

Rivista mensile - Anno XII, Numero 10

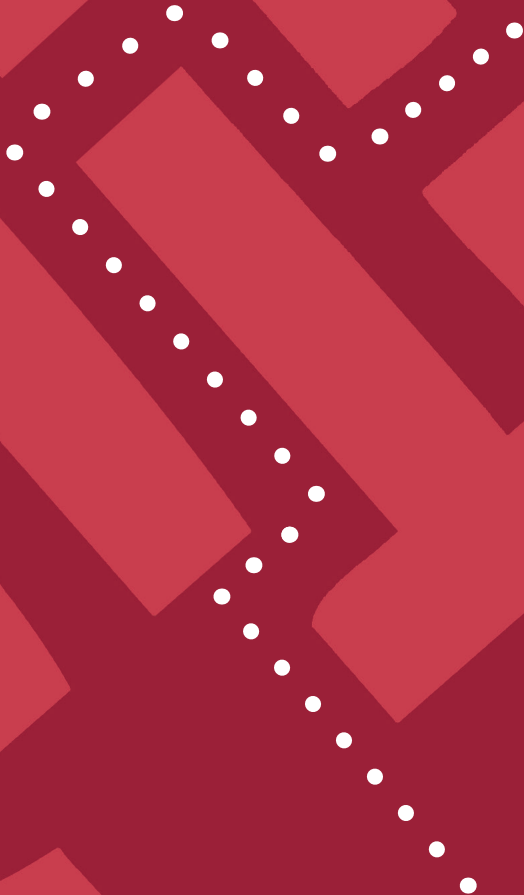
febbraio
2023

MEDIAAPPALTI

**La figura del RUP alla
prova del nuovo codice
tra elementi innovativi e
conferme**

**Soccorso istruttorio e
soccorso procedimentale**

**Iscrizione nella white
list. Legittimità del
requisito soggettivo di
partecipazione che "fa
tutt'uno" con quello delle
informative interdittive
antimafia e lo integra**



**"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



SGQ UNI EN ISO 9001:2015
Certificato n° 2634



approfondimento aggiornamento giurisprudenza informazione consulenza normativa

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

**febbraio
2023**

Il confronto

La famiglia si ritrovò a tavola per pranzo. Quel giorno mamma e papà avrebbero fatto un annuncio importante. Il signor Rossi aveva accettato un nuovo lavoro. Una novità che avrebbe modificato drasticamente tutte le abitudini dell'intero nucleo familiare. I figli accolsero con entusiasmo la notizia del nuovo impiego del genitore. Con profonda perplessità si approcciarono al cambiamento di una routine ormai consolidata. Il papà non sarebbe stato a pranzo con loro in settimana, sarebbe uscito di casa presto ogni mattina e non li avrebbe potuti accompagnare a scuola. Come credete che possiamo organizzarci per cogliere nel migliore dei modi questa novità? Chiese la mamma. Ognuno fece le sue proposte. Si giunse a una nuova organizzazione della vita familiare. E tutti ne furono soddisfatti.

I signori Rossi hanno deciso di dialogare con i loro figli per cercare insieme una soluzione ai tanti cambiamenti che si stavano proponendo per il futuro. I figli, coinvolti e responsabilizzati, hanno

reagito con grande maturità. Se tutte le decisioni fossero state imposte dai genitori, senza preavviso e senza coinvolgimento, quell'imposizione radicale e improvvisa sarebbe stata origine di malcontento e incomprensioni. Avrebbe disorientato i ragazzi. Ci sarebbero state ripercussioni sulla vita familiare, sul rendimento scolastico. Tutta la serenità familiare sarebbe stata compromessa.

La vita è fatta di un perpetuo sovrapporsi di cambiamenti. Gran parte del cambiamento avviene nell'invisibilità del costante alternarsi di tanti piccoli eventi che, come la famosa goccia che scava la pietra, finiscono per cambiare le situazioni senza che ce ne accorgiamo. Alcuni, pochi, cambiamenti sono dovuti a eventi traumatici o decisioni drastiche.

Quest'ultima tipologia di cambiamento può essere migliorativa o indolore se si è preparati alla virata. Se si ha consapevolezza di quanto sta per accadere. Se non c'è imposizione ma mediazione.

Se c'è un confronto.

È proprio l'assenza di un confronto, invece, che più attori lamentano in tema di approvazione del nuovo Codice dei Lavori Pubblici. Un confronto che sarebbe stato necessario dinanzi all'avvento di un cambiamento di tale portata. "Il nuovo Codice – afferma Federica Brancaccio, Presidente dell'Ance – sconta un errore di metodo, che è forse all'origine tra principi annunciati e norme di attuazione: è stato redatto senza un adeguato confronto con chi con questo Codice deve lavorare".

Entro il 31 marzo sarà pubblicato in Gazzetta Ufficiale un documento che dovrebbe contenere disposizioni durevoli, in grado di governare un settore strategico, delicato e pieno di insidie, per tempi lunghi. Una chiave di volta per l'economia, lo sviluppo, il benessere dell'intero paese. Gli appalti pubblici offrono opportunità di lavoro a tante imprese, rappresentano la base essenziale e necessaria per lo sviluppo di territori e comunità, devono essere garanti della diffusione di un benessere sociale collettivo.

Un Codice non può non essere il risultato di un lavoro di equipe che coinvolga legislatori, giuristi e tecnici. Se dovessi rappresentarlo con una illustrazione, lo tratteggerei con le sembianze di un monolite. Un unico blocco di pietra, pesante, immobile, retto e inscalfibile. Un'immagine che non può essere associata al Codice del 2016, nato con così tante e gravi insufficienze che ne hanno segnato il rapido declino senza mai essere pienamente applicato e applicabile. Le conseguenze furono drammatiche. Stazioni appaltanti e imprese

dovettero "subire" quel codice talmente ostico che furono in molti ad approcciarlo con una diffidenza e ritrosia che determinò un crollo dei lavori pubblici. Non ci si può permettere lo stesso errore. "Dobbiamo evitare cosa è successo nel 2016, una mannaia imposta senza possibilità di un confronto, altrimenti lo shock normativo è una certezza", ha detto la Presidente Ance.

C'è un'idea diffusa sul come evitare gli errori del passato: far slittare l'entrata in vigore del Codice al gennaio 2024 per avere a disposizione un tempo entro il quale correggerne le criticità. "Un'immediata entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici potrebbe portare a delle difficoltà gestionali e rischiare di rallentare anche l'avvio di tante opere previste con finanziamenti PNRR", ha affermato la Presidente di UNIONSOA Tiziana Carpinello intervenendo all'audizione tenutasi in Commissione Ambiente alla Camera, nell'ambito dello Schema di Decreto legislativo recante codice dei contratti pubblici.

Abbiamo tra le mani un documento epocale che però, al momento, contiene punti critici che conviene smussare prima che diventino operativi. Basta avere piena coscienza di questo e ammettere che solo grazie all'aiuto di chi ha esperienza nel settore è possibile trovare correttivi adeguati e tempestivi, per accettare il fatto che un confronto è necessario.

di Enzo De Gennaro

sommario

Editoriale

Il confronto

4

In evidenza

Gli incentivi per funzioni tecniche nel nuovo codice degli appalti

7

Sotto la lente

La figura del RUP alla prova del nuovo codice tra elementi innovativi e conferme

12

Hanno collaborato a questo numero:

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

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

Avv. Riccardo Gai
Esperto in materia di appalti pubblici

Direttore Responsabile
dott. Enzo de Gennaro

Comitato di Redazione
avv. Maria Teresa Colamorena
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. Ilenia Paziani
Esperta in materia di appalti pubblici

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

Avv. Giuseppe Totino
Esperto in appalti pubblici

Avv. Aldo Cimmino
Esperto in appalti pubblici

Avv. Adriana Presti
Avvocato amministrativista, esperto in contrattualistica pubblica

Avv. Giuseppe Croce
Esperto in appalti pubblici

Il Punto

Soccorso istruttorio e soccorso procedimentale

17

E' illegittima l'assegnazione dello stesso punteggio da parte di tutti i commissari se il criterio di assegnazione è quello del c.d. "confronto a coppie"? La parola all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato

24

L'affidamento diretto. I diversi presupposti normativi, le tipologie e procedimenti amministrativi da adottare a confronto

32

Iscrizione nella white list. Legittimità del requisito soggettivo di partecipazione che "fa tutt'uno" con quello delle informative interdittive antimafia e lo integra

39

Requisiti di partecipazione e di esecuzione, requisiti minimi dell'offerta e requisiti premiali: distinzioni e casistica

46

Pareri & Sentenze

53

A Domanda Rispondiamo

60

In pillole

65

Gli incentivi per funzioni tecniche nel nuovo codice degli appalti

di Stefano Usai

IN
EVIDENZA

Introduzione

È noto che il Consiglio dei Ministri, nella seduta del 16 dicembre 2022, ha approvato in lettura preliminare il testo del nuovo codice degli appalti. E' attualissima, tra l'altro, la questione dell'entrata in vigore del testo in parola.

Evidentemente una entrata in vigore di nuove norme proprio nel frangente di attuazione degli appalti del PNRR/PNC rischierebbe di accentuare le già gravi difficoltà operative per cui, da più parti – e molto probabilmente accadrà –, si suggerisce l'entrata in vigore del nuovo testo direttamente al primo gennaio 2024.

Al netto di quanto, riveste sicuro interesse affrontare già alcune questioni poste dal nuovo codice ed in particolare – per limitare l'indagine –, sul tema sempre di interesse relativo agli incentivi alle funzioni tecniche.

Gli incentivi per funzioni tecniche, nel nuovo codice, trovano specifica disciplina nell'articolo 45 contenuto nel libro I, parte IV rubricato "Della progettazione". La norma, esplicitamente,

rinvia all'allegato I.10 per l'elenco delle attività incentivabili.

Come si legge nella relazione tecnica che accompagna il testo del codice e gli allegati, la previsione, sebbene semplificata rispetto alla versione precedente contenuta nell'art. 113 del d.lgs. 50/2016, reca una disciplina "non limitata

alle linee generali, ma estesa a profili di dettaglio, e ciò allo scopo di prevenire le difficoltà e le incertezze in cui incorrono le amministrazioni nella fase applicativa, anche per i timori di responsabilità amministrativa connessa all'erogazione di incentivi non dovuti.

La finalità è quella di stimolare, attraverso la corretta erogazione degli incentivi, l'incremento delle professionalità interne

all'amministrazione e il risparmio di spesa per mancato ricorso a professionisti esterni".

Oggettivamente, la riscrittura, come si vedrà, in certi punti delle norme valgono realmente a chiarirne l'ambito applicativo evitando facili contenziosi.

Al netto di quanto riveste sicuro interesse affrontare già alcune questioni poste dal nuovo codice ed in particolare – per limitare l'indagine –, sul tema sempre di interesse relativo agli incentivi alle funzioni tecniche.

Primo comma – il mutamento della rubrica dell'articolo

La prima annotazione che deve essere espressa riguarda la stessa rubrica dell'articolo 45 oggi declinata in un "Incentivi alle funzioni tecniche" (e quindi non "per" le funzioni tecniche come l'attuale codice prevede all'articolo 113).

Il primo comma puntualizza – secondo disposizioni già note –, che "Gli oneri relativi alle attività tecniche indicate nell'allegato I.10 sono a carico degli stanziamenti previsti per le singole procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture negli stati di previsione della spesa o nei bilanci delle stazioni appaltanti e degli enti concedenti.

In sede di prima applicazione del codice, l'allegato I.10 è abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento emanato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, con decreto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, sentito il Consiglio superiore dei lavori pubblici, che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al codice".

Nella relazione tecnica, che accompagna il testo del codice, si segnala che il comma in parola stabilisce che le risorse per remunerare le attività tecniche continuano a caricare sugli stanziamenti relativi alle procedure di affidamento, estendendo la previsione alle attività tecniche relative a tutte le procedure e non solo all'appalto.

L'annotazione, ovvero il riferimento alle procedure piuttosto che alla "gara" chiarisce una volta per tutte che risultano incentivati anche le ipotesi di affidamento diretto "puro", le concessioni e il project financing. Si superano, in tal modo, evidenziano quindi gli estensori delle norme, le difficoltà discendenti dalla vigente formulazione che, a parità di funzioni tecniche svolte, consentiva l'erogazione dell'incentivo ai dipendenti solo in caso di appalti ed escludeva tutte le altre procedure e gli affidamenti diretti.

Oggettivamente, la modifica ha rilievo visto che sottolinea che l'attività contrattuale non si esaurisce solo nel frangente dell'assegnazione dell'appalto ma implica (e quindi anche nel caso di affidamento diretto, si pensi di lavori) delle attività e responsabilità comunque di rilievo.

Per le attività incentivabili, la disposizione rinvia a un allegato al codice che contiene l'elenco –

tassativo – delle attività tecniche da remunerare. Le attività richiamate sono praticamente simili a quelle attuali.

Più in dettaglio, l'allegato riproduce, in modo più analitico e preciso il contenuto del comma 1 dell'attuale articolo 113, d.lgs. n. 50/2016, nella parte in cui indicava in modo più generico le "funzioni tecniche" a cui favore devono essere stanziati gli incentivi disciplinati dallo stesso articolo.

In pratica, l'allegato I.10 (al Libro I), rubricato "Attività tecniche a carico degli stanziamenti previsti per le singole procedure" precisa che le funzioni incentivabili sono:

- Programmazione della spesa per investimenti;
- Responsabile unico del progetto;
- Collaborazione all'attività del Responsabile unico del progetto (responsabili e addetti alla gestione tecnico-amministrativa dell'intervento)
- Redazione del Documento di fattibilità delle alternative progettuali;
- Redazione del Progetto di fattibilità tecnica ed economica;
- Redazione del progetto esecutivo;
- Coordinamento per la sicurezza in fase di progettazione;
- Verifica del progetto ai fini della sua validazione;
- Predisposizione dei documenti di gara;
- Direzione dei lavori;
- Ufficio di direzione dei lavori (Direttore/i operativo/I, Ispettore/i di cantiere);
- Coordinamento per la sicurezza in fase di esecuzione;
- Direzione dell'esecuzione;
- Collaboratori del Direttore dell'esecuzione
- Coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione;
- Collaudo tecnico-amministrativo;
- Regolare esecuzione;
- Verifica di conformità;
- Collaudo statico (ove necessario).

Secondo comma – destinazione delle risorse finanziarie

Ai sensi del comma 2 “Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti destinano risorse finanziarie per le funzioni tecniche svolte dai dipendenti specificate nell’allegato I.10 di cui al comma 1 e per le finalità indicate al comma 5, a valere sugli stanziamenti di cui al comma 1, in misura non superiore al 2 per cento dell’importo dei lavori, dei servizi e delle forniture, posto a base delle procedure di affidamento. Il presente comma si applica anche agli appalti relativi a servizi o forniture nel caso in cui è nominato il direttore dell’esecuzione. È fatta salva, ai fini dell’esclusione dall’obbligo di destinazione delle risorse di cui al presente comma, la facoltà delle stazioni appaltanti e degli enti concedenti di prevedere una modalità diversa di retribuzione delle funzioni tecniche svolte dai propri dipendenti”.

Il comma in parola contiene alcune novità e conferme rispetto all’attuale disciplina. In questo senso, tra le conferme, si ribadisce che il limite percentuale (il due per cento) delle risorse che, a valere sugli stanziamenti delle procedure di affidamento, possono essere destinate alle remunerazioni delle funzioni tecniche e alle ulteriori finalità contemplate dalla disposizione.

Il limite massimo – si spiega nella relazione tecnica -, è volto ad evitare l’espansione incontrollata della spesa in questione (sul punto cfr. Corte dei conti, sezione delle autonomie, delibera n. 6/SEZAUT/2018/QMIG).

Si ribadisce, inoltre, che la disciplina si applica anche agli appalti relativi a servizi o forniture nel caso in cui sia nominato il direttore dell’esecuzione. È, in ogni caso, fatta salva la possibilità per le stazioni appaltanti e gli enti concedenti di prevedere una modalità diversa di remunerazione delle funzioni tecniche del proprio personale. In tal caso, l’incentivo non si applica, escludendo qualunque sovraincentivazione.

L’ultimo periodo, ovvero la possibilità della stazione appaltante di procedere con modalità alternative per compensare le attività appale “oscure” ed anche problematico (di che tipo di spese si tratta?).

Non a caso in Conferenza regioni, e con l’ANCI, si è proposta l’eliminazione di detta possibilità che, oggettivamente, potrebbe creare qualche problema (sicuramente sotto il profilo applicativo).

Terzo comma – l’esigenza del regolamento interno

Il terzo comma ribadisce l’esigenza di un regolamento interno che disciplina il riparto e condizioni di erogazione (fermo restando che gli incentivi devono essere previsti nel fondo sviluppo delle risorse umane e non più si prevede il c.d. fondo incentivi). In questo modo, il comma 3 puntualizza che “L’80 per cento delle risorse di cui al comma 2, è ripartito, per ogni opera, lavoro, servizio e fornitura, tra il RUP e i soggetti che svolgono le funzioni tecniche indicate al comma 2, nonché tra i loro collaboratori. Gli importi sono comprensivi anche degli oneri previdenziali e assistenziali a carico dell’amministrazione.

I criteri del relativo riparto, nonché quelli di corrispondente riduzione delle risorse finanziarie connesse alla singola opera o lavoro, a fronte di eventuali incrementi ingiustificati dei tempi o dei costi previsti dal quadro economico del progetto esecutivo, sono stabiliti con regolamento delle stazioni appaltanti e degli enti concedenti adottato secondo i rispettivi ordinamenti entro 30 giorni dalla data di entrata in vigore del codice”.

Come anticipato, attuando una notevole semplificazione

rispetto all’attuale previsione (che prevede la costituzione del c.d. fondo incentivi in cui effettuare il giro contabile – dal capitolo interessato al fondo incentivi per poter procedere, in spesa, con l’erogazione concreta), si precisa che gli incentivi sono erogati direttamente al personale dipendente.

Il comma 2 contiene alcune novità e conferme rispetto all’attuale disciplina. In questo senso, tra le conferme, si ribadisce che il limite percentuale (il due per cento) delle risorse che, a valere sugli stanziamenti delle procedure di affidamento, possono essere destinate alle remunerazioni delle funzioni tecniche e alle ulteriori finalità contemplate dalla disposizione.

L'erogazione avviene senza la confluenza nel fondo per l'incentivazione come previsto dal vigente articolo 113 del d.lgs. 50/2016, attuando una notevole semplificazione sul piano finanziario, burocratico e contabile. Si specifica che: i) l'incentivo è ripartito tra il RUP e i soggetti che svolgono le funzioni tecniche indicate nell'allegato nonché tra i loro collaboratori; ii) gli importi sono comprensivi anche degli oneri previdenziali e assistenziali a carico dell'amministrazione.

La norma, quindi, rinvia al regolamento della singola amministrazione per la determinazione dei criteri del riparto delle somme, ivi compresa (con una previsione in chiave di incentivo al rispetto di tempi e costi) la riduzione delle risorse a fronte di eventuali incrementi di tempi o costi rispetto a quanto previsto dal progetto esecutivo. Il regolamento rappresenta un momento fondamentale pur in apertura della Corte dei Conti sulla possibilità di una adozione postuma ma è bene che le stazioni appaltanti si uniformino ai dettati normativi.

Quarto comma – l'erogazione dell'incentivo

Il quarto comma si occupa dei compiti del soggetto che dovrà procedere con l'erogazione. A sommo avviso occorrerà sempre distinguere tra soggetto liquidatore (normalmente il responsabile del servizio interessato che verificherà la relazione del proprio RUP) e l'ufficio che materialmente predisporrà i mandati ovvero servizio finanziario/servizio del personale. Quest'ultimo in posizione di terzietà dovrà verificare la relazione e la sua congruità rispetto a quanto declinato nel regolamento interno e alle norme (compresi i pareri della Corte dei Conti).

Il comma introduce importanti novità laddove dispone (nel secondo periodo) che "l'incentivo complessivamente maturato dal dipendente nel corso dell'anno di competenza, anche per attività svolte per conto di altre amministrazioni, non può superare il trattamento economico complessivo annuo lordo percepito dal dipendente". La novità, pertanto, è il superamento del tradizionale 50% del trattamento.

Dal terzo periodo si precisa, secondo norme già note, che "L'incentivo eccedente, non corrisposto, incrementa le risorse di cui al comma 5 (nda il fondo spese "tecnologiche" e/o di formazione specialistica). Per le amministrazioni che adottano

i metodi e gli strumenti digitali per la gestione informativa dell'appalto il limite di cui al primo periodo è aumentato del 15 per cento. Incrementa altresì le risorse di cui al comma 5 la parte di incentivo che corrisponde a prestazioni non svolte dai dipendenti, perché affidate a personale esterno all'amministrazione medesima oppure perché prive dell'attestazione del dirigente".

L'ultimo periodo della norma in parola, dedicata al personale dirigenziale, nonostante qualche dubbio residuo anche nella formulazione dell'ultimo degli schemi, si risolve nel senso tradizionale con la precisazione che le disposizioni relative agli incentivi "non si applicano al personale con qualifica dirigenziale".

A maggior chiarimento, sul comma, nella relazione tecnica si legge che "Il comma 4 subordina l'erogazione dell'incentivo di cui al comma precedente all'accertamento e attestazione, ad opera del responsabile del servizio della struttura competente o da altro dirigente incaricato, dell'effettivo svolgimento, da parte del dipendente, delle specifiche funzioni tecniche.

È previsto un tetto massimo individuale: gli importi complessivamente maturati (secondo il criterio della competenza, a prescindere dalla data di pagamento) nel corso dell'anno di competenza, anche per attività svolte per conto di altre amministrazioni, non possono superare il trattamento economico complessivo annuo lordo percepito dal dipendente, l'ammontare eccedente incrementa la quota di incentivo alle finalità di cui al comma 5. Alle medesime finalità sono destinate le quote di incentivo non erogato per prestazioni non svolte o prive dell'attestazione del dirigente".

Quinto comma – il restante 20%

Il quinto comma, anche in questo caso, secondo principi e regole operative già note – con importanti modifiche comunque sancite nel comma 6 e 7 dell'articolo 45 -, si occupa del c.d. quotino del 20% (sull'80%) che non viene erogato come incentivo.

La norma rammenta che "5. Il 20 per cento delle risorse finanziarie di cui al comma 2, escluse le risorse che derivano da finanziamenti europei o da altri finanziamenti a destinazione vincolata, incrementato delle quote parti dell'incentivo corrispondenti a prestazioni non svolte o prive dell'attestazione del dirigente, oppure non

corrisposto per le ragioni di cui al comma 4, secondo periodo, è destinato ai fini di cui ai commi 6 e 7”.

Il comma pertanto, prevede che la residua percentuale delle risorse indicate al comma 2 (20 per cento), con esclusione – come oggi anche previsto nell’articolo 113 -, delle somme a destinazione vincolata, sia destinata a una serie di finalità, specificate ai successivi commi 6 e 7. Come già chiarito le somme in questione sono incrementate dai seguenti importi: i) importi relativi a prestazioni non svolte o prive dell’attestazione del dirigente; ii) importi eccedenti il limite massimo annuo previsto al comma 4 per ciascun dipendente”.

La destinazione del fondo “spese”

I commi 6 e 7 chiariscono la destinazione del fondo di cui si è detto in relazione al comma 5 con importanti novità rispetto all’attuale disciplina. Più in dettaglio, ai sensi del comma 6, “con le risorse di cui al comma 5 l’ente acquista beni e tecnologie funzionali a progetti di innovazione, anche per incentivare: a) la modellazione elettronica informativa per l’edilizia e le infrastrutture; b) l’implementazione delle banche dati per il controllo e il miglioramento della capacità di spesa; c) l’efficientamento informatico, con particolare riferimento alle metodologie e strumentazioni elettroniche per i controlli”.

Ai sensi del successivo comma (7) si puntualizza, ulteriormente, che “Una parte delle risorse di cui al comma 5 è in ogni caso utilizzata: a) per attività di formazione per l’incremento delle competenze digitali dei dipendenti nella realizzazione degli interventi; b) per la specializzazione del personale che svolge funzioni tecniche; c) per la copertura degli oneri di assicurazione obbligatoria del personale”.

Nella relazione tecnica si chiarisce che i commi ultimi citati indicano le destinazioni delle risorse dei

commi precedenti. Tra queste, in particolare, si segnalano l’obbligo di destinazione alla formazione per l’incremento delle competenze digitali, alla specializzazione del personale che svolge funzioni tecniche, all’assicurazione obbligatoria del personale. Infine il comma 8 prevede che una quota degli incentivi previsti dal comma 2, non superiore al 25 per cento possono essere destinate alle funzioni tecniche svolte dal personale delle centrali di committenza.

Il quinto comma, anche in questo caso, secondo principi e regole operative già note – con importanti modifiche comunque sancite nel comma 6 e 7 dell’articolo 45 -, si occupa del c.d. quotino del 20% (sull’80%) che non viene erogato come incentivo.



La figura del RUP alla prova del nuovo codice tra elementi innovativi e conferme

di Stefano de Marinis

SOTTO
LA
LENTE

Premesse

Tra le modifiche più rilevanti che caratterizzano la nuova disciplina dei contratti pubblici, come configurata nel testo approvato in via preliminare dal Governo lo scorso 16 dicembre ed attualmente all'esame del Parlamento per i relativi pareri, senza dubbio rileva quella riguardante la figura del Responsabile Unico del Procedimento, il cosiddetto RUP.

Trattasi, come è noto, di uno dei capisaldi su cui si basa la normativa vigente.

1. Il RUP: un istituto introdotto nel 1994 giunto fino a noi

Introdotta dalla riforma Merloni del 1994 per i lavori, infatti, l'istituto è giunto sostanzialmente immutato fino ad oggi, non certo per l'inerzia del legislatore, attraverso i numerosi aggiornamenti che, negli anni, hanno interessato la materia. In questo senso, un'importante consapevole conferma della sua utilità è testimoniata dalla circostanza che, nel 2006, il Codice de Lise ne ha esteso logiche di unitarietà e termini di utilizzo ai contratti di forniture e servizi, scelta resa definitivamente operativa, senza contraddizioni, con il successivo regolamento di cui al dpr 207/2010.

Le modifiche che si vorrebbero apportare riguardano anzitutto la denominazione, che da **Responsabile Unico del Procedimento** muta in Responsabile Unico di Progetto. Per pura coincidenza, sottolinea la relazione che accompagna il nuovo codice, la scelta consente di mantenere l'acronimo RUP, peraltro come tale utilizzato nell'intero articolato.

