

Rivista mensile - Anno IX, Numero 4

giugno
2019

MEDIA APPALTI

FOCUS

**GLI EFFETTI DEL DECRETO C.D. "SBLOCCA CANTIERI"
SUGLI AFFIDAMENTI SOTTO SOGLIA**

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

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

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

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

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

Media
Graphic





**approfondimento
aggiornamento
giurisprudenza
informazione
consulenza
normativa**

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

giugno
2019

EDI
TO
RIALE

GAP

Buche nell'asfalto, fontane che non zampillano, strisce pedonali cancellate. Il quotidiano scenario con il quale si vive in molte città italiane. Piccoli disagi che richiedono piccoli interventi. Piccoli interventi che però, in molti casi, non vengono eseguiti in tempi ammissibili e con i quali si impara a convivere.

Chi percorre quotidianamente una certa strada conosce a memoria ogni singola buca e sa bene quali traiettorie prendere per evitare fastidiosi sobbalzi e non rischiare di danneggiarsi ruote, ammortizzatori e semiassi.

Le città sono un organismo complesso. Come ogni organismo è necessario che ce se ne prenda cura ogni giorno. Serve ad evitare che con il trascorrere del tempo un piccolo malessere possa trasformarsi in un malanno cronico, incurabile.

Gli amministratori locali sono i medici delle loro città. Devono monitorarle costantemente devono preoccuparsi che prendano le medicine. Sono pazienti complicati le città, con diverse patologie, con vecchi acciacchi che periodicamente riemergono e nuovi problemi che di giorno in giorno si manifestano.

Intervenire tempestivamente sui singoli problemi è necessario per non permettere ad un problema che necessita di una manutenzione ordinaria di diventare cronico e abbisognare di un intervento di manutenzione straordinaria.

La teoria è semplice. La pratica un pò meno. E la manutenzione ordinaria si perde tra i labirinti della burocrazia o nell'eco delle casse semideserte delle Amministrazioni Comunali.

In questo scenario qualcuno ha deciso di non aspettare. Ha deciso che bisogna agire. Che, nelle more delle Pubbliche Amministrazioni, le città devono prendersi cura di se stesse. Devono farlo da sole.

Accade a Roma. Da qualche tempo è all'opera un gruppo di operai volontari che clandestinamente intervengono tra le strade della città per eseguire interventi che l'amministrazione comunale tarda a realizzare. Si fanno chiamare GAP, acronimo di gruppi artigiani di pronto intervento. Agiscono di notte. Sono operai, architetti, ingegneri. Arrivano sul luogo nel quale c'è qualcosa da riparare (il loro bersaglio) e si danno da fare per svolgere il lavoro nel minor tempo possibile. Devono affrettarsi perché quello che fanno è illegale. Ed è per questo che lavorano nascondendo la loro identità con cappucci e sciarpe.

Renato, Peppe, Nadir (nomi di fantasia di tre "attivisti" dei GAP romani), dimostrano che per riasfaltare una buca, riparare una fontana, ridipingere la segnaletica stradale, richiede poche ore di intervento al cospetto di estenuanti attese burocratico-economiche.

Nell'era della condivisione, potremmo immaginare che ognuno possa condividere le proprie capacità professionali mettendole al servizio della comunità? Siamo davanti ad una ipotesi di estinzione della gestione dei lavori pubblici per come li conosciamo oggi? Siamo agli arbori di una metamorfosi? Arriverà un giorno in cui i singoli cittadini, condomini, comitati di quartiere si occuperanno della manutenzione dell'arredo urbano che rientra nella propria area di competenza, lasciando alle Pubbliche Amministrazioni il ruolo di supervisore, coordinatore, responsabile delle forniture di materie prime e attrezzature?

In un'ipotetica epoca in cui il lavoro abbonda e ciò che ne potrebbe offrire parte sotto forma di volontariato: forse. Per ora l'operato dei GAP è una provocazione e come se affermassero "se le amministrazioni non ci riescono, provvediamo noi". Episodi di sabotaggio del sistema o, semplicemente, atti dimostrativi per far notare che quella buca che è lì da mesi la si ripara in poche decine di minuti. L'attivismo dei GAP ha attirato anche l'attenzione della stampa estera. Sul britannico The Guardian, Giorgio Ghiglione scrive che "gli attivisti del GAP sperano che il loro intervento possa spingere l'amministrazione locale ad agire".

Citando un attivista, Ghiglione scrive: "Non siamo anarchici. Siamo persone che vogliono migliorare le cose". Ecco, la chiave di questa vicenda è nel voler migliorare le cose. Se è al miglioramento che si vuole puntare, allora sarebbe il caso di parlarne. Di trovare un sistema concreto attraverso il quale la cosa pubblica possa essere gestita secondo un nuovo metodo. "Non dubitare mai che un piccolo gruppo di cittadini coscienti ed impegnati possa cambiare il mondo. In verità è l'unica cosa che è sempre accaduta", diceva l'antropologa statunitense Margaret Mead.

di Enzo De Gennaro

sommario

Editoriale

GAP

4

In evidenza

Affidamenti senza gara: conseguenze per gli enti affidanti

7

Sotto la lente

Offerta economicamente più vantaggiosa: via il tetto massimo per l'offerta economica

15

Il Punto

La documentazione amministrativa presentata in fase di gara. L'esame dell'offerta prima della verifica della documentazione amministrativa, come previsto dal decreto c.d Sblocca Cantieri. Presupposti, limiti e garanzie.

21

Con il decreto Sblocca Cantieri tramontano le Linee guida n. 4 dell'ANAC

26

I procedimenti di affidamento nell'ambito sottosoglia comunitario dopo il D.L. 32/2019

35

Il punto su micro e piccoli appalti di lavori

40

Mancata indicazione separata dei costi della manodopera: per la Corte di Giustizia non c'è soccorso istruttorio ... quasi mai!

47

Pareri & Sentenze

55

A Domanda Rispondiamo

61

In pillole

65

Hanno collaborato a questo numero:

Avv. Francesca Scura
Avvocato amministrativista, esperto in contrattualistica pubblica

Direttore Responsabile
dott. Enzo de Gennaro

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

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

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

Progetto Grafico
Federica Damato

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

Responsabile Web
Lorenzo Antonicelli

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

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

Avv. Paola Cartolano
Esperta in materia di appalti pubblici

Avv. Emanuela Pellicciotti
Esperta in infrastrutture e contratti pubblici

Avv. Giuseppe Croce
Esperto in appalti pubblici

Affidamenti senza gara: conseguenze per gli enti affidanti

IN
EVIDENZA

di Francesca Scura

Premesse

Il mancato espletamento delle procedure di gara, ove previsto come obbligatorio, oppure il ricorso ad una procedura negoziata senza bando al di fuori delle ipotesi consentite dal Codice comporta una serie di conseguenze per la stazione appaltante, non solo sul piano giurisdizionale amministrativo, in termini di annullamento e inefficacia del contratto pubblico, ma anche, ricorrendone i presupposti, sul piano della responsabilità contabile per «danno alla concorrenza» e/o, configurandosi la autonoma fattispecie di reato, sul piano della responsabilità penale. A ciò si aggiungano il possibile intervento dell'ANAC con finalità sanzionatorie della condotta illecita dell'ente e la possibile impugnativa da parte della AGCM.

1. Deroghe alla regola della gara

Il d.lgs. 50/2016 («Codice») prevede diverse ipotesi in cui la Stazione appaltante ha la possibilità di affidare direttamente il contratto pubblico ad un determinato operatore, perché esclusa dalla applicazione del Codice oppure perché legittimata,

ai sensi del Codice, a derogare all'obbligo della evidenza pubblica.

In primo luogo, le soglie comunitarie basate sul valore contrattuale fanno sì che, laddove si sia in presenza di contratti di importo inferiore a determinate soglie, non sussista l'obbligo di osservare le procedure del Codice, ma ci si possa limitare alla disciplina degli acquisti contenuta nei regolamenti interni (seppure la stessa debba essere comunque conforme ai principi dettati dal Trattato UE a tutela della concorrenza¹).

L'assoggettamento al Codice è escluso, inoltre, nei casi di cui agli artt. 4-8 (cd. contratti esclusi in tutto o in parte dall'ambito di applicazione), fermo il rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica.

In caso di applicazione del Codice, è comunque prevista, tra le modalità di affidamento, la procedura negoziata senza previa indizione di gara, disciplinata agli artt. 63 e 125².

1. V. artt. 35 e 36 del Codice e G.U.U.E 19/12/2017 relativamente al periodo 1/1/2018 al 31/12/2019. V. ANAC «Linee Guida n. 4 - Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici»: le Linee guida, in verità, anche in caso di sottosoglia, richiedono una procedura comparativa, ovvero una motivazione stringente sull'assenza di operatori economici presenti sul mercato o sulla effettiva bontà/qualità della prestazione fornita, in considerazione della particolare struttura del mercato e della riscontrata effettiva assenza di alternative, tenuto altresì conto del grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale (esecuzione a regola d'arte e qualità della prestazione, nel rispetto dei tempi e dei costi pattuiti) e della competitività del prezzo offerto rispetto alla media dei prezzi praticati nel settore di mercato di riferimento.

2. Sul punto v. «Linee Guida n. 8 per il ricorso a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili». approvate dal Consiglio dell'ANAC nell'adunanza del 13 settembre 2017 con deliberazione n. 950.

Si tratta di casi in cui, ad esempio, una fornitura e un servizio siano effettivamente infungibili, sicché il legislatore ha previsto deroghe alla regola della selezione attraverso una procedura pubblica, considerato che l'esito di un'eventuale gara risulterebbe scontato, esistendo un unico operatore economico in grado di aggiudicarsela e, conseguentemente, l'indizione di una procedura ad evidenza pubblica determinerebbe uno spreco di tempo e di risorse.

La giurisprudenza considera di stretta interpretazione le suddette deroghe all'obbligo di gara, richiedendo particolare rigore nell'individuazione dei presupposti giustificativi (Consiglio di Stato 18/1/2018 n. 310). Si richiede, ad esempio, nel caso dell'infungibilità, che la stessa sia debitamente accertata e motivata nella delibera o determina a contrarre dell'amministrazione, nel pieno rispetto dei principi di economicità, efficacia e trasparenza. Come affermato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia europea (Corte di Giustizia 8/4/2008, causa C-337/05). Parimenti, nel caso dell'urgenza, è necessaria un'assoluta impossibilità di rispettare i termini per le procedure aperte o per le procedure ristrette o per le procedure competitive con negoziazione, che a loro volta prevedono delle misure acceleratorie e dei termini ridotti in caso di urgenza (Tar Campania, 5/3/2019, n. 1223).

In questa prospettiva, a giustificare l'affidamento diretto potrebbe essere l'imminente scadenza del precedente contratto in essere con l'appaltatore uscente per il medesimo servizio e in ragione dei tempi presumibilmente occorrenti per il rinnovo della gara (Consiglio di Stato, 8/10/2018, n. 5766).

2. La gara nei «settori speciali»

I soggetti che operano nei «settori speciali» (trasporti, telecomunicazioni, acqua, elettricità ... di cui agli artt. 115- 121 del Codice) sono sottoposti

solo in parte all'osservanza del Codice e, in taluni casi, ne sono del tutto esclusi.

Trattasi degli «enti aggiudicatori» a cui il legislatore impone il rispetto delle procedure ad evidenza pubblica laddove intendano affidare contratti «a valle» che siano strettamente funzionali alla attività oggetto del settore speciale (art. 3, art. 114 del Codice). Il Codice si applica a tali soggetti solo nel caso in cui gli stessi siano titolari di diritti speciali o esclusivi, ossia solo nella misura in cui si siano sottratti al confronto concorrenziale «a monte» ottenendo l'affidamento in via diretta, senza gara.

Quando selezionano i propri contraenti, tali soggetti devono pertanto osservare le procedure di affidamento previste dal Codice nella parte relativa ai settori speciali. Va precisato che, ai fini del Codice, per diritti speciali o esclusivi si intendono i diritti concessi dallo Stato o dagli enti locali mediante disposizione legislativa, regolamentare o amministrativa avente l'effetto di riservare a uno o più enti l'esercizio delle attività oggetto dei cd. settori speciali e di incidere sostanzialmente sulla capacità di altri enti di esercitare tale attività (art. 114, commi 3-4). Non costituiscono, invece, diritti speciali o esclusivi i diritti concessi in virtù di una procedura ad evidenza pubblica basata su criteri oggettivi.

Ciò premesso, risulta di problematico inquadramento «l'impresa pubblica»³, che - a differenza dell'impresa a capitale privato - viene testualmente assoggettata dall'art. 114, comma 2, al rispetto del Codice, a prescindere dal fatto che la stessa impresa sia aggiudicataria diretta ovvero con gara del contratto «a monte»: «Le disposizioni ... si applicano agli enti aggiudicatori che sono amministrazioni aggiudicatrici o imprese pubbliche che svolgono una delle attività previste dagli articoli da 115 a 121; si applicano altresì ai tutti i soggetti che pur non essendo amministrazioni

3. Ai sensi del Codice dei contratti (art. 3, comma 1, lett. t) le «imprese pubbliche» sono «le imprese sulle quali le amministrazioni aggiudicatrici possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante o perché ne sono proprietarie, o perché vi hanno una partecipazione finanziaria, o in virtù delle norme che disciplinano dette imprese. L'influenza dominante è presunta quando le amministrazioni aggiudicatrici, direttamente o indirettamente, riguardo all'impresa, alternativamente o cumulativamente: 1) detengono la maggioranza del capitale sottoscritto; 2) controllano la maggioranza dei voti cui danno diritto le azioni emesse dall'impresa; 3) possono designare più della metà dei membri del consiglio di amministrazione, di direzione o di vigilanza dell'impresa».

aggiudicatrici o imprese pubbliche, annoverano tra le loro attività una o più attività tra quelle previste dagli articoli da 115 a 121 ed operano in virtù di diritti speciali o esclusivi.».

Vi sono elementi interpretativi, infatti, che potrebbero indurre a ritenere non soggette all'applicazione del Codice quelle imprese pubbliche che si siano regolarmente aggiudicate un contratto inerente i settori speciali partecipando ad una procedura di gara. Oltre che nei principi di parità di trattamento tra imprese pubbliche e private, di rango europeo e costituzionale, una conferma si rinviene nel d.lgs. 175/2016, Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica. Tale decreto, all' art. 16, assoggetta all'obbligo di rispettare le procedure del Codice solo le società pubbliche che abbiano ricevuto un affidamento in via diretta e non (tutte) le imprese pubbliche in quanto tali. La giurisprudenza, del resto, ha evidenziato come la posizione di vantaggio (e quindi di possibile distorsione del mercato concorrenziale dell'impresa pubblica) si concretizzerebbe soltanto con riferimento a quei settori ove si rinvengono le riserve o private, che necessitano dei temperamenti imposti dalle regole del Codice; diversamente, nella restante ordinaria attività economica, le imprese pubbliche non possono avere vincoli, in ragione della loro piena appartenenza al libero mercato, che già le assoggetta alle regole della concorrenza (cfr. TAR Lombardia n. 1150/2015; C.G C.E. 10.04.2008 C-393/06).

3. Il ricorso al Giudice amministrativo

Il mancato espletamento delle procedure di gara (oppure il ricorso ad una procedura negoziata

senza bando al di fuori delle ipotesi consentite dal Codice) comporta il rischio di annullamento giudiziale del contratto affidato senza gara, su impugnativa dei soggetti potenzialmente interessati all'aggiudicazione del contratto in questione oppure delle autorità amministrative preposte alla tutela della concorrenza.

L'impugnazione si propone dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale nei termini previsti dall'art. 120 del d.lgs. 104/2010 («Codice del processo amministrativo» o «Cpa»):

- entro 30 giorni dall'avviso di aggiudicazione definitiva (se esistente e motivato), oppure
- entro 6 mesi dal giorno successivo alla data di stipulazione del contratto (negli altri casi)⁴.

All'esito del giudizio, il Giudice potrebbe annullare il detto affidamento e dichiarare inefficace il contratto eventualmente stipulato ai sensi dell'art. 121 del Codice.

Il legislatore comunitario ha previsto, infatti, la sanzione massima della privazione degli effetti del contratto nel caso in cui l'appalto sia stato aggiudicato senza pubblicità nella GUCE o GURI (art. 2, co. 2, lett. a, Direttiva 2007/66/CE, trasfusa nell'art. 121 cit.).

L'inefficacia del contratto può limitarsi alle prestazioni ancora da eseguire oppure "travolgere" anche quelle

già eseguite in base al contratto annullato (a seconda della gravità della condotta della stazione appaltante).

In casi eccezionali, tuttavia, «qualora venga accertato che il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale imponga che i suoi effetti siano mantenuti», il Giudice

«Il mancato espletamento delle procedure di gara o l'illegittimo ricorso alla procedura negoziata comporta il rischio di annullamento giudiziale del contratto così affidato»



4. «Nel caso in cui sia mancata la pubblicità del bando, il ricorso non può comunque essere più proposto decorsi trenta giorni decorrenti dal giorno successivo alla data di pubblicazione dell'avviso di aggiudicazione definitiva di cui all'articolo 65 e all'articolo 225 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, a condizione che tale avviso contenga la motivazione dell'atto con cui la stazione appaltante ha deciso di affidare il contratto senza previa pubblicazione del bando. Se sono omessi gli avvisi o le informazioni di cui al presente comma oppure se essi non sono conformi alle prescrizioni ivi contenute, il ricorso non può comunque essere proposto decorsi sei mesi dal giorno successivo alla data di stipulazione del contratto.».

potrebbe mantenere l'efficacia del contratto. In questo specifico caso, tuttavia, il Codice prevede l'applicazione di sanzioni pecuniarie alternative a carico della stazione appaltante in misura variabile dallo 0,5% al 5% del valore del contratto (art. 123 del Cpa).

Il Giudice può inoltre condannare la stazione appaltante al risarcimento del danno in favore dei soggetti interessati all'espletamento delle procedure di gara, danno che – ove ne ricorrano i presupposti – viene determinato in via equitativa, ai sensi dell'art. 1226 c.c., in una misura variabile tra il 5% e il 10% del valore del contratto, che costituisce – di regola – l'utile che l'impresa avrebbe potuto conseguire dall'esecuzione del contratto stesso.

Il danno risarcibile in questi casi è rappresentato dalla «perdita di chance» cui la giurisprudenza ricollega il diritto del potenziale concorrente al risarcimento con specifico riguardo al grado di probabilità che in concreto avrebbe avuto di conseguire il bene della vita e, cioè, in ragione della maggiore o minore probabilità dell'occasione perduta (Consiglio di Stato 11.7.2018 n. 4225; 21.7.2016, n. 3304).

La questione è, per la verità, stata di recente rimessa all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (Consiglio di Stato 11/1/2018 n. 118). Il contrasto evidenziato dal Giudice amministrativo si porrebbe dunque tra:

- pronunce aderenti alla teoria della «chance eziologica», per cui il risarcimento è condizionato alla prova di un rilevante grado di probabilità di conseguire il bene della vita negato dall'amministrazione per effetto di atti illegittimi;

tali pronunce hanno negato il risarcimento della «chance» di aggiudicazione, ritenendo che, in caso di affidamento diretto di un appalto, la tutela conseguibile per l'operatore del settore sarebbe quella in forma specifica consistente nella reintegrazione di tale «chance» per effetto della pronuncia di annullamento degli atti impugnati e nel conseguente «*effetto conformativo che impone all'Amministrazione di bandire una procedura aperta per l'affidamento dell'appalto*» (Consiglio di Stato, 9.2.2016, n. 559); secondo questi orientamenti, la lesione della possibilità concreta di ottenere un risultato favorevole presupporrebbe che sussista una probabilità di successo di vedersi aggiudicato l'appalto almeno pari al 50 per cento, poiché, diversamente, diventerebbero risarcibili anche mere possibilità di successo, statisticamente non significative (Consiglio di Stato 30.06.2015, n. 3249);

- pronunce che, invece, optano per la «chance ontologica», che hanno riconosciuto, in caso di mancata indizione della gara, il risarcimento della chance vantata dall'impresa del settore sulla base del rilievo che in caso di mancato rispetto degli obblighi di evidenza pubblica (o di pubblicità e trasparenza) non è possibile formulare una prognosi sull'esito di una procedura comparativa in effetti mai svolta e che tale impossibilità non può ridondare in danno del soggetto leso dall'altrui illegittimità, per cui la chance di cui lo stesso soggetto è portatore deve essere ristorata nella sua obiettiva consistenza, a prescindere dalla verifica probabilistica in ordine all'ipotetico esito della gara⁵.

5. Si collocano in questo indirizzo le seguenti sentenze:

- Consiglio di Stato, 2/11/2011, n. 5837, in cui si è affermato che la chance si sostanzia «*nella mancata possibilità per la ricorrente di partecipare ad una gara per l'affidamento della commessa in questione*»;
- Consiglio di Stato, 8/4/2014, n. 1672, relativa ad un caso di mancata apertura delle buste in seduta pubblica, e che ha qualificato chance non come «perdita di un risultato utile sicuro» ma come «il semplice venire meno di un'apprezzabile possibilità di conseguirlo, in particolare per essere stato l'interessato privato della stessa possibilità concreta di aggiudicarsi un appalto»;
- Consiglio di Stato, 1/8/2016, n. 3450, che ha affermato che «la dimostrazione della rilevante probabilità di aggiudicazione non è concretamente esigibile in caso di selezione comparativa non svolta», ed ha pertanto confermato il risarcimento già riconosciuto in primo grado, sulla base della teoria della «c.d. chance ontologica», consistente nell'aspettativa giuridica «già presente nel patrimonio dell'impresa danneggiata», correlata al «rispetto degli obblighi di evidenza pubblica e/o concorsualità imposti dalla legislazione in materia di contratti pubblici».

3.1 La vigilanza dell'ANAC

Tra le funzioni attribuite all'ANAC dall'art. 213 del Codice vi è la vigilanza sul divieto di affidamento dei contratti attraverso procedure diverse rispetto a quelle ordinarie nonché il controllo sulla corretta applicazione della specifica disciplina derogatoria prevista per i casi di somma urgenza e di protezione civile. L'Autorità vigila, inoltre, affinché sia garantita l'economicità dell'esecuzione dei contratti pubblici e accerta che dalla stessa non derivi pregiudizio per il pubblico erario.

Il mancato esperimento di procedure ad evidenza pubblica, laddove previste, può pertanto esporre l'ente all'esercizio di poteri impugnatori e sanzionatori da parte dell'ANAC ai sensi dell'art. 211, commi 1bis e 1ter, del Codice, attuato con apposito Regolamento⁶.

Ai sensi di tale disposizione, l'ANAC è legittimata ad agire in giudizio per l'impugnazione dei bandi, degli altri atti generali e dei provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto, emessi da qualsiasi stazione appaltante, qualora ritenga che essi violino le norme in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture.

Inoltre, anche al di fuori dei casi riguardanti contratti rilevanti, l'ANAC, se ritiene che una stazione appaltante abbia adottato un provvedimento viziato da «violazioni gravi» del Codice, emette, entro sessanta giorni dalla notizia della violazione, un parere motivato nel quale indica specificamente i vizi di legittimità riscontrati. Il parere viene trasmesso alla stazione appaltante; in caso di mancato adeguamento al parere entro il termine assegnato dall'ANAC, comunque non superiore a sessanta giorni dalla trasmissione, l'ANAC può presentare ricorso, entro i successivi trenta giorni, innanzi al giudice amministrativo.

Il ricorso al TAR segue la disciplina di cui all'art. 120 del c.p.a., indicata al precedente paragrafo. Le seguenti ipotesi sono considerate, dal citato Regolamento, come «violazioni gravi»:

- l'affidamento di contratti pubblici senza previa pubblicazione di bando o avviso nella GUUE, nella GURI, sul profilo di committente della stazione appaltante e sulla piattaforma digitale dei bandi di gara presso l'Autorità, laddove tale pubblicazione sia prescritta dal Codice;
- l'affidamento mediante procedura diversa da quella aperta e ristretta fuori dai casi consentiti, e quando l'affidamento abbia determinato l'omissione di bando o avviso ovvero l'irregolare utilizzo dell'avviso di pre-informazione di cui all'art. 59, comma 5, e all'art. 70 del Codice.

L'ufficio competente, preso atto delle azioni intraprese dalla stazione appaltante ovvero della mancata conformazione della medesima al parere, rimette al Consiglio dell'Autorità la decisione sulla proposizione del ricorso avverso l'atto che si assume illegittimo. Il ricorso, previa deliberazione del Consiglio dell'Autorità, è proposto entro 30 giorni dalla ricezione della risposta della stazione appaltante. In caso di urgenza il ricorso è proposto previa decisione del Presidente, salva ratifica del Consiglio.

Gli interventi sono attivabili:

- a) da parte dell'ANAC stessa in sede di autonoma indagine;
- b) sulla base di una segnalazione all'ANAC da parte da uno o più operatori economici (esclusi perché non invitati alla gara) ai fini di censurare l'affidamento diretto in capo all'altro operatore concorrente e la mancata applicazione del Codice.

All'ANAC possono inoltre essere segnalate

«Qualora accerti l'esistenza di irregolarità di rilevanza penale e/o il pregiudizio per il pubblico erario, l'ANAC trasmette gli atti rispettivamente alle competenti Procure della Repubblica e alla Procura generale della Corte dei conti»



6. ANAC, "Regolamento sull'esercizio dei poteri di cui all'articolo 211, commi 1-bis e 1-ter, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 e successive modificazioni e integrazioni", delibera 13 giugno 2018 n. 572.

eventuali violazioni in tema di imparzialità dei pubblici funzionari.

Nell'esercizio dei propri compiti, l'ANAC ha il potere-dovere, ai sensi dell'art. 213, comma 6, del Codice, di trasmettere gli atti e i propri rilievi, qualora accerti l'esistenza di irregolarità, agli organi di controllo e, se le irregolarità hanno rilevanza penale, alle competenti Procure della Repubblica. Qualora accerti che dalla esecuzione dei contratti pubblici derivi pregiudizio per il pubblico erario, gli atti e i rilievi vanno trasmessi anche ai soggetti interessati e alla Procura generale della Corte dei conti.

3.2 Intervento dell'AGCM

Come noto, anche alla Autorità Garante della Concorrenza il legislatore riconosce un generale potere di impugnare gli atti delle amministrazioni che risultino contrastare con le regole di concorrenza.

L'art. 21bis della L. 287/90 legittima, infatti, l'Autorità ad agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato.

Il potere è esercitato previa adozione e comunicazione alla stazione appaltante di un parere motivato, entro sessanta giorni dall'atto illegittimo. Nel detto parere l'AGCM indica le violazioni riscontrate. Se la stazione appaltante non si conforma nei sessanta giorni successivi alla comunicazione del parere, l'Autorità può presentare, tramite l'Avvocatura dello Stato, il ricorso al TAR, entro i successivi trenta giorni.

3.3 Profili di responsabilità contabile

Il mancato espletamento di procedure di gara potrebbe comportare l'intervento della Corte dei conti ai fini della responsabilità contabile a carico del personale della stazione appaltante autore della violazione delle regole di gara, oltre alla perdita dei finanziamenti pubblici in caso di contratto finanziato in tutto o in parte con risorse pubbliche. La Corte dei conti potrebbe essere attivata direttamente dall'ANAC, come sopra visto (art. 213, comma 6, del Codice).

