legge diversa da quella penale, fatto salvo il rispetto delle disposizioni del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, nonché dei vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea, ivi inclusi quelli derivanti dalle direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE, dei principi di cui agli articoli 30, 34 e 42 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 e delle

disposizioni in materia di subappalto, **non è stata prorogata** per ulteriori due anni.

Pertanto, resterà in vigore solamente per le procedure avviate fino al 31 dicembre 2021, dopodiché non sarà più applicabile.

Tale espressa esclusione risulta coerente con l'intento del legislatore di consolidare un regime semplificato, ma non totalmente derogatorio, come invece optato per il c.d. Modello-Genova, un

Il Comma del DL Semplificazioni che prevedeva procedure totalmente derogatorie al Codice, ad eccezione delle leggi penali, non è stata prorogata e resta valida solamente fino al 31.12.2021

simile approccio appare certamente orientato ad una maggiore della tutela della concorrenza.

3. Entrata in vigore e applicabilità

A conclusione del presente contributo si intende precisare l'ambito di applicazione delle norme sopra indicate.

Per quanto riguarda le proroghe si tratta esclusivamente di una estensione temporale che probabilmente non causerà particolari problemi di individuazione della disposizione applicabile.

Per quanto riguarda le modifiche apportate dal nuovo DL Semplificazioni-*bis* al vecchio DL Semplificazioni si precisa che, come specificato dal comma 3 dell'articolo 51, le modifiche apportate al D.L. n. 76/2020 si applicano alle procedure di gara avviate dopo l'entrata in vigore del decreto.

In altri termini, in virtù del principio "*tempus regit actum*", tali modifiche si applicano alle procedure i cui bandi o avvisi di indizione della gara siano pubblicati dopo del 1° giugno 2021, ovvero i cui inviti a presentare le offerte o i preventivi siano inviati dopo la medesima data; mentre per le pubblicazioni avvenute in data antecedente continua ad applicarsi il citato articolo 1 del decreto-legge n. 76 del 2020 nella formulazione originaria, antecedente alle modifiche apportate con il nuovo Decreto Semplificazioni-*bis*.

Il nuovo Bando-tipo ANAC in tema di procedure telematiche

di Alessandra Verde

SOTTO
LA
LENTE

Premessa

Seppure con qualche anno di ritardo, l'ANAC ha deciso finalmente di favorire la concreta attuazione dell'art. 58 del Codice dei contratti pubblici, rubricato "*Procedure svolte attraverso piattaforme telematiche di negoziazione*" nella parte in cui prevede che <<nel rispetto dei principi di trasparenza, semplificazione ed efficacia delle procedure, le stazioni appaltanti ricorrono a procedure di gara interamente gestite con sistemi telematici nel rispetto delle disposizioni di cui al presente Codice. L'utilizzo dei sistemi telematici non deve alterare la parità di accesso agli operatori o impedire, limitare o distorcere la concorrenza o modificare l'oggetto dell'appalto, come definito dai documenti di gara>>.

All'inizio di quest'anno infatti, l'Autorità Nazionale Anticorruzione ha pubblicato, per l'avvio di una consultazione pubblica, la bozza di Bando-tipo concernente le procedure di gara interamente telematiche, allo scopo di adattare ed aggiornare

il Bando-tipo n. 1, ormai risalente nel tempo, in quanto approvato alla fine del 2017, alle modifiche legislative intercorse nel frattempo e, soprattutto, di formulare delle clausole tipo che ben si attaglino alle procedure telematiche, ormai predominanti rispetto alle gare tradizionali svolte in forma cartacea.

E' nato così il documento, in consultazione fino al 15 marzo scorso, denominato <<Schema di disciplinare di gara - Procedura aperta telematica per l'affidamento di contratti pubblici di servizi e forniture nei settori ordinari sopra soglia comunitaria con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo>>, che ripropone il medesimo schema del Bando-tipo n. 1, riferito appunto a procedure di affidamento di servizi e forniture sopra soglia comunitaria, ma aggiornato in molti punti sia per renderlo adeguato alle peculiarità delle procedure svolte in via telematica che per renderlo coerente con le modifiche normative intervenute e con i nuovi orientamenti giurisprudenziali nel frattempo consolidatisi.

1. Si pensi ad esempio a quanto è accaduto per il subappalto, oppure a seguito della normativa di stampo emergenziale, vigente fino al 2023, nata dalla pandemia da COVID-19 tuttora in corso.

Come precisato nella Nota illustrativa che accompagna il documento di consultazione, lo Schema del Disciplinare richiama in più punti le linee guida già adottate dall'ANAC e, in particolare, la Linea guida n. 2, in tema di offerta economicamente più vantaggiosa, la Linea guida n. 3, sul ruolo e funzioni del RUP, la Linea guida n. 13 recante "La disciplina delle clausole sociali". Una volta che entrerà in vigore il Regolamento unico di attuazione del Codice di cui all'articolo 216, comma 27-*octies*, del Codice medesimo, la Linea guida n. 3 cesserà di avere efficacia e le stazioni appaltanti dovranno fare riferimento alle disposizioni contenute nel Regolamento. Le Linee guida n. 2 e n. 13, invece, manterranno la propria efficacia in quanto adottate ai sensi dell'articolo 213, comma 2, del Codice, disposizione non modificata dal D.L. n. 32/2019 (che ha previsto l'adozione del suddetto Regolamento attuativo).

Per ragioni di semplificazione, di incentivazione all'utilizzo di tale documento guida e per rispondere ad esigenze di utilità pratica per le stazioni appaltanti, lo schema di Disciplinare in esame prende in considerazione la sola procedura aperta di cui all'articolo 60 del Codice, con applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità prezzo, di cui all'articolo 95, comma 2, Codice, **svolta interamente con l'ausilio di sistemi informatici.**

Dopo l'esame e l'eventuale recepimento delle osservazioni presentate a seguito della consultazione, l'ANAC provvederà, plausibilmente a breve, ad approvare la versione definitiva del Bando-tipo, che andrà a sostituire l'attuale Bando-tipo n. 1.

L'ANAC ha pubblicato per la consultazione pubblica la bozza di Bando-tipo concernente le procedure di gara interamente telematiche, con lo scopo di adattare ed aggiornare il Bando-tipo n. 1, in tema di affidamenti sopra soglia di beni e servizi, alle modifiche legislative intercorse nel frattempo e, soprattutto, di formulare delle clausole tipo più adatte alle peculiarità delle procedure telematiche.

1. Le peculiarità connesse all'utilizzo degli strumenti informatici

Secondo quanto prevede il Codice dei Contratti all'art. 58 già citato, l'utilizzo di piattaforme telematiche deve comunque garantire la parità di accesso agli operatori e tutelare la libera concorrenza. Ciò comporta che il Gestore del Sistema telematico dovrà farsi carico di garantire la parità di trattamento tra tutti i concorrenti, la trasparenza delle operazioni svolte sulla piattaforma, la segretezza delle offerte, la standardizzazione dei documenti ecc..

Proprio al fine di favorire la partecipazione, l'accesso alle piattaforme deve essere completamente gratuito.

Il Gestore del Sistema deve altresì garantire il corretto funzionamento e la sicurezza logica ed applicativa della Piattaforma, assumendosene la responsabilità. Egli riveste il ruolo di Amministratore di Sistema e deve adottare tutte le misure previste in materia di *privacy*.

Per poter accedere alle piattaforme telematiche occorre che gli operatori economici siano dotati di un'identità digitale (SPID), di una PEC e di una firma digitale. Problemi applicativi possono porsi per operatori economici non italiani laddove la normativa dello Stato

di provenienza non preveda l'obbligatorietà di tali strumenti. Per esempio, in tema di PEC, non essendo questa prevista in tutti gli Stati europei, è sufficiente che l'operatore economico transfrontaliero indichi un proprio indirizzo di servizio elettronico di recapito certificato qualificato ai sensi del Reg. UE n. 910/14.

2. La stessa ottica di tutela della massima partecipazione ha indotto la stessa Autorità Anticorruzione a ritenere ingiustificato che eventuali costi che le Amministrazioni si trovino eventualmente a sostenere per fruire dei servizi delle Centrali di committenza siano fatti ricadere sui concorrenti (cfr. Comunicato Presidente ANAC del 9 giugno 2021).

Il Disciplinare tipo distingue poi tra comunicazioni ex art. 76, comma 5 del Codice (esclusione dei concorrenti, aggiudicazione ecc.) e le altre comunicazioni. Le prime devono essere necessariamente notificate via PEC, così da avere la certezza dell'avvenuto recapito, mentre le altre possono essere inserite nell'Area comunicazioni della piattaforma telematica. Problemi applicativi possono sorgere laddove sia necessario caricare documenti in allegato alla PEC. Nel caso in cui questi fossero particolarmente "pesanti" (ad esempio superiori a 100 Mbyte), la stazione appaltante dovrebbe preoccuparsi di specificare le modalità di trasmissione di tali documenti: gli stessi potrebbero essere caricati sulla piattaforma ma ai

concorrenti dovrebbe essere notificata tramite PEC la presenza di tali allegati nell'apposita sezione della piattaforma telematica. Sul punto, tuttavia, il Disciplinare tipo nulla dice.

Desta invece perplessità la previsione in esso contenuta, relativamente alla necessità che le richieste di chiarimenti, che i potenziali concorrenti possono inviare alla stazione appaltante prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte, debbano necessariamente essere firmate digitalmente. Non si rinviene alcun obbligo in tal senso nel Codice e tale previsione appare un appesantimento inutile della procedura.

Degna di rilievo è la previsione, contenuta nella Nota illustrativa allo Schema di Disciplinare, secondo cui, in caso di malfunzionamento degli strumenti informatici impiegati, occorrerà valutare attentamente le cause di tale malfunzionamento: se, ad esempio, vi è stato un tardivo invio dell'offerta dovuto a difficoltà di connessione o lentezza del collegamento internet dell'operatore, il rischio di mancata o tardiva trasmissione dell'offerta ricade su quest'ultimo. Se invece è impossibile stabilire

Al fine di favorire la partecipazione, l'accesso alle piattaforme deve essere completamente gratuito. Il Gestore del Sistema garantisce il corretto funzionamento e la sicurezza logica ed applicativa della Piattaforma, assumendosene la responsabilità. Eventuali mancate o tardive trasmissioni delle offerte potenzialmente derivanti da vizi del sistema ricadono, in forza del principio di leale collaborazione, sulla stazione appaltante che ha scelto quello strumento per lo svolgimento della procedura.



se la mancata o viziata trasmissione sia dipesa da un possibile vizio del sistema, il rischio, in forza del principio di leale collaborazione, ricadrà sulla stazione appaltante, che ha organizzato la gara ed ha scelto lo strumento della piattaforma telematica per lo svolgimento della procedura; in altri termini, essa dovrà assumersi i rischi derivanti da tale scelta.

Occorre infine dire che alcune previsioni del Disciplinare tipo, quali ad esempio il fatto che il concorrente debba indicare nell'offerta il medesimo indirizzo PEC indicato in fase di registrazione della piattaforma, oppure la previsione per cui il sistema dovrebbe rifiutare le offerte pervenute in ritardo, oppure ancora il fatto che la stazione appaltante possa richiedere il CIG tramite la piattaforma, non sempre sono di effettiva

applicabilità in quanto la presenza o meno di tali funzionalità dipenderà dalla piattaforma telematica in concreto utilizzata: alcune sono ovviamente più evolute e performanti di altre.

Ciascuna stazione appaltante deve quindi conoscere con precisione le funzionalità e i limiti della piattaforma utilizzata e, in funzione di questi, adattare le clausole del disciplinare della propria procedura alle caratteristiche effettive della piattaforma prescelta.

2. Le novità rispetto al Bando-tipo n. 1. Le irregolarità sanabili e il soccorso istruttorio

Il Disciplinare tipo per le procedure telematiche riprende, per molti aspetti, il Bando-tipo n. 1, introducendo alcune novità o precisando meglio aspetti in precedenza non chiariti, alla luce soprattutto dell'evoluzione giurisprudenziale avutasi negli ultimi anni in differenti ambiti. Uno tra questi è quello delle irregolarità dell'offerta ed il correlato istituto del soccorso istruttorio.

In merito va detto che, come si legge nella Nota

illustrativa al documento di consultazione, <<si deve rilevare che l'utilizzo di sistemi telematici evoluti dovrebbe consentire di superare almeno una delle cause di ricorso all'istituto del soccorso istruttorio, ovvero la mancanza delle dichiarazioni o della documentazione richiesta nel Disciplinare di gara. Tali sistemi, infatti, dovrebbero impedire la presentazione dell'offerta se non sono rese tutte le dichiarazioni previste o se non è presentata tutta la documentazione richiesta. Sono evidenti i risparmi in termini di tempo necessario per l'esame della documentazione amministrativa e di riduzione del contenzioso consentiti da una tale modalità di funzionamento dei sistemi telematici>>.

In realtà, molte piattaforme telematiche di negoziazione non sono così evolute: spesso quando è richiesto il caricamento di una serie di allegati, è possibile che la piattaforma invii un *alert* o attivi un sistema bloccante laddove un certo allegato sia previsto come obbligatorio, ma, nella maggior parte dei casi, la stessa non è in grado di entrare nel merito del contenuto dell'allegato caricato. Inoltre, laddove sia stata creata una sezione per gli allegati facoltativi (o meglio, per i documenti che sono obbligatori per alcuni concorrenti e per altri no, quali, ad esempio, la documentazione da allegare in caso di partecipazione in RTI), è difficile ipotizzare che la piattaforma blocchi

la trasmissione dell'offerta in caso di assenza di documenti da inserire in una sezione di allegati classificati come facoltativi.

Al di là di tali aspetti tecnici, la procedura telematica probabilmente ha il pregio di garantire meglio la provenienza e la paternità dell'offerta. Ciò può rivelarsi utile ad esempio in caso di offerte tecniche o economiche non firmate digitalmente, o firmate solo da alcuni componenti del RTI e non da tutti.

Infatti, il fatto che, per accedere alla piattaforma occorra registrarsi preventivamente e l'accesso propedeutico alla compilazione e trasmissione dell'offerta sia effettuato mediante credenziali univoche ed identificative del concorrente, è già una importante traccia della provenienza

dell'offerta da quell'operatore economico. Molte piattaforme inoltre richiedono una firma digitale sulla "busta", ovvero la cartella che racchiude i vari *files* caricati. Se la "busta" è firmata digitalmente, seppure non lo siano gli allegati in essa contenuti, si potrebbe sostenere che la provenienza dei documenti da quell'operatore economico non possa comunque essere messa in discussione.

Vi sono già pronunce giurisprudenziali in tal senso, ad esempio una recente sentenza del Consiglio di Stato che, in presenza di un'offerta economica non

Secondo l'ANAC, l'utilizzo di sistemi telematici evoluti dovrebbe consentire di superare parte delle cause di ricorso all'istituto del soccorso istruttorio. L'eventuale mancanza delle dichiarazioni o della documentazione richiesta nel Disciplinare di gara potrebbe essere impedita sul nascere da un sistema telematico "bloccante" in caso di omissioni in tal senso.

3. Cons. Stato n. 1963 del 19 marzo 2020: secondo il Supremo Collegio vi sono una serie di elementi che garantiscono la provenienza certa e inequivocabile dell'offerta economica dal concorrente:

- 1) l'impresa si era accreditata sul portale di gara, designando il proprio legale rappresentante, il quale aveva firmato digitalmente tale passaggio;
- 2) lo stesso legale rappresentante, qualificandosi con l'accredito ricevuto, aveva caricato il modulo dell'offerta economica, compilandolo e restituendolo corredato dalla marca elettronica che soltanto lui poteva utilizzare e al quale era associata sulla base della sua propria firma digitale;
- 3) l'offerta economica, essendo munita della marcatura elettronica, non solo era "inviolabile, integra e certa quanto a provenienza" ma anche, ed univocamente, associata alla manifestazione di volontà del legale rappresentante;
- 4) la piattaforma telematica utilizzata, al momento del caricamento dell'offerta economica (pur priva di firma digitale), generava una PEC di risposta, a conferma che l'offerta era stata regolarmente caricata; se il sistema dunque non avesse permesso l'invio in assenza di firma digitale, il concorrente avrebbe potuto rendersi conto dell'errore commesso porvi tempestivamente rimedio.

firmata digitalmente nonostante la prescrizione a pena di esclusione in tal senso del disciplinare di gara, ha affermato che il fatto che la stessa fosse integra, inviolabile e di provenienza certa poteva dirsi provato da altri elementi ed ha consentito il soccorso istruttorio, pur se avente ad oggetto l'offerta economica e non la domanda di partecipazione, a dispetto del dettato letterale dell'art. 83, comma 9 del Codice dei contratti.

Si ritiene pertanto che l'utilizzo delle piattaforme telematiche, unito ad una loro sempre maggiore evoluzione tecnologica, consentirà nel tempo di far venir meno tutti i rischi di esclusione dalla procedura per ragioni di mancata sottoscrizione dei documenti e, in futuro, una riduzione dell'impiego dell'istituto stesso del soccorso istruttorio per sanare l'incompletezza della documentazione allegata.

Si rammenta che l'ANAC, con riferimento al soccorso istruttorio, raccomanda l'invio delle relative richieste, non soltanto tramite piattaforma telematica, ma anche via PEC, in linea con quanto affermato anche da recente giurisprudenza di merito.

3. (Segue) Le novità rispetto al Bando-tipo n. 1. Opzioni e rinnovi. I requisiti di partecipazione

Il nuovo Disciplinare tipo prevede, come anche il primo Bando-tipo, che la stazione appaltante indichi la durata dell'appalto prendendo in considerazione a tal fine eventuali proroghe, opzioni di revisione dei prezzi, prestazioni straordinarie, affidamento dei servizi analoghi, rinnovi, secondo le specifiche esigenze di ciascuna gara.

Vi è però una novità in materia di ripetizione di

servizi analoghi: nel Disciplinare, tra le clausole facoltative, è prevista la possibilità di ricorrere a tale opzione mediante attivazione di una procedura negoziata ai sensi dell'articolo 63, comma 5, con un congruo preavviso, **prima della scadenza del termine originario**.

In merito a tale ultima precisazione, l'ANAC ribadisce nella Nota illustrativa che <<l'esercizio di tale facoltà postula, infatti, che il contratto originario **non sia ancora scaduto**, disciplinando la norma in esame il caso di affidamenti **paralleli e non in sequenza tra di loro**. Ciò è reso evidente dal termine entro il quale i servizi aggiuntivi possono essere affidati, ossia il triennio decorrente dal momento di stipulazione del contratto iniziale, termine che implica fisiologicamente una concomitanza dei rapporti contrattuali piuttosto che una successione dei medesimi>>. Al fine di garantire che tale facoltà sia correttamente esercitata dalle stazioni appaltanti, la clausola del Disciplinare prevede l'affidamento dei servizi analoghi entro il termine di scadenza del contratto, se inferiore a tre anni, oppure entro il termine di tre anni dalla sottoscrizione del contratto, se di durata superiore.

In tema di requisiti di partecipazione, poi, non sono riscontrabili novità di particolare rilievo, se non, con riferimento ai requisiti speciali di capacità economico-finanziaria, il venir meno, tra i mezzi di prova richiedibili per comprovare l'eventuale requisito di fatturato richiesto, le "idonee referenze bancarie" contemplate dall'allegato XVII, parte I, del Codice.

L'ANAC, in merito, spiega che, spesso, la richiesta delle referenze bancarie non veniva interpretata dagli istituti bancari nel senso che essi dovessero riferire sulla qualità dei rapporti in atto con le

4. TAR Lazio, sentenza del 16 ottobre 2020, n. 10550: nel caso di specie la richiesta di soccorso istruttorio non era stata trasmessa all'indirizzo PEC del concorrente, ma caricata nella "Area Comunicazioni" della piattaforma telematica della gara. La stazione appaltante aveva poi inviato una mail all'indirizzo di posta elettronica ordinaria del concorrente, indicato nella domanda di partecipazione alla gara, con cui questi veniva informato della presenza della predetta richiesta nella "Area Comunicazioni". Tale mail ordinaria è finita nello spam, e ciò ha determinato la mancata regolarizzazione da parte dell'impresa e la sua conseguente esclusione. Il TAR ha annullato l'esclusione affermando che la richiesta di soccorso istruttorio avrebbe dovuto essere comunicata con forme telematiche tali da garantire con ragionevole certezza che la comunicazione fosse giunta presso il domicilio elettronico del destinatario in modo da poter desumere che questi ne avesse potuto avere avuto contezza, salvo fornire idonea prova contraria. Soltanto l'invio della PEC risponde alle suddette esigenze di certezza.

società oggetto di richiesta, come invece richiesto dalla giurisprudenza.

Inoltre, tale mezzo di prova spesso richiedeva ai concorrenti di dover sostenere una spesa, data dal compenso richiesto dagli istituti bancari per il rilascio delle referenze, sproporzionata rispetto al valore dell'appalto. Alla luce di tali criticità emerse nella concreta applicazione e in ragione della mancata previsione di un obbligo specifico in tal senso nel nuovo Codice all'articolo 83, comma 4, l'Autorità ha ritenuto di non prevedere più tale modalità di dimostrazione della capacità economico-finanziaria necessaria per l'esecuzione del contratto.

Con riferimento invece ai requisiti di capacità tecnico-professionale, oltre alla possibilità per le stazioni appaltanti di prevedere - tra i requisiti richiesti per l'ammissione alla procedura - il possesso di specifiche certificazioni di qualità, che siano ovviamente rilevanti in ragione dell'oggetto dell'appalto (ad esempio la certificazione del sistema di gestione ambientale ISO 14001 o la certificazione del sistema di gestione della sicurezza OHSAS 18001), il Disciplinare tipo contempla anche la possibilità di prevedere il necessario rispetto dei Criteri ambientali minimi.

Nel Disciplinare tipo si legge infatti che, in caso di vigenza del decreto ministeriale che prevede i CAM per la fase di qualificazione alla gara, la stazione appaltante dovrà individuare e dettagliare i requisiti di selezione dei candidati in conformità allo specifico decreto ministeriale di riferimento emanato dal Ministero dell'Ambiente della Tutela del Territorio e del Mare.

Tra i requisiti di capacità tecnico-professionale richiesti per l'ammissione alla procedura, le stazioni appaltanti possono imporre il possesso di specifiche certificazioni di qualità, che siano ovviamente rilevanti in ragione dell'oggetto dell'appalto, nonché il rispetto dei Criteri ambientali minimi laddove si tratti di un appalto per il cui oggetto è in vigore un decreto ministeriale in materia di CAM.

4. Gli aggiornamenti in tema di avvalimento e di subappalto

Il nuovo Disciplinare tipo in materia di procedure telematiche contiene alcune novità anche in tema di avvalimento.

In merito, l'ANAC ha introdotto una specifica clausola accompagnandola, nella Nota illustrativa, dalla precisazione che possono essere oggetto di avvalimento anche i titoli di studio e professionali di altri soggetti nonché la certificazione di qualità, purché l'ausiliaria metta a disposizione dell'impresa concorrente, per l'esecuzione

dell'appalto, le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo **in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità.**

Tale precisazione scaturisce dall'accoglimento dell'orientamento giurisprudenziale ormai consolidato secondo cui se oggetto dell'avvalimento è la certificazione di qualità di cui la concorrente è priva, occorre, ai fini dell'idoneità del contratto, che l'ausiliaria metta a disposizione dell'ausiliata **l'intera organizzazione aziendale, comprensiva di tutti i fattori della produzione e di tutte le risorse, che, complessivamente considerata, le ha consentito di acquisire la certificazione di qualità da mettere a disposizione.**

Particolarmente utile sotto il profilo pratico è poi la clausola del Disciplinare tipo contenente l'elencazione dettagliata dei contenuti che devono avere sia la dichiarazione di avvalimento che il contratto di avvalimento che il concorrente, che intenda avvalersi di altra impresa, deve necessariamente inserire nell'offerta.