La figura del responsabile del procedimento non scompare dalla scena, come sarebbe stato ipotizzabile, ma perde il carattere di unitarietà che ne ha costituito da sempre la cifra distintiva. Degradato a strumento addirittura eventuale, il **responsabile "di" procedimento** mantiene, a questo punto, competenza limitata alle singole fasi dell'intero processo realizzativo attraverso le quali passa un progetto, un servizio o l'acquisto di uno o più beni, confermate nelle tradizionali quattro: programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione.

Dette fasi, ai fini che qui rilevano, vengono peraltro accorpate in due categorie: quella dell'affidamento, tipicamente amministrativa, tenuta distinta dalle altre di natura tecnica, in primis la progettazione e l'esecuzione, espressamente considerate in modo unitario. Ciò in base ad una visione che ripropone la netta distinzione, per lo meno a livello di enti locali, tra Uffici Tecnici ed Uffici Contratti.

**Il RUP: da
Responsabile Unico
del Procedimento a
Responsabile Unico di
Progetto
... ma il responsabile
"di" procedimento non
esce di scena**

Nel senso sintetizzato dispone l'articolo 15 del testo in gestazione che, unitamente all'allegato I.2, ridisegnano la disciplina base della figura.

Il comma 1, infatti, prevede, testualmente che *nel primo atto di avvio dell'intervento pubblico da realizzare mediante un contratto le stazioni appaltanti e gli enti concedenti nominano nell'interesse proprio o di altre amministrazioni un responsabile unico del progetto (RUP) per le fasi di programmazione, progettazione, affidamento e per l'esecuzione di ciascuna procedura soggetta al codice.*

Aggiunge il successivo comma 4 che, *ferma restando l'unicità del RUP e se il RUP lo richiede, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti, ciascuno secondo il proprio ordinamento, nominano un responsabile di procedimento per le fasi di programmazione, progettazione ed esecuzione e un responsabile di procedimento per la fase di affidamento. Le relative responsabilità sono ripartite in base ai compiti svolti in ciascuna fase, ferme restando le funzioni di supervisione, indirizzo e coordinamento del RUP.*

Secondo le indicazioni che si leggono nella relazione, la scelta di ridenominare la figura del RUP è figlia della volontà di sottolineare la peculiarità della disciplina dei contratti di appalto in cui è parte un soggetto pubblico, rispetto a quella generale sul procedimento amministrativo; ciò in linea con la filosofia più attenta ai profili fattuali che ispira la nuova codificazione.

2. L'istituto del RUP sganciato dalla legge 241 del 1990

Sul piano sostanziale la differenza corrisponde al fatto di sganciare l'istituto, come riconfigurato, dalla legge 241 del 1990 che disciplina il procedimento amministrativo.

L'articolo 15 non riproduce più, infatti, la previsione che fin dalla sua prima introduzione, e da ultimo nell'articolo 31, comma 3, del d.lgs. 50/2016, identificava la figura del Responsabile Unico del Procedimento in colui che svolge tutti i

compiti relativi alle procedure di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione previste dal codice *ai sensi della legge 7 agosto 1990, n. 241.*

Questa, come una sorta di "legge cornice", soccorre nel dare risposta (artt. 4 - 6) ad alcuni profili non regolati dalla (peraltro copiosa) disciplina di settore; in particolare le modalità di ripartizione degli incarichi all'interno dell'Ufficio di appartenenza del RUP, la **competenza del soggetto designato tale all'adozione finale del provvedimento**, la gestione del relativo conflitto laddove questi non possa essere il RUP designato e la figura apicale del servizio opini in modo diverso.

Solo in minima parte tali presidi risultano riportati all'interno del nuovo codice: in questo senso l'art.15, comma 2, ultimo periodo, riproduce la previsione dell'art.4, comma 2, della legge 241, per cui in caso di mancata nomina del RUP nell'atto di avvio dell'intervento pubblico l'incarico è svolto dal responsabile dell'Ufficio; manca, viceversa, quanto previsto all'art.6, lett. e),

secondo cui l'organo competente per l'adozione del provvedimento finale, ove diverso dal responsabile del procedimento, non può discostarsi dalle risultanze dell'istruttoria condotta dal responsabile del procedimento se non indicandone la motivazione nel provvedimento finale.

Tornando alla filosofia di base, ancora dalla relazione che accompagna il nuovo codice si apprende che mutando il nome, si intende *sottolineare che il ruolo ricoperto è quello di responsabile non di uno o più procedimenti ma di tutto l'intervento pubblico.*

Non si tratta di un procedimento unitario articolato in più sub-procedimenti, eventualmente di competenza di diversi uffici. Nel caso dei contratti disciplinati dal codice, si tratta di procedimenti diversi, ciascuno dei quali destinato a sfociare nell'adozione di un provvedimento o atto autonomo. Sempre attingendo dalla relazione, emerge che secondo l'avviso degli estensori l'opzione perseguita presenta il vantaggio di evitare un'eccessiva concentrazione in capo al RUP di compiti e responsabilità direttamente operative, spesso di difficile gestione nella pratica. In caso di

La ratio del cambiamento e la sua implementazione: responsabile non di uno o più procedimenti ma di tutto l'intervento

nomina dei responsabili di fase, infatti, rimangono in capo al RUP gli obblighi - e le connesse responsabilità - di supervisione, coordinamento, indirizzo e controllo, mentre sono ripartiti in capo ai primi i compiti e le responsabilità delle singole fasi a cui sono preposti.

Va osservato che **le riportate modifiche rischiano di riproporre, a valle della figura del RUP, la storica divisione tra competenze tecniche, da un lato, e amministrative contrattuali dall'altro.** Tale

scelta implicherà la necessità di riorganizzare la struttura degli uffici che non da molto avevano già dovuto affrontare quella, non facile, conseguente all'estensione della disciplina riferita al vigente Responsabile Unico del Procedimento alle forniture ed ai servizi.

Si profila, inoltre, l'allungamento della catena di comando dato che a valle della funzione apicale - confermata in capo al **responsabile dell'unità organizzativa** che il comma 2 dell'articolo 15 precisa essere il titolare del potere di spesa via via si collocano: il Responsabile Unico del Progetto; uno o più responsabili di procedimento; il direttore dei lavori/dell'esecuzione; i progettisti; i responsabili della sicurezza ecc.

Al di là dei compiti di *supervisione, coordinamento, indirizzo e controllo*, indicati dalla relazione come propri del RUP, il testo in discussione riconduce tout court al nuovo Responsabile Unico del Progetto tutti quelli che il d.lgs. 50/2016 oggi riferisce all'odierno RUP salvo, solo in alcuni casi specifici, evocare espressamente la competenza del responsabile di procedimento, non è chiaro se per una svista o per consapevole scelta: ad esempio in tema di validazione, dove il comma 4 del nuovo articolo 42 prevede che questa *sia sottoscritta dal responsabile del relativo procedimento*; di rapporti tra centrali di committenza e singole stazioni appaltanti, dove il comma 13 dell'articolo 62 dispone che le stazioni appaltanti beneficiarie dell'intervento nominano un *responsabile del procedimento* per le attività di propria pertinenza; di sospensioni delle attività esecutive, per le quali il comma 7 del nuovo articolo 121 prevede che quando la sospensione supera il quarto del tempo contrattuale complessivo il responsabile del procedimento dà avviso all'ANAC. D'altro canto, ed al di là di sviste e/o degli aspetti

Strutturazione degli uffici più complessa?



da correggere sul piano formale, per determinate funzioni parrebbe assai logico che a gestirle fossero chiamati, di regola, proprio i responsabili di fase: ad esempio per l'accertamento in corso d'opera che le prestazioni oggetto di contratto, in caso di avvalimento, siano direttamente svolte dalle risorse umane e strumentali dell'impresa ausiliaria, (nuovo articolo 104, comma 9), o laddove vi sia ritardo nel pagamento delle retribuzioni dovute ai dipendenti dell'appaltatore o del subappaltatore, per l'inoltro al soggetto inadempiente dell'invito scritto a provvedere nei successivi 15 giorni (nuovo

articolo 11, comma 6).

Peraltro anche nella prospettiva dell'operatore economico, un ulteriore interlocutore si aggiunge alla sequenza attuale, senza che sia sempre chiaro in quale misura questi assorba funzioni e ruoli di intervento già di competenza del vecchio RUP: lo stesso allegato I.2 per il già menzionato caso della validazione prevede che il RUP sottoscrive la validazione del progetto posto a base di gara *unitamente al responsabile della fase della progettazione, ove nominato* (articolo 7, comma 2, lett. e).

In questo senso, dunque, sarebbe **opportuno prima dell'adozione finale della nuova disciplina, verificare e coordinare i richiami che tanto nel Codice che nell'allegato I.2 vengono riferiti al RUP e/o al responsabile del procedimento.**

Venendo più direttamente a considerare il rapporto tra la nuova disciplina e l'odierno articolo 31, risulta anzitutto soppressa la previsione contenuta nel vigente codice secondo cui laddove sia accertata la carenza nell'organico della suddetta unità organizzativa, il RUP è nominato tra gli altri dipendenti in servizio. Si legge, infatti, all'articolo 3, comma 3, dell'allegato I.2 che *ove non sia presente tale figura professionale, le competenze sono attribuite al dirigente o al responsabile del servizio nel cui ambito di competenza rientra l'intervento da realizzare. Negli altri casi, la stazione appaltante può individuare quale RUP un dipendente anche non in possesso dei requisiti richiesti. Nel caso in cui sia individuato un RUP carente dei requisiti richiesti, la stazione appaltante affida lo svolgimento delle attività di supporto al*

RUP ad altri dipendenti in possesso dei requisiti carenti in capo al RUP o, in mancanza, a soggetti esterni aventi le specifiche competenze richieste dal codice e dal presente allegato.

Stabilisce sul punto il comma 6 dell'articolo 15, in via innovativa, che *le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono ...*

destinare risorse finanziarie

non superiori all'1 per cento dell'importo posto a base di gara per l'affidamento diretto da parte del RUP di incarichi di assistenza al medesimo mentre la relazione che accompagna il nuovo codice, precisa che il RUP a ciò provvede sotto la propria responsabilità di risultato.

Restano viceversa ferme le previsioni secondo le quali l'ufficio di RUP, ai sensi del nuovo articolo 15, comma 2, è obbligatorio e non può essere rifiutato, così come il fatto che, sempre ai sensi dello stesso comma, e degli articoli 3, comma 1, 5 e 6 dell'allegato I.2, il RUP è individuato *tra i dipendenti di ruolo anche non aventi qualifica dirigenziale*, con ciò restando esclusa l'ipotesi circolata in questi mesi di privatizzazione attraverso incarichi esterni delle funzioni di RUP. Confermato altresì l'importante principio per il quale **il RUP svolge i propri compiti con il supporto dei dipendenti della stazione appaltante** (articolo 3, comma 1, dell'allegato I.2), così come il diritto agli incentivi (articolo 45, comma 3, nuovo codice).

Totalmente ex novo vengono riconosciute ai RUP alcune specifiche competenze, in passato escluse ovvero oggetto di diversa interpretazione: trattasi della partecipazione alle cosiddette commissioni giudicatrici, alla possibilità addirittura di ricoprirvi il ruolo di presidente.

L'articolo 51 prevede espressamente *che nel caso di aggiudicazione dei contratti ... con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, alla commissione giudicatrice può partecipare il RUP, anche in qualità di presidente.*

Il comma 3 del successivo articolo 93, ribadisce che *la commissione è presieduta da un dipendente della stazione appaltante ed è composta da*

suoi funzionari, in possesso del necessario inquadramento giuridico e di adeguate competenze professionali. Della commissione giudicatrice può far parte il RUP. L'art. 225 comma 5, poi, modifica l'articolo 107, comma 3, lettera a), del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, aggiungendovi le seguenti parole: *la commissione giudicatrice, nel caso di*

aggiudicazione dei contratti di importo inferiore alle soglie europee con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, può essere presieduta dal responsabile unico del procedimento. Altra importante novità riguarda la funzione di RUP, nel caso della gestione di contratti di Partenariato Pubblico Privato.

3. Il responsabile unico del progetto di partenariato

L'articolo 175, comma 5, del nuovo codice prevede, infatti, che *l'ente concedente, sentito l'operatore economico, nomini altresì un responsabile unico del progetto di partenariato tra soggetti dotati di idonee competenze tecniche. Il responsabile avrà il compito di coordinare e controllare, sia sotto il profilo tecnico, sia sotto il profilo contabile, l'esecuzione del contratto, verificando costantemente il rispetto dei livelli di qualità e quantità delle prestazioni.*

Secondo la relazione al Codice *la disposizione si giustifica per la necessità di avere un controllo specifico quali-quantitativo, su ogni singola fase di esecuzione del contratto di partenariato pubblico-privato, da parte di un soggetto terzo e dotato di idonee competenze tecniche con la finalità di assicurare un intervento tempestivo, eliminando subito le eventuali inefficienze riscontrate nell'esecuzione del contratto di partenariato pubblico-privato.*

Senza la pretesa di poter, oggi ed in questa sede, esaurire tutti i temi che le riferite modifiche pongono e porranno, per quanto infine attiene agli ulteriori contenuti dell'allegato I.2, che come detto completa la disciplina del nuovo codice in

Il RUP può far parte delle Commissioni giudicatrici ed anche presiederle



L'allegato I.2 ha natura transitoria in quanto destinato ad essere presto sostituito da un apposito DPR



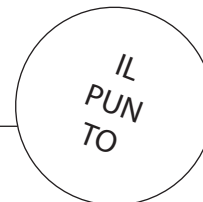
tema di RUP, va evidenziato come detto allegato sia formulato sulla falsariga della Linea Guida n.3, di cui riproduce comunque solo in parte le relative previsioni.

Trattasi, peraltro, di un allegato caratterizzato da funzione ponte di natura transitoria, aspetto che vale solo per alcuni dei 35 allegati al Codice. In questo caso, infatti, i relativi contenuti sono destinati ad essere presto aggiornati attraverso l'adozione di un apposito DPR.

In tal senso prevede il comma 5 dell'articolo 15 a tenore del quale, *in sede di prima applicazione del codice, l'allegato I.2 è abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al codice.*

Soccorso istruttorio e soccorso procedimentale

di Riccardo Gai



1. Il soccorso istruttorio nelle gare d'appalto

Il soccorso istruttorio riveste una notevole importanza nell'ambito delle gare d'appalto, poiché consente ai concorrenti di rimediare a eventuali omissioni, incompletezze e/o irregolarità di informazioni e documenti utili ai fini della partecipazione alla gara mediante l'integrazione o la regolarizzazione di documenti già presentati ma affetti da irregolarità o errori materiali.

La *ratio* dell'istituto è evidentemente quella di limitare le ipotesi di esclusione degli operatori economici dalle procedure di gara ai soli casi di carenze gravi e sostanziali dei requisiti di partecipazione alla gara, in ossequio al principio di massima partecipazione.

Nella prassi esperienziale e giurisprudenziale è possibile distinguere due tipologie di soccorso istruttorio: il soccorso istruttorio "ordinario" e il soccorso istruttorio procedimentale.

Già il "vecchio" codice dei contratti, d.lgs. 163/2006,

all'art. 38 comma 2 bis, come novellato dal d.l. n. 90/2014, prevedeva il soccorso istruttorio ordinario, attraverso il quale, nell'ipotesi di mancanza, incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive attestanti i requisiti di partecipazione alla gara, si dava l'opportunità al concorrente di integrare dette dichiarazioni entro un termine fissato dalla stazione appaltante, obbligandolo al contempo al pagamento di una 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.

Nel caso in cui il concorrente non avesse provveduto ad integrare le dichiarazioni entro il termine assegnato, veniva escluso dalla gara e non era soggetto al pagamento della sanzione pecuniaria.

La finalità di tale soccorso istruttorio - di carattere integrativo - nel previgente sistema era evidentemente quella di superare le carenze documentali in merito alle dichiarazioni sostitutive prodotte per ogni ipotesi di mancanza o di irregolarità

Nell'attuale disciplina del Codice degli appalti, il soccorso istruttorio (integrativo) risponde all'esigenza di assicurare la più ampia partecipazione alle gare, evitando che il numero dei concorrenti ammessi venga ridotto, con correlata lesione della concorrenza, per carenze meramente formali della documentazione presentata, ovviamente nel rispetto del principio di par condicio tra i concorrenti.



delle dichiarazioni sostitutive, anche di carattere essenziale.

Attraverso tale istituto, quindi, tutte le irregolarità o carenze dichiarative potevano essere regolarizzate tramite il pagamento di una sanzione pecuniaria, al fine di valorizzare e garantire il principio di massima partecipazione alla gare d'appalto.

L'attuale Codice degli appalti reca la disciplina del soccorso istruttorio all'art. 83 comma 9 del d.lgs. 50/2016, secondo il quale possono essere sanate le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda di partecipazione. In particolare, detto soccorso istruttorio può essere attivato in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85. Devono tuttavia considerarsi non sanabile, a norma del medesimo articolo, le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa.

Inoltre, la richiamata disposizione esclude espressamente la possibilità di ricorrere al soccorso istruttorio per irregolarità afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica.

Anche nell'attuale disciplina, pertanto, il soccorso istruttorio (integrativo) risponde all'esigenza di assicurare la più ampia partecipazione alle gare, evitando che il numero dei concorrenti ammessi venga ridotto, con correlata lesione della concorrenza, per carenze meramente formali della documentazione presentata, ovviamente nel rispetto del principio di par condicio tra i concorrenti.

2. Il soccorso istruttorio procedimentale

Il soccorso istruttorio procedimentale ha matrice giurisprudenziale, e trova il suo fondamento normativo nell'art. 6, comma 1, della L. 241/1990, secondo il quale il RUP accerta d'ufficio i fatti, disponendo il compimento degli atti necessari, e adotta ogni misura per l'adeguato e sollecito svolgimento dell'istruttoria. In particolare, può chiedere il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erranee o incomplete e può esperire accertamenti tecnici ed ispezioni ed ordinare esibizioni documentali.

Ciò che va debitamente sottolineato, però, è che il soccorso istruttorio procedimentale non è istituito atto a consentire di integrare o di regolarizzare l'offerta carente o manchevole, ma, esclusivamente, di specificare il contenuto dell'offerta alla luce del chiarimento richiesto dalla stazione appaltante.

Mentre, quindi, il soccorso istruttorio previsto dal Codice dei contratti non può essere utilizzato per sopperire a carenze dell'offerta, al fine di preservare il principio di parità tra i concorrenti, il soccorso procedimentale può riguardare anche l'offerta che tuttavia non può essere integrata ma solo "specificata", restando nei limiti della formulazione originaria dell'offerta medesima (tecnica e/o economica).

La giurisprudenza si è tal senso espressa, affermando che si può ricorrere al soccorso istruttorio procedimentale in caso di dubbi riguardanti "gli elementi essenziali dell'offerta tecnica ed economica", chiedendo chiarimenti al concorrente, fermo il divieto di integrazione dell'offerta. Si

Secondo quanto previsto dall'art. 83, comma 9 del D. Lgs. 50/2016, è precluso alla stazione appaltante e, per essa, alla commissione incaricata della valutazione delle offerte, di sollecitare chiarimenti, precisazioni, integrazioni in ordine ad incerte od ambigue formulazioni della proposta negoziale, in quanto si risolverebbero in forme anomale di dialogo idonee ad alterare il canone di rigorosa parità di condizione fra i concorrenti; tuttavia, secondo quanto previsto dall'art. 6 della L. 241/90, non è vietata la possibilità di sollecitare, con l'ovvio limite che si tratti di meri "chiarimenti" e/o "illustrazioni", sui tratti dell'offerta tecnica o economica, tutte le volte in cui sia ritenuto opportuno e necessario, specie nel caso di offerte connotate di particolare complessità.



tratta, in particolare, di quei chiarimenti ammessi in quanto 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 a esiti certi circa la portata dell'impegno negoziale con esse assunte (Cds, V, 27 aprile 2015, n. 2082; 22 ottobre 2014, n. 5196; 27 marzo 2013, n. 1487). La richiesta volta ad ottenere delucidazioni sulla mera interpretazione dell'offerta tecnica non implica che i chiarimenti resi costituiscano una modifica dell'offerta tecnica presentata in gara, sempre che non apportino correzioni ma siano limitati a specificare la portata di elementi già contenuti nella stessa offerta (Cds, V, 27/01/2020, n.680).

Peraltro, già il Consiglio di Stato, nei pareri relativi allo schema del Codice degli appalti pubblici di cui al d.lgs. 50/2016 e del "correttivo" di cui al d.lgs. n. 56/2017, resi dalla Commissione speciale n. 855 del 21 marzo 2016 e n. 782 del 22 marzo 2017, aveva sottolineato, in relazione all'art. 83, l'opportunità di conservare un *'soccorso procedimentale'*, nettamente distinto dal *'soccorso istruttorio'*, in virtù del quale le stazioni appaltanti in sede di gara possono richiedere, in caso di dubbi riguardanti "gli elementi essenziali dell'offerta tecnica ed economica", chiarimenti al concorrente, fermo il divieto di integrazione dell'offerta medesima.

Come detto, infatti, secondo quanto previsto dall'art. 83, comma 9 del D. Lgs. 50/2016, è precluso alla stazione appaltante e, per essa, alla commissione incaricata della valutazione delle offerte, di sollecitare chiarimenti, precisazioni, integrazioni in ordine ad incerte od ambigue formulazioni della proposta negoziale, in quanto si risolverebbero in forme anomale di dialogo idonee ad alterare il canone di rigorosa parità di condizione fra i concorrenti, tuttavia, secondo quanto previsto dall'art. 6 della L. 241/90, non è vietata la possibilità di sollecitare, con l'ovvio limite che si tratti di meri "chiarimenti" e/o "illustrazioni", sui tratti dell'offerta tecnica o economica, tutte le volte in cui sia ritenuto opportuno e necessario, specie nel caso di offerte connotate di particolare complessità.

Sul punto, la giurisprudenza ha ancor più recentemente ribadito che nella logica di una efficiente e non disparitaria cooperazione tra

operatori economici e stazione appaltante, non è preclusa l'attività di soccorso "procedimentale" avente ad oggetto l'offerta, attività diversa, come tale, dal soccorso istruttorio "integrativo", che ai sensi dell'art. 83, comma 9 D. Lgs. n. 50/2016, non potrebbe riguardare l'offerta, non solo sotto il profilo economico, ma anche sotto quello tecnico (Cds, V, n. 7353 del 22 agosto 2022).

Per quanto sopra, l'orientamento giurisprudenziale maggioritario è unanime nel ritenere l'istituto del soccorso istruttorio strumento fondamentale nell'ambito della procedure finalizzate alla aggiudicazione degli appalti pubblici, sotto la duplice veste "integrativo" e "procedimentale", in quanto volto a garantire la massima partecipazione alle gare d'appalto, nel rispetto dei principi di parità di trattamento e trasparenza nonché di buon andamento ed economicità dell'azione amministrativa, unitamente ai principi a cui devono informarsi i concorrenti ovvero leale cooperazione, correttezza e buona fede.

3. La giurisprudenza più recente

Una recentissima pronuncia del Consiglio di Stato (Cds, V, n. 290 del 9 gennaio 2023) ha sapientemente raccolto e compendiato tutti i principi sopra enunciati in tema di soccorso istruttorio (integrativo e procedimentale), sostanzialmente confermando gli orientamenti prevalenti.

In particolare, si è affermato che la carenza dell'offerta economica e tecnica non può essere in alcun modo sanata attraverso il soccorso istruttorio, possibilità che in ordine a eventuali profili di carenza e inintelligibilità dell'offerta tecnica ed economica è strettamente presidiata e limitata dall'art. 83 comma 9 del d.lgs. n. 50 del 2016, a tenore del quale il soccorso istruttorio è consentito per porre rimedio alle carenze e irregolarità delle dichiarazioni e dei documenti dei concorrenti *"... con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica ..."*, posto che il rimedio ha come finalità quella di consentire l'integrazione della documentazione già prodotta in gara, ma ritenuta dalla stazione appaltante incompleta o irregolare sotto un profilo formale, e non anche di consentire all'offerente di formare atti in data successiva a quella di scadenza del termine di presentazione delle offerte, e che esclude il soccorso istruttorio volto a sanare

carenze strutturali dell'offerta tecnica, giacché esse riflettono una carenza essenziale dell'offerta, tale da determinarne incertezza assoluta o indeterminazione del suo contenuto e, come tali, non sono suscettibili né di soccorso istruttorio ai sensi dell'art. 83, comma 9 del d.lgs. n. 50 del 2016 né di un intervento suppletivo del giudice.

Infatti, il soccorso istruttorio ha la finalità di consentire l'integrazione della documentazione già prodotta in gara ma ritenuta dalla stazione appaltante incompleta o irregolare sotto un profilo formale, e non anche di consentire all'offerente di formare atti in data successiva a quella di scadenza del termine di presentazione delle offerte in violazione dei principi di immodificabilità e segretezza dell'offerta, di imparzialità e di par condicio delle imprese concorrenti. Per l'effetto, vanno ritenute ammissibili solo quelle integrazioni documentali che non riguardino elementi essenziali dell'offerta.

Sussiste tuttavia, come visto, la possibilità che la stazione appaltante corregga gli errori materiali inficianti l'offerta, a condizione che l'effettiva volontà negoziale dell'impresa partecipante alla gara sia individuabile in modo certo nell'offerta presentata, senza margini di opacità o ambiguità, così che si possa giungere a esiti univoci circa la portata dell'impegno ivi assunto. Tale rimedio – diverso dal "soccorso istruttorio" disciplinato dal Codice dei contratti - che non potrebbe riguardare né il profilo economico né quello tecnico dell'offerta, consiste appunto nella possibilità di richiedere al concorrente di fornire chiarimenti volti a consentire l'interpretazione della sua offerta e a ricercare l'effettiva volontà dell'offerente, superando le eventuali ambiguità dell'offerta, ciò fermo il divieto di integrazione dell'offerta, senza attingere a fonti di conoscenza estranee alla stessa e a condizione di giungere a esiti certi circa la portata dell'impegno negoziale con essa assunta

Detta interpretazione relativa all'ammissibilità del soccorso procedimentale, volto a ricercare alla luce dei chiarimenti richiesti, la volontà negoziale dalla stessa offerta e non *ab externo* o tramite la produzione di nuovi documenti, si pone del resto in linea con quanto previsto dalla Corte di Giustizia UE che, in tema di soccorso istruttorio in caso di carenze dell'offerta tecnica, ha ritenuto (nella sentenza della Sez. VIII, 10 maggio 2017, nella causa C-131/16 Archus) che

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.