La violazione delle regole della concorrenza determina la violazione, a sua volta, dell'obbligo di servizio del dirigente preposto, potendo generare il c.d. «danno alla concorrenza», espressione con cui si indica il danno subito dall'Amministrazione a causa della condotta del funzionario che stipuli un contratto in violazione delle regole di evidenza pubblica che impongono il previo esperimento di una gara al fine di garantire la possibilità di scegliere, nell'ambito di un adeguato numero di imprese partecipanti, la migliore offerta conseguibile per la acquisizione di beni e servizi oggetto della gara⁷.

Il giudizio dinanzi al Giudice contabile potrebbe comportare la condanna dell'Ente al pagamento di una somma pecuniaria, commisurata al danno erariale determinato a causa del comportamento illecito, rappresentato dal risparmio che si sarebbe potuto ottenere (per l'ente pubblico) indicando una corretta procedura concorsuale.

Il danno, nei suoi elementi costitutivi oltreché nel suo ammontare, dev'essere oggetto di specifica prova, con ogni mezzo utile, ad esempio allegando il minor costo sopportato normalmente dall'amministrazione in procedure aventi analogo contenuto (Corte dei conti n. 56/2019). Nella valutazione del danno, la Corte dei conti tende ad applicare i medesimi criteri della giustizia amministrativa sopra considerati.

7. V. Corte dei Conti, sez. giur. Trentino Alto Adige, Trento 20/4/2017 n. 17: nel caso di specie, il responsabile dell'Ufficio Tecnico aveva assegnato direttamente, in modo del tutto arbitrario, dei lavori di somma urgenza, in palese violazione delle modalità procedurali previste per tale categoria di lavori, nonché in assenza degli effettivi presupposti normativamente richiesti.

È richiesto, inoltre, a fini risarcitori, che sia dimostrato il nesso di causalità tra la condotta illecita e il danno nonché il dolo o la colpa grave dell'agente⁸.

È onere della Procura attrice dimostrare che il suddetto rischio si è tradotto in un concreto pregiudizio all'erario con il ricorso a ogni idoneo mezzo di prova, quale può essere la comparazione con i prezzi o con i ribassi conseguiti a seguito di gara per lavori o servizi dello stesso genere di quello in contestazione (Corte Conti, Sez. Giuris. Centrale di Appello, 20/4/2011 n. 198).

3.4. Profili di responsabilità penale

Con riguardo alla eventuale responsabilità di natura penale connessa alla mancata osservanza delle procedure di affidamento previste dal Codice, ove obbligatorie, va evidenziato che tale inosservanza non costituisce autonoma fattispecie di reato. Il Codice non è infatti legge penale.

Eventuali fattispecie penali sono, tuttavia, astrattamente configurabili sotto diversi profili. Ricorrendone i presupposti, ad esempio, la condotta dell'agente potrebbe dar luogo:

- l'«abuso di atti di ufficio» (artt. 323 codice penale), che presuppone l'intenzione del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio di procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale o di arrecare ad altri un danno ingiusto, punito con la reclusione; sul punto è significativa la pronuncia della Corte di cassazione n. 26610/2018, che ha ravvisato la fattispecie penale nella condotta del RUP che, per poter procedere all'affidamento diretto

a un'impresa di sua conoscenza, ha suddiviso l'appalto in più interventi di minor importo, per non oltrepassare la soglia che avrebbe imposto il confronto competitivo tra più imprese⁹; il dolo, si osserva, «*prescinde dall'accertamento dell'accordo collusivo con la persona che si intende favorire, potendo essere desunta anche dalla macroscopica illegittimità dell'atto (Corte di cassazione n. 57914 del 28/09/2017)*».

- la «turbata libertà del procedimento di scelta del contraente» (art. 353bis codice penale), che punisce chiunque, con violenza o minaccia, o con doni, promesse, collusioni o altri mezzi fraudolenti, impedisce o turba la gara nei pubblici incanti o nelle licitazioni private per conto di pubbliche Amministrazioni, ovvero ne allontana gli offerenti, con la reclusione e con la multa; se il colpevole è persona preposta dalla legge o dall'Autorità alle gare sono previste pene più severe (Corte di Cassazione n. 13432/2017 secondo cui è configurabile il reato di turbativa di cui all'art. 353 bis c.p. anche nel caso di deliberazione a contrarre qualora la stessa, per effetto della illecita turbativa, non preveda l'espletamento di alcuna gara, bensì l'affidamento diretto ad un determinato soggetto economico e ogniqualvolta "un bando (o altro atto equivalente) non sia stato adottato, anche ove la relativa procedura sia stata avviata senza essere però approdata al suo esito finale".

- la «corruzione» (art. 319 codice penale); non a caso, nel Piano Nazionale Anticorruzione 2015, richiamato nel relativo Aggiornamento per il 2018, l'ANAC riporta che «*l'impostazione della strategia di acquisto è cruciale per assicurare la rispondenza dell'intera - e più ampia - procedura di approvvigionamento al perseguimento del pubblico interesse, nel rispetto dei principi enunciati dall'art. 2 del Codice dei Contratti Pubblici*» e tra gli eventi rischiosi si annoverano «*l'attribuzione impropria*

8. V. Corte dei conti, Sez. giur. Regione Piemonte 12/11/2015 n. 198, secondo cui sussiste l'elemento soggettivo della colpa grave nel funzionario che, nella qualità di RUP, ha curato le fasi dell'affidamento, adottando i relativi provvedimenti e firmando, in rappresentanza della Regione, il contratto, in virtù della negligenza ed imperizia che connotano la sua condotta, non avendo valutato con la dovuta attenzione e prudenza l'evidente insussistenza, in concreto, delle tassative e rigorose condizioni legittimanti la procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara, in presenza di un appalto di servizi superiore alla soglia di rilevanza comunitaria. La colpa grave è suffragata anche dalla notoria esperienza e dall'elevata qualificazione di cui era dotato il soggetto in questione.

9. I reiterati ordinativi sono il segno inequivocabile, annota la Cassazione, dell'intenzione di arrecare all'operatore economico un vantaggio, evitando la gara e i potenziali concorrenti. Allo stesso modo, la previsione di lotti funzionali di importo elevato da impedire l'accesso alla gara alle piccole e medie imprese può essere considerata una condotta limitativa della concorrenza, con lo scopo di avvantaggiare solo determinati operatori economici.

dei vantaggi competitivi... mediante l'improprio utilizzo di sistemi di affidamento, di tipologie contrattuali (ad esempio, concessione in luogo di appalto) o di procedure negoziate e affidamenti diretti per favorire un operatore... l'abuso delle disposizioni in materia di determinazione del valore stimato del contratto al fine di eludere le disposizioni sulle procedure da porre in essere... ovvero, comunque, favorire determinati operatori economici»; ancora, possono rivelare la corruzione alcuni elementi rivelatori, quali «insufficiente stima del valore dell'appalto senza computare la totalità dei lotti; insufficiente stima del valore dell'appalto di servizi e/o forniture senza tener conto della conclusione di contratti analoghi nel periodo rilevante in base all'art. 29 del Codice... la non contestualità nell'invio degli inviti a presentare offerte»¹⁰.

A differenza delle fattispecie rilevanti ai fini contabili, il reato può essere costituito dall'alterazione della gara o da un suo turbamento, essendo irrilevante che si produca un'effettiva alterazione del risultato, e, quindi, che il risultato della gara sia o meno conforme a quello che si sarebbe prodotto senza tali interferenze, perché ciò che conta è soltanto lo sviamento del processo decisionale per l'individuazione del vincitore (Corte di Cassazione n. 20832/2018 e n. 40304/2014). Al contempo, va evidenziato che la responsabilità penale è personale e riguarda esclusivamente i soggetti che hanno commesso la condotta costituente reato.

Va poi rammentato che le sentenze di condanna passate in giudicato per i reati sopra citati – ove riguardanti soggetti titolari di poteri di rappresentanza e di controllo – potrebbero costituire, ricorrendone i presupposti, causa di esclusione dalla partecipazione ai sensi dell'art. 80 del Codice.

Anche al fine di arginare tali fenomeni criminosi, il legislatore è intervenuto con la L. n. 190/2012, introducendo l'art. 6 bis alla L. n. 241/1990, secondo cui il RUP e i titolari degli uffici competenti ad adottare i pareri, le valutazioni tecniche, gli atti endoprocedimentali e il provvedimento finale devono astenersi in caso di conflitto di interessi, segnalando ogni situazione di conflitto, anche potenziale¹¹.

I principi generali della disciplina del conflitto di interessi nelle procedure ad evidenza pubblica sono contenuti nell'art. 42 del Codice, il quale prevede che spetta alle stazioni appaltanti prevedere misure adeguate per contrastare le frodi e la corruzione nonché per individuare, prevenire e risolvere in modo efficace ogni ipotesi di conflitto di interesse nello svolgimento delle procedure di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni, in modo da evitare qualsiasi distorsione della concorrenza e garantire la parità di trattamento di tutti gli operatori economici.

La mancata astensione costituisce fonte di responsabilità disciplinare, amministrativa e penale a carico del dipendente pubblico.

10. Gli indicatori di riferimento sono rinvenibili nel «rapporto tra il numero di procedure negoziate con o senza previa pubblicazione del bando e di affidamenti diretti/cottimi fiduciari sul numero totale di procedure attivate dalla stessa amministrazione in un definito arco temporale. Il significato di questo indice è abbastanza intuitivo. Benché, infatti, le procedure diverse da quella negoziata e da quella ristretta siano consentite dal Codice dei contratti pubblici in determinate circostanze e/o sotto soglie ben individuate, l'eccessivo ricorso a forme di selezione dei contraenti non competitive può costituire un segnale di favore nei confronti di particolari operatori economici. Un indicatore analogo può essere costruito considerando non il numero ma il valore delle procedure non aperte, da rapportare al valore complessivo delle procedure in un periodo determinato... Altro possibile indicatore per questa fase riguarda la necessità di individuare correttamente il valore stimato del contratto al fine di non eludere tutta una serie di previsioni normative tra cui, in particolare, la necessità di affidare necessariamente contratti oltre certe soglie con procedure concorrenziali (aperte o ristrette). A questo proposito un indicatore che rilevi un errone calcolo del valore del contratto può essere definito analizzando i valori iniziali di tutti gli affidamenti non concorrenziali in un determinato arco temporale che in corso di esecuzione o una volta eseguiti abbiano oltrepassato i valori soglia previsti normativamente».

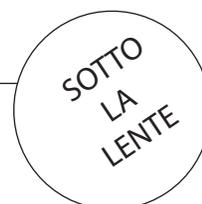
Cfr. Lucca, Valori (anche etici) e condotte a rischio nell'abusivo frazionamento (nota a margine della sentenza Cass. pen., sez. VI, 11 giugno 2018, n. 26610) in www.appaltiecontratti.it

11. V. Consiglio di Stato - sez. consultiva per gli atti normativi 5/3/2019 n. 667, Parere sullo schema di Linee guida sulla individuazione e gestione dei conflitti di interesse nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici.

Offerta Economicamente più vantaggiosa: via il tetto massimo per l'offerta economica.

Lo Sblocca-cantieri modifica l'art. 95 del Codice, eliminando il tetto massimo del 30% per l'offerta economica nell'O.E.P.V.: si ritorna alla discrezionalità nella fissazione del criterio prezzo.

di Massimiliano Lombardo



Premessa

L'art. 1, comma 1, lett. s) sub 3) del D.L. n. 32/2019 (c.d. "Sblocca-cantieri") ha soppresso l'ultima parte dell'art. 95, comma 10 bis; in tal modo, è stato eliminato il limite del 30% al punteggio economico nell'ambito del criterio di aggiudicazione con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa ("O.E.P.V.").

Il comma 10 bis, come si ricorderà, era stato introdotto nel *corpus* dell'art. 95 del Codice, per effetto del cd. "I Correttivo" (il D.Lgs. n. 56/2017), proprio per dare un sostegno di rango normativo al criterio dell'O.E.P.V., attribuendo un valore – limite finalizzato ad esaltare, in definitiva, l'aspetto qualitativo dell'offerta.

All'atto pratico, se la norma rimarrà tal quale in sede di conversione, l'offerta economicamente più vantaggiosa potrà essere declinata con l'assoluta libertà di determinare la soglia dei punteggi fra la parte economica e quella tecnica.

In altre parole, quindi, verrà lasciata indeterminata, soggetta alla motivata valutazione della stazione appaltante, la scelta su come dare concreta attuazione a quanto prescritto dall'art. 95, comma 10 bis D. Lgs. n. 50/2016 (per la parte rimasta tuttora in vigore), ove si dispone "La stazione appaltante, al fine di assicurare l'effettiva individuazione del miglior rapporto qualità/prezzo, valorizza gli elementi qualitativi dell'offerta e individua criteri tali da garantire un confronto concorrenziale effettivo sui profili tecnici."

Analizzando le ragioni a sostegno di tale limite percentuale dell'offerta economica (rese emblematiche nella prassi ANAC) e le ragioni di dissenso (richiamate dall'AGCM), si cercherà di enucleare un criterio che possa guidare gli operatori nell'applicazione pratica dell'O.E.P.V., per quantificare correttamente il "peso" da attribuire alla componente economica dell'offerta.

1. L'interpretazione di ANAC e le Linee Guida n. 2: invalicabilità del limite del 30%

La scelta del legislatore, espressa nel vigente Codice e ribadita nel "I Correttivo", è stata quella di rendere preferenziale il criterio di aggiudicazione mediante O.E.P.V.; ciò al duplice fine di privilegiare le offerte con un miglior contenuto tecnico e di evitare di premiare le offerte che presentavano eccessivi ribassi economici (con possibili ripercussioni negative sui costi del personale e la qualità dell'esecuzione).

Il criterio dell'O.E.P.V., dunque, è stato uno dei segni distintivi dell'attuale Codice dei contratti pubblici e, pertanto, il legislatore ha previsto che l'ANAC ne dettagliasse l'utilizzo mediante l'emanazione di apposite Linee Guida.

L'ANAC, proprio sul criterio dell'O.E.P.V. ha lungamente riflettuto: dapprima approvando le Linee Guida n. 2 con Delibera n. 1005 del 21 settembre 2016 e poi, a seguito dell'emanazione del "I Correttivo", aggiornando le stesse Linee Guida n. 2 con Delibera n. 424 del 2 maggio 2018. L'Autorità, nella versione aggiornata delle Linee Guida ricorda le motivazioni che hanno portato ad attribuire una netta prevalenza all'aspetto tecnico dell'offerta, ricordando *"Sulla base delle indicazioni contenute nel Codice, il valore 100 deve poter essere ripartito tra il punteggio assegnato alla componente economica (nella misura massima del 30%, secondo quanto previsto dall'art. 95 comma 10-bis) e il punteggio assegnato alla componente tecnica (inclusiva del punteggio per le varianti e del punteggio per i criteri premiali di cui al comma 13 che devono rappresentare una componente limitata del punteggio complessivo, in modo da non modificare l'oggetto dell'affidamento). In generale si deve attribuire un punteggio limitato (vale a dire inferiore alla misura massima consentita, del 30%) alla componente prezzo quando si ritiene opportuno valorizzare gli elementi qualitativi dell'offerta o quando si vogliono scoraggiare ribassi eccessivi ritenuti difficilmente perseguibili dagli operatori economici; viceversa si deve attribuire un peso maggiore alla componente prezzo quando le condizioni di mercato sono tali che la qualità dei prodotti offerti dalle imprese è sostanzialmente analoga. Limitato deve essere, di regola, il peso attribuito ai criteri di natura soggettiva o agli elementi premianti, ad esempio non più di 10*

punti sul totale, considerato che tali elementi non riguardano tanto il contenuto dell'offerta ma la natura dell'offerente. Tuttavia si può attribuire un punteggio maggiore in relazione alla specificità dei servizi come avviene per quelli relativi all'ingegneria e all'architettura in ordine ai quali è alta l'interrelazione tra la capacità dell'offerente e la qualità dell'offerta. Si ricorda che, accanto a una concorrenza basata esclusivamente sulle caratteristiche qualitative dell'offerta ottenuta con il prezzo o costo fisso, le stazioni appaltanti possono imporre un livello minimo qualitativo, determinando un valore soglia per il punteggio che le offerte devono ottenere per determinati criteri, fermo restando che lo scarto tra il minimo e il massimo deve essere adeguato (art. 95, comma 8). È evidente che, qualora nessuna offerta soddisfi il livello qualitativo richiesto, la stazione appaltante può non aggiudicare la gara."

In altre parole, secondo l'Autorità è proprio il limite del 30% la proporzione più corretta per qualificare l'aspetto tecnico rispetto a quello economico – quindi, per caratterizzare l'O.E.P.V. –.

Lo stesso concetto è stato ribadito dall'Autorità con il parere di pre-contenzioso approvato con Delibera n.7 del 9 gennaio 2019. Qui, l'ANAC chiarisce che – ove l'appalto venga aggiudicato con il criterio O.E.P.V. - il limite del 30% è assolutamente inderogabile: anche nel caso in cui – come in quello esaminato nel parere – l'appalto abbia ad oggetto una fornitura.

La stazione appaltante, in quella sede, aveva quantificato al 40% il limite del punteggio economico, motivando la scelta con il peculiare oggetto dell'appalto (fornitura di prodotti medicali), che non giustificava – anche ad una lettura delle Linee Guida n. 2 - un particolare apprezzamento delle qualità tecniche, trattandosi di prodotti con caratteristiche vincolate e caratterizzate da *"un elevato grado di omogeneità"* in cui, pertanto, era più apprezzabile l'aspetto economico, *"nell'intendimento di assicurare maggiore risparmio di spesa, a tutto vantaggio del bilancio aziendale"*.

L'Autorità, però, ha dissentito da tale ragionamento, ribadendo che il limite del 30% per il punteggio economico è da considerarsi un *"principio generale ... se si vuole apprezzare la parte qualitativa dell'offerta..."* e che, laddove nelle Linee Guida si afferma *"si deve attribuire un peso maggiore alla*

componente prezzo quando le condizioni di mercato sono tali che la qualità dei prodotti offerti dalle imprese è sostanzialmente analoga”, deve essere comunque inteso nel senso che “il peso del prezzo può essere maggiore degli altri casi, ma sempre calibrato nel limite di legge del 30%.”, giungendo alla conclusione che “quindi ... una percentuale del 40% per l’offerta economica prevista dal bando di gara ... è illegittima. In ogni caso, quando le prestazioni contrattuali presentano un elevato grado di omogeneità (qualitativa) è sempre possibile utilizzare anche esclusivamente il criterio del minor prezzo, ma deve trattarsi, appunto, di forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato» ai sensi dell’art. 95, comma 4, lett. b) ”.

2. L’AGCM: il limite del 30% è troppo basso

All’indomani dell’emanazione del “I Correttivo” al vigente Codice dei Contratti pubblici, le riflessioni dell’Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato (AGCM) pervengono a ben diverse conclusioni.

L’AGCM, infatti, con l’Atto di Segnalazione n. 1422 del 18 agosto 2017 sostiene che “l’art. 95, comma 10 bis del D.Lgs. n. 50/2016 ... inserito dall’art. 60, comma 1, lett. f) del D.Lgs. n. 56/2017, nella parte in cui prevede un tetto massimo per il punteggio economico, entro la soglia del 30%, limita eccessivamente la facoltà della stazione appaltante di tenere adeguatamente conto delle offerte economiche, conferendole, allo stesso tempo, un’ampia discrezionalità nella valutazione delle offerte tecniche, con possibile pregiudizio al corretto ed efficiente svolgimento della gara e a una adeguata concorrenza anche di prezzo tra gli offerenti.”.

Secondo l’AGCM, il limite del 30% non proviene da alcuna disposizione normativa – nazionale o comunitaria –, né da “orientamenti giurisprudenziali tali da giustificare l’applicazione di un così rigido criterio di valutazione delle offerte. Le stesse Direttive Europee del 2014 non prevedono l’introduzione di soglie predeterminate dal legislatore nazionale per l’attribuzione del punteggio economico e di quello tecnico, rimettendo alla discrezionalità delle stazioni appaltanti la loro concreta individuazione. La

stessa Legge delega n. 11/2016, pur privilegiando l’aggiudicazione secondo criteri qualitativi rispetto all’aggiudicazione al prezzo più basso, non ha fissato alcuna soglia per l’attribuzione del punteggio economico. Anche la prima versione del Codice dei contratti non prevedeva alcun limite.”. Ricorda l’Autorità per la Concorrenza che anche il Consiglio di Stato, con il parere sul “I Correttivo” (parere n. 782 del 30 marzo 2017), aveva suggerito di limitare la discrezionalità delle stazioni appaltanti sull’O.E.P.V., ma senza indicare alcun limite percentuale all’offerta economica, limitandosi a suggerire l’adozione di un criterio tale da “assicurare l’effettiva individuazione del miglior rapporto qualità/prezzo, ... valorizzando gli elementi qualitativi dell’offerta e individuando criteri tali da garantire un confronto concorrenziale effettivo sui profili tecnici. ... A tal fine [la stazione appaltante] stabilisce il punteggio massimo previsto per l’offerta economica in modo da evitare che tale elemento prevalga sugli altri”.

Ciò, anche nella consapevolezza degli svantaggi dell’O.E.P.V., che il Consiglio di Stato così descrive: “l’OEPV garantisce meglio la valutazione dell’aspetto qualitativo ed evita che la competizione si concentri esclusivamente sulla riduzione dei costi; tuttavia, esso determina un appesantimento della procedura e amplia gli spazi discrezionali della stazione appaltante. Inoltre tale criterio richiede una particolare competenza e preparazione della stazione appaltante e, per essa, della commissione di gara. ... ”.

L’AGCM, nel suo Atto di Segnalazione, richiama il quadro giurisprudenziale formatosi in materia, a cominciare dal principio espresso dalla Corte di Giustizia UE nella sentenza 7 ottobre 2004 (causa C-247/2002: Sintesi S.p.A. contro AVCP), ove la Corte ha rilevato che “la fissazione da parte del legislatore nazionale, in termini generali ed astratti, di un unico criterio di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici priva le amministrazioni aggiudicatrici della possibilità di prendere in considerazione la natura e le caratteristiche peculiari di tali appalti, isolatamente considerati, scegliendo per ognuno di essi il criterio più idoneo a garantire la libera concorrenza e ad assicurare la selezione della migliore offerta”.

Analogamente – aggiunge l’AGCM citando le decisioni del Consiglio di Stato, Sez. V, 31 dicembre 2007, n. 6837 e 26 novembre 2011, n. 581 – “il

Consiglio di Stato ha avuto modo di sottolineare, con riguardo al precedente d.lgs. 163/2006, come il legislatore non avesse voluto predeterminato il valore ponderale da attribuire, rispettivamente, all'elemento qualità e all'elemento prezzo delle offerte, lasciando spazio alla discrezionalità della pubblica amministrazione, da esplicitare alla luce degli interessi da perseguire e delle circostanze specifiche della singola procedura in relazione alle condizioni della rete. Nel caso al suo esame, la scelta di attribuire il peso di due terzi circa all'elemento economico rispetto all'elemento tecnico per l'andamento del servizio di distribuzione del gas naturale non era apparsa irragionevole né sproporzionata".

Secondo l'AGCM, quindi, la scelta di prevedere una soglia massima del 30% per l'attribuzione del punteggio economico sembra *"limitare eccessivamente e ingiustificatamente la valorizzazione dell'offerta economica, in particolare in quei mercati dove le forniture possono presentare un elevato grado di omogeneità, conferendo allo stesso tempo un'ampia discrezionalità alle stazioni appaltanti nella valutazione delle offerte tecniche, con possibile pregiudizio al corretto ed efficiente svolgimento della gara e ad una adeguata concorrenza di prezzo tra gli operatori."*

E ancora, *"una più ampia valorizzazione dell'offerta economica dovrebbe invece ... essere consentita ... anche in quei casi in cui, vuoi per le condizioni particolarmente stringenti stabilite nella disciplina di gara, vuoi per la presenza di alcune caratteristiche standardizzate (come per i servizi accessori o altre componenti dell'offerta), il punteggio economico assume particolare rilevanza anche in una procedura di aggiudicazione secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo. Questo permetterebbe di definire più rapidamente le procedure di gara, di ridurre la discrezionalità delle stazioni appaltanti nell'attribuzione del punteggio tecnico e di consentire una più ponderata valutazione delle offerte economiche, a beneficio della concorrenza e del mercato."*

Pertanto, l'Autorità ritiene – sposando una tesi più sostanzialistica – che *"la norma di cui all'art. 95, comma 10-bis, del Codice dei Contratti pubblici si pone in contrasto con i principi di concorrenza, non discriminazione e parità di trattamento, in quanto l'aggiudicazione dell'appalto dovrebbe avvenire*

secondo criteri che garantiscano un raffronto obiettivo e ponderato delle offerte al fine di determinare, in condizioni di effettiva concorrenza anche di prezzo, quale sia l'offerta economicamente più vantaggiosa. L'Autorità invita dunque le Autorità in indirizzo a valutare l'opportunità di una modifica della normativa in esame, eventualmente eliminando dalla disposizione l'inciso "A tal fine la stazione appaltante stabilisce un tetto massimo per il punteggio economico entro il limite del 30 per cento" o comunque rivedendo in aumento la soglia del 30%, al fine di consentire una maggiore valorizzazione della componente economica dell'offerta."

Lo Sblocca-cantieri, dunque, esaudisce gli auspici dell'AGCM, ma senza confortare le stazioni appaltanti con criteri utili a determinare la soglia dell'offerta economica nell'ambito dell'O.E.P.V., di fatto de-regolamentando proprio il tratto distintivo di tale criterio di aggiudicazione, fedele all'ottica di ampliare nuovamente l'ambito di applicazione del criterio di aggiudicazione del "minor prezzo".

3. L'Adunanza Plenaria n. 8 del 21 maggio 2019: è obbligatoria l'O.E.P.V. per servizi ad alta densità di manodopera

Contemporaneamente, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la decisione n. 8 del 21 maggio 2019 ha confermato l'obbligo di applicazione del criterio di aggiudicazione mediante O.E.P.V. nell'ambito dei servizi ad alta percentuale di manodopera, riportando così all'attualità il problema della corretta ponderazione dell'elemento "prezzo".

Secondo il Collegio, infatti, da una lettura sistematica degli articoli 50, comma 1, e 95, comma 3, lett. a), D.Lgs. n. 50/2016, gli appalti di servizi ad alta intensità di manodopera devono comunque essere aggiudicati con il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo, ancorché caratterizzati da "prestazioni standardizzate" (così come qualificate dall'art. 95, comma 4, lett. b).

Il Collegio, risolvendo un contrasto interpretativo formatosi in conseguenza della novella apportata dal "I Correttivo", ha chiarito che *"le caratteristiche di servizio ad alta intensità di manodopera [nel*

caso di specie, un servizio di vigilanza antincendio] non consentono che lo stesso sia aggiudicato con il criterio del massimo ribasso, benché caratterizzato anche da una forte standardizzazione dello attività in esso comprese. ... giacché ... il comma 3 dell'art. 95 del Codice dei contratti si pone ad un punto di convergenza di valori espressi in sede costituzionale e facoltà riconosciute a livello europeo ai legislatori nazionali, per la realizzazione dei quali nel codice dei contratti pubblici il miglior rapporto qualità/prezzo è stato elevato ad criterio unico ed inderogabile di aggiudicazione per appalti di servizi in cui la componente della manodopera abbia rilievo preponderante”.

L'Adunanza Plenaria ha analizzato il quadro normativo nazionale e comunitario e (forse rielaborando le considerazioni dell'AGCM) ha altresì valutato l'esigenza di attribuire un valore ponderale limitato all'offerta economica, proprio in considerazione della standardizzazione delle prestazioni.