5. Consiglio di Stato, Sezione V, sentenza 27 luglio 2017, n. 3710; Consiglio di Stato, Sezione V, 23 febbraio 2017, n. 852; Consiglio di Stato, Sezione V, 12 maggio 2017, n. 2225, riferita all'analogia situazione del prestito dell'attestazione SOA.

Con riferimento al subappalto, invece, il Documento di consultazione correttamente rammenta le contorte vicende vissute da tale istituto nell'ordinamento italiano, peraltro ulteriormente modificate successivamente alla pubblicazione del Documento medesimo.

La disposizione dell'articolo 105, comma 2, del Codice, secondo cui il subappalto non può superare il 30 per cento dell'importo totale del contratto, è stata sospesa fino al 31 dicembre 2020 dall'articolo 1, comma 18, della legge n. 55/2019, di conversione del decreto legge 32/2019. Fino a tale data, in deroga al citato comma, la novella in esame ha innalzato la quota subappaltabile al 40 per cento, per consentire alla Commissione Europea di chiudere sul punto la procedura di infrazione avviata contro lo Stato italiano. Tuttavia, detto articolo 1 è stato recentemente abrogato dall'art. 49 del decreto legge 31 maggio 2021, n. 77, che ha ulteriormente innalzato la soglia appaltabile al 50 per cento.

In realtà, per superare tutti i rilievi sollevati dalla Corte di giustizia europea e dalla Commissione europea andrebbe eliminata qualunque soglia massima predeterminata, se è vero come è vero - e come la stessa ANAC ricorda - che la Corte di Giustizia UE, nella causa C-406/14 ha affermato al riguardo che «una clausola che impone limitazioni al ricorso a subappaltatori per una parte dell'appalto fissata **in maniera astratta in una determinata percentuale dello stesso, a prescindere dalla possibilità di verificare le capacità di eventuali subappaltatori e senza menzione alcuna del carattere essenziale delle prestazioni di cui si tratta, è incompatibile con la direttiva 2004/18/CE**>>.

In tema di avalimento, l'ANAC ha precisato che, se oggetto dell'avalimento è la certificazione di qualità di cui la concorrente è priva, occorre che l'ausiliaria metta a disposizione dell'impresa concorrente l'intera organizzazione aziendale, comprensiva di tutti i fattori della produzione e di tutte le risorse che, complessivamente considerata, le ha consentito di acquisire la certificazione di qualità da mettere a disposizione.

5. Le novità scaturenti dalla recente normativa emergenziale

La situazione emergenziale che stiamo vivendo, causata dalla pandemia da COVID-19 purtroppo ancora in corso, ha, come è noto, dato vita ad una normativa in deroga, attualmente valevole fino al 30 giugno 2023 in virtù del recente D.L. n. 77/2021 già citato.

Alla luce delle esigenze di contenimento dell'epidemia che hanno imposto, tra l'altro, rigorose misure di distanziamento sociale, il D.L. n. 76/2020, convertito nella L. n. 120/2020, ha previsto di limitare al massimo la previsione di sopralluoghi obbligatori nell'ambito delle procedure di gara proprio per evitare occasioni di contatto tra le persone. In ossequio a tale previsione, anche il Disciplinare tipo prevede che il sopralluogo possa essere richiesto solo quando lo stesso appaia indispensabile per la predisposizione delle offerte. Ne deriva che le stazioni appaltanti potranno prevedere, a pena di esclusione dalla procedura, l'obbligo per i potenziali concorrenti di procedere alla visita dei luoghi, nonché alla consultazione sul posto dei documenti di gara esclusivamente laddove detto adempimento sia strettamente indispensabile in ragione della tipologia, del contenuto o della complessità dell'appalto da affidare. Da ciò deriva anche che, nel caso in

cui le stazioni appaltanti intendano prevedere il sopralluogo obbligatorio, devono darne adeguata motivazione nella documentazione di gara, proprio in ragione dell'essenzialità della visita ai fini di una consapevole e completa predisposizione dell'offerta.

Nel Disciplinare tipo è stato recepito anche l'ulteriore rinvio dell'entrata in vigore - a questo punto sempre più dubbia - dell'art. 77 del Codice in tema di Commissione giudicatrice da scegliersi dall'Albo dei Commissari istituito presso ANAC.

L'entrata a regime di tale previsione era già stata posticipata dall'art. 1 L. n. 55/2019, ulteriormente spostata in avanti al 31 dicembre 2021 dall'art. 8, comma 7, lett. a), D.L. n. 76/2020, convertito in L. n. 120/2020 ed ora ancora una volta posticipata al 30 giugno 2023 dal recentissimo art. 52, comma 1, lett. a), n. 1.1) del D.L. n. 77/2021.

Il Disciplinare tipo prevede anche la possibilità per le stazioni appaltanti di applicare nella propria procedura di gara il sistema dell'inversione procedimentale, esteso in via provvisoria (anche in questo caso fino al 30 giugno 2023) a qualunque tipo di gara. In tal caso, la piattaforma telematica dovrebbe consentire di aprire le "buste" tecniche pur non avendo visionato e verificato le "buste" contenenti la documentazione amministrativa. Laddove la piattaforma in uso non fosse così evoluta, la stazione appaltante dovrà approvare a sistema le buste amministrative, senza tuttavia esaminarne in concreto il contenuto, al solo scopo di andare avanti nella procedura.

Un altro caso in cui il Disciplinare tipo ha recepito la normativa emergenziale anti-COVID è il regime semplificato delle verifiche antimafia introdotto dall'articolo 3 del Decreto Semplificazioni. Più precisamente, fino al termine del periodo di vigenza della normativa derogatoria emergenziale, è ammessa l'acquisizione della sola informativa liberatoria provvisoria che consente di stipulare, approvare o autorizzare i contratti relativi a lavori, servizi e forniture, sotto condizione risolutiva. Tale informativa provvisoria è rilasciata immediatamente a seguito della consultazione della banca dati nazionale unica della

documentazione antimafia e delle risultanze delle altre banche dati, anche quando l'accertamento è eseguito per un soggetto che risulti non censito. Qualora successivamente al rilascio dell'informativa liberatoria provvisoria fosse accertata la sussistenza di una causa interdittiva, la stazione appaltante recederà dal contratto, fatti salvi il pagamento del valore delle opere già eseguite e il rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione del rimanente, nei limiti dell'utilità conseguita.

6. Le procedure telematiche e la (non più) necessaria pubblicità delle sedute

Per quanto attiene alle varie fasi della procedura di gara - verifica della documentazione amministrativa, valutazione delle offerte tecniche ed economiche, eventuale verifica dell'anomalia delle offerte, aggiudicazione e, infine, stipula del contratto - il nuovo Disciplinare tipo ripercorre in linea di massima lo stesso schema del Bando-tipo n. 1.

Degna di rilievo, tuttavia, in quanto peculiare alla modalità esclusivamente telematica di svolgimento della procedura, è la problematica connessa alla pubblicità delle sedute della Commissione giudicatrice.

In realtà, il Disciplinare, coerentemente con il dettato normativo ed in linea con il parere reso dal Consiglio di Stato sullo schema di decreto di cui all'art. 44 del Codice, prevede la pubblicità della prima seduta della Commissione, da svolgersi tramite la piattaforma. Recente

giurisprudenza tuttavia ha chiarito che la pubblicità delle sedute deve ormai svincolarsi dalle ragioni

Anche la normativa di stampo emergenziale, emanata in tempo di pandemia da COVID-19, ha influenzato in più punti il Disciplinare tipo in consultazione. Si pensi alla limitazione della previsione del sopralluogo obbligatorio ai soli casi in cui esso risulti assolutamente indispensabile per la predisposizione dell'offerta oppure alle semplificazioni introdotte in materia di verifiche antimafia.

6. Parere n. 1322/2020.

7. Consiglio di Stato, Sezione V, 21 novembre 2017 n. 5388; Consiglio di Stato, Sezione III, 13 dicembre 2018 n.7039; Consiglio di Stato, Sezione V, 29 ottobre 2014 n. 5337; Consiglio di Stato, Sezione III, 3 ottobre 2016 n. 4050.

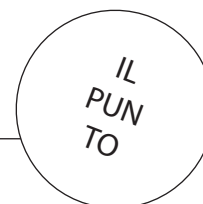
storiche che ne hanno giustificato la previsione e deve adeguarsi <<alle peculiarità e specificità che l'evoluzione tecnologica ha consentito di mettere a disposizione delle procedure di gara telematiche, in ragione del fatto che la piattaforma elettronica che ha supportato le varie fasi di gara assicura l'intangibilità del contenuto delle offerte (indipendentemente dalla presenza o meno del pubblico) posto che ogni operazione compiuta risulta essere ritualmente tracciata dal sistema elettronico senza possibilità di alterazioni>>.

In pratica, la piattaforma telematica, per le sue caratteristiche intrinseche di funzionamento,

garantisce la tracciabilità di tutte le fasi, l'inviolabilità delle buste elettroniche contenenti le offerte e l'incorruttibilità di ciascun documento caricato a sistema, e di tale evento fornisce altresì data e ora certe. Per tale ragione la stessa ANAC, nella Nota illustrativa al Disciplinare tipo in consultazione, arriva ad ammettere che, nell'ambito delle procedure telematiche di evidenza pubblica, non siano necessarie sedute pubbliche per l'apertura delle offerte. Tale conclusione è peraltro confermata dal dettato letterale dell'art. 58 del Codice che, in effetti, non prevede alcuna fase pubblica per tale tipo di procedura.

Perdita dei requisiti della consorziata non esecutrice: l'intervento dell'Adunanza Plenaria n. 5/2021

di Riccardo Gai



1. La continuità del possesso dei requisiti del concorrente e la sostituibilità dell'ausiliaria in caso di ricorso all'avvalimento

Il tema del possesso ininterrotto dei requisiti da parte dei concorrenti, per tutto il periodo di partecipazione alla gara (ed anche successivamente, a maggior ragione, in caso di affidamento della commessa) è quotidianamente dibattuto sia in dottrina che in giurisprudenza, senza che si sia mai approdati ad una univoca risoluzione della questione.

Tale principio è stato sancito in via generale dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 8/2015, la quale ha affermato la necessità che i requisiti di partecipazione – ivi compreso il necessario possesso delle richieste qualificazioni – siano posseduti senza tendenziale soluzione di continuità sia nelle fasi preliminari, che per tutto il seguito della procedura.

Ciò sta a significare che nelle gare di appalto per l'aggiudicazione di contratti pubblici i requisiti generali e speciali devono essere posseduti dai candidati non solo alla data di scadenza del termine per la presentazione della richiesta di partecipazione alla procedura di affidamento,

ma anche per tutta la durata della procedura stessa fino all'aggiudicazione definitiva ed alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell'esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità.

Il legislatore europeo, in realtà, pur non volendo contraddire tale principio, si è reso comunque protagonista di una scelta propulsiva volta, da un lato, a preservare il principio di continuità, ma dall'altro anche quello di libera concorrenza attraverso previsioni che consentissero alle imprese partecipanti alle gare di non dover ingiustamente risentire di problematiche afferenti a soggetti terzi. Ed ecco che l'art. 89, co. 3, del d.lgs. 50/2016 (nuovo Codice degli appalti), ha stabilito che *<<La stazione appaltante verifica [...] se i soggetti della cui capacità l'operatore economico intende avvalersi, soddisfano i pertinenti criteri di selezione o se sussistono motivi di esclusione ai sensi dell'articolo 80. Essa impone all'operatore economico di sostituire i soggetti che non soddisfano un pertinente criterio di selezione o per i quali sussistono motivi obbligatori di esclusione. Nel bando di gara possono essere altresì indicati i casi in cui l'operatore economico deve sostituire un soggetto per il quale sussistono motivi non obbligatori di esclusione, purché si tratti di requisiti tecnici>>.*

La disposizione citata recepisce la previsione dell'art. 63 (Affidamento sulle capacità di altri soggetti) della direttiva 24/2014/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, con ampliamento dell'ambito di operatività a tutti i motivi di esclusione dell'art. 80 del Codice degli appalti (v. sul punto TAR Basilicata, 14 marzo 2020, n. 194).

Sul carattere innovativo dell'istituto della sostituzione del terzo ausiliario, si sono soffermate sia la giurisprudenza interna che quella comunitaria (cfr. Cons. Stato, sez. III, 25 novembre 2015, n. 5359, che ha evidenziato come lo stesso fosse <<sconosciuto sia alla normativa nazionale che a quella europea>>, e Corte di Giustizia UE, sez. I, 14 settembre 2017, C-223/16, secondo la quale <<l'articolo 63 [...] apporta modifiche sostanziali per quanto concerne il diritto degli operatori economici di fare affidamento sulle capacità di altri soggetti nell'ambito di un appalto pubblico>> e <<introduce nuove condizioni che non erano previste nel precedente regime giuridico>>.

Si è altresì riflettuto sulla natura pro-concorrenziale dell'istituto della sostituzione, che risulterebbe <<patentemente derogatorio al principio dell'immodificabilità soggettiva del concorrente nel corso della procedura (nonché di coloro di cui intende avvalersi: e, per questa via, della stessa offerta), rispondendo all'esigenza, stimata superiore, di evitare l'esclusione dell'operatore per ragioni a lui non direttamente riconducibili e, in questo modo, sia pure indirettamente, stimolare il ricorso all'avvalimento: il concorrente, infatti, può far conto sul fatto che, nel caso in cui l'ausiliaria non presenti i requisiti richiesti, potrà procedere alla sua sostituzione e non sarà, per solo questo fatto, escluso>> (Cons. di Stato, Sez. V, 26 aprile 2018, n. 2527; TAR Campania – Salerno, Sez. I, 27 dicembre 2019, n. 2272).

Il principio di continuità nel possesso dei requisiti di partecipazione alla gara è stato sancito in via generale dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 8/2015, la quale ha affermato la necessità che i requisiti di partecipazione – ivi compreso il necessario possesso delle richieste qualificazioni – siano posseduti senza tendenziale soluzione di continuità sia nelle fasi preliminari, che per tutto il seguito della procedura.



Ed è in tale contesto che l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato è stata chiamata a pronunciarsi sulla questione sollevata dal C.G.A.R.S. (ordinanza n. 1211/2020), ossia se nell'ipotesi di partecipazione ad una gara d'appalto di un consorzio stabile, che ripeta la propria qualificazione, necessaria ai sensi del bando, da una consorziata non designata ai fini dell'esecuzione dei lavori, quest'ultima vada considerata come soggetto terzo rispetto al consorzio, equiparabile all'impresa ausiliaria nell'avvalimento, sicché la perdita da parte della stessa del requisito durante la gara imponga alla stazione appaltante di ordinarne la sostituzione, in applicazione dell'art. 89, comma 3, del d.lgs. 50/2016 e/o dell'art. 63, Direttiva 2014/24/UE, derogandosi, pertanto, al principio dell'obbligo del possesso continuativo dei requisiti nel corso della gara e fino all'affidamento dei lavori.

Come verrà chiarito *infra* al § 4, l'Adunanza Plenaria ha finito per dare una risposta affermativa al quesito, sulla base di una interpretazione dell'art. 89, comma 3, del Codice orientata alla corretta applicazione dell'art. 63 della Direttiva 2014/24/UE, che disciplina appunto i casi in cui l'operatore economico si avvalga delle capacità di altri soggetti.

2. I consorzi stabili ed ordinari: differenze

Prima di soffermarsi sui principi di diritto espressi dalla sentenza qui in commento, è tuttavia necessario chiarire le peculiarità dei consorzi stabili.

L'art. 45, comma 2, lett. c) del Codice precisa che essi <<sono formati da non meno di tre consorziati che, con decisione assunta dai rispettivi organi deliberativi, abbiano stabilito di operare in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture per un periodo di tempo

non inferiore a cinque anni, istituendo a tal fine una comune struttura di impresa>>.

Sebbene, ad una prima lettura, la necessaria presenza di tre consorziati e la sussistenza di un accordo di durata (almeno) quinquennale possano indurre a ritenere che questo strumento consortile sia eccessivamente "rigido", a seguito di un più approfondito esame, in realtà, ci si rende conto di quanto esso sia versatile, tanto da essere considerato una delle forme associative più convenienti per la partecipazione ad una procedura ad evidenza pubblica.

A differenza del consorzio ordinario, infatti, il consorzio stabile non prevede la mera costituzione di un'organizzazione comune deputata allo svolgimento di una o alcune funzioni (acquisto di beni strumentali o di materie prime, distribuzione, pubblicità, etc.), ma presuppone la costituzione di una vera e propria "comune struttura di impresa", ossia un soggetto giuridico autonomo rispetto alle consorziate (anche sotto il profilo patrimoniale) e, in quanto tale, in grado di realizzare le prestazioni oggetto della commessa senza l'ausilio di queste ultime. Ciò garantisce al consorzio stabile - a differenza di quanto previsto per altre forme associative (consorzi ordinari o raggruppamenti temporanei) - il vantaggio di poter partecipare alle gare in proprio, per conto di tutte le associate o per conto di solo alcune di esse, ferma la facoltà per le consorziate che non siano state designate per l'esecuzione del contratto di partecipare alle procedure autonomamente.

La particolare natura di questo strumento si traduce, inoltre, nella facoltà per il consorzio stabile di utilizzare sia i requisiti maturati in proprio che quelli posseduti dalle singole consorziate (c.d. cumulo alla rinfusa, come si vedrà meglio *infra*), seppur, a seguito del d.l. n. 32/2019 (c.d. sblocca-

cantieri), limitatamente a <<quelli relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo>>.

Ciò premesso, occorre precisare che solo le consorziate designate per l'esecuzione del contratto -che quindi partecipano all'offerta- assumono una responsabilità in solido con i consorzi stabili nei confronti della stazione appaltante. Viceversa, le consorziate non designate per l'esecuzione e dalle quali il consorzio si limita mutuare i requisiti (nei limiti predetti) non assumono alcuna responsabilità solidale in caso di erronea o mancata esecuzione della commessa.

Oggettivamente, in quest'ultima ipotesi, ci si trova in una situazione molto simile a quella dell'avvalimento (altro strumento volto al "prestito di requisiti") con un vincolo persino meno intenso: in entrambi i casi il requisito viene prestato da un soggetto che non partecipa all'offerta, ma, a differenza di quanto previsto l'impresa avvalsa, il consorziato non designato è esente da responsabilità. Da tale assimilazione, dunque, secondo i Giudici di Palazzo Spada, è possibile desumere che, coerentemente con quanto previsto dall'art. 89, comma 3 del Codice dei Contratti pubblici in materia di avvalimento, in caso di perdita dei requisiti da parte del consorziato non designato per la gara, la Stazione appaltante, anziché escludere il concorrente, possa, o meglio, debba imporre all'operatore economico di sostituire i soggetti di cui si avvale.

D'altronde, come precisato nella sentenza in esame, tale soluzione non solo troverebbe conferma nell'ampia formulazione dell'art. 63 della direttiva 2014/24/UE, il quale, nel disciplinare l'avvalimento, vi ricomprende tutti i casi in cui un operatore economico, per un determinato appalto, fa affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi

A differenza del consorzio "ordinario", il consorzio stabile non prevede la mera costituzione di un'organizzazione comune deputata allo svolgimento di una o alcune funzioni (acquisto di beni strumentali o di materie prime, distribuzione, pubblicità, etc.), ma presuppone la costituzione di una vera e propria "comune struttura di impresa", ossia un soggetto giuridico autonomo rispetto alle consorziate (anche sotto il profilo patrimoniale) e, in quanto tale, in grado di realizzare le prestazioni oggetto della commessa senza l'ausilio di queste ultime.

legami con questi ultimi (senza dare rilevanza qualificante alla responsabilità solidale dei soggetti avvalsi), ma sarebbe, altresì, compatibile con il consolidato principio di "continuità" secondo il quale il possesso dei requisiti di ammissione si impone a partire dall'atto di presentazione della domanda di partecipazione e per tutta la durata della procedura di evidenza pubblica.

La sostituzione dell'avvalso, infatti, come abbiamo visto, costituisce un'innovazione volta a consentire a garantire la suddetta "continuità" e, al contempo, ad evitare l'esclusione di un concorrente dalla gara per ragioni a lui non direttamente riconducibili, tra le quali sicuramente può ricomprendersi la perdita dei requisiti da parte del terzo non designato per l'esecuzione del contratto.

3. Possesso dei requisiti dei consorzi stabili: il "cumulo alla rinfusa"

Ulteriore tratto distintivo dei consorzi stabili è la possibilità di partecipare alle gare dimostrando i propri requisiti attraverso il cosiddetto cumulo alla rinfusa, potendo cioè "cumulare" contemporaneamente i requisiti posseduti dalle proprie consorziate, senza che rilevi quali di queste risultino indicate quali esecutrici della specifica commessa. In altre parole, mediante lo schema del "cumulo alla rinfusa" il Consorzio si vede attribuita la facoltà di spendere requisiti ben maggiori di quelli posseduti dalle consorziate di volta in volta indicate in gara.

Si tratta evidentemente di un notevole beneficio sia per il consorzio (che automaticamente può vantare requisiti assai ingenti senza doversi preoccupare di quali consorziate indicare nella singola gara), che per le consorziate meno qualificate (le quali possono aspirare a commesse più rilevanti di quelle che i propri requisiti gli consentirebbero).

Vi è tuttavia da considerare che l'art. 47 del Codice è stato modificato dal decreto sbocca-cantieri (D.L.39 del 18 giugno 2019).

Il testo previgente del comma 2 dell'art. 47 riportava, infatti, la seguente formulazione: <<I consorzi di cui agli articoli 45, comma 2, lettera c), e 46, comma 1, lettera f), al fine della qualificazione, possono utilizzare sia i requisiti di qualificazione maturati in proprio, sia quelli posseduti dalle singole imprese consorziate designate per l'esecuzione delle prestazioni, sia, mediante avvalimento, quelli delle singole imprese consorziate non designate per l'esecuzione del contratto. Con le linee guida dell'ANAC di cui all'articolo 84, comma 2, sono stabiliti, ai fini della qualificazione, i criteri per l'imputazione delle prestazioni eseguite al consorzio o ai singoli consorziati che eseguono le prestazioni>>.

Il testo novellato del comma 2 dispone invece che <<I consorzi stabili eseguono le prestazioni o con la propria struttura o tramite i consorziati indicati in sede di gara [...]>> e il successivo comma 2 bis – di nuova introduzione – precisa che <<La sussistenza in capo ai consorzi stabili dei requisiti richiesti nel bando di gara per l'affidamento di servizi e forniture è valutata, a seguito della verifica della effettiva esistenza dei predetti requisiti in capo ai singoli consorziati>>.