L'esperibilità del soccorso procedimentale, nei termini ammessi dalla giurisprudenza, deve pertanto ritenersi consentita, al di là di quanto previsto nella *lex specialis* di gara, in via di eterointegrazione della stessa, in presenza di un errore manifesto, laddove comunque l'effettiva volontà del partecipante sia desumibile da altri elementi dell'offerta tecnica, consentendosi in tale modo di coniugare il principio della massima partecipazione con il principio della *par condicio* che risulterebbe altrimenti vulnerato ove si consentisse al concorrente di integrare *ex post* un'offerta carente dei requisiti prescritti dalla *lex specialis* di gara, sia ove detti requisiti siano richiesti ai fini della stessa ammissibilità dell'offerta – dovendo l'offerta carente in tal caso essere esclusa – sia ove siano richiesti ai fini dell'attribuzione di un punteggio premiale, non potendosi al riguardo attribuire il correlativo punteggio.

4. Le prospettive del "nuovo" Codice degli appalti

Abbiamo visto che, come spesso accade nella materia degli appalti pubblici, la giurisprudenza recita un ruolo fondamentale nell'interpretazione delle norme o, addirittura, nell'integrare le norme stesse attraverso la creazione di nuovi istituti, quale appunto il soccorso istruttorio procedimentale nell'ambito delle gare pubbliche.

Il soccorso istruttorio rappresenta, infatti, un momento fondamentale ed imprescindibile del rapporto tra privato e pubblica amministrazione, e, come detto, ancor prima di rivestire un ruolo centrale nelle pubbliche gare di appalto, è un istituto generale del procedimento amministrativo. Tale istituto consente di soddisfare l'esigenza, ormai unanimemente riconosciuta, di consentire la massima partecipazione alla gara, orientando l'azione amministrativa sulla corretta verifica dei requisiti di partecipazione e della capacità tecnica ed economica, privilegiando un approccio

sostanzialistico rispetto a quello formale.

E' interessante, a tal proposito, scorgere nella "bozza" del nuovo Codice degli appalti, che è tuttora in fase di esame e revisione, la nuova disciplina del soccorso istruttorio, prevista all'art. 101, rubricato giustappunto "soccorso istruttorio", che sostanzialmente raccoglie e codifica buona parte, se non tutti, i principi di matrice giurisprudenziale sopra enunciati.

Ciò che immediatamente salta agli occhi è che, a differenza del codice attuale, il nuovo codice dedica al soccorso istruttorio un articolo ad hoc, mentre l'attuale disciplina è contenuta soltanto in un comma (co. 9, art. 83) nell'ambito di un articolo che tratta specificamente dei criteri di selezione. Da elemento "accessorio", pertanto, è evidente come nell'intento del legislatore il nuovo soccorso sarà destinato a recitare un ruolo centrale nelle procedure di affidamento.

Anche perché il nuovo codice, oltre a riportare e specificare la disciplina del soccorso istruttorio "classico", vale a dire integrativo, finalmente codifica, anche nella materia degli appalti, il soccorso istruttorio procedimentale.

In particolare, per quanto concerne il soccorso istruttorio "integrativo", il nuovo Codice prevedrebbe quanto segue:

<<1. Salvo che al momento della scadenza del termine per la presentazione dell'offerta il documento sia presente nel fascicolo virtuale dell'operatore economico, la stazione appaltante assegna un termine non inferiore a cinque giorni e non superiore a 10 giorni per:

a) integrare di ogni elemento mancante la documentazione trasmessa alla stazione appaltante nel termine per la presentazione delle offerte con la domanda di partecipazione alla procedura di gara o con il documento di gara unico europeo, con esclusione della documentazione che compone l'offerta tecnica e l'offerta economica; la mancata presentazione della garanzia provvisoria, del contratto di avvalimento e dell'impegno a conferire mandato collettivo speciale in caso di raggruppamenti di concorrenti non ancora costituiti è sanabile mediante documenti aventi data certa anteriore al termine fissato per la presentazione delle offerte;

b) sanare ogni omissione, inesattezza o irregolarità della domanda di partecipazione, del

documento di gara unico europeo e di ogni altro documento richiesto dalla stazione appaltante per la partecipazione alla procedura di gara, con esclusione della documentazione che compone l'offerta tecnica e l'offerta economica. Non sono sanabili le omissioni, inesattezze e irregolarità che rendono assolutamente incerta l'identità del concorrente.

2. L'operatore economico che non adempie alle richieste della stazione appaltante nel termine stabilito è escluso dalla procedura di gara>>.

Come si vede, anche il nuovo codice non consente il ricorso al soccorso istruttorio integrativo per sanare difetti dell'offerta tecnica ed economica, con ciò ricalcando l'attuale disciplina.

Ma, ed è questa la grande novità, codifica espressamente anche il soccorso istruttorio procedimentale, prevedendo espressamente che:

<<3. La stazione appaltante può sempre richiedere chiarimenti sui contenuti dell'offerta tecnica e dell'offerta economica e su ogni loro allegato. L'operatore economico è tenuto a fornire risposta nel termine fissato dalla stazione appaltante, che non può essere inferiore a cinque giorni e superiore a 10 giorni. I chiarimenti resi dall'operatore economico non possono modificare il contenuto dell'offerta tecnica e dell'offerta economica.

4. Fino al giorno fissato per la loro apertura, l'operatore economico, con le stesse modalità di presentazione della domanda di partecipazione, può richiedere la rettifica di un errore materiale contenuto nell'offerta tecnica o nell'offerta economica di cui si sia avveduto dopo la scadenza del termine per la loro presentazione a condizione che la rettifica non comporti la presentazione di una nuova offerta, o comunque la sua modifica sostanziale, e che resti comunque assicurato l'anonimato>>.

E' interessante notare come la norma preveda due tipologie di soccorso istruttorio procedimentale. La prima, classica, e mutuata dall'art. 6 della legge 241/90, prevede che la stazione appaltante possa "sempre" richiedere chiarimenti ai concorrenti sull'offerta tecnica o economica, da rendere da parte dell'operatore economico entro un termine perentorio.

La seconda rappresenta, invece, una novità assoluta, dal momento che consente al concorrente

di ricorrere ad una sorta di *self cleaning* o di "auto-soccorso", potendo chiedere alla stazione appaltante, prima che le offerte stesse siano aperte, di poter rettificare un errore materiale contenuto nelle offerte medesime. L'ipotesi è circoscritta agli errori materiali, per cui sembrerebbe escluso che i concorrenti possano, di loro spontanea volontà, rendere chiarimenti "preventivi" in ordine al contenuto della loro offerta, che restano invece di esclusivo appannaggio della stazione appaltante.

Elemento comune delle due sotto-tipologie di soccorso procedimentale è comunque il fatto che tramite tale strumento di supporto ai concorrenti non possa tuttavia in alcun modo darsi luogo alla modifica sostanziale dell'offerta o alla sostituzione dell'offerta medesima, come è logico nel rispetto della *par condicio*. Ovviamente, non è difficile immaginare che anche su tali nuove norme vi saranno numerosi interventi interpretativi della giurisprudenza, non potendosi escludere la possibilità di interpretazione analogiche o additive delle stesse.

Ad ogni modo, la nuova norma sul soccorso istruttorio pare senz'altro fare un passo avanti rispetto all'attuale disciplina, andando a codificare tutti quegli interventi giurisprudenziali che nella vigenza dell'attuale codice si sono resi necessari proprio in ragione della scarsa codificazione della materia, la quale ha dato luogo spesso interpretazioni ondivaghe, talvolta dirette a privilegiare il principio di massima partecipazione, estendendo l'applicazione del soccorso istruttorio alla sua massima latitudine, altre volte a prediligere una visione sì sostanziale ma pienamente rispettosa del rigore formale della *lex specialis*, tutelando maggiormente il principio di *par condicio*.

In definitiva, la *ratio* della apertura alla rettifica del contenuto tecnico od economico dell'offerta dev'essere ricondotta al *favor* che l'ordinamento riserva alla sostanza sulla forma, al fine di garantire la massima partecipazione alla gara.

La rettifica dell'offerta, sia a seguito dei chiarimenti forniti dal concorrente, sia d'ufficio da parte del RUP consente infatti:

(i) di limitare l'esclusione dell'operatore economico ai casi in cui il contenuto tecnico od economico dell'offerta sia sostanzialmente errato o talmente ambiguo da non

poterne decifrare il corretto contenuto;

(ii) di mantenere in gara l'operatore economico che per una mera svista ha per esempio inserito il dato numerico sbagliato, o lo ha trascritto male;

(iii) di valutare anche quell'offerta che risulti solo apparentemente incompleta, ma che invece rechi tutti dati necessari a conoscerne il contenuto, anche con riferimento a documenti non allegati in gara, ma comunque facilmente reperibili autonomamente dall'amministrazione o a seguito di chiarimenti del concorrente.

Il tutto, nel pieno rispetto del principio di immodificabilità dell'offerta, e in attuazione del principio di massima partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica, nell'ottica di garantire alla collettività che l'appalto sia eseguito dal concorrente risultato tecnicamente il migliore, a prescindere da eventuali inesattezze dell'offerta meramente formali.

PROGRAMMAZIONE 2023

IN FASE DI AGGIORNAMENTO

LE NOSTRE AREE

Percorsi di Alta Formazione

Appalti Pubblici - Il Nuovo Codice

Appalti Pubblici

Contabilità

Innovazione e dematerializzazione

Organizzazione e Personale

Anticorruzione

Project Management

Società partecipate

Corsi registrati

Pillole di Formazione Gratuite

Ci sono argomenti che vorresti approfondire? Segnalaceli!

**COMPILA IL
FORM**

CONTATTACI:

SERVIZIO CLIENTI 0883.310504
info@mediaconsult.it



LE NOSTRE CERTIFICAZIONI
ISO 9001:2015 E ISO/IEC
27001:2013

E' illegittima l'assegnazione dello stesso punteggio da parte di tutti i commissari se il criterio di assegnazione è quello del c.d. "confronto a coppie"? La parola all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

di Ilenia Paziani

IL
PUN
TO

Introduzione

L'assegnazione dei punteggi tecnici costituisce il classico esempio di esercizio della discrezionalità tecnica da parte della pubblica amministrazione. Ed infatti tale attività è demandata a specifiche figure (i commissari) con competenze tecniche nella materia oggetto della gara.

L'attività valutativa dei commissari, e della commissione, non è disciplinata in maniera dettagliata e non è soggetta a vincoli stringenti, proprio in quanto si tratta di attività prettamente discrezionale. Nel quadro legislativo attualmente vigente, possiamo tuttavia individuare dei principi cardine che devono guidare tale attività.

Ci si riferisce ovviamente ai principi di trasparenza e proporzionalità, non discriminazione e parità di

trattamento, in base ai quali la valutazione tecnica espressa su una specifica offerta deve essere ragionevole. L'attuazione di tali principi avviene certamente tramite l'individuazione nella *lex specialis* di criteri di aggiudicazione proporzionati all'oggetto dell'appalto, nel senso che devono essere connessi allo stesso e il punteggio attribuito a ciascuno di essi non deve essere tale da alterare l'oggetto dell'affidamento. Sono considerati connessi all'oggetto dell'appalto, ai sensi del comma 11 dell'articolo 95 del d.lgs. n. 50/2016, i criteri di aggiudicazione relativi a lavori, servizi e forniture sotto qualsiasi aspetto e in qualsiasi fase del loro ciclo di vita¹ (cfr. Linee guida ANAC n.2).

L'attuazione dei principi sopra menzionati è poi assicurata mediante la modalità di assegnazione dei punteggi che viene scelta dalla stazione appaltante.

1. Ai sensi del Considerando 96 della Direttiva 2014/24/UE "il concetto abbraccia i costi interni, come le ricerche da realizzare, lo sviluppo, la produzione, il trasporto, l'uso e la manutenzione e i costi di smaltimento finale ma può anche abbracciare costi imputabili a esternalità ambientali quali l'inquinamento causato dall'estrazione delle materie prime utilizzate nel prodotto ovvero causato dal prodotto stesso o dalla sua fabbricazione, a condizione che possano essere monetizzati e controllati". Tra i costi che sarebbe utile considerare vengono indicati, senza ulteriori specificazioni, i costi sociali del ciclo di vita.

Le sopra richiamate linee guida, che costituiscono attuazione dell'articolo 95 del Codice, come si vedrà meglio di seguito, prevedono due metodi: l'attribuzione discrezionale di un punteggio, variabile tra zero e uno, da parte di ciascun commissario di gara; e il metodo del "confronto a coppie", in base al quale ciascun commissario assegna un punteggio a ciascun progetto in confronto con tutti gli altri, secondo i parametri contenuti nei documenti di gara.

Ma qualora tutti i commissari, mediante il confronto a coppie, assegnino tutti il medesimo punteggio per ogni singolo confronto, ci si trova di fronte ad una assegnazione dei punteggi non trasparente e quindi illegittima? Se ogni commissario avesse valutato personalmente il singolo confronto il risultato sarebbe stato diverso?

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza del 14 dicembre 2022 n. 16 si è trovata a dover sciogliere questo nodo ed in particolare a chiarire se l'assegnazione di identici punteggi, in caso di scelta del metodo del confronto a coppie, dia luogo ad una surrettizia introduzione del principio di collegialità a scapito della individualità della valutazione.

**Secondo il TAR
l'assegnazione dei
medesimi punteggi da
parte dei commissari
non costituisce
sicuro sintomo di
condizionamento**

1. Il giudizio di primo grado: la posizione del TAR

La vicenda trae origine da un ricorso presentato avverso l'aggiudicazione di una gara a procedura aperta, bandita da una ASL, per l'affidamento, tramite accordo quadro, del servizio di ventiloterapia meccanica domiciliare, con riferimento a tre lotti.

In particolare, è stata contestata l'illegittimità delle operazioni di valutazione svolte dalla commissione di gara, in quanto i commissari, che erano tenuti ad assegnare i punteggi tramite il metodo del "confronto a coppie", hanno assegnato tutti i medesimi punteggi, di conseguenza la valutazione sarebbe stata collegiale, anziché individuale dei singoli commissari.

Il TAR ha rigettato il ricorso, aderendo all'orientamento giurisprudenziale secondo cui

in assenza di un espresso obbligo di specifica verbalizzazione imposto dal disciplinare di gara, gli apprezzamenti dei commissari, anche quando venga adottato il metodo del "confronto a coppie" sono assorbiti nella decisione collegiale finale, costituente momento di sintesi della comparazione e della composizione dei giudizi individuali, mentre la separata enunciazione dei punteggi attribuiti dai singoli commissari assume valore di formalità interna relativa ai lavori della commissione esaminatrice, le cui valutazioni, ai fini della verbalizzazione e della pubblicità esterna, sono sufficientemente documentate con la sola attribuzione del voto complessivo finale.

Sull'identità dei punteggi assegnati dai commissari, il TAR ha evidenziato che sarebbe illogico sostenere che solo una valutazione differenziata si sarebbe potuta considerare "normale", in quanto ciò significherebbe limitare la discrezionalità dei singoli commissari.

Ed infatti, nel respingere il primo motivo, il TAR ha condiviso l'orientamento della giurisprudenziale secondo cui ***l'insussistenza di differenziazioni tra i punteggi attribuito dai vari commissari non costituisce "sicuro sintomo di condizionamento, potendo anche astrattamente essere giustificata con concordanza di valutazioni effettuate nell'ambito di un collegio perfetto, non essendo oltretutto prevista la segretezza delle valutazioni espresse dai singoli commissari nell'ambito di detto collegio"***.

2. L'appello in Consiglio di Stato e i presupposti della remissione all'Adunanza Plenaria

In tale contesto, è stato dunque proposto appello innanzi al Consiglio di Stato, sul presupposto che invece l'identità delle valutazioni dei commissari sarebbe indice di sviamento di potere, in quanto il metodo del confronto a coppie presuppone un doppio livello di giudizio, al fine di assicurare la necessaria autonomia delle valutazioni espresse dai singoli commissari con lo scopo di assicurare una maggior trasparenza e ponderatezza dell'iter

valutativo della commissione di gara, obiettivo potenzialmente inciso dalla scelta di concordare da subito un solo giudizio unitario, senza alcuna possibilità di evincere il contenuto del preventivo giudizio del singolo commissario.

Tuttavia, a fronte di un quadro giurisprudenziale non univoco, la III sezione del Consiglio di Stato ha rimesso la questione all'Adunanza Plenaria.

Prima di evidenziare nel dettaglio i quesiti posti all'adunanza plenaria, si rilevano di seguito i presupposti in fatto e in diritto della fattispecie.

Innanzitutto, come anticipato, la gara in oggetto prevedeva un metodo di assegnazione dei punteggi tramite il "confronto a coppie".

Il "confronto a coppie" consiste nella valutazione comparativa tra due candidati per volta con attribuzione ad ognuno di essi di un punteggio relativo e non assoluto. Tale metodologia non permette di individuare la migliore offerta in assoluto ma soltanto quella che in confronto con le altre si rileva essere la migliore.

In particolare, l'ordinanza di rimessione ha rilevato che la questione centrale della controversia concerne l'attribuzione del punteggio all'offerta tecnica e le modalità con le quali i commissari esprimono le proprie valutazioni, quando il metodo prescelto dalla stazione appaltante sia quello del "confronto a coppie".

Nel caso di specie, l'appellante sostiene che l'espressione delle preferenze da parte dei commissari di gara sarebbe avvenuta in modo collegiale e non individuale, in violazione della *lex specialis*.

La legge di gara stabiliva infatti che "a ciascuno degli elementi qualitativi cui è assegnato un

Il "confronto a coppie" consiste nella valutazione comparativa tra due candidati per volta con attribuzione ad ognuno di essi di un punteggio relativo e non assoluto.



'confronto a coppie', seguendo il criterio fondato sul calcolo dell'autovettore principale della matrice completa dei confronti a coppie, sulla base dei seguenti criteri di preferenza: Preferenza massima 6; Preferenza grande 5; Preferenza media 4; Preferenza piccola 3; Preferenza minima 2; Parità 1".

Mentre invece la commissione avrebbe violato tale prescrizione, e tale violazione sarebbe confermata dai seguenti "indizi":

- a) i verbali delle operazioni di gara darebbero atto che i lavori della commissione si sono svolti integralmente in modo collegiale, non essendovi stato alcun riferimento alle valutazioni che i commissari erano chiamati a svolgere singolarmente ed autonomamente;
- b) dalle schede allegate ai verbali si evincerebbe che tutti e tre i commissari hanno espresso le valutazioni di cui al "confronto a coppie" all'interno della stessa unica scheda (contenente nel medesimo foglio, una accanto all'altra, le tre tabelle con le preferenze dei commissari);
- c) la stazione appaltante non avrebbe mai fornito alcuna prova documentale contraria, non essendovi alcuna allegazione – né agli atti di gara né a quelli del processo – delle tre tabelle in fogli distinti e separati;
- d) tutte le 2688 preferenze espresse dai commissari, in cui si è espletato il "confronto a coppie", sarebbero risultate esattamente identiche.

Secondo l'orientamento giurisprudenziale maggioritario il solo fatto che i punteggi espressi dai singoli commissari coincidano non costituisce di per sé una causa d'illegittimità. È invece minoritario l'orientamento che esclude che l'assegnazione di un punteggio identico da parte di tutti i commissari sia il mero frutto di una discussione collegiale, ma che sia sintomo di uno sviamento di potere.



Sul punto, la giurisprudenza maggioritaria sostiene che, nell'assegnazione del punteggio tecnico, la volontà collegiale deve basarsi sulle **valutazioni uti singuli dei commissari**, ed in particolare è stato riconosciuto che:

"a) ben possa esserci un confronto dialettico fra i singoli commissari, in assenza di disposizioni che prevedano la riservatezza o la segretezza del giudizio individuale;

b) il solo fatto che i punteggi espressi dai singoli commissari

coincidano non costituisce di per sé una causa d'illegittimità, potendo essersi ben verificata una convergenza nelle valutazioni – anche a seguito di un confronto dialettico – inidonea di per sé sola a obliterare il carattere individuale della valutazione;
c) gli apprezzamenti dei commissari sono sempre destinati ad essere assorbiti nella decisione collegiale finale, la quale rappresenta il momento di sintesi della comparazione e composizione dei giudizi individuali".

Da ciò discende che, in assenza di uno specifico obbligo imposto dalla disciplina di gara, neppure occorre verbalizzare i singoli giudizi individuali, la cui separata enunciazione ha il valore di mera formalità interna ai lavori della commissione (in tal senso v., inter multas, Cons. St., sez. V, 15 settembre 2021, n. 6296; Cons. St., sez. III, 29 maggio 2020, n. 3401; Cons. St., sez. III, 11 agosto 2017, n. 3994; Cons. St., sez. V, 17 dicembre 2015, n. 5717; Cons. St., sez. V, 24 marzo 2014, n. 1428)."

Risulta invece minoritario l'orientamento che esclude che il momento dialettico della collegialità possa giungere sino a portare all'accordo, pur non formalizzato, fra i commissari sul punteggio da attribuire agli aspetti qualitativi dell'offerta. In altri termini: esclude che l'assegnazione di un punteggio identico da parte di tutti i commissari sia il mero frutto di una discussione collegiale, ma lo ritiene sintomo di uno sviamento di potere.

Ciò premesso, la sezione rimettente ha individuato la questione da risolvere nelle questioni inerenti al procedimento da seguire per la formazione

**I quesiti posti
all'Adunanza Plenaria:
1) i commissari
possono confrontarsi
liberamente tra loro sul
punteggio da attribuire
(pur indicandolo
individualmente)?
2) le valutazioni dei
singoli commissari
devono essere
oggetto di specifica
verbalizzazione?**



e l'espressione del giudizio individuale, ed in particolare se in presenza di disposizioni della *lex specialis* che richiedono la previa valutazione dei commissari *uti singuli*, siano ammessi la discussione e il confronto tra commissari, con specifico riferimento al metodo del "confronto a coppie".

L'ordinanza di rimessione ritiene che possa condividersi la giurisprudenza maggioritaria, per la quale non si può escludere che il preventivo confronto dialettico fra i commissari

produca sintonia valutativa e sortisca un 'effetto livellante' nel procedimento di formazione della volontà dei singoli commissari.

In conclusione, la Sezione III del Consiglio di Stato ha rimesso all'Adunanza Plenaria i seguenti quesiti:

*"a) se, nell'ambito della valutazione degli elementi qualitativi dell'offerta tecnica, i commissari, cui è demandato il compito di esprimere una preferenza o un coefficiente numerico, **possano confrontarsi tra loro e concordare liberamente il punteggio da attribuire, salvo declinarlo poi individualmente**, ovvero se ciò costituisca una surrettizia introduzione del principio di collegialità in valutazioni che devono essere, alla luce del vigente quadro regolatorio, di natura esclusivamente individuale;*

*b) **se le valutazioni espresse dai singoli commissari**, nella forma della preferenza o del coefficiente numerico non comparativo, **debbono essere oggetto di specifica verbalizzazione**, o se le stesse possano ritenersi assorbite nella decisione collegiale finale in assenza di una disposizione che ne imponga l'autonoma verbalizzazione".*

3. Il ragionamento dell'Adunanza Plenaria e i principi di diritto espressi.

L'Adunanza Plenaria ha innanzitutto rilevato le peculiarità del metodo del "confronto a coppie", il quale si esplica in due distinte fasi:

- una prima fase in cui ciascun singolo commissario procede alla valutazione dei

concorrenti confrontandoli a due a due;

- una seconda fase, in cui la commissione assegna il "coefficiente preliminare $C(a)_{pi}$ " al fine di determinare il punteggio da attribuire agli operatori in modo proporzionale secondo i punti previsti da ciascun criterio.

Ebbene, nel caso di specie i commissari (ognuno con diversa e specifica formazione professionale) hanno assegnato sempre le stesse preferenze, per ogni differente criterio e per tutti i lotti.

A fronte di tale situazione, proprio in ragione della tipologia del metodo previsto dalla legge di gara che prevede l'espressione di molti giudizi (uno per ogni operatore, in raffronto ad ogni altro operatore partecipante; basti pensare che nel caso di specie sono state espresse oltre 2000 preferenze), il Collegio ha dubitato della individualità e genuinità del singolo giudizio.

Tuttavia, nonostante tale dubbio derivante dalla specifica situazione di fatto, il Collegio ha rilevato che il procedimento valutativo delle commissioni giudicatrici non è disciplinato compiutamente dall'attuale codice dei contratti pubblici, a differenza della disciplina previgente (ci si riferisce in particolare all'abrogato d.P.R. n. 207 del 2010, il cui All. G. prevedeva che "ogni commissario valuta quale dei due elementi che formano ciascuna coppia sia da preferire").

Ed infatti, l'art. 95 del d.lgs. n. 50 del 2016, rubricato "criteri di aggiudicazione dell'appalto", al comma 8, stabilisce che "i documenti di gara ovvero, in caso di dialogo competitivo, il bando o il documento descrittivo elencano i criteri di valutazione e la ponderazione relativa attribuita a ciascuno di essi, anche prevedendo una forcella in cui lo scarto tra il minimo e il massimo deve essere adeguato", precisando che "per ciascun criterio di valutazione prescelto possono essere previsti, ove

necessario, sub-criteri e sub-pesi o sub-punteggi". Al comma 9, si limita invece ad aggiungere che "le stazioni appaltanti, quando ritengono la ponderazione di cui al comma 8 non possibile per ragioni oggettive, indicano nel bando di gara e nel capitolato d'oneri o, in caso di dialogo competitivo, nel bando o nel documento descrittivo, l'ordine decrescente di importanza dei criteri" e che "per attuare la ponderazione o comunque attribuire il punteggio a ciascun elemento dell'offerta, le amministrazioni aggiudicatrici utilizzano metodologie tali da consentire di individuare con un unico parametro numerico finale l'offerta più vantaggiosa".

A seguito dell'abrogazione del DPR n. 207/2010, ANAC ha emanato le Linee Guida n. 2/2016, in attuazione dell'art. 95, comma 9, del d. lgs. n. 50 del 2016.

Le linee guida ANAC n. 2 stabiliscono due metodi di assegnazione dei punteggi: l'attribuzione discrezionale di un coefficiente e il metodo del confronto a coppie.

La decisione dell'Adunanza Plenaria si ancora allo specifico funzionamento del metodo del confronto a coppie il quale ha una struttura bifasica: nella prima fase, ciascun singolo commissario procede alla valutazione dei concorrenti confrontandoli a due a due; nella seconda fase, la commissione assegna il "coefficiente preliminare $C(a)_{pi}$ " al fine di determinare il punteggio da attribuire agli operatori in modo proporzionale secondo i punti previsti da ciascun criterio.