Il Collegio, in conclusione, ha definito “il rapporto tra i commi da 2 a 5 dell'art. 95 in esame nel senso seguente: - ai sensi del comma 2 le amministrazioni possono aggiudicare i contratti di appalto pubblico secondo il criterio (ora denominato in generale) dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata dal miglior rapporto qualità/prezzo o che abbia a base il prezzo o il costo, seguendo un criterio di comparazione costo/efficacia; - in attuazione della facoltà riconosciuta agli Stati membri dalla direttiva 2014/24/UE di escludere o limitare per determinati tipi di appalto il solo prezzo o il costo (art. 67, par. 2, ultimo cpv., sopra citato), e in conformità ai criteri direttivi della legge delega n. 11 del 2016, il comma 3 pone invece una regola speciale, relativa tra l'altro ai servizi ad alta intensità di manodopera, derogatoria di quella generale, in base alla quale per essi è obbligatorio il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo; - per i servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate si rispande invece la regola generale posta dal comma 2, con il ritorno alla possibilità di impiegare un criterio di aggiudicazione con a base l'elemento prezzo, e precisamente il «minor prezzo», purché questa scelta sia preceduta da una “motivazione adeguata”. Nell'ipotesi in cui un servizio ad alta intensità di manodopera abbia contemporaneamente caratteristiche standardizzate ai sensi del comma 4, lett. b), del medesimo art. 95, come nel caso che ha dato

origine alla rimessione a questa Adunanza plenaria, vi è un concorso di disposizioni di legge tra loro contrastanti, derivante dal diverso ed antitetico criterio di aggiudicazione rispettivamente previsto per l'uno o l'altro tipo di servizio e dal diverso grado di precettività della norma. Si pone quindi un conflitto (o concorso apparente) di norme, che richiede di essere risolto con l'individuazione di quella prevalente. Il conflitto così prospettato non può che essere risolto a favore del criterio di aggiudicazione del miglior rapporto qualità/prezzo previsto dal comma 3, rispetto al quale quello del minor prezzo invece consentito in base al comma 4 è subvalente.”

La soluzione espressa dal Collegio “è infatti conseguenza diretta di quanto rilevato in precedenza, e cioè del carattere speciale e derogatorio di quest'ultima regola rispetto a quella generale, laddove il criterio del minor prezzo ai sensi del comma 4 ne segna invece il ritorno, con la riaffermazione della facoltà di scelta discrezionale dell'amministrazione di aggiudicare l'appalto secondo un criterio con a base il (solo) prezzo. Il ritorno alla regola generale incontra tuttavia un ostacolo insuperabile nella deroga prevista nel comma 3, che impone alle amministrazioni un obbligo anziché una mera facoltà, per cui per effetto di essa in tanto è possibile aggiudicare i contratti di appalto di servizi con caratteristiche standardizzate al massimo ribasso in quanto il servizio non abbia nel contempo abbia caratteristiche di alta intensità di manodopera.”.

In definitiva, dunque, la recentissima decisione dell'Adunanza Plenaria – pur senza entrare nel merito della percentualizzazione del valore dell'offerta economica nell'ambito dell'O.E.P.V. – pone un ulteriore argine alla libertà di quantificazione di tale fattore ponderale – quanto meno con riferimento agli appalti di servizi “ad alta intensità di manodopera” –.

Il che, a ben vedere, coinvolge non solo (in senso più ampio) il dibattito sul tema della cd. “clausola sociale”, ma si propone di governare gli appalti dei servizi pubblici locali e dei servizi più diffusi quali mese, pulizie, ecc.

Di fatto, quindi, ripropone la necessità di una adeguata riflessione/motivazione – da parte delle stazioni appaltanti – in ordine alla costruzione della *lex specialis* di gara, nel momento in cui essa

deve attribuire la percentuale al "peso" dell'offerta economica - pur in presenza di elementi di "standardizzazione" del servizio, oggetto della gara -.

4. Conclusioni

L'art. 95 D.Lgs. n. 50/2016 individua una serie di elementi che concorrono ad identificare l'O.E.P.V. nella quale, a maggior ragione dopo l'intervento dello Sblocca-cantieri, il "prezzo" costituisce solo uno degli elementi di valutazione.

La percentualizzazione del prezzo, tuttavia, deve essere accompagnata da una corretta valutazione da parte della stazione appaltante, che possa motivatamente sorreggere il "peso" percentuale attribuito all'"elemento-prezzo", rispetto agli altri elementi qualitativi.

Ad oggi, venuto a cadere lo sbarramento percentuale del 30%, l'operatore non è per questo legittimato ad attribuire immotivatamente i pesi percentuali, ben dovendo, in ogni caso, tenere presenti le esigenze e l'oggetto della singola gara e - di conseguenza - ponderare gli elementi di valutazione, tenendo a mente i principi tradizionalmente affermati dalla giurisprudenza amministrativa in tema di motivazione e correttezza dei punteggi: "il punteggio numerico può essere considerato sufficiente a motivare gli elementi

dell'offerta economicamente più vantaggiosa soltanto nell'ipotesi in cui il bando di gara abbia espressamente predefinito specifici obiettivi e puntuali criteri di valutazione, visto che tale criterio di aggiudicazione svincola l'amministrazione da una valutazione meccanica, attribuendole un potere fortemente discrezionale. Tale esigenza risponde al principio di correttezza dell'azione amministrativa, ineludibile per tutte le procedure ad evidenza pubblica, a garanzia dell'imparziale svolgimento di tali procedimenti ed al fine di consentire la verifica dell'operato della P.A. sia da parte del privato interessato che del giudice amministrativo, il quale deve poter ricostruire l'iter logico seguito dalla stazione appaltante" (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 30 agosto 2005, n. 4423; Sez. V, 14 ottobre 2009, n. 6311).

Tornano dunque di attualità gli insegnamenti della giurisprudenza, riferiti ad un periodo anteriore all'introduzione dello sbarramento al 30%, oggi rimosso, dai quali possono essere tratti utili spunti per orientare le stazioni appaltanti nell'attribuire una corretta ponderazione tra i punteggi tecnici e quelli economici; ma torna allo stesso tempo la conflittualità ed un rischio di contenzioso per impugnazione dei criteri fissati nei bandi di gara, successivamente agli esiti della gara stessa, che la fissazione di un criterio normativo aveva, al di là delle critiche, fortemente limitato.

La documentazione amministrativa presentata in fase di gara. L'esame dell'offerta prima della verifica della documentazione amministrativa, come previsto dal decreto c.d Sblocca Cantieri. Presupposti, limiti e garanzie.

di Beatrice Corradi

IL
PUN
TO

1. La procedimentalizzazione dell'attività amministrativa nelle gare di appalto

La rigida successione del procedimento di selezione ha da sempre comportato che una prima fase della procedura fosse dedicata all'esame dei requisiti di ammissione dei concorrenti, concludendosi con una decisione relativa a questi, e che solo successivamente, fosse espletata una seconda fase per l'esame del merito delle offerte delle imprese ammesse.

Corollario di questa impostazione è stato da sempre il principio per il quale le diverse fasi della gara non possano essere oggetto di inversione, in quanto la preventiva conoscenza dell'offerta economica avrebbe infatti potuto influire non solo sui giudizi da assegnare alla qualità delle offerte, ma anche sulle decisioni in merito all'ammissione dei concorrenti alla procedura.

La procedimentalizzazione, è bene ribadirlo, dell'azione amministrativa è espressione dei più generali principi di pubblicità e trasparenza e

consente il controllo sul suo espletamento.

Il procedimento di gara si svolge, normalmente, in tre fasi: in due fasi sono necessarie prevalenti competenze amministrative ed in una fase sono necessarie prevalenti competenze tecniche. Il relativo processo è stato tra l'altro definito dal Consiglio di Stato, la sentenza, n. 3228 dell'11 giugno 2013.

Un ordinato svolgimento della gara, nonché di salvaguardare l'esigenza di obiettività e di imparzialità nella disamina dei requisiti di partecipazione, dei relativi documenti probatori e dei contenuti tecnici della prestazione offerta, imponendo al contempo di compiere le verifiche documentali e gli apprezzamenti tecnici in una fase antecedente a quella in cui si conoscerà l'ammontare delle offerte economiche (T.A.R. Sardegna, 14 maggio 2003 n. 605).

Giurisprudenza costante ha affermato che, in tema di gara per l'aggiudicazione dei contratti di appalto della Pubblica amministrazione, l'elemento prezzo (cui corrisponde un punteggio fisso o ricavabile mediante semplici formule matematiche precostituite) deve restare segreto per tutta la fase procedimentale in cui l'Amministrazione compie le sue valutazioni (cfr., per tutte, Cons. St., VI Sez., 27 luglio 2001, n. 3962; V Sez. 22 settembre 1999, n. 1143). La successione procedimentale rigidamente prevista è volta a tutelare la correttezza

delle gare e, in primis, la segretezza dell'offerta e dell'imparzialità, tenuto conto che diversamente si introdurrebbero elementi di valutazione fuorvianti

all'attenzione della commissione di gara (la quale, per altro, prima di avere verificato l'offerta economica, non è certo nelle condizioni di potere apprezzare se quella prospettata sia un'ipotesi astratta od un'offerta concreta).

Nelle gare per il conferimento di appalti pubblici, deve essere necessariamente garantita l'assoluta segretezza delle offerte economiche e tale rigoroso formalismo si spiega con l'esigenza di evitare, quindi, che un'indebita ed intempestiva conoscenza delle offerte economiche conduca ad introdurre elementi perturbatori della corretta valutazione da parte dell'Amministrazione.

Un ordinato svolgimento della gara, garantisce l'esigenza di obiettività e di imparzialità nella disamina dei requisiti di partecipazione, dei relativi documenti probatori e dei contenuti tecnici della prestazione offerta, imponendo al contempo di compiere le verifiche documentali e gli apprezzamenti tecnici in una fase antecedente a quella in cui si conoscerà l'ammontare delle offerte economiche (T.A.R. Sardegna, 14 maggio 2003 n. 605).

Quanto espresso è finalizzato a non violare i principi di segretezza delle offerte e della par condicio, potendo, tra l'altro, l'anticipata conoscenza, da parte della Commissione giudicatrice, di uno dei componenti dell'offerta economica di un concorrente (quale il tempo di consegna dei progetti) influenzare il giudizio tecnico della Commissione medesima, prima di aver verificato l'ammissione dei concorrenti o prima di aver espresso il proprio giudizio tecnico-qualitativo e, quindi, a danno degli altri concorrenti (Cfr. T.A.R. Emilia Romagna - Bologna, Sez. II, 15 ottobre 2001 n. 751).

La necessità di rispettare i generalissimi ed inderogabili principi della parità di condizioni tra i concorrenti e del regolare, trasparente ed

imparziale svolgimento della gara deve comunque imporre la garanzia dell'assoluta segretezza dell'offerta economica fintanto che non siano state valutate l'ammissibilità dei concorrenti alla gara e le componenti tecnico-qualitative dell'offerta.

Il fine della separazione fisica dell'offerta economica dall'offerta tecnica e dal resto della documentazione amministrativa è di garantire un ordinato svolgimento della gara e di tutelare nello stesso tempo l'esigenza di obiettività e di imparzialità nella disamina dei requisiti di partecipazione, dei relativi documenti probatori e dei contenuti tecnici della prestazione offerta, può essere conseguito solo se le verifiche documentali siano effettuate in una fase antecedente a quella in cui si conoscerà l'ammontare delle offerte economiche (Cons. Stato, IV, 27 novembre 2000, n. 6306).

I giudici amministrativi (cf. TAR Lombardia, Brescia, 1° Sezione, ord. n. 295/2003 dell'11 aprile 2003), hanno affermato che "la segretezza dell'offerta economica è un

requisito essenziale avente natura inderogabile anche in mancanza di una tassativa previsione da parte della lex specialis di gara e della relativa sanzione di esclusione dell'offerta che ne risulti sprovvista...".

Il fine della separazione fisica dell'offerta economica dall'offerta tecnica e dal resto della documentazione amministrativa, è di garantire un ordinato svolgimento della gara e di tutelare nello stesso tempo l'esigenza di obiettività e di imparzialità nella disamina dei requisiti di partecipazione, dei relativi documenti probatori e dei contenuti tecnici della prestazione offerta.



2. I requisiti e le capacità richieste ai candidati. Finalità

L'art. 80 del Codice degli appalti disciplina i motivi di esclusione di un operatore economico dalla partecipazione a una procedura d'appalto o concessione, a seguito di una condanna con sentenza definitiva o decreto penale di condanna divenuto irrevocabile o sentenza di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, l'art. 83 definisce i criteri di selezione ed il soccorso istruttorio.

I criteri di selezione, attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto, tenendo presente

l'interesse pubblico ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti, nel rispetto dei principi di trasparenza e rotazione, riguardano esclusivamente:

- a) i requisiti di idoneità professionale;
- b) la capacità economica e finanziaria;
- c) le capacità tecniche e professionali.

Le finalità dei richiesti requisiti di idoneità professionale, delle capacità economiche e finanziarie, tecniche e professionali, sono evidenziate dal principio, tra l'altro, che nelle gare pubbliche è indebito includere, tra i criteri di valutazione delle offerte, elementi attinenti alla capacità tecnica dell'impresa (certificazione di qualità e pregressa esperienza presso soggetti pubblici e privati) anziché alla qualità dell'offerta, ciò al fine di evitare la commistione fra i criteri soggettivi di prequalificazione e criteri afferenti alla valutazione dell'offerta ai fini dell'aggiudicazione.

L'esigenza di aprire al mercato le procedure, conduce alla necessità di tenere separati i requisiti richiesti per la partecipazione alla gara da quelli pertinenti all'offerta ed all'aggiudicazione, non potendo rientrare tra questi ultimi i requisiti soggettivi in sé considerati avulsi dalla valutazione in merito all'espletamento dello specifico servizio da aggiudicare (Consiglio di Stato sez. V 20 agosto 2013 n. 4191).

Le capacità economico-finanziaria misurano la solidità patrimoniale e soprattutto economico-finanziaria dell'offerente ed è comprovabile attraverso la valutazione:

- a) di idonee dichiarazioni bancarie o coperture assicurative;
- b) di bilanci o conti economici presentati;
- c) di un dato fatturato minimo dichiarato e maturato al massimo negli ultimi tre esercizi disponibili.

La cd. capacità tecnico-professionale, invece, è funzionale a valutare l'idoneità dell'offerente ad effettuare, a regola d'arte e con buon esito, quella data attività, fornitura od opera che si vuole porre ad oggetto dell'appalto pubblico ed è comprovabile, attraverso l'acquisizione di una variabile tipologia di dichiarazioni da parte dell'operatore economico, tra cui l'elenco delle principali forniture o dei principali servizi effettuati, di norma, negli ultimi

tre anni precedenti la gara, con indicazione degli importi, date e destinatari.

L'iscrizione camerale è assunta a requisito di idoneità professionale (art. 83, commi 1 lett. a) e 3, d.lgs. n. 50/2016), anteposto ai più specifici requisiti attestanti la capacità tecnico-professionale ed economico-finanziaria dei partecipanti alla gara, di cui alle successive lettere b) e c) del medesimo comma. Utilità sostanziale della certificazione camerale è quella di filtrare l'ingresso in gara dei soli concorrenti forniti di una professionalità coerente con le prestazioni oggetto dell'affidamento pubblico.

Si desume la necessità di una congruenza contenutistica, tendenzialmente completa, tra le risultanze descrittive della professionalità dell'impresa, come riportate nell'iscrizione alla Camera di Commercio, e l'oggetto del contratto d'appalto, evincibile dal complesso di prestazioni in esso previste; e ciò in quanto, l'oggetto sociale viene inteso come la "misura" della capacità di agire della persona giuridica, la quale può validamente acquisire diritti ed assumere obblighi solo per le attività comprese nello stesso, come riportate nel certificato camerale (Cons. Stato, sez. V, 7.2.2012, n. 648 e sez. IV, 23.9.2015, n. 4457; T.A.R. Napoli, sez. I, 3.2.2015, n. 819; T.A.R. Veneto, sez. I, 1.9.2015, n. 953).

3. Le dichiarazioni sostitutive negli appalti pubblici ed il DPR 445/2000

Il DPR 445/2000 in materia di dichiarazioni sostitutive trova applicazione nella materia degli appalti pubblici, essendo lo stesso codice a legittimarne l'uso.

Infatti nei rapporti con gli organi della pubblica amministrazione e i gestori di pubblici servizi i certificati e gli atti di notorietà sono sempre sostituiti dalle dichiarazioni di cui agli articoli 46 e 47.

Gli accertamenti d'ufficio disciplinati dall'art.43, comma 1, D.P.R. 445/2000, come novellato dal citato art. 15 della l. 183/2011, riguardano tutte le ipotesi di informazioni oggetto delle dichiarazioni sostitutive di cui agli artt. 46 e 47 dello stesso decreto.

"Vige, invero, un superiore e più pregnante principio,

fondante l'intero istituto della cd. autocertificazione e come tale applicabile anche nella specifica materia degli appalti pubblici, involgente in sommo grado rilevanti interessi che spaziano dalla economia pubblica alla tutela dell'erario pubblico allargato, secondo cui la possibilità, concessa ai concorrenti, di presentare un'autocertificazione inerente al possesso dei requisiti di ammissione alla gara, costituisce un atto di fiducia da parte della stazione appaltante e che, come tale, richiede serietà e piena corrispondenza nei comportamenti del concorrente che redige la dichiarazione sostitutiva; pertanto, nel caso di dichiarazione risultata non veritiera, la sanzione della esclusione dalla gara diventa conseguenza necessaria, venendo meno quel rapporto di fiducia basato sulla presunzione della reciproca correttezza che deve sussistere anche nella fase precontrattuale (cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, I, sentenza 14 gennaio 2010 n. 49).

La riscontrata non veridicità della dichiarazione sostitutiva prodotta in sede di gara da una impresa determina, ai sensi dell'art. 75 del D.P.R. 445/2000, l'esclusione dalla gara dell'impresa stessa (cfr. T.A.R. Sardegna, I, 27 ottobre 2008 n. 1847; T.A.R. Veneto, I, 6 dicembre 2005, n. 4160; T.A.R. Lazio, Roma, II, 15 giugno 2005, n. 4938)".

Le dichiarazioni connesse alla dimostrazione delle capacità ed idoneità alla partecipazione alla gara, costituiscono quindi elementi di qualificazione dei candidati che da sempre contraddistinguono la procedura amministrativa propedeutica alla scelta del contraente.

L'importanza nel procedimento di aggiudicazione dell'attività di controllo è dimostrata dalle conseguenze che conseguono in caso di dichiarazioni mendaci, con riferimento agli esiti procedurali e alle sanzioni applicabili. Per tale ragione l'inversione delle fasi procedurali,

come previste dal decreto sblocca Cantieri, comporta una attenta valutazione da parte della stazione appaltante soprattutto con riferimento alle procedure più complesse che comportano la valutazione di una Commissione.

4. Le nuove disposizioni del codice degli appalti

L'art. 36 comma 5 del codice degli appalti prevede, a fronte del cd. Sblocca Cantieri prevede che:

"Le stazioni appaltanti possono decidere che le offerte siano esaminate prima della verifica della documentazione relativa al possesso dei requisiti di carattere generale e di quelli di idoneità e di capacità degli offerenti. Tale facoltà può essere esercitata se specificamente prevista nel bando

di gara o nell'avviso con cui si indice la procedura.

Se si avvalgono di tale facoltà, le stazioni appaltanti verificano in maniera imparziale e trasparente che nei confronti del miglior offerente non ricorrano motivi di esclusione e che sussistano i requisiti e le capacità di cui all'articolo 83 stabiliti dalla stazione appaltante; tale controllo è esteso, a campione, anche sugli altri partecipanti, secondo le modalità indicate nei documenti di gara. Sulla base dell'esito di detta verifica, si procede eventualmente a ricalcolare la soglia di anomalia di cui all'articolo 97. Resta salva, dopo l'aggiudicazione, la verifica sul possesso dei

requisiti richiesti ai fini della stipula del contratto".

Le disposizioni citate costituiscono quindi una novità assoluta nel nostro ordinamento e nelle relative prassi amministrative. La stazione appaltante può decidere, esprimendolo nel bando o avviso della procedura, di scegliere l'inversione delle fasi procedurali.

La modifica del comma 5, nell'ottica della

L'importanza nel procedimento di aggiudicazione dell'attività di controllo è dimostrata dalle conseguenze che conseguono in caso di dichiarazioni mendaci, con riferimento agli esiti procedurali e alle sanzioni applicabili. Per tale ragione l'inversione delle fasi procedurali, come previste dal decreto sblocca Cantieri, comporta una attenta valutazione da parte della stazione appaltante soprattutto con riferimento alle procedure più complesse che comportano la valutazione di una Commissione



semplificazione e nel rispetto dell'articolo 56 della direttiva 2014/24/UE, in analogia a quanto già avviene nei settori speciali, prevede, per i contratti sotto soglia, la possibilità per la stazione appaltante di esaminare le offerte tecniche ed economiche prima di effettuare la verifica dei requisiti di cui all'articolo 80, garantendo, al contempo, che detta verifica sia effettuata in maniera imparziale e trasparente, in modo che nessun appalto possa essere aggiudicato a un offerente che avrebbe dovuto essere escluso a norma dell'articolo 80 o che non soddisfi i criteri di selezione stabiliti dalla medesima stazione appaltante.

L'Amministrazione dovrà procedere a verificare che rispetto all'offerente non ricorrano motivi di esclusione e che, con riferimento al medesimo, sussistano i requisiti e le capacità di cui all'articolo 83 stabiliti dalla stazione appaltante, con effetti eventuali sulla soglia di anomalia e sui tempi di conclusione del procedimento.

L'inversione delle fasi, oltre all'adozione di garanzie di tutela dell'imparzialità, potrebbe comportare la necessità di ricalcolare, quindi, la soglia di anomalia qualora vi fossero risultati di esclusione dell'aggiudicatario con effetti sulla relativa graduatoria, nuocendo certamente, in realtà, alla semplificazione della procedura che all'origine ha determinato la scelta procedurale.

È importante richiamare ed evidenziare che è principio consolidato che la pubblicità delle sedute risponde all'esigenza di tutelare non solo la parità di trattamento dei concorrenti ai quali deve essere permesso di effettuare gli opportuni riscontri sulla regolarità formale degli atti prodotti e di avere così la garanzia che non siano intervenute indebite alterazioni, ma anche l'interesse pubblico alla trasparenza ed all'imparzialità dell'azione amministrativa, le cui conseguenze negative sono

difficilmente apprezzabili ex post una volta rotti i sigilli ed aperti i plichi, in mancanza di un riscontro immediato (Consiglio di Stato, Sezione V, sentenze 17 settembre 2010, n. 6939, 10 novembre 2010, n. 8006, 3 dicembre 2008, n. 5943, 4 marzo 2008, n. 901 e 18 marzo 2004, n. 1427; Sezione VI, sentenza 22 aprile 2008, n. 1856; Sezione IV, sentenza 11 ottobre 2007, n. 5354).

La regola affermata dalla giurisprudenza appena richiamata costituisce corretta interpretazione dei principi comunitari e di diritto interno in materia di trasparenza e di pubblicità nelle gare per i pubblici appalti. L'inversione delle fasi

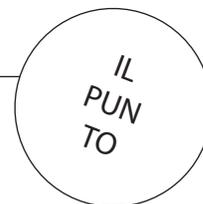
procedimentali, se adottata, deve in ogni caso continuare a rispettare tali principi e garanzie.

È principio consolidato che la pubblicità delle sedute risponde all'esigenza di tutelare non solo la parità di trattamento dei concorrenti ai quali deve essere permesso di effettuare gli opportuni riscontri sulla regolarità formale degli atti prodotti e di avere così la garanzia che non siano intervenute indebite alterazioni, ma anche l'interesse pubblico alla trasparenza ed all'imparzialità dell'azione amministrativa. L'inversione delle fasi procedurali, se adottata, deve in ogni caso continuare a rispettare tali principi e garanzie.



Con il decreto Sblocca Cantieri tramontano le Linee guida n. 4 dell'ANAC

di Alessandra Verde



1. Inquadramento generale

A distanza di appena tre anni dalla sua entrata in vigore, il Codice dei contratti pubblici sembra non trovare pace. Il recentissimo D.L. n. 32 del 18 aprile 2019, c.d. decreto Sblocca Cantieri, ha introdotto nuove, profonde modifiche al D. Lgs. n. 50 del 2016, dopo che recenti provvedimenti legislativi, quale ad esempio, tanto per citarne uno, la legge di bilancio per il 2019¹, ne avevano già in parte stravolto diverse parti e introdotto disposizioni talvolta in deroga rispetto alle norme ordinarie, senza contare che, in tale sede si era anche annunciata una imminente, profonda revisione del Codice mediante l'approvazione di una nuova legge delega.

Certo è che il Codice del 2016 non ha riscosso un grande successo tra gli addetti ai lavori. Da ciò la necessità di molteplici, continui rimaneggiamenti, in parte anche su aspetti "di impianto" del Codice medesimo. È il caso, questo, di una delle novità introdotte dal Decreto Sblocca Cantieri, su cui ci soffermeremo nel presente contributo, ovvero il superamento - quantomeno in apparenza, come più avanti si dirà - delle Linee guida ANAC a favore

della reintroduzione di un regolamento unico di attuazione, simile al vecchio D.P.R. n. 2017/2010, che, evidentemente, il coacervo confuso di Linee guida vincolanti e non vincolanti, decreti ministeriali approvati e da approvare, hanno fatto rimpiangere.

Il decreto Sblocca Cantieri introduce infatti all'art. 216 del Codice un comma *27-octies* che così dispone: <<nelle more dell'adozione, entro 180 giorni dalla data di entrata in vigore della presente

disposizione, ai sensi dell'articolo 17, comma 1, lettere a) e b), della legge 23 agosto 1988, n. 400, su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sentita la Conferenza Stato-Regioni, di un **regolamento unico** recante disposizioni di esecuzione, attuazione e integrazione del presente codice, le linee guida e i decreti adottati in attuazione delle previgenti

disposizioni di cui agli articoli 24, comma 2, 31, comma 5, 36, comma 7, 89, comma 11, 111, commi 1 e 2, 146, comma 4, 147, commi 1 e 2 e 150, comma 2, **rimangono in vigore o restano efficaci fino alla data di entrata in vigore del regolamento** di cui al presente comma>>.

Il Decreto Sblocca Cantieri ha previsto il superamento delle Linee guida ANAC vincolanti e dei Decreti ministeriali attuativi del Codice, attraverso l'adozione di un regolamento unico di attuazione. Le Linee guida e i decreti ministeriali superati resteranno in vigore in via transitoria fino all'adozione del regolamento unico.



1. La L. n. 145/2018.

Se si tralasciano in questa sede i vari decreti ministeriali cui la norma fa riferimento e si focalizza l'attenzione sulle Linee guida ANAC, emerge come le Linee guida che saranno superate dal Regolamento unico saranno le due Linee guida, di natura vincolante, che rivestono forse maggiore importanza nell'attività amministrativa quotidiana delle stazioni appaltanti, cioè quelle sulle funzioni del RUP (in forza del richiamo dell'art. 31, comma 5) e quelle sulle procedure sotto soglia (previste dall'art. 36, comma 7).

In particolare queste ultime sono le tanto discusse Linee guida n. 4, recentemente sottoposte ad un *restyling*, sulla cui proposta si è espresso anche il Consiglio di Stato.