Secondo parte della giurisprudenza formatasi successivamente al descritto intervento normativo, non sarebbe più attuabile la sommatoria indiscriminata dei requisiti delle consorziate in capo al consorzio. In altri termini, il nuovo comma 2-bis dell'art. 47 in cui si esplicita che i requisiti devono essere valutati <<in capo ai singoli consorziati>> imporrebbe che i requisiti che il consorzio stabile spende in gara possano essere esclusivamente quelli delle consorziate indicate nella

Ulteriore tratto distintivo dei consorzi stabili è la possibilità di partecipare alle gare dimostrando i propri requisiti attraverso il cosiddetto cumulo alla rinfusa, potendo cioè "cumulare" contemporaneamente i requisiti posseduti dalle proprie consorziate, senza che rilevi quali di queste risultino indicate quali esecutrici della specifica commessa. In altre parole, mediante lo schema del "cumulo alla rinfusa" il Consorzio si vede attribuita la facoltà di spendere requisiti ben maggiori di quelli posseduti dalle consorziate di volta in volta indicate in gara.



specifica procedura (Tar Lazio, Sez. I bis, del 7 dicembre 2020, n.13049)

E' accaduto, tuttavia, che con due successive sentenze (una del Consiglio di Stato e una del TAR Lazio), i giudici amministrativi sono tornati sull'argomento affermando che, al contrario, il "cumulo alla rinfusa" risulti ancora principio valido ed operante.

Il Consiglio di Stato (sez. V), con la sentenza n. 2588 del 29 marzo 2021, ha analizzato puntualmente il testo del nuovo comma 2 bis dell'art. 47 introdotto dal DL n. 32 del 2019, ritenendo che detta disposizione non modifichi affatto la modalità partecipativa dei consorzi stabili alle gare, consentendo loro di potersi servire dei requisiti di tutte le proprie consorziate, senza la necessità che poi queste ultime siano indicate quali esecutrici della singola procedura.

Secondo quanto affermato dal Consiglio di Stato, dunque, ai sensi della novellata disposizione non può desumersi che il singolo consorziato, indicato in gara come esecutore dell'appalto, debba essere a sua volta in possesso dei requisiti di partecipazione. E ciò proprio sulla base del fatto che diversamente opinando si altererebbe la natura stessa del Consorzio stabile, che si concretizza in un'impresa operativa che fa leva sulla causa mutualistica e, come tale, può avvalersi di qualsiasi contributo, in termini di requisito, dei consorziati, senza dover ricorrere allo strumento dell'avvalimento oppure a dovere indicare questi ultimi quali esecutori della commessa.

Dello stesso avviso è il TAR Lazio (Sez. I, 19 aprile 2021, n. 4540), che riprendendo le argomentazioni del Consiglio di Stato, muove dall'analisi della Relazione illustrativa della legge di conversione del D.L. n. 32/2019, la quale fornirebbe la conferma che la volontà del legislatore era quella di mantenere e, anzi, potenziare l'operatività del meccanismo del cumulo alla rinfusa. Detta Relazione, nell'illustrare la modifica apportata all'art. 47 comma 2 del Codice osserva che essa *<<è tesa a chiarire la disciplina dei consorzi stabili onde consentire l'operatività e sopravvivenza di tale strumento pro-concorrenziale>>* mentre, con riferimento al comma 2 bis, l'intento è stato quello di *<<colmare un vuoto normativo>>* relativo a servizi e forniture.

Dunque, ad avviso della giurisprudenza più recente, l'intervento del legislatore nel 2019 andrebbe

correttamente inteso nel senso di avere chiarito che il consorzio stabile si può giovare, senza necessità di ricorrere all'avvalimento, dei requisiti di idoneità tecnica e finanziaria delle consorziate stesse. Senza obbligo che queste ultime siano tra quelle indicate quali esecutrici.

4. I principi espressi dall'Adunanza Plenaria n. 5/2018 e le analogie con l'avvalimento

Come anticipato ai paragrafi che precedono, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con la sentenza del 18/03/2021, n. 5, si è pronunciata sulla questione sollevata dal C.G.A.R.S., se nell'ipotesi di partecipazione ad una gara d'appalto di un consorzio stabile, che ripeta la propria qualificazione, necessaria ai sensi del bando, da una consorziata non designata ai fini dell'esecuzione dei lavori, quest'ultima vada considerata come soggetto terzo rispetto al consorzio, equiparabile all'impresa ausiliaria nell'avvalimento, sicché la perdita da parte della stessa del requisito durante la gara imponga alla stazione appaltante di ordinarne la sostituzione, in applicazione dell'art. 89, comma 3, del Codice degli appalti e/o dell'art. 63, Direttiva 2014/24/UE, derogandosi, pertanto, al principio dell'obbligo del possesso continuativo dei requisiti nel corso della gara e fino all'affidamento dei lavori. La sentenza in commento, dopo aver sinteticamente ripercorso i principi generali in tema di avvalimento, consorzi stabili e continuità nel possesso dei requisiti di partecipazione, ha precisato che non v'è ragione per riservare al consorzio che si avvale dei requisiti di un consorziato "non designato" un trattamento diverso da quello riservato ad un qualunque partecipante, singolo o associato, che ricorre all'avvalimento. Nell'uno, come nell'altro caso, in virtù dell'art. 89 comma 3 del Codice degli appalti, ove il requisito "prestato" venga meno, l'impresa avvalsa potrà, ovvero dovrà, essere sostituita.

In risposta alle preoccupazioni manifestate dal Giudice rimettente, e al fine di garantire chiarezza e certezza al quadro esegetico complessivo, può aggiungersi che la chiave interpretativa innanzi delineata non tocca la perdurante validità del principio di necessaria continuità nel possesso dei requisiti, affermato dall'Adunanza Plenaria con sentenza 8/2015, né il più generale principio di immodificabilità soggettiva del concorrente (salvi i

casi previsti della legge nel caso di raggruppamento temporaneo di imprese).

Con tale decisione l'Adunanza Plenaria, ribadendo il portato della costante giurisprudenza antecedente, ha affermato il principio generale, secondo cui *<<il possesso dei requisiti di ammissione si impone a partire dall'atto di presentazione della domanda di partecipazione e per tutta la durata della procedura di evidenza pubblica>>*, chiarendo che *<<per esigenze di trasparenza e di certezza del diritto, che non collidono col pur rilevante principio del favor participationis, la verifica del possesso, da parte del soggetto concorrente (ancor prima che aggiudicatario), dei requisiti di partecipazione alla gara deve ritenersi immanente all'intero procedimento di evidenza pubblica, a prescindere dalla indicazione, da parte del legislatore, di specifiche fasi espressamente dedicate alla verifica stessa>>*.

E' pur vero che, nel caso allora deciso, l'Adunanza Plenaria si spinse a precisare che sussiste sul piano dell'accertamento dei requisiti di ordine generale e tecnico-professionali ed economici, una totale equiparazione definitiva, fra i primi e l'imprenditore, che preferisca seguire la via del possesso mediato ed indiretto dei requisiti di partecipazione ad una gara", con ciò lasciando chiaramente intendere che l'affermato principio di continuità dovesse valere anche per l'impresa avvalsa.

Tuttavia detta ultima affermazione deve essere letta nel quadro normativo, *ratione temporis* vigente, anche comunitario, che pacificamente escludeva la possibilità di una sostituzione dell'impresa rimasta priva di requisiti, a prescindere se essa fosse legata da un vincolo di associazione temporanea con l'aggiudicatario o da un più tenue rapporto di avvalimento (art. 44 della Dir. 31/03/2004, n. 2004/18/CE).

Quel quadro normativo è mutato, e per il tramite

dell'art. 63 della direttiva 2014/24/UE, esso oggi pacificamente impone che il soggetto avvalso che nelle more del procedimento di gara o durante l'esecuzione del contratto perda i requisiti, venga sostituito.

Dunque, non v'è più motivo per discorrere, in relazione a tale peculiare fattispecie, di necessaria "continuità" nel possesso dei requisiti del concorrente che si avvale dell'apporto claudicante di terzi, a pena di esclusione.

La sostituzione è appunto lo strumento nuovo e alternativo che, alla luce del principio di proporzionalità, consente quella continuità predicata dall'Adunanza Plenaria nel 2015, in tutti i casi in cui il concorrente si avvalga dell'ausilio di operatore terzo. Esso restituisce al soggetto avvalso la sua vera natura di soggetto che presta i requisiti al concorrente, senza partecipare alla compagine e all'offerta da questa formulata e risponde alla superiore esigenza di evitare l'esclusione del concorrente, singolo o associato, per ragioni a lui non direttamente riconducibili o imputabili.

Esigenza quest'ultima evidentemente strumentale a stimolare il ricorso all'avvalimento: il concorrente, infatti, può contare sul fatto che, nel caso in cui l'ausiliaria non presenti o perda i requisiti prescritti, potrà procedere alla

sua sostituzione senza il rischio di essere, solo per questa circostanza, estromesso automaticamente dalla procedura selettiva.

In conclusione, l'Adunanza plenaria ha affermato il seguente principio: *<<La consorziata di un consorzio stabile, non designata ai fini dell'esecuzione dei lavori, è equiparabile, ai fini dell'applicazione dell'art. 63 della Direttiva 24/2014/UE e dell'art. 89, comma 3 del d.lgs. 50/2016, all'impresa ausiliaria nell'avvalimento, sicché la perdita da parte della stessa del requisito impone alla stazione appaltante di ordinarne la sostituzione>>*.

l'Adunanza plenaria ha affermato il seguente principio: <<La consorziata di un consorzio stabile, non designata ai fini dell'esecuzione dei lavori, è equiparabile, ai fini dell'applicazione dell'art. 63 della Direttiva 24/2014/UE e dell'art. 89, comma 3 del d.lgs. 50/2016, all'impresa ausiliaria nell'avvalimento, sicché la perdita da parte della stessa del requisito impone alla stazione appaltante di ordinarne la sostituzione>>



5. Scenari

Come abbiamo visto, nonostante l'intervento chiarificatore dell'Adunanza Plenaria n. 5/2021, il principio di continuità nel possesso dei requisiti risulta un tema caratterizzato da numerose sfaccettature e per il quale non è semplice trovare un definitivo punto di equilibrio.

In effetti, sembra che il Codice degli appalti vigente, espressamente prevedendo l'istituto della sostituibilità dell'ausiliaria (e quindi anche della consorziata, per quanto affermato dall'Adunanza Plenaria in commento), abbia aperto la strada ad un sistema più "elastico", volto sì a garantire l'interlocuzione della pubblica amministrazione con soggetti affidabili, ma senza oltremodo voler penalizzare questi ultimi per questioni che non li riguardano direttamente, come appunto nel caso della perdita dei requisiti da parte dell'ausiliaria in caso di avvalimento.

Anche perché, diversamente ragionando, si verrebbe a creare il paradosso per cui l'avvalimento, obiettivamente concepito quale istituto volto a favorire la più ampia partecipazione alle gare, potrebbe sortire l'effetto contrario, ovvero quello di cagionare l'esclusione del concorrente che – incolpevolmente – si era avvalso dei requisiti del soggetto terzo.

Tale tema è costantemente dibattuto anche in seno alla Corte UE, tanto è vero che lo stesso Consiglio di Stato, con l'ordinanza 20 marzo 2020, n. 2005, ha adito in via pregiudiziale la Corte di Giustizia dell'Unione europea proprio in relazione al meccanismo sostitutivo contemplato dall'art. 89, co. 3, del d.lgs. n. 50/2016, sostenendone la necessaria estensione, a termini del diritto dell'unione, a tutte le fattispecie di esclusione, a prescindere dai motivi (attualmente l'art.

89 comma 3 e la giurisprudenza escludono pacificamente che la sostituzione possa avvenire nel caso di dichiarazioni mendaci dell'ausiliaria).

La Corte UE ha infatti a più riprese sottolineato come eventuali limiti nazionali all'esercizio del diritto di avvalimento devono essere riguardati con rigore, alla luce dei principi di parità di trattamento e non discriminazione.

In effetti, sembra che il Codice degli appalti vigente, espressamente prevedendo l'istituto della sostituibilità dell'ausiliaria (e quindi anche della consorziata, per quanto affermato dall'Adunanza Plenaria in commento), abbia aperto la strada ad un sistema più "elastico", volto sì a garantire l'interlocuzione della pubblica amministrazione con soggetti affidabili, ma senza oltremodo voler penalizzare questi ultimi per questioni che non li riguardano direttamente, come appunto nel caso della perdita dei requisiti da parte dell'ausiliaria in caso di avvalimento.

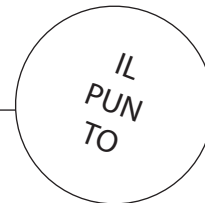


Sulla stessa scia si pone, in ambito nazionale, la pronuncia del Consiglio di Stato, Ad. Plen., del 4 novembre 2016, n. 23, la quale ha affermato, con specifico riferimento all'istituto dell'avvalimento, che <<trattandosi di obiettivi generali dell'ordinamento Eurounitario (e sulla base di generali canoni ermeneutici di matrice UE), grava sull'operatore nazionale l'obbligo di interpretare le categorie del diritto nazionale in senso conforme ad essi (c.d. criterio dell'interpretazione conforme) e di non introdurre in relazione ad essi vincoli e limiti ulteriori e diversi rispetto a quelli che operano in relazione alle analoghe figure del diritto interno (si tratta di un corollario applicativo dei generali principi di parità di trattamento e di non discriminazione che devono assistere le posizioni giuridiche e gli istituti di matrice Eurounitaria)>>.

Ovviamente, sarebbe auspicabile un intervento legislativo che chiarisse in modo più netto i contorni della questione sulla continuità del possesso dei requisiti e sulla reale portata della facoltà di avvalersi dei requisiti di soggetti terzi, trattandosi di tematiche tuttora soggette ad interpretazioni troppo ondivaghe ed eterogenee.

Avvalimento e meccanismo di sostituzione dell'ausiliaria: la CGUE boccia la misura della automatica esclusione del concorrente ausiliato in caso di dichiarazioni mendaci rese dall'ausiliaria

di Adriana Presti



1. L'oggetto della controversia

1.1. Con bando del 3.1.2018, un'Azienda USL indiceva una gara per l'affidamento dei lavori di demolizione selettiva e meccanica degli edifici costituenti un ex Presidio Ospedaliero.

1.2. All'esito delle operazioni di gara la stazione appaltante, avendo provveduto ad escludere progressivamente i primi due RTI classificati a cagione della riscontrata omessa indicazione, da parte di entrambi, di sentenze penali irrevocabili di condanna, con successiva determinazione disponeva l'aggiudicazione dell'appalto in favore del R.T.I. classificatosi al terzo posto.

1.3. Avverso detti atti espulsivi insorgevano i due RTI, con distinti ricorsi incardinati innanzi al TAR per la Toscana.

Il nucleo centrale delle deduzioni svolte nei due giudizi si concentrava sulla tesi dell'insussistenza dell'onere dichiarativo della sentenza penale di condanna, se non nell'ambito di un certo limite temporale (di tre anni), fissato dall'art. 80 comma 10, d.lgs. n. 50/2016, che nel caso di specie risultava decorso.

1.4. L'esclusione della prima classificata veniva annullata dalla sentenza del TAR per la Toscana n. 1044/2019, in accoglimento del

ricorso proposto dall'interessata e parzialmente riformata dalla decisione del Consiglio di Stato n. 1603 del 4 marzo 2020, con conseguente obbligo dell'amministrazione di rinnovare il sub procedimento di verifica dell'affidabilità del RTI primo classificato, in relazione alle ragioni "giustificatrici" della mancata dichiarazione delle sentenze penali.

1.5. Anche l'esclusione del secondo classificato RTI veniva annullata dal medesimo TAR, con sentenza n. 955/2019, la quale veniva successivamente impugnata dal terzo classificato, avendo quest'ultimo un interesse strumentale alla conferma della legittimità dell'esclusione del RTI in questione ed alla collocazione in una migliore posizione in graduatoria.

1.6. Con sentenza non definitiva n. 1633 del 5.3.2020, la III Sezione del Consiglio di Stato ha accolto parzialmente l'appello del terzo classificato in ordine alla sentenza del TAR Firenze 955/2019 (concernente il secondo classificato), respingendo, tra l'altro, i motivi giudicati fondati dal TAR e preannunciando la propria intenzione di sospendere il giudizio in attesa della decisione della Corte di Giustizia UE sulla questione pregiudiziale ad essa sottoposta dalla parte appellata seconda classificata e così riassumibile: una volta appurata

la falsità della dichiarazione dell'impresa ausiliaria, relativa all'assenza di condanne penali, la stazione appaltante non avrebbe potuto disporre automaticamente l'esclusione del RTI, ma avrebbe dovuto assegnare un termine per la sostituzione dell'impresa ausiliaria, ai sensi dell'art. 89, comma 3, del Codice, trattandosi di modalità correttiva imposta dal diritto comunitario e che la stessa disposizione nazionale configura come obbligatoria, ogniqualvolta *"sussistono motivi di esclusione ai sensi dell'articolo 80"*. Diversamente, l'art. 89, comma 1, ove inteso come implicante l'insanabile esclusione dell'operatore concorrente per le false dichiarazioni rese dall'ausiliaria, risulterebbe in contrasto con l'art. 63, par. 1, II parte, della direttiva 24 (richiamato dalla 25).

1.7. Il Collegio, pur ritenendo che secondo la normativa nazionale italiana la dichiarazione non veritiera resa dal rappresentante legale dell'impresa ausiliaria in sede di gara comporta, quale conseguenza automatica, il dovere della stazione appaltante di escludere il concorrente ausiliato, senza possibilità di provvedere alla sostituzione dell'impresa, ha comunque dubitato del fatto che la normativa nazionale, così ricostruita, sia compatibile con il diritto dell'Unione europea.

Invero, qualora dovesse ritenersi che il diritto eurounitario non ammette preclusioni alla sostituzione dell'impresa ausiliaria, neppure nel caso di dichiarazioni mendaci da questa rese nella dichiarazione sottoscritta e attestante il possesso dei requisiti generali di cui all'articolo 80, il giudizio dovrebbe concludersi con una sentenza favorevole al RTI secondo classificato e con il conseguente annullamento del provvedimento di esclusione dello stesso dalla gara.

Per contro, nel caso in cui si dovesse accogliere l'opzione ermeneutica secondo la quale il diritto dell'Unione Europea non osta all'applicazione dell'art. 89 comma 1, così come interpretato dalla giurisprudenza nazionale, il giudizio dovrebbe concludersi con una sentenza di conferma della legittimità del provvedimento di esclusione.

L'esito dei paralleli giudizi incardinati avverso la sentenza del TAR fiorentino n. 1044/2019 e definiti con sentenza del Consiglio di Stato n. 1603 del 4.3.2020, lascia(va), quindi, intatte le *chances* di aggiudicazione del contratto in capo alla seconda classificata, fermo l'interesse strumentale del RTI terzo classificato ad accertare la legittimità dell'esclusione della seconda classificata, al fine di conseguire una migliore posizione in graduatoria.

2. Il contesto giuridico

2.1. Il contenuto della normativa italiana e l'interpretazione consolidata della giurisprudenza

2.1.1. Il Codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50, come modificato dal decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56 (di seguito solo "Codice"), prevede la seguente disciplina:

- l'art. 80 comma 5, lettera f-bis), stabilisce che le stazioni appaltanti escludono dalla gara l'operatore economico che presenti nella procedura di gara in corso e negli affidamenti di subappalti documentazione o dichiarazioni non veritiere;

- l'art. 89, comma 1, secondo, terzo e quarto periodo, stabilisce che "L'operatore economico che vuole avvalersi delle capacità di altri soggetti allega, oltre all'eventuale attestazione SOA dell'impresa ausiliaria, una dichiarazione sottoscritta dalla stessa attestante il possesso da parte di quest'ultima dei requisiti generali di cui all'articolo 80, nonché il possesso dei requisiti tecnici e delle risorse oggetto di avvalimento.

L'operatore economico dimostra alla stazione appaltante che disporrà dei mezzi necessari mediante presentazione di una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui quest'ultima si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente.

Nel caso di dichiarazioni mendaci, ferma restando l'applicazione dell'articolo 80, comma 12, nei confronti dei sottoscrittori, la stazione appaltante esclude il concorrente ed escute la garanzia";

- l'art. 89, comma 3, stabilisce che "la stazione appaltante verifica, conformemente agli articoli 85, 86 e 88, se i soggetti della cui capacità l'operatore economico intende avvalersi, soddisfano i pertinenti criteri di selezione o se sussistono motivi di esclusione ai sensi dell'articolo 80.

Essa impone all'operatore economico di sostituire i soggetti che non soddisfano un pertinente criterio di selezione o per i quali sussistono motivi obbligatori di esclusione.

Nel bando di gara possono essere altresì indicati i casi in cui l'operatore economico deve sostituire un soggetto per il quale sussistono motivi non obbligatori di esclusione, purché si tratti di requisiti tecnici".

2.1.2. Secondo giurisprudenza nazionale consolidata:

i) in forza del combinato disposto dei citati articoli 80, comma 5, lettera f-bis, e 89, comma 1, del Codice, in caso di avvalimento, la dichiarazione mendace presentata dall'impresa ausiliaria comporta l'esclusione dalla procedura di gara dell'operatore economico che si è avvalso della sua capacità per integrare i prescritti requisiti di partecipazione;

ii) nell'ipotesi di dichiarazione mendace o di attestazione non veritiera dell'impresa ausiliaria sul possesso dei requisiti ex art. 80, l'art. 89, comma 3, non è applicabile e, quindi, l'operatore economico non può sostituire l'impresa ausiliaria.

È stato ritenuto, infatti, che l'art. 89 prevede espressamente l'esclusione del concorrente in caso di dichiarazioni mendaci provenienti dall'impresa di cui egli si avvale (Cons. Stato, sez. V, n. 6529/2018; Id., n. 69/2019; Delibera ANAC n. 337/2019). La sostituzione dell'impresa ausiliaria è consentita solo nelle altre ipotesi in cui risultano mancanti i pertinenti requisiti di partecipazione.

2.2. La disciplina del diritto dell'Unione europea: l'avvalimento e il favore per la concorrenza

2.2.1. La disciplina eurounitaria dell'avvalimento è contenuta nell'art. 63 (*Affidamento sulle capacità di altri soggetti*) della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici.

In particolare, il par. 1, II parte, dell'articolo prevede che: "L'amministrazione aggiudicatrice verifica, conformemente agli articoli 59, 60 e 61, se i soggetti sulla cui capacità l'operatore economico intende fare affidamento soddisfano i pertinenti criteri di selezione o se sussistono motivi di esclusione ai sensi dell'articolo 57. **L'amministrazione aggiudicatrice impone che l'operatore economico sostituisca un soggetto che non soddisfa un pertinente criterio di selezione o per il quale sussistono motivi obbligatori di esclusione. L'amministrazione aggiudicatrice può imporre o essere obbligata dallo Stato membro a imporre che l'operatore economico sostituisca un soggetto per il quale sussistono motivi non obbligatori di esclusione.**"

2.2.2. La previsione, innovativa, punta a consentire la più ampia partecipazione alla gara degli operatori economici privi dei prescritti requisiti, mediante forme di collaborazione con altre imprese ausiliarie. Al tempo stesso la norma intende assicurare che l'esecuzione delle prestazioni sia svolta da soggetti effettivamente in possesso di adeguata capacità e moralità.