Nelle linee guida viene dato atto che la stazione appaltante può determinare, nel bando o nel capitolato, il criterio di attribuzione dei punteggi per i criteri di natura qualitativa (nel rispetto dei principi di proporzionalità, trasparenza e razionalità) e le modalità con cui assegnarli.

In particolare, sono previsti due metodi alternativi:

a) l'attribuzione discrezionale di un coefficiente (da moltiplicare poi per il punteggio massimo attribuibile in relazione al criterio), variabile tra zero e uno, da parte di ciascun commissario di gara. In altri termini, ogni commissario attribuisce un punteggio a ciascuna offerta e le ragioni di tale attribuzione devono essere adeguatamente motivate e la motivazione deve essere collegata ai criteri presenti nel bando.

In relazione a ciascun criterio o subcriterio di valutazione, la stazione appaltante deve indicare gli specifici profili oggetto di valutazione, in maniera analitica e concreta.

b) Il "confronto a coppie" tra le offerte presentate, da parte di ciascun commissario di gara; come anticipato, il confronto avviene sulla base delle preferenze accordate da ciascun commissario a ciascun progetto in confronto con tutti gli altri, secondo i parametri contenuti nei documenti di gara.

Nello specifico: ciascun commissario confronta l'offerta di ciascun concorrente, indicando quale offerta preferisce e il grado di preferenza, variabile tra 1 e 6 (1 - nessuna preferenza; 2 - preferenza minima; 3 - preferenza piccola; 4 - preferenza media; 5 - preferenza grande; 6 - preferenza massima), eventualmente utilizzando anche valori intermedi.

Viene quindi costruita una matrice con un numero di righe e un numero di colonne pari al numero dei concorrenti meno uno, nel quale le lettere individuano i singoli concorrenti; in ciascuna casella viene collocata la lettera corrispondente all'elemento che è stato preferito con il relativo grado di preferenza e, in caso di parità, vengono collocate nella casella le lettere dei due elementi in confronto, assegnando un punto ad entrambe.

Poi, al termine dei confronti, si attribuiscono i punteggi sulla base di uno dei due criteri (confronto classico -metodo AHP).

Il "confronto a coppie" per l'attribuzione del punteggio relativo agli elementi qualitativi è particolarmente adatto alle gare con la presenza di numerose offerte, in quanto, come rilevano le Linee guida, riduce la necessità di attribuire più punteggi discrezionali (e relative motivazioni), anche se il numero di confronti da effettuare cresce notevolmente all'aumentare del numero di offerte.

A fronte dello specifico funzionamento del meccanismo del "confronto a coppie", l'Adunanza Plenaria ha esaminato i quesiti posti dall'ordinanza di rimessione, verificando la correttezza dell'orientamento giurisprudenziale maggioritario applicata al "confronto a coppie".

Secondo il collegio, in generale, l'identità delle valutazioni non è, di per sé (e in difetto di altri concordanti indizi), un indice univocamente significativo del carattere collegiale dello scrutinio della qualità dell'offerta tecnica. Ed infatti, la circostanza che ciascun commissario assegni il medesimo coefficiente è irrilevante, avuto riguardo alla discrezionalità valutativa da riconoscersi a ciascuno dei commissari, in quanto nulla esclude che ciascun commissario, eseguito il proprio apprezzamento in ordine ai singoli aspetti tecnici esaminati, assegni valori conformi a quelli degli altri componenti della Commissione, convenendosi sull'attribuzione di un medesimo punteggio (cfr. Cons. St., sez. VI, 8 luglio 2015, n. 3399).

A parere della Plenaria, il solo fatto che i voti espressi coincidano per i diversi commissari non costituisce di per sé causa d'illegittimità, potendo essersi ben verificata una convergenza nelle valutazioni – anche a seguito di un confronto dialettico – inidonea di per sé sola a rendere irrilevanti i voti individuali dei singoli componenti della commissione.

Ed infatti, Linee guida ANAC n. 2/2016, nel prevedere testualmente che "ciascun commissario attribuisce un punteggio a ciascuna offerta", non escludono che il punteggio di "ciascun commissario" sia attribuito all'esito di un confronto collegiale con gli altri componenti dell'organo valutativo.

A fronte di tali osservazioni, l'Adunanza Plenaria ritiene di confermare l'orientamento maggioritario, qualora la legge di gara preveda il sistema di attribuzione discrezionale di un coefficiente (da moltiplicare poi per il punteggio massimo attribuibile

Le linee guida ANAC non escludono che ciascun commissario possa attribuire il medesimo punteggio ad esito di un confronto collegiale. È dunque legittima l'assegnazione dello stesso punteggio da parte di tutti i commissari, laddove il metodo di valutazione scelto sia quello dell'attribuzione discrezionale di un coefficiente.

in relazione al criterio), variabile tra zero e uno, da parte di ciascun commissario, giacché all'esito di una valutazione collegiale i singoli commissari ben possono ritenere, unanimemente, di assegnare il medesimo coefficiente ad ogni singola offerta, via via che essa viene esaminata.

Tuttavia, nel caso in cui il metodo di assegnazione dei punteggi sia quello del "confronto a coppie", che ha una struttura bifasica e si distingue nettamente in una prima fase di valutazione individuale e in una seconda fase di valutazione collegiale, non è possibile pervenire alla stessa conclusione.

È infatti impossibile – in tal caso - che l'individualità delle preferenze espresse dal singolo commissario ad una singola offerta rispetto a tutte le altre, di volta in volta poste a confronto nella tabella, possa ripetersi indefinitamente e pedissequamente con l'assegnazione degli stessi punteggi per ogni coppia in riferimento a tutti i sub-criteri contemplati dalla legge di gara da parte degli altri commissari (ad esempio nel caso di specie si parlava di oltre 2000 preferenze identiche!).

Ed, infatti, il sistema del 'confronto a coppie', utilizzato dai commissari di gara nella preliminare valutazione tecnico-qualitativa (ottenuta dalla somma dei coefficienti di valore attribuiti da ciascuno di essi), è un metodo di selezione volto ad individuare l'offerta migliore in termini strettamente relativi, che si basa sull'attribuzione di punteggi espressione delle preferenze soggettive dei commissari. Va da sé che annullare l'individualità della valutazione comparativa, che compete al singolo commissario, tramite una previa discussione collegiale, snatura il meccanismo del metodo di assegnazione del punteggio.

La Plenaria ammette la possibilità che i commissari possano confrontarsi e discutere in ordine ai criteri qualitativi delle offerte in gara, anche prima di esprimere le proprie preferenze individuali, ma devono poi assegnare il punteggio individuale **autonomamente** e **separatamente**, l'uno dall'altro, seguendo il sistema del "confronto

a coppie" al quale la stazione appaltante si è **autovincolata**.

Ne consegue che, in questo contesto, l'espressione delle medesime preferenze, da parte di ogni singolo commissario, **non si può considerare la fisiologica espressione di un giudizio individuale e individualizzato**, rigorosamente soggettivo pur stereotipato, perché **è statisticamente impossibile che tre o più individui esprimano sempre e invariabilmente il medesimo grado di preferenza, nella comparazione tra due entità, e con riferimento a svariati, e spesso numerosissimi, sub-criteri di valutazione**.

La Plenaria afferma dunque che *"non è legittimo un giudizio comparativo sempre identico tra i singoli commissari, nemmeno in seguito a un confronto dialettico tra di essi, in quanto, a differenza di un giudizio assoluto di volta in volta espresso rispetto alla singola offerta, quello comparativo a coppie, in quanto relativo, deve riflettere una individualità del singolo giudizio nella preferenza nettamente distinguibile da quella degli altri per l'impossibilità di ammettere se non per paradosso un giudizio comparativo qui sua indistinctione distinguitur, che, cioè, si distinguerebbe per il fatto di essere indistinto da quello degli altri commissari".*

L'assoluta o pressoché totale identità dei punteggi e l'indistinzione delle preferenze individuali, ripetute un numero elevatissimo di volte, non solo svislisce l'individualità

dell'assegnazione, che inevitabilmente comporta una pur minima differenza di valutazione nella graduazione di una preferenza soggettiva, ma di fatto contraddice lo stesso sistema del "confronto a coppie", ove si consideri che le tabelle triangolari o a matrice completa che documentano tale confronto **costituiscono esse stesse la motivazione delle valutazioni tecniche** operate dalla commissione, estrinsecandosi la motivazione nella corretta e leale sua applicazione delle regole che sono alla base della formazione delle stesse tabelle.

L'assegnazione di punteggi identici da parte di tutti i commissari chiamati a valutare le offerte tramite il metodo del confronto a coppie snatura il metodo di assegnazione stesso, in quanto annulla l'individualità della valutazione comparativa.

Sul punto la Plenaria precisa che la valutazione dell'effettiva preliminare individualità della preferenza nel "confronto a coppie" è rimessa al prudente apprezzamento del giudice, il quale valuta che sia stata rispettata l'individualità sulla base delle circostanze del caso concreto. Ad esempio, se la ripetitività dei coefficienti individuali espressi dai singoli commissari sia tanto elevata, sul piano quantitativo, e soprattutto tanto sistematica, sul piano qualitativo, da vanificare una pur minima distinguibile e perciò apprezzabile, a livello di valutazione *uti singulus*, autonomia preferenziale da parte del singolo commissario. In definitiva, le differenze di attribuzione dei punteggi sono ritenute fisiologiche e costituiscono un'indiretta testimonianza di autonomia di giudizio del singolo componente della commissione.

A seguito di tale approfondita disamina, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha affermato i seguenti principi di diritto:

"a) nel diritto dei contratti pubblici, i commissari di gara cui è demandato il compito di esprimere una preferenza o un coefficiente numerico, quando procedono alla valutazione degli elementi qualitativi dell'offerta tecnica, possono confrontarsi tra loro in ordine a tali elementi prima di attribuire individualmente il punteggio alle offerte, purché

È statisticamente impossibile che tre o più individui esprimano sempre e invariabilmente il medesimo grado di preferenza, nella comparazione tra due entità, e con riferimento a svariati, e spesso numerosissimi, sub-criteri di valutazione.

tale confronto non si presti ad una surrettizia introduzione del principio di collegialità, con la formulazione di punteggi precostituiti ex ante, laddove tali valutazioni debbano essere, alla luce del vigente quadro regolatorio, anzitutto di natura esclusivamente individuale;

b) con riferimento al metodo del confronto a coppie, in particolare, l'assegnazione di punteggi tutti o in larga parte identici e non differenziati da parte dei tutti i commissari annulla l'individualità della valutazione che, anche a seguito della valutazione collegiale, in una prima fase deve necessariamente mantenere una distinguibile autonomia preferenziale nel confronto tra

la singola offerta e le altre in modo da garantire l'assegnazione di coefficienti non meramente ripetitivi e il funzionamento stesso del confronto a coppie;

c) le valutazioni espresse dai singoli commissari, nella forma del coefficiente numerico non comparativo, possano ritenersi assorbite nella decisione collegiale finale, in assenza di una disposizione che ne imponga l'autonoma verbalizzazione, mentre per il confronto a coppie la manifestazione della preferenza è e deve essere anzitutto in una prima fase individuale, nel senso sopra precisato, e in quanto tale individualmente espressa e risultante dalla verbalizzazione".

L'affidamento diretto. I diversi presupposti normativi, le tipologie e procedimenti amministrativi da adottare a confronto.

di Beatrice Corradi

IL
PUN
TO

1. Affidamento diretto "puro" (ordinario ed emergenziale). La natura dell'affidamento diretto e la relativa procedura amministrativa

Il Codice degli appalti, di cui al decreto legislativo 50/2016, ha stabilito che per gli affidamenti di importo inferiore a 40.000,00, ai sensi dell'art. 36, comma 2, lettera a), sia possibile procedere ad affidamento diretto anche senza previa consultazione di due o più operatori economici. Tale indicazione (anche senza previa consultazione di due o più operatori) implica la possibilità per il RUP di non richiedere preventivi di spesa, operazione comunque suggerita dalle linee guida Anac n. 4 e più volte affermata utile dalla giurisprudenza amministrativa essendo intesa come una buona pratica amministrativa. Con la presente disposizione è quindi possibile non attivare la fase competitiva formale per addivenire alla scelta dell'affidatario.

Tale tipo di affidamento è definito come affidamento diretto "puro" mediante il quale la stazione appaltante contratta con un unico operatore rappresentando una libertà di azione per velocizzare e semplificare gli affidamenti (concetto ribadito dalle linee guida dell'Anci - Quaderno ANCI 23 relativo a Affidamenti di lavori, servizi e forniture a seguito del D.L. semplificazioni n. 76/2020 (L.N. 120/2020).

L'affidamento diretto per i contratti di appalto di importo inferiore a quarantamila euro (art. 36, d. lgs. n. 50 del 2016) rappresenta uno strumento ordinario del quale si avvale il Responsabile Unico del Procedimento (R.U.P.) che non necessita di una specifica motivazione, né tantomeno del richiamo a una particolare urgenza (TAR Puglia, Lecce, Sez. III, 13 marzo 2020, n. 326).

La necessità di semplificare le modalità di acquisizioni per le SA è una finalità già presente nel nostro ordinamento da alcuni anni (cfr. Legge finanziaria n. 145/2018, al comma 912).

La giurisprudenza ha affermato che la soglia di euro 40.000,00 è una condizione legittimante all'assegnazione diretta che non richiede quindi l'esigenza di motivazioni - tranne l'obbligatoria motivazione come prevista per qualunque atto amministrativo - di urgenza e/o necessità (TAR Puglia, Lecce, Sez. III, 13 marzo 2020, n. 326); la Stazione appaltante

acquisirà il relativo Cig e provvederà ai controlli come previsti dalle Linee Guida Anac n.4.

L'affidamento diretto è quindi semplificato rispetto a quanto disciplinato in via ordinaria dal Codice dei contratti: l'affidamento e l'esecuzione di appalti forniture e concessioni, deve sempre, in ogni caso, garantire la qualità delle prestazioni e si svolge nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza, nonché dei principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità e di pubblicità con le modalità indicate nel codice (cfr. art. 30 del d.lgs. 50/2016).

Si evidenzia che la mera procedimentalizzazione dell'affidamento diretto, mediante l'acquisizione di una pluralità di preventivi (procedimentalizzazione che, peraltro, corrisponde alle previsioni contenute nelle Linee Guida n. 4 per tutti gli affidamenti diretti; cfr. il par. 4.1.2 sull'avvio della procedura), non trasforma, secondo giurisprudenza consolidata, l'affidamento diretto in una procedura di gara..." (Consiglio di Stato, Sez. IV, 23.04.2021 n. 3287; in termini, TAR Venezia, sez. I, 13.06.2022 n. 981; TAR Potenza 11.02.2022 n. 108; TAR Ancona 07.06.2021 n. 468). Ciò a fronte del principio della tipicità delle procedure.

Con l'affidamento diretto (definito "puro") sussiste la possibilità (non l'obbligo) di espletare un affidamento anche consultando più preventivi e negoziando poi con l'operatore che ha presentato il preventivo ritenuto più congruo. Ciò non trasforma quindi l'affidamento diretto in una procedura di gara, né abilita i soggetti che non siano stati selezionati a contestare le valutazioni effettuate dall'amministrazione circa la rispondenza dei prodotti offerti alle proprie esigenze. Con il procedimento dell'affidamento diretto, l'amministrazione aggiudicatrice individua

il prodotto più rispondente alle proprie esigenze (cfr Consiglio di Stato n. 3287/2021) esercitando una scelta amministrativa volta a semplificare il provvedimento di acquisizione di beni e servizi.

La giurisprudenza, rispetto alla semplificazione della procedura, ha avuto modo di affermare ad esempio che, laddove l'amministrazione intenda far precedere un affidamento diretto dall'acquisizione di preventivi da parte di più operatori e dalla loro valutazione, i preventivi possono essere inviati anche a mezzo di posta elettronica certificata, non sussistendo le medesime ragioni di tutela della segretezza delle offerte che connotano invece le gare formali (in tale senso, TAR Sardegna, n. 101/2020).

Nella gestione delle procedure di cui all'art. 36 comma 2 lett. a) del Codice, cioè le procedure finalizzate all'affidamento di un contratto di valore inferiore ai 40.000,00 Euro, la stazione appaltante non è tenuta inoltre al rispetto dell'art. 95 nel senso che può liberamente disporre l'affidamento secondo il criterio del minor prezzo anche nei casi in ciò sarebbe vietato dall'art. 95 (TAR PIEMONTE, Sez. 1^a - 22 marzo 2018, n. 353). La procedura è improntata ad estrema snellezza, allo scopo di semplificare il percorso che consente alla stazione appaltante di giungere, quasi con immediatezza, alla selezione del fornitore, fatto salvo il rispetto dei principi generali e della rotazione.

Rispetto alla semplificazione della procedura di affidamento la giurisprudenza ha avuto modo di affermare ad esempio che, laddove l'amministrazione intenda far precedere un affidamento diretto dall'acquisizione di preventivi da parte di più operatori e dalla loro valutazione, i preventivi possono essere inviati anche a mezzo di posta elettronica certificata, non sussistendo le medesime ragioni di tutela della segretezza delle offerte che connotano invece le gare formali (in tale senso, TAR Sardegna, n. 101/2020).



In ogni caso la procedura in argomento deve rispettare i principi ordinari previsti per gli affidamenti. I termini per presentare offerta sono regolati dall'art.79 D.Lgs.n.50/2016, laddove, al primo comma, si afferma il fondamentale principio per cui "Nel fissare i termini per la ricezione delle domande di partecipazione e delle offerte, le amministrazioni aggiudicatrici tengono conto in particolare della complessità dell'appalto e

del tempo necessario per preparare le offerte, fatti salvi i termini minimi stabiliti negli articoli 60, 61, 62, 64 e 65". La disposizione è coerente con quanto previsto dall'art.47 della Direttiva 2014/24/UE.

L'art. 79 codifica, infatti, un principio di indubbia rilevanza generale, in quanto presidia in concreto la par condicio per la partecipazione alla gara (in tal senso, v., Consiglio di Stato, 22.7.2019, n.5127; cfr., Tar Firenze, 19.8.2020, n.1007). Qualora la stazione appaltante opti, nell'esercizio della propria discrezionalità, per l'affidamento diretto di tipo comparativo (invitando più di un operatore economico), è necessario che sia rispettato

il principio generale recato dall'art.79, co.1 del Codice, armonico con la previsione della Direttiva comunitaria, al fine di non vanificare, in fatto, l'effettiva competizione fra gli operatori economici pre - selezionati.

La formulazione originaria inoltre della norma parlava di "affidamento diretto adeguatamente motivato": con il d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56 ("Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50") il legislatore ha eliminato il riferimento all'adeguata motivazione, prevedendo inoltre un affidamento non necessariamente preceduto da un confronto competitivo tra aspiranti (riferimento quello dell'all'adeguata motivazione necessario in caso di un confronto competitivo tra aspiranti).

Il modello procedimentale dell'affidamento diretto, di cui all'art. 36 comma 2 lettera a), è stato adottato con la legge 11 settembre 2020, n. 120 – conversione in legge, con modificazioni del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, recante «Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitali» che ha previsto, in tema di semplificazione in materia di contratti pubblici, la possibilità di procedere con affidamenti diretti per l'esecuzione di lavori, servizi e forniture, nonché dei servizi di ingegneria

Qualora la stazione appaltante opti, nell'esercizio della propria discrezionalità, per l'affidamento diretto di tipo comparativo (invitando più di un operatore economico), è necessario che sia rispettato il principio generale recato dall'art.79, co.1 del Codice, armonico con la previsione della Direttiva comunitaria, al fine di non vanificare, in fatto, l'effettiva competizione fra gli operatori economici pre - selezionati con termini per presentare l'offerta inadeguati.



e architettura, inclusa l'attività di progettazione, per un importo non superiore d Euro 139.000,00 (per i procedimenti adottati entro il 30/06/2023).

Tale tipo di affidamento è stato qualificato "affidamento diretto emergenziale", introducendo, infatti, una disciplina emergenziale, temporanea e derogatoria del Codice dei Contratti pubblici, prevedendo forme procedurali semplificate e più "snelle" al fine di addivenire ad affidamenti in tempi rapidi; ciò sul presupposto che l'efficacia della spesa pubblica, specie in caso di maggiore rapidità della sua erogazione, possa rappresentare, in una congiuntura di particolare

crisi economica, una forma sostegno dell'economia. Lo strumento per realizzare questo obiettivo negli appalti pubblici è stato individuato ricorrendo alla procedura dell'affidamento diretto (emergenziale) in ogni caso qualificato (mediante un affidatario professionalmente idoneo).

L'applicazione delle procedure enunciate all'art. 1, comma 2 della richiamata Legge, derogano espressamente all'art. 36, secondo comma del Codice. Si tratta di procedure di affidamento temporanee e non facoltative, tuttavia si ritiene che, qualora la SA ravvisi specifiche ragioni, la SA possa procedere con il confronto competitivo. L'affidamento diretto in argomento deve, in ogni caso, tenere conto – in considerazione dell'innalzamento del valore contrattuale entro il quale è possibile ricorrere a tale procedura - delle disposizioni di cui agli articoli 37 e 38 (in tema di centralizzazione e qualificazione delle stazioni appaltanti) e di alcune modalità procedurali che costituiscono condizioni all'espletamento:

a) è possibile procedere anche senza consultazione di più operatori economici, ma occorre che siano scelti soggetti in possesso di pregresse e documentate esperienze analoghe a quelle oggetto di affidamento;

b) è possibile procedere in relazione a 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 139.000 euro.

In sintesi con il decreto semplificazioni si è provveduto, in deroga, ad un innalzamento della soglia consentita per l'affidamento diretto mediante l'individuazione di un soggetto qualificato.

Si evidenzia che al comma 3 del medesimo articolo 1 del d.l. 76/2020 è riportato: *"Gli affidamenti diretti possono essere realizzati tramite determina a contrarre, o atto equivalente, che contenga gli elementi descritti nell'articolo 32, comma 2, del decreto legislativo n. 50 del 2016"*.

Inoltre è disposto che: *"Nella procedura di cui all'articolo 36, comma 2, lettere a) e b), la stazione appaltante può procedere ad affidamento diretto tramite determina a contrarre, o atto equivalente, che contenga, in modo semplificato, l'oggetto dell'affidamento, l'importo, il fornitore, le ragioni della scelta del fornitore, il possesso da parte sua dei requisiti di carattere generale, nonché il possesso dei requisiti tecnico-professionali, ove richiesti."*

2. Affidamento diretto competitivo di cui all'art. 36, comma 2, lett. b). La natura dell'affidamento diretto e la relativa procedura amministrativa

L'art. 36, comma 2, lett. b), del d.lgs. n. 50/2016 e s.m.i. stabilisce che per affidamenti di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a 150.000 euro per i lavori, o alle soglie di cui all'articolo 35 per le forniture e i servizi, si possa procedere mediante

L'"affidamento diretto emergenziale" introduce una disciplina emergenziale, temporanea e derogatoria del Codice dei Contratti pubblici, ciò sul presupposto che l'efficacia della spesa pubblica, specie in caso di maggiore rapidità della sua erogazione, possa rappresentare, in una congiuntura di particolare crisi economica, una forma sostegno dell'economia. Lo strumento per realizzare questo obiettivo negli appalti pubblici è stato individuato nel preciso contesto ricorrendo alla procedura dell'affidamento diretto (emergenziale) in ogni caso qualificato (mediante un affidatario professionalmente idoneo).

affidamento diretto previa valutazione di tre preventivi, ove esistenti, per i lavori, e, per i servizi e le forniture, di almeno cinque operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di fornitori.

Tale procedura, la cui previsione è stata modificata dall'art. 1, comma 20, lettera h), della legge n. 55 del 2019, è un affidamento diretto competitivo/mediato che non attiva in ogni caso una procedura di gara.

La "mediazione" risiede nella valutazione di 3 preventivi (per i lavori) e 5 operatori (per servizi e forniture). Il citato affidamento è considerato un affidamento diretto – e non una procedura negoziata, mancando il rinvio all'art. 63 comma 6 d.lgs. 50/2016 – che presuppone però la valutazione di preventivi o operatori economici. Per importi superiori ai citati valori, come richiamati alla

lettera c) e c) bis, la procedura da adottare è invece una procedura negoziata, ai sensi dell'art. 63 del d.lgs. 50/2016 (salvo la possibilità di adottare, come di consueto, le procedure ordinarie).

L'affidamento diretto, anche qualora preceduto, come in questo caso, dall'acquisizione di preventivi, è una modalità di affidamento autonoma, distinta sia dalla procedura negoziata sia dalle procedure ordinarie. Le singole disposizioni del Codice devono ritenersi applicabili, alla procedura di affidamento diretto, solo se espressive di principi generali o se espressamente richiamate negli atti di gara in ragione di un autovincolo della stazione appaltante.

Qualora la stazione appaltante, pur bandendo una procedura semplificata, introduca elementi procedurali tipici delle gare formali, non determina ex se l'applicazione integrale delle regole previste per la procedura aperta, per la procedura ristretta o per la procedura negoziata vera e propria, (fatte

salve quelle che esprimono valori di fondo che permeano di sé l'ordinamento di settore). L'affidamento diretto, in generale, è una procedura informale per la quale il legislatore ha evitato di imporre una precisa sequenza procedimentale, consentendo alle stazioni appaltanti di adattarne lo svolgimento alle caratteristiche dell'appalto, in base al principio di proporzionalità.

La richiesta dei preventivi costituisce la garanzia minima del principio di concorrenza imposta dal legislatore, mentre le stazioni appaltanti hanno in ogni caso il potere-dovere di svolgere la procedura in modo da assicurare il rispetto dei principi generali in materia di procedure ad evidenza pubblica, tenendo conto delle specificità dell'affidamento.

Le stazioni appaltanti possono in definitiva introdurre forme di garanzia della concorrenza ulteriori rispetto alla mera richiesta di preventivi, senza con ciò vincolarsi all'applicazione integrale della disciplina relativa alle procedure ordinarie e senza incorrere in una violazione del principio di tipicità delle procedure (cfr Tar Veneto, sezione I, n. 542/2021).

In realtà, laddove l'amministrazione introduca adempimenti ulteriori rispetto a quelli previsti per la procedura prescelta, non si applica l'intero compendio di norme dedicate alla procedura "superiore": ma solo quelle selettivamente richiamate, salvo questo non sia finalizzato ad eludere determinate norme o principi, rendendo illegittimo

Gli affidamenti diretti possono essere realizzati tramite determina a contrarre, o atto equivalente, che contenga gli elementi istruttori descritti nell'articolo 32, comma 2, del decreto legislativo n. 50 del 2016 con l'attivazione di una richiesta di preventivo chiarendo che l'eventuale consultazione è volta alla comparazione di preventivi a cui seguirà una conferma di offerta (offerta che può essere anche migliorativa rispetto alla fase preliminare).



negoziata, di cui all'art. 63, nelle successive lett. c) e c-bis) dell'art. 36.