La *ratio* del legislatore è chiara: si vuole da un lato riunire in un unico provvedimento, di più facile lettura evidentemente, un insieme eterogeneo di disposizioni di dettaglio fino ad ora sparse in tanti differenti provvedimenti, oppure non esistenti in quanto i decreti attuativi non sono stati ancora adottati. Dall'altro, emerge con chiarezza un giudizio negativo rispetto al sistema di *soft law* che il Codice del 2016 ha tentato di introdurre in sostituzione del vecchio regolamento di attuazione, mediante l'attribuzione all'Autorità anticorruzione del potere di adottare provvedimenti volti a dare attuazione al Codice, la cui natura di fonte normativa e la cui eventuale collocazione nella gerarchia delle fonti sono state e sono ancora tutte da discutere.

Non vengono tuttavia toccate dalla norma tutte le altre Linee guida, quali, ad esempio, quelle sull'offerta economicamente più vantaggiosa, sulle consultazioni preliminari di mercato, sui servizi infungibili, sui servizi di ingegneria e architettura, né una svariata serie di decreti ministeriali adottati o da adottare. Diciamo quindi che, se l'intento del legislatore era quello di semplificare raggruppando in un unico provvedimento tutte le disposizioni attuative di eterogenea origine in un unico atto, il risultato appare invece al di sotto delle aspettative. Sotto questo aspetto parrebbe che la montagna abbia partorito il topolino. Ma tant'è.

2. Le Linee guida ANAC e il loro superamento. Questioni problematiche

Quando il legislatore del 2016 ha previsto il potere in capo all'Autorità anticorruzione di adottare le Linee guida di natura vincolante, l'obiettivo perseguito era quello di semplificare e ridurre la normativa in materia, attraverso l'emanazione di un insieme snello di linee guida di carattere generale, di più rapida adozione, che consentisse l'aggiornamento costante dell'ordinamento per tenerlo al passo con i mutamenti del sistema, e che, al contempo, garantisse uniformità di comportamento tra le stazioni appaltanti.

Oltre a ciò, gli atti di regolazione dell'ANAC avrebbero dovuto perseguire lo scopo di assicurare trasparenza, omogeneità e speditezza delle procedure e di fornire criteri unitari di condotta agli operatori del settore, fornendo costante supporto nell'interpretazione e nell'applicazione pratica del Codice.

Occorre rammentare infatti che, in vigore del vecchio Codice, gli atti dell'Autorità non erano giuridicamente vincolanti per le stazioni appaltanti: l'ANAC esercitava per così dire una *moral suasion* sugli operatori del settore appalti, condizionando ed orientando di fatto l'operato degli stessi ma senza che fosse riconosciuta una formale superiorità delle sue pronunce rispetto alle decisioni di ciascuna stazione appaltante. Con il D. Lgs. n. 50 del 2016, invece, il quadro dei rapporti tra Autorità ed operatori del settore è mutato radicalmente: le Linee guida a carattere vincolante hanno costituito una limitazione formale all'autonomia decisionale delle amministrazioni pubbliche committenti, entrando a far parte di fatto, seppure in modo "abusivo", della gerarchia delle fonti. Infatti, il potere conferito all'ANAC, in quanto organismo pubblico indipendente, di prevalere con i propri provvedimenti amministrativi su altri provvedimenti amministrativi adottati dalle stazioni appaltanti ha sin dall'inizio destato molte perplessità sotto il profilo della compatibilità con l'assetto costituzionale vigente.

Fatta tale premessa, non si può non constatare che, alla luce dell'attuale novità legislativa in

esame, gli obiettivi che il legislatore si era prefisso conferendo detti poteri all'ANAC, non sembrano tuttavia essere stati centrati, tanto è vero che ora si sta facendo un passo indietro².

Un sistema di regolazione flessibile, c.d. di *soft law*, probabilmente mal si attaglia all'ordinamento italiano e alla mentalità degli operatori del diritto che qui operano, ancorati come sono ad una concezione tradizionale di legalità e di certezza del diritto, che, a dire il vero, ha i suoi vantaggi in termini di riduzione dei dubbi interpretativi e del conseguente rischio di contenzioso. Non si contano infatti le discussioni - in dottrina e tra gli addetti ai lavori - sulla vincolatività o meno di tutta una serie di indicazioni fornite dall'ANAC oppure su come risolvere gli aspetti attuativi non trattati dall'Autorità. Lo stesso tenore discorsivo e poco prescrittivo impiegato dall'Autorità nei propri provvedimenti ha lasciato perplessi gli operatori del settore, poco abituati a tale tipo di linguaggio, spesso foriero di incertezze interpretative.

Occorre ribadire tuttavia che il superamento delle Linee guida ANAC riguarda, di fatto, solo quelle in tema di responsabile unico del procedimento e quelle in materia di procedure di affidamento sotto soglia. Il Decreto Sblocca Cantieri infatti nulla dice in relazione al potere dell'Autorità di predisporre linee guida, di natura non vincolante, mediante le quali continuare a perseguire lo scopo di garantire la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti,

l'omogeneità dei procedimenti amministrativi e lo sviluppo delle migliori pratiche, ai sensi dell'art. 213, comma 2, del Codice. Ne consegue che il potere dell'ANAC di regolamentare, seppure mediante provvedimenti **non vincolanti**, alcuni settori ritenuti particolarmente sensibili rimane intatto e, a maggior ragione, rimangono valide le Linee guida non vincolanti già approvate.

Al fine di evitare vuoti normativi, il legislatore ha previsto che, nelle more dell'adozione del decreto del Presidente della Repubblica contenente un regolamento unico di tutte le disposizioni attuative ed esecutive del Codice appalti, delle Linee guida già approvate e dei decreti attuativi già adottati, restino in vigore le Linee guida e i decreti attuativi già adottati.



Per quanto concerne il periodo transitorio, il Decreto Sblocca Cantieri si è preoccupato di dettare una disciplina *ad hoc* al fine di evitare vuoti normativi. Infatti, nelle more dell'adozione del decreto del Presidente della Repubblica, emanato ai sensi dell'art. 17, comma 1, lett. a) e b) della L. n. 400/1988, contenente un regolamento unico di tutte le disposizioni attuative ed esecutive del Codice appalti, delle linee guida già approvate e dei

decreti attuativi già adottati, restano in vigore le Linee guida e i decreti attuativi già adottati.

Tale D.P.R. dovrebbe essere adottato entro 180 giorni dall'entrata in vigore del Decreto Legge. Considerato, tuttavia, che il D.P.R. è un provvedimento dalla procedura di approvazione estremamente complessa, in cui occorre innanzitutto la proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, deve essere sentita la Conferenza Stato-Regioni, devono intervenire le competenti commissioni parlamentari ed occorre infine il parere del Consiglio di Stato, va da sé che 180 giorni per l'adozione di tale provvedimento appaiano piuttosto pochi.

2. Lo stesso Presidente dell'ANAC, Raffaele Cantone, in un'intervista ha dichiarato che <<il "ritorno" al regolamento è una scelta politica che ad un certo punto è parsa quasi obbligata; la maggioranza degli operatori (dalle stazioni appaltanti agli imprenditori) non ha accettato il sistema di regolazione flessibile o forse non ne ha compreso lo spirito, ma si tratta di un fatto di cui era giusto prendere atto (...)>>.

È sin d'ora prevedibile che il regime transitorio si protrarrà oltre tale termine e che rimarranno pertanto in vigore le Linee guida indefinitamente, fino all'adozione del regolamento unico.

Sorge però un ulteriore problema, niente affatto trascurabile: alla luce delle profonde modifiche subite dall'art. 36 ad opera del Decreto Sblocca Cantieri, non può negarsi che le Linee guida n. 4 sulle procedure sotto soglia siano di fatto superate e per buona parte inapplicabili. Non è chiaro quindi se l'ANAC potrà procedere ad un loro, ennesimo, aggiornamento nelle more dell'adozione del regolamento unico.

3. Le modifiche introdotte dal Decreto Sblocca Cantieri alle procedure sotto soglia

Il Decreto Sblocca Cantieri, come accennato in premessa, ha pesantemente rimaneggiato l'art. 36 del Codice appalti, già modificato in misura rilevante, seppure mediante una disciplina derogatoria di carattere temporaneo, dalla legge di bilancio 2019. In estrema sintesi, si rammenta che, a seguito della L. n. 145 del 2018, si erano delineate quattro diverse tipologie per gli affidamenti di lavori sotto soglia:

- 1) gli affidamenti sotto i 40 mila euro, che possono essere disposti direttamente, senza neppure la consultazione di due o più operatori economici;
- 1) gli affidamenti tra i 40 mila e i 150 mila euro, per i quali la L. n. 145 ha introdotto una procedura a metà strada tra quella prevista dalla lett. a) e quella prevista dalla lett. b) dell'art. 36 perché si parla di affidamento diretto previa consultazione, ove esistenti, di tre operatori economici;
- 2) gli affidamenti tra i 150 mila euro e i 350 mila euro, per i quali si applicano le procedure di cui alla lett. b), ovvero la necessaria consultazione di almeno dieci operatori economici;
- 3) gli affidamenti di cui alla lett. c), ovvero la consultazione di almeno quindici operatori economici, per l'affidamento dei lavori - per la durata della disciplina in deroga - di importo compreso tra i 350 mila euro (e non più 150 mila) e il milione di euro.

Ora, con il Decreto Sblocca Cantieri, tali tipologie - e soglie - vengono ulteriormente ritoccate, questa volta - è bene chiarirlo - in via **definitiva** e non temporanea. Contrariamente a quanto fatto dalla legge di bilancio 2019, il Decreto Legge n. 32 in esame interviene proprio sul dato letterale dell'art. 36 e ne modifica profondamente il contenuto.

La prima, importante, modifica riguarda la lett. b), in tema di c.d. procedure negoziate. L'attuale disposizione così recita: <b) per affidamenti di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a 200.000 euro per i lavori, o alle soglie di cui all'articolo 35 per le forniture e i servizi, mediante procedura negoziata previa consultazione, ove esistenti, di almeno tre operatori economici per i lavori, per i servizi e le forniture di almeno cinque operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti (...)>>.

La previgente lett. c), che prevedeva l'affidamento di lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 1.000.000 di euro, mediante procedura negoziata con consultazione di almeno quindici operatori economici, ove esistenti, scelti tramite indagini di mercato o elenchi di operatori economici, è stata **abrogata** e la lett. d) è stata così sostituita: <<**d) per i lavori di importo pari o superiore a 200.00 euro e fino alle soglie di cui all'articolo 35 mediante ricorso alle procedure di cui all'articolo 60**, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 97, comma 8>>.

In altre parole, la disciplina derogatoria introdotta dalla legge n. 145 è divenuta definitiva e ne è stato ampliato l'ambito di applicazione in quanto la soglia massima della procedura negoziata con invito di tre operatori è passata da 150 mila 200 mila euro.

Ora le nuove tipologie di affidamenti di lavori sono le seguenti:

- 1) sotto i 40 mila euro è sempre vigente l'affidamento diretto ad un operatore economico;
- 2) tra i 40 mila e i 200 mila (e non più 150 mila) mediante procedura negoziata previa consultazione, ove esistenti, di almeno tre

operatori economici e non più dieci, come era in passato;

3) Oltre i 200 mila e fino a 5 milioni e mezzo di euro (soglia di rilevanza comunitaria per i lavori) mediante procedure aperte.

Spariscono dunque le due tipologie intermedie venutesi a creare per effetto della disciplina in deroga introdotta dalla legge di bilancio 2019 ovvero la necessaria consultazione di almeno dieci operatori economici per gli affidamenti tra i 150 mila euro e i 350 mila euro e la consultazione di almeno quindici operatori economici, per l'affidamento dei lavori - per la durata della disciplina in deroga - di importo compreso tra i 350 mila euro (e non più 150 mila) e il milione di euro.

Se da un lato, l'innalzamento della soglia entro cui procedere con la consultazione semplificata di tre operatori economici può contribuire ad accelerare le procedure di affidamento e a rilanciare il settore dei lavori pubblici, in crisi ormai da anni, non può non rilevarsi d'altro canto che la consultazione di tre operatori soltanto - numero effettivamente molto esiguo nel settore delle imprese edili - va certamente a discapito della concorrenza e dell'apertura al mercato, creando terreno fertile per favoritismi e scelte clientelari. Va da sé che il RUP dovrà operare con estrema attenzione cercando di selezionare gli operatori da invitare nel rigoroso rispetto del principio di rotazione degli affidamenti e degli inviti nonché verificare con attenzione quanto offre il mercato, al fine di reperire sempre e comunque - e non soltanto "ove esistenti" - almeno tre imprese da porre in confronto competitivo, per non cadere in affidamenti diretti evitabili.

Inoltre, va posto l'accento sul fatto che viene ampliata la fascia degli appalti di lavori per cui diventa obbligatoria la procedura aperta, ovvero

dai 200 mila euro al milione, prima affidabili con procedura negoziata con invito di almeno quindici operatori, con conseguente aggravamento - e non semplificazione - del procedimento.

Altra rilevante modifica apportata all'art. 36, strettamente connessa alla modalità di espletamento delle procedure semplificate, è quella che introduce in coda all'articolo un comma

9-*bis* del seguente tenore: <<9-*bis*. Fatto salvo quanto previsto all'articolo 95, comma 3, le stazioni appaltanti procedono all'aggiudicazione dei contratti di cui al presente articolo **sulla base del criterio del minor prezzo ovvero, previa motivazione, sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa**>>.

In altre parole, la norma generale, che vedeva quale criterio di aggiudicazione principe quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, viene radicalmente ribaltata. Ora la regola è quella di aggiudicare al prezzo più basso, salva la possibilità per la stazione appaltante di prevedere il criterio dell'OEPV purché ne dia adeguata motivazione.

Il legislatore, evidentemente, ha smesso di vedere il criterio del minor prezzo come foriero di pericoli in termini di scarsa qualità delle prestazioni in fase esecutiva o di rischio di sfruttamento della forza lavoro. In fondo, si tratta di un criterio che garantisce in modo oggettivo la concorrenza; i rischi che possono scaturire da eccessivi ribassi devono essere affrontati attraverso una rigorosa vigilanza in fase di eventuale valutazione della anomalia dell'offerta e, soprattutto, in fase esecutiva.

Correlata con tale modifica è anche quella apportata all'art. 97, in tema di offerte anormalmente basse. In detta disposizione, per quanto ci interessa in questa sede, è stato modificato il comma

Il Decreto Sblocca Cantieri modifica profondamente l'art. 36 del Codice variando le modalità di espletamento delle procedure negoziate, il numero di operatori da invitare al confronto competitivo e la soglia di importo entro la quale operano tali regole semplificate. Viene inoltre generalizzata l'applicazione del criterio di aggiudicazione del minor prezzo.



8 che ora prevede che <<per lavori, servizi e forniture, quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso e comunque per importi inferiori alle soglie di cui all'articolo 35, e che non presentano carattere transfrontaliero, la stazione appaltante **prevede** (è un obbligo e non più una facoltà, ndr) nel bando **l'esclusione automatica dalla gara delle offerte** che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia (...). **Comunque l'esclusione automatica non opera quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a dieci**>>.

L'esclusione automatica delle offerte anomale – come obbligo e non più come mera facoltà della stazione appaltante a determinate condizioni – contribuirà certamente ad evitare ribassi troppo spregiudicati da parte dei concorrenti e mitigherà, si spera, i rischi insiti nell'impiego generalizzato del criterio di aggiudicazione del minor prezzo.

4. Le altre modifiche introdotte dal Decreto Sblocca Cantieri all'art. 36

Un'altra rilevante modifica apportata dal Decreto Sblocca Cantieri riguarda il comma 5 dell'art. 36, avente ad oggetto il momento in cui effettuare la verifica amministrativa sul possesso dei requisiti generali e speciali in capo ai concorrenti, ora interamente novellato.

Ante decreto, il Codice appalti prevedeva che, nell'ambito delle procedure negoziate sotto soglia, all'inizio della procedura di affidamento si verificasse la documentazione amministrativa contenente le dichiarazioni in merito al possesso dei requisiti di carattere generale e si procedesse a verificare gli eventuali requisiti economico-finanziari e tecnico-

professionali richiesti nella lettera di invito. La verifica sulla veridicità delle dichiarazioni relative al possesso dei requisiti di carattere generale era, di regola, limitata all'aggiudicatario e si svolgeva a conclusione della procedura.

Ora il comma 5 novellato così recita: <<5. Le stazioni appaltanti possono decidere che **le offerte siano esaminate prima della verifica della**

documentazione relativa al possesso dei requisiti di carattere generale e di quelli di idoneità e di capacità degli offerenti.

Tale facoltà può essere esercitata se specificamente prevista nel bando di gara o nell'avviso con cui si indice la procedura. Se si avvalgono di tale facoltà, le stazioni appaltanti verificano in maniera imparziale e trasparente che nei confronti del miglior offerente non ricorrano motivi di esclusione e che sussistano i requisiti e le capacità di cui all'articolo 83 stabiliti dalla stazione appaltante; tale controllo è esteso, a campione, anche

sugli altri partecipanti, secondo le modalità indicate nei documenti di gara. Sulla base dell'esito di detta verifica, **si procede eventualmente a ricalcolare la soglia di anomalia** di cui all'articolo 97. **Resta salva, dopo l'aggiudicazione, la verifica sul possesso dei requisiti richiesti ai fini della stipula del contratto**>>.

Sostanzialmente, le stazioni appaltanti hanno facoltà – dandone espressa e preventiva comunicazione nella documentazione di gara - di invertire la fasi di valutazione dell'offerta economica (ed evidentemente, laddove la stazione abbia motivatamente deciso di applicare il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, anche dell'offerta tecnica) rispetto alla fase di verifica di regolarità della documentazione amministrativa nell'ambito della quale si procedeva, di regola,

Ulteriori novità introdotte dal Decreto Sblocca cantieri sono: l'obbligo – e non più la facoltà – di escludere automaticamente le offerte anormalmente basse laddove il criterio di aggiudicazione sia quello – ora divenuto generale – del minor prezzo e il numero delle offerte presentate sia almeno pari a dieci, e la possibilità di invertire temporalmente le fasi di verifica della documentazione amministrativa e di valutazione delle offerte.



a controllare preventivamente il possesso dei requisiti speciali richiesti dal bando e ad escludere i concorrenti che presentassero qualche carenza, non sanabile mediante soccorso istruttorio, rilevata in tale fase.

Laddove le stazioni appaltanti optino per tale inversione, la verifica sul possesso dei requisiti avverrà solo sul miglior offerente, così da ridurre i tempi dell'affidamento.

Tale soluzione, appare, invero, un po' rischiosa in quanto se, da un lato, avrebbe il merito di accelerare la procedura di affidamento nelle situazioni in cui il miglior offerente è in regola, dall'altro si rischia, in caso contrario, di perdere più tempo nel valutare offerte che avrebbero dovuto essere escluse sin dal principio per carenza dei requisiti generali o speciali, e di dover scorrere la graduatoria alla ricerca di un concorrente che, oltre ad aver presentato una buona offerta, sia anche in regola con il possesso dei requisiti, vanificando alla fine lo scopo del legislatore. Non solo: un appesantimento procedurale e un inutile dispendio di tempo si avrebbero anche nel caso in cui si rivelasse necessario procedere al ricalcolo della soglia di anomalia, senza contare che la previa conoscenza del contenuto delle offerte da parte della stazione appaltante potrebbe influire inopportuna sulle decisioni di quest'ultima in merito all'ammissione dei concorrenti con riferimento alla verifica di requisiti per i quali la stazione appaltante ha un potere di apprezzamento discrezionale, quali, ad esempio, gli illeciti professionali.

Una novità che sarà invece certamente accolta favorevolmente dagli addetti ai lavori è quella introdotta dal nuovo comma 6-bis, 6-ter e 6-quater dell'art. 36.

Ora, infatti, sarà il soggetto responsabile dell'ammissione degli operatori economici nei mercati elettronici ad avere l'onere di verificare

l'assenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80 su un campione significativo di operatori economici. Nelle procedure di affidamento effettuate nell'ambito dei mercati elettronici, la stazione appaltante dovrà, d'ora in poi, verificare **esclusivamente il possesso da parte dell'aggiudicatario dei requisiti economico-finanziari e tecnico-professionali.**

Un'altra positiva semplificazione riguarda l'impiego del DGUE. Ora, in luogo del documento di gara unico europeo, i soggetti che gestiscono mercati elettronici possono predisporre formulari standard mediante i quali richiedere e verificare il possesso dei requisiti di cui all'articolo 80 ed ogni eventuale ulteriore informazione necessaria all'abilitazione o all'ammissione. La stazione appaltante dovrà utilizzare il DGUE solo nell'eventualità in cui debba richiedere eventuali informazioni, afferenti la specifica procedura, **ulteriori** a quelle già acquisite in fase di abilitazione o ammissione dell'operatore nel mercato elettronico.

Il Decreto Sblocca Cantieri ha introdotto anche alcune semplificazioni in materia di impiego del DGUE e di verifica del possesso dei requisiti di partecipazione dei concorrenti, nell'ambito delle procedure svolte nei mercati elettronici.

5. Le ricadute sulle Linee guida n. 4 delle modifiche all'art. 36

Lo stravolgimento dell'art. 36 ha, come è facile intuire, forti ricadute sulla perdurante applicabilità delle Linee guida n. 4. Al di là della loro formale vigenza fino all'approvazione del regolamento unico di attuazione, si pone un problema pratico di concreta difficoltà ad applicarne il contenuto così come attualmente formulato, in quanto facente riferimento ad un insieme di disposizioni ormai non più vigenti.

Si pensi a tutta la disciplina dettata dal paragrafo 5 in tema di procedure negoziate per l'affidamento di lavori tra i 40 mila e i 150 mila euro e di servizi e forniture sopra i 40 mila euro. Occorrerebbe riscriverlo integralmente tenendo conto delle mutate soglie di importo per quanto concerne

l'affidamento di lavori, del ridotto numero di operatori economici da invitare, del generalizzato impiego del criterio del minor prezzo, della mutata disciplina dell'esclusione automatica delle offerte anomale e, infine, della possibilità di anteporre la fase di valutazione delle offerte a quella di verifica della documentazione relativa al possesso dei requisiti di carattere generale e di quelli di idoneità e di capacità degli offerenti.

In altri termini, l'ANAC dovrebbe rimetterci completamente mano ma – ed è questo il nodo cruciale – non è chiaro se abbia ancora la possibilità di farlo.

Dal tenore letterale della disciplina transitoria di cui abbiamo parlato sopra, non emergerebbero apparentemente ostacoli a che l'Autorità adegui le Linee guida per consentirne l'applicazione nel periodo transitorio, sino, cioè, all'entrata in vigore del regolamento unico, che teoricamente dovrebbe recepirne i contenuti (anche aggiornati). Infatti, il richiamo alle Linee guida e ai decreti ministeriali adottati sembrerebbe, *prima facie*, un rinvio di tipo dinamico.

Non è tuttavia di questo parere l'ANAC che, in un documento di approfondimento sul Decreto Sbocca Cantieri elaborato e pubblicato a fini conoscitivi sul proprio sito³, rileva una serie di criticità in merito. In primo luogo, secondo l'ANAC, il continuo mutare delle norme del Codice, da ultimo ad opera del Decreto Sbocca Cantieri, non fa altro che rendere incerta e sempre più difficoltosa la loro interpretazione ed applicazione, con gravi ricadute

in termini di allungamento dei tempi necessari allo svolgimento delle procedure di aggiudicazione, di aumento del contenzioso, nonché di creazione di un sistema farraginoso che non favorisce la concorrenza, scoraggia gli investimenti di imprese estere e può incentivare il proliferare di fenomeni corruttivi.

Ciò premesso, l'Autorità ribadisce che il regolamento "unico" di cui all'art. 27-*octies* dell'art. 216 di fatto unico non sarà perché non sostituirà tutte le linee guida e i decreti indicati nel Codice.

Inoltre, la previsione del regime transitorio, a tenore del quale le Linee guida già adottate "rimangono in vigore o restano efficaci fino alla data di entrata

in vigore del regolamento", viene interpretata dall'Autorità nel senso che tale previsione normativa <<**crystallizza i contenuti delle Linee guida e non consente all'Autorità di apportare modifiche o integrazioni alle stesse**, rendendole di fatto inapplicabili perché – in parte – non più coerenti con la fonte primaria di riferimento (ad esempio **linee guida n. 4/2016, non più attuali rispetto all'art. 36 del Codice, modificato dal D.L. 32/2019, ma in vigore ai sensi dell'art. 216, comma 27-*octies*)**>>.

A parere dell'Autorità, la norma transitoria introdotta dall'art. 216 dispone l'**ultrattività** delle Linee guida adottate e, pertanto, protrae la vigenza delle stesse nel testo esistente ora, non consentendone un adeguamento successivo alle novità legislative intervenute nel frattempo.

L'ANAC ha sollevato molte perplessità in merito alla concreta applicabilità delle Linee guida n. 4, di fatto superate dalle modifiche apportate all'art. 36, ma cristallizzate nel testo ora esistente - ormai non più coerente con l'art. 36 modificato dal Decreto Sbocca Cantieri - dalla previsione del loro superamento ad opera del regolamento unico di attuazione.



3. L'Autorità, nella prospettiva di un'eventuale segnalazione a Governo e Parlamento sulle possibili criticità contenute nel D.L. 32/19, ha istituito un gruppo di lavoro formato da dirigenti e funzionari, a cui ha richiesto di effettuare un primo approfondimento sulle principali novità introdotte dal decreto. Il documento che ne è scaturito è intitolato: <<Decreto Legge 18 aprile 2019 n. 32. Prime valutazioni di impatto sul sistema degli appalti pubblici>>.

Se così fosse ci troveremmo dinanzi ad un quadro normativo decisamente confuso, con evidenti difficoltà applicative delle disposizioni del Codice e delle correlate Linee guida da parte degli operatori del settore, con ciò - per dirla con le parole dell'Autorità - <<vanificando di fatto le finalità di semplificazione e speditezza dell'azione amministrativa in tale settore, perseguite con il D.L. in esame, soprattutto per il rischio di contenzioso che ne può derivare>>.

La scelta di sostituire le Linee guida n. 3 e n. 4 con un regolamento unico non appare inoltre coerente - a parere dell'ANAC - con l'impegno di procedere ad una loro revisione che il Governo si era assunto al fine di superare i rilievi sollevati dalla Commissione europea nell'ambito di alcune procedure di infrazione per violazione delle direttive.

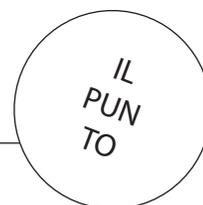
6. Conclusioni

Se si vogliono tirare le somme rispetto agli effetti del Decreto Legge n. 32, il risultato finale, almeno per quanto riguarda gli aspetti trattati nel presente contributo, sembra più negativo che positivo.

Il quadro normativo in materia di procedure di affidamento sotto soglia appare essersi complicato piuttosto che semplificato e, in tale situazione di incertezza del diritto, gli operatori del settore non possono neppure trovare conforto nelle tanto criticate ma spesso utili Linee guida ANAC, ormai palesemente inapplicabili e da aggiornare, sempre che l'ANAC ritenga di poterlo fare e decida di farlo. Tale situazione di assoluta incertezza e variabilità è aggravata - non dimentichiamolo - dal fatto che il Decreto Legge è per sua natura un provvedimento provvisorio che deve essere convertito in legge per produrre effetti duraturi nel tempo. Non è ovviamente dato sapere al momento se e con quali modifiche avverrà la conversione in legge da parte delle Camere. La situazione appare quindi fluida e indefinita e tale indefinitezza rischia di rallentare anziché "sbloccare" i cantieri appaltabili.

Su un unico punto può probabilmente esserci convergenza di idee: da tale novella legislativa l'ANAC sembra uscire in qualche modo indebolita, non fosse altro perché è stato messo in discussione e, nella sostanza bocciato, il suo potere di intervenire nell'ordinamento mediante provvedimenti di *soft law*.