A questa duplice esigenza risponde la possibilità di sostituire l'impresa ausiliaria che non soddisfi i requisiti o nei cui confronti sussista una causa di esclusione. La perentorietà della formula legislativa europea fa assurgere la stazione appaltante a garante del *favor participationis*, "imponendole" di consentire la sostituzione dell'ausiliario e, quindi, sollecitandola ad attivarsi per garantire la celere conclusione del contratto e la sua esecuzione, a guisa di tutrice del buon andamento e dell'efficienza della procedura di evidenza pubblica.

3. La rimessione della questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia

3.1. Il quesito interpretativo

Tanto premesso, il Consiglio di Stato con l'Ordinanza Collegiale del 20 marzo 2020 n. 2005 ha formulato il seguente quesito interpretativo: "Se l'articolo 63 della direttiva 2014/24 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, relativo all'istituto dell'avvalimento, unitamente ai principi di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, di cui agli articoli 49 e 56 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), osti all'applicazione della normativa nazionale italiana in materia di avvalimento e di esclusione dalle procedure di affidamento, contenuta nell'articolo 89, comma 1, quarto periodo, del codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, secondo la quale nel caso di dichiarazioni non veritiere rese dall'impresa ausiliaria riguardanti la sussistenza di condanne penali passate in giudicato, potenzialmente idonee a dimostrare la commissione di un grave illecito professionale, la stazione appaltante deve sempre escludere l'operatore economico concorrente in gara, senza imporgli o consentirgli di indicare un'altra impresa ausiliaria idonea, in sostituzione della prima, come stabilito, invece nelle altre ipotesi in cui i soggetti della cui capacità l'operatore economico intende avvalersi non soddisfano un pertinente criterio di

selezione o per i quali sussistono motivi obbligatori di esclusione”.

3.2. Illustrazione dei motivi del rinvio pregiudiziale

3.2.1. Secondo il Collegio remittente, il raffronto tra le disposizioni nazionali in materia di avvalimento e il diritto dell’UE induce a dubitare che l’art. 89, comma 1, quarto periodo, del Codice si ponga in contrasto con i principi e le regole di cui all’art. 63 della Direttiva 2014/24/UE e risulti incompatibile con i principi concorrenziali di cui agli articoli 49 e 56 del TFUE. L’art. 89, comma 1, del Codice, nel prevedere l’esclusione del concorrente in conseguenza delle dichiarazioni mendaci dell’impresa di cui egli si avvale, preclude la sostituzione dell’impresa ausiliaria, ovvero il ricorso al rimedio correttivo, che, invece, il comma 3 stabilisce per tutti i rimanenti motivi obbligatori di esclusione. La differenza di disciplina potrebbe essere giustificata, nell’ottica del diritto interno, dalla esigenza di sanzionare coloro che si sono resi responsabili di dichiarazioni mendaci, o dolosamente reticenti, responsabilizzando l’operatore economico in ordine alla genuinità delle attestazioni compiute dall’impresa ausiliaria. Tuttavia, l’art. 63 della Direttiva non contiene alcuna distinzione di disciplina e, al contrario, impone la sostituzione dell’impresa ausiliaria in tutte le ipotesi in cui sussistano in capo alla stessa motivi obbligatori di esclusione.

3.2.2. Il Collegio, riconoscendo l’innovatività della Direttiva sul punto recepita nel nuovo corpo normativo dei contratti pubblici del 2016, ha evidenziato come in precedenza, sotto la vigenza del D.lgs. n. 163 del 2006, la modificazione soggettiva dell’offerta era consentita solo nel caso di RTI, per i motivi ivi previsti (art. 37, comma 19, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163) e solamente nella fase di esecuzione del contratto (così Cons. Stato, sez. V, n. 169/2015). Sennonché, l’art. 89, comma 3, consente ora al concorrente la sostituzione dell’impresa ausiliaria anche nell’ambito del rapporto tra imprese scaturito

dalla stipulazione di un contratto di avvalimento ed anche nella fase precedente l’esecuzione del contratto. Sotto questo duplice profilo, è stato definito “*istituto del tutto innovativo*” da Cons. Stato, sez. III, n. 5359/2015 e dalla Corte di Giustizia dell’Unione europea nella decisione C-223/16 del 14 settembre 2017, *Casertana costruzioni s.r.l.*

3.2.3. La sostituzione dell’ausiliaria durante la procedura - in deroga al principio dell’immodificabilità soggettiva del concorrente nel corso della procedura (nonché di coloro di cui intende avvalersi e, per questa via, della stessa offerta) - risponde all’esigenza, **stimata superiore**, di evitare l’esclusione dell’operatore per ragioni a lui non direttamente riconducibili e, in questo modo, sia pure indirettamente, di stimolare il ricorso all’avvalimento: il concorrente, infatti, può far conto sul fatto che, nel caso in cui l’ausiliaria non presenti i requisiti prescritti, potrà procedere alla sua sostituzione e non

sarà, solo per questa circostanza, estromesso automaticamente dalla procedura selettiva (Cons. Stato, sez. V, nn. 69/2019; 2527/2018; 1101/2018; T.A.R. Lazio, sez. III, n. 10763/2017). L’impostazione **spiccatamente pro-concorrenziale** della norma risulta, del resto, coerente con i criteri della delega posta dal Parlamento per il recepimento delle direttive del 2014, di cui all’art. 1 comma I lettera zz) della legge n. 11 del 2016.

3.2.4. Prevedendo l’esclusione automatica del concorrente, senza consentire la sostituzione della ausiliaria che abbia reso una dichiarazione non veritiera, la normativa domestica si potrebbe porre in contrasto con il suddetto obiettivo di apertura alla concorrenza e confliggere con la Direttiva, la quale non contempla eccezioni al meccanismo generalizzato della sostituzione, nemmeno nei casi in cui esse potrebbero astrattamente giustificarsi con la finalità di responsabilizzare gli operatori economici in ordine alla genuinità e correttezza delle dichiarazioni svolte dalle imprese di cui si avvalgono.

L’art. 89, comma 3, consente ora al concorrente la sostituzione dell’impresa ausiliaria anche nell’ambito del rapporto tra imprese scaturito dalla stipulazione di un contratto di avvalimento ed anche nella fase precedente l’esecuzione del contratto.

3.2.5. Infatti, non può ragionevolmente sostenersi che solo nella fattispecie della dichiarazione mendace l'operatore economico disponga di una capacità di prevenzione e di controllo dei requisiti dichiarati dall'impresa ausiliaria, tale da renderlo motivatamente corresponsabile dell'attestazione inveritiera resa da quest'ultima.

Il concorrente ausiliato è parte del contratto di avvalimento e, **non disponendo di speciali poteri di verifica circa l'attendibilità delle credenziali della controparte**, non può che affidarsi alle dichiarazioni o alla documentazione da quest'ultima fornitegli. In definitiva, all'operatore concorrente non può richiedersi una diligenza maggiore di quella richiesta ad un comune operatore negoziale, poiché nulla autorizza a ritenere il contrario (Cons. Stato, sez. V, n. 69/2019).

3.2.6. A questo proposito, e con più specifico riferimento ai fatti di causa, la seconda classificata ha dedotto di essersi trovata nella sostanziale impossibilità di acquisire piena contezza del precedente penale relativo al soggetto ausiliario, in quanto la condanna riportata dal titolare dell'impresa non emergeva dal casellario giudiziale consultabile dai soggetti privati.

La legge italiana (D.P.R. 313/2002), infatti, esclude dalle risultanze del certificato rilasciabile alla parte privata diversa dal diretto interessato una serie di iscrizioni, tra cui quelle relative alle sentenze di condanna con il beneficio della "non menzione": in punto di fatto, la condanna riportata dal titolare dell'impresa ausiliaria è accompagnata dal beneficio della non menzione.

3.3. Il punto di diritto controverso

3.3.1. Per inquadrare, dunque, il contesto nel quale si iscrive il punto di diritto controverso è utile rammentare che:

i) la *ratio* dell'istituto dell'avvalimento è quella di favorire la massima partecipazione degli operatori

economici al mercato degli appalti pubblici, aprendolo ad imprese di per sé prive di requisiti di carattere economico-finanziario, tecnico-organizzativo e consentendo loro la dimostrazione dei requisiti medesimi *per relationem*, attraverso il concorso di terzi soggetti ausiliari;

ii) l'istituto dell'avvalimento ha tradizionalmente goduto di ampio favore nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, che lo ha elaborato e ha contrastato prassi interpretative e disposizioni normative nazionali che potessero ostacolarne l'impiego.

3.3.2. Esemplificativa di questo indirizzo è la sentenza del 10 ottobre 2013 in causa C-94/12, *SWM Costruzioni*, con la quale la Corte ha risolto una questione per rinvio pregiudiziale

sollevata dalla Quinta Sezione del Consiglio di Stato circa la compatibilità con il diritto UE della normativa nazionale (articolo 49, comma 6 del Decreto legislativo n. 163 del 2006) che vietava al concorrente in una pubblica gara di appalto di avvalersi - salvo ipotesi eccezionali - di più di un'impresa ausiliaria.

La Corte ha, tuttavia, chiarito che eventuali limiti nazionali all'esercizio del diritto di avvalimento devono essere riguardati con rigore, alla luce dei principi di parità di trattamento e non discriminazione.

Sulla stessa scia si pone, in ambito nazionale, la pronuncia del Consiglio di Stato Ad. Plen.,

del 4 novembre 2016, n. 23, la quale afferma, con specifico riferimento all'istituto dell'avvalimento, che *"trattandosi di obiettivi generali dell'ordinamento Eurounitario (e sulla base di generali canoni ermeneutici di matrice UE), grava sull'operatore nazionale l'obbligo di interpretare le categorie del diritto nazionale in senso conforme ad essi (c.d. criterio dell'interpretazione conforme) e di non introdurre in relazione ad essi vincoli e limiti ulteriori e diversi rispetto a quelli che operano in relazione alle analoghe figure del diritto interno (si tratta di un corollario applicativo dei*

La Corte ha richiamato il generale obiettivo dell'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza "nella misura più ampia possibile, obiettivo perseguito dalle direttive in materia a vantaggio non soltanto degli operatori economici, ma parimenti delle amministrazioni aggiudicatrici" (v., in tal senso, sentenza del 23 dicembre 2009, Conisma, in causa C-305/08).

generalì principi di parità di trattamento e di non discriminazione che devono assistere le posizioni giuridiche e gli istituti di matrice Eurounitaria)".

4. La decisione della CGUE

4.1. Il principio di diritto

4.1.1.1. La sentenza della IX Sezione della Corte di Giustizia dell'Unione europea, 3 giugno 2021, in causa C-210/20 ha ritenuto incompatibile con il diritto eurolunitario una normativa nazionale che preveda l'esclusione automatica del concorrente qualora l'impresa ausiliaria abbia reso dichiarazioni non veritiere, senza consentire la sostituzione della stessa impresa ausiliaria.

La CGUE ha enunciato il seguente principio di diritto: «L'articolo 63 della 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, in combinato disposto con l'articolo 57, § 4, lettera h), di tale direttiva e alla luce del principio di proporzionalità, deve essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale in forza della quale l'amministrazione aggiudicatrice deve automaticamente escludere un offerente da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico qualora un'impresa ausiliaria, sulle cui capacità esso intende fare affidamento, abbia reso una dichiarazione non veritiera quanto all'esistenza di condanne penali passate in giudicato, senza poter imporre o quantomeno permettere, in siffatta ipotesi, a tale offerente di sostituire detto soggetto».

4.1.2. La CGUE, dopo aver rammentato che gli Stati membri dispongono di un sicuro margine di discrezionalità nella determinazione delle condizioni di applicazione dei motivi di esclusione facoltativi previsti all'articolo 57, § 4, della Direttiva (v., in tal senso, da ultimo sentenza del 30 gennaio 2020, Tim, C-395/18, § 34), ha riformulato la questione

sollevata dal Consiglio di Stato, ritenendo che con quest'ultima, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 63 della Direttiva 2014/24, in combinato disposto con l'articolo 57, § 4, lettera h), e § 6, di tale direttiva e alla luce del principio di proporzionalità, debba essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale in forza della quale l'amministrazione aggiudicatrice deve automaticamente escludere un offerente da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico qualora un'impresa ausiliaria, sulla cui capacità esso intende fare affidamento, abbia reso una dichiarazione non veritiera quanto all'esistenza di condanne penali passate in giudicato, senza poter imporre o, quantomeno, senza poter permettere, in siffatta ipotesi, a tale offerente di sostituire detto soggetto, contrariamente a quanto previsto nelle altre ipotesi in cui i soggetti sulle cui capacità si affida l'offerente non soddisfano un criterio pertinente di selezione o nei confronti dei quali sussistono motivi di esclusione obbligatori.

5. Osservazioni conclusive sulla pronuncia

La Corte di Giustizia, nel ritenere la disciplina italiana incompatibile con quella eurounitaria, ha valorizzato un'interpretazione delle norme ispirata al principio di proporzionalità - che costituisce un principio generale del diritto dell'Unione -, di fatto imponendo un temperamento, nella misura dappresso meglio specificata, alla responsabilizzazione sempre e comunque degli operatori economici in ordine alla genuinità e correttezza delle dichiarazioni delle ausiliarie di cui si avvalgano.

Nella specie, la misura della automatica esclusione del concorrente ausiliato per le dichiarazioni mendaci rese dall'ausiliaria è apparsa sproporzionata, tenuto conto della *ratio* dell'istituto dell'avvalimento.

La CGUE ha ritenuto che, ai sensi dell'articolo 63, § 1, secondo comma, terza frase, della Direttiva, l'amministrazione aggiudicatrice può imporre (o essere obbligata dal proprio

Dal principio di responsabilità discende, in generale, che le norme stabilite dagli Stati membri o dalle amministrazioni aggiudicatrici nell'ambito dell'attuazione delle disposizioni di detta direttiva non devono andare oltre quanto è necessario per raggiungere gli obiettivi previsti da quest'ultima

Stato membro ad imporre) che l'o.e. interessato sostituisca il soggetto sulla cui capacità esso intende fare affidamento, ma nei confronti del quale sussistono motivi di esclusione non obbligatori.

Dalla formulazione di quest'ultima frase - secondo la Corte - emerge quindi che, sebbene gli Stati membri possano prevedere che, in un'ipotesi del genere, l'amministrazione aggiudicatrice sia tenuta ad imporre una siffatta sostituzione a tale operatore economico, essi non possono, **per contro**, privare l'amministrazione aggiudicatrice della facoltà di esigere, di propria iniziativa, una siffatta sostituzione.

Gli Stati membri dispongono infatti **solo della possibilità di sostituire tale facoltà con un obbligo**, per l'amministrazione aggiudicatrice, di procedere a una siffatta sostituzione. Ma giammai di privarla dell'alternativa della sostituzione.

Interessante è, inoltre, l'iter logico - procedurale tracciato dalla CGUE in ordine agli accertamenti che l'amministrazione aggiudicatrice deve compiere. Più in particolare, l'amministrazione, ancor prima di esigere da un offerente la sostituzione di un soggetto sulle cui capacità intende fare affidamento, - a causa del fatto che quest'ultimo si trova in una delle situazioni di cui all'articolo 57, paragrafi 1 e 4, della Direttiva - deve operare una valutazione sulle misure di *self cleaning* eventualmente poste in essere dall'o.e., posto che l'articolo 57, § 6, della Direttiva, in combinato disposto con il considerando 102, garantiscono, in principio, il **diritto per qualsiasi operatore economico** che si trovi in una delle situazioni di cui ai paragrafi 1 e 4 di tale disposizione di **fornire prove del fatto che le misure da lui adottate sono sufficienti al fine di dimostrare la sua affidabilità nonostante l'esistenza di un motivo di esclusione pertinente** (v., in tal senso, sentenza del 3 ottobre 2019, Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93, C-267/18, § 37).

Pertanto, solo in subordine, e se il soggetto al quale è opposta una causa di esclusione di cui all'articolo 57, paragrafi 1 e 4, della Direttiva non

ha adottato alcuna misura correttiva, o se quelle che esso ha adottato sono ritenute insufficienti dall'amministrazione aggiudicatrice, si può imporre all'offerente di procedere alla sostituzione di detto soggetto.

La centralità del principio di proporzionalità, come anticipato, emerge anche dall'ulteriore considerazione della Corte in ordine al fatto che particolare ed elevata attenzione deve essere prestata qualora l'esclusione prevista dalla normativa nazionale colpisca l'offerente non per una violazione ad esso imputabile, bensì per una violazione commessa da un soggetto sulle cui capacità egli intende fare affidamento e nei confronti del quale non dispone di alcun potere di controllo (v., in tal senso, sentenza del 30 gennaio 2020, Tim, C-395/18, EU:C:2020:58, punto 48).

A tal punto da affermare che il principio di proporzionalità impone di effettuare una valutazione specifica e concreta dell'atteggiamento del soggetto interessato, sulla base di tutti gli elementi pertinenti. A tale titolo, si deve tener conto dei mezzi di cui l'offerente disponeva per verificare l'esistenza di una violazione in capo al soggetto sulle cui capacità intendeva fare affidamento (v., in tal senso, sentenza del 30 gennaio 2020, Tim, C-395/18, § 52).

La Corte sulla base di tali premesse ha dunque ritenuto che nel caso di specie, se il giudice del rinvio confermasse l'affermazione dell'RTI secondo classificato secondo cui la condanna penale del dirigente dell'impresa ausiliaria sulle cui capacità esso aveva inteso fare affidamento non figurava nell'estratto del casellario giudiziale consultabile dai soggetti privati, cosicché la normativa italiana non consentiva al medesimo concorrente ausiliato di venire a conoscenza di tale condanna, non gli si potrebbe addebitare una mancanza di diligenza.

Di conseguenza, in tali circostanze, sarebbe contrario al principio di proporzionalità, enunciato all'articolo 18, § 1, della direttiva 2014/24, impedire la sostituzione del soggetto interessato da una causa di esclusione.

Deve rimanere ferma, quindi, la possibilità per le stazioni appaltanti di prevedere, nella lex specialis di gara, l'obbligo di sostituire l'impresa ausiliaria che abbia reso dichiarazioni mendaci.

Limiti di ammissibilità del soccorso istruttorio su elementi dell'offerta tecnica

di Paola Cartolano

IL
PUN
TO

Premesse

L'istituto del **soccorso istruttorio**, introdotto nell'ordinamento già con il d.lgs. n. 163/2006, ha la finalità di eliminare i formalismi che possono condurre a un'automatica esclusione dei concorrenti dalle procedure ad evidenza pubblica: è ammesso ai concorrenti di correggere i vizi non sostanziali dell'offerta, nei limiti dettati dalle norme codicistiche come interpretate alla luce della costante evoluzione giurisprudenziale, fermo restando il rispetto del **principio della par condicio tra i potenziali concorrenti** e il **principio di immodificabilità dell'offerta**.

Questi ultimi sono, infatti, corollari dei principi di imparzialità, buon andamento e trasparenza nell'agire, i quali impongono di garantire ad ogni operatore economico le stesse possibilità di accesso alla procedura di aggiudicazione, onde evitare inammissibili

alterazioni di mercato che, oltre a ledere la sfera degli interessi legittimi dei singoli partecipanti alla procedura, metterebbero a repentaglio lo stesso interesse pubblico generale, consentendo ad un concorrente che ha formulato un'offerta non corrispondente alla *lex specialis* di gara, di correggere indebitamente la propria offerta.

Il soccorso istruttorio è lo strumento che consente al concorrente di rimediare ad eventuali omissioni, incompletezze o irregolarità riguardanti la documentazione prodotta in fase di gara

La disciplina del soccorso istruttorio ai sensi dell'**art. 83 del Decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50** (di seguito "**Codice Appalti**") – come avremo modo di meglio approfondire – ha in linea generale la finalità di far integrare la documentazione già prodotta in gara, ma ritenuta dal seggio di gara incompleta o semplicemente irregolare sotto un mero profilo formale, non anche di

consentire agli offerenti di formare atti in data successiva a quella di scadenza del termine di presentazione delle offerte, così da modificare il contenuto di queste ultime.

1. Soccorso istruttorio: inquadramento generale e modifiche normative

In termini generali, con l'introduzione dello strumento del soccorso istruttorio il legislatore ha voluto formalizzare nel modo più puntuale possibile i generali principi del *favor participationis* e del giusto procedimento, come già esplicitati nell'art. 3 della L. n. 241/1990 s.m.i..

Il cd. soccorso istruttorio è, infatti, un istituto che trova applicazione in relazione a qualunque procedimento amministrativo ai sensi dell'art. 6 L. n. 241/1990 che prevede il potere del RUP di adottare detto strumento al fine di consentire di colmare eventuali lacune documentali, rettificare dichiarazioni o correggere errori che dovessero emergere in fase istruttoria.

Nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica si tratta, in sostanza, di uno strumento volto a consentire agli operatori economici, già in sede di gara, di integrare la documentazione prodotta ai fini della partecipazione che risulta essere incompleta e/o irregolare, evitando così di essere esclusi dalla procedura.

Per lungo tempo la dottrina e la giurisprudenza hanno ampiamente dibattuto sul contenuto e i limiti del soccorso istruttorio nell'ambito delle procedure di gara, attesa l'equivoca formulazione delle disposizioni normative in materia di volta in volta introdotte.

Con l'introduzione dello strumento del soccorso istruttorio il legislatore ha voluto formalizzare nel modo più puntuale possibile il favor participationis

Nel D.Lgs. n. 163/2006 l'istituto era originariamente disciplinato dal combinato disposto degli artt. 38, comma 2-*bis* e 46, comma 1-*ter*¹ (commi introdotti dall'art. 39 del D.L. n. 90/2014 convertito nella L. n. 114/2014), come una sorta di sanatoria a pagamento, il cui ambito di applicazione ha suscitato molte perplessità tanto da far scaturire diverse pronunce giurisprudenziali con cui è stato meglio delineato l'ambito di applicazione.

Con l'entrata in vigore del Codice Appalti la disciplina del soccorso istruttorio è stata così modificata sotto diversi profili, nella speranza di superare le questioni più problematiche e dibattute, ed inserita nell'art. 83 comma 9 nell'ambito dei criteri di selezione.

Dalla lettura dell'art. 83, comma 9 del Codice Appalti emergono una serie di differenze e novità rispetto alla disciplina contenuta nel D.Lgs. 163/2006, il più rilevante dei quali consiste nell'accorpamento delle norme precedentemente contenute nel D.Lgs. 163/2006: in un'unica disposizione, il comma 9 dell'articolo 83, vengono unificate, infatti, le previsioni precedentemente contenute agli articoli 38, comma 2-*bis* e 46, comma 1-*ter* del D.Lgs. 163/2006.

Con l'art. 83, comma 9 citato il legislatore ha tra l'altro recepito nel nostro ordinamento l'**art. 56, paragrafo 3 della Direttiva 24/2014/**

1. Il D.Lgs. n. 163/2006 disponeva:

- all'art. 38, comma 2-*bis* che «La mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive di cui al comma 2 obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara, in misura non inferiore all'uno per mille e non superiore all'uno per cento del valore della gara e comunque non superiore a 50.000 euro, il cui versamento è garantito dalla cauzione provvisoria. In tal caso, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. Nei casi di irregolarità non essenziali ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non indispensabili, la stazione appaltante non ne richiede la regolarizzazione, né applica alcuna sanzione. In caso di inutile decorso del termine di cui al secondo periodo il concorrente è escluso dalla gara. Ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte»;

- all'art. 46, comma 1-*ter* che «Le disposizioni di cui articolo 38, comma 2-*bis*, si applicano a ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni, anche di soggetti terzi, che devono essere prodotte dai concorrenti in base alla legge, al bando o al disciplinare di gara».