Il legislatore ha scelto di prevedere, agli art. 36 comma 2 lettera a) e b), due sub-soglie e una distinta procedura per ciascuna soglia. Tali procedure, sono in sostanza identiche, con la sola differenza che per appalti di importo inferiore a 40.000,00 € si può prescindere dall'acquisizione di almeno due preventivi.

Il fatto che nell'ambito della stessa norma si parli in un caso di "affidamento diretto" e nell'altro caso di "procedura negoziata" (lettere c) e c) bis) non può non implicare quindi che il legislatore fosse quindi ben consapevole di riferirsi a due istituti diversi (cfr. Tar Marche 00468/2021).

Come afferma TAR Sardegna, Sez. II, 16 febbraio 2022, n.103, esaminando l'art. 36 comma 2 lettera b, con riferimento alle forniture ed ai

L'affidamento diretto, anche qualora preceduto dall'acquisizione di preventivi, è una modalità di affidamento autonoma, distinta sia dalla procedura negoziata sia dalle procedure ordinarie. Le singole disposizioni del Codice devono ritenersi applicabili solo se espressive di principi generali o se espressamente richiamate negli atti di gara in ragione di un autovincolo della stazione appaltante.



servizi, il cui valore è inferiore alle soglie comunitarie: *“Il tenore testuale della norma è perciò chiarissimo nel riferire il numero minimo di cinque - non già alle imprese che presentano offerta, bensì- alle imprese cui la stazione appaltante deve, a monte, rivolgere la richiesta di offerta. Del resto non potrebbe essere diversamente, giacché, una volta ricevuto l’invito, la scelta di presentare o meno l’offerta è rimessa a una scelta autonoma dell’impresa invitata, per cui non avrebbe alcun senso riferire il numero minimo di cinque alle imprese che presentano concretamente offerta, trattandosi di un aspetto sul quale la stazione appaltante non alcuna possibilità di incidere”.*

All’art. 36 comma 2 lettera b del d.lgs. 50/2016 si parla di “affidamento diretto” mentre si parla di procedura negoziata nelle successive lett. c) e c-bis) dell’art. 36, di cui all’art. 63. Il legislatore ha scelto di prevedere due sub-soglie e una distinta procedura per ciascuna soglia con riferimento alla lettera a) e b). Tali procedure, sono in sostanza identiche, con la sola differenza che per appalti di importo inferiore a 40.000,00 € si può prescindere dall’acquisizione di almeno due preventivi.



definitivamente l’attività commerciale oppure dagli organi delle procedure concorsuali.

3. Procedura negoziata ed affidamento diretto a confronto. I casi che giustificano l’affidamento diretto ai sensi dell’art. 63

Le amministrazioni aggiudicatrici possono aggiudicare appalti pubblici, secondo i casi dettagliati all’art. 63 del d.lgs. 50/2016, procedendo ad un affidamento diretto. Infatti, l’affidamento diretto regolato dall’art. 36 comma 2 lettera a) e b) fa riferimento al presupposto del valore economico entro il quale è possibile ricorrere alla procedura in argomento, l’affidamento diretto regolato dall’art. 63, nei casi tassativi riportati, fa riferimento a specifiche condizioni attraverso cui si può negoziare con un unico

Le amministrazioni aggiudicatrici possono aggiudicare appalti pubblici mediante una procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, dando conto con adeguata motivazione della sussistenza dei relativi presupposti, come richiamati all’art.63 del d.lgs. 50/2016, i quali conducono ad un affidamento diretto con un unico operatore qualora vi siano i presupposti e le condizioni citate.



individuato operatore:

di estrema urgenza a causa di eventi imprevedibili; nel caso di consegne complementari effettuate dal fornitore originario e destinate al rinnovo parziale di forniture o di impianti esistenti; qualora i prodotti oggetto dell’appalto siano fabbricati esclusivamente a scopo di ricerca, di sperimentazione, di studio o di sviluppo; quando i lavori, le forniture o i servizi possono essere forniti unicamente da un determinato operatore economico; per forniture quotate e acquistate sul mercato delle materie prime; per l’acquisto di forniture o servizi a condizioni particolarmente vantaggiose, da un fornitore che cessa

Le amministrazioni aggiudicatrici possono aggiudicare appalti pubblici mediante una procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, dando conto con adeguata motivazione della sussistenza dei relativi presupposti, come richiamati all’art.63 del d.lgs. 50/2016, i quali conducono ad un affidamento diretto con un unico operatore qualora vi siano i presupposti e le condizioni citate.

La procedura negoziata, di cui all’art. 63, può essere inoltre utilizzata per la ripetizione di lavori o servizi analoghi, già affidati all’operatore economico aggiudicatario dell’appalto iniziale, nel triennio successivo alla stipulazione del contratto dell’appalto. A tal fine l’importo totale previsto per la prosecuzione

dei lavori o della prestazione dei servizi è computato per la determinazione del valore globale dell'appalto, ai fini dell'applicazione delle soglie.

L'Amministrazione può adottare, quando non vi siano i presupposti di cui sopra che inducono ad un affidamento diretto per ragioni motivate, la procedura negoziata, come richiamata dall'art. 63, individuando gli operatori economici da consultare sulla base di informazioni riguardanti "le caratteristiche di qualificazione economica e finanziaria e tecniche e professionali desunte dal mercato, nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione" e selezionano almeno cinque operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei. La procedura negoziata da esperire rappresenta, a tutti gli effetti, un procedimento selettivo tramite gara (situazione diversa rispetto ai casi in cui sussistono le condizioni per derogarvi, v. ad es., art.63, co.2, lett. b) del Codice).

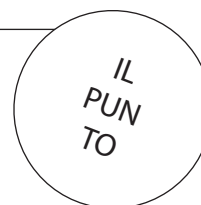
L'Amministrazione può adottare la procedura negoziata, ai sensi dell'art. 63, individuando gli operatori economici da consultare sulla base di informazioni riguardanti "le caratteristiche di qualificazione economica e finanziaria e tecniche e professionali desunte dal mercato, nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione" e selezionano almeno cinque operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei. La procedura negoziata da esperire rappresenta, a tutti gli effetti, un procedimento selettivo tramite gara, situazione diversa rispetto ai casi in cui sussistono le condizioni per derogarvi, v. ad es., art.63, co.2, lett. b) del Codice.

////////////////////////////////////

Iscrizione nella white list. Legittimità del requisito soggettivo di partecipazione che “fa tutt’uno” con quello delle informative interdittive antimafia e lo integra.

Note a margine della Sentenza del Consiglio di Stato, Sez. III, 14 dicembre 2022 n. 10935

di Giuseppe Totino e Aldo Cimmino



Premessa

L’iscrizione degli operatori economici nelle cosiddette *white list* è ormai, da tempo, un parametro di valutazione della affidabilità di un offerente, sotto il profilo della non condizionabilità dell’attività economica privata da parte della criminalità organizzata.

Ricollocata temporalmente nell’alveo della Legge n. 190/2012, cosiddetta “Legge anticorruzione”, può senz’altro dirsi che l’istituzione delle *white list* è conseguenza dell’evolversi della legislazione antimafia che affonda le sue radici nel lontano 1965 – con la soprannominata “Prima legge antimafia” – fino alla legge n. 646/1982, cosiddetta “Legge Rognoni – La Torre”, ove per la prima volta viene stigmatizzata l’ipotesi della cointeressenza tra mafia ed economia di impresa.

Mentre, infatti, il fenomeno della mafia era in precedenza ritenuto relegato alle dinamiche delle realtà sociali di tipo rurale, col passare del tempo ci si è resi conto che il cuore pulsante delle consorterie mafiose fosse proprio nella capacità di impossessarsi dei cicli dell’economia legale, risucchiando nel vortice del riciclaggio e del reimpiego di denaro, le risorse pubbliche allocate attraverso l’affidamento dei contratti pubblici.

Non stupisce, allora, che il Legislatore italiano, anche alla luce delle grandi inchieste della magistratura inquirente, abbia istituito un sistema per l’accertamento delle attività di impresa, al fine di escludere che dietro la partecipazione alle gare pubbliche si celi l’interesse di una qualsiasi consorte criminale, in grado di condizionare l’utilizzo del denaro pubblico messo a disposizione per il raggiungimento di una determinata finalità di interesse collettivo.

Giova premettere che quello della *white list* non è l'unico strumento previsto dalla legislazione italiana per impedire l'infiltrazione delle mafie nell'economia legale. In effetti, il d.lgs. n. 159/2011, cosiddetto "Codice antimafia", prevede ulteriori strumenti di diritto amministrativo appannaggio dell'autorità prefettizia, grazie ai quali si mira a garantire un'azione anzitutto repressiva di eventuali infiltrazioni della criminalità nella gestione delle iniziative economiche private. Tanto l'istituto delle *white list*, quanto quello della documentazione antimafia (nella sua duplice articolazione della informazione e comunicazione antimafia), mirano, indirettamente, a dare attuazione ed effettività al principio del *favor participationis* e della libera concorrenza e, direttamente, a garantire le stazioni appaltanti dal rischio di distrazione delle risorse pubbliche, con evidenti riverberi sulla tenuta dell'ordine pubblico, tanto ideale quanto materiale.

Al contempo, una parte della giurisprudenza ha pure evidenziato che le disposizioni relative all'iscrizione nella *white list* formano un corpo normativo unico con quelle dettate dal Codice antimafia per le relative misure (comunicazioni ed informazioni antimafia), tant'è che l'art. 1, comma 52-bis, della legge n. 190/2012 dispone che "l'iscrizione nell'elenco di cui al comma 52 tiene luogo della comunicazione e dell'informazione antimafia liberatoria anche ai fini della stipula, approvazione o autorizzazione di contratti o subcontratti relativi ad attività diverse da quelle per la quali essa è stata disposta".

Sulla scorta di tali premesse, la giurisprudenza amministrativa è stata chiamata a dirimere due ordini di questioni.

Da un lato, chiarire se l'obbligo di iscrizione alla *white list* rappresenti o meno un requisito soggettivo di partecipazione e, in caso affermativo, se la *lex specialis* può essere eterointegrata dalle superiori previsioni di legge

dettate in materia, qualora non prevedesse, tra i requisiti soggettivi di partecipazione, l'iscrizione di ciascun concorrente nella *white list* istituita presso le prefetture territorialmente competenti.

Muovendo da questo assunto, il presente contributo mira ad emarginare la recente sentenza pronunciata dal Consiglio di Stato, Sez. III, 14 dicembre 2022 n. 10935.

1. La vicenda processuale

Con sentenza di primo grado, il TAR per il Friuli Venezia Giulia accoglieva il ricorso proposto da un operatore economico avente ad oggetto l'esclusione della ricorrente dalla gara, indetta dal Comune di Gorizia per l'affidamento in gestione della casa di riposo comunale per anziani e, per l'effetto, annullava i provvedimenti impugnati, tra i quali la delibera di precontenzioso dell'ANAC.

In premessa, occorre evidenziare che il ricorso si basava, in estrema sintesi, su tre motivi principali.

In primis, la ricorrente evidenziava che la stazione appaltante l'aveva erroneamente esclusa, malgrado il servizio di ristorazione non risultasse "attività prevalente", ossia rivolta ad un pubblico generalizzato; *in secundis*, che l'oggetto dell'affidamento non era stato ritenuto attività unitaria, ossia non suddividibile in categorie merceologiche; *in tertium*, che l'iscrizione nella *white list* era stata erroneamente ritenuta requisito per la partecipazione alle gare.

Il giudice di prime cure, nell'economia del proprio *decisum*, assegnava rilievo dirimente al terzo motivo di ricorso, evidenziando come l'obbligo di iscrizione nella *white list* ai fini della partecipazione alla procedura non fosse espressamente previsto dal disciplinare di gara.

la giurisprudenza amministrativa è stata chiamata a dirimere due ordini di questioni. Da un lato, chiarire se l'obbligo di iscrizione alla white list rappresenti o meno un requisito soggettivo di partecipazione e, in caso affermativo, se la lex specialis può essere eterointegrata dalle superiori previsioni di legge dettate in materia, qualora non prevedesse, tra i requisiti soggettivi di partecipazione, l'iscrizione di ciascun concorrente nella white list istituita presso le prefetture territorialmente competenti



Oltretutto, a parere del giudice amministrativo, non poteva riconoscersi alla modulistica allegata al disciplinare un effetto immediatamente prescrivito. Conseguentemente, il Tribunale escludeva che la mancanza di una espressa previsione nel bando si ponesse in rapporto di distonia con il principio di tassatività delle cause di esclusione (art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016) siccome "(...) coerente con la ratio che informa la disciplina della prevenzione antimafia, stante la riconducibilità dell'attività oggetto dell'appalto in questione ad uno dei settori sensibili di cui all'art. 1, co. 53, della l. n. 190/2012 (sono definite come maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa le seguenti attività: (...) i-ter) ristorazione, gestione delle mense e catering)".

Avverso tale sentenza l'Autorità Nazionale Anticorruzione proponeva appello innanzi il Consiglio di Stato, chiedendone la integrale riforma. In particolare, l'appellante evidenziava come la gravata esclusione era stata adottata dalla stazione appaltante sul rilievo che la ricorrente era risultata priva, al momento della presentazione dell'offerta, del requisito, previsto *ex lege*, dell'iscrizione alla *white list* prefettizia per l'attività di ristorazione.

Inoltre, l'appellante deduceva l'erroneità della sentenza del primo giudice per difetto di motivazione, sul rilievo che la normativa anticorruzione introduce un requisito obbligatorio di partecipazione alle gare, potendo, dunque, legittimamente operare l'eterointegrazione della *lex specialis* nei casi in cui, come nell'ipotesi di specie, la legge di gara non avesse espressamente previsto l'iscrizione alle *white list*, quale requisito di partecipazione alla gara.

Il Consiglio di Stato ha ritenuto del tutto fondato l'appello, chiarendo che la decisione appellata non resiste alle doglianze veicolate dall'ANAC, avendo il giudice di prime cure non applicato del tutto correttamente i principi predicabili in *subiecta materia*.

Al riguardo, il Supremo Collegio ha chiarito che è *ius receptum* nella giurisprudenza amministrativa "la pacifica vigenza del principio per il quale la disciplina delle *white list* introdotta dall'articolo 1,

commi 52 e segg., della legge 6 novembre 2011, n. 190, fa tutt'uno con quella delle informative interdittive antimafia e la integra". Tale conclusione riguardante l'assimilazione dei due documenti antimafia (la comunicazione antimafia e l'informazione antimafia) – afferma ancora il Consiglio di Stato – non si limita, invero, ai soli effetti interdittivi, ma si estende anche alla sua natura di requisito soggettivo di partecipazione alle gare. Ciò malgrado ad avviso del Collegio non è dirimente che l'articolo 80, comma 2, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, richiami solo le informative "classiche", dovendosi tener conto del disposto del comma 52 dell'articolo 1, l. n. 190/2012, da cui emerge chiaramente che la *white list* altro non è che una modalità particolare di effettuazione delle verifiche antimafia, prevista dalla legge in relazione a particolari settori, di modo che il richiamo alle informative prefettizie deve intendersi sempre riferito anche alla iscrizione a tali liste"¹.

2. L'iscrizione nella *white list*. Il quadro normativo

Come noto, l'art. 80, comma 2, del vigente Codice dei contratti pubblici, stabilisce che "Costituisce altresì motivo di esclusione la sussistenza, con riferimento ai soggetti indicati al comma 3, di cause di decadenza, di sospensione o di divieto previste dall'articolo 67 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 o di un tentativo di infiltrazione mafiosa di cui all'articolo 84, comma 4, del medesimo decreto. Resta fermo quanto previsto dagli articoli 88, comma 4-bis, e 92, commi 2 e 3, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, con riferimento rispettivamente alle comunicazioni antimafia e alle informazioni antimafia. Resta fermo altresì quanto previsto dall'articolo 34-bis, commi 6 e 7, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159".

A sua volta, gli articoli 82 e seguenti del Codice antimafia dettano norme in materia di documentazione antimafia. In particolare, l'art. 83, comma 1, del Codice antimafia stabilisce che "Le pubbliche amministrazioni e gli enti pubblici, anche costituiti in stazioni uniche appaltanti, gli enti e le aziende vigilati dallo Stato o da altro ente

1. In tal senso, cfr. Cons. Stato, Sez. III, 3 aprile 2019, n. 2211; id., 20 febbraio 2019, n. 1182

pubblico e le società o imprese comunque controllate dallo Stato o da altro ente pubblico nonché i concessionari di lavori o di servizi pubblici, devono acquisire la documentazione antimafia di cui all'articolo 84 prima di stipulare, approvare o autorizzare i contratti e subcontratti relativi a lavori, servizi e forniture pubblici, ovvero prima di rilasciare o consentire i provvedimenti indicati nell'articolo 67".

Infine, l'art. 1, comma 52, della legge n. 190/2012 stabilisce che per le attività imprenditoriali considerate come maggiormente esposte ai tentativi di infiltrazione della criminalità organizzata², la comunicazione e l'informazione antimafia liberatoria da acquisire indipendentemente dalle soglie stabilite dal Codice antimafia, è obbligatoriamente acquisita dalle pubbliche amministrazioni, dagli enti pubblici e dagli altri soggetti elencati nell'articolo 83, comma 1, del Codice antimafia.

Tale acquisizione – chiarisce la norma – è garantita dalla consultazione, anche in via telematica, di apposito elenco di fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti a tentativi di infiltrazione mafiosa operanti nei medesimi settori. Il suddetto elenco, inoltre, è istituito presso ogni prefettura territorialmente competente. L'iscrizione nell'elenco è disposta dalla prefettura della provincia in cui il soggetto richiedente ha la propria sede.

Il successivo comma 52-bis del medesimo articolo, poi, chiarisce che "L'iscrizione nell'elenco di cui al comma 52 tiene luogo della comunicazione e

In estrema sintesi, la circostanza per cui l'articolo 83, comma 2, del Codice dei contratti pubblici fa riferimento solo alla documentazione antimafia "classica", non impedisce – ma anzi pretende – la lettura complessiva del dato normativo dettato in materia di verifiche antimafia, dovendosi tener conto del disposto dell'articolo 1, comma 52, della legge n. 190/2012, da cui emerge chiaramente che la white list altro non è che una modalità particolare di effettuazione delle verifiche antimafia, prevista dalla legge in relazione a particolari settori, di modo che il richiamo alle informative prefettizie deve intendersi sempre riferito anche alla iscrizione tali liste.



dell'informazione antimafia liberatoria anche ai fini della stipula, approvazione o autorizzazione di contratti o subcontratti relativi ad attività diverse da quelle per le quali essa è stata disposta".

Alla luce del complessivo dettato normativo, la giurisprudenza ha evidenziato che interpretare il complesso di disposizioni su citate nel senso di ritenerle disgiunte, e quindi, non integrate le une con le altre al fine di valutare il possesso, da parte di ciascun operatore economico, del requisiti soggettivo di partecipazione dell'avvenuta iscrizione, alla data di presentazione delle offerte, nella white list presso il competente Ufficio Territoriale del Governo, significa contravvenire alla ratio della norma, eludendo le finalità preventive dell'istituto e la caratterizzazione soggettiva dei presenti e futuri contraenti per come imposta dal legislatore italiano.

In tal senso, anche un recente comunicato del Presidente dell'ANAC, ha ribadito proprio che "il requisito

dell'iscrizione alle white list istituite presso le prefetture competenti territorialmente, in quanto requisito di ordine generale attinente alla moralità professionale, deve essere posseduto al momento della partecipazione alla procedura di gara, con la conseguenza che la mancata iscrizione (o la mancata dichiarazione di aver presentato idonea domanda di iscrizione nel predetto elenco) determina l'inammissibilità dell'impresa e la sua esclusione dalla gara. Trattandosi di un requisito ex lege a presidio di diritti e principi di ordine costituzionale, quali la salvaguardia

2. Tali attività imprenditoriali sono elencate specificamente dal legislatore all'articolo 1, comma 53, della medesima legge n. 190/2012.

*dell'ordine pubblico, della concorrenza e del buon andamento della Pubblica Amministrazione, esso non può essere derogato dalla stazione appaltante nell'elaborazione dei documenti di gara*³.

3. I più recenti orientamenti giurisprudenziali in materia di *white list*

Chiarita la natura giuridica e la funzione dell'iscrizione nelle *white list* istituite presso ogni prefettura ex articolo 1, commi 52, 52-bis e 53, della legge n. 190/2012, occorre soffermarsi sul dibattito giurisprudenziale formatosi sul punto.

A tal riguardo, la giurisprudenza ha precisato l'ambito soggettivo e oggettivo di applicazione della normativa in materia di contrasto alle infiltrazioni mafiose, distinguendo i casi in cui è obbligatoriamente richiesta l'iscrizione nelle citate *white list*, da quelli ove tale requisito soggettivo non è richiesto dalla legge ai fini della partecipazione ad una determinata gara pubblica.

Tendenzialmente univoci sul punto gli arresti pretori, va però evidenziato che in principio, una risalente pronuncia del Tar Campania aveva prospettato una interpretazione restrittiva del dato letterale delle disposizioni anticorruzione, soprattutto sotto il profilo dell'ambito oggettivo di applicazione dell'istituto⁴.

In effetti, la richiamata pronuncia affermava il principio di diritto per il quale l'iscrizione nelle c.d. "*white list*" – elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti a tentativo di infiltrazione mafiosa operanti nei medesimi settori, istituite presso ciascuna Prefettura – è obbligatoria per l'accesso alle procedure di evidenza pubblica che riguardano esclusivamente le attività imprenditoriali di cui all'art. 1, comma 53, l. n. 190 del 2012, ritenute maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa.

Tale obbligo di iscrizione – continuava il Tar Campania – non sussiste, invece, per gli operatori

che intendano partecipare alle procedure di evidenza pubblica indette per la stipulazione di contratti in settori diversi da quelli di cui all'art. 1, comma 53, l. n. 190 del 2012 o che, non abbiano ad oggetto esclusivo tali attività.

La norma, infatti, conferisce all'iscrizione negli elenchi della prefettura della provincia in cui l'impresa ha sede l'effetto di soddisfare i requisiti per l'informazione antimafia per l'esercizio della relativa attività, a patto che questa sia ricompresa tra quelle indicate nell'elenco di cui all'articolo 1, comma 53, della legge anticorruzione.

Trattandosi, quindi, di un elenco tassativo, ne deriva che, al di fuori delle ipotesi espressamente contemplate, la verifica dell'insussistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa va attuata, sussistendone i presupposti di legge, mediante gli strumenti delle informative e delle comunicazioni antimafia per come disciplinati dal Codice antimafia.

Le conclusioni prospettate dal Tar campano, parzialmente sovrapponibili ai recenti orientamenti pretori, lasciavano, tuttavia, irrisolti i dubbi circa l'applicabilità delle norme in materia di *white list* anche alle gare aventi ad oggetto attività parzialmente riconducibili a quelle tassativamente elencate dal legislatore, ovvero a quelle ad esse strumentali. Dubbio che, oggi, pare essere stato dissipato dalla pronuncia in commento del Consiglio di Stato.

La recente giurisprudenza amministrativa, invece, ha ritenuto del tutto irrilevante, ai fini dell'integrazione del requisito, le sezioni in cui sono articolate le *white list*⁵.

In tal senso, il Tar del Lazio ha chiarito che ai fini del possesso del requisito generale di moralità previsto dalla legge non rileva la sezione della *white list* presso la quale l'operatore ha ottenuto l'iscrizione, giacché il relativo requisito matura, e si considera integrato, per il solo fatto dell'avvenuta iscrizione, indipendentemente da ulteriori fattori che acquistano consistenza formale e non già sostanziale.

3. Sul punto, ANAC, Comunicato del Presidente del 17 gennaio 2023.

4. Tar Campania, Sez. I, 23 marzo 2016, n. 1511.

5. Tar Lazio, Sez. II-ter, 9 novembre 2020, n. 11587.

In generale, può, dunque, affermarsi che in base all'orientamento già formatosi sul tema: le *white list* rientrano tra le misure per la tutela dell'ordine pubblico, della libera concorrenza tra le imprese e del buon andamento della Pubblica Amministrazione⁶; le *white list* sono un tutt'uno col sistema normativo antimafia di cui "l'interprete (...) deve dare una lettura unica e organica, evitando di limitarsi ad un criterio formalisticamente letterale e di cd. stretta interpretazione che renda incoerente o addirittura vanifichi il sistema dei controlli antimafia, alla luce di una complessiva ratio di sistema, così da rendere l'espressione normativa rispondente e armonica rispetto alle finalità perseguite da tutte le disposizioni antimafia"⁷.

Coerentemente con tale orientamento, da ultimo, il Tar Cagliari ha inoltre chiarito che in materia di rapporti tra imprese consorziate, ai fini del possesso del requisito soggettivo di moralità di iscrizione nella *white list*, questo non può essere "prestato" da una consorziata al Consorzio, come legittimamente accade per i requisiti tecnico-professionali-operativi.

Sicché, nel caso di Consorzio stabile, che è e rimane l'unico "concorrente", sarà necessario che questi dimostri, autonomamente, la propria iscrizione nella *white list*.

In materia di obbligo, per gli operatori economici, di iscrizione nella white list presso la prefettura territorialmente competente, la giurisprudenza è univoca nel ritenere che l'iscrizione è requisito soggettivo di partecipazione alla gara; così come ha ormai chiarito qual è il perimetro degli effetti liberatori connessi all'iscrizione nella white list rispetto alle attività concretamente espletate dall'operatore economico inserito nell'elenco, specificando che per quanto concerne i Consorzi stabili, tale requisito soggettivo di moralità non potrà essere oggetto di avalimento, imponendo al Consorzio stabile l'autonoma iscrizione nella relativa white list.



4. Conclusioni

Le conclusioni a cui approda la giurisprudenza amministrativa sono evidentemente condivise anche dal legislatore, atteso che i richiami alle norme in materia di *white list*, non sono stati modificati nell'ambito dello schema definitivo predisposto dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato⁸.

