

Rivista mensile - Anno IX, Numero 5

**luglio**  
**2019**

# MEDIA APPALTI

---

**Accesso civico  
generalizzato in materia  
di appalti**

---

**Le modifiche del decreto  
Sblocca Cantieri alla  
disciplina dell'anomalia  
delle offerte**

---

**Gli affidamenti diretti  
previa valutazione o  
previa consultazione e  
le procedure negoziate  
senza bando nella nuova  
legge 55/2019**



**“Guida  
pratica  
in materia di  
appalti pubblici”**

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

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

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

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

**Media  
Graphic**





**approfondimento  
aggiornamento  
giurisprudenza  
informazione  
consulenza  
normativa**

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

**luglio  
2019**

EDI  
TO  
RIALE

---

# Spirito Olimpico

---

Lungimiranti. Si deve essere tali per fare qualcosa che possa avere un valore a lungo termine. Pensare nel presente ad un progetto che terminata la sua specifica funzionalità, possa domani essere riconvertito in altro. Destinazione differente ma con valore immutato, magari cresciuto.

È con questo approccio che Milano e Cortina si preparano al 2026. Le due località ospiteranno la XXV edizione delle Olimpiadi e Paralimpiadi Invernali. Euforia e critiche. I commenti, come sempre accade in questi casi, sono spaccati.

C'è il fronte dei pessimisti e quello degli ottimisti. C'è chi legge la storia dei grandi eventi e ci trova pagine di dissesti finanziari e debiti ancora da

onorare. C'è chi con fiducia prova a scrutare nel futuro e ci vede una gestione corretta dei fondi, nessuno spreco, nessuna cassa pubblica da riparare.

Da che parte stare?

I primi hanno ragione. I fatti parlano. Li ricorda Fabio Scacciavillani, Chief Economist Fondo Investimenti dell'Oman, in un articolo su Il Fatto Quotidiano, scrivendo che "Torino ancora sta ripagando i debiti accumulati per le Olimpiadi del 2006 [...] il disastro finanziario delle Olimpiadi di Atene nel 2004 ha aperto la voragine dei conti pubblici che ha spinto la Grecia verso la bancarotta da cui ancora non si risolveva appieno".

I secondi vanno sostenuti. Bisogna coltivare la speranza. Senza la fede nel cambiamento non si va da nessuna parte. La storia insegna. Il presente impara. Il futuro può essere diverso. Può? Deve! Dalle pagine della stessa testata parla il Direttore del Dipartimento di Studi Umani del Politecnico di Milano Gabriele Pasqui: "Raramente le Olimpiadi portano vantaggi in termini strettamente economici, ma se gestite bene possono essere il volano per uno sviluppo sociale a lungo termine".

Il timore più diffuso è la corruzione. Il rischio che i lavori pubblici necessari per "arredare" le sedi dei giochi siano preda di imprenditori e amministratori dediti alla speculazione. Per le Olimpiadi del 2026 sono previsti investimenti per 350 milioni di euro che saranno destinati alla realizzazione di villaggi olimpici, media center, nuove strutture sportive, strade di collegamento. Tenere lontani i malfattori sarà compito delle istituzioni. Giuseppe Sala e Luca Zaia, in qualità di sindaco di Milano il primo e di Presidente della Regione Veneto il secondo dovranno essere i primi garanti della legalità, insieme con il CONI e con tutto il comitato promotore.

"Ci sarà molto da fare, ma il progetto che abbiamo illustrato a Losanna è forte e valido, c'è un gruppo unito, che ha passione e tanta energia. Credo che queste siano le basi per il successo!" Lo afferma la pattinatrice azzurra Arianna Fontana, medaglia d'oro a Pyeongchang nello short track.