UE (direttiva appalti), ai sensi del quale «Se le informazioni o la documentazione che gli operatori economici devono presentare sono o sembrano essere incomplete o non corrette, o se mancano documenti specifici, le amministrazioni aggiudicatrici possono chiedere, salvo disposizione contraria del diritto nazionale che attua la presente direttiva, agli operatori economici interessati di presentare, integrare, chiarire o completare le informazioni o la documentazione in questione entro un termine adeguato, a condizione che tale

richiesta sia effettuata nella piena osservanza dei principi di parità di trattamento e trasparenza».

Rispetto alla formulazione originaria del 2016, l'art. 83, comma 9 del Codice Appalti è stato oggetto di modifica ai sensi dell'art. 52 comma 1 lett. d) del Decreto Legislativo 19 aprile 2017 n. 56 ("**Correttivo**").

Ponendo a raffronto – per speditezza di disamina – le due norme (*pre* e *post* Correttivo) avremo:

Art. 83 comma 9 D.Lgs. n. 50/2016	Art. 83 comma 9 post D.Lgs. n. 57/2017
9. Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, la mancaza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, <u>con esclusione di quelle afferenti all'offerta tecnica ed economica</u>, obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara, in misura non inferiore all'1 per mille e non superiore all'uno per cento del valore della gara e comunque non superiore a 5.000 euro. In tal caso, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a 10 giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere, da presentare contestualmente al documento comprovante l'avvenuto pagamento della sanzione, a pena di esclusione. <u>La sanzione è dovuta esclusivamente in caso di regolarizzazione. Nei casi di irregolarità formali, ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non essenziali</u>, la stazione appaltante ne richiede comunque la regolarizzazione con la procedura di cui al periodo precedente, ma non applica alcuna sanzione. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara. Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa.	9. Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, in caso di mancaza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, <u>con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica</u>, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara. Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa.

Come ricavabile dalla lettura comparata dei testi, la modifica più rilevante operata dal Correttivo consiste nell'eliminazione dell'onerosità del soccorso istruttorio: gli operatori economici potranno, infatti, regolarizzare e/o integrare le dichiarazioni e i documenti incompleti e/o irregolari senza dover sostenere alcun onere.

Detto intervento del legislatore volto al soccorso istruttorio gratuito è coerente con la legge delega n. 11/2016 per la predisposizione del nuovo codice degli appalti la quale all'art. 1, comma 1, lett. z) prescriveva la «*riduzione degli oneri documentali ed economici a carico dei soggetti partecipanti, con attribuzione a questi ultimi della piena possibilità di integrazione documentale non onerosa di qualsiasi elemento di natura formale della domanda, purché non attenga agli elementi oggetto di valutazioni sul merito dell'offerta*».

Tra l'altro anche il Consiglio di Stato nel parere n. 855/2016 reso sullo schema del codice appalti si era a suo tempo già espresso sulla necessità di eliminare il soccorso istruttorio a pagamento.

Le modifiche all'art. 83, comma 9, oltre ad introdurre la gratuità dell'istituto, hanno poi consentito di **superare la precedente ed incerta distinzione tra irregolarità "essenziali" e non essenziali (ovvero "formali") per le quali era previsto un diverso regime sanzionatorio oneroso o meno**²: gli operatori economici possono ora integrare o regolarizzare qualsiasi elemento formale della domanda con esclusione di quelli incidenti sull'offerta economica e tecnica. Nello specifico sono sanabili la mancanza,

l'incompletezza ed ogni altra irregolarità (essenziale e non) degli elementi da produrre in sede di gara e di quelli relativi al Documento di Gara Unico Europeo (D.G.U.E.).

Sono escluse invece testualmente dal soccorso istruttorio le **carenze dell'offerta tecnica ed economica** (mancanza, incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale).

Nel paragrafo che segue approfondiremo gli orientamenti giurisprudenziali che si sono susseguiti proprio in ordine a quest'ultimo aspetto, con particolare riguardo alla casistica relativa all'offerta tecnica.

2. La giurisprudenza sul soccorso istruttorio relativo ad elementi dell'offerta tecnica

Sul soccorso istruttorio relativo ad elementi dell'offerta si è registrato un determinato orientamento giurisprudenziale che è via via giunto a identificare il cd. **soccorso procedimentale** quale strumento che la stazione appaltante - fermo il divieto di integrazione dell'offerta - può attivare per risolvere dubbi relativi all'offerta tecnica ed economica prodotta dal singolo concorrente, in linea con i pareri del Consiglio di Stato nn. 855 del 21 marzo 2016 e n. 782 del 22 marzo 2017, relativi allo schema del Codice Appalti e del Correttivo. Nel secondo parere Palazzo Spada ha, infatti, affermato che «*Nondimeno - in analogia a quanto si è già sottolineato nel ricordato parere n. 855/2016 - si deve ribadire la persistente opportunità di*

La disciplina del soccorso istruttorio nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica è contenuta nell'art. 83 comma 9 del D.Lgs. 50/2016

2. Circa la formulazione dell'art. 83, comma 9 del Codice Appalti prima dell'intervento del Correttivo, venivano delineate tre categorie di irregolarità:

- irregolarità sostanziali non sanabili, identificate in quelle che impediscono in maniera radicale di individuare il contenuto della documentazione presentata o il soggetto che ha reso la dichiarazione o che è responsabile della titolarità del documento;
- irregolarità sostanziali sanabili, identificabili in quelle che, pur non presentando le caratteristiche di quelle non sanabili, influiscono sulla determinazione dei contenuti del documento presentato. Per queste irregolarità la sanatoria comportava nella formulazione originaria il pagamento di una sanzione pecuniaria da parte del concorrente;
- irregolarità formali o non sostanziali, per le quali è richiesta comunque la regolarizzazione ma senza che ad essa si accompagnava nella formulazione originaria il pagamento di una sanzione pecuniaria.

prevedere una forma di "richiesta procedimentale di chiarimenti", riferito agli elementi essenziali dell'offerta tecnica ed economica. In questa sede, specie con riferimento al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ad evitare difficoltà interpretative, l'amministrazione, in caso di dubbi riguardanti il contenuto dell'offerta tecnico economico, dovrebbe poter richiedere chiarimenti al concorrente sulla documentazione presentata. A rimarcare la differenza ontologica con il "soccorso istruttorio" si dovrebbe ribadire il divieto di integrazione dell'offerta tecnico-economica».

Con particolare riguardo all'**OFFERTA TECNICA**, recenti pronunce del Consiglio di Stato ammettono la possibilità sia di sanare carenze qualificabili come **meri errori ovvero imprecisioni**, anche derivanti dalla formulazione degli atti di gara, sia di richiedere **chiarimenti** finalizzati alla corretta interpretazione della volontà del concorrente, fatta salvo il principio di immodificabilità dell'offerta.

Il riferito indirizzo interpretativo opera nel solco segnato dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea nella sentenza sez. VIII, 10 maggio 2017 (causa C-131/16 Archus) che ha affermato i seguenti principi:

- a) consentire all'amministrazione di chiedere chiarimenti ad un candidato la cui offerta essa ritiene imprecisa o non conforme alle specifiche tecniche del capitolato d'oneri, violerebbe il principio della *par condicio* (poiché sembrerebbe che, ove il privato rispondesse positivamente, l'amministrazione abbia con questi negoziato l'offerta in via riservata);
- b) non è in contrasto con il principio della *par condicio* tra i concorrenti la richiesta di correzione o completamento dell'offerta su singoli punti, qualora l'offerta necessiti in modo evidente di un chiarimento o qualora si tratti di correggere errori materiali manifesti, fatto salvo il rispetto di alcuni requisiti;
- c) una richiesta di chiarimenti non può ovviare alla mancanza di un documento o di un'informazione la cui comunicazione era richiesta dai documenti dell'appalto, se non nel caso in cui essi siano indispensabili per chiarimento dell'offerta o rettifica di un errore manifesto dell'offerta e sempre che non comportino modifiche tali da costituire, in realtà, una nuova offerta.

Altro principio guida in materia è quello enunciato, sempre dalla Corte di Giustizia dell'Unione

europea, nella sentenza sez. VI, 2 giugno 2016 (causa C-27/15 Pippo Pizzo), secondo cui «il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza devono essere interpretati nel senso che ostano all'esclusione di un operatore economico da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico in seguito al mancato rispetto, da parte di tale operatore, di un obbligo che non risulta espressamente dai documenti relativi a tale procedura o dal diritto nazionale vigente, bensì da un'interpretazione di tale diritto e di tali documenti nonché dal meccanismo diretto a colmare, con un intervento delle autorità o dei giudici amministrativi nazionali, le lacune presenti in tali documenti. In tali circostanze, i principi di parità di trattamento e di proporzionalità devono essere interpretati nel senso che non ostano al fatto di consentire all'operatore economico di regolarizzare la propria posizione e di adempiere tale obbligo entro un termine fissato dall'amministrazione aggiudicatrice».

Alla luce di detti principi di matrice europeista, con diverse pronunce il Giudice Amministrativo ha ammesso una forma di interlocuzione fra la commissione giudicatrice ed il concorrente anche nella fase successiva a quella di apertura delle buste contenenti la documentazione amministrativa in cui opera *tout court* il soccorso istruttorio, ritenendola conforme ai principi di buon andamento della pubblica amministrazione e di *par condicio* tra gli operatori economici, purché sia rispettato il divieto di modifica delle offerte.

Particolare attenzione ha posto il Giudice Amministrativo con riferimento agli eventuali **errori materiali** in cui è incorso il concorrente in fase di redazione dell'offerta, al fine di contrastare inutili formalismi che possano automaticamente portare all'esclusione del concorrente.

La giurisprudenza amministrativa ha infatti rilevato che «nella fase precedente all'esame dell'offerta tecnica ed economica la stazione appaltante, in caso di carenze formali, ha l'alternativa tra l'esclusione dalla gara della concorrente o il c.d. soccorso istruttorio, mentre nella fase dell'esame di dette offerte – già ammesse – l'amministrazione non può consentire integrazioni [...]. Ciò perché non può essere consentita al concorrente la possibilità di completare l'offerta successivamente al termine finale stabilito dal bando, salva la rettifica di semplici errori materiali o di refusi, impedendo

così l'applicazione dell'istituto per colmare carenze dell'offerta tecnica al pari di quella economica» (Tar Lazio – Roma, sez. II-bis, 24.7.2019, n. 9932; cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 13 febbraio 2019, n.1030).

Di recente il Consiglio di Stato ha anche ritenuto che nel caso di specie «le carenze documentali riscontrate non costituiscono imprecisioni dell'offerta o difformità di essa rispetto alle prescrizioni del capitolato prestazionale, quanto, piuttosto, inesattezze documentali frutto di meri errori ovvero di imprecisioni imputabili alla formulazione degli atti di gara» e come tali sanabili (Consiglio di Stato, sez. V, 27 marzo 2020, n. 2146).

Recentissima la pronuncia del Consiglio di Stato con cui è stato rilevato che «le carenze informative nelle quali era incorso il r.t.i. xxxx non erano dovute a imprecisioni dell'offerta o difformità di essa rispetto alle prescrizioni del capitolato prestazionale, quanto, piuttosto, ma ad un manifesto errore di compilazione della documentazione – non v'era ragione alcuna che potesse spiegare altrimenti la scelta del concorrente di fornire tutte le informazioni per quattro dei cinque brand offerti – da correggere al solo fine di completamento dell'offerta su di un singolo punto, senza incorrere nella violazione della par condicio tra i concorrenti... All'esito di tale chiarimento, la stazione appaltante avrebbe potuto procedere con ogni sua valutazione...» (Consiglio di Stato, sez. V, 6 maggio 2021, n. 3539).

Nel solco di tale orientamento, Palazzo Spada ha avuto modo di rilevare che, la produzione di un documento tecnico inadeguato non può essere qualificata come "carenza di un elemento formale dell'offerta" ai sensi ai sensi dell'art. 83, comma 9 del Codice Appalti «di guisa che ad essa non può sopperirsi con forme di soccorso istruttorio né in sede procedimentale né in sede processuale comportando tali irrituali opzioni una sorta di impropria rimessione in termini per la produzione di documenti tecnici di carattere nuovo e diverso rispetto a quelli prodotti in gara (cfr. Consiglio di Stato sez. V, 13/02/2019 n. 1030)»,

**La giurisprudenza
ha ammesso la
possibilità di rettifica
di errori materiali o
di refusi commessi
dal concorrente nella
compilazione delle
offerte**



precisando anche che con riferimento a lacune descrittive dell'offerta «Parimenti nemmeno è possibile ovviare alle divise carenze strutturali dell'offerta tecnica ricorrendo, come pur prospettato dall'appellante, ad un approfondimento istruttorio, atteso che le rilevate lacune riflettono una carenza essenziale dell'offerta, tale da determinarne incertezza assoluta o indeterminatezza del suo contenuto e, come tali, non sono suscettive né di soccorso istruttorio ai sensi dell'art. 83, comma 9 del decreto legislativo n. 50 del 2016 (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 13/02/2019, n. 1030) né di un intervento suppletivo del giudice» (Consiglio di Stato, sez. III, 19 agosto 2020 n. 5140).

Ancora, un diverso indirizzo interpretativo rinviene nel sistema normativo degli appalti pubblici la possibilità, in relazione all'art. 83 del Codice Appalti, di attivare da parte della stazione appaltante un "soccorso procedimentale", nettamente distinto dal "soccorso istruttorio", utile per risolvere **dubbi** riguardanti "gli elementi essenziali dell'offerta tecnica ed economica", tramite l'acquisizione di chiarimenti da parte del concorrente che non assumano carattere integrativo dell'offerta, ma che siano finalizzati unicamente a consentirne l'esatta interpretazione e a ricercare l'effettiva volontà del partecipante alla gara.

La Quinta Sezione del Consiglio di Stato ha infatti affermato l'ammissibilità della richiesta di chiarimenti sull'offerta tecnica da parte della commissione di gara «finalizzati a consentire l'interpretazione delle offerte e ricercare l'effettiva volontà dell'impresa partecipante alla gara, superandone le eventuali ambiguità e a condizione di giungere ad esiti certi circa la portata dell'impegno negoziale con esse assunte»

(Consiglio di Stato, sez. V, 27 gennaio 2020, n. 680). Nel caso concreto, il Consiglio di Stato ha ritenuto tali chiarimenti ammissibili in ragione del fatto che non avrebbero «costituito una modifica dell'offerta tecnica presentata in gara, in quanto non vi hanno apportato correzioni e si sono limitati a specificare la portata di elementi già contenuti nella stessa offerta»

Sullo stesso filone, si rinviene un'altra pronuncia secondo cui «A corroborare definitivamente la

fondatezza delle conclusioni accolte dal primo giudice soccorre, infine, l'indirizzo interpretativo, di recente ribadito da questo Consiglio, che rinviene nel sistema normativo degli appalti pubblici la possibilità, in relazione all'art. 83, di attivare da parte della stazione appaltante un 'soccorso procedimentale', nettamente distinto dal 'soccorso istruttorio', utile per risolvere dubbi riguardanti "gli elementi essenziali dell'offerta tecnica ed economica", tramite l'acquisizione di chiarimenti da parte del concorrente che non assumano carattere integrativo dell'offerta, ma che siano finalizzati unicamente a consentirne l'esatta interpretazione e a ricercare l'effettiva volontà del partecipante alla gara, superandone le eventuali ambiguità (Cons. Stato, sez. V, n. 680/2020). Nel caso di specie, il "soccorso procedimentale" non avrebbe violato i segnalati limiti di ammissibilità, posto che il chiarimento utile a dirimere il dubbio non avrebbe costituito una modifica dell'offerta tecnica presentata in gara, né vi avrebbe apportato dati correttivi o manipolativi, ma si sarebbe limitato a confermare la portata di elementi già in essa contenuti, ovvero a fornire riscontro della "svista" occorsa nella compilazione dell'offerta economica» (Consiglio di Stato, sez. III, 9 febbraio 2020 n. 1225).

La giurisprudenza ha identificato i caratteri del "soccorso procedimentale", distinto dal "soccorso istruttorio", utile per risolvere dubbi riguardanti gli elementi essenziali dell'offerta tecnica ed economica

3. Conclusioni

Dall'esame delle pronunce richiamate nel paragrafo che precede si rilevano i limiti relativi all'ammissibilità sia della rettifica di errori di compilazione dell'offerta tecnica da parte del concorrente sia della richiesta di chiarimenti da parte della stazione appaltante per risolvere dubbi, purché specifiche e limitate alla documentazione già prodotta in gara e senza addivenire ad una illegittima modifica dell'offerta presentata.

Il soccorso istruttorio costituisce, dunque, uno strumento che se utilizzato entro i limiti delineati dal Codice Appalti e dalla relativa giurisprudenza, consente legittimamente di evitare l'eccessivo formalismo – foriero di contenziosi – che spesso ha condotto all'automatica esclusione del concorrente, consentendo all'Amministrazione di individuare il contraente che abbia formulato la proposta negoziale migliore.

Le norme di generale applicazione del DL 77/2021 in tema di appalti

di Stefano Usai

IL
PUN
TO

Premesse

Il DL 77/2021 "Governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure" entrato in vigore il 1° giugno 2021 modifica, in misura anche profonda, l'ordinamento giuridico degli appalti ed in particolare le norme più recenti adottate nel 2019 (il sistema c.d. Sblocca Cantieri) e le norme emergenziali, introdotte per far fronte all'emergenza sanitaria, con il DL 76/2020, convertito con modifiche con legge 120/2020.

Ai fini di una prima analisi pratico/operativa risulta di rilievo, in particolare, il Tit.

IV del decreto legge 77/2021 interamente dedicato alla disciplina degli appalti.

Tra le norme di immediato interesse, una prima lettura può riguardare gli artt. 47/53 del decreto. Fin da una prima analisi è possibile sostenere che con queste norme – inserite in un provvedimento già noto come DL semplificazioni-bis (in modo da distinguere il testo dal DL 76/2020 primo decreto semplificazioni) – il legislatore abbia inteso

introdurre un doppio regime, almeno per quanto attiene alla fase della gara, di cui un primo gruppo di norme riguarda i c.d. appalti del *recovery plan* ovvero finanziati in tutto o in parte con il PNRR, PNC ed in certi casi anche con i programmi dei fondi strutturali europei gli articoli in parola sono il 47, 48, 50 e 53.

Nell'ambito delle ulteriori norme, che qui interessa trattare, ovvero gli artt. 51, 52 e 49, è possibile distinguere due ulteriori "sottogruppi". Le prime due norme, artt. 51 e 52 dettano disposizioni di tipo generale (anche applicabili agli appalti del *recovery plan*) che modificano, come anticipato, il DL 76/2020 ed il DL 32/2019 (convertito con legge 55/2019); l'articolo restante, 49, non detta semplificazioni ma semplicemente esprime la decisione del legislatore nazionale di adeguarsi alle indicazioni (e censure) del giudice comunitario in tema di subappalto con la previsione, in due *step* temporali, di una totale liberalizzazione dell'istituto rimettendo alla

stazione appaltante, a far data dal 1° novembre 2021, la decisione se e con adeguata motivazione, limitare il subappalto.

Nell'ambito delle ulteriori norme, che qui interessa trattare, ovvero gli artt. 51, 52 e 49, è possibile distinguere due ulteriori "sottogruppi"

1. Le norme per gli appalti del *recovery plan*

Per gli appalti del *recovery plan*, ovvero gli appalti finanziati in tutto o in parte con il PNRR o con il PNC si registra una prima fondamentale novità che trova disciplina nell'articolo 52, comma 1, lett. a) punto 1.2. Come detto, in generale la norma apporta alcune modifiche al DL 32/2019 e, più nel dettaglio, estende temporalmente la sospensione di alcune norme, in particolare, il comma 3 dell'articolo 77 ovvero circa la scelta dei commissari dall'albo a gestione ANAC, mai attivato, fino al 30 giugno 2023. La conseguenza, semplificando, è che le stazioni appaltanti potranno costituire le proprie commissioni di gara senza particolari vincoli se non per il rispetto della competenza e trasparenza. Privilegiando quindi una composizione di soggetti esperti applicando la rotazione.

La modifica, comunque di maggior rilievo, è la previsione di confermare il congelamento delle norme che impongono l'accorpamento delle stazioni appaltanti (sistema delineato dagli artt. 37 e 38 del Codice) ad eccezione però degli appalti del *recovery*. In sostanza, i comuni non capoluogo di provincia non potranno esperire le procedure d'appalto per i contratti finanziati in tutto in parte con i fondi comunitari del PNRR e quelli nazionali del PNC.

Più nel dettaglio, la norma sopra citata del DL 77/2021 prevede la sospensione dell'accorpamento delle stazioni appaltanti ed eccezione delle limitatamente alle *"procedure non afferenti gli investimenti pubblici finanziati, in tutto o in parte, con le risorse previste dal Regolamento (UE) 2021/240 del Parlamento europeo e del Consiglio del 10 febbraio 2021 e dal Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021, nonché dalle risorse del Piano nazionale per gli*

investimenti complementari di cui all'articolo 1 del decreto - legge 6 maggio 2021, n. 59".

La conseguenza, prosegue la norma è che *"Nelle more di una disciplina diretta ad assicurare la riduzione, il rafforzamento e la qualificazione delle stazioni appaltanti, per le procedure afferenti alle opere PNRR e PNC, i comuni non capoluogo di provincia procedono all'acquisizione di forniture, servizi e lavori, oltre che secondo le modalità indicate dal citato articolo 37, comma 4, attraverso le unioni di comuni, le province, le città metropolitane e i comuni capoluogo di province"*.

Per intendersi, la norma spoglia della possibilità di procedere con l'espletamento della gara le piccole stazioni appaltanti rimettendo a queste l'obbligo, per le aggiudicazioni in parola, di programmare l'appalto (e quindi richiederlo) oltre che a stazioni appaltanti formalizzate (ai sensi del comma 4 dell'articolo 37 del Codice) anche avvalendosi di situazioni non strutturate, come l'ufficio appalti dell'unione dei comuni, o l'ufficio della provincia o finanche del comune capoluogo.

Sotto il profilo pratico/operativo, per i RUP dei comuni non capoluogo di provincia il compito istruttorio, a ben valutare, si alleggerisce di poco (solo in relazione alla gara ed alla fase di aggiudicazione) ma questo RUP, comunque, è tenuto a predisporre la legge di gara, a scegliere il criterio di aggiudicazione, ad indicare i criteri di scelta dell'offerta etc. Lavoro istruttorio a cui si aggiunge la necessità di

programmare la gara, attraverso specifiche richieste alle stazioni appaltanti "abiliate".

In relazione a quanto, questo RUP dovrà quindi applicare le prerogative previste nel DL 76/2020 e nella legge di conversione in un impianto sostanzialmente confermato dal DL 77/2021 ed anzi, come si vedrà più avanti, ulteriormente semplificato.