In sostanza, l'iscrizione nella *white list* resta requisito generale soggettivo di partecipazione e l'unico modo per l'operatore economico di recuperare tale requisito – al fine di non incorrere nel motivo di esclusione automatica previsto dal vigente articolo 80, comma 2, del Codice dei contratti pubblici – è ottenere, prima della scadenza del termine per la presentazione delle offerte, la misura del controllo giudiziario, ex articolo 34-bis del Codice antimafia, ovvero, quella amministrativa della prevenzione collaborativa che consentono all'impresa interdetta, o sottoposta all'attività investigativa della Prefettura, di riottenere l'iscrizione nella *white list*.

In tal modo, l'Ordinamento italiano ha saputo integrare il sistema delle verifiche di legalità e moralità previsto dal Codice dei contratti pubblici con quello predisposto dal Codice antimafia, declinando opportunamente potere giudiziario e potere amministrativo, così garantendo la massima

6. Cons. Stato, Sez. I, 1 febbraio 2019, n. 337; id., 21 settembre 2018, n. 2241.

7. Cons. Stato, Sez. III, 20 febbraio 2019 n. 1182; id. 24 gennaio 2018, n. 492.

8. Il testo elaborato dal Consiglio di Stato è stato trasmesso al Governo il 7 dicembre 2022 per le proprie determinazioni, con le modifiche apportate anche tenendo conto dei lavori del Tavolo Tecnico congiunto tra il Consiglio di Stato, la Presidenza del Consiglio dei Ministri, il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e le altre amministrazioni interessate.

partecipazione degli operatori economici alle gare pubbliche e prevenendo tentativi di infiltrazioni della criminalità organizzata nella gestione delle risorse pubbliche.

L'auspicio, dunque, è quello di un rafforzamento, dal punto di vista delle infrastrutture digitali, del sistema di verifiche della Banca Dati Nazionale Unica della Documentazione Antimafia, migliorando le modalità di accesso e consultazione da parte non solo della prefettura ma anche degli enti locali, specialmente di piccole dimensioni, al fine di garantire uniformità, su tutto il territorio nazionale, dei processi di monitoraggio e censimento antimafia.

Requisiti di partecipazione e di esecuzione, requisiti minimi dell'offerta e requisiti premiali: distinzioni e casistica.

di Adriana Presti

IL
PUN
TO

1. La distinzione tra requisito di partecipazione e di esecuzione

I requisiti di partecipazione sono i requisiti necessari per accedere alla procedura di gara, in quanto requisiti generali di moralità (ex art. 80 d.lgs. n. 50 del 2016) e requisiti speciali attinenti ai criteri di selezione (ex art. 83 d.lgs. n. 50 del 2016).

Mentre i requisiti di esecuzione sono gli elementi caratterizzanti la fase esecutiva del servizio.

È noto, infatti, che i requisiti di esecuzione integrano requisiti "particolari", aggiuntivi rispetto ai "requisiti" e alle "capacità" oggetto di valutazione selettiva

di cui all'art. 83 del Codice, che la giurisprudenza amministrativa ha sempre inteso e declinato "in una più comprensiva prospettiva pro-concorrenziale" (Cons. Stato, Sez. V, 16 agosto 2022, n. 7137).

In via di principio ed in termini generali, nel

rispetto della essenziale e qualificante finalità pro-concorrenziale di cui all'art. 30, comma 1, d.lgs. n. 50/2016, l'interpretazione della *lex specialis* della gara relativamente alla prefigurazione dei "presupposti", dei "requisiti" e delle "condizioni"

per l'accesso competitivo alle pubbliche commesse (art. 94, comma 1 lett. a) d. lgs. cit.), è assoggettata ad un canone di stretta interpretazione, anche in considerazione, per un verso, della formalizzazione unilaterale degli atti di indizione - che, di suo, sollecita la valorizzazione dell'affidamento degli operatori economici, se del caso perfino *contra stipulatorem*: ex art. 1370 c.c. - e, per altro verso, dei concorrenti principi di

proporzionalità e trasparenza, che militano per una rigorosa prefigurazione *de minimis*, che non esorbiti dalle puntuali e circoscritte richieste della stazione appaltante, commisurate alle prestazioni contrattuali oggetto di affidamento.

**Il requisito di partecipazione
attiene prettamente
all'operatore
economico; il requisito
di esecuzione attiene
invece all'oggetto
dell'appalto.**

La giurisprudenza (Cons. Stato, sez. V, 25 marzo 2021, n. 2523), non ha mancato di puntualizzare che occorre tenere adeguatamente distinti i "requisiti di partecipazione" (alla gara) e i "requisiti di esecuzione" (del contratto).

La distinzione, come è noto, fa capo alla previsione di cui all'art. 100 del d.lgs. n. 50/2016 che – nel dare recepimento alla normativa eurocomune e, segnatamente, alla previsione di cui all'art. 70 della direttiva 2014/24 e all'art. 87 della direttiva 2014/25 – assegna la facoltà alle stazioni appaltanti di richiedere agli operatori concorrenti, in aggiunta al possesso dei "requisiti" e delle "capacità" oggetto di valutazione selettiva di cui all'art. 83, ulteriori "requisiti particolari", a condizione che:

- a) siano rispettosi degli ordinari canoni di "parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, innovazione" che ispirano le procedure evidenziali, nella logica della garanzia di compatibilità "con il diritto europeo";
- b) siano individuati ed indicati con precisione, come tali (cioè, come distinti dai requisiti speciali di partecipazione) nel corpo della *lex specialis* di procedura (in tal senso dovendo acquisirsi, per evidenti ragioni di chiarezza e trasparenza, la regola che impone che "siano precisate" nel bando, nell'invito o, in alternativa, nel "capitolato d'oneri");
- c) gli operatori economici si impegnino, già in sede di formalizzazione dell'offerta e con espressa dichiarazione di accettazione, a garantirne il possesso "nell'ipotesi in cui risulteranno aggiudicatari" (comma 2).

Sebbene si tratti di distinzione in sé non del tutto chiara, nella misura in cui non è ancorata a parametri oggettivi e, pertanto, fonte di potenziali incertezze, la giurisprudenza si è dimostrata propensa a valorizzarla in una più comprensiva prospettiva pro-concorrenziale, legittimando (talora perfino in termini di riqualificazione delle condizioni di gara) la prospettiva disponibilità *in executivis* di requisiti di troppo onerosa - e, come tale, sproporzionata ed eccessivamente restrittiva - acquisizione preventiva.

Non essendo in discussione che il possesso dei requisiti di partecipazione sia richiesto al concorrente sin dal momento della presentazione dell'offerta, merita evidenziare che i requisiti di esecuzione sono, quindi di regola, condizioni per

la stipulazione del contratto di appalto (cfr. Cons. Stato, sez. V, 30 settembre 2020, n. 5734; 30 settembre 2020, n. 5740; 12 febbraio 2020, n. 1071), pur potendo essere considerati nella *lex specialis* **come elementi dell'offerta, a volte essenziali** (cfr. Cons. Stato, sez. V, 3 aprile 2019, n. 2190), **più spesso idonei all'attribuzione di un punteggio premiale** (cfr. Cons. Stato, sez. V, 29 luglio 2019, n. 5309 e 25 marzo 2020, n. 2090).

La *lex specialis*, a salvaguardia dell'attendibilità delle offerte e della serietà della competizione, nonché dell'efficienza ed economicità dell'azione amministrativa, deve, tuttavia, imporre già al momento della presentazione dell'offerta un impegno a carattere vincolante del concorrente ad acquisire la disponibilità dei mezzi e delle dotazioni funzionali all'esecuzione del contratto (Cons. Stato, Sez. V, 25 marzo 2020, n. 2090; 23 agosto 2019, n. 5806; 29 luglio 2019, n. 5308).

Del resto, l'art. 95 del d.lgs. 50/2016 prevede al primo comma che i criteri di aggiudicazione *"garantiscono la possibilità di una concorrenza effettiva e sono accompagnate da specifiche che consentono l'efficace verifica delle informazioni fornite dagli offerenti al fine di valutare il grado di soddisfacimento dei criteri di aggiudicazione delle offerte. Le stazioni appaltanti verificano l'accuratezza delle informazioni e delle prove fornite dagli offerenti"* (Cons. Stato, Sez. V, n. 1617/2022).

Si può quindi dire che il *discrimen* deve essere rinvenuto nel diverso oggetto di analisi. Il requisito di partecipazione attiene prettamente all'operatore economico; il requisito di esecuzione attiene prettamente all'oggetto dell'appalto (in tal senso si veda il recente caso dei servizi di corrispondenza sub § 3).

2. Il caso del requisito del possesso del centro di cottura nei servizi di ristorazione

Ricorrente ed emblematico è stato il caso della disponibilità di centri di cottura in relazione all'affidamento di servizi di ristorazione.

A tal proposito, la giurisprudenza amministrativa (cfr. *ex multis* Cons. Stato, sez. V, 17 dicembre 2020, n. 8101 e, con pertinenti distinguo, Id., sez.

V, 9 febbraio 2021, n. 1214) ha chiarito ormai da tempo che il possesso di un centro cottura si pone non come requisito di partecipazione bensì **di esecuzione del contratto**, in quanto si tratta di un elemento materialmente necessario per l'esecuzione dell'appalto del servizio di mensa scolastica, come tale legittimamente esigibile verso il concorrente aggiudicatario definitivo come "condizione" per la stipulazione del contratto.

Infatti, in caso contrario si avallerebbe un'impostazione ingiustificatamente restrittiva della concorrenza e irragionevole, perché si imporrebbe a tutti i concorrenti di procurarsi anticipatamente, e comunque prima dell'aggiudicazione definitiva, un centro di cottura, reperendo – con evidente onere economico e organizzativo che poi potrebbe risultare ultroneo per chi non risulta aggiudicatario – immobili idonei alla preparazione di pasti per servizi di ristorazione collettiva, sostenendo i connessi investimenti in vista di una sola possibile ma non certa acquisizione della commessa (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 30 settembre 2020, n. 5734; id. Cons. Stato, n. 5929/2017).

La soluzione discende, in buona sostanza, dal rilievo che una prescrizione nel senso della attuale ed effettiva disponibilità del centro di cottura come requisito di ammissione alla gara (che non si accontentasse, perciò, dell'impegno a dotarsi della sede per la preparazione dei pasti in vista dell'esecuzione del servizio) si porrebbe in potenziale contrasto con la tutela della concorrenza tra gli operatori economici del settore, operando in senso discriminatorio in danno degli imprenditori che non disponessero di una struttura già territorialmente localizzato, per i quali la regola del bando finirebbe per costituire una barriera all'ingresso nel mercato non solo materiale, ma anche economica, avuto riguardo ai costi derivanti dalla necessità di procurarsi l'effettiva disponibilità del centro di cottura fin dal momento della presentazione dell'offerta. Sarebbero con ciò compromessi i principi di massima partecipazione e di proporzionalità.

Deve, per tal via, essere ragionevolmente concesso all'operatore economico di non immobilizzare ed investire immediatamente le proprie risorse economiche nella acquisizione della disponibilità di un centro cottura, quando non sia ancora certa o consolidata l'aspettativa di stipulazione del contratto, essendo sufficiente garanzia di

serietà della proposta negoziale l'assunzione di un impegno in tal senso.

Pertanto, nel caso del centro di cottura, la giurisprudenza è orientata (sia pure con qualche perplessità proprio nei casi in cui sussista una chiara ed inequivoca volontà prescrittiva della stazione appaltante) a qualificare (o riqualificare) tale requisito alla stregua di una mera modalità di esecuzione del contratto, accontentandosi, per tal via, di una dichiarazione impegnativa, con la quale l'operatore economico assuma l'obbligo di dotarsi (o di acquisire, comunque, la titolata disponibilità) del centro di cottura per l'eventualità di aggiudicazione del contratto (cfr., in tal senso, Cons. Stato, sez. V, 9 febbraio 2021, n. 1214, sez. V, 17 dicembre 2020, n. 8101; Id., sez. III, 28 luglio 2020, n. 4795; Id., sez. V, 29 luglio 2019, n. 5308; Id., 3 aprile 2019, n. 2190; Id., 18 dicembre 2017, n. 5929; Id., 24 maggio 2017, n. 2443).

Quanto alla volontà prescrittiva della *lex specialis*, qualora la Stazione appaltante intenda riservare alla fase esecutiva il possesso di requisiti inerenti alla prestazione oggetto di affidamento (o, più correttamente, di autorizzare le parti a differire alla fase esecutiva la relativa acquisizione) ha, sotto il profilo formale, l'onere di formulare una inequivoca indicazione in tal senso nel corpo della disciplina di gara.

In difetto di una siffatta chiara previsione tutti i requisiti di idoneità e di capacità devono ritenersi presuntivamente previsti per l'utile partecipazione alla procedura: salvo, peraltro, che la natura stessa del requisito non militi, ragionevolmente, nel senso della sufficienza di una dichiarazione che, in termini seri ed affidanti, impegni il concorrente a garantirne la concreta disponibilità per la sola eventualità di aggiudicazione della commessa.

3. Il più recente caso dei servizi postali

Un caso più recente concerne i "servizi di recapito e di gestione della corrispondenza non automatizzata" di I.N.P.S.. Nell'ambito della procedura di affidamento di siffatti servizi oggetto di *querelle* è stata la natura della clausola di gara secondo cui il concorrente doveva garantire una copertura geografica diretta pari al 100% della popolazione residente nel Lotto, senza possibilità di ricorrere al fornitore del servizio universale

ovverosia a Poste Italiane S.p.A..

Il TAR Lazio con sentenza 12 agosto 2022, n. 11164 ha respinto la tesi della natura di requisito di partecipazione di tale clausola, ritenendo che la previsione di cui alla *lex specialis* in cui si stabilisce che l'operatore economico debba garantire la copertura del 100% dei CAP del lotto assegnato deve essere intesa quale requisito di esecuzione dell'appalto e non invece di partecipazione.

Questo requisito, infatti, attiene prettamente alle modalità di esecuzione del servizio aggiudicato e agli obiettivi che la stazione appaltante ambisce raggiungere. Non ha invece a che vedere con la selezione del concorrente alla luce dei suoi propri requisiti.

Il TAR ha peraltro escluso che una previsione di tal fatta finisca "sostanzialmente" per confondersi in requisito di partecipazione, posto che tale considerazione porterebbe a ritenere tutti i requisiti essenziali dell'offerta quali condizioni di partecipazione e non valuta, invece, che il discrimine deve essere rinvenuto nel diverso oggetto di analisi. Il requisito di partecipazione attiene prettamente all'operatore economico; il requisito di esecuzione attiene prettamente all'oggetto dell'appalto.

Tale indirizzo è stato di recente confermato dal TAR Lazio, il quale con sentenza del 19 gennaio 2023, n. 1012, ha rigettato, altresì, il ricorso proposto dall'AGCM avverso la medesima procedura.

4. Requisiti minimi dell'offerta e requisiti premiali: differenza e casistica

Come si è detto, i requisiti di esecuzione sono, di regola, condizioni per la stipulazione del contratto di appalto ma possono altresì essere considerati nella *lex specialis* come elementi indefettibili ed essenziali dell'offerta o più spesso elementi idonei all'attribuzione di un punteggio premiale.

I requisiti minimi delle prestazioni o del bene previste dalla lex specialis della gara costituiscono una condizione di partecipazione alla procedura selettiva, non essendo ammissibile che il contratto venga aggiudicato a un concorrente che non garantisca il minimo prestabilito che vale a individuare l'essenza stessa della res richiesta.

La loro regolazione va quindi rinvenuta nella *lex specialis*. La distinzione tra requisiti minimi dell'offerta e requisiti premiali va dunque effettuata caso per caso, avendo riguardo all'oggetto dell'appalto, all'architettura dell'offerta tecnica della gara ed alle espresse previsioni in tal senso stabilite dalla singola disciplina di gara.

Ciò posto, la carenza di elementi dell'offerta che siano al contempo requisiti di ammissione e condizione per la stipula del contratto comporta l'esclusione del concorrente.

In particolare, per la giurisprudenza (da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 27 ottobre 2022, n. 9249; 1° dicembre 2022, n. 10577),

le caratteristiche indefettibili (ossia i requisiti minimi) delle prestazioni o del bene previste dalla *lex specialis* di gara costituiscono una condizione di partecipazione alla procedura selettiva, e le difformità dell'offerta tecnica che rivelano l'inadeguatezza del progetto proposto dall'impresa offerente rispetto a essi legittimano l'esclusione dalla gara e **non già la mera penalizzazione dell'offerta nell'attribuzione del punteggio**, perché determinano la mancanza di un elemento essenziale per la formazione dell'accordo necessario per la stipula del contratto e quindi l'incertezza assoluta o l'indeterminatezza del suo contenuto (Cons. Stato, Sez. III, 7 luglio 2022, n. 5650; Cons. Stato, Sez. III, 19 agosto 2020, n. 5144; V, 25 luglio 2019, n. 5260; 13 febbraio 2019, n. 1030; III, 26 febbraio 2019, n. 1333; 26 aprile 2017, n. 1926).

E ciò anche in ossequio al principio per cui nelle gare pubbliche le offerte tecniche devono essere improntate alla massima linearità e chiarezza, onde prefigurare alla pubblica amministrazione un quadro certo dei rispettivi doveri e obblighi contrattuali in corrispondenza agli atti di gara (C.G.A.R.S., 18 gennaio 2017, n. 23).

Di conseguenza, non depone in senso contrario la circostanza che la *lex specialis* non disponga espressamente la sanzione espulsiva per l'offerta

che presenti caratteristiche difformi da quelle pretese, risolvendosi tale difformità in un **aliud pro alio** che comporta, di per sé, l'esclusione dalla gara, anche in mancanza di un'apposita comminatoria in tal senso (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 25 luglio 2019, n. 5260). Tale automatismo opera nei casi in cui la disciplina di gara prevede qualità del prodotto che con assoluta certezza si qualifichino come caratteristiche minime, vuoi perché espressamente definite come tali nella disciplina stessa, vuoi perché la descrizione che se ne fa nella disciplina di gara è tale da farle emergere come qualità essenziali della prestazione richiesta (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 14 maggio 2020, n. 3084).

Del resto, è rimessa alla valutazione della Stazione appaltante identificare le caratteristiche della prestazione contrattuale che ha necessità di procurarsi e per la quale va alla ricerca di un contraente adeguato, e definirle nella legge di gara, anche con l'individuazione dei contenuti necessari delle offerte, e in ipotesi anche con la previsione dell'esclusione per il caso della loro carenza (quanto al principio secondo cui un requisito previsto dal capitolato, per potersi ritenere minimo ed essenziale, non deve necessariamente essere espressamente qualificato in tal senso dalla *lex specialis* si veda, altresì, Cons. Stato, V, 8 gennaio 2021, n. 295).

Il contenuto dell'offerta definito dalla *lex specialis* corrisponde, infatti, all'utilità che l'amministrazione intende perseguire ed acquisire mediante la procedura, ferme ulteriori utilità da elementi dell'offerta

che il bando non precostituisce e rimette alle scelte organizzative dell'operatore economico che partecipa alla gara, e che concorrono, nella misura in cui si innestano sul livello delle componenti necessarie dell'offerta, al raggiungimento di un livello di qualità da poi comparare con le parallele offerte e graduare al fine della selezione del miglior contraente (Cons. Stato, V, 20 aprile 2020, n. 2486).

Di conseguenza, se la qualificazione di un requisito dell'offerta come essenziale può certamente manifestarsi con la sanzione espulsiva che vi sia correlata, la carenza di questa non è però elemento sufficiente a escluderla, all'uopo dovendo aversi concorrente riguardo all'essenza della res richiesta, in rapporto all'utilità che l'amministrazione intende acquisire mediante la procedura (Cons. Stato, Sez. V, 2 marzo 2022, n. 1486).

D'altra parte, le stazioni appaltanti hanno, altresì, il potere discrezionale - da esercitare in osservanza dei principi di proporzionalità, ragionevolezza e adeguatezza - di fissare nella *lex specialis* elementi dell'offerta che, pur riferendosi in senso lato a requisiti soggettivi dell'operatore concorrente, in attenuazione del generale divieto di commistione tra criteri soggettivi di qualificazione e oggettivi afferenti la valutazione dell'offerta, per la capacità di "illuminare" sulla qualità della stessa, rappresentano un elemento di quest'ultima, poiché esprimono la sua affidabilità (cfr.

Cons. Stato, V, 20 giugno 2019, n. 4198; Cons. Stato, V, 17 marzo 2020, n. 1916).
Ai sensi dell'art. 95, comma 6, del d.lgs. n. 50 del

Le caratteristiche essenziali e indefettibili (ossia i requisiti minimi) delle prestazioni o del bene, definite dalla legge di gara, costituiscono una legittima condizione di partecipazione alla procedura: logica del resto vuole che il contratto vada aggiudicato a un concorrente che sia in grado di assicurare il minimo prestabilito che corrisponde all'essenza della res richiesta. E la significatività della regola è dimostrata anche dal fatto che essa vale anche se la *lex specialis* non commina espressamente l'esclusione per l'offerta che abbia caratteristiche difformi da quelle richieste. Ciò perché una tale difformità comunque concretizza un *aliud pro alio* che comporta, di per sé, l'esclusione dalla gara, anche in mancanza di un'apposita comminatoria.

2016, l'offerta economicamente più vantaggiosa può essere individuata anche in relazione all'esperienza del personale effettivamente utilizzato nell'appalto, qualora la qualità dello stesso possa avere un'influenza significativa sul livello di esecuzione dell'appalto.

Ai sensi dell'articolo 83, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016, le stazioni appaltanti possono indicare "livelli minimi di capacità" - evidentemente intesi quali forme di **barrage** condizionanti la stessa partecipazione alle gare - e, allo stesso tempo, procedere alla verifica formale e sostanziale delle capacità realizzative e delle competenze tecniche; intesa evidentemente in senso gradualistico e parametrico, con possibilità di modulare la valutazione in ragione del diverso grado di capacità riscontrato (Cons Stato, Sez. V, 17 febbraio 2022, n. 1186; id. 22 ottobre 2018, n. 6026).

Ebbene, con riferimento alle certificazioni di qualità, il superamento del divieto di possibile commistione tra elementi soggettivi di partecipazione e criteri valutativi dell'offerta è desumibile dal tenore dell'art. 95, comma 6, secondo periodo, lett. a), del d.lgs. n. 50 del 2016, che fa rientrare, fra l'altro, le "attestazioni in materia di sicurezza e salute dei lavoratori, quali OSHAS 18001 [n.d.r. oggi ISO 45001]" tra i criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Quindi non è in contestazione che le leggi di gara possano prevedere il possesso di certificazioni di qualità come requisito di partecipazione oppure come criterio valutativo dell'offerta, al fine di attribuire punteggi premiali (cfr. Cons. Stato, III, 12 luglio 2018, n. 4283 e id., V, 22 ottobre 2018, n. 6026, nonché id., III, 27 settembre 2016, n. 3970).

Con la sentenza del Consiglio di Stato, Sezione V, 17 marzo 2020, n. 1916, si è, ad esempio, affermato che, così come ritenuto per il caso in cui la certificazione di qualità sia richiesta per la qualificazione, anche quando è richiesta per l'attribuzione del punteggio premiale, in caso di concorrente plurisoggettivo essa deve essere posseduta da tutti i componenti del raggruppamento.

Tuttavia, con altro precedente della stessa Sezione V, 16 marzo 2020, n. 1881, si è affermato che, quando il possesso della certificazione di qualità

non costituisce un requisito di ammissione alla procedura, ma solo elemento integrativo e di valorizzazione dell'offerta, ai fini del riconoscimento di un punteggio aggiuntivo per l'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, se il possesso non è richiesto dalla legge di gara, a pena di inammissibilità, in capo ad ogni ditta, le certificazioni di qualità sono da ascrivere al raggruppamento nel suo complesso.

In particolare, secondo il recente orientamento del Consiglio di Stato, Sez. V, espresso nella sentenza 1° dicembre 2022, n. 10566, va superato l'assunto a base di entrambi i citati precedenti che vi sia un principio generale ricavabile dalla disciplina in materia secondo cui il requisito in parola è valutabile per l'attribuzione del punteggio premiale nei confronti dei raggruppamenti solo quando sia posseduto da tutti i membri del raggruppamento, a meno che la legge di gara non contenga un'esplicita deroga in tal senso, ovvero, all'opposto, solo quando la legge di gara lo richieda esplicitamente a pena di inammissibilità in capo a ogni ditta.

Secondo il Collegio, va considerato che quando le certificazioni di qualità siano richieste per la valutazione delle offerte tecniche, esse devono essere funzionali a qualificare l'offerta tecnica dal punto di vista oggettivo, cioè ad offrire garanzie di qualità dell'esecuzione delle prestazioni contrattuali, senza tradursi in un indebito vantaggio per gli operatori economici che, sul piano soggettivo, possano vantare certificazioni o marchi che prescindano dal contenuto dell'offerta.

Il relativo apprezzamento è rimesso in toto alla stazione appaltante. Spetta, infatti, all'Amministrazione all'atto della predisposizione della documentazione di gara, di esercitare il proprio potere discrezionale nella definizione dei criteri di valutazione e nella loro ponderazione, attraverso la previsione di un punteggio (seppure non graduabile tra un minimo e un massimo) differenziato per ciascun criterio, in modo da soddisfare lo scopo - sotteso alla scelta di ricorrere all'aggiudicazione secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa - di valorizzare il merito tecnico di ciascuna offerta.

La legge di gara quindi può variamente connotare la rilevanza della qualità dell'offerta del concorrente, singolo o plurisoggettivo, ai fini dell'attribuzione del punteggio.

Si tratta di una conclusione supportata dal testo dell'art. 95, comma 6, il quale, nel prevedere la valutazione delle offerte sulla base di caratteristiche soggettive dell'impresa, purché connesse all'oggetto dell'appalto, consente di valorizzare il possesso delle certificazioni anche in capo ad una soltanto delle imprese del raggruppamento se idoneo comunque a connotare positivamente l'offerta di quest'ultimo.

Si tratta, in sostanza, di un meccanismo analogo a quello delineato dallo stesso art. 95, comma 6, in relazione ad altri criteri di valutazione dell'offerta tra quelli contemplati nelle lettere da b) a g), i quali, pur potendo dipendere dalle caratteristiche soggettive di una singola impresa vengono però considerati, nel caso di imprese raggruppate, sommando, o meglio valutando complessivamente, il criterio riferito al concorrente plurisoggettivo.

Anche per il criterio di valutazione dell'offerta riferito al possesso di certificazioni ambientali, la disciplina va, quindi, desunta dall'interpretazione della legge di gara, secondo i consueti canoni ermeneutici.

Di conseguenza, la natura del requisito va necessariamente risolta componendo il contrasto mediante l'affermazione della necessità di considerare volta a volta i contenuti complessivamente desumibili dalla legge di gara.