I procedimenti di affidamento nell'ambito sottosoglia comunitario dopo il D.L. 32/2019



di Stefano Usai

Premesse

Il D.L. 32/2019 (contenente "Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici" – in G.U. n. 92 del 18 aprile 2019), in vigore dal 19 aprile scorso, muta radicalmente la disciplina codicistica degli acquisti nel sotto soglia comunitario (ovvero dell'ambito operativo dell'art. 36 del codice dei contratti).

Ed occorre anticipare che, in relazione alle nuove soglie che segnano il "contingentamento" (ulteriore) degli appaltatori da invitare alle procedure negoziate, già in fase di conversione si registrano nuovi e profondi mutamenti (come si dirà più avanti) per effetto degli emendamenti presentati.

L'attenzione del legislatore, quindi, si concentra – con l'obiettivo (complesso) della semplificazione – sulle dinamiche concorrenziali nell'ambito non disciplinato dalle norme comunitarie (che in tema di sottosoglia si rimettono ai paesi aderenti). Semplificando, la dinamica operativa prospettata è quella di affrancare la competizione per gli appalti di importo inferiore alle soglie comunitarie, dal rigore formale/formalistico che governa la gara classica. L'obiettivo, a ben vedere risulta però frustrato per il fatto che, in tema di lavori, per importi pari o superiori ai 200mila euro il legislatore ha imposto la procedura aperta.

Non è senza rilievo annotare che già in fase di conversione la soglia è mutata con la reintroduzione della procedura negoziata (di cui all'articolo 63 del codice dei contratti e, quindi, non più semplificata) fino al milione di euro di lavori.

La difficoltà, che si sta dimostrando realmente oggettiva è quella di conciliare procedure di affidamenti semplificati – non presidiate da precisi e rigorosi riferimenti normativi – con i principi della trasparenza, oggettività e rotazione, soprattutto alla luce delle difficoltà incontrate nel nostro paese. Le dinamiche concorrenziali, se da un lato vengono esasperate – ma non si può fare altrimenti – da norme rigorose, possono essere semplificate, in

realità, solo riducendo il coacervo di comunicazioni/pubblicazioni a cui è tenuto il RUP. Non a caso, lo stesso Decreto legge in commento modifica – sopprimendo i periodi 2, 3 e 4 – l'articolo 29 del codice dei contratti che, in nome della trasparenza, imponeva l'obbligo di pubblicare esclusioni/ammissioni degli appaltatori entro due giorni dall'adozione dei provvedimenti nella sezione trasparenza. Quindi

un ulteriore adempimento viene soppresso con conseguente eliminazione del rito "veloce" di impugnazione degli atti predetti (entro il termine di trenta giorni dalla pubblicazione) che ora non è più presente nell'ordinamento (con conseguente abrogazioni anche nel codice del processo amministrativo).

L'attenzione del legislatore, quindi, si concentra - con l'obiettivo (complesso) della semplificazione - sulle dinamiche concorrenziali nell'ambito non disciplinato dalle norme comunitarie (che in tema di sottosoglia si rimettono ai paesi aderenti).



1. L'affidamento diretto

Analizzando le varie modifiche, la prima sottolineatura riguarda l'affidamento diretto entro i 40mila euro che non viene inciso dal Decreto Legge. Pertanto, il RUP può utilizzare – a condizione che utilizzi correttamente la rotazione – la dinamica dell'assegnazione diretta dell'appalto.

È bene che, anche in modo informale, il RUP attivi un minimo di indagine di mercato (anche attraverso l'escussione del mercato elettronico) fermo restando che, in tema, la stessa ANAC ha avuto modo di chiarire che per le microsoglie il responsabile unico del procedimento non è tenuto alla pubblicazione di avvisi pubblici per ottenere le manifestazioni di interesse.

È chiaro però, che in caso di attivazione di micro procedimenti formalizzati, sarà compito del RUP indicare preventivamente i criteri in base ai quali, poi, si procederà con l'assegnazione della commessa. Anche nell'ambito di queste soglie è necessario che il RUP verifichi il possesso dei requisiti e può utilizzare la cd. determina a contrarre a contenuto semplificato.

La semplificazione, da ultimo richiamata, consente di non predisporre la determinazione di prenotazione di impegno di spesa e di procedere direttamente con l'impegno e l'affidamento dell'appalto (successivamente all'ordine/trattativa sul mercato elettronico). Da notare che si tratta di pratiche non perfettamente coerenti con i principi della contabilità armonizzata (per gli enti locali) che impongono, al fine di procedere con l'impegno il perfezionamento giuridico dell'obbligazione. Ed in questo senso, in ultima analisi, come detto sopra, prima occorre procedere con l'affidamento diretto (e con la generazione del contratto a sistema – nel mercato elettronico – e poi procedere con l'impegno – e con la determina di affidamento). In una simile situazione, non può sfuggire, il RUP deve previamente verificare che la risorsa finanziaria (a copertura dell'acquisto) sia realmente disponibile. Se nell'affidamento diretto rimangono ferme le regole perentorie della rotazione (non è possibile

riaffidare l'appalto allo stesso operatore economico se non con adeguate e corrette motivazioni, ad esempio, per esiguità delle offerte presenti nel mercato) da queste è possibile deviare nel caso dei micro affidamenti nell'ambito dei 5mila euro.

La legge di bilancio per il 2019 (legge 145/2018), art. 1, comma 130 (di modifica del comma 450 della legge 296/2006) consente, nell'ambito dei 5mila euro, di non ricorrere al mercato elettronico (la soglia pregressa era contenuta nei mille euro).



Come noto, la legge di bilancio per il 2019 (legge 145/2018), art. 1, comma 130 (di modifica del comma 450 della legge 296/2006) consente, nell'ambito dei 5mila euro, di non ricorrere al mercato elettronico (la soglia pregressa era contenuta nei mille euro).

L'ANAC con il nuovo schema di linee guida n. 4 (non ancora formalizzato) nel richiedere il parere al Consiglio di Stato

poneva al collegio la questione se le deroghe alla rotazione – già previste con sintetiche motivazioni nell'ambito dei mille euro – potessero ritenersi estese anche nell'ambito dei 5mila.

Il Consiglio di Stato, con parere n. 1312/2019 ha ammesso siffatta deroga ma con adeguata motivazione che il RUP deve inserire nella determinazione di affidamento. Ovviamente, tali possibilità devono essere utilizzate con grande accortezza evitando frazionamenti e/o abusando degli affidamenti diretti.

Da rammentare che, in relazione all'affidamento diretto in fase di conversione, è stato proposto un emendamento per innalzare la soglia fino ai 150mila euro (per i lavori) previa consultazione di n. 3 operatori.

2. Linee guida ANAC e criterio del minor prezzo

Sostanziali novità apportate dal decreto legge in commento sono, in primo luogo, quelle relative alla decisione di abbandonare (in relazione agli acquisti nel sottosoglia comunitario) l'esperienza della disciplina adottata dall'ANAC con le linee guida n. 4.

Destinate a restare "vigenti" nel solo periodo transitorio ovvero fino all'adozione del nuovo

regolamento attuativo del codice dei contratti (in questo senso, rispettivamente, il comma 7 dell'articolo 36 e il comma 27-octies dell'articolo 216 del codice).

Estremamente significativa – proprio in tema di semplificazioni (supposte) – è la previsione obbligatoria di aggiudicare l'appalto, nell'ambito del sotto soglia come definito nell'articolo 36, con il criterio del minor prezzo.

In questo senso ora si richiede che, salvo quanto previsto dal comma 3 dell'articolo 95, la scelta - ad opera del RUP - di aggiudicare l'appalto (nell'ambito disciplinato dall'articolo 36) con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa venga motivata. L'articolo 95, comma 3, prevede le ipotesi in cui il RUP è costretto, nonostante al disposizione appena richiamata, ad utilizzare il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa anche se opera in ambito sottosoglia.

Secondo questa norma, infatti, "sono aggiudicati esclusivamente sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo:

a) i contratti relativi ai servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, nonché ai servizi ad alta intensità di manodopera, come definiti all'articolo 50, comma 1, fatti salvi gli affidamenti ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lett. a) - e quindi nell'affidamento diretto - ;

b) i contratti relativi all'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura e degli altri servizi di natura tecnica e intellettuale di importo pari o superiore a 40.000 euro;

b-bis) i contratti di servizi e le forniture di importo pari o superiore a 40.000 euro caratterizzati da notevole contenuto tecnologico o che hanno un carattere innovativo".

La lettera b-bis è stata introdotta con il decreto legge in commento.

3. Importi tra i 40mila e il sottosoglia (per servizi e forniture) ed entro i 200mila euro per i lavori

Il Decreto Legge modifica il testo della lettera b), comma 2 dell'articolo 36 variando la soglia (per i lavori) ed il numero degli operatori da invitare alla procedura negoziata semplificata.

Se per i servizi/forniture rimane invariato il numero minimo degli operatori da invitare (almeno 5 per importi pari o superiori ai 40mila euro fino all'interno sottosoglia di cui all'articolo 35 del codice), per il lavori tra i 40/200mila euro da 10 operatori si scende a tre operatori economici.

È bene annotare che il Decreto Legge ancora esige la procedura negoziata semplificata e quindi una competizione vera e propria tra operatori a differenza di quanto previsto dalla legge di bilancio (fino ai 150mila euro) che ammetteva una forma di affidamento diretto previo confronto tra, almeno tre preventivi. Questa norma, ora abrogata dal Decreto legge, ha introdotto, evidentemente, un procedimento di "gara" ancora maggiormente semplificato non imponendo una competizione vera e propria (da notare soprattutto la contraddizione nel riferirsi all'affidamento diretto pur confrontando dei preventivi).

Testualmente, la norma da ultimo citata (ora abrogata dal decreto legge in commento) prevedeva che "Nelle more di una complessiva revisione del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, fino al 31 dicembre 2019, le stazioni appaltanti, in deroga all'articolo 36, comma 2, del medesimo codice, possono procedere all'affidamento di lavori di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a 150.000 euro mediante affidamento diretto previa consultazione, ove esistenti, di tre operatori economici e mediante le procedure di cui al comma 2, lettera b), del medesimo articolo 36 per i lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 350.000 euro".

Occorre, e non è possibile non evidenziarlo, che in fase di conversione (emendamenti approvati dalle commissioni) si registra sulla norma una diversa impostazione: in primo luogo, sempre in tema di lavori, la soglia scenderebbe da 200mila euro ai 150mila e l'affidamento potrebbe avvenire direttamente solo "previa consultazione, ove esistenti, di almeno tre operatori economici".

Verrebbe ripristinato, in sostanza, il procedimento (invero singolare) previsto dalla legge di bilancio e quindi una sorta di competizione informale tra preventivi e non una vera ed autentica procedura negoziata.

4. Procedimenti per i lavori per importi pari o superiori ai 200mila euro

Il decreto legge abroga la disposizione (e la soglia) di cui alla lettera c) del comma 2 dell'articolo in commento per prevedere che, in relazione ai lavori, per importi pari o superiori ai 200mila euro il RUP possa procedere (e proporre al proprio responsabile del servizio) solamente la procedura aperta.

La norma pregressa, come noto, prevedeva (lett,c)) tra i 150mila euro ed il milione procedura negoziata "semplificata" con almeno 15 inviti. Diverse sono state le letture critiche a questa nuova norma che, invece di semplificare – imponendo la gara classica sopra la soglia dei 200 mila euro – tende a formalizzare maggiormente il procedimento.

E non a caso, proprio in fase di conversione (anche in questo caso con gli emendamenti approvati dalle commissioni) si prevede un ritorno al passato con il ripristino delle due soglie, ed una previsione finale, per i lavori:

- a) (lett c)), per importi pari o superiori a 150.000 euro e inferiore a 350.000 euro, mediante la procedura negoziata di cui all'articolo 63 previa consultazione, ove esistenti, di almeno dieci operatori;
- b) (lett. c-bis) per affidamento di lavori di importo pari o superiore a 350.000 euro e inferiore a 1.000.000 di euro, mediante la procedura negoziata di cui all'articolo 63 previa consultazione, ove esistenti, di almeno quindici operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori".
- c) (lett. d)) per affidamenti di lavori di importo pari o superiore a 1.000.000 di euro e fino alle soglie di cui all'articolo 35 mediante ricorso alle

procedure di cui all'articolo 60 fatto salvo quanto previsto dall'articolo 97, comma 8.

5. La posposizione della verifica formale sul possesso dei requisiti

Al comma 5 dell'articolo 36 si introduce l'ipotesi prevista nella direttiva comunitaria 14/24 – articolo 56, comma 2 – sulla possibilità (a scelta della stazione appaltante) di invertire le fasi classiche del procedimento contrattuale e quindi di procedere inizialmente con l'apertura delle offerte (tecnico/economica) per poi verificare il possesso formale dei requisiti e, quindi, della correlata documentazione amministrativa.

Qualora l'opzione – facoltativa – venisse decisa, ed occorre che venga specificato nel bando o nella lettera di invito, l'amministrazione dovrà verificare "in maniera imparziale e trasparente che nei confronti del miglior offerente non ricorrano

motivi di esclusione e che sussistano i requisiti e la capacità di cui all'articolo 83 stabiliti dalla stazione appaltante".

Ipotesi, pertanto, che sembra "tranquillamente" praticabile nel caso di appalto da aggiudicarsi con il criterio del minor prezzo (viste le complicità che ciò potrebbe determinare nel caso del multicriterio con la presenza delle valutazioni della commissione che potrebbe lavorare inutilmente).

Il controllo, oltre che riguardare l'aggiudicatario, deve (obbligatoriamente) essere esteso "a campione, anche sugli altri partecipanti, secondo le modalità indicate nei documenti di gara".

Qualora si operasse, per effetto di tali controlli, delle esclusioni il RUP procede – eventualmente se

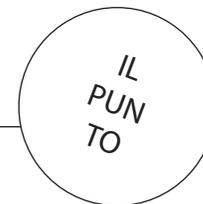
In fase di conversione (emendamenti approvati dalle commissioni) si registra sulla norma una diversa impostazione: in primo luogo, sempre in tema di lavori, la soglia scenderebbe da 200mila euro ai 150mila e l'affidamento potrebbe avvenire direttamente solo "previa consultazione, ove esistenti, di almeno tre operatori economici". Verrebbe ripristinato, in sostanza, il procedimento (invero singolare) previsto dalla legge di bilancio e quindi una sorta di competizione informale tra preventivi e non una vera ed autentica procedura negoziata.

necessario – al ricalcolo della soglia di anomalia. Da notare che durante i lavori per la conversione (non ancora definita nel momento in cui si scrive) il comma contiene un emendamento che identifica con precisione il momento oltre il quale non è più possibile procedere con il ricalcolo della soglia di anomalia.

Tale momento – come anche confermato dalla recente giurisprudenza – è situato prima dell’aggiudicazione definitiva. Una volta giunti ad aggiudicazione anche non efficace il ricalcolo, pertanto, non è più possibile con conseguente congelamento delle operazioni già svolte (per una evidente esigenza di riduzione del contenzioso).

Il punto su micro e piccoli appalti di lavori

di Paola Cartolano



Premesse

"Rilancio del settore dei contratti pubblici e accelerazione degli interventi infrastrutturali". Questo il *leitmotiv* dei più recenti dibattiti sulle disposizioni urgenti da attuare nel nostro Paese per rilanciare gli investimenti e favorire la crescita.

Tra le misure attuate dal Governo quale viatico per raggiungere tale obiettivo rileva la **semplificazione delle procedure di aggiudicazione**, in primis mediante l'introduzione di un regime agevolato per i contratti di lavori sotto-soglia ovvero sia per i **cd. micro appalti** (fino ai 40.000€) sia per i **cd. piccoli appalti** (per gli importi fino alle soglie comunitarie).

La semplificazione delle procedure di affidamento dei contratti sotto-soglia tra le ultime modifiche attuate dal Governo per il rilancio del settore dei contratti pubblici e degli investimenti



Nelle more dell'attuazione dell'annunciata modifica strutturale della disciplina del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 ("**Codice dei Contratti Pubblici**"), in ordine temporale il Governo è intervenuto prima con la **legge 30 dicembre**

2018 n. 145 (*Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2019 e bilancio pluriennale per il triennio 2019-2021*, cd. Legge di Bilancio 2019) e poi con il **decreto legge 18 aprile 2019 n. 32** (*Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di*

rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici, cd. Decreto Sblocca Cantieri) per introdurre un sistema derogatorio delle norme vigenti per l'affidamento dei contratti sotto-soglia.

1. Le modifiche alla disciplina degli affidamenti dei lavori sotto-soglia

Per individuare le ultime modifiche apportate in tema di affidamento dei contratti sotto-soglia, si ritiene utile riassumere la disciplina originariamente prevista nel Codice dei Contratti Pubblici per poi identificare le novità apportate con gli ultimi interventi legislativi, Legge di Bilancio 2019 e Decreto Sblocca Cantieri, fermo restando che l'iter legislativo per l'emanazione della legge di conversione di quest'ultimo - al momento della redazione del presente contributo - non è ancora giunto a termine e pertanto le eventuali modifiche che *medio tempore* saranno intervenute dovranno essere verificate.

La Legge di Bilancio 2019 e il Decreto Sblocca Cantieri hanno introdotto un regime derogatorio dell'art. 36 comma 2 del D.Lgs. 50/2016



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, mediante procedura negoziata previa consultazione, ove esistenti, di almeno dieci operatori economici per i lavori, per i servizi e le forniture di almeno cinque operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti. I lavori possono essere eseguiti anche in amministrazione diretta, fatto salvo l'acquisto e il noleggio di mezzi, per i quali si applica comunque la procedura negoziata *previa consultazione di cui al periodo precedente. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento, contiene l'indicazione anche dei soggetti invitati;*

LA DISCIPLINA DEL D.LGS. 50/2016

L'art. 36 del Codice dei Contratti Pubblici stabiliva al comma 2 che «Fermo restando quanto previsto dagli articoli 37 e 38 e salva la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie, le stazioni appaltanti procedono all'affidamento di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35, secondo le seguenti modalità:

- a) **per affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro**, mediante affidamento diretto anche senza previa consultazione di due o più operatori economici o per i lavori in amministrazione diretta;
- b) **per affidamenti di importo pari o superiore**

- c) **per i lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 1.000.000 di euro**, mediante procedura negoziata con consultazione di almeno quindici operatori economici, ove esistenti, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento, contiene l'indicazione anche dei soggetti invitati;
- d) **per i lavori di importo pari o superiore a 1.000.000 di euro** mediante ricorso alle procedure ordinarie fermo restando quanto previsto dall'articolo 95, comma 4, lettera a)».

Volendo schematizzare il contenuto della disposizione per quanto concerne l'affidamento dei lavori sottosoglia, abbiamo:

IMPORTO	MODALITA' AFFIDAMENTO EX D.LGS. 50/2016
da 0€ a 39.999,99€	Affidamento diretto anche senza previa consultazione di 2 o più operatori economici o in amministrazione diretta
da 40.000€ a 149.999,99 €	Procedura negoziata previa consultazione, ove esistenti, di almeno 10 operatori economici
da 150.000€ a 999.999,99€	Procedura negoziata con consultazione di almeno 15 operatori economici, ove esistenti
da 1 milione€ fino alla soglia	Procedure ordinarie (fermo restando quanto previsto dall'art. 95, co. 4, lettera a), del Codice)

LA LEGGE DI BILANCIO 2019

Il primo intervento del legislatore sulla disciplina dell'affidamento dei contratti di lavoro sotto-soglia è stato attuato nell'ambito della Legge di Bilancio 2019 che all'**art. 1 comma 912** dispone che «912. *Nelle more di una complessiva revisione del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, fino al 31 dicembre 2019, le stazioni appaltanti, in deroga all'articolo 36, comma 2, del medesimo codice, possono procedere all'affidamento di lavori di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a 150.000 euro mediante affidamento diretto previa consultazione, ove esistenti, di tre operatori economici e mediante le procedure di cui al comma 2, lettera b), del medesimo articolo 36 per i lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 350.000 euro*».

La Legge di Bilancio 2019, nelle more di una complessiva modifica del Codice dei Contratti Pubblici, ha previsto una **deroga a tempo** alle normali procedure di affidamento per i **lavori sotto-soglia**.

Mentre resta tutto inalterato per servizi e forniture, senza alcuna modifica al Codice dei Contratti Pubblici, il legislatore ha previsto una deroga dall'1 gennaio al 31 dicembre 2019 alle procedure di affidamento di cui all'art. 36, comma 2 così da lasciare libere le stazioni appaltanti di affidare lavori di importo compreso tra 40.000 euro e 150.000 euro mediante affidamento diretto previa consultazione, ove esistenti, di tre operatori economici.

Entrando nel dettaglio, la Legge di Bilancio prevede anche la modifica delle procedure di affidamento (sempre per l'anno 2019) per i lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 350.000 euro che potranno essere affidati

mediante procedura negoziata con consultazione di almeno dieci operatori economici ove esistenti. In definitiva, solo sino al 31 dicembre 2019 la Legge di Bilancio 2019 ha previsto la possibilità di procedere all'affidamento di lavori sotto-soglia:

- per importi inferiori a 40.000 euro, mediante procedura diretta, anche senza previa consultazione di due o più operatori economici (art. 36, comma 2, lett. a);
- per importi da 40.000 euro e inferiore a 150.000 euro, mediante affidamento diretto previa consultazione, ove esistenti, di 3 operatori economici (art. 36, comma 2, lett. a) integrato con le deroghe introdotte dall'articolo 1, comma 912 della legge finanziaria 2019);
- per importi pari o superiori a 150.000 euro e inferiore a 350.000 di euro, mediante procedura negoziata con consultazione di almeno 10 operatori economici ove esistenti (art. 36, comma 2, lett. b) integrato con le deroghe introdotte dall'articolo 1, comma 912 della legge finanziaria 2019);
- per importi pari o superiori a 350.000 euro e inferiore a 1.000.000 di euro, mediante procedura negoziata con consultazione di almeno 15 operatori economici ove esistenti, (art. 36, comma 2, lett. c).

Il legislatore ha inteso quindi accordare maggior potere discrezionale a ciascuna stazione appaltante, fino al 31 dicembre 2019, e a derogare al regime di affidamento ordinario, che, di norma, prevede maggiore trasparenza per gli appalti sopra-soglia mediante un iter concorsuale, sinonimo di efficienza, economicità, e buon andamento della pubblica amministrazione.

Ancora, schematizzando rispetto all'assetto previgente abbiamo:

IMPORTO	MODALITA' AFFIDAMENTO EX D.LGS. 50/2016	MODALITA' AFFIDAMENTO EX LEGGE DI BILANCIO 2019
da 0€ a 39.999,99€	Affidamento diretto anche senza previa consultazione di 2 o più operatori economici o in amministrazione diretta	Affidamento diretto anche senza previa consultazione di due o più operatori economici o in amm.ne diretta
da 40.000€ a 149.999,99 €	Procedura negoziata previa consultazione, ove esistenti, di almeno 10 operatori economici	Affidamento diretto previa consultazione, ove esistenti, di 3 operatori economici

da 150.000€ a 999.999,99€	Procedura negoziata con consultazione di almeno 15 operatori economici, ove esistenti	da 150.000€ a 349.999,99€	Procedura negoziata previa consultazione, ove esistenti, di almeno 10 operatori economici
		da 350.000€ a 999.999,99€	Procedura negoziata con consultazione di almeno 15 operatori economici, ove esistenti
da 1 milione€ fino alla soglia	Procedure ordinarie (fermo restando quanto previsto dall'art. 95, co. 4, lettera a), del Codice)	Procedure ordinarie (fermo restando quanto previsto dall'art. 95, co. 4, lettera a), del Codice)	

Si segnala che a seguito dell'adozione della predetta norma della Legge di bilancio 2019 l'ANAC ha posto in consultazione l'**aggiornamento delle Linee Guida n. 4** (recanti "Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici") ritenendo opportuno inserire nelle Linee guida un riferimento al periodo transitorio introdotto dalla norma nonchè chiarire il significato da attribuire alla locazione «affidamento diretto previa consultazione di tre operatori», atteso che in tale espressione sono accostati termini che connotano due procedure diverse: l'affidamento diretto e la procedura negoziata. In ragione della successiva abrogazione della norma della Legge di Bilancio 2019 – di cui si dirà più appresso – l'ANAC non ha tuttavia adottato la nuova delibera di aggiornamento delle Linee Guida n. 4.

IL DECRETO SBLOCCA CANTIERI

Entrato in vigore il 19 aprile 2019, il giorno successivo a quella della pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, dovrà essere convertito in legge dal

Parlamento entro 60 giorni pena la perde efficacia sin dall'inizio, ai sensi dell'art. 77 della Costituzione. Nel testo originario del Decreto Sblocca Cantieri pubblicato in Gazzetta, sottoposto al vaglio di Camera e Senato ai fini della formulazione dei vari emendamenti, **l'art. 1 comma 2** dispone l'abrogazione della norma prevista all'art. 1 comma 912 della Legge di Bilancio 2019.

L'art. 1 comma 912 della Legge di Bilancio 2019, nelle more di una complessiva modifica del D.Lgs. 50/2016, ha previsto una deroga a tempo alle normali procedure di affidamento per i lavori sotto-soglia.



Lo stesso **art. 1 al comma 1** individua le **modifiche alle norme del Codice dei Contratti Pubblici** tra cui alla lettera (f) **l'art. 36, comma 2** al fine di snellire la procedura ivi indicata, richiedendo la previa consultazione solamente di 3

operatori anziché 10 ed elevare a 200.000 euro il limite superiore della classe di importo considerata, in modo da ampliare l'ambito di applicazione della procedura a tutti i lavori di importo inferiore a 200.000 euro (e, ovviamente, pari o superiore a 40.000 euro).

In dettaglio, in forza della suddetta modifica operata dal Decreto Sblocca Cantieri il testo dell'art. 36, comma 2 del Codice dei Contratti Pubblici oggi così risulta:

«2. Fermo restando quanto previsto dagli articoli 37 e 38 e salva la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie, le stazioni appaltanti procedono all'affidamento di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui

all'articolo 35, secondo le seguenti modalità:

- a) per affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro, mediante affidamento diretto anche senza previa consultazione di due o più operatori economici o per i lavori in amministrazione diretta;
- b) per affidamenti di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a 200.000 euro per i lavori, o alle soglie di cui all'articolo 35 per le forniture e i servizi, mediante procedura negoziata previa consultazione, ove esistenti, di almeno tre operatori economici per i lavori, per i servizi e le forniture di almeno cinque operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti. I lavori possono essere eseguiti anche in amministrazione diretta, fatto salvo l'acquisto e il noleggio di mezzi, per i quali si applica comunque la procedura negoziata previa consultazione di cui al periodo precedente. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento, contiene l'indicazione anche dei soggetti invitati;
- c) abrogato
- d) per i lavori di importo pari o superiore a 200.000 euro e fino alle soglie di cui all'articolo 35 mediante ricorso alle procedure di cui all'articolo 60, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 97, comma 8».

Il legislatore del Decreto Sblocca Cantieri ha inoltre sostituito il comma 5 del medesimo art. 36 come segue: "5. Le stazioni appaltanti possono decidere che le offerte siano esaminate prima della verifica della documentazione relativa al possesso dei requisiti di carattere generale e di quelli di idoneità e di capacità degli offerenti. Tale facoltà può essere esercitata se specificamente prevista nel bando di gara o nell'avviso con cui si indice la procedura. Se si avvalgono di tale facoltà, le stazioni appaltanti verificano in maniera imparziale e trasparente che nei confronti del miglior offerente non ricorrano motivi di esclusione e che sussistano i requisiti e le capacità di cui all'articolo 83 stabiliti dalla stazione appaltante; tale controllo è esteso, a campione, anche sugli altri partecipanti, secondo le modalità indicate nei documenti di gara. Sulla base dell'esito di detta verifica, si procede eventualmente a ricalcolare la soglia di anomalia di cui all'articolo 97. Resta salva, dopo l'aggiudicazione, la verifica sul possesso dei requisiti richiesti ai fini della stipula del contratto».

Riprendendo lo schema di comparazione rispetto alle diverse modifiche intervenute, le procedure di affidamento dei micro e piccoli appalti risultano così modificate:

IMPORTO		MODALITA' AFFIDAMENTO EX D.LGS. 50/2016	MODALITA' AFFIDAMENTO EX LEGGE DI BILANCIO 2019	MODALITA' AFFIDAMENTO EX DECRETO SBLOCCA CANTIERI
da 0€ a 39.999,99€		Affidamento diretto anche senza previa consultazione di 2 o più operatori economici o in amministrazione diretta	Affidamento diretto anche senza previa consultazione di 2 o più operatori economici o in amministrazione diretta	Affidamento diretto anche senza previa consultazione di 2 o più operatori economici o in amministrazione diretta
da 40.000€ a 149.999,99 €		Procedura negoziata previa consultazione, ove esistenti, di almeno 10 operatori economici	Affidamento diretto previa consultazione, ove esistenti, di 3 operatori economici	da 40.000€ a 199.999,99 € Procedura negoziata previa consultazione, ove esistenti, di almeno 3 operatori economici
da 150.000€ a 999.999,99 €	da 150.000€ a 349.999,99€ da 350.000€ a 999.999,99€	Procedura negoziata con consultazione di almeno 15 operatori economici, ove esistenti	Procedura negoziata previa consultazione, ove esistenti, di almeno 10 operatori economici Procedura negoziata con consultazione di almeno 15 operatori economici, ove esistenti	
da 1 milione€ fino alla soglia		Procedure ordinarie (fermo restando quanto previsto dall'art. 95, co. 4, lettera a), del Codice)	Procedure ordinarie (fermo restando quanto previsto dall'art. 95, co. 4, lettera a), del Codice)	Procedura aperta (salvo quanto previsto dall'art. 97, comma 8, del Codice)

Come anticipato, l'iter di approvazione della legge di conversione del Decreto Sblocca Cantieri non è ancora giunto al termine e come ricavabile dal dossier disponibile sul sito istituzionale del Senato, aggiornato al 27 maggio 2019, fra gli emendamenti approvati dalle Commissioni riunite figurano anche alcune proposte di modifica all'art. 36 del Codice dei Contratti Pubblici.

In particolare, **nel corso dell'esame in sede referente** la lettera b) è stata riscritta (**emendamento 1.119 testo 2**) al fine di riportare il limite superiore a 150.000 euro prevedendo l'affidamento diretto in luogo della procedura negoziata.

Per gli affidamenti di lavori di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a 150.000 euro viene quindi **RIPROPOSTA LA DISCIPLINA**

RECATA DALL'ABROGATO COMMA 912 DELLA LEGGE DI BILANCIO 2019.

Si evidenzia che, mentre nel testo del Decreto Sblocca Cantieri attualmente vigente non viene modificata la disciplina relativa agli affidamenti di **servizi e forniture**, ma solamente quella relativa ai lavori, il nuovo testo come risultante dalle modifiche proposte durante l'esame in sede referente prevede che anche per i servizi e le forniture si passa, così come per i lavori, dalla procedura negoziata all'affidamento diretto.

Dal confronto fra il testo iniziale del Decreto Sblocca Cantieri e la riscrittura operata durante l'esame in sede referente abbiamo:

IMPOR TO	MODALITA' AFFIDAMENTO EX D.LGS. 50/2016	MODALITA' AFFIDAMENTO EX DECRETO SBLOCCA CANTIERI	MODALITA' AFFIDAMENTO EX LEGGE DI CONVERSIONE DEL DECRETO SBLOCCA CANTIERI
da 0€ a 39.999,99€	Affidamento diretto anche senza previa consultazione di 2 o più operatori economici o in amministrazione diretta	Affidamento diretto anche senza previa consultazione di 2 o più operatori economici o in amministrazione diretta	Affidamento diretto anche senza previa consultazione di 2 o più operatori economici o in amministrazione diretta
da 40.000€ a 149.999,99 €	Procedura negoziata previa consultazione, ove esistenti, di almeno 10 operatori economici	da 40.000€ a 199.999,99 € Procedura negoziata previa consultazione, ove esistenti, di almeno 3 operatori economici	Affidamento diretto previa consultazione, ove esistenti, di 3 operatori economici
da 150.000€ a 999.999,99€	Procedura negoziata con consultazione di almeno 15 operatori economici, ove esistenti		da 150.000€ a 349.999,99€ Procedura negoziata senza bando di gara e previa consultazione, ove esistenti, di almeno 10 operatori economici
da 1 milione€ fino alla soglia	Procedure ordinarie (fermo restando quanto previsto dall'art. 95, co. 4, lettera a), del Codice)	da 200.000 € fino alla soglia	da 350.000€ a 999.999,99€ Procedura aperta (salvo quanto previsto dall'art. 97, comma 8, del Codice)
			Procedura aperta (salvo quanto previsto dall'art. 97, co. 8, del Codice)

2. Considerazioni

Al netto dell'incertezza venuta *medio tempore* a determinarsi per effetto delle modifiche legislative intervenute, tra l'altro non ancora definitive, qualora in sede di approvazione della legge di conversione del Decreto Sblocca Cantieri venisse confermato il testo recante l'emendamento approvato, di fatto si avrebbe riproposta la norma contenuta al comma 912 dell'art. 1 della Legge di Bilancio 2019, già ispirata all'intento del Legislatore di rendere più semplici e veloci gli affidamenti sotto-soglia rispetto all'assetto precedente, sulla scorta dell'asserita eccessiva lungaggine delle procedure pubbliche a fronte di necessità di intervento immediate.

Tenuto conto dell'apprezzabile intento, benchè in termini generali l'introduzione di norme che incentivano gli affidamenti diretti riducendo le procedure di gare ha come conseguenza la restrizione della concorrenza – fra i principi cardine della disciplina comunitarie in materia di appalti pubblici - si ritiene doveroso segnalare alcune considerazioni relative al nuovo impianto che viene determinandosi.

La prima riflessione verte sul tema del possibile artificioso frazionamento degli affidamenti al fine di poter usufruire della procedura semplificata per gli affidamenti sotto-soglia in spregio al comma 6 dell'art. 35 del Codice dei Contratti Pubblici («*La scelta del metodo per il calcolo del valore stimato di un appalto o concessione non può essere*

fatta con l'intenzione di escluderlo dall'ambito di applicazione delle disposizioni del presente codice relative alle soglie europee. Un appalto non può essere frazionato allo scopo di evitare l'applicazione delle norme del presente codice tranne nel caso in cui ragioni oggettive lo giustifichino»).

Si auspica pertanto che, a prescindere dallo snellimento procedurale per l'affidamento dell'appalto, vengano predisposti controlli stringenti per verificare *ex post* che una stazione appaltante non abbia artificiosamente spezzettato un appalto per usufruire del regime agevolato,

ponendo attenzione anche all'attribuzione di dette funzioni a soggetti interni alle amministrazioni stesse – con un'inevitabile sovrapposizione fra controllore e controllato - o all'ANAC quale autorità indipendente di settore. Ciò al fine di garantire che nell'ambito degli affidamenti dei micro e piccoli appalti non si possa con facilità annidare il

fenomeno della corruzione in ragione di procedure meno stringenti e caratterizzate da maggiore discrezionalità.

Si auspica inoltre che l'ANAC – ripartendo dai contributi inviati dagli operatori del settore in occasione della consultazione dell'aggiornamento delle Linee guida n. 4, poi sospese in ragione dell'abrogazione del comma 912 dell'art. 1 della Legge di Bilancio 2019 – fornisca indicazioni precise alle stazioni appaltanti in ordine agli accorgimenti da adottare nell'affidamento dei contratti sotto-soglia al fine di non frustrare la trasparenza.

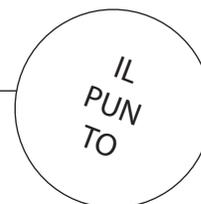
**Necessario il controllo
ex-post per evitare
artificiosi frazionamenti
degli affidamenti al fine
di usufruire del regime
semplificato**



Mancata indicazione separata dei costi della manodopera: per la Corte di Giustizia non c'è soccorso istruttorio ... quasi mai!

Commento alla sentenza della Corte di Giustizia UE, Sez. IX, del 2 maggio 2019, nella causa C309/18.

di Emanuela Pellicciotti



1. La sentenza della Corte di Giustizia, vista nel più ampio panorama del soccorso istruttorio

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea si è pronunciata il 2 maggio 2019 su una questione pregiudiziale riferita dal TAR Lazio, Sez. II bis, con Ordinanza del 20 marzo 2018 – 24 aprile 2018, n. 4562, confermando la legittimità del diniego di soccorso istruttorio in caso di omessa specificazione, nell'offerta economica, degli oneri della manodopera.

Secondo la Corte di Giustizia, "i principi della certezza del diritto, della parità di trattamento e di trasparenza, quali contemplati nella direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a una normativa nazionale, come quella oggetto del procedimento principale, secondo la quale la mancata indicazione separata dei costi della manodopera, in un'offerta economica presentata nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, comporta l'esclusione della medesima offerta senza possibilità di soccorso istruttorio, anche nell'ipotesi in cui l'obbligo di indicare i suddetti costi separatamente non fosse specificato nella documentazione della gara d'appalto, sempreché tale condizione e tale possibilità di esclusione siano chiaramente previste

dalla normativa nazionale relativa alle procedure di appalti pubblici espressamente richiamata in detta documentazione."

Appena dopo aver affermato questo principio, però, la stessa Corte di Giustizia lo mitiga, affermando: "Tuttavia, se le disposizioni della gara d'appalto non consentono agli offerenti di indicare i costi in questione nelle loro offerte economiche, i principi di trasparenza e di proporzionalità devono essere interpretati nel senso che essi non ostano alla possibilità di consentire agli offerenti di sanare la loro situazione e di ottemperare agli obblighi previsti dalla normativa nazionale in materia entro un termine stabilito dall'amministrazione aggiudicatrice."

La Corte, quindi, da un lato conferma la correttezza dell'interpretazione data dalla giurisprudenza italiana, ma al contempo adotta una decisione di stampo sostanzialistico, a sottolineare che – "tuttavia" – gli stessi principi di trasparenza e di proporzionalità che impongono di non ammettere al soccorso istruttorio l'offerta economica, per altro verso impongono alla stazione appaltante di lasciare ai concorrenti la possibilità di colmare un "vuoto" della *lex specialis* di gara.

La sentenza in commento, in definitiva, si segnala per aver valorizzato il dialogo e l'apporto partecipativo dei privati alla correttezza e completezza dell'azione amministrativa, che sono

alla base della Legge 7 agosto 1990, n. 241 e che, tramite il cd. "soccorso istruttorio", sono stati trasportati anche nel settore degli appalti pubblici.

2. La vicenda vagliata dalla Corte UE

La domanda di pronuncia pregiudiziale sottoposta dal TAR Lazio alla Corte UE verte sull'interpretazione della Direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici, invocata nell'ambito di un giudizio tra un operatore economico (la Lavorgna S.r.l.) ed un Ente locale (il Comune di Montelanico) nell'ambito di una gara sopra soglia per la raccolta, il trasporto ed il trattamento/recupero dei rifiuti. Nell'ambito di tale gara la concorrente poi risultata aggiudicataria (Gea S.r.l.) era stata ammessa – con la procedura del soccorso istruttorio – a indicare i costi della manodopera, che non aveva correttamente evidenziato nell'ambito della sua offerta economica, non avendoli indicati separatamente - come invece è imposto dall'art. 95, comma 10 d.lgs. n. 50/2016 -.

A questo punto, la Lavorgna S.r.l., posizionatasi al secondo posto in esito alla procedura di selezione, ha proposto un ricorso, dinanzi al TAR Lazio, per ottenere l'annullamento dell'aggiudicazione a favore della Gea S.r.l., sostenendo che quest'ultima avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura di gara proprio per aver omesso di indicare, nella sua offerta, i costi della manodopera – non essendo applicabile al caso di specie la procedura di soccorso istruttorio (in particolare, giacché tale beneficio non è estensibile alla sanatoria dei vizi dell'offerta, ma è utilizzabile solo per sanare mancanze e difformità delle dichiarazioni sui requisiti generali di partecipazione) –.

Dal canto suo, la stazione appaltante ha obiettato che il soccorso istruttorio è stato applicato in via generale a tutti i concorrenti, al fine di consentire la conservazione della procedura amministrativa di gara, integrando i relativi atti con la correzione che avrebbe permesso di adeguarli a quanto previsto dall'art. 95, comma 10 del Codice; infatti, gli atti di gara pubblicati non prevedevano – erroneamente - l'obbligo di indicare separatamente i costi della manodopera e, pertanto, nessuna esclusione avrebbe potuto legittimamente colpire i concorrenti che non li avevano esposti.

Il TAR Lazio, ravvisando un contrasto tra i principi del Trattato UE trasfusi nella Direttiva 2014/24/

UE, con la normativa nazionale (segnatamente, con gli articoli 95, comma 10 e 83, comma 9 d.lgs. n. 50/2016) ha chiesto alla Corte di Giustizia di pronunciarsi in sede pregiudiziale sul seguente quesito: *"Se i principi comunitari di tutela del legittimo affidamento e di certezza del diritto, unitamente ai principi di libera circolazione delle merci, di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, di cui al Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), nonché i principi che ne derivano, come la parità di trattamento, la non discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza, di cui alla direttiva n. 2014/24/UE, ostino all'applicazione di una normativa nazionale, quale quella italiana derivante dal combinato disposto degli artt. 95, comma 10, e 83, comma 9, del D. Lgs. n. 50/2016, secondo la quale l'omessa separata indicazione dei costi della manodopera nelle offerte economiche di una procedura di affidamento di servizi pubblici determina, in ogni caso, l'esclusione della ditta offerente senza possibilità di soccorso istruttorio, anche nell'ipotesi in cui l'obbligo di indicazione separata non sia stato specificato nella documentazione di gara e, ancora, a prescindere dalla circostanza che, dal punto di vista sostanziale, l'offerta rispetti effettivamente i costi minimi della manodopera, in linea peraltro con una dichiarazione all'uopo resa dalla concorrente".*

In altri termini, l'art. 95, comma 10 dispone che l'omessa, separata indicazione dei costi della manodopera nelle offerte economiche di una procedura di gara per l'affidamento di servizi pubblici comporti l'esclusione del concorrente – indipendentemente dalla circostanza che tale obbligo e sanzione siano o meno stabiliti dalla *lex specialis* di gara (e dalla modulistica che i concorrenti sono tenuti a compilare secondo tale *lex specialis*) - senza possibilità di applicare la procedura di soccorso istruttorio.

L'esclusione, dunque, conseguirebbe quale oggettiva (e meramente formale) conseguenza della carenza della dichiarazione e ciò, quindi, anche nel caso in cui, dal punto di vista sostanziale, l'offerta rispettasse realmente i costi minimi della manodopera (con dichiarazione resa appositamente dal concorrente).

Il TAR Lazio, tuttavia, non appare persuaso di questa argomentazione e, invece, ritiene che essa

possa stridere con *“i principi comunitari di tutela del legittimo affidamento e di certezza del diritto, di libera circolazione delle merci, di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, di cui al Trattato sul Funzionamento dell’Unione Europea (TFUE), nonché con i principi che ne derivano, come la parità di trattamento, la non discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza, di cui alla direttiva 2014/24/UE.”.*

3. La decisione della Corte di Giustizia UE

La Corte, quindi, si trova a dover dibattere, in sostanza, sulla prevalenza del principio di legittimo affidamento (che il concorrente ripone nella *lex specialis* di gara) sul principio di parità di trattamento (che impone rigorosamente a tutti i concorrenti di esporre la propria offerta economica in modo omogeneo e (ovviamente) *secundum legem* – quindi, senza dover ricorrere al soccorso istruttorio per adeguare la propria offerta al vigente quadro normativo –.

La Corte di Giustizia dell’Unione Europea, con la sentenza in commento, ha preliminarmente ribadito come *“discendano dal principio della parità di trattamento e dall’obbligo di trasparenza, l’obbligo – per l’amministrazione appaltante - di formulare in modo chiaro, preciso e univoco, negli atti di gara, tutte le condizioni e le modalità della procedura di aggiudicazione, in modo da permettere a tutti gli offerenti di comprenderne l’esatta portata e d’interpretarle allo stesso modo (sentenza del 2 giugno 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, punto 36 e giurisprudenza ivi citata).”.*

Inoltre, essa *“ha già statuito che osta all’esclusione di un operatore economico da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, il mancato rispetto, da parte di tale operatore, di un obbligo che non risulti espressamente dai documenti relativi a tale procedura o dal diritto nazionale vigente, bensì da un’interpretazione di tale diritto e di tali documenti nonché dal meccanismo diretto a colmare, con un intervento delle autorità o dei giudici amministrativi nazionali, le lacune presenti in tali documenti (sentenza del 2 giugno 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, punto 51; v., in tal senso, ordinanza del 10 novembre 2016, Spinosa Costruzioni Generali e Melfi, C-162/16, non pubblicata, EU:C:2016:870, punto 32).”.*

Nel caso di specie, però, l’obbligo sanzionato con l’esclusione non proviene dalla *lex specialis* di gara, bensì direttamente dalla legge (cioè, dall’art. 95, comma 10 d.lgs. n. 50/2016) e, quindi, non può essere ignorato.

La norma nazionale, poi, *“non osta con la disciplina europea in quanto l’articolo 56, paragrafo 3, della direttiva 2014/24 autorizza gli Stati membri a limitare i casi nei quali le amministrazioni aggiudicatrici possono chiedere agli operatori economici interessati di presentare, integrare, chiarire o completare le informazioni o la documentazione asseritamente incomplete, errate o mancanti entro un termine adeguato.”* – e questo è proprio il caso del legislatore italiano che, quindi, ha posto in grado tutti gli operatori di prendere conoscenza delle norme pertinenti applicabili alla procedura di gara, incluso l’obbligo di indicare nell’offerta economica i costi della manodopera.–. Secondo la Corte di Giustizia, quindi, ne consegue che *“i principi della parità di trattamento e di trasparenza non ostano a una normativa nazionale, come quella di cui al procedimento principale, secondo la quale la mancata indicazione dei costi della manodopera comporta l’esclusione dell’offerente interessato senza possibilità di ricorrere alla procedura di soccorso istruttorio, anche in un caso in cui il bando di gara non richiamasse espressamente l’obbligo legale di fornire detta indicazione.”.*

Il principio esposto, tuttavia, non è sclerotizzato su un mero rispetto formale delle norme, è invece da considerarsi come un concetto generale, che ammette comunque una eccezione “pratica”: laddove il giudice nazionale ravvisi una *“materiale impossibilità, per l’offerente, di indicare separatamente i costi della manodopera”* (ad esempio, a causa della modulistica predisposta dalla stazione appaltante, che non preveda nemmeno lo spazio fisico per l’indicazione separata di tali costi), allora il concorrente medesimo ben potrà essere ammesso a sanare tale mancanza *“entro un termine stabilito dalla stessa amministrazione aggiudicatrice”.*

La sentenza, sul punto, valorizza quindi le *“osservazioni scritte sottoposte alla Corte dalla Gea... dalle quali emerge che il modulo predisposto che gli offerenti della gara d’appalto di cui al procedimento principale dovevano obbligatoriamente utilizzare non lasciava loro*

alcuno spazio fisico per l'indicazione separata dei costi della manodopera. In più, il capitolato d'oneri relativo alla medesima gara d'appalto precisava che gli offerenti non potevano presentare alcun documento che non fosse stato specificamente richiesto dall'amministrazione aggiudicatrice."

Conclude, poi, con una visione sostanzialistica che sembra in antitesi con il formalismo sopra enunciato (in realtà, secondo la Corte, le due visioni sono una logica conseguenza l'una dell'altra), affermando: *"Spetta al giudice del rinvio, che è il solo competente a statuire sui fatti della controversia principale e sulla documentazione relativa al bando di gara in questione, verificare se per gli offerenti fosse in effetti materialmente impossibile indicare i costi della manodopera conformemente all'articolo 95, comma 10, del codice dei contratti pubblici e valutare se, di conseguenza, tale documentazione generasse confusione in capo agli offerenti, nonostante il rinvio esplicito alle chiare disposizioni del succitato codice. Nell'ipotesi in cui lo stesso giudice accertasse che effettivamente ciò è avvenuto, occorre altresì aggiungere che, in tal caso, in considerazione dei principi della certezza del diritto, di trasparenza e di proporzionalità, l'amministrazione aggiudicatrice può accordare a un simile offerente la possibilità di sanare la sua situazione e di ottemperare agli obblighi previsti dalla legislazione nazionale in materia"*.

4. ... **Questione di principi**

La decisione in esame, quindi, riporta a nuova vitalità il dibattito sulla prevalenza del principio di trasparenza (la cui conseguenza, in questo caso, sarebbe la oggettiva applicazione della sanzione dell'esclusione), declinato sotto l'aspetto della "parità di trattamento" e del principio di proporzionalità (di matrice sostanzialistica, che impone la valutazione del caso in concreto, per decidere sull'effettiva possibilità per l'operatore di adempiere all'obbligo normativo di dichiarare separatamente i costi della manodopera), qui in luce sotto l'aspetto del "legittimo affidamento".

Secondo la Corte di Giustizia – e questo è l'aspetto più interessante della sentenza – tali principi possono ben convivere, poiché costituiscono due declinazioni del principio - ancor più generale ed immanente nelle norme in materia di appalti pubblici - del *favor participationis*.

Infatti, là dove il principio di parità di trattamento impone che i concorrenti abbiano pari opportunità nel formulare le rispettive offerte – soggiacendo alle medesime condizioni/norme -, il principio di proporzionalità garantisce che i concorrenti non vengano sanzionati per non aver effettuato adempimenti che la stessa stazione appaltante ha reso impossibili (o addirittura vietati, con la *lex specialis* di gara).

Entrambi i suddetti principi hanno come obiettivo comune quello di ampliare il mercato degli appalti pubblici, consentendo - a condizioni sostanzialmente eque e senz'altro paritarie - a tutti gli operatori di concorrere nelle gare di appalto, a beneficio della concorrenza.

5. ... **"Prequel"** ...

La sentenza della Corte di Giustizia qui esaminata può considerarsi una "risposta" indiretta anche ad altri quesiti analoghi posti in via pregiudiziale alla Corte stessa: la questione dell'applicabilità del soccorso istruttorio anche all'indicazione dei costi del personale, nell'ambito dell'offerta tecnica, infatti, è stata oggetto di ampia valutazione – e non solo da parte dei Tribunali di merito –.

Da ultimo, infatti, il tema dell'applicabilità del soccorso istruttorio all'indicazione separata dei costi del personale è stata oggetto di un triplice rinvio alla Corte di Giustizia UE da parte dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, che ha dedicato a questo tema le Ordinanze nn. 1, 2, e 3 del 2019.

La questione, che spesso viene abbinata a quella della mancata indicazione degli oneri per la sicurezza del personale, ruota proprio intorno alla necessità (o meno) di privilegiare l'aspetto formalistico – cioè ottemperare all'obbligo di indicazione separata dei costi, nell'ambito dell'offerta economica – o quello sostanzialistico – che consiste nel dimostrare, eventualmente in sede di verifica dell'anomalia, che l'impresa ha effettivamente ottemperato agli obblighi a suo carico, sia sotto il profilo del rispetto dei minimi contrattuali, sia per quanto concerne gli oneri di sicurezza -.

In altre parole, si torna al punto di svolta della sentenza della Corte: il rispetto degli vincoli sostanziali a carico del concorrente, è sufficiente

per ottemperare in modo corretto agli obblighi comunitari, oppure la legge italiana è troppo formalistica?

In questa analisi – che come si è visto si sostanzia nel bilanciamento fra il *favor participationis* e la *par condicio* dei concorrenti –, la Corte trova un contemperamento che le permette di non disattendere nessuno dei due anzidetti principi: certo, non si può far a meno di notare una lieve preponderanza della tesi sostanzialistica, che conduce alla soluzione “creativa” adottata dalla sentenza in commento.

Sì, dunque, al rispetto degli obblighi di natura sostanziale a carico dei concorrenti, ma – per quanto concerne l’obbligo formale di dichiarazione – ove ciò risulti effettivamente impossibile (si badi, deve trattarsi di una impossibilità oggettiva e non solo di una “dimenticanza” della *lex specialis* di gara, altrimenti il “vuoto” sarebbe comunque colmato dalla norma) il soccorso istruttorio è ammesso.

Di diverso avviso sembra essere la tesi dell’Adunanza Plenaria, in particolare la n. 3/2019, “chiamata a dirimere il contrasto giurisprudenziale sull’interpretazione dell’art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50 del 2016 (codice dei contratti pubblici), in relazione alla mancata indicazione separata, nell’offerta, dei costi di manodopera e degli oneri di sicurezza”; il Collegio decide, infatti, di aderire alla tesi favorevole all’automatica esclusione dei concorrenti che omettono di indicare separatamente i costi del personale ... tuttavia, il dubbio sulla possibile fondatezza delle ragioni a sostegno della tesi sostanzialistica spingono l’Adunanza Plenaria a sottoporre la questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia.

La decisione dell’Adunanza Plenaria n. 3/2019 è forse quella più formalistica - tra le tre ordinanze di rinvio sul medesimo tema – e, nelle pieghe della motivazione sul rinvio, il Collegio illustra anche le ragioni per cui non si porrebbe alcun contrasto tra la norma nazionale (formalistica) ed il diritto comunitario.

Innanzitutto, il Consiglio di Stato sintetizza il panorama normativo comunitario ricordando che: “La questione dedotta resta attratta nelle seguenti disposizioni di cui alla Direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici. In primo luogo viene in

rilievo l’articolo 18 (“Principi per l’aggiudicazione degli appalti”) il quale stabilisce ... al paragrafo 2: “Gli Stati membri adottano misure adeguate per garantire che gli operatori economici, nell’esecuzione di appalti pubblici, rispettino gli obblighi applicabili in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dal diritto dell’Unione, dal diritto nazionale, da contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro elencate nell’allegato X”. In termini, sostanzialmente coincidenti, dispongono sia l’art. 30 (“Principi generali”), comma 3 della Direttiva 2014/23/UE ... sia l’articolo 36 (“Principi per l’aggiudicazione degli appalti”), comma 2 della Direttiva 2014/25/UE sulle procedure d’appalto degli enti erogatori nei settori dell’acqua, dell’energia, dei trasporti e dei servizi postali ... L’articolo 56, paragrafo 3 della direttiva 2014/24/UE stabilisce ... “Se le informazioni o la documentazione che gli operatori economici devono presentare sono o sembrano essere incomplete o non corrette, o se mancano documenti specifici, le amministrazioni aggiudicatrici possono chiedere, salvo disposizione contraria del diritto nazionale che attua la presente direttiva, agli operatori economici interessati di presentare, integrare, chiarire o completare le informazioni o la documentazione in questione entro un termine adeguato, a condizione che tale richiesta sia effettuata nella piena osservanza dei principi di parità di trattamento e trasparenza”. L’articolo 69 (“Offerte anormalmente basse”) della medesima direttiva stabilisce ... “1. Le amministrazioni aggiudicatrici impongono agli operatori economici di fornire spiegazioni sul prezzo o sui costi proposti nelle offerte se queste appaiono anormalmente basse rispetto a lavori, forniture o servizi 2. Le spiegazioni di cui al paragrafo 1 possono, in particolare, riferirsi a: (omissis) d) il rispetto degli obblighi di cui all’articolo 18, paragrafo 2”.”.

Poi afferma che “questo Giudice ritiene che il pertinente quadro giuridico nazionale imponga di aderire alla tesi secondo cui, nelle circostanze rilevanti ai fini del decidere, la mancata puntuale indicazione in sede di offerta dei costi della manodopera comporti necessariamente l’esclusione dalla gara e che tale lacuna non sia colmabile attraverso il soccorso istruttorio. Ritiene anche che, ai sensi del diritto nazionale, siccome l’obbligo di separata indicazione di tali costi è contenuto in disposizioni di legge dal carattere sufficientemente chiaro per gli operatori

professionali, la mancata riproduzione di tale obbligo nel bando e nel capitolato della gara non potrebbe comunque giovare a tali operatori in termini di scusabilità dell'errore."

In altri termini, secondo il Collegio, gli operatori non sarebbero gravati da un onere, ma da un vero e proprio obbligo giuridico, il cui adempimento consente non solo di valutare la serietà dell'offerta, ma anche di por effettivamente tutti i concorrenti in una situazione paritaria.

Ma la tesi formalistica sembra incrinarsi subito dopo, allorché il Collegio chiarisce: *"questo Consiglio di Stato si domanda tuttavia se il quadro normativo nazionale in tal modo ricostruito risulti in contrasto con le pertinenti disposizioni e principi del diritto dell'Unione europea, con particolare riguardo ai principi di legittimo affidamento, di certezza del diritto, di libera circolazione, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi."* La tesi formalistica, secondo l'Adunanza Plenaria discende *"dalla pertinente giurisprudenza della Corte di Giustizia. Si osserva al riguardo che l'illegittimità dei provvedimenti di esclusione di un concorrente per violazione di obblighi da lui non adeguatamente conoscibili è stata ritenuta dalla Corte di giustizia in relazione a ipotesi in cui tali obblighi non emergevano con chiarezza "dai documenti di gara o dalla normativa nazionale" (in tal senso, la sentenza 2 giugno 2016 in causa C-27/15 – Pippo Pizzo – e l'ordinanza 10 novembre 2016 in causa C-140/16 – Edra Costruzioni -)."*

Ed è proprio su questo passaggio, sulla "conoscibilità", ovvero sulla "concreta attuabilità" che, come si è visto, la Corte di Giustizia trova la sintesi – apparentemente impossibile – fra le contrapposte esigenze formalistiche e sostanzialistiche.

Prosegue il Consiglio di Stato riassumendo le ragioni del suo sostegno per la "tesi escludente" ed affermando che: *"Una volta che la legge nazionale abbia definitivamente, formalmente e, soprattutto, chiaramente sancito l'obbligo per l'offerente di dichiarare in sede di offerta separatamente i costi aziendali per la sicurezza sul lavoro, si ritiene in primo luogo che gli offerenti, anche di altri Stati membri, non possano più addurre a loro discolpa la sussistenza di un condizione meno favorevole. Imporre l'obbligo della dichiarazione degli oneri nell'offerta, peraltro, non costituisce affatto un adempimento meramente formale, in quanto*

la presenza della dichiarazione non preclude la verifica della sua correttezza sostanziale attraverso la richiesta "di spiegazioni", di cui all'articolo 69 della Dir. 2014/24 (ed all'art.97, comma 5, del d.lgs. n.50/2014), che è tipica della fase successiva all'apertura delle offerte economiche ed ha un profilo eminentemente oggettivo. In tal caso, non può dunque parlarsi affatto di "soccorso istruttorio", che come tale afferisce propriamente alla fase dell'ammissione e della verifica dei requisiti e quindi a profili tipicamente soggettivi, in quanto la normativa nazionale, utilizzando la facoltà concessa dalla Direttiva all'art. 56, par. 3 della Dir. 2014/24/UE, all'art. 83, comma 9 del d.lgs. n. 50/2014 e s.m.i. ha limitato il soccorso istruttorio agli elementi formali "(...) del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica (...)".

E ancora *"Il mancato rispetto dell'obbligo della dichiarazione degli oneri per la sicurezza in sede di offerta a pena di esclusione assume un rilievo concreto in quanto: in una gara d'appalto una offerta presuppone la puntuale valutazione del "punto di convenienza" della commessa sul piano finanziario ed organizzativo e, dunque, la stesura di un vero e proprio business plan; ... la verifica in un momento successivo delle omesse dichiarazioni degli oneri in questione trova spesso le più fantasiose allocazioni postume di valori indeterminati (e/o percentuali generiche) operati con riferimento talvolta alle spese generali, talvolta agli imprevisti, talvolta agli oneri indiretti, talvolta agli utili, ecc.. ... per questo, a prescindere dalla indubbia addebitabilità all'offerente dell'omesso adempimento, si deve ritenere che la mancata dichiarazione costituisce un elemento in grado di far dubitare della serietà ed appropriatezza dell'offerta."*

E concludendo: *"In tale direzione appare necessario che sia la Corte a risolvere definitivamente la questione interpretativa, soprattutto in considerazione della norma che impone agli Stati membri l'adozione di "misure adeguate" per garantire che gli operatori economici, nell'esecuzione di appalti pubblici, rispettino gli obblighi applicabili in materia di sicurezza sul lavoro di cui al ricordato art. 18 della Dir. 2014/24/UE."*

L'Adunanza Plenaria cita anche *"argomenti a sostegno della tesi qui affermata ... desunti dalla*

giurisprudenza della stessa Corte di giustizia. Va in particolare osservato che il diritto dell'Unione europea (nell'interpretazione fornita dalla CGUE) non impedisce l'esclusione di un concorrente dalla gara per ragioni di carattere formale e dichiarativo a condizione: i) che le ragioni e le condizioni dell'esclusione siano chiaramente e previamente stabilite dal diritto nazionale o dal bando di gara; ii) che le clausole che dispongono l'esclusione mirino a propria volta a conseguire obiettivi e principi di interesse per il diritto UE (quali il principio della par condicio competitorum fra concorrenti professionali). Con la sentenza 6 novembre 2014 in causa C-42/13 (Cartiera dell'Adda), ad esempio, la Corte di giustizia ... i) ha stabilito che il concorrente può legittimamente essere escluso dalla gara per una lacuna di carattere formale e dichiarativo, a condizione che la relativa prescrizione sia conoscibile ex ante da un operatore diligente; ii) ha escluso che, in tali circostanze, il concorrente incorso in errore possa essere ammesso a dimostrare che il requisito non dichiarato fosse in concreto posseduto. Quanto sopra, come è evidente, equivale a negare il beneficio del 'soccorso istruttorio' tutte le volte in cui la clausola escludente fosse chiara e sia stata comunque violata dal concorrente. ... Con la sentenza 2 giugno 2016 in causa C-27/15 (Pippo Pizzo) la Corte di giustizia ... ha chiarito: i) che l'esclusione del concorrente ben può essere giustificata dalla violazione di un obbligo determinato quando ciò risulti necessario per garantire il rispetto del principio della par condicio; ii) che la previa conoscibilità della regola la cui violazione comporta l'esclusione può derivare o "dai documenti relativi a tale procedura", oppure, come nel caso in oggetto, "dal diritto nazionale vigente" (purché, in ambo i casi, la regola fosse adeguatamente conoscibile ex ante)."

Infine "Con l'ordinanza 10 novembre 2016 in causa C-140/16 (Edra costruzioni) la Corte di giustizia, pronunciandosi proprio su un caso italiano relativo agli obblighi dichiarativi in tema di sicurezza sul lavoro, ha stabilito che "il principio della parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza (...) devono essere interpretati nel senso che ostano all'esclusione di un offerente dalla procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico a seguito dell'inosservanza, da parte di detto offerente, dell'obbligo di indicare separatamente nell'offerta i costi aziendali per la sicurezza sul lavoro, obbligo il cui mancato rispetto è sanzionato con l'esclusione

dalla procedura e che non risulta espressamente dai documenti di gara o dalla normativa nazionale, bensì emerge da un'interpretazione di tale normativa e dal meccanismo diretto a colmare, con l'intervento del giudice nazionale di ultima istanza, le lacune presenti in tali documenti. I principi della parità di trattamento e di proporzionalità devono inoltre essere interpretati nel senso che non ostano al fatto di concedere a un tale offerente la possibilità di rimediare alla situazione e di adempiere detto obbligo entro un termine fissato dall'amministrazione aggiudicatrice". La decisione in questione conferma, anche a contrario, le conclusioni sin qui suggerite da questo Giudice del rinvio".

È interessante notare che le suesposte considerazioni dell'Adunanza Plenaria – così come la giurisprudenza comunitaria citata – sono state analizzate dalla Corte di Giustizia, con la sentenza in commento, e re-impostate nell'ambito di un quadro di armonizzazione delle esigenze formalistiche con quelle sostanzialistiche.

Sarà ancora più interessante verificare, quindi, se la corte di Giustizia riprenderà le medesime argomentazioni – e se giungerà alle stesse conclusioni – decidendo sulle tre Ordinanze di rinvio riferite dall'Adunanza Plenaria.

6. ... e "sequel"...

Per completezza di esposizione v'è detto che la decisione della Corte comunitaria ha immediatamente avuto un "sequel"; il che conferma non solo l'interesse del panorama giudiziario sul tema, ma anche l'attenzione – si direbbe quasi, la "sensibilità" – con la quale i giudici nazionali hanno accolto le indicazioni di quelli euro-unitari.

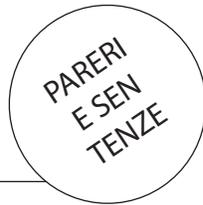
Infatti, il TAR Molise, Sez. I, con la sentenza del 3 giugno 2019, n. 204 ha fatto proprio il principio – o, meglio, l'eccezione – enunciato dalla Corte di Giustizia, affermando che: "la Corte [Corte di Giustizia UE, citata proprio con riferimento alla sentenza qui in commento] ha quindi concluso nel senso che: "Spetta al giudice del rinvio, che è il solo competente a statuire sui fatti della controversia principale e sulla documentazione relativa al bando di gara in questione, verificare se per gli offerenti fosse in effetti materialmente impossibile indicare i costi della manodopera conformemente all'articolo 95, comma 10, del codice dei contratti

pubblici e valutare se, di conseguenza, tale documentazione generasse confusione in capo agli offerenti, nonostante il rinvio esplicito alle chiare disposizioni del succitato codice. Nell'ipotesi in cui lo stesso giudice accertasse che effettivamente ciò è avvenuto, occorre altresì aggiungere che, in tal caso, in considerazione dei principi della certezza del diritto, di trasparenza e di proporzionalità, l'amministrazione aggiudicatrice può accordare a un simile offerente la possibilità di sanare la sua situazione e di ottemperare agli obblighi previsti dalla legislazione nazionale in materia entro un termine stabilito dalla stessa amministrazione aggiudicatrice (v., in tal senso, sentenza del 2 giugno 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, punto 51, e ordinanza del 10 novembre 2016, Spinosa Costruzioni Generali e Melfi, C-162/16, non pubblicata, EU:C:2016:870, punto 32)". Ciò premesso, si osserva che: – nella fattispecie di cui all'odierno ricorso il disciplinare di gara sanzionava espressamente con l'esclusione dalla gara la mancata indicazione degli oneri aziendali relativi alla sicurezza, senza operare alcun riferimento ai costi della manodopera, e stabiliva che l'offerta economica dovesse essere "predisposta in conformità al modello G" (art. 7); – a sua volta

il modello G conteneva un apposito spazio per la dichiarazione dei costi in materia di sicurezza e salute sul lavoro, ma non richiedeva (né comunque consentiva di inserire) l'indicazione dei costi della manodopera; – per il resto il disciplinare di gara rinvia al codice appalti (...). All'esito dell'esame di tali prescrizioni, può ritenersi che l'omessa indicazione dei costi della manodopera da parte dell'aggiudicataria non assuma autonoma rilevanza escludente, dal momento che – nonostante la clausola di chiusura che rinvia al codice appalti – tanto le prescrizioni della *lex specialis*, quanto la struttura del modello allegato al disciplinare di gara ai fini della predisposizione dell'offerta tecnica, risultavano carenti ed ambigue sul punto in questione e potevano risultare ingannevoli rispetto alla sussistenza del relativo obbligo dichiarativo."

I giudici di merito, quindi, hanno pienamente applicato l'insegnamento della Corte di Giustizia, concentrandosi sull'effettiva possibilità, per il concorrente, di adempiere all'obbligo dichiarativo – ma, al contempo, valutando gli aspetti sostanziali della dichiarazione resa (sebbene, in questo caso, con riferimento al tema parallelo degli oneri di sicurezza)-.

Pareri & Sentenze



TAR Lazio, Sez. II, 03/06/2019, n. 7062

La mancata motivazione in ordine all'eccezionale possibilità di invitare alla procedura il precedente gestore, comporta l'illegittimità della partecipazione di quest'ultimo con conseguente scorrimento in graduatoria

"...la violazione del principio di rotazione, ex art. 36 del d.lgs. n. 50/2016, nel caso di specie si sostanzia non nell'invito del precedente affidatario a prendere parte alla gara, ma nella omessa puntuale motivazione della decisione assunta che travolge conseguentemente anche la successiva aggiudicazione;...la mancata motivazione della stazione appaltante, in ordine all'eccezionale possibilità di invitare o meno alla procedura il precedente gestore, comporta l'illegittimità della partecipazione di quest'ultimo alla procedura e che l'annullamento in via derivata dell'aggiudicazione non rende necessaria una ulteriore attività procedimentale dell'Amministrazione per la individuazione del nuovo aggiudicatario della gara, in quanto è sufficiente lo scorrimento della graduatoria in favore del secondo classificato, rispetto al quale non è stata evidenziata nel corso del procedimento e del successivo processo alcuna idonea causa ostativa;"

TAR Lazio, Sez. I, 31/05/2019, n. 6925

Annulato il decreto del MIT nella parte in cui fissa il compenso lordo minimo per i componenti della commissione giudicatrice di cui all'art. 77 del "Codice degli appalti"

"va considerato il principio secondo cui il legislatore ubi voluit dixit: nella disposizione in rassegna il legislatore parla espressamente di compenso "massimo", senza lasciare margini interpretativi in ordine alla possibilità di stabilire anche un compenso "minimo" o un compenso tout court, sicché ogni opzione

ermeneutica che si risolvesse nell'aggiunta di un diverso "limite" da fissare dev'essere rifiutata "in quanto finirebbe per far dire alla legge una cosa che la legge non dice (e che, si presume, secondo il suddetto canone interpretativo, non voleva dire)" (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II bis, 6 marzo 2019, n. 3023).

Inoltre deve aversi riguardo alla ratio sottesa alla disposizione in parola, che è quella del contenimento della spesa, reso possibile anche attraverso specifici meccanismi di trasparenza.

Invero, nella relazione illustrativa della disposizione è espressamente indicato che "le spese relative alla commissione sono inserite nel quadro economico dell'intervento tra le somme a disposizione della stazione appaltante. Lo stesso comma prevede l'emanazione di un decreto ministeriale (emanato dal Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sentita l'ANAC) per la determinazione della tariffa di iscrizione all'albo e del compenso massimo per i commissari. I dipendenti pubblici sono gratuitamente iscritti all'Albo e ad essi non spetta alcun compenso, se appartenenti alla stazione appaltante".

Dunque, dovendo le spese per il funzionamento della commissione costituire una voce del quadro economico dell'intervento, mentre si spiega la fissazione di un compenso "massimo", va in direzione decisamente contraria la fissazione di un compenso "minimo".

Consiglio di Stato, Sez. V, 29/5/2019, n. 3581

Mancato sopralluogo e legittimità della non esclusione dalla gara

"...la carenza dell'obbligo di sopralluogo di cui si discute (pure astrattamente strumentale ad assicurare una piena ed esaustiva conoscenza dei luoghi) non è stato sanzionato con l'esclusione dalla gara dalla concorrente; né la previsione escludente può implicitamente ricavarsi dalla disciplina normativa ratione temporis applicabile alla fattispecie in oggetto: trattasi, infatti, di gara bandita nella vigenza del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, disciplina che, da un lato, ha abrogato (con l'art. 217, comma 1, lettera u, punto 2) l'art. 106 del d.P.R. 207 del 2010 (relativo all'obbligo di sopralluogo nei luoghi dell'appalto), senza sostituirlo con ulteriori previsioni a riguardo, dall'altro all'art. 79, comma 2, fa sì riferimento alle ipotesi in cui "le offerte possono essere formulate soltanto a seguito di una visita dei luoghi o dopo consultazione sul posto dei documenti di gara", ma solo per farne conseguire la necessità che i termini per la presentazione delle offerte siano calibrati in modo che gli operatori interessati "possano prendere conoscenza di tutte le informazioni necessarie per presentare le offerte"...corrette risultano le statuizioni della sentenza impugnata che hanno ritenuto legittimo l'operato della stazione appaltante la quale, in virtù del divieto di aggravio del procedimento e del principio di massima partecipazione alle gare pubbliche, non poteva, in assenza di valide ragioni oggettive e immediatamente percepibili legate all'oggetto della gara, subordinare la partecipazione all'effettuazione del sopralluogo (e ricavarne l'estromissione della concorrente nel caso di sua inosservanza). Infatti il bando di gara non prevedeva l'obbligo di sopralluogo a pena di esclusione, in piena conformità alle statuizioni dell'art. 83, comma 8, ultimo periodo in base al quale "i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle"...A ciò aggiungasi che una simile clausola, ove prevista nella fattispecie, avrebbe violato, come rilevato dal giudice di prime cure, i principi di massima partecipazione alle gare e divieto di aggravio del procedimento, ponendo in capo all'operatore economico in maniera irragionevole un onere formale sproporzionato e ingiustificato, in quanto la sua inosservanza in alcun modo impediva il perseguimento dei risultati verso cui era diretta l'azione amministrativa, né il suo adempimento poteva dirsi funzionale a garantire il puntuale rispetto delle ulteriori prescrizioni imposte dalla legge di gara (sul punto del resto alcuna prova è stata fornita al riguardo)..."

Consiglio di Stato Adunanza plenaria, 21/5/2019, n. 8

"gli appalti di servizi ad alta intensità di manodopera ai sensi degli artt. 50, comma 1, e 95, comma 3, lett. a), del codice dei contratti pubblici sono comunque aggiudicati con il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo, quand'anche gli stessi abbiano anche caratteristiche standardizzate ai sensi del comma 4, lett. b), del medesimo codice"

"...si può dunque pervenire a risolvere la questione di diritto deferita a questa Adunanza plenaria nei termini seguenti: «gli appalti di servizi ad alta intensità di manodopera ai sensi degli artt. 50, comma 1, e 95, comma 3, lett. a), del codice dei contratti pubblici sono comunque aggiudicati con il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo, quand'anche gli stessi abbiano anche caratteristiche standardizzate ai sensi del comma 4, lett. b), del medesimo codice»....In questo senso va dunque composto il contrasto di giurisprudenza venutosi a creare per effetto delle pronunce richiamate dalla Sezione rimettente, in particolare per effetto della sentenza della III Sezione del 13 marzo 2018, n. 1609, in precedenza richiamata, che pure per un servizio di vigilanza antincendio a favore di un'azienda sanitaria locale, in una controversia tra OMISSIS e OMISSIS, odierne parti litiganti, aveva invece affermato la prevalenza del criterio del massimo ribasso ai sensi dell'art. 95, comma 4, lett. b), del codice dei contratti pubblici (peraltro supponendo che: «la tipologia di cui alla lett. b) del comma 4 dell'art. 95 attiene ad un ipotesi ontologicamente del tutto differente sia dall'appalto "ad alta intensità di manodopera" di cui all'art.95 comma 3 lett. a) che concerne prestazioni comunque tecnicamente fungibili»; e non già all'esito di un'analisi del rapporto strutturale tra le due diverse disposizioni di legge).

Richiamato il principio poc'anzi espresso, va quindi ribadito che le caratteristiche di servizio ad alta intensità di manodopera della vigilanza antincendio non consentono che lo stesso sia aggiudicato con il criterio del massimo ribasso, benché caratterizzato anche da una forte standardizzazione dello attività in esso comprese..."

TAR Lombardia, Sez. I, 16/05/2019, n. 1120

"il giudizio con cui una stazione appaltante accerti la sussistenza di un grave illecito professionale, non può essere incentrato su un automatismo, e pertanto, sulla mera sussistenza di una richiesta di rinvio a giudizio, richiedendo invece un'articolata ed autonoma motivazione"

"mentre nel processo penale deve essere raggiunta la prova piena degli elementi del reato contestato, un'amministrazione aggiudicatrice che intenda escludere un operatore economico, deve invece solo dimostrare i fatti che ne rendano dubbia l'integrità ed affidabilità. Come tuttavia indicato nel precedente punto III), il giudizio con cui una stazione appaltante accerti la sussistenza di un grave illecito professionale, non può essere incentrato su un automatismo, e pertanto, sulla mera sussistenza di una richiesta di rinvio a giudizio, richiedendo invece un'articolata ed autonoma motivazione.

In conclusione, ritiene il Collegio che il mero richiamo alla richiesta di rinvio a giudizio del pubblico ministero, posta a fondamento del provvedimento impugnato, in assenza di ulteriori ed autonome valutazioni da parte della stazione appaltante, non costituisca "mezzo adeguato" di prova della sussistenza di un grave illecito professionale di cui all'art. 80 c. 5 lett. c) cit., dovendosi pertanto accogliere il presente ricorso."

Consiglio di Stato, Sez. V, 15.05.2019, n. 3147

Il requisito della clausola di territorialità viola i principi di libera concorrenza e massima partecipazione

“viene poi criticata, nel merito, la sentenza nella parte in cui ha ritenuto illegittima l’apposizione della clausola della territorialità per violazione dei principi di libera concorrenza e parità di trattamento, laddove la prescrizione stessa rinviene il proprio fondamento di razionalità nelle ragioni di economicità e di risparmio del tempo connesse al più agevole raggiungimento della sede dell’appaltatore (autofficina) in un ambito geografico prossimo alla sede dell’Amministrazione ... Si tratta di una clausola irragionevole, al di là del corredo motivazionale sotteso, in quanto preclusiva della partecipazione di operatori che, seppure ubicati nel territorio di Calenzano, non si trovino nelle sole frazioni indicate dalla lex specialis, ovvero collocati al di fuori del Comune, ad una distanza di soli 0,5 chilometri dal confine comunale con le frazioni abitate e/o industriali. L’irragionevolezza è ravvisabile nella ristrettezza degli eterogenei parametri fissati dalla lettera di invito, che, per quanto finalizzati all’economicità, violano in modo non proporzionato i principi di libera concorrenza e di massima partecipazione, di matrice anche eurounitaria, i quali vietano ogni discriminazione dei concorrenti ratione loci. La comparazione degli interessi ha condivisibilmente indotto il primo giudice ad affermare che i limiti prima indicati di localizzazione territoriale incidono sulla par condicio della procedura «consentendo la partecipazione solo a imprese che risultino avere una sede entro un ristrettissimo perimetro, con l’effetto di favorire determinati operatori a discapito di altri, senza che detto discrimine appaia giustificato o proporzionato in relazione ad un qualche interesse ritenuto prevalente».”

Consiglio di Stato, Sez. V, 8/5/2019, n. 2991

Specifiche tecniche e principio di equivalenza

“...se è indubbio che compete alla stazione appaltante individuare, alla luce delle proprie specifiche esigenze, le caratteristiche tecniche dei beni oggetto della prestazione d’appalto, è parimenti vero che una volta definite all’interno della lex specialis di gara, le stesse diventano vincolanti ed immodificabili non solo per gli operatori economici che intendano partecipare alla procedura concorrenziale, dovendo ad esse conformare il contenuto delle proprie offerte, ma pure per la stessa stazione appaltante, che non può mutarle in corso di gara, neppure per via interpretativa il principio (espresso dapprima nell’art. 68 del d.lgs. n. 163 del 2006 e quindi dall’art. 68, comma 6, del d.lgs. n. 5 del 2016), concepito a tutela della concorrenza, trova applicazione nel senso che qualora siano inserite nella legge di gara delle specifiche tecniche a tal punto dettagliate da poter individuare un dato prodotto in maniera assolutamente precisa (con una fabbricazione o provenienza determinata o un procedimento particolare, con riferimento a un marchio o ad un brevetto), ipotesi che qui non ricorre, per favorire la massima partecipazione deve essere data la possibilità della proposta che ottemperi in maniera equivalente agli stessi requisiti.

In estrema sintesi, tale principio vincola infatti l’amministrazione solo qualora il bando di gara, il capitolato d’oneri o i documenti complementari dettagliatamente menzionano un marchio, un brevetto o un tipo, un’origine o una produzione specifica che avrebbero come effetto di favorire o eliminare talune imprese o taluni prodotti; tale indicazione deve essere accompagnata già nel bando dall’espressione “o equivalente” (ex multis, Cons. Stato, III, 11 luglio 2016, n. 3029)...”