Una volta che la stazione appaltante, abilitata, abbia aggiudicato l'appalto, la fase della stipula (se non anche la fase di controllo dei requisiti a seconda dei casi) compete alla stazione appaltante che abbia richiesto la gara. In sostanza, il RUP mantiene tutti i compiti della fase civilistica dell'esecuzione e, si diceva, con ulteriore aggravante dalla prevista applicazione – per questo tipo di appalti e di quelli finanziati con i fondi strutturali europei – del c.d. intervento sostitutivo in caso inerzia/ritardo sugli adempimenti

2. La fase civilistica

Per completare il ragionamento sul “nuovo” lavoro istruttorio del RUP del comune non capoluogo di provincia, è bene annotare che, pur “spogliato” della fase di aggiudicazione degli appalti del *recovery plan*, al responsabile rimane, e si aggrava, la fase civilistica o dell’esecuzione del contratto.

Una volta che la stazione appaltante, abilitata, abbia aggiudicato l’appalto, la fase della stipula (se non anche la fase di controllo dei requisiti a seconda dei casi) compete alla stazione appaltante che abbia richiesto la gara. In sostanza, il RUP mantiene tutti i compiti della fase civilistica dell’esecuzione e, si diceva, con ulteriore aggravante dalla prevista applicazione – per questo tipo di appalti e di quelli finanziati con i fondi strutturali europei – del c.d. intervento sostitutivo in caso inerzia/ritardo sugli adempimenti.

In questo senso dispone, e ciò rappresenta una delle maggiori novità del DL 77/2021, l’articolo 50 del decreto.

Più in dettaglio il comma 2 della norma appena richiamata prevede che *“Decorsi inutilmente i termini per la stipulazione del contratto, la consegna dei lavori, la costituzione del collegio consultivo tecnico, gli atti e le attività di cui all’articolo 5 del decreto-legge 16 luglio 2020 n. 76, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 settembre 2020, n. 120, nonché gli altri termini, anche endoprocedimentali, previsti dalla legge, dall’ordinamento della stazione appaltante o dal contratto per l’adozione delle determinazioni relative all’esecuzione dei contratti pubblici PNRR e PNC, il responsabile o l’unità organizzativa di cui all’articolo 2, comma 9-bis, della legge 7 agosto 1990, n. 241, titolare del potere sostitutivo in caso di inerzia, d’ufficio o su richiesta dell’interessato, esercita il potere sostitutivo entro un termine pari alla metà di quello originariamente previsto, al fine di garantire il rispetto dei tempi di attuazione di cui al PNRR nonché al PNC e ai programmi cofinanziati dai fondi strutturali dell’Unione Europea”*.

Altra importante modifica (sempre con l’articolo 50) viene apportata in tema di procedura negoziata “emergenziale” disciplinata, per il sottosoglia, al comma 2, lett. b) art. 1 del DL 76/2020

3. L’intervento sostitutivo

L’intervento sostitutivo del funzionario inadempiente è fattispecie prevista, già dal 2012, nella legge 241/90 all’articolo 2, comma 9 segg. Originariamente (fino al 31 maggio 2021) la sostituzione risultava prevista a richiesta nell’ambito del procedimento amministrativo. Semplificando, il soggetto interessato che non otteneva riscontro alle proprie richieste, scaduto il termine di definizione della propria pratica, poteva rivolgersi al funzionario/dirigente obbligatoriamente individuato dalla P.A. per ottenere la conclusione della pratica in un tempo pari alla metà di quello originariamente previsto. La sostituzione, naturalmente, ha effetto negativo nei confronti del funzionario sostituito anche in termini di performance.

Il DL 77/2021 ha, con l’articolo 61, rinforzato la fattispecie, prevedendo che la sostituzione possa avvenire anche d’ufficio una volta che il funzionario sostituito, nominato dall’amministrazione (o la stessa unità organizzativa individuata) acclarasse il ritardo/inadempimento.

La fattispecie, ed è questa la novità, per effetto dell’articolo 50 è applicabile anche agli appalti, alla fase civilistica, del *recovery* e coinvolti nei fondi strutturali europei.

La norma ultima citata, come detto, identifica anche le fattispecie in cui il RUP potrebbe essere sostituito (si ripete la sostituzione ha effetti negativi nei confronti del soggetto che la subisce) di cui, almeno alcune, andranno ben specificate.

In particolare, come visto, la norma prevede l’intervento sostitutivo nel caso in cui non si sia addivenuti a stipula del contratto entro 60 giorni (o un

tempo maggiore concordato tra le parti). In questo caso l’interessato, l’aggiudicatario (salvo che il ritardo dipenda da questo) o lo stesso funzionario sostituito – individuato dalla stazione appaltante – potrà richiedere l’adempimento nella metà del tempo originariamente previsto.

Altra possibilità di sostituzione è prevista nel caso di ritardata consegna dei lavori. Secondo il DM 49/2018 la consegna deve avvenire entro 45 giorni dalla stipula del contratto.

La sostituzione è prevista anche nel caso in cui il RUP, negli appalti di lavori sopra soglia, non proceda con la nomina del collegio consultivo tecnico. Nomina, obbligatoria, che deve avvenire all'atto dell'avvio dell'esecuzione del contratto o nei successivi 10 giorni.

Allo stesso modo, si prevede la sostituzione nel caso di ritardata adozione dei provvedimenti di "prosecuzione" dell'esecuzione nei casi di sospensione "emergenziale" previsti dall'articolo 5 del DL 76/2020. Norma, come noto, che deroga all'articolo 107 del Codice dei contratti. I provvedimenti di ripresa dell'esecuzione, una volta ottenuto il parere del collegio consultivo tecnico, variano dai 10 ai 5 giorni. L'inadempimento/ritardo potrà anche in questo caso essere valorizzato dall'appaltatore interessato o dalla stessa amministrazione che, ovviamente, avrà interesse ad una celere esecuzione del contratto.

La norma si chiude con la classica clausola di chiusura per cui l'intervento sostitutivo è ammesso in caso di violazione degli *"altri termini, anche endoprocedimentali, previsti dalla legge, dall'ordinamento della stazione appaltante o dal contratto per l'adozione delle determinazioni relative all'esecuzione dei contratti pubblici PNRR e PNC"*. Quest'ultima, effettivamente, è norma complessa che impone al RUP la previa verifica dei vari tempi endoprocedimentali in modo che possa calibrare la propria azione amministrativa. La norma si chiude con la classica clausola di chiusura per cui l'intervento sostitutivo è ammesso in caso di violazione degli *"altri termini, anche endoprocedimentali, previsti dalla legge, dall'ordinamento della stazione appaltante o dal contratto per l'adozione delle determinazioni relative all'esecuzione dei contratti pubblici PNRR e PNC"*.

Quest'ultima, effettivamente, è norma complessa che impone al RUP la previa verifica dei vari tempi endoprocedimentali in modo che possa calibrare la propria azione amministrativa. Si è in presenza, in generale, di una nuova,

impattante previsione che "aggrava" il compito istruttorio del RUP e dello stesso funzionario/unità organizzativa individuata dalla stazione appaltante come soggetto che si sostituisce in caso di ritardo/inadempimento.

4. Le norme generali

Tra le norme di generale applicazione, oltre all'articolo 52 che ha modificato il DL 32/2019 e, per quanto concerne le disposizioni di maggior rilievo ha ribadito ed esteso fino al 30 giugno 2023 (dall'originario 31 dicembre 2021) il congelamento di alcune norme come visto, il DL 76/2020 convertito con legge 120/2020.

In termini generali, l'articolo 51 del DL 77/2021 ha ribadito l'impianto delle semplificazioni già note, con alcune modifiche di chi si dirà più avanti, estendendole fino al 30 giugno 2023. Originariamente, come noto, le drastiche semplificazioni e le deroghe, in particolare, agli artt. 36 e 157, commi 2, in relazione agli appalti nel sotto soglia comunitario, erano previste fino al 31 dicembre 2021.

**Per essere più precisi,
al netto di una ipotesi
rimasta "temporalmente"
invariata, le varie
prerogative e procedure
semplificate potranno
(secondo il linguaggio
del legislatore:
dovranno) essere
applicate se la determina
a contrarre, che assume
la prenotazione di
impegno, viene adottata
entro il 30 giugno 2023**

Per essere più precisi, al netto di una ipotesi rimasta "temporalmente" invariata, le varie prerogative e procedure semplificate potranno (secondo il linguaggio del legislatore: dovranno) essere applicate se la determina a contrarre, che assume la prenotazione di impegno, viene adottata entro il 30 giugno 2023.

Come si annotava l'estensione "temporale" non è generale ed in effetti la fattispecie di cui al comma 4, art. 2 della legge 120/2020 ovvero la c.d. possibilità di utilizzare una deroga generalizzata.

Testualmente la norma prevede che *"nei settori dell'edilizia scolastica, universitaria, sanitaria, giudiziaria e penitenziaria, delle infrastrutture per attività di ricerca scientifica e per la sicurezza pubblica, dei trasporti e delle infrastrutture stradali, ferroviarie, portuali, aeroportuali, lacuali e idriche, ivi compresi gli*

interventi inseriti nei contratti di programma ANAS-Mit 2016-2020 e RFI-Mit 2017 - 2021 e relativi aggiornamenti, nonché per gli interventi funzionali alla realizzazione del Piano nazionale integrato per l'energia e il clima (PNIEC), e per i contratti relativi o collegati ad essi, per quanto non espressamente disciplinato dal presente articolo, le stazioni appaltanti, per l'affidamento delle attività di esecuzione di lavori, servizi e forniture nonché dei servizi di ingegneria e architettura, inclusa l'attività di progettazione, e per l'esecuzione dei relativi contratti, operano in deroga ad ogni disposizione di legge diversa da quella penale, fatto salvo il rispetto delle disposizioni del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, nonché dei vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea, ivi inclusi quelli derivanti dalle direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE, dei principi di cui agli articoli 30, 34 e 42 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 e delle disposizioni in materia di subappalto".

Tale deroga generalizzata, peraltro di complessa applicazione, può essere utilizzata, nel solo sopra soglia, per determina a contrarre adottata entro il 31 dicembre 2021 e non fino al 30 giugno 2023 come prevedono le modifiche apportate dal DL 77/2021.

5. Le modifiche alle procedure semplificate del DL 76/2020 (e legge di conversione n. 120/2020)

In quadro di sostanziale conferma, come si anticipava, l'articolo 51 del DL 77/2021 introduce ulteriori, e nette, semplificazioni alle già procedure semplificate previste nel DL 76/2020.

La prima novità è il sicuro rafforzamento della prerogativa dell'affidamento diretto previsto, a far data dal 1° giugno 2021 fino (importi inferiori) ai 139mila euro per l'acquisizione di beni e servizi, compresi i servizi tecnici. Per i lavori la soglia, importo inferiore ai 150 mila, per cui è consentito (o se si preferisce, suggerito dal legislatore) l'affidamento diretto.

L'aspetto, o meglio l'intervento in modifica, che non può essere sottovalutato è che il legislatore del DL 77/2021 ha deciso di "riformulare" la norma

sull'affidamento diretto (contenuta nell'articolo 1, comma 2, lett. a)) precisando che l'affidamento diretto, nei casi in cui è previsto può avvenire anche senza la consultazione di più operatori ma nel rispetto dell'articolo 30 del Codice dei contratti. Si registra, quindi, una sorta di ritorno alla formula codicistica e, con maggior forza, il legislatore sottolinea, anche se non vi erano dubbi, che si è in presenza di una fattispecie diretta "pura" che può avvenire senza alcun confronto o richiesta di preventivi.

La circostanza che il legislatore abbia voluto rimarcarlo induce a pensare che abbia inteso ribadire il suggerimento di applicare le fattispecie semplificate.

Fattispecie, applicabili nel periodo emergenziale (come detto ora fino al 30 giugno 2023) che, come ha ribadito il MIT con il recente parere 893/2021 deve essere intesa non come facoltativa ma prescrittiva il cui scostamento, pur ammissibile, deve essere accompagnato da una motivazione adeguata non per legittimare la scelta ma per una valenza interna ovvero a "tutela" del RUP. La precisazione, infatti, deve essere collegata al fatto che ad aggiudicazione, nel range di importo compreso fino ai 139mila euro per beni e servizi e fino a 150mila euro per lavori, il RUP deve giungervi entro 2 mesi dall'atto che avvia il procedimento ovvero dalla determina di prenotazione dell'impegno di spesa.

L'aggiudicazione tardiva, in caso di procurato danno erariale imputabile al RUP, espone questo soggetto a potenziale responsabilità erariale pertanto, la motivazione curata, dovrebbe avere l'effetto di tutelare la posizione del responsabile del procedimento che suggerisce/opta per l'utilizzo di una procedura maggiormente articolata.

Indicazioni in questo senso, ad esempio, si leggono nella delibera n. 121/2020 della Corte dei Conti del Veneto o nella recente sentenza del Tar Sicilia n. 1536/2021 in cui si evidenzia, la prima, che la scelta di una procedura più articolata rispetto a quella prevista dal legislatore deve avere una adeguata motivazione e, nella seconda, si rammenta che la tardiva aggiudicazione – rispetto ai tempi declinati nel DL 76/2020 – se non determina illegittimità nell'aggiudicazione espone il RUP a potenziale responsabilità per danni erariali (se questi sono stati determinati ovviamente).

Pertanto, il responsabile unico del procedimento,

nella sua attività istruttoria non può prescindere dalla considerazione di questi importanti approdi.

6. La procedura negoziata

Altra importante modifica (sempre con l'articolo 50) viene apportata in tema di procedura negoziata "emergenziale" disciplinata, per il sottosoglia, al comma 2, lett. b) art. 1 del DL 76/2020.

Semplificando, dalle originarie tre procedure negoziate (o 4 se si considerano anche i beni e servizi) il legislatore ha ridotto le procedure a 2 (o tre se si considerano i beni e servizi) ricalibrando, al ribasso, il numero degli inviti.

Più nel dettaglio, per beni e servizi (compresi i servizi tecnici) si prevede che nell'importo compreso tra i 139mila euro ed il sottosoglia (fissato nei 214mila euro e nei 750mila euro per i servizi sociali), il RUP possa procedere con l'invito di almeno 5 operatori individuati, come per il passato, attraverso l'avviso pubblico a manifestare interesse oppure attingendo dall'albo dei fornitori della stazione appaltante (qualora questa ne disponesse).

Per i lavori, le soglie sono 2 rispetto alle 3 originarie), si prevede l'invito di almeno 5 operatori per l'importo compreso tra i 150mila euro ed importo inferiore al milione di euro e n. 10 operatori per appalti di lavori compresi tra il milione di euro ed il sotto soglia comunitario (art. 35 del Codice dei contratti).

Anche in questo caso occorre l'avviso pubblico a manifestare interesse o l'albo interno, come nel primo caso il RUP deve applicare la rotazione (salvo il caso che opti per una procedura "sostanzialmente" aperta ammettendo tutti gli operatori in possesso dei requisiti che si candidassero) ed assicurare una adeguata dislocazione territoriale degli inviti.

Altra prerogativa di rilievo, confermata, è la possibilità per gli appalti sotto soglia aggiudicati al ribasso di applicare l'esclusione automatica dell'offerta anomala (determinata secondo quanto prevede l'articolo 97 del Codice dei contratti) con soli 5 competitori partecipanti alla "gara".

Da notare, secondo il recente approdo giurisprudenziale (orientamento oramai consolidato) che la norma in parola prevista al comma 3 dell'articolo 1 del DL 76/2020 deve essere considerata eterointegrativa ovvero norma di obbligatoria applicazione per il RUP nel caso in cui utilizzi le procedure semplificate di cui al DL 76/2020.

Non applicabile, pertanto, qualora il RUP, motivatamente, optasse per l'applicazione delle procedure di cui all'articolo 36 del Codice. In questo caso, ai sensi del comma 8 dell'articolo 97, la prerogativa dell'esclusione automatica deve essere previamente pubblicizzata nella lettera di invito ma, soprattutto, deve essere preceduta dalla valutazione del RUP – da certificarsi in determina a contrarre - che l'appalto non ha interesse transfrontaliero e, soprattutto, l'esclusione automatica potrà essere praticata solamente nel caso di competizione con almeno 10 imprese.

La nuova disciplina del subappalto nella soluzione ponte e a regime fissata dal dl 77/2021 (semplificazioni bis)

di Stefano de Marinis

IL
PUN
TO

1. L'intervento del decreto legge Semplificazioni bis

Tra le innovazioni introdotte dal decreto legge 31 maggio 2021, n.77, cosiddetto "Semplificazioni bis", destinate ad incidere in modo importante sulla normativa generale relativa ai contratti pubblici, spiccano senza dubbio quelle riferibili al subappalto, fissate dall'articolo 49.

Come è noto, infatti, il tema del contrasto tra i contenuti dell'articolo 105 del Codice dei contratti, di cui al d.lgs. 50/2016, e le corrispondenti fonti comunitarie si trascinava irrisolto da tempo¹, con ciò rischiando anche di compromettere il pieno utilizzo delle risorse, da ultimo quanto mai ingenti, che l'Europa ha deciso di mettere a disposizione per la ripresa, rendendo più difficoltosa la realizzazione di quel processo di trasformazione del Paese che costituisce il vero

obiettivo condiviso di Next Generation EU en dei singoli PNRR nazionali.

Le previsioni recate dal decreto legge 77, riguardanti allo stesso modo lavori, forniture e servizi, qualunque ne sia l'importo, peraltro costituiscono un punto di compromesso raggiunto dinanzi alle obiezioni sorte, soprattutto sul fronte sindacale, rispetto all'iniziale ipotesi di applicazione integrale dei principi comunitari che, come è noto², escludono qualsiasi forma di aprioristica limitazione

quantitativa stabilita ex lege, cioè non conseguente a valutazioni del caso concreto.

Da questo punto di vista, anche in rapporto a quanto si avrà modo più avanti di osservare, qualche residuo aspetto di problematicità sembra comunque permanere;

d'altro canto, proprio le ragioni che hanno portato all'attuale formulazione delle modifiche introdotte appaiono tali da assicurarne la conferma parlamentare, per lo meno in termini sostanziali.

L'aggiornamento del regime del subappalto è l'esito di un delicato compromesso

1. Sul punto si veda, Subappalto: la Corte di Giustizia condanna l'Italia sull'articolo 105 del Codice, norma che andrà al più presto adeguata (e ripensata ?), in questa Rivista, anno IX, n.8, pag.7 e ss.; Subappalto: nuova condanna della Corte di Giustizia sull'articolo 105 del Codice, norma sempre più da ripensare; il problema di come operare nel frattempo, in questa Rivista, anno IX, n.9, pag.39 e ss.; da ultimo, Subappalto, problema sempre più aperto: le tendenze evolutive del Tar Lazio, in questa Rivista, anno XI, n.2, pag.48 e ss.;

2. Corte di Giustizia, sez. V, 26 settembre 2019, in causa C-63/18 (caso Vitali); sez. V, 27 novembre 2019 C-402/18 (caso Tedeschi).

In ogni caso, l'approfondimento del testo riveniente dall'entrata in vigore del decreto legge 77 è comunque opportuno, considerato che, anche laddove intervenissero modifiche al termine dell'iter di conversione, nei sessanta giorni che vanno dal 1° giugno al 30 luglio 2021 l'attuale stesura resterà comunque vincolante per tutte le offerte presentate durante tale arco temporale.

In questo senso, infatti, le condizioni fissate dalla legge e dalla documentazione di gara (bando o invito), costituendo elementi essenziali ai fini della determinazione dei contenuti delle offerte, sono rilevanti per la scelta del contraente, destinati, quindi, a non poter essere successivamente modificati anche in caso di consenso tra le parti e/o, in via di principio, di variazioni normative sopravvenute.

Tanto premesso, le modifiche apportate all'articolo 105 disegnano una soluzione in due tempi: una disciplina "ponte", valevole dal 1° giugno al prossimo 31 ottobre, ed una "a regime", destinata ad operare dal 1° novembre 2021 in avanti, che include la gran parte delle opzioni previste per la soluzione ponte, disvelando così una logica di pragmatica progressività temporizzata che accompagna l'intero percorso di necessaria transizione della normativa sui contratti pubblici verso un contesto più vicino a quello europeo, rispetto al quale dovrebbe porre la parola finale l'attuazione dell'apposito disegno di legge delega approvato in Consiglio dei Ministri lo scorso 30 giugno, con prevedibile traguardo attuativo nella prima parte del 2023³.

In sede di conversione potrebbero essere apportate modifiche, ma il testo attuale dispiegherà comunque i suoi effetti



Dal 1° novembre 2021 saranno le stazioni appaltanti a dover indicare ciò che non può essere subappaltato



2. Il doppio passaggio: soluzione "Ponte" e "a regime"

Iniziando dalla disciplina "ponte", con una normativa esterna al Codice viene anzitutto innalzato il tetto massimo previsto dalla legge per il ricorso al subappalto, che sale al 50% dell'importo complessivo del contratto principale, rispetto al 40% riveniente, da ultimo, dall'articolo 1, comma 18, primo periodo, del decreto legge "sbloccacantieri", n.32/2019. Ciò con l'espressa precisazione che tale rideterminazione opera in deroga a quanto disposto dall'articolo 105, commi 2 e 5, quest'ultimo, come è noto, riguardante l'esecuzione di *lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali*, definizione che in termini di qualificazione riferita ai lavori identifica le c.d. SIOS per le quali è contemplato un autonomo limite del 30%.

Intervenendo all'interno dell'articolo 105 con disposizioni destinate a valere a regime, il decreto 77 introduce, poi, al comma 1, una norma di chiusura che stabilisce espressamente il divieto di affidare a terzi *l'integrale esecuzione delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto, divieto che viene esteso alla prevalente esecuzione delle lavorazioni relative al complesso delle categorie prevalenti e dei contratti ad alta intensità di manodopera*; modifica, inoltre, il primo periodo del comma 14, sopprimendo il limite massimo di sconto praticabile *nei rapporti tra appaltatore e subappaltatore, pari al 20% dei prezzi contrattuali, anch'esso oggetto di censura comunitaria, stabilendo che, per le prestazioni affidate in subappalto, il subappaltatore debba garantire gli stessi standard*

3. Il ddl prevede, infatti, l'adozione di entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi recanti la disciplina dei contratti pubblici, anche al fine di adeguarla al diritto europeo e ai principi espressi dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori, interne e sovranazionali.

qualitativi e prestazionali previsti nel contratto di appalto e riconoscere ai lavoratori un trattamento economico e normativo non inferiore a quello che avrebbe garantito loro il contraente principale.

Venendo a considerare l'assetto "a regime", in vigore dal 1° novembre, viene definitivamente eliminato il comma 5 dell'articolo 105 e riscritto, in parte, il comma 2, sui limiti quantitativi del subappalto, ciò che definisce il passaggio ad un'impostazione concettuale del tutto nuova, in via di principio ben compatibile con l'ottica comunitaria, che all'opposto di quanto fin qui è stato prevede che spetti alle stazioni appaltanti indicare nei documenti di gara, previa adeguata motivazione da spendere nella determina a contrarre, *le prestazioni o lavorazioni oggetto dell'appalto* da eseguirsi necessariamente ad opera dell'aggiudicatario. Tale innovazione è accompagnata da una modifica del comma 8, che introduce un regime di responsabilità solidale verso la stazione appaltante del subappaltatore per le prestazioni da quest'ultimo realizzate, regime per altro assolutamente inedito rispetto all'intero quadro legislativo vigente.