Pareri & Sentenze



Consiglio di Stato, Sez. V, 24/1/2023, n. 787

"In tema di accesso agli atti - in particolar modo di accesso difensivo - deve esservi un giudizio di stretto collegamento (o nesso di strumentalità necessaria) tra documentazione richiesta e situazione finale controversa ... la parte interessata, in tale ottica, dovrebbe allora onerarsi di dimostrare in modo intelligibile il collegamento necessario fra la documentazione richiesta e le proprie difese"

"... Quel che occorre evitare, in altre parole, è un "uso emulativo" del diritto di accesso finalizzato, ossia, unicamente a "giovarsi di specifiche conoscenze industriali o commerciali acquisite e detenute da altri". Ciò anche in considerazione del fatto che la partecipazione ai pubblici appalti non deve tramutarsi in una ingiusta forma di penalizzazione per il soggetto che, risolvendosi in tal senso, correrebbe altrimenti il rischio di assistere alla indiscriminata divulgazione di propri segreti di carattere industriale e commerciale; 2.5. Condizione di operatività di siffatta esclusione dall'accesso agli atti è data dalla "motivata e comprovata dichiarazione" da parte del concorrente interessato a far valere il suddetto segreto tecnico o commerciale; la stessa peraltro non opera laddove altro concorrente "dimostri che l'ostensione documentale è finalizzata alla difesa in giudizio dei propri interessi" (c.d. accesso difensivo);

2.6. In quest'ultima direzione "è essenziale dimostrare non già un generico interesse alla tutela dei propri interessi giuridicamente rilevanti" quanto, piuttosto, la "stretta indispensabilità" della ridetta documentazione per apprestare determinate difese all'interno di un specifico giudizio;

2.7. La valutazione di "stretta indispensabilità", in altre parole, costituisce il criterio che regola il rapporto tra accesso difensivo e tutela della segretezza industriale e commerciale;

2.8. Una simile valutazione va effettuata in concreto e verte, in particolare, "sull'accertamento dell'eventuale nesso di strumentalità esistente tra la documentazione oggetto dell'istanza di accesso e le censure formulate";

2.9. Come poi affermato da Cons Stato, Ad. plen. n. 4 del 18 marzo 2021, in materia di accesso difensivo ai sensi dell'art. 24, comma 7, della l. n. 241 del 1990, deve però escludersi che sia sufficiente fare generico riferimento, nell'istanza di accesso, a non meglio precisate esigenze probatorie e difensive, siano esse riferite a un processo già pendente oppure ancora instaurando, laddove l'ostensione del documento richiesto dovrà comunque passare attraverso un rigoroso e motivato vaglio sul nesso di strumentalità necessaria tra la documentazione richiesta e la situazione finale che l'istante intende curare o tutelare;

2.10. Trova quindi conferma la tesi di maggior rigore secondo cui deve esservi un giudizio di stretto collegamento (o nesso di strumentalità necessaria) tra documentazione richiesta e situazione finale controversa.: la parte interessata, in tale ottica, dovrebbe allora onerarsi di dimostrare in modo intelligibile il collegamento necessario fra la documentazione richiesta e le proprie difese. E tanto, come evidenziato in diverse occasioni dalla giurisprudenza amministrativa (cfr. Cons. Stato, IV, 14 maggio 2014, n. 2472), attraverso una sia pur minima indicazione delle "deduzioni difensive potenzialmente esplicabili";

2.11. In questo quadro l'onere della prova del suddetto nesso di strumentalità incombe – secondo il consueto criterio di riparto – su colui che agisce, ossia sul ricorrente (in sede procedimentale, il richiedente l'accesso agli atti);

2.12. In assenza di tale dimostrazione circa la "stretta indispensabilità" della richiesta documentazione, la domanda di accesso finisce per tradursi nel tentativo "meramente esplorativo" di conoscere tutta la documentazione versata agli atti di gara, come tale inammissibile."

Consiglio di Stato, Sez. V, 17/1/2023, n. 565

Un caso di contrasto tra bando e disciplinare di gara ritenuto insanabile

“E’ noto a questo Collegio il rapporto tra bando, disciplinare di gara e capitolato speciale d’appalto, in ordine all’autonomia di tali provvedimenti ed alla propria peculiare funzione nell’economia della procedura, il primo fissando le regole della gara, il secondo disciplinando in particolare il procedimento di gara ed il terzo integrando eventualmente le disposizioni del bando. La giurisprudenza, in maniera condivisa, ha sostenuto che tali atti determinano insieme la *lex specialis* della gara (Cons. Stato, sez. VI, 15 dicembre 2014, n. 6154; Cons. Stato, sez. V, 5 settembre 2011, n. 4981; Cons. Stato, sez. V, 25 maggio 2010, n. 3311), in tal modo sottolineando il carattere vincolante che (tutte) quelle disposizioni assumono non solo nei confronti dei concorrenti, ma anche dell’amministrazione appaltante, in attuazione dei principi costituzionali fissati dall’art. 97 Cost.

Quanto agli eventuali contrasti tra le singole disposizioni della *lex specialis* ed alla loro risoluzione, la giurisprudenza ha stabilito che tra tali atti sussiste una gerarchia differenziata con prevalenza del contenuto del bando di gara (Cons. Stato, sez. V, 17 ottobre 2012, n. 5297; Cons. Stato, sez. V, 23 giugno 2010, n. 3963), laddove però le disposizioni del capitolato speciale e del disciplinare possono solo integrare, ma non modificare le prime (Cons. Stato, sez. III, 29 aprile 2015 n. 2186; Cons. Stato, sez. V, 24 gennaio 2013, n. 439).

Tali principi, nella specie, sono applicabili con il chiarimento da ultimo precisato (...laddove però le disposizioni del capitolato speciale e del disciplinare possono solo integrare ma non modificare le prime), atteso che l’insanabile contrasto tra Bando e Disciplinare di gara, in ordine al criterio dell’attribuzione del punteggio, non consente di superare la confusione sulla disciplina a cui fare riferimento, in spregio ai doveri di chiarezza, espressione del più generale principio di buona fede, a cui deve attenersi l’amministrazione, e la cui violazione comporta, in applicazione del principio di autoresponsabilità, che le conseguenze derivanti da disposizioni contraddittorie non possono ricadere sul concorrente che, in modo inconsapevole, abbia fatto affidamento sulle stesse (Cons. Stato, sez. III, 10 giugno 2016, n. 2497).

Nel caso in esame, diversamente da quanto sostenuto dall’appellante, una lettura idonea a superare l’ambiguità non è possibile. Gli atti di gara non sono stati redatti in modo lineare, essendo evidente la contraddizione tra Bando e Disciplinare, che non può essere ritenuta né un refuso, né un errore.”

Consiglio di Stato, Sez. V, 17/1/2023, n. 574

“Il sovraccarico degli accessi, che potrebbe aver reso più lento dell’ordinario il caricamento dei dati sulla piattaforma, è evento che risulta verificatosi solo in prossimità della scadenza del termine, ed era agevolmente prevedibile ed ovviabile con la (normale) diligenza di non ridursi all’ultimo momento”. Inapplicabilità del soccorso istruttorio.

“L’applicazione del principio di autoresponsabilità, secondo i principi ricordati nell’appello principale, non conduce ad imputare quanto accaduto alla piattaforma utilizzata per la gara e, indirettamente, alla stazione appaltante.

Risulta dalle relazioni CONSIP (cfr. in particolare l’ultima relazione, riportata al punto 5.) che <<...>> si sia accinta alle operazioni di caricamento alle 16.44.51 e non sia riuscita a concluderle entro le 17.00, termine prefissato. La relazione aggiunge che “Sempre dai Log risulta l’avvenuta esecuzione di varie attività di inserimento e cancellazione di documenti da parte della <<...>>, nonché l’inserimento di alcuni file “autonominati” dall’OE (es. “Allegato1.pdf.p7m”), ossia privi di riferimento testuale esplicativo del relativo contenuto. Non è dato quindi sapere quali documenti, nello specifico, siano stati caricati dalla <<...>>”. E non è dimostrato che un’attività più tempestiva da parte sua sia stata impedita dal sistema, né, in

generale, che vi sia stato un "malfunzionamento" della piattaforma ... Occorre quindi convenire con il TAR, che il sovraccollamento degli accessi, che potrebbe aver reso più lento dell'ordinario il caricamento dei dati sulla piattaforma, è evento che risulta verificatosi solo in prossimità della scadenza del termine, ed era agevolmente prevedibile ed ovviabile con la (normale) diligenza di non ridursi all'ultimo momento. D'altra parte, non è stata specificamente censurata la organizzazione e configurazione della piattaforma, sotto il profilo della omessa predisposizione di modalità/potenzialità in grado di scongiurare alla radice sovraccollamenti ... Non possono essere condivise nemmeno le doglianze relative all'omissione da parte della stazione appaltante del soccorso istruttorio, al fine di recuperare la documentazione non tempestivamente caricata."

Consiglio di Stato, Sez. IV, 16/1/2023, n. 502

"E' legittimo l'avvalimento da parte dell'aggiudicataria per la certificazione di qualità"

"Giurisprudenza prevalente, dopo alcuni contrari avvisi, ne ammette oramai pacificamente l'ammissibilità (ex multis, Cons. Stato, Ad. plen. 4 novembre 2016, n. 23; V, 27 luglio 2017, n. 3710; 17 maggio 2018, n. 2953; III, 8 ottobre 2018, n. 5765; V, 10 settembre 2018, n. 5287; 20 novembre 2018, n. 6551; 18 marzo 2019, n. 1730), in particolare rilevando, come di recente, che "I certificati rilasciati da organismi indipendenti di cui all'art. 87 del Codice dei contratti pubblici sono pur sempre attinenti a capacità tecniche e professionali dell'impresa, così come definite dall'art. 58, paragrafo 4, della direttiva 2014/24/UE ("requisiti per garantire che gli operatori economici possiedono le risorse umane e tecniche e l'esperienza necessarie per eseguire l'appalto con adeguato standard di qualità"), di modo che, ai sensi del successivo art. 63, ben possono essere oggetto di avvalimento" (Cons. Stato, V, 13 settembre 2021, n. 6271)" (Cons. Stato, sez. V, n. 7370 del 2021).

Come questo Consiglio di Stato ha sottolineato (cfr. Cons. Stato, Sez. III, n. 5765 del 2018, Sez. V, n. 2953 del 2018) in linea generale l'istituto dell'avvalimento è stato introdotto nell'ordinamento nazionale in attuazione di puntuali prescrizioni dell'ordinamento U.E. ed esso risulta volto, secondo quanto chiarito dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'U.E., a conseguire l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza nella misura più ampia possibile ... è stato chiarito che "nelle gare pubbliche la certificazione di qualità, essendo connotata dal precipuo fine di valorizzare gli elementi di eccellenza dell'organizzazione complessiva, è da considerarsi anch'essa requisito di idoneità tecnico organizzativa dell'impresa, da inserirsi tra gli elementi idonei a dimostrarne la capacità tecnico professionale assicurando che l'impresa, cui sarà affidato il servizio o la fornitura, sarà in grado di effettuare la prestazione nel rispetto di un livello minimo di qualità accertato da un organismo a ciò predisposto" (così Cons. Stato, Sez. V, 20 dicembre 2013, n. 6125, vedi anche Sez. V, 6 marzo 2013, n. 1368; Sez. IV, n. 4958 del 2014; Sez. V, n. 3517 del 2015; Sez. V, n. 2953 del 2018).

In caso di avvalimento, quindi, l'impresa ausiliata può senz'altro utilizzare tutti i requisiti afferenti alla capacità economica e tecnica dell'impresa ausiliaria, non esclusa la certificazione di qualità.

Gli argomenti dedotti dall'appellante sono volti a limitare la possibilità di avvalimento nel caso di specie, identificando la certificazione di qualità con i requisiti minimi di partecipazione. Si tratterebbe di soluzione contrastante con i principi appena richiamati di matrice europea, accolti ormai da tempo dal Consiglio di Stato."

Consiglio di Stato, Sez. V, 16/1/2023, n. 526

"il bando-tipo costituisce l'atto presupposto del successivo bando e disciplinare di gara adottato dalla stazione appaltante quante volte questa abbia riprodotto il contenuto del primo negli atti adottati. Sul piano processuale il predetto rapporto tra gli atti comporta l'onere del ricorrente di rivolgere la sua impugnazione (anche) avverso il livello di regolazione immediatamente superiore rispetto a quello avvertito come direttamente lesivo"

"Il potere di A.n.a.c. di adottare bandi-tipo è previsto dall'art. 213, comma 2, d.lga. 18 aprile 2006, n. 50 in questi termini: "L'A.N.A.C., attraverso linee guida, bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolazione flessibile, comunque denominati, garantisce la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, cui fornisce supporto anche facilitando lo scambio di informazioni e la omogeneità dei procedimenti amministrativi e favorisce lo sviluppo delle migliori pratiche". L'art. 71 d.lgs. n. 50 del 2016 precisa, poi, che: "Fatto salvo quanto previsto dagli articoli 59, comma 5, secondo periodo, e 63, tutte le procedure di scelta del contraente sono indette mediante bandi di gara. Al fine di agevolare l'attività delle stazioni appaltanti omogeneizzandone le condotte, successivamente alla adozione da parte dell'ANAC di bandi-tipo, i bandi di gara sono redatti in conformità degli stessi.". E' precisato, infine, nell'ultimo periodo che: "Le stazioni appaltanti nella delibera a contrarre motivano espressamente in ordine alle deroghe al bando-tipo".

Anche altre Autorità hanno il potere di definire schemi di bandi di gara (cfr. art. 37, d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito con modificazioni dalla l. 22 dicembre 2011, n. 214 che lo attribuisce anche all'Autorità di regolazione dei trasporti).

5.3. Senza voler approfondire la natura giuridica dei bandi-tipo (dubbia, come degli altri atti di regolazione flessibile previsti dall'art. 213, comma 2, in precedenza riportato, e, segnatamente, per le linee-guida; cfr. per ogni approfondimento Cons. Stato, sez. I, 24 marzo 2020, n. 615), un elemento si ricava con certezza dalle disposizioni in precedenza richiamate: nel momento in cui il bando-tipo è stato adottato, esso costituisce un parametro dell'azione amministrativa delle stazioni appaltanti, nel senso che queste ultime sono tenute ad uniformarsi allo stesso, mantenendo una limitata facoltà discrezionale di deroga (in tal senso, Corte cost., 12 luglio 2013, n. 187, relativamente ai bandi-tipo previsti dall'art. 64, comma 4-bis, d.lgs. 12 aprile 2016, n. 163, ma con considerazioni valide anche in relazione ai bandi-tipo previsti dal nuovo codice dei contratti pubblici).

Ne segue logicamente che il bando-tipo costituisce l'atto presupposto del successivo bando e disciplinare di gara adottato dalla stazione appaltante quante volte questa abbia riprodotto il contenuto del primo negli atti adottati.

5.4. Sul piano processuale il predetto rapporto tra gli atti comporta l'onere del ricorrente di rivolgere la sua impugnazione (anche) avverso il livello di regolazione immediatamente superiore rispetto a quello avvertito come direttamente lesivo, altrimenti ottenendo una sentenza inutiliter data (in tal senso, con riferimento alle circolari ministeriali, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 26 settembre 2018, n. 5532; III, 1° dicembre 2016, n. 5047)."

Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 13/1/2023, n. 2

"La disposizione dell'art. 61, comma 2, del d.P.R. n. 207 del 2010, laddove prevede, per il raggruppamento c.d. orizzontale, che l'incremento premiale del quinto si applica con riferimento a ciascuna impresa raggruppata o consorziata, a condizione che essa sia qualificata per una classifica pari ad almeno un quinto dell'importo dei lavori a base di gara, si applica anche, per il raggruppamento c.d. misto, alle imprese del singolo sub-raggruppamento orizzontale per l'importo dei lavori della categoria prevalente o della categoria scorporata a base di gara"

“L’art. 61, comma 2, del d.P.R. n. 207 del 2010 prevede che «la qualificazione in una categoria abilita l’impresa a partecipare alle gare e ad eseguire i lavori nei limiti della propria classifica incrementata di un quinto; nel caso di imprese raggruppate o consorziate la medesima disposizione si applica con riferimento a ciascuna impresa raggruppata o consorziata, a condizione che essa sia qualificata per una classifica pari ad almeno un quinto dell’importo dei lavori a base di gara; nel caso di imprese raggruppate o consorziate la disposizione non si applica alla mandataria ai fini del conseguimento del requisito minimo di cui all’articolo 92, comma 2» ... Si tratta, dunque, di capire se e in che termini la disciplina dettata dall’art. 61, comma 2, del d.P.R. n. 207 del 2010 possa trovare applicazione anche al raggruppamento misto per via del rilievo che, nei singoli sub-raggruppamenti, a livello “orizzontale” si viene a creare, con riferimento alla specifica categoria di lavorazione, prevalente o scorporata, la medesima situazione di fatto, e di diritto, che in via generale contraddistingue il raggruppamento orizzontale... si giustifica allora, nella prospettiva, auspicata dall’ordinanza di rimessione, di una lettura orientata alla necessaria coerenza sistematica del regime di qualificazione dei concorrenti plurisoggettivi, una interpretazione orientata (od adeguatrice) dell’art. 61, comma 2, del d.P.R. n. 207 del 2010, nel senso che, nei raggruppamenti di tipo misto, i componenti di ciascuno dei sub-raggruppamenti di tipo orizzontale siano abilitati a partecipare alle gare e ad eseguire i lavori «nei limiti della propria classifica incrementata di un quinto», purché siano qualificati per una classifica pari ad almeno un quinto «dell’importo della categoria di lavori cui lo stesso componente partecipa».”

Consiglio di Stato, Sez. V, 3/1/2023, n. 91

“... l’operatore economico deve dichiarare sin dalla domanda di partecipazione la volontà di avvalersi del subappalto c.d. necessario”

“... giova richiamare l’orientamento giurisprudenziale ormai consolidato per il quale il concorrente non è tenuto ad indicare il nominativo del subappaltatore già in sede di offerta, ma è tenuto senz’altro a dichiarare la volontà di ricorrere al subappalto per supplire al requisito di qualificazione mancante.

Detto più chiaramente, l’operatore economico deve dichiarare sin dalla domanda di partecipazione la volontà di avvalersi del subappalto c.d. necessario (in tal senso, Cons. Stato, sez. V, 1° luglio 2022, n. 5491; V, 31 marzo 2022, n. 2365).

In presenza di contestazioni sul tenore della dichiarazione, insorge, pertanto, una questione di interpretazione della volontà del contraente come espressa nell’offerta, da risolvere secondo i noti criteri di interpretazione del contratto (di cui agli art. 1362 e ss. cod. civ.).

Nel caso di specie, è già solo il criterio di interpretazione letterale della dichiarazione che induce a ritenere che la OMISSIS Lavori abbia inteso far ricorso al subappalto c.d. necessario; si legge, infatti, nel DGUE che: “In caso di aggiudicazione, la scrivente provvederà a subappaltare, ai sensi, nel rispetto e nei limiti della normativa vigente, con particolare riferimento alle categorie per le quali non è in possesso della relativa attestazione, le opere e le lavorazioni riconducibili alle categorie SOA OG4, OG10, OG3, OS3, OG11, OS9, OS19”.

Il chiaro riferimento alla carenza di attestazione per talune delle categorie indicate – e, dunque, in questo modo l’espressa ammissione di non essere qualificato per tutte le categorie di lavori previste dal disciplinare – è elemento decisivo a far dire che l’operatore abbia inteso recuperare i requisiti mancanti facendo ricorso a subappaltatori qualificati.”

Autorità Nazionale Anticorruzione

DELIBERA N. 616 del 20 dicembre 2022
PREC 165/2022/S

"Appalto pubblico – In genere – Scelta del contraente – Procedura – Malfunzionamento piattaforma telematica – Provvedimenti adottabili – Riapertura dei termini per la presentazione delle offerte – Ammissibilità"

"L'ampia formulazione dell'art. 79, comma 5 bis, del d.lgs. 50/2016 rende doverosa per la Stazione appaltante, che abbia accertato l'esistenza di un malfunzionamento della piattaforma telematica impeditivo della partecipazione, l'adozione ogni provvedimento idoneo a consentire la regolarità della procedura, ivi compresa la riapertura dei termini per la presentazione delle offerte."

Autorità Nazionale Anticorruzione

DELIBERA N. 597 del 20 dicembre 2022
PREC 170/2022/S

"Non è astrattamente configurabile la causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5 lett. c-bis), d.lgs. n. 50/2016 del tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale quando la dichiarazione non veritiera o fuorviante è irrilevante ai fini del processo decisionale della Stazione Appaltante in ordine all'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione della procedura."

"la definizione dell'ambito applicativo delle disposizioni di cui all'art. 80, comma 5, lett.c), c-bis) e f)-bis, d.lgs. n. 50/2016, è stata affrontata dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 16/2020 che, al riguardo, ha statuito i seguenti principi: i) la falsità di informazioni rese dall'operatore economico partecipante a procedure di affidamento di contratti pubblici e finalizzata all'adozione dei provvedimenti di competenza della stazione appaltante concernenti l'ammissione alla gara, la selezione delle offerte e l'aggiudicazione, è riconducibile all'ipotesi prevista dalla lettera c) [ora c-bis]) dell'art. 80, comma 5, del Codice; ii) in conseguenza di ciò, la stazione appaltante è tenuta a svolgere la valutazione di integrità e affidabilità del concorrente senza alcun automatismo espulsivo; iii) alle conseguenze ora esposte conduce anche l'omissione di informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione, nell'ambito della quale rilevano, oltre ai casi oggetto di obblighi dichiarativi predeterminati dalla legge o dalla normativa di gara, solo quelle evidentemente incidenti sull'integrità ed affidabilità dell'operatore economico; vi) la lettera f-bis) dell'art. 80, comma 5, ha carattere residuale e si applica in tutte le ipotesi di falso non rientranti in quelle previste dalla lettera c) [ora c-bis]) della medesima disposizione; ... le ipotesi di falsità di informazioni finalizzate all'adozione dei provvedimenti concernenti l'ammissione alla gara, la selezione delle offerte e l'aggiudicazione, sono riconducibili all'art. 80, comma 5, lett. c-bis) del Codice, e «non rappresentano cause di esclusione di tipo automatico dalla gara, ma presuppongono una valutazione discrezionale della stazione appaltante sull'incidenza della condotta sulla integrità ed affidabilità dell'operatore» (Parere di precontenzioso delibera n. 207/2022, in termini anche Parere di precontenzioso delibera n. 787/2021); ... ai fini dell'astratta configurabilità della causa di esclusione non automatica di cui all'art. 80, comma 5 lett. c-bis), ancor prima di invocare la valutazione discrezionale della stazione appaltante circa l'incidenza sulla integrità ed affidabilità dell'operatore, occorre tuttavia valutare se la dichiarazione resa dall'Avv.[OMISSIS]fosse idonea a influenzare le decisioni dell'amministrazione in ordine all'aggiudicazione della selezione"

Autorità Nazionale Anticorruzione**DELIBERA N. 565 del 30 novembre 2022
PREC 154/2022/S**

"I requisiti di esecuzione si sostanziano in condizioni per la stipulazione del contratto di appalto, pur potendo essere considerati nella lex specialis come elementi dell'offerta, a volte essenziali, più spesso idonei all'attribuzione di un punteggio premiale. Ne consegue che la regolazione dei requisiti di esecuzione va rinvenuta nella lex specialis e ove richiesti come elementi essenziali dell'offerta o per l'attribuzione di un punteggio premiale, la loro mancanza, al momento della partecipazione alla gara, comporta rispettivamente l'esclusione del concorrente o la mancata attribuzione del punteggio."

"la giurisprudenza definisce i requisiti di esecuzione quali "elementi caratterizzanti la fase esecutiva del servizio" (Cons. Stato, n. 5929/2017; Cons. Stato n. 4390/2018, Cons. Stato n. 2443/2017; Cons. Stato n. 1094/2017; Cons. Stato n. 4907/2014), vale a dire i mezzi (strumenti, beni ed attrezzature) necessari all'esecuzione della prestazione promessa alla stazione appaltante (Cons. Stato, n. 8159/2020), così distinguendoli dai requisiti di partecipazione che sono invece necessari per accedere alla procedura di gara, in quanto requisiti generali di moralità ai sensi dell'art. 80 d.lgs. 50/2016 e requisiti speciali attinenti ai criteri di selezione di cui all'art. 83 D.lgs. 50/2016; ... un recente approdo giurisprudenziale afferma che i c.d. requisiti di esecuzione si sostanziano in condizioni per la stipulazione del contratto di appalto (cfr. Cons. Stato, n. 5734/2020; n. 5740/2020; n. 1071/2020), pur potendo essere considerati nella lex specialis come elementi dell'offerta, a volte essenziali (cfr. Cons. Stato n. 2190/2019), più spesso idonei all'attribuzione di un punteggio premiale (cfr. Cons. Stato n. 2090/2020 e n. 5309/2019), con la conseguenza che "... la regolazione dei c.d. requisiti di esecuzione va rinvenuta nella lex specialis,, se richiesti come elementi essenziali dell'offerta o per l'attribuzione di un punteggio premiale, la loro mancanza al momento di partecipazione alla gara comporta, rispettivamente l'esclusione del concorrente o la mancata attribuzione del punteggio; se richiesti come condizione per la stipulazione del contratto, la loro mancanza rileva al momento dell'aggiudicazione o al momento fissato dalla legge di gara per la relativa verifica e comporta la decadenza dall'aggiudicazione, per l'impossibilità di stipulare il contratto addebitabile all'aggiudicatario" (Cons. Stato n. 722/2022);"

A Domanda Rispondiamo

A.
D.
R.

1

Come devono essere gestite le procedure di gara andate deserte o non aggiudicate, nell'ambito degli obblighi relativi alla programmazione di beni e servizi?

Nel caso in cui una procedura, avviata, sia stata interrotta per mancanza di offerte o sia comunque annullata per altri motivi, se tale circostanza, è nota al momento della redazione e approvazione del nuovo programma, darà luogo ad una nuova successiva procedura di affidamento e l'intervento o acquisto dovrà quindi essere considerato come "non avviato" e pertanto dovrà essere riproposto nel nuovo programma.

Per gli acquisti di forniture e servizi, nel caso di una gara con più lotti alcuni dei quali siano andati deserti o comunque non aggiudicati per altri motivi, essendo da considerarsi comunque già avviata la procedura di affidamento, non è richiesta la riproposizione in programma dei lotti non aggiudicati. (ITACA)

2

Per le procedure di gara conclusesi prima dell'entrata in vigore del D.L. 4/22 convertito in L. 25/22, senza previsione alcuna di clausola di revisione prezzi, quali provvedimenti adottare in caso di richieste in tal senso?