Il progetto Milano-Cortina 2026 è ispirato dalla riconversione. I lavori previsti per le Olimpiadi e le Paralimpiadi Invernali non saranno fini a se stessi. Mai più cattedrali nel deserto. Sembra essere questo lo slogan. Simbolo di questo approccio sarà il villaggio olimpico che sorgerà presso lo scalo merci in disuso di Porta Romana. Saranno realizzati 1260 posti letto. A chiusura dei Giochi sarà convertito in un campus per studenti con il proposito di contenere i prezzi degli affitti in una città nella quale il mercato immobiliare è caratterizzato da cifre da élite. La lungimiranza di cui parlavamo in apertura. "La politica ha il dovere di indirizzare gli investimenti dove servono: per gli anziani e per i giovani che hanno scelto Milano e fanno fatica perché le case sono troppo care", ha detto Sala al Corriere della Sera.

Le ultime Olimpiadi Invernali ci hanno entusiasmato. 10 medaglie. Gli ori di Arianna Fontana, Michela Moioli, Sofia Goggia. Fontana, scelta dal Presidente del CONI Giovanni Malagò per rappresentare tutti gli atleti italiani ai Giochi del 2026 ne è certa: "Sarà un'Olimpiade unica nel suo genere, gli atleti i fan, i volontari e tutti gli italiani porteranno questo evento nel cuore". Noi siamo ottimisti. Lo porteremo nel cuore per i risultati sportivi, per lo spettacolo, per l'onestà con la quale sarà eseguito ogni singolo lavoro pubblico. Che lo spirito Olimpico ispiri tutti.

**di Enzo De Gennaro**

## sommario

### Editoriale

Spirito Olimpico

4

### In evidenza

La procedura negoziata con particolare riferimento alle diverse modalità di esperimento adottate a fronte delle modifiche normative intervenute negli ultimi decenni.

7

### Sotto la lente

Accesso civico generalizzato in materia di appalti

15

#### Hanno collaborato a questo numero:

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

**Direttore Responsabile**  
dott. Enzo de Gennaro

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

**Progetto Grafico**  
Federica Damato

**Responsabile Web**  
Lorenzo Antonicelli

**Editore:**  
Mediagraphic s.r.l.

Via Palmitessa, 40 - 76121 Barletta  
Tel. 0883.527171  
Fax 0883.570189  
www.mediagraphic.it  
info@mediagraphic.it

**Avv. Paola Cartolano**  
Esperta in materia di appalti pubblici  
Dott.ssa Alessandra Verde - Referendaria  
consiliare presso il Consiglio regionale della  
Sardegna

**Avv. Riccardo Gai**  
Esperto in materia di appalti pubblici

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

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

**Ing. Pier Luigi Gianforte**  
PhD specialista in lavori pubblici

**Ing. Alessandro Di Furia**  
Ingegnere geotecnico

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

### Il Punto

Le modifiche del decreto  
Sblocca Cantieri alla disciplina  
dell'anomalia delle offerte

23

Il soccorso istruttorio nelle gare  
d'appalto: prerogative e limiti

32

Sulla sorte del provvedimento  
che determina le esclusioni e le  
ammissioni nelle gare bandite  
prima dello Decreto c.d.  
Sblocca Cantieri

38

Gli affidamenti diretti  
previa valutazione o previa  
consultazione e le procedure  
negoziato senza bando nella  
nuova legge 55/2019

43

Accertamento rispondenza  
lavori: i limiti quantitativi e  
l'attribuzione del costo

48

### Pareri & Sentenze

55

### A Domanda Rispondiamo

62

### In pillole

66

### Osservatorio sulla Corte dei Conti

# La procedura negoziata con particolare riferimento alle diverse modalità di esperimento adottate a fronte delle modifiche normative intervenute negli ultimi decenni.

***La trattativa privata, la procedura negoziata con o senza preliminare pubblicazione di bando, l'affidamento diretto. Le nuove disposizioni di cui al decreto cd "sblocca cantieri".***

IN  
EVIDENZA

di Beatrice Corradi

## **1. La procedura negoziata nelle direttive comunitarie e nell'ordinamento italiano. La procedura adottabile della trattativa privata nei decreti legislativi precedenti il d.lgs. 163/2006**

È sempre stato principio generale che il contratto può essere concluso a trattativa privata solo <<qualora, per speciali ed eccezionali circostanze>>, non possano essere utilmente seguite le forme, un tempo definite, del pubblico incanto, della licitazione privata o dell'appalto concorso. La disciplina speciale in materia di appalti di lavori, servizi e forniture ha negli anni evidenziato specifici e puntuali ambiti di ammissibilità della trattativa privata (art. 24 della L.109/1994 e ss.mm.ii., art. 7 del d.lgs. 157/1995 e art.9 del d.lgs. 358/1992 e ss.mm.).