Resta fuori dalla ricollocazione sistematica della disciplina del subappalto tutta interna al codice quanto relativo alla sospensione dell'obbligo, di cui al comma 6 dell'articolo 105, di indicazione, in sede di offerta, dei nominativi dei subappaltatori in numero di tre, la cosiddetta "terna", sospensione riferita anche alle concessioni ed allocata nel comma 18, secondo periodo, dell'articolo 1 del decreto legge sbloccacantieri, prorogata a tutto il mese di giugno 2023 ad opera dell'articolo 52, comma 1, punto 9, del decreto legge 77.

3. Le questioni interpretative

A valle del quadro così ricostruito pare opportuno svolgere alcune considerazioni conseguenti alle prime questioni interpretative già sorte e che, in quanto tali, potrebbero anche fornire argomento per limitati interventi correttivi da adottarsi in sede di conversione, senza con ciò alterare la struttura del nuovo impianto normativo. Il primo profilo riguarda la disciplina "ponte", e muove dal fatto che, essendo ora prevista una

espressa deroga al comma 5 dell'articolo 105, in attesa della sua diretta soppressione dal 1° novembre, risulta a questo punto esclusa fin d'ora l'esistenza di un autonomo tetto del 30% per il subappalto delle cosiddette SIOS e, a maggior ragione, che tale limite possa considerarsi aggiuntivo, oltre che autonomo rispetto al limite oggi del 50%, ciò che in passato veniva argomentato in base ad una diffusa lettura del DM 10 novembre 2016, n. 367.

Nel senso del superamento del doppio limite e di conseguenza della loro sommabilità milita, infatti, la considerazione secondo la quale, mentre il comma 18, primo periodo, dell'articolo 1 del decreto legge sbloccacantieri 2019, faceva espressamente salva l'operatività del comma 5, questa eccezione non è più contemplata dall'articolo 49, comma 1, lett. a), del decreto legge 77, che come detto opera in deroga di quanto previsto sia al comma 2 che al comma 5.

Ne deriva che, sulla base della disciplina attualmente vigente, nei limiti del 50% dell'importo complessivo del contratto, una SIOS non prevalente può essere subappaltata anche per intero; se prevalente, in forza del nuovo comma 1 dell'articolo 105, per non più del relativo 50%.

A diversa conclusione non può certo giungersi argomentando sulla base dei contenuti del comma 1, nel passaggio in cui parla ora di *complesso delle categorie prevalenti*, sostenendo che le SIOS scorporate possono considerarsi come categorie prevalenti aggiuntive.

Il riferimento alle *categorie prevalenti*, peraltro reiterato ad altri fini anche nelle modifiche portate al comma 14, è del tutto improprio, dato che è la legge (articolo 48, c.1, del Codice) a stabilire che la categoria prevalente è una ed una sola.

Ancora si potrebbe osservare che, riferendosi alla categoria prevalente, la legge rischia comunque di creare un tema interpretativo sulla riferibilità di tale aspetto limitativo anche ai contratti di servizi ed alle forniture, per le quali la legge parla di prestazioni principali e secondarie (art. 48, c.2).

In sostanza la correzione da apportare, in sede di

Cade il divieto di subappalto per intero di una SIOS non prevalente

conversione, al decreto legge 77 dovrebbe essere nel senso di fare riferimento, per l'intero quadro delle modifiche da apportare all'articolo 105, alla *categoria prevalente o prestazione principale*.

Da dire, anche che il nuovo limite del 50% dell'importo complessivo del contratto, transitoriamente in vigore fino al 1° novembre, rischia di tradursi, in alcuni casi, in una riduzione dell'effettivo ammontare dell'ambito di ricorso a terzi, specie in presenza di numerose SIOS scorporate che in passato, ed ancorchè in percentuale, secondo le già evocate letture del DM 367/16 si aggiungevano al 40%⁴.

Con riferimento alla disciplina applicabile dal 1° novembre in avanti, va poi osservato che le motivazioni che le amministrazioni possono spendere per attivare l'opzione limitatrice del ricorso al subappalto sembrano doversi ritenere in termini di numero chiuso. I futuri contenuti del comma 2 dell'articolo 105 indicano, infatti, espressamente: (i) *le specifiche caratteristiche dell'appalto, tra le quali ricomprendere anche il notevole contenuto tecnologico o la rilevante complessità tecnica, ai sensi delle previsioni di cui all'articolo 89, comma 11 (SIOS); (ii) l'esigenza di rafforzare il controllo delle attività di cantiere e più in generale dei luoghi di lavoro e di garantire una più intensa tutela delle condizioni di lavoro e della salute e sicurezza dei lavoratori in rapporto alla natura o della complessità delle prestazioni o delle lavorazioni da effettuare; (iii) l'esigenza di prevenire il rischio di infiltrazioni criminali*.

Per tale ultima ipotesi, la legge fa salvo il caso in cui i subappaltatori siano iscritti nelle *white list* costituite ai sensi della legge "Severino", n.190/2012, e della normativa sul terremoto, il che sembra evocare il fatto che, in presenza di tali circostanze (*imprese iscritte nelle*

La categoria prevalente è una ed una soltanto ed in tal senso il testo dell'articolo 49 andrebbe emendato



white list), il subappalto non possa essere limitato, per lo meno sulla base di motivazioni legate alla prevenzione delle infiltrazioni criminali.

Resta da dire del divieto generale fissato al comma 1 di affidare a terzi *la prevalente esecuzione delle lavorazioni relative al complesso delle categorie prevalenti e dei contratti ad alta intensità di manodopera* che, limitando nei fatti la logica innovativa seguita per la scrittura del nuovo comma 2, in vigore da novembre, potrebbe riaprire la partita dei dubbi sulla compatibilità anche dell'assetto a regime con quanto

richiesto dal legislatore comunitario.

La questione, in effetti, resta quella delle limitazioni aprioristicamente fissate per legge, contrarie all'impostazione UE, che potrebbe ritenersi non interamente superata dato che, in ogni caso, la categoria prevalente non potrà essere mai subappaltata per più del 50% (*rectius* in misura prevalente); idem per i contratti ad alta intensità di manodopera, afferenti a qualsiasi categoria di lavori o prestazioni indicate in sede di gara.

4. Il trattamento dei dipendenti del subappaltatore

Passando ad altro aspetto della nuova disciplina del subappalto operante da subito, modificata in funzione dell'obiezione comunitaria relativa al divieto di prevedere limiti quantitativi prefissati *ex lege*, qui riferiti ai corrispettivi da praticare nei rapporti contrattuali tra appaltatore e subappaltatore, va considerato quanto stabilito dalla riformulata versione del comma 14.

Nello stabilire infatti da subito che il subappaltatore deve *riconoscere ai lavoratori un trattamento economico e normativo non inferiore a quello che avrebbe garantito*

La tutela legislativa si sposta dalla figura del subappaltatore a quella dei suoi dipendenti



4. Si consideri un appalto di importo 100, con una prevalente di 40 e due SIOS scorporate di 20 ognuna; secondo la lettura "sommante" il totale del subappalto sarebbe stato 53,2, pari al 40 sull'appalto complessivo più 6,6 (30% di 20) per ciascuna SIOS, ciò che più alto dell'attuale 50 complessivo.

il contraente principale, l'ambito delle tutele perseguite dal legislatore sembra essersi spostata dal subappaltatore, inteso quale soggetto debole della filiera imprenditoriale, prevalentemente una micro, piccola o media impresa che in quanto tale in passato beneficiava del divieto legale di subire sconti superiori al 20% dei prezzi di contratto, ai lavoratori alle dipendenze dei subappaltatori, ai quali ultimi spetta l'obbligo di osservare lo stesso contratto di lavoro applicato, o che avrebbe applicato, l'appaltatore principale in caso di esecuzione diretta.

Di rilievo peraltro è la precisazione secondo la quale detto obbligo vale qualora

le attività subappaltate coincidano con quelle caratterizzanti l'oggetto dell'appalto ovvero riguardino le lavorazioni relative alle categorie prevalenti e siano incluse nell'oggetto sociale del contraente principale.

La precisazione, a parte il fatto di riproporre l'equivoco sul significato da attribuire al richiamo alle "categorie prevalenti", letta a contrario libera dall'obbligo di corrispondenza tutti i casi di lavorazioni oggetto di scorporo in sede di gara, ovvero comunque non eseguibili dal contraente principale, mettendo con ciò in discussione, negli appalti di lavori, il principio dell'unicità del contratto dell'edilizia nel caso di esecuzione di opere pubbliche.

D'altro canto, non può sfuggire come la responsabilità solidale del committente verso i dipendenti del subappaltatore fosse, come è noto, già in passato largamente disposta.

5. Responsabilità solidale del subappaltatore verso la stazione appaltante

Fortemente innovativa è, infine, la previsione destinata a valere dal 1° novembre 2021 che, modificando il comma 8 dell'articolo 105, introduce un regime di responsabilità solidale del subappaltatore verso la stazione appaltante per le *prestazioni* oggetto del contratto di subappalto del tutto sconosciuto al sistema, previsione che, di fatto, va a collegarsi con l'altra novità, in questo

Scompaiono in tal modo i tratti caratterizzanti il subappalto e le ragioni per ricorrervi?



caso di immediata applicazione, introdotta al comma 14, in base alla quale il subappaltatore *deve garantire gli stessi standard qualitativi e prestazionali previsti nel contratto di appalto.*

La responsabilità diretta del subappaltatore, come si diceva, rappresenta una modifica sul piano sistematico che altera in modo profondo la configurazione di un istituto, che ha origine nel codice civile, rispetto al quale la disciplina pubblicistica opera ora un evidente strappo.

Pur volendo considerare l'ottica di specialità, la domanda che, peraltro, è lecito porsi attiene all'ambito di residua differenziazione del subappalto rispetto ad altri istituti analoghi

per funzione, quali l'avvalimento dove non a caso l'avvalso può assumere il ruolo di subappaltatore, o lo stesso raggruppamento temporaneo.

Ulteriore domanda si pone in relazione all'identificazione come subappalti, ai sensi del comma 2 dell'articolo 105, di tutti quei contratti aventi *ad oggetto attività ovunque espletate che richiedono l'impiego di manodopera, quali le forniture con posa in opera e i noli a caldo, con incidenza di manodopera superiore al 50%*, ciò che, riconducendoli per altra via al novero dei contratti ad alta intensità di manodopera, pare estendere anche ad essi la regola della responsabilità diretta.

Ancora, è da chiedersi che senso abbia ancora, in tale modificato contesto, la previsione riguardante il pagamento diretto del subappaltatore, che può essere da quest'ultimo richiesto ai sensi del comma 13, lett. c), se la natura del contratto **lo consente**.

6. Conclusioni

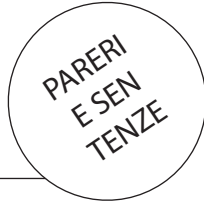
Senza voler con ciò esaurire i temi in discussione, la sensazione che si coglie da questo ennesimo intervento normativo su uno degli istituti più travagliati della contrattualistica pubblica, sembra esser quella di rendere il ricorso al subappalto sostanzialmente non utile, attenuandone, a vantaggio di altri istituti, i tratti caratterizzanti.

In questo senso, però, l'opzione appare in controtendenza rispetto alla lettura che dell'istituto ne dà il legislatore comunitario, che tende viceversa

a favorirne il più possibile l'utilizzo, nell'ottica del massimo coinvolgimento delle micro, piccole e medie imprese nell'esecuzione di contratti non singolarmente accessibili.

In questo senso, l'ultima parola sulla piena conformità delle scelte nazionali con le indicazioni europee non potrà non esser resa, come si è già detto in apertura, dalla nuova legge delega il cui fine (comma 1) è anche quello di *evitare l'avvio di procedure di infrazione da parte della Commissione europea e di giungere alla risoluzione delle procedure avviate.*

Pareri & Sentenze



TAR Lazio, Roma, Sez. III, 22/06/2021 n. 7416

Solo l'offerente può essere chiamato a rettificare un errore dell'offerta economica

"....già l'Adunanza Plenaria, nella ben più limitata evenienza della discordanza tra l'offerta espressa in cifre e quella espressa in lettere componendo la risalente vexata quaestio esistente in giurisprudenza (si ricorda che prevaleva la tesi della prevalenza dell'offerta come espressa in lettere) ha chiarito che " (...) la rettifica, pur astrattamente ammissibile in virtù dei principi di conservazione degli atti giuridici e di massima partecipazione, deve ritenersi consentita in caso di errore materiale facilmente riconoscibile attraverso elementi "diretti ed univoci" tali da configurare un errore materiale o di scritturazione emendabile dalla commissione, ma non anche nel caso in cui sia necessario attingere a fonti di conoscenza estranee all'offerta medesima o ad inammissibili dichiarazioni integrative dell'offerente, non essendo consentito alle commissioni aggiudicatrici la modifica di una delle componenti dell'offerta con sostituzione, anche solo parziale, alla volontà dell'offerente" (Consiglio di Stato, Ad.Plen., 13 novembre 2015, n. 10, su rimessione da parte di Cons. Giust. Amm. 11/5/2015, n.390).stante la marcata divergenza tra le predette voci dell'offerta economica, solo l'offerente sarebbe stato titolato a svolgere una "interpretazione autentica" necessaria a chiarire il macroscopico errore;"

TAR Calabria, Reggio Calabria, 29/6/2021, n. 573

Il mancato pagamento del contributo Anac per malfunzionamento della piattaforma telematica comporta l'esclusione dell'operatore economico

"...in linea con l'insegnamento della prevalente giurisprudenza, ha già evidenziato (sentenze nn. 543 e 544 del 15 settembre 2020) che *"fatte salve le ipotesi in cui la lex specialis preveda una espressa comminatoria di esclusione, l'omesso versamento del contributo Anac non comporta in linea di principio l'estromissione dalla gara...di conseguenza, in presenza di una siffatta omissione ben dovrebbe innescarsi il meccanismo del soccorso istruttorio di cui all'art. 83, comma 9, del decreto legislativo n. 50 del 2016, trattandosi di adempimento (si ripete: versamento contributo ANAC) sicuramente estraneo all'alveo dell'offerta economica e di quella tecnica: di qui la possibile regolarizzazione della connessa posizione da parte dell'impresa partecipante"*, (in termini Consiglio di Stato, sez. V, 19 aprile 2018, n. 2386) Quanto alla dedotta causa di forza maggiore che avrebbe impedito alla ricorrente di effettuare il versamento nei termini previsti, appare tranciante la considerazione che unitamente al pagamento on line, il disciplinare di gara prevedeva al punto 2.1.16 (come detto erroneamente indicato come 2.1.6), la possibilità di effettuare il pagamento mediante avviso, "utilizzando le infrastrutture messe a disposizione da un Prestatore dei Servizi di Pagamento (PSP) abilitato a pagoPA (---)"... In sostanza parte ricorrente non ha offerto alla valutazione del Collegio né prove di ulteriori tentativi di pagamento online effettuati tra le ore 9.31 e le ore 12.00 del 19 aprile 2021, né attestazioni relative a malfunzionamenti del sito dell'ANAC nella giornata in questione, idonee a corroborare la prospettata causa di forza maggiore impeditiva del pagamento, né tantomeno la prova di aver tentato di pagare il contributo tramite un prestatore di servizi di pagamento abilitato a pagoPA."

TAR Campania, Napoli, Sez. VII, 23/6/2021, n. 4302

La disciplina emergenziale, temporanea e derogatoria del codice dei contratti privilegia forme di gara più snelle e modalità di gestione "meccanica" di alcuni passaggi

"Giova rilevare a riguardo che l'art. 1 del d.l. n. 76/2020 intitolato "procedure per l'incentivazione degli investimenti pubblici durante il periodo emergenziale in relazione all'aggiudicazione dei contratti pubblici sotto soglia", oltre ad aver previsto, al comma 2 lett. b), l'applicazione della procedura negoziata senza bando, e previa consultazione di almeno cinque operatori, per i servizi e forniture sino alla soglia comunitaria, al co. 3 ha precisato che, in tali ipotesi: "le stazioni appaltanti, nel rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento, procedono, a loro scelta, all'aggiudicazione dei relativi appalti, sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ovvero al prezzo più basso. Nel caso di aggiudicazione al prezzo più basso, le stazioni appaltanti procedono all'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi dell'articolo 97, commi 2, 2bis e 2ter del decreto legislativo n. 50 del 2016, anche qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque."

Sulla valenza delle richiamate previsioni si è già pronunciata la giurisprudenza da cui il Collegio non ravvisa ragioni per discostarsi, chiarendo che (T.A.R. Torino, sez. I, sent. 736 del 17.11.2020) "Il legislatore, assumendo che l'efficacia della spesa pubblica - declinata in questo caso in termini di maggiore rapidità della sua erogazione - possa rappresentare, in una congiuntura di particolare crisi economica, una forma di volano dell'economia, ha introdotto una disciplina emergenziale, temporanea e derogatoria del codice dei contratti, con scadenza al 31.12.2021, la quale privilegia forme di gara più snelle e modalità di gestione "meccanica" di alcuni passaggi (quali, nel caso che interessa, il giudizio di anomalia condotto con esclusione automatica delle offerte anomale)".

Consiglio di Stato, Sez. V, 21/06/2021, n. 4754

Sulla differenza tra varianti e soluzioni migliorative

“«in sede di gara d'appalto e allorquando il sistema di selezione delle offerte sia basato sul criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, le soluzioni migliorative si differenziano dalle varianti perché le prime possono liberamente esplicitarsi in tutti gli aspetti tecnici lasciati aperti a diverse soluzioni sulla base del progetto posto a base di gara ed oggetto di valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico, rimanendo comunque preclusa la modificabilità delle caratteristiche progettuali già stabilite dall'Amministrazione, mentre le seconde si sostanziano in modifiche del progetto dal punto di vista tipologico, strutturale e funzionale, per la cui ammissibilità è necessaria una previa manifestazione di volontà della stazione appaltante, mediante preventiva autorizzazione contenuta nel bando di gara e l'individuazione dei relativi requisiti minimi che segnano i limiti entro i quali l'opera proposta dal concorrente costituisce un aliud rispetto a quella prefigurata dalla Pubblica Amministrazione, pur tuttavia consentito ...”

Consiglio di Stato, Sez. V, 15/06/2021, n. 4635

In relazione all'offerta tecnica, "la prescrizione sul numero massimo delle pagine della relazione tecnica allegata all'offerta deve essere interpretata cum granu salis"

“...la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato ha chiarito che “la prescrizione sul numero massimo delle pagine della relazione tecnica allegata all'offerta deve essere interpretata cum granu salis”, e ha dato rilievo nella specie alla circostanza che “le ipotetiche violazioni (un'eccedenza di tre o quattro pagine) non [avevano] in concreto determinato alcuna alterazione valutativa dell'offerta” (Cons. Stato, V, 21 giugno 2012, n. 3677).

In tale prospettiva, la prescrizione inerente al numero massimo di pagine, oltre a poter dar luogo a esclusione solo se espressamente previsto dalla lex specialis (Cons. Stato, V, 8 gennaio 2021, n. 298; 9 novembre 2020, n. 6857; 2 ottobre 2020, n. 5777), richiede negli altri casi - in relazione alla valutazione dell'offerta - un'apposita prova sull'effettiva rilevanza a fini valutativi, e cioè sul vantaggio conseguito da un concorrente in danno degli altri per effetto dell'eccedenza dimensionale dell'offerta (Cons. Stato, n. 6857 del 2020, cit.; V, 3 febbraio 2021, n. 999); a ciò si aggiunga, ai fini della stessa valutazione dell'eccedenza, la necessità di considerare i margini di discrezionalità eventualmente rimessi ai medesimi operatori economici su alcuni dei parametri redazionali laddove non puntualmente definiti dalla lex specialis (Cons. Stato, n. 5777 del 2020, cit.).”

Consiglio di Stato, Sez. V, 14/06/2021, n. 4574

"l'esclusione dalla gara ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) deve essere disposta all'esito di un procedimento in contraddittorio con l'operatore economico"

“La giurisprudenza ha altresì chiarito che “in tanto una ricostruzione a posteriori degli obblighi dichiarativi può essere ammessa, in quanto si tratti di casi palesemente incidenti sulla moralità ed affidabilità dell'operatore economico, di cui quest'ultimo doveva ritenersi consapevole e rispetto al quale non sono predicabili esclusioni “a sorpresa” a carico dello stesso» (v. Cons. Stato, sentenza n. 4316 del 2020)” (Cons. Stato, IV, 5 agosto 2020, n. 4937) ... Va infatti conferita “determinatezza e concretezza” all'elemento

normativo della fattispecie, ovvero al carattere "dovuto" dell'informazione, al fine di "individuare con precisione le condizioni per considerare giuridicamente dovuta l'informazione", dovendosi tenere distinte le due fattispecie: a) dell'omissione delle informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione, che comprende anche la reticenza, cioè l'incompletezza della dichiarazione resa; e b) della falsità delle dichiarazioni, per tale intendendosi la presentazione nella procedura di gara in corso di dichiarazioni non veritiere, rappresentative di una circostanza in fatto diversa dal vero (cfr. ordinanza Cons. Stato, V, 9 aprile 2020, n. 2332). Nelle omissioni dichiarative certamente non può essere insito alcun automatismo escludente, in quanto essa postula sempre un "apprezzamento di rilevanza della stazione appaltante, a fini della formulazione di prognosi in concreto sfavorevole sull'affidabilità del concorrente" (Consiglio di Stato, ordinanza V, 9 aprile 2020, n. 2332; IV, n. 4937/2020 cit.)....Del resto, nemmeno nelle Linee Guida ANAC n. 6, richiamate nel provvedimento impugnato, si fa alcun riferimento all'esclusione automatica per omessa dichiarazione di circostanze non tipizzate: al punto 4.1, anzi, tali Linee Guida precisano che a dover essere comunicata dall'operatore economico, mediante autocertificazione nel D.G.U.E., è soltanto la sussistenza delle «cause di esclusione individuate dall'art. 80», fra le quali non rientrano quelle oggetto di causa."

TAR Venezia, Sez. II, 09/06/2021, n. 779

L'incremento del "quinto" di cui all'art. 61, comma 2, DPR 207/2010 in caso di raggruppamenti temporanei

"La giurisprudenziale ha, invero, chiarito che per beneficiare dell'incremento virtuale di cui all'art. 61, comma 2, DPR 207/2010 occorre la qualificazione pari a un quinto con riferimento non alla singola categoria, ma all'importo totale dei lavori di gara (Cons. St. n. 3040/2021 secondo cui "...nel caso di imprese raggruppate o consorziate "la medesima disposizione" si applica con riferimento a ciascuna impresa raggruppata o consorziata: ciò significa che, anche nel caso di raggruppamento, ciascuna singola impresa è abilitata a partecipare ed eseguire i lavori in riferimento alla propria qualificazione in una categoria e nei limiti della classifica col beneficio dell'incremento del quinto, ma subordinatamente alla ulteriore condizione che essa sia qualificata per un importo pari ad almeno un quinto "dell'importo dei lavori a base di gara"): circostanza che nella specie non si verifica."

Autorità Nazionale Anticorruzione

DELIBERA N. 344 del 27 aprile 2021

PREC 81/2021/S-PB

"Solo la chiara individuazione fra prestazioni "principali" e "secondarie" può consentire la costituzione di raggruppamenti verticali di concorrenti..."