Da un recente parere Anac, (n. 20/2022) emerge che per gli appalti di forniture/servizi banditi ante entrata in vigore del D.L. 4/2022 non si possa operare se non in base a quanto previsto dall'articolo 106 e quindi solo se è stata prevista una clausola di adeguamento. Né ritiene applicabile, l'art. 1664 c.c. ai fini della revisione dei prezzi. Pertanto, se nella documentazione di gara non sono state inserite indicazioni in merito, si ritiene possibile l'applicazione dell'art. 106 comma 1 lett. c), previa istruttoria da parte dell'amministrazione.

Tale condotta sarebbe giustificata anche dall'articolo 7 della legge 26/06/2022 n. 79, comma 2-ter, nel quale si legge che "l'articolo 106, comma 1, lettera c), del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, si interpreta nel senso che tra le circostanze indicate al primo periodo sono incluse anche quelle imprevedute ed imprevedibili che alterano in maniera significativa il costo dei materiali necessari alla realizzazione dell'opera". Ovviamente l'attivazione di tali meccanismi pone uno specifico onere della prova in capo all'appaltatore, ma non può pretendere di azzerare il fisiologico rischio di impresa, quindi sarà la stazione appaltante a decidere la portata degli aumenti da riconoscere, nei limiti massimi previsti dallo stesso art. 106 del codice, qualora l'amministrazione ne ravveda l'effettiva necessità.

3

Può la certificazione di qualità formare oggetto di avvalimento?

La certificazione di qualità è un requisito di capacità tecnico professionale e può formare oggetto di avvalimento. La Giurisprudenza prevalente ne ammette oramai pacificamente l'ammissibilità a condizione che l'avvalimento sia effettivo e non fittizio, non potendosi ammettere il c.d. "prestito" della sola certificazione di qualità quale mero documento. La certificazione di qualità, in quanto finalizzata ad assicurare l'espletamento del servizio o della fornitura di una impresa secondo il livello qualitativo accertato dall'apposito organismo e sulla base di parametri rigorosi delineati a livello internazionale — che danno rilievo all'organizzazione complessiva della relativa attività ed all'intero svolgimento delle diverse fasi di lavoro —, non può essere oggetto di avvalimento senza la messa a disposizione di tutto o di quella parte del complesso aziendale del soggetto al quale è stato riconosciuto il sistema di qualità, occorrente per l'effettuazione del servizio o della fornitura. In altri termini, l'ausiliaria deve mettere 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.

4

Nell'ambito di una procedura con applicazione dell'inversione procedimentale è possibile limitarsi a verificare la documentazione amministrativa del concorrente primo in graduatoria o è necessario verificare anche gli altri concorrenti?

In caso di inversione procedimentale (procedimento ammesso sempre nei settori speciali ai sensi dell'art. 133 comma 8 del codice e per le procedure indette fino al 30 giugno 2023 nei settori ordinari), la stazione appaltante deve sicuramente verificare la documentazione amministrativa del concorrente primo in graduatoria ma potrà valutare la possibilità di procedere alla verifica del secondo in graduatoria e di sorteggiare un certo numero di concorrenti per sottoporli a verifica della documentazione amministrativa a condizione che tale facoltà sia stata espressamente prevista nella lex specialis di gara

(Cfr. Parere del MIT n. 1506 del 16/09/2022).

5

La presenza di elementi economici nell'offerta tecnica è sempre causa di esclusione dalla procedura di gara?

La presenza di elementi economici nell'offerta tecnica non determina l'esclusione dalla procedura di gara se trattasi di elementi isolati e del tutto marginali che non consentano in alcun modo di ricostruire la complessiva offerta economica. Nell'offerta tecnica possono essere inclusi singoli elementi economici che siano resi necessari allo scopo di rappresentare le soluzioni realizzative dell'opera o del servizio oggetto di gara, purché siano elementi economici che non fanno parte dell'offerta economica **(Cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 11/05/2022, n. 3725).**

6

In caso di procedura di gara svoltasi in forma aggregata da un soggetto per conto e nell'interesse anche di altri enti, a quale ente va notificato il ricorso?

Sul punto si porta all'evidenza una sentenza del Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 18.05.2018 n. 8, in cui si legge, (anche in virtù della disposizione dell'art. 41 del c.p.a.) che *"il ricorso deve essere notificato esclusivamente alla pubblica amministrazione che ha emesso l'atto impugnato..."*

Infatti, di fronte ad un'unica amministrazione (capofila) che gestisce la procedura e che di essa è responsabile, soltanto ad essa sono imputabili gli atti ed i provvedimenti della medesima, divenendo così l'unica amministrazione cui notificare il ricorso giurisdizionale, unica legittimata passiva anche con riferimento alle domande risarcitorie, perciò il contraddittorio non deve essere esteso alle altre Amministrazioni, destinatarie dell'appalto.

7

Il mancato inserimento dei CRITERI MINIMI AMBIENTALI nei documenti di gara è causa di illegittimità della procedura?

In tema di criteri ambientali minimi (CAM), il Consiglio di Stato con sentenza del 14/10/2022, n. 8773, ha ritenuto che non è vizio tale da imporre un'immediata e tempestiva impugnazione del bando di gara, non ricadendosi nei casi eccezionali di clausole escludenti o impeditive che, sole, consentono l'immediata impugnazione della lex specialis di gara.

Conseguentemente, la partecipazione alla gara in un'ipotesi del genere non può considerarsi acquiescenza alle regole di gara, essendo l'impugnazione proponibile solo all'esito della procedura e avverso l'aggiudicazione, con conseguente obbligo di rinnovare integralmente gli atti di gara.

8

L'art. 53, comma 5, lett. a), del d.lgs. n. 50/2016, stabilisce a chiare lettere che le offerte possono essere sottratte all'ostensione solo laddove "costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali". Cosa deve intendersi per segreti tecnici o commerciali?

I segreti tecnici o commerciali sono cosa diversa dalle più generiche cognizioni e/o competenze (cd. "abilità lavorative") possedute da un operatore economico per svolgere in modo ottimale un'attività o una professione. Pertanto, non è sufficiente, ai fini della limitazione del diritto di accesso di una concorrente in una gara pubblica agli atti ed ai documenti tecnici della controinteressata aggiudicataria, l'affermazione che questi ultimi attengono, genericamente, al proprio "know how", bensì è necessario che sussista una informazione "precisamente individuata, che sia suscettibile di sfruttamento economico (in grado di garantire un vantaggio concorrenziale all'operatore nel mercato di riferimento) e presenti effettivi e comprovabili caratteri di segretezza oggettiva (non conoscenza o facile accessibilità da parte di altri operatori del settore) e soggettiva (protezione mediante misure organizzative o tecnologiche, o accordi contrattuali)" **(Cfr. Tar Friuli-Venezia Giulia, Sez. I, 02/02/2023, n. 37).**

9

I costi della manodopera di cui all'art. 95 comma 10 del codice dei contratti pubblici riguardano anche i lavoratori autonomi eventualmente utilizzati dall'appaltatore?

L'art. 95 comma 10 del D. Lgs. n. 50 del 2016 e ss.mm. impone ai concorrenti di indicare nell'offerta economica solo i costi della manodopera "subordinata" e non anche dei lavoratori autonomi eventualmente utilizzati dall'appaltatore. Tanto si desume dal tenore letterale della norma e dal dato sistematico offerto dalla lettura in combinato disposto con la lett. d) dell'art. 97 del D. Lgs. n. 50 del 2016 che, pur prescrivendo la diversa verifica del rispetto dei "minimi tabellari salariali retributivi" indicati nelle apposite tabelle di cui all'articolo 23, comma 16 dello stesso Codice, ha ad oggetto la medesima grandezza e si riferisce testualmente al "personale", termine che denota l'inserimento in pianta stabile del lavoratore nell'organizzazione aziendale in posizione di subordinazione
(Cfr. TAR Puglia Lecce – sezione III, 02/11/2021 n. 1584).

10

La mancata osservanza nell'offerta tecnica dei limiti dimensionali previsti dalla lex specialis determina l'esclusione dalla procedura di gara?

Sul punto, la consolidata giurisprudenza ha chiarito che "la prescrizione sul numero massimo delle pagine della relazione tecnica allegata all'offerta deve essere interpretata "cum grano salis" ovvero con buon senso.

La prescrizione inerente al numero massimo di pagine, oltre a poter dar luogo a esclusione solo se espressamente previsto dalla lex specialis, 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 (cfr. 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 **(Cfr. ex multis Tar Campania, Napoli, Sez. V, 05/01/2022, n. 78).**

IN FASE DI AGGIORNAMENTO

PROGRAMMAZIONE 2023

CORSI DI FORMAZIONE MEDIACONSULT!

Scegli nel vasto catalogo dei nostri corsi quello più adatto alle tue esigenze, un archivio completo e una ricca programmazione futura ti permetteranno di trovare quello che serve alla tua organizzazione.



Percorsi di alta formazione

Il nuovo codice dei
Contratti Pubblici - XII
Edizione Sardegna



Marzo - Luglio
13 incontri

Programma

Il nuovo codice dei
Contratti Pubblici -
XIII Edizione Italia



Marzo - Luglio
15 incontri

Programma

La transizione digitale
nelle Pubbliche
Amministrazioni



Marzo
4 incontri

Programma

CONTATTACI:

SERVIZIO CLIENTI - 0883.310504
info@mediaconsult.it

Criterio di selezione dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Analisi dei criteri di valutazione dell'offerta tecnica. Ragionamenti e valutazioni

IN
PIL
LOLE

Una panoramica complessiva sui recenti approdi giurisprudenziali in materia di criteri di valutazione e modalità per approcciarsi alla loro corretta interpretazione in sede valutativa, ci porta anzitutto a fare una considerazione di partenza.

La stazione appaltante muovendo dalla necessità di soddisfare l'interesse pubblico entro i ragionevoli limiti operativi che la norma (sostanziale e procedurale) le impone, costruisce la documentazione di gara e definisce i criteri di valutazione dell'offerta (entro il perimetro dell'offerta economicamente più vantaggiosa).

Tale *modus operandi* può comportare anche l'eventuale disaggregazione del singolo criterio valutativo in sotto-criteri, senza che ciò sia da demonizzare, essendo espressione dell'ampia discrezionalità attribuitale dalla legge per meglio perseguire l'interesse pubblico e come tale, è scelta sindacabile in sede di legittimità solo allorché sia macroscopicamente illogica, irragionevole ed irrazionale, ed i criteri non siano trasparenti ed intellegibili, non consentendo ai concorrenti di calibrare la propria offerta¹.

A tale considerazione ha fatto riferimento di recente il Tar Lazio-Latina, Sez. I, 21 dicembre 2022, n. 1001, il quale tra l'altro ha altresì aggiunto e ricordato un punto nodale e noto per il quale, in seno alla gara, l'organo di valutazione dell'offerta, nell'applicazione del criterio dell'offerta più vantaggiosa, si caratterizza per un'ampia discrezionalità tecnica e per i conseguenti limiti che incontra il successivo, eventuale, sindacato di legittimità del giudice amministrativo, al quale sono sottratte, salvo che esse non siano manifestamente illogiche, irrazionali, irragionevoli, arbitrarie ovvero fondate su di un altrettanto palese e manifesto travisamento dei fatti².

Se questo è il punto di riferimento da tenere a mente quale fulcro per leggere l'agire pratico "dell'Amministrazione", non diventa quindi anomalo o inusuale, applicare tale impronta anche ad altri aspetti dell'offerta tecnica oggetto di gara. Prosegue infatti il Tar Lazio richiamando l'art. 68 del Codice, ricordando che, "le amministrazioni aggiudicatrici non possono dichiarare inammissibile o escludere un'offerta per il motivo che i lavori, le forniture o i servizi offerti non sono conformi

1. (Cons. Stato, sez. V, 14 novembre 2019 n. 7837; sez. V, 3 ottobre 2019 n. 6625; sez. III, 11 gennaio 2019, n. 276; sez. V, 18 giugno 2018 n. 3737; sez. V, 18 giugno 2015 n. 3105; sez. V, 8 aprile 2014 n. 1668; sez. V, 10 gennaio 2013 n. 88; TAR Lazio, Latina, sez. I, 6 febbraio 2020 n. 59).

2. (Cons. Stato, sez. V, 20 ottobre 2020 n. 6335; sez. IV, 22 giugno 2020 n. 3970; sez. III, 9 giugno 2020 n. 3694; sez. V, 20 febbraio 2020 n. 1292; sez. V, 3 maggio 2019 n. 2873; sez. III, 21 novembre 2018 n. 6572; sez. V, 14 maggio 2018 n. 2853; sez. III, 14 novembre 2017 n. 5258; sez. III, 7 marzo 2014 n. 1072; TAR Lazio, Latina, sez. I, 2 maggio 2022 n. 397; sez. I, 11 febbraio 2022 n. 134).

alle specifiche tecniche alle quali hanno fatto riferimento, se nella propria offerta l'offerente dimostra, con qualsiasi mezzo appropriato, compresi i mezzi di prova di cui all'articolo 86, che le soluzioni proposte ottemperano in maniera equivalente ai requisiti definiti dalle specifiche tecniche".

Il ragionamento è ovviamente improntato al riconoscimento del principio generale di equivalenza³, che è applicabile anche quando non è richiamato dalla lex specialis ed esprime un apprezzamento tecnico-discrezionale dell'organo valutatore, sindacabile in via giudiziale solo in presenza di macroscopici vizi ed abnormità, non avendo l'organo giudicante, l'onere di una esplicita esternazione a verbale, né il concorrente quello di produrre una formale e solenne attestazione di equipollenza funzionale, occorrendo solo l'esibizione di un "qualsiasi mezzo appropriato" (nella specie, la relazione tecnica e i documenti allegati), da cui sia desumibile la rispondenza sostanziale del prodotto offerto alla specifica tecnica. (Cons. Stato, sez. IV, 7 giugno 2021 n. 4353; sez. III, 25 novembre 2020 n. 7404; sez. V, 25 marzo 2020 n. 2093; sez. III, 18 settembre 2019 n. 6212).

Il discorso può essere esteso anche all'ambito operativo delle valutazioni di anomalia dell'offerta che certo ci porterebbero a spaziare in ogni direzione possibile, ma che per quanto ad oggi in oggetto, mi portano a segnalare in particolare alcune specifiche pronunce.

A tal proposito il Consiglio di Stato, Sez. III, 23 dicembre 2022, n. 11276 precisa che "il compimento da parte della stazione appaltante (impersonata nella specie dal RUP) della

valutazione di anomalia dell'offerta del concorrente aggiudicatario, costituisce tipica espressione di discrezionalità tecnica, la quale permea le modalità di svolgimento della verifica di anomalia (recte, la relativa istruttoria) non meno dell'esito finale della stessa.

*Da tale postulato discende che la mera mancata acquisizione di elementi di riscontro alle giustificazioni formulate dal concorrente, così come di una analisi più approfondita delle voci di costo da esso indicate, non è suscettibile da sola di palesare profili di illegittimità (sub specie di carenza istruttoria e/o motivazionale) del giudizio di congruità, laddove l'organo deputato, anche in virtù della sua competenza ed esperienza nello specifico settore considerato, sia ugualmente in grado di apprezzare la coerenza delle componenti di costo dell'offerta e queste non presentino elementi di palese incongruità o inattendibilità."*⁴

Scendendo poi sul piano dell'analisi concreta dei criteri di valutazione dell'offerta tecnica (nella specie sull'analisi di criteri on/off), ipotizzati dalla stazione appaltante e all'incidenza di questi sugli spazi di mobilità valutativa della commissione, il Consiglio giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, sezione giurisdizionale, 14 dicembre 2022, n. 1259 ha precisato che: "La prospettazione della sussistenza di clausole di gara tali da impedire la formulazione di un'offerta economica ponderata ed economicamente sostenibile si scontra frontalmente, oltre che con la partecipazione dell'operatore economico alla gara, soprattutto con l'interesse finale ad ottenere l'aggiudicazione della gara, atteso che, tale interesse dimostra che l'offerta presentata è stata ritenuta dallo stesso operatore economico attendibile e sostenibile. I criteri on/off o binari costituiscono un meccanismo

3. Sul punto, Consiglio Giustizia Amministrativa Regione Sicilia Sezione giurisdizionale 30/12/2022 n. 1337, il quale afferma che: "Il giudizio di equivalenza, tuttavia, come osservato, può essere svolto ove le caratteristiche del prodotto o del servizio in affidamento siano espresse rinviando ad un dato standard tecnico-normativo, mentre risulta inconferente qualora si faccia questione di caratteristiche descritte attraverso grandezze comuni, suscettibili di definire la tipologia di prodotto richiesto inderogabilmente dalla stazione appaltante (requisito minimo) [...]" (Cons. stato, sez. VI, n. 3808 del 2020)

4. Sul punto si segnalano un paio di pronunce interessantissime sul piano delle motivazioni in punto di logica giuridica. La prima, Tar Lazio-Roma, Sez. I Ter, 4 gennaio 2023, n. 148 focalizzata sul tema valutativo globale dell'offerta. La seconda, Tar Lombardia-Milano, Sez. I, 2 gennaio 2023, n. 26 relativamente all'onere motivazionale sul giudizio rafforzato che la giurisprudenza esige per il giudizio di anomalia dell'offerta di segno negativo (ex multis, Consiglio di Stato, Sezione III, 18 gennaio 2021, n. 544; 28 dicembre 2020, n. 8442; 19 ottobre 2020, n. 6317).

automatizzato di assegnazione dei punteggi alle offerte tecniche negli appalti pubblici, in base alla mera presenza o assenza di un dato elemento o di una determinata qualità, per cui l'attività di valutazione discrezionale, solitamente esercitata dalla commissione aggiudicatrice, è attratta dalla stazione appaltante nella formulazione della disciplina di gara, in quanto è anticipata alla fase di predisposizione dei criteri di valutazione.

L'utilizzo dei criteri on/off è finalizzato ad ottenere una selezione di offerte tecniche che rispondano a precisi standard qualitativi richiesti e consentono alla stazione appaltante di definire gli elementi tecnici valorizzabili per valutare il merito tecnico di ciascuna offerta ed il legislatore non preclude tale scelta, in quanto non impone che sia la commissione "a valle" e non la stazione appaltante "a monte" ad esercitare la discrezionalità nell'individuazione degli elementi qualitativi valutabili dell'offerta tecnica.

L'utilizzo, sia pure ampio, di criteri binari o on/off si presenta compatibile con il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa e non costituisce di per sé una modalità illegittima dell'esercizio dell'azione

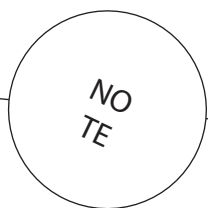
amministrativa, in quanto, da un lato, non si traduce in un automatico appiattimento dell'offerta tecnica e nell'attribuzione di un indebito maggior peso all'offerta economica, dall'altro, non costituisce di per sé un favor per le imprese in possesso degli elementi qualitativi richiesti in via binaria, mentre la legittimità del meccanismo deve essere valutata caso per caso, con riferimento allo specifico oggetto dell'appalto.

I criteri on/off non possono apportare alcun vulnus all'eventuale equivalenza delle caratteristiche tecniche dei prodotti offerti, atteso che, se l'equivalenza effettivamente sussiste, l'elemento dell'offerta sarà comunque meritevole dell'attribuzione del punteggio, mentre, se non sussiste o sussiste solo in parte, la mancata attribuzione del punteggio sarà ascrivibile all'esercizio della discrezionalità amministrativa, di cui deve essere provata l'eventuale illegittimità dell'offerta."

Sul concetto di criterio on/off e sulla ragionevole previsione all'interno della documentazione di gara che non determina una demonizzazione di tale metodo redazionale, si veda anche il recente Consiglio di Stato, Sez. V, 5 gennaio 2023, n. 211⁵.

5. Va ribadito che non è di per sé ravvisabile un diretto contrasto con l'art. 95, comma 10-bis d.lgs. n. 50 del 2016 neppure nell'ipotesi in cui l'amministrazione abbia optato, nell'esercizio (a monte) della propria discrezionalità tecnica, per una modalità di attribuzione del punteggio di tipo "on/off", in cui – come già detto – vi è attribuzione del punteggio nel caso di ricorrenza di un elemento ritenuto rilevante dalla stazione appaltante, in quanto "il metodo di attribuzione sì/no, pur ridimensionando in parte il margine di apprezzamento del merito tecnico dell'offerta, non lo esclude, anticipando, piuttosto, la valutazione dei requisiti tecnici che devono essere offerti, con la conseguenza che si ha poi un controllo finalizzato a comprovarne il possesso. Ciò significa che comunque la valutazione dell'offerta ha tenuto conto della componente tecnica" (Cons. Stato, V, 26 marzo 2020, n. 2094, cit.).

A maggior ragione, "la violazione della richiamata disposizione del Codice dei contratti pubblici va esclusa [...] nel caso di specie in cui non si verte affatto nell'ipotesi nella quale i criteri on/off assorbono gran parte del complessivo punteggio tecnico", ma "tutti i restanti criteri di valutazione erano tabellari, attenevano ad elementi qualitativi dell'offerta e, garantendo in maggioranza la graduazione dei punteggi in range ragionevolmente ampi, erano atti ad assicurare un effettivo confronto concorrenziale sugli elementi qualitativi del servizio (dislocazione territoriale, numero e competenza dei selezionatori, test di valutazione dei candidati)". Per l'effetto, va confermato il principio per cui "va esclusa la violazione dell'art. 95, comma 10 bis, del d.lgs. n. 50 del 2016 ogniquale volta, in un appalto di servizi, i criteri di valutazione dell'offerta tecnica definiti dalla lex specialis, pur essendo in parte del tipo c.d. on/off, per altra parte comportano l'assegnazione di punteggi gradualmente crescenti in ragione della tipologia degli elementi qualitativi dell'offerta presi in considerazione, diversi dai requisiti minimi di partecipazione e caratterizzanti le modalità di svolgimento del servizio (cfr. Cons. Stato, III, 22 ottobre 2020, n. 6380; Cons. Stato, V, 12 maggio 2020, n. 2967)" (così, ex multis, Cons. Stato, V, 10 novembre 2021, n. 7498).



.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

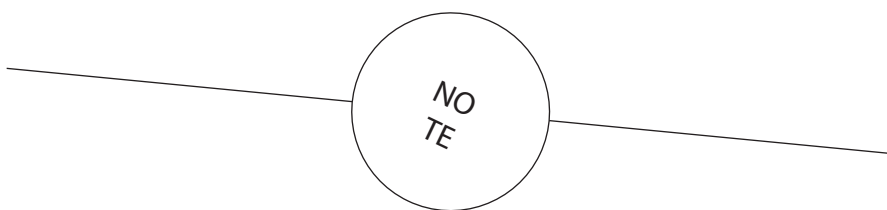
.....

.....

.....

.....

.....



.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

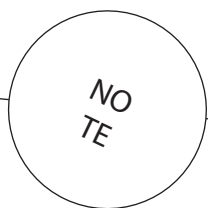
.....

.....

.....

.....

.....



.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....



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: Mediagraphics s.r.l.

Via Palmitessa, 40 - 76121 Barletta (BT)

Tel. 0883.527171 - Mail: redazione@mediappalti.it

i seminari in programma 2023

Elenco Webinar in fase di aggiornamento
Dove indicato i corsi si terranno in presenza

APPALTI PUBBLICI

Il nuovo codice dei Contratti Pubblici

XII - Edizione Sardegna

Marzo - Luglio (13 incontri)

Il nuovo codice dei Contratti Pubblici

XIII Edizione Italia

Marzo - Luglio (15 incontri)

La transizione digitale nelle Pubbliche Amministrazioni

Marzo - Aprile (4 incontri)

Il nuovo Codice dei Contratti Pubblici

24, 27 Febbraio

Corso in presenza a: ROMA - 8 Marzo, BARI - 13 Marzo, CAGLIARI - 14 Marzo, BOLOGNA - 16 Marzo, TRIESTE - 23 Marzo, FIRENZE - 4 Aprile, MILANO - 18 Aprile, TORINO - 18 Maggio.

Il nuovo MePA Consip

28 Febbraio, 2 Marzo

Corso in presenza a: CAGLIARI - 28 Marzo, ROMA - 4 Aprile, BARI - 6 Aprile, PALERMO - 11 Maggio.

Il nuovo MePA Consip - II Edizione

12, 18 Aprile

Corso avanzato su MePA, SDAPA e Accordi Quadro Consip

22, 24 Febbraio

Corso Base sul MePA

13, 16 Marzo

Corso pratico sulla BDAP

13 Febbraio

Gli adempimenti pre e postaggiudicazione

5 Aprile

I pilastri dell'agire amministrativo

17, 27 Marzo

Corso in presenza a: CAGLIARI - 10, 24 Marzo

La gara con l'offerta economicamente più vantaggiosa

26 Giugno

L'attività di verifica dei requisiti

16 Febbraio

Le modalità di affidamento semplificato

15, 23 Febbraio

Le principali ricadute negli appalti di servizi e forniture con il nuovo codice

24 Marzo

Le tecniche di redazione dei capitolati

9 Giugno

RUP e DEC negli appalti di servizi e forniture con il nuovo codice

15 Maggio

Sotto soglia, MePA e il nuovo Codice in approvazione

Febbraio - Marzo

CONTABILITA'

Percorsi di contabilità pubblica

Aprile - Giugno

Gli incentivi per le funzioni tecniche

14, 20 Aprile

I debiti fuori bilancio

5 Maggio

La Contrattazione Decentrata

9 Giugno

ANTICORRUZIONE

Tecniche per la mappatura dei processi per la predisposizione del piano triennale di prevenzione della corruzione / PIAO

3, 6 e 13 Marzo

INNOVAZIONE E DEMATERIALIZZAZIONE

Firme elettroniche e identità digitali SPID

2 Marzo

Domicilio digitale e servizi per la trasmissione dei documenti informatici

9 Marzo

Protocollo informatico e archiviazione digitale

13 Aprile

Conservazione dei documenti informatici

27 Aprile

La digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti

23 Maggio

PROJECT MANAGEMENT

Corso avanzato di Project Management (ISIPM - Avanzato®) - X Edizione

Marzo - Aprile (8 incontri)

MEDIACONSULT è fiera di sostenere le iniziative di Save the Children e di contribuire ad avvicinare bambini e adolescenti a quel futuro migliore che tutti noi sogniamo, e che dipende strettamente dalle azioni che scegliamo di compiere oggi.



Un nuovo obiettivo: un senso profondo!