Il legislatore nel recepire le direttive comunitarie in materia di appalti di lavori, servizi e forniture, definiva la trattativa privata come <<la procedura

*negoziata in cui l'amministrazione aggiudicatrice consulta le imprese di propria scelta e negozia con una o più di esse i termini del contratto>>.*

L'art. 92 del R.D. 827/1924, in ordine alle modalità mediante le quali condurre la trattativa privata, aveva previsto che essa <<ha luogo quando dopo aver interpellato, se ciò sia ritenuto conveniente, più persone o ditte, si tratta con loro>>.

L'articolo 31 della direttiva 2004/24 evidenzia la presenza di specifiche condizioni, quali presupposto alla procedura di cui trattasi, finalizzate ad evidenziarne l'eccezionalità in correlazione all'urgenza, all'unicità della prestazione resa da quel fornitore od alla relativa complementarietà della fornitura rispetto all'originaria.

Il medesimo articolo disponeva, infatti, fattispecie circoscritte e per lo più connesse a situazioni contingenti o a caratteristiche di infungibilità del prodotto o servizio, come, tra l'altro, indicato:

*“Le amministrazioni aggiudicatrici possono aggiudicare appalti pubblici mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara nelle fattispecie seguenti:*

*1) per gli appalti pubblici di lavori, forniture e di servizi:*

*a) qualora non sia stata presentata alcuna offerta o alcuna offerta appropriata o non sia stata depositata alcuna candidatura in esito all’esperimento di una procedura aperta o ristretta, purché le condizioni iniziali dell’appalto non siano sostanzialmente modificate*

*e purché una relazione sia trasmessa alla Commissione a richiesta di quest’ultima;*

*b) qualora, per ragioni di natura tecnica o artistica ovvero attinenti alla tutela di diritti esclusivi, l’appalto possa essere affidato unicamente ad un operatore economico determinato;*

*c) nella misura strettamente necessaria, quando l’estrema urgenza, risultante da eventi imprevedibili per le amministrazioni aggiudicatrici in questione, non è compatibile con i termini imposti dalle procedure aperte, ristrette o negoziate con pubblicazione di un bando di gara di cui all’articolo 30. Le circostanze invocate per giustificare l’estrema urgenza non devono essere in alcun caso imputabili alle amministrazioni aggiudicatrici;*

*L’art. 30 della medesima direttiva prevedeva, evidenziandone l’aspetto derogatorio e la stretta connessione a condizioni inerenti la relativa e specifica procedura, secondo quindi una logica di non generalità dei casi ma di raffronto con l’oggetto, la finalità della prestazione o i risultati infruttuosi della procedura: “le amministrazioni aggiudicatrici possono aggiudicare appalti pubblici mediante procedura negoziata, previa pubblicazione di un bando di gara, nelle fattispecie seguenti:*

*a) in caso di offerte irregolari o di deposito di offerte inaccettabili secondo le disposizioni nazionali compatibili con le disposizioni degli articoli 4, 24, 25, 27 e quelle del capo VII, presentate in esito*

*all’esperimento di una procedura aperta o ristretta o di un dialogo competitivo, purché le condizioni iniziali dell’appalto non siano sostanzialmente modificate. Le amministrazioni aggiudicatrici possono non pubblicare un bando di gara se includono nella procedura negoziata tutti, e soltanto, gli offerenti in possesso dei requisiti di cui agli articoli da 45 a 52 che, nella procedura aperta o ristretta o nel dialogo competitivo precedente, hanno presentato offerte conformi ai requisiti formali della procedura di aggiudicazione;*

*b) in casi eccezionali, qualora si tratti di lavori, forniture o di servizi la cui natura o i cui imprevisti non consentano una fissazione preliminare e globale dei prezzi;*

*c) nel caso di servizi, e in particolare di servizi rientranti nella categoria 6 dell’allegato II A e di prestazioni di natura intellettuale quali la progettazione di opere, nella misura in cui la natura della prestazione da fornire renda impossibile stabilire le specifiche dell’appalto con una precisione sufficiente che permetta di aggiudicare l’appalto selezionando l’offerta migliore secondo le norme della procedura aperta o della procedura ristretta;*

*d) nel caso di appalti pubblici di lavori, per i lavori realizzati unicamente a scopo di ricerca, sperimentazione o messa a punto e non per assicurare una redditività o il recupero dei costi di ricerca e di sviluppo”.*

**L’articolo 31 della direttiva 2004/24 disponeva il ricorso alla procedura negoziata al verificarsi di specifiche condizioni finalizzate ad evidenziarne l’eccezionalità, in correlazione all’urgenza, all’unicità della prestazione resa da quel fornitore od alla relativa complementarietà della fornitura rispetto all’originaria.**



*all’esperimento di una procedura aperta o ristretta o di un dialogo competitivo, purché le condizioni iniziali dell’appalto non siano sostanzialmente modificate. Le amministrazioni aggiudicatrici possono non pubblicare un bando di gara se includono nella procedura negoziata tutti, e soltanto, gli offerenti in possesso dei requisiti di cui agli articoli da 45 a 52 che, nella procedura aperta o ristretta o nel dialogo competitivo precedente, hanno presentato offerte conformi ai requisiti formali della procedura di aggiudicazione;*

*b) in casi eccezionali, qualora si tratti di lavori, forniture o di servizi la cui natura o i cui imprevisti non consentano una fissazione preliminare e globale dei prezzi;*

*c) nel caso di servizi, e in particolare di servizi rientranti nella categoria 6 dell’allegato II A e di prestazioni di natura intellettuale quali la progettazione di opere, nella misura in cui la natura della prestazione da fornire renda impossibile stabilire le specifiche dell’appalto con una precisione sufficiente che permetta di aggiudicare l’appalto selezionando l’offerta migliore secondo le norme della procedura aperta o della procedura ristretta;*

*d) nel caso di appalti pubblici di lavori, per i lavori realizzati unicamente a scopo di ricerca, sperimentazione o messa a punto e non per assicurare una redditività o il recupero dei costi di ricerca e di sviluppo”.*

Nell’ordinamento giuridico italiano i decreti legislativi di recepimento della direttiva comunitaria facevano riferimento alla procedura denominata “trattativa privata”. Infatti l’art. 6 del d.lgs. 157/1995, ad esempio, prevedeva: “Nel bando di gara l’amministrazione aggiudicatrice indica quale delle seguenti procedure intende utilizzare per l’aggiudicazione dell’appalto: a) il pubblico incanto; b) la licitazione privata; c) l’appalto concorso; d) la trattativa privata”.

Nel previgente ordinamento la trattativa privata – nell’ambito della procedura negoziata – prevedeva la consultazione delle imprese di scelta



dell'Amministrazione e la negoziazione con una o più di esse dei termini del contratto, previa o senza previa pubblicazione del bando. Il comma 5 dell'art. 24 della legge finanziaria per il 2003 stabiliva che *"anche nelle ipotesi in cui la vigente normativa consente la trattativa privata, le pubbliche Amministrazioni possono farvi ricorso solo in casi eccezionali e motivati, previo esperimento di una documentata indagine di mercato, dandone comunicazione alla sezione regionale della Corte dei conti"*.

La decisione dell'Amministrazione di concludere un contratto a trattativa privata, è stata negli anni esaminata come suscettibile di essere impugnata dagli imprenditori aspiranti alla partecipazione alla gara pubblica (C. Stato, Sez. V, sent. n. 454 del 22-03-1995). Infatti, all'imprenditore che non ha partecipato al procedimento di scelta del contraente è stata nel tempo, secondo giurisprudenza, riconosciuta una posizione giuridica qualificata a contestare in sede di giudizio l'illegittimo esperimento della trattativa privata in luogo di altri procedimenti contrattuali ad evidenza pubblica, anche in virtù della recezione di puntuali obblighi comunitari che sensibilmente restringe la possibilità di esperire procedimenti non concorsuali di scelta del contraente.