Autorità Nazionale Anticorruzione**DELIBERA N. 60 DEL 30 gennaio 2019
PREC 249/18/L**

La comunicazione ai concorrenti della data della seduta pubblica per l'apertura delle offerte economiche tramite pubblicazione di un avviso sull'Albo pretorio on-line risulta astrattamente rispettosa dei principi di par condicio e di trasparenza e generalmente ritenuta idonea ad assolvere gli oneri procedurali di pubblicità ed effettiva conoscibilità

"l'istante lamenta che la comunicazione ai concorrenti della data della seduta pubblica per l'apertura delle offerte economiche non sia stata effettuata tramite pec ma unicamente mediante la pubblicazione di un avviso sull'Albo pretorio on-line ... CONSIDERATO che l'obbligo di portare preventivamente a conoscenza dei concorrenti il giorno, l'ora e il luogo delle sedute della commissione di gara, in modo da garantire loro l'effettiva possibilità di presenziare allo svolgimento delle operazioni di apertura dei plichi pervenuti alla stazione appaltante, costituisce un adempimento necessario ai fini dell'integrazione del carattere di pubblicità della seduta (Cons. Stato, Sez. V, 20 settembre 2016, n. 3911); ... RITENUTO che la modalità di convocazione alla nuova seduta pubblica risulta astrattamente rispettosa dei principi di par condicio e di trasparenza e generalmente ritenuta idonea ad assolvere gli oneri procedurali di pubblicità ed effettiva conoscibilità, oltre che coerente con la prassi seguita dalle amministrazioni committenti (TAR L'Aquila, Sez. I, 29 ottobre 2015, n. 729; Parere AVCP n. 76 del 9 maggio 2013); ... Il Consiglio ritiene, nei limiti di cui in motivazione: ...l'operato della stazione appaltante conforme alla normativa di settore"

Autorità Nazionale Anticorruzione**DELIBERA N. 63 DEL 30 gennaio 2019
PREC 243/18/L**

È legittima l'esclusione in presenza di un DURC "non regolare"

"...la verifica della regolarità contributiva delle imprese partecipanti a procedure di gara per l'aggiudicazione di appalti con la pubblica amministrazione è demandata agli istituti di previdenza, le cui certificazioni (DURC) si impongono alle stazioni appaltanti, che non possono sindacarne il contenuto» (Cons. Stato, Ad. Plenaria n. 8 del 2012; Cons. Stato, sez. VI 27 dicembre 2016, n. 5464; TAR Lazio Roma Sez. III quater, 3 ottobre 2018, n. 9708). Dunque, «l'infrazione debitamente accertata deve ritenersi tale se sia stata accertata dai competenti organi previdenziali, salva l'ipotesi che sia stata promossa dal soggetto interessato azione dinanzi all'autorità giudiziaria per contestarne le risultanze» (Cons. Stato Sez. VI, 6 aprile 2010, n. 1931) e «l'Amministrazione, a fronte di DURC negativi, legittimamente esclude dalla gara stessa l'impresa» (TAR Lazio, sez. II 12 giugno 2017, n. 6893); la giurisprudenza osservava peraltro che «Il DURC utile ai fini dell'ammissione alle gare d'appalto dev'essere tale da fotografare la situazione globale dell'impresa, indipendentemente dal luogo o dai luoghi dove essa abbia attivato i propri singoli cantieri [...]. In ragione del carattere anche normativamente unico del documento di regolarità contributiva ma, soprattutto, in considerazione della centralizzazione della banca dati da cui ciascuna Cassa edile deve attingere i contenuti della propria attestazione, non è richiesto dalla normativa vigente il rispetto di alcuna specifica competenza territoriale, ma occorre invece la mera verifica di completezza dell'attestazione contenuta nel documento»(C.G.A. 2 gennaio 2012, n. 13; C.G.A. 21 luglio 2008, n. 662);...nel caso di specie, la S.A., in presenza di un DURC "non regolare", non poteva che procedere all'esclusione in

quanto le risultanze del DURC rilasciato alla stazione appaltante dagli enti a ciò preposti sono vincolanti per l'Amministrazione procedente; l'operatore economico aveva l'onere di contestare tempestivamente dinanzi all'autorità giudiziaria le risultanze del DURC "non regolare";"

Autorità Nazionale Anticorruzione

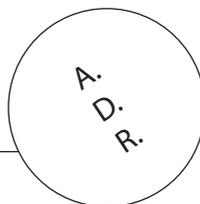
DELIBERA N.77 DEL 7 febbraio 2019 PREC 251/18/S

"Fermo restando il principio dell'immodificabilità dell'offerta, è stata riconosciuta la modificabilità delle giustificazioni, nonché l'ammissibilità di giustificazioni sopravvenute e di compensazioni tra sottostime e sovrastime, purché l'offerta risulti nel suo complesso affidabile al momento dell'aggiudicazione e dia garanzia di una corretta esecuzione"

"...secondo l'orientamento consolidato della giurisprudenza e dell'Autorità, le valutazioni dell'amministrazione in ordine agli elementi e alla congruità della offerta sono espressione di un apprezzamento di natura tecnico-discrezionale e possono essere sindacate solo in caso di macroscopica irragionevolezza o di decisivo errore di fatto. Conseguentemente, il sindacato non può tradursi in una nuova ed autonoma verifica di merito dell'offerta presentata e delle sue singole voci, sostituendo così la valutazione di chi opera il sindacato al giudizio formulato dall'organo amministrativo cui la legge attribuisce la tutela dell'interesse pubblico nell'apprezzamento del caso concreto (Cons. Stato, sez. V, 30 marzo 2017, n. 1465; deliberazione ANAC n. 488 del 3 maggio 2017);...la verifica della congruità di un'offerta ha natura globale e sintetica, vertendo sull'attendibilità della medesima nel suo insieme, e quindi sulla sua idoneità a fondare un serio affidamento sulla corretta esecuzione dell'appalto, onde il relativo giudizio non ha per oggetto la ricerca di singole inesattezze dell'offerta economica. Fermo restando il principio dell'immodificabilità dell'offerta, è stata riconosciuta la modificabilità delle giustificazioni, nonché l'ammissibilità di giustificazioni sopravvenute e di compensazioni tra sottostime e sovrastime, purché l'offerta risulti nel suo complesso affidabile al momento dell'aggiudicazione e dia garanzia di una corretta esecuzione (da ultimo: Cons. Stato, sez. V, 10 ottobre 2017, n.4680; deliberazione ANAC n. 475 del 23 maggio 2018);"

A Domanda Rispondiamo

a cura di Maria Teresa Colamorea



1 Quando è legittima la suddivisione di un appalto in lotti?

L'art. 51 del d.lgs. 50/2016 prevede la suddivisione in lotti funzionali e prestazionali al precipuo fine di favorire l'accesso al mercato delle microimprese, piccole e medie imprese e prevede, pertanto, "un espresso divieto di suddividere in lotti al solo fine di eludere l'applicazione delle disposizioni" del codice dei contratti pubblici.

È legittima la suddivisione di una gara in lotti laddove ciò sia giustificato dalla diversità dei servizi o delle forniture oggetto dei vari sub-lotti e/o dalla esigenza di favorire la partecipazione delle piccole medie imprese. Dunque, la scelta di suddividere la gara in lotti deve rispondere a finalità di eminente interesse pubblico.

2 I servizi assicurativi sono da intendersi quali servizi di natura intellettuale?

Il codice degli appalti non contiene una definizione di servizi di natura intellettuale. In generale devono ritenersi tali quei servizi che richiedono lo svolgimento di prestazioni professionali, svolte in via eminentemente personale e dove l'apporto della manodopera è marginale o comunque scarsamente riconoscibile. Sulla base di tali sintetiche considerazioni, i giudici amministrativi hanno escluso la riconducibilità dei servizi assicurativi alla categoria dei "servizi di natura intellettuali", evidenziando che "*il contratto di assicurazione, a differenza del servizio di brokeraggio, non concerne né un'attività di consulenza, né, più in generale, un'attività da svolgersi nei locali dell'impresa prestatrice del servizio, ma implica una serie di attività materiali e giuridiche standardizzate inserite in una complessa organizzazione aziendale, in cui difetta un apporto personale e professionale del singolo operatore*" (Tar Lazio, sez. II quater, sentenza 3 dicembre 2018, n. 11717)

3

È legittima l'ammissione alla gara di un operatore economico che omette di dichiarare la risoluzione di un precedente contratto se questa è imputabile ad altro operatore del raggruppamento?

L'art. 80, comma 5, lett. c) del D.Lgs. n. 50 del 2016 fa riferimento al comportamento dell'operatore economico che "si è reso colpevole di gravi illeciti professionali tali da rendere dubbia la sua integrità e affidabilità", ciò implicando che l'illecito deve essere commesso dal concorrente e ad esso deve essere ascrivibile in quanto relativo a proprie precedenti vicende professionali. Pertanto, se un operatore economico ha subito nell'ambito di un raggruppamento, una risoluzione contrattuale ma è risultato del tutto estraneo all'inadempimento che l'ha determinata, questi è dispensato dall'obbligo di dichiararla successivamente in gara ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c-ter), del Codice (*Consiglio di Stato, sez. V, 7 maggio 2019, n. 2917*).

4

Quando un'offerta è da intendersi condizionata e quindi da escludere in una gara d'appalto?

La partecipazione di un concorrente alla gara d'appalto richiede un impegno certo e incondizionato. Un'offerta è condizionata quando l'operatore economico subordina il compimento di un'opera o di un servizio o di una fornitura al verificarsi un evento futuro ed incerto diverso dall'aggiudicazione.

5

È possibile escludere l'anticipazione del prezzo nelle gare di importo inferiore alla soglia comunitaria?

L'art. 35 comma 18 del codice dei contratti pubblici prevede un'anticipazione del 20% dell'importo contrattuale da corrispondere all'appaltatore previa costituzione di garanzia fideiussoria bancaria o assicurativa di importo pari all'anticipazione maggiorato del tasso di interesse legale, entro quindici giorni dall'effettivo inizio della prestazione. La norma è di portata generale in quanto il fine dell'anticipazione è quello di "*dare impulso all'iniziativa imprenditoriale, assicurando la disponibilità delle [somme] nella delicata fase di avvio dei lavori e di perseguire il pubblico interesse alla corretta e tempestiva esecuzione del contratto*".

Ebbene, poiché tale esigenza caratterizza tanto gli appalti sopra soglia quanto quelli sotto soglia, l'Autorità con Delibera n. 1050/2018, ha concluso che "*non avrebbe [...] senso precludere tale facoltà di accesso alla anticipazione per affidamenti di importo inferiore che spesso vedono protagoniste imprese di dimensioni medio piccole e maggiormente tutelate dal legislatore*".

6

L'inadeguatezza del progetto proposto dall'impresa offerente rispetto ai requisiti minimi previsti dalla Stazione Appaltante per il contratto da affidare, legittimano l'esclusione dalla gara o la mera penalizzazione dell'offerta nell'attribuzione del punteggio?

Gli operatori economici che partecipano alla procedura di gara devono attenersi alle prescrizioni minime contenute nella documentazione, con la conseguenza che l'avvenuto riscontro della difformità dell'offerta rispetto alle specifiche tecniche richieste dalla lex specialis che abbiano per l'Amministrazione un valore essenziale, ne determina l'esclusione.

L'offerta deve essere, infatti, conforme alle caratteristiche tecniche previste nel capitolato di gara per i beni da fornire sin dal principio, atteso che le difformità, anche parziali, si risolvono in un "aliud pro alio", che giustifica l'esclusione dalla selezione (Cons. St., sez. III, sentenza n. 565/2018; Cons. St. sez. v, 5 maggio 2016, n. 1818; Cons. St. sez. V, 5 maggio 2016, n. 1809; Cons. St., sez. V, 28 giugno 2011, 3877).

"Per principio giurisprudenziale pacifico infatti, le difformità dell'offerta tecnica che rivelano l'inadeguatezza del progetto proposto dall'impresa offerente rispetto ai requisiti minimi previsti dalla Stazione Appaltante per il contratto da affidare, 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 (Cons. Stato, Sez. III, 26 aprile 2017, n. 1926, 21 ottobre 2015, n. 4804, 1° luglio 2015, n. 3275; Sez. V, 5 maggio 2016, n. 1809, 17 febbraio 2016, n. 633 e 23 settembre 2015, n. 4460). Neppure sussiste in capo all'Amministrazione l'obbligo di esercitare il soccorso istruttorio a fronte di un'offerta tecnica carente, in radice, di un essenziale requisito rilevante ai fini dell'esclusione (ex multis, Cons. Stato, Sez. III, 26 febbraio 2016, n. 801)".

Pertanto, le difformità essenziali nell'offerta tecnica

rispetto alle prescrizioni minime inderogabili costituiscono causa di esclusione dalla procedura di gara atteso che, le prescrizioni stabilite nella legge di gara non vincolano solo i concorrenti ma anche l'Amministrazione che, non conserva alcun margine di discrezionalità nella loro concreta attuazione né può disapplicarle, neppure quando risultino incongruamente formulate, salva la possibilità di procedere all'annullamento del bando nell'esercizio del potere di autotutela.

7

Quali sono i danni risarcibili in caso di Responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione per omessa stipulazione del contratto con l'aggiudicatario?

Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, nel caso in cui non venga stipulato il contratto d'appalto per fatti imputabili alla Pubblica Amministrazione, i danni risarcibili all'aggiudicatario sono limitati al solo interesse negativo, ravvisabile nel caso delle procedure ad evidenza pubblica nelle spese inutilmente sopportate per parteciparvi (spese di pianificazione, programmazione e progettazione e in tutte le altre spese inutilmente sostenute prima e dopo l'aggiudicazione, in ragione dell'affidamento nella conclusione del contratto) e nella perdita di occasioni di guadagno alternative cui l'operatore leso avrebbe potuto attingere in assenza del contegno dannoso dell'Amministrazione.

8

Escussione della cauzione per mancanza dei requisiti: si applica soltanto all'aggiudicatario o a tutti i concorrenti?

L'art. 93 comma 6 del codice prevede "*La garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione dovuta ad ogni fatto riconducibile all'affidatario o all'adozione di informazione antimafia interdittiva emessa ai sensi degli articoli 84 e 91 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159*" pertanto, la sua escussione è ammissibile solo in riferimento alla figura dell'aggiudicatario dovendo essere esclusa nelle ipotesi in cui la verifica negativa dei requisiti riguarda un mero concorrente ovvero in quelle ipotesi in cui la stazione appaltante procede discrezionalmente, nel corso della gara, alla verifica dei requisiti di uno o più concorrenti.

9

Quando si aggiudica con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa la Stazione Appaltante è sempre obbligata a calcolare la soglia di anomalia?

Quando il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa le stazioni appaltanti valutano la congruità delle offerte in relazione alle quali sia i punti relativi al prezzo, sia la somma dei punti relativi agli altri elementi di valutazione, sono entrambi pari o superiori ai quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara se il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a tre. In caso di offerte ammesse inferiore a tre il predetto calcolo non deve essere effettuato e la stazione appaltante se ritiene, in base ad elementi specifici, che l'offerta sia anormalmente bassa può procedere con la verifica di congruità ex art. 97 comma 6 ultimo capoverso.

Aggiudicazione al prezzo più basso, ovvero all'offerta economicamente più vantaggiosa ... la strana storia dei "servizi con caratteristiche standardizzate"

di Giuseppe Croce

IN
PIL
LOLE

Una interessante questione che negli ultimi mesi sembra aver carpito l'interesse degli operatori del mondo appalti e relative stazioni appaltanti, concerne la compatibilità del criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa con la natura di servizio con caratteristiche standardizzate, che porta con se il criterio del prezzo più basso.

Tutto ciò ancor più acuito dai recenti approdi normativi connessi al d.l. n. 32/2019 (c.d. decreto Sblocca Cantieri), in virtù dei quali, si è messo mano al comma 4 dell'art. 95 del Codice, ove resta vigente soltanto la fattispecie di cui alla lett. b) quale unico possibile caso in cui orientare la scelta verso il prezzo più basso.

Il percorso seguito dalla questione in analisi è stato relativamente lungo e se si dovesse tracciare un sentiero riassuntivo certamente si potrebbe partire dalla pronuncia del Consiglio di Stato, la n. 7131 del 18 dicembre 2018, nella quale si premetteva che la scelta del criterio più idoneo per l'aggiudicazione di un appalto costituisce espressione tipica della

discrezionalità amministrativa e, in quanto tale, è sottratta al sindacato del giudice amministrativo, tranne che, in relazione alla natura e all'oggetto del contratto, non sia manifestamente illogica o basata su travisamento di fatti.

Infatti, sia la scelta del criterio più idoneo per l'aggiudicazione di un appalto (tra quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa e quello del minor prezzo), che la scelta dei criteri più adeguati per l'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, costituiscono espressione tipica della discrezionalità della stazione appaltante e, impingendo nel merito dell'azione amministrativa, sono sottratte al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, tranne che, in relazione alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto, non siano manifestamente illogiche, arbitrarie ovvero macroscopicamente viziate da travisamento di fatto, con la conseguenza che il giudice amministrativo non può sostituire con proprie scelte quelle operate dall'Amministrazione (Cons. St., sez. V, 19 novembre 2009, n. 7259).

Le stazioni appaltanti, in sostanza, scelgono tra i due criteri quello più adeguato in relazione alle caratteristiche dell'oggetto del contratto, in quanto la specificazione del tipo di prestazione richiesta e delle sue caratteristiche peculiari consente di determinare correttamente ed efficacemente il criterio più idoneo all'individuazione della migliore offerta. Il criterio del minor prezzo, in cui assume rilievo la sola componente prezzo, può presentarsi adeguato quando l'oggetto del contratto abbia connotati di ordinarietà e sia caratterizzato da elevata standardizzazione in relazione alla diffusa presenza sul mercato di operatori in grado di offrire in condizioni analoghe il prodotto richiesto.

Ne deriva che potrà essere adeguato al perseguimento delle esigenze dell'amministrazione il criterio del minor prezzo quando l'oggetto del contratto non sia caratterizzato da un particolare valore tecnologico o si svolga secondo procedure largamente standardizzate. In questo caso, qualora la stazione appaltante sia in grado di predeterminare in modo sufficientemente preciso l'oggetto del contratto, potrà non avere interesse a valorizzare gli aspetti qualitativi dell'offerta, in quanto l'esecuzione del contratto secondo i mezzi, le modalità ed i tempi previsti nella documentazione di gara è già di per sé in grado di soddisfare nel modo migliore possibile l'esigenza dell'amministrazione. L'elemento quantitativo del prezzo rimane, quindi, l'unico criterio di aggiudicazione.

Al contrario, la scelta del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa verrà in considerazione quando le caratteristiche oggettive dell'appalto inducano a ritenere rilevanti, ai fini dell'aggiudicazione, uno o più aspetti qualitativi. In questo caso l'amministrazione potrà ritenere che l'offerta più vantaggiosa per la specifica esigenza sia quella che presenta il miglior rapporto qualità/prezzo e la stazione appaltante dovrà valutare se uno o più degli aspetti qualitativi dell'offerta concorrano, insieme al prezzo, all'individuazione della soluzione più idonea a soddisfare l'interesse sotteso all'indizione della gara. Solo in questo caso, infatti, corrisponde all'interesse pubblico l'utilizzo del sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Interessante anche la sentenza del TAR Basilicata n. 391 del 26 aprile u.s. nella quale si afferma che "il vigente codice dei contratti pubblici, ... all'art. 95, co. 3, dispone che «sono aggiudicati

esclusivamente sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo: a) i contratti relativi ai servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, nonché ai servizi ad alta intensità di manodopera, come definiti all'articolo 50, comma 1, fatti salvi gli affidamenti ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lettera a) [...]». Il co. 4 dello stesso art. 95, alla lett. b) contempla la facoltà di utilizzo del criterio del minor prezzo «per i servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato».

Ritiene il Collegio che l'interpretazione delle cennate previsioni del d.lgs. n. 50 del 2016, svolta in relazione ai vincolanti e stringenti criteri direttivi della delega, conduca a escludere che in materia di servizi ad alta intensità di manodopera, tra cui quelli di vigilanza, residui spazio alcuno per il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso. In particolare, ove si sia in presenza di uno dei casi considerati co. 3 dell'art. 95, tra cui, per quanto qui rileva, le "prestazioni ad alta intensità di manodopera" sussiste, come imposto dal legislatore delegante con l'avverbio "esclusivamente", l'obbligo di utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Il co. 3, dunque, individua una serie di ipotesi in cui l'ordinaria preferenza per tale criterio prevista in via generale dal codice non ammette deroga alcuna, ivi comprese quelle di cui al successivo co. 4 e a prescindere dalle motivazioni eventualmente adottate dalla stazione appaltante in sede di indizione. In altri termini, il rapporto, nell'ambito dell'art. 95, tra il co. 3 (casi di esclusivo utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, tra i quali v'è quello dei servizi ad alta intensità di manodopera) ed il co. 4 (casi di possibile utilizzo del criterio del minor prezzo, tra i quali v'è quello dei servizi ripetitivi), è di specie a genere. Ove ricorrano le fattispecie di cui al comma 3 scatta, cioè, un obbligo speciale di adozione del criterio dell'o.e.p.v. che, a differenza della ordinaria preferenza per tale criterio fatta in via generale dal codice, non ammette deroghe, nemmeno al ricorrere delle fattispecie di cui al comma 4, a prescindere dall'entità dello sforzo motivazionale dell'amministrazione (in termini, Cons. Stato, sez. III, 2 maggio 2017, n. 2014).

Nell'ambito del giudizio, controparte resistente, nei propri scritti difensivi, ribadiva di aver adottato il criterio dell'aggiudicazione con il minor prezzo,

ritenendo che il servizio richiesto rientrasse nella casistica di cui al ripetuto co. 4, lett. b) e c), in quanto il servizio della vigilanza armata presenterebbe caratteristiche di svolgimento coi «tratti tipici di standardizzazione delle prestazioni e di elevata ripetitività delle medesime, ai sensi delle norme sopra richiamate», individuando il differente orientamento giurisprudenziale secondo cui sarebbe ammissibile la scelta del criterio del minor prezzo per gli appalti di servizi ad alta intensità di manodopera che siano anche fortemente ripetitivi (T.A.R. Abruzzo, 13 gennaio 2017, n. 30).

In posizione inversa il Consiglio di Stato n. 1099 del 18 febbraio 2019, il quale afferma che non risulta censurabile l'adozione del criterio del prezzo più basso ai fini dell'aggiudicazione della gara, non ravvisandosi alcuna violazione a riguardo delle disposizioni di cui all'art. 95, commi 3 e 4, del d.lgs. n. 50 del 2016 non solo perché (come correttamente già ritenuto dal tribunale) le prestazioni oggetto di appalto hanno natura standardizzata e ripetitiva, essendo connotate dalla routinarietà degli interventi e prive di carattere altamente specialistico (si da non poter essere qualificate come servizi di natura tecnica o intellettuale), ma anche perché, da un lato, la Stazione appaltante ha provveduto ad una totale predefinizione nella lex specialis delle condizioni che le imprese concorrenti possono proporre (ovvero lo sconto in percentuale sui prezzi di listino dei pezzi di ricambio, conosciuti e fissati dai tariffari presenti sul mercato, predeterminando in misura fissa anche il costo orario della manodopera), senza riconoscere significativi margini qualitativi del servizio appaltato, e dall'altro non ricorre nella specie l'affidamento di un servizio ad alta intensità di manodopera tale da imporre l'obbligatorio ricorso al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Interessante anche la riflessione del Consiglio di Stato n. 882 del 05 febbraio 2019, dal quale è scaturita poi la remissione all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, in cui si legge che: "nel porre la regola generale secondo cui le stazioni appaltanti (fatte salve "le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative relative al prezzo di determinate forniture o alla remunerazione di servizi specifici") "procedono all'aggiudicazione [...] sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata.." il legislatore, in

chiara discontinuità con il precedente assetto regolatorio di cui al d.lgs. 163/06, assegna a tale criterio di selezione la dignità giuridica di metodo ordinario e generale di aggiudicazione, lasciando, al contempo, emergere, di contro, il palese sfavore per il criterio del prezzo più basso, cui resta riservato un rilievo del tutto residuale, circoscritto a fattispecie tipizzate e, peraltro, soggetto ad un rigoroso obbligo di motivazione. Il comma 5 dell'articolo 95 prevede espressamente che "Le stazioni appaltanti che dispongono l'aggiudicazione ai sensi del comma 4 ne danno adeguata motivazione e indicano nel bando di gara il criterio applicato per selezionare la migliore offerta".

È intervenuta in tal senso l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza n. 8 del 21 maggio affermando che: "Nell'ipotesi in cui un servizio ad alta intensità di manodopera abbia contemporaneamente caratteristiche standardizzate ai sensi del comma 4, lett. b), del medesimo art. 95, come nel caso che ha dato origine alla rimessione a questa Adunanza plenaria, vi è un concorso di disposizioni di legge tra loro contrastanti, derivante dal diverso ed antitetico criterio di aggiudicazione rispettivamente previsto per l'uno o l'altro tipo di servizio e dal diverso grado di precettività della norma. Si pone quindi un conflitto (o concorso apparente) di norme, che richiede di essere risolto con l'individuazione di quella prevalente. Il conflitto così prospettato non può che essere risolto a favore del criterio di aggiudicazione del miglior rapporto qualità/prezzo previsto dal comma 3, rispetto al quale quello del minor prezzo invece consentito in base al comma 4 è sub valente.

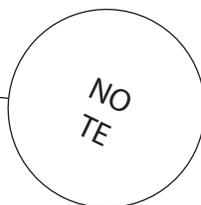
La Corte ha ritenuto di superare il contrasto giurisprudenziale, affermando che "gli appalti di servizi ad alta intensità di manodopera ai sensi degli artt. 50, comma 1, e 95, comma 3, lett. a), del codice dei contratti pubblici sono comunque aggiudicati con il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo, quand'anche gli stessi abbiano anche caratteristiche standardizzate ai sensi del comma 4, lett. b), del medesimo codice.

In questo senso va dunque composto il contrasto di giurisprudenza venutosi a creare per effetto delle pronunce richiamate dalla Sezione rimettente, in particolare per effetto della sentenza della III Sezione del 13 marzo 2018, n. 1609, in precedenza

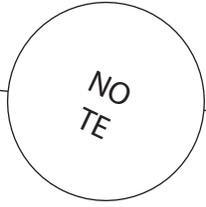
richiamata, che pure per un servizio di vigilanza antincendio a favore di un'azienda sanitaria locale ... aveva invece affermato la prevalenza del criterio del massimo ribasso ai sensi dell'art. 95, comma 4, lett. b), del codice dei contratti pubblici (peraltro supponendo che: «la tipologia di cui alla lett. b) del comma 4 dell'art. 95 attiene ad un ipotesi ontologicamente del tutto differente sia dall'appalto "ad alta intensità di manodopera" di cui all'art.95 comma 3 lett. a) che concerne prestazioni comunque tecnicamente fungibili»;

e non già all'esito di un'analisi del rapporto strutturale tra le due diverse disposizioni di legge).

Richiamato il principio poc'anzi espresso, va quindi ribadito che le caratteristiche di servizio ad alta intensità di manodopera della vigilanza antincendio non consentono che lo stesso sia aggiudicato con il criterio del massimo ribasso, benché caratterizzato anche da una forte standardizzazione dello attività in esso comprese.



A series of horizontal dotted lines for writing, consisting of 18 lines in total. The lines are evenly spaced and extend across most of the page width.



A series of horizontal dotted lines for writing notes, consisting of 20 lines.

SCHEDA DI ABBONAMENTO

MEDIAAPPALTI

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

Sì, desidero abbonarmi alla rivista MediAppalti per un anno.

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

Il sottoscritto

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

In caso di abbonamento cartaceo la consegna avverrà

A:		
Via		N.
CAP	Città	Prov.

MODALITA' DI PAGAMENTO:

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

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

Data ___/___/___

Firma _____

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

MEDIAAPPALTI

www.mediappalti.it

Pubblicità: pubblicita@mediappalti.it

Servizio abbonamenti: abbonamenti@mediappalti.it

Mediagraphic

Redazione: Mediagraphic s.r.l.

Via Palmitessa, 40 - 76121 Barletta

Telefono: 0883.527171 **Fax:** 0883.570189

redazione@mediappalti.it

i seminari in programma

SEMINARI

PROJECT MANAGEMENT

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

11, 12 e 13 giugno 2019 Roma; 26, 27 e 28 giugno Cagliari

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

18, 19 e 20 giugno 2019 Roma

APPALTI

La riforma del Codice degli Appalti nel Decreto "Sblocca Cantieri" (d.l. n. 32/2019) e nella Legge Delega

11 giugno 2019 Trieste, 18 giugno 2019 Milano, 20 giugno Catania, 25 giugno 2019 Cagliari, 25 giugno 2019 Bari, 27 giugno 2019 Napoli, 27 giugno 2019 Olbia, 2 luglio 2019 Roma, 02 luglio 2019 Firenze, 04 luglio 2019 Bolzano, 04 luglio 2019 Bologna, 09 luglio 2019 Pescara, 11 luglio 2019 Ancona, 16 luglio 2019 Genova

Subappalto, avalimento e altre forme integrative delle capacità esecutive delle imprese: le importanti modifiche contenute nello "sblocca cantieri"

09 luglio 2019 Genova, 16 luglio 2019 Trento

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

09 luglio 2019 Verona

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

18 giugno 2019 Trieste, 27 giugno Bologna

L'esecuzione del contratto nei servizi e forniture

27 giugno 2019 Torino

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

Esercitazioni pratiche.

27 giugno 2019 Ancona

Il monitoraggio delle opere pubbliche tramite applicativo

MOP-BDAP – Corso pratico

11 luglio Trieste

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

18 giugno Pescara, 25 giugno 2019 Palermo, 2 luglio Milano

CORSI ONLINE AREA APPALTI

La riforma degli Appalti Pubblici dopo il Decreto Sblocca Cantieri 2019

14 e 21 giugno 2019

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



Un nuovo obiettivo: un senso profondo!