"... l'art. 48, co. 2 del d.lgs. 50/2016 (Raggruppamenti temporanei e consorzi ordinari di concorrenti) prevede che "Nel caso di forniture o servizi, per raggruppamento di tipo verticale si intende un raggruppamento di operatori economici in cui il mandatario esegue la prestazione di servizi o di forniture indicati come principali anche in termini economici, i mandanti quelle indicate come secondarie", e che "le stazioni appaltanti indicano nel bando di gara la prestazione principale e quelle secondarie". Ne consegue la possibilità di dar vita a raggruppamenti di tipo verticale (o, più correttamente, di ammetterli ad una gara) solo laddove la stazione appaltante abbia preventivamente individuato negli atti di gara, con chiarezza, le prestazioni "principali" e quelle "secondarie" (Cons. Stato Sez. V, 7 dicembre 2017, n. 5772);"

Autorità Nazionale Anticorruzione

**DELIBERA N. 243 del 23 marzo 2021
PREC 56/2021/L**

"La lex specialis di gara nella parte in cui indica che saranno prese in considerazione, nella formulazione dell'offerta economica, fino a due cifre decimali e che pertanto tutti i valori offerti dovranno essere espressi con un massimo di due cifre decimali, non determina l'estensione di tale criterio anche al procedimento di determinazione della soglia di anomalia, salvo che non lo specifichi espressamente."

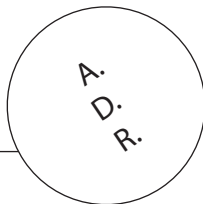
"su questione analoga, l'Autorità si è recentemente espressa con la delibera n. 1139 del 22 dicembre 2020 nella quale ha espresso l'avviso che si possa procedere ad effettuare troncamenti e/o arrotondamenti sulla determinazione delle medie e sul calcolo della soglia di anomalia soltanto nel caso in cui la lex specialis di gara contenga specifiche previsioni al riguardo, disponendo il numero di decimali che devono essere tenuti in considerazione e le modalità di arrotondamento (in tal senso: Consiglio di Stato, sez. IV, n. 1277/2003; Cons. Stato, sez. VI, n. 6561/2006; AVCP, deliberazioni nn. 114/2002, 244/2007; AVCP pareri nn. 79/2013; parere n. 113/2011; ANAC, delibera n. 243/2017); il TAR Lombardia, sez. IV, nella sentenza del 02/12/2020, n. 2358 ha così sintetizzato l'orientamento della giurisprudenza sulla questione dei decimali e delle operazioni di arrotondamento consentite alla commissione di gara: «giurisprudenza consolidata (da ultimo, TAR Calabria, I, 27/10/2020 n. 1699), anche di secondo grado (C.G.A. 13 giugno 2013, n. 575 e 9 giugno 2014, n. 306; C.d.S., V, 12 novembre 2009, n. 7042 e 22 gennaio 2015, n. 268) precisa che, in assenza di puntuale e specifica disposizione del bando, per il calcolo della soglia di anomalia deve considerarsi tutta l'offerta. Difatti, "ogni arrotondamento costituisce una deviazione dalle regole matematiche da applicare in via automatica; ciò premesso, deve ritenersi che gli arrotondamenti siano consentiti solo se espressamente previsti dalle norme speciali della gara" (C.d.S., V, 12 novembre 2009, n. 7042)" (...); ...il MIT, nella Circolare del 29/10/2019 avente ad oggetto le modalità operative per l'applicazione del calcolo per l'individuazione della soglia di anomalia nei casi di aggiudicazione con il criterio del prezzo più basso a seguito dell'entrata in vigore delle disposizioni di cui all'art. 1, d.l. n. 32/20219, convertito dalla l. n. 55/2019, ha indicato: «E' necessario che nel bando di gara o nella lettera di invito ovvero nel disciplinare di gara siano fissate le modalità per la formulazione dei ribassi percentuali delle offerte da parte degli operatori economici e il numero di cifre decimali dopo la virgola che saranno prese in considerazione ai fini delle operazioni di calcolo della soglia di anomalia, specificando, in particolare, se si procederà mediante arrotondamento (per difetto o per eccesso) ovvero mediante troncamento dell'ultima cifra decimale considerata»;"

Autorità Nazionale Anticorruzione**DELIBERA N. 123 del 10 febbraio 2021
PREC 21/2021/S**

"L'eccezione all'obbligo di indicazione in sede di offerta dei costi della manodopera e degli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro di cui all'articolo 95, comma 10 trova applicazione alle procedure di gara di cui all'articolo 36, comma 2, lettera a), secondo le soglie introdotte dall'articolo 1, comma 2, del D.L. n. 76/2020, come modificate dalla legge n. 120/2020, ovvero ai casi di affidamento diretto per lavori di importo inferiore a 150.000 euro e per servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di importo inferiore a 75.000 euro."

"... nel primo periodo dell'articolo 1, comma 1, del D.L. n. 76/2020, come modificato in sede di conversione, il legislatore ha espressamente stabilito che le disposizioni derogatorie in tema di affidamenti sotto soglia «si applicano [al]le procedure di affidamento di cui ai commi 2, 3 e 4, qualora la determina a contrarre o altro atto di avvio del procedimento equivalente sia adottato entro il 31 dicembre 2021». Conseguentemente, le disposizioni derogatorie si applicano alle procedure la cui determina a contrarre o atto equivalente è stata adottata dal 17 luglio 2020 al 31 dicembre 2021 e non anche alle procedure di gara pendenti alla data di entrata in vigore del Decreto. Il legislatore ha, infatti, individuato un preciso dies a quo come momento che cristallizza temporalmente la disciplina applicabile alle procedure di affidamento di contratti sotto soglia, definendolo nella adozione della determina a contrarre (cfr. ANAC, delibera n. 840 del 21 ottobre 2020; delibera n. 31 del 20 gennaio 2021); ... RISCONTRATO che il combinato disposto delle disposizioni sopra richiamate determina l'applicabilità dell'eccezione di cui all'articolo 95, comma 10, relativa alla indicazione in sede di offerta dei costi della manodopera e degli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, alle procedure di cui all'articolo 36, comma 2, lettera a), secondo le soglie temporaneamente modificate per effetto dell'articolo 1, comma 2, del D.L. n. 76/2020, come modificato dalla legge n. 120/2020, ovvero per il caso di affidamento diretto per lavori di importo inferiore a 150.000 euro e per servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di importo inferiore a 75.000 euro;..."

A Domanda Rispondiamo



1

Qual è la condizione necessaria ai fini dell'erogazione degli incentivi per funzioni tecniche ex art. 113 d.lgs. n. 50/2016 ?

L'ottanta per cento delle risorse finanziarie del fondo costituito ai sensi del comma 2 dell'art. 113 del D.lgs. n. 50/2016 è ripartito, per ciascuna opera o lavoro, servizio, fornitura con le modalità e i criteri previsti in sede di contrattazione decentrata integrativa del personale, sulla base di apposito regolamento adottato dalle amministrazioni secondo i rispettivi ordinamenti, tra il responsabile unico del procedimento e i soggetti che svolgono le funzioni tecniche indicate al comma 2 nonché tra i loro collaboratori....".

Dalla predetta disposizione emerge che la corresponsione dei compensi per le funzioni tecniche svolte dai dipendenti delle amministrazioni, da attingersi dall'ottanta per cento delle risorse finanziarie del fondo in parola, presuppone l'adozione di un regolamento da parte di ogni singola amministrazione che ne disciplini le modalità e i criteri di erogazione come previsti in sede di contrattazione decentrata integrativa del personale.

Dunque l'adozione del suddetto regolamento è necessario e strumentale ai fini dell'erogazione dei suddetti compensi e la sua adozione è doverosa da parte di ogni amministrazione **(TAR Roma, 30.06.2021 n. 7716).**

2

In merito all'affidamento del servizio di pubblicazione su quotidiani nazionali e locali degli estratti dei bandi e/o avvisi di gara è legittimo per la stazione appaltante predeterminare nella lex specialis di gara un elenco tassativo di quotidiani tra quelli a maggiore diffusione nazionale e/o locale su cui effettuare le pubblicazioni indicate dall'art. 73 del D.Lgs. n. 50/2016?

Gli obblighi di pubblicità di cui all'art. 73 del codice sono corollario del principio di trasparenza delle procedure di affidamento dei contratti pubblici e sono preordinati a garantire la maggiore conoscibilità per favorire la concorrenza attraverso una più ampia partecipazione dei possibili operatori economici interessati. Conseguentemente le Stazioni Appaltanti in osservanza dei principi di adeguatezza e di efficacia devono richiedere condizioni di pubblicazione dei bandi e/o avvisi capaci di realizzare tali obiettivi.

Nelle disposizioni del codice infatti e nel rispetto del principio della libera concorrenza e del favor participationis, non si rinviengono specifici richiami alla necessaria indicazione che le Stazioni Appaltanti forniscano una selezione delle testate giornalistiche, a pena di esclusione, in caso di mancata osservanza da parte dell'operatore. Pertanto, la selezione aprioristica delle testate sulle quali pubblicare gli avvisi pubblici non è conforme alla legge, non lasciando libertà di proposizione delle testate agli operatori economici **(Delibera ANAC n. 357 del 5 maggio 2021)**

3

Se la ditta ausiliaria abbia omissso di dichiarare l'esistenza di condanne penali passate in giudicato, può essere sostituita?

E' la corte di Giustizia Europea, con sentenza del 3/06/2021 ad aver sancito l'incompatibilità con la direttiva 2014/24/UE dell'art. 89 comma 1 del D.Lgs. 50/16, nella parte in cui stabilisce che l'amministrazione aggiudicatrice deve automaticamente escludere un offerente da una procedura di appalto qualora l'impresa ausiliaria, abbia reso una dichiarazione non veritiera quanto all'esistenza di condanne penali passate in giudicato, senza permettere all'offerente di sostituirlo. Ne deriva che la disciplina prevista all'art. 89, comma 1 del codice degli appalti, nella parte in cui stabilisce che "(...) Nel caso di dichiarazioni mendaci, ferma restando l'applicazione dell'articolo 80, comma 12, nei confronti dei sottoscrittori, la stazione appaltante esclude il concorrente e escute la garanzia (...)" deve ritenersi non più applicabile per appurato contrasto con il diritto comunitario.

4

Il mancato sopralluogo è sempre causa di esclusione automatica?

Da una recente soluzione interpretativa, basata sul divieto di aggravio del procedimento, si deduce che non possono esservi effetti espulsivi per il mancato sopralluogo.

Alla clausola escludente in questione, andrà attribuito un significato conforme al principio di massima partecipazione alla gara, per cui può anche essere utilizzato il soccorso procedimentale previsto dall'ordinamento in materia di affidamento dei contratti pubblici di cui all'art. 83, comma 8, del Codice. Il 'soccorso procedimentale' rappresenta uno strumento utile per risolvere dubbi riguardanti "gli elementi essenziali dell'offerta tecnica ed economica", tramite l'acquisizione di chiarimenti da parte del concorrente che non assumano carattere integrativo dell'offerta, ma che siano finalizzati unicamente a consentirne l'esatta interpretazione e a ricercare l'effettiva volontà del partecipante alla gara, superandone le eventuali ambiguità.

Il Consiglio di Stato ha concluso che il riferimento al ruolo e alle funzioni della mandataria nell'ambito del raggruppamento era sufficiente all'adempimento della prescrizione posta dal disciplinare di gara e liberatorio anche per le imprese mandanti.

Non poteva, tra l'altro nella fattispecie, essere opposta la mancata documentazione delle deleghe da parte delle mandanti, sia perché il disciplinare non imponeva il rilascio di deleghe scritte, sia perché le stesse potevano eventualmente essere acquisite dalla stazione appaltante attivando il soccorso istruttorio.

5

La mancata pubblicazione dell'atto di nomina della commissione inficia la procedura di gara?

Il Consiglio di Stato, con sentenza n. 283 del 14/01/2019, ha chiarito che nessuna delle forme di pubblicità richieste dalla legge, ai diversi fini perseguiti dalle norme in tema di trasparenza nella p.a. costituisce "elemento essenziale" dell'atto di nomina dei commissari di gara, la cui mancanza – analogamente alla violazione degli obblighi di forma prescritti appunto per gli atti formali – ne causi l'illegittimità o, addirittura, la nullità. La procedura di gara può essere inficiata soltanto dall'effettiva esistenza, in concreto, delle situazioni di incompatibilità o di conflitto di interessi che l'adempimento dei detti obblighi di trasparenza e di pubblicità mira soltanto a prevenire, favorendo la conoscenza (o conoscibilità) delle diverse situazioni ivi considerate.

6

Quando le informazioni false o fuorvianti determinano l'esclusione automatica dalla procedura?

Una volta venuta a conoscenza della mancata informativa, la stazione appaltante può escludere dalla gara il concorrente reticente solo dopo aver accertato, mediante il discrezionale apprezzamento di tutte le circostanze del caso, che sussistano fondati dubbi sulla integrità o affidabilità dell'operatore stesso. Nelle omissioni dichiarative poi non può certamente essere insito alcun automatismo escludente, in quanto esse postulano sempre un "apprezzamento di rilevanza della stazione appaltante, a fini della formulazione di prognosi in concreto sfavorevole sull'affidabilità del concorrente". **(Cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, n. 4641 del 15/06/2021).**

7

Quando va utilizzato il formulario europeo n.15 "Avviso volontario per la trasparenza ex ante"?

Il formulario n.15 va utilizzato nei casi in cui un'Amministrazione abbia utilizzato una procedura negoziata senza bando; il formulario va inviato prima della conclusione del contratto, per essere pubblicato almeno dieci giorni prima della conclusione dello stesso.

L'aggiudicazione di un appalto senza previa pubblicazione del bando di gara nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, è consentita a norma della direttiva europea ricorsi 2009/81/CE, quando l'amministrazione aggiudicatrice/l'ente aggiudicatore ha pubblicato nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea un avviso di cui all'articolo 64 della presente direttiva in cui manifesta l'intenzione di concludere il contratto e, il contratto non è stato concluso prima dello scadere di un termine di almeno dieci giorni civili a decorrere dal giorno successivo alla data di pubblicazione di tale avviso.

8 È ammessa la sostituzione della consorziata indicata come esecutrice?

E' precluso al consorzio la sostituzione del soggetto indicato come esecutore dell'appalto se questo alla scadenza delle offerte non risulta in possesso dei requisiti generali; è invece consentita la modifica "in riduzione", vale a dire l'eliminazione, senza sostituzione, di una delle consorziate, con conseguente esecuzione dell'appalto integralmente dalle altre, a condizione che la modifica della compagine in senso riduttivo avvenga per esigenze organizzative proprie del consorzio e non, invece, per eludere la legge di gara, e, in particolare, per evitare la sanzione di esclusione dalla gara per difetto dei requisiti in capo alla consorziata, che viene meno attraverso l'operazione riduttiva". **(Consiglio di Stato, Sez. V, 05.05.2020 n. 2849).**

9

In un affidamento congiunto di progettazione esecutiva e esecuzione lavori, possono presentare domanda solo le imprese con attestazione SOA per progettazione e realizzazione delle opere?

Un affidamento congiunto di progettazione esecutiva e esecuzione lavori, la stazione appaltante può richiedere l'attestazione SOA per la progettazione e l'esecuzione dei lavori, ma al contempo deve consentire la partecipazione anche agli operatori economici in possesso di attestazione di qualificazione per prestazioni di sola costruzione "attraverso un progettista raggruppato o indicato in sede di offerta" in grado di dimostrare i requisiti di idoneità previsto dalla normativa di settore art. 59 c.1 bis del D.Lgs. 50/2016 **(delibera n. 1015/2020 Anac).**

10

La valutazione pratica della campionatura può essere delegata a soggetti esterni?

Secondo una recente sentenza del Consiglio di Stato, (sez. III, 17.06.2021 n. 4683), l'esternalizzazione della prova pratica non è vietata, a condizione però che i soggetti all'uopo chiamati, si limitino a svolgere compiti di mero supporto e che l'esito finale dell'attività valutativa sia integralmente ascrivibile alla Commissione giudicatrice medesima.

...proseguendo nella discussione sul tema “offerta economica”

di Giuseppe Croce

IN
PIL
LOLE

Proseguendo nei ragionamenti sul tema “offerta economica” e dando “un’occhiata” alle recenti indicazioni giurisprudenziali, in continuità con quanto già analizzato nella presente rubrica nel mese di maggio u.s., ci si rende conto dei molteplici spunti e aspetti di interesse che certo non possono essere trascurati in sede di gestione della procedura di gara.

Una prima questione attiene alla possibile applicazione dell’istituto del “soccorso istruttorio” a chiarimento del contenuto dell’offerta economica.

Una interessante pronuncia è quella del TAR Roma, 22.06.2021 n. 7416 dalla quale emerge che: *“Non è emendabile ex officio l’offerta economica viziata da difformi dichiarazioni di suoi componenti fondamentali, potendo solo l’offerente essere titolato a svolgere una “interpretazione autentica” necessaria a chiarire il macroscopico errore; ma siffatto intervento chiarificatore dell’offerente, postumo all’apertura delle offerte economiche, impatterebbe i principi di immutabilità dell’offerta e di par condicio competitorum, risultando quindi inammissibile.*

L'Adunanza Plenaria 13 novembre 2015 n. 10, nella ben più limitata evenienza della discordanza tra l'offerta espressa in cifre e quella espressa in lettere componendo la risalente vexata quaestio esistente in giurisprudenza (si ricorda che prevaleva la tesi della prevalenza dell'offerta come espressa in lettere) ha chiarito che "(...) la rettifica, pur astrattamente ammissibile in virtù dei principi di conservazione degli atti giuridici e di massima partecipazione, deve ritenersi consentita in caso di errore materiale facilmente riconoscibile attraverso elementi "diretti ed univoci" tali da configurare un errore materiale o di scritturazione emendabile dalla commissione, ma non anche nel caso in cui sia necessario attingere a fonti di conoscenza estranee all'offerta medesima o ad inammissibili dichiarazioni integrative dell'offerente, non essendo consentito alle commissioni aggiudicatrici la modifica di una delle componenti dell'offerta con sostituzione, anche solo parziale, alla volontà dell'offerente".

Ha aggiunto che non si può pretendere dalla commissione l'esercizio di un'attività dianoetica connotata da profili esegetici di per sé connotati da un indefettibile profilo di soggettività come lo è qualsivoglia attività interpretativa.

Il Tar ha altresì escluso che possa essere invocato il soccorso istruttorio di cui all'art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50 del 2016, non trattandosi di colmare carenze formali della domanda o lacune documentali di comprova dei requisiti, bensì di sopperire ad un errore nella formulazione dell'offerta, come detto, non immediatamente percepibile ma richiedente un'attività interpretativa.

Il limite all'esercizio del potere – dovere del soccorso istruttorio va individuato nelle stesse carenze, incompletezze o irregolarità dell'offerta (salvo l'errore agevolmente riconoscibile) le quali non possono essere sanate mediante il soccorso istruttorio."

Altra questione, interessante è quella relativa all'ammissibilità o meno di un'offerta in perdita in relazione alla natura giuridica dell'operatore concorrente. Sul punto il TAR Brescia, 21.06.2021 n. 577 ci ricorda: "Passando al merito, va osservato come in linea generale un concorrente non possa giustificare la propria offerta con apodittiche affermazioni sulla propria posizione di forza sul mercato e sulle particolari condizioni di favore che

consegue – in virtù di tale posizione – nei contratti di fornitura di materiale e mezzi da impiegare nell'esecuzione dell'appalto.

Così come non può essere astrattamente enfatizzata la circostanza che l'offerente sia una Onlus, che come tale non è tenuta alla distribuzione degli utili: tale condizione può al più consentire di presentare un'offerta con un utile minimo, ma non certo legittimare la presentazione di un'offerta in perdita. Diversamente, infatti, ne verrebbe alterata la concorrenza, senza garanzie per la stazione appaltante di conseguire la prestazione contrattuale."

*Nella rassegna qui in trattazione, non può non trovare sede la pronuncia del TAR Campania – Salerno, Sez. II, 18 maggio 2021 n. 1249 con la quale si rammenta un principio ormai consolidato in tema di applicazione del ribasso anche ai costi della manodopera. La pronuncia infatti ricorda che: "Resta inteso che, ad avviso di questo Tribunale, salvo previsione derogatorie di legge, non è legittima la clausola di *lex specialis* che imponga il divieto *tout court* di ribasso sui costi di manodopera, stante il frontale contrasto di tale impostazione con l'art. 97, co. 6 D.Lgs. n. 50/2016 e, più in generale, con il principio di libera concorrenza negli affidamenti pubblici.*

Si rammenta, allo scopo, che tale principio, alla luce del costante orientamento della Corte di Giustizia UE (v. sez. I, 14.6.2007, n.6), i principi generali del diritto comunitario, e in particolare quelli rinvenienti esplicito fondamento nel Trattato UE (rif. art.56 T.f.u.e.), sono direttamente applicabili anche agli appalti sottosoglia.

*Il divieto di ribasso sulla manodopera, infatti, si pone in senso antitetico alla libertà d'impresa ed opera a danno della piccola e media impresa, favorendo la standardizzazione dei costi verso l'alto (e imponendo per converso l'applicazione del ccnl individuato dalla stazione appaltante, quanto meno nella parte economica), a vantaggio delle imprese più strutturate e, potenzialmente, a danno della stessa stazione appaltante, che scontrerà un minore ribasso. Al contrario, il sistema delineato dall'art. 97, co. 6 D.Lgs. n.50/2016 non comporta alcuna *deminutio* di tutela per le maestranze, giacché sussiste sia l'obbligo (per il concorrente) del rispetto degli oneri inderogabili, in ordine al quale non sono ammesse giustificazioni non aventi*

fondamento normativo, sia quello della stazione appaltante di approntare, sia durante l'iter selettivo (es. verifica obbligatoria sul rispetto del costo del lavoro ex art. 95, co. 10, secondo periodo D.Lgs. n. 50/2016, e verifica di anomalia, obbligatoria o facoltativa a seconda delle ipotesi previste all'art. 97 D.Lgs. n. 50/2016), sia durante l'esecuzione del contratto, i previsti controlli."

Indagando invece su questioni di forma circa l'espressione numerica dell'offerta, emerge la posizione dell'ANAC con la Delibera del 23 marzo 2021, n. 243, nella quale si legge che: *"La lex specialis di gara nella parte in cui indica che saranno prese in considerazione, nella formulazione dell'offerta economica, fino a due cifre decimali e che pertanto tutti i valori offerti dovranno essere espressi con un massimo di due cifre decimali, non determina l'estensione di tale criterio anche al procedimento di determinazione della soglia di anomalia, salvo che non lo specifichi espressamente".*







MEDIAAPPALTI

Guida pratica in materia di appalti pubblici

Mediappalti ora è disponibile on line

Abbonati su www.mediappalti.it

**Con soli 80 euro avrai accesso illimitato
per 12 mesi a tutti i contenuti della rivista**

MEDIAAPPALTI

Pubblicità: pubblicita@mediappalti.it

Servizio Abbonamenti: abbonamenti@mediappalti.it

**Medi
Graphic**

Redazione: Mediagraphic s.r.l.

Via Palmitessa, 40 - 76121 Barletta (BT)

Tel. 0883.527171 - Mail: redazione@mediappalti.it

i seminari in programma 2021

SEMI
NARI

A causa della complessa situazione che si è creata in seguito alla diffusione del Covid-19, e nel rispetto delle attuali indicazioni del Governo, il calendario dei corsi è in aggiornamento continuo.

Per conoscere le date aggiornate visitate il sito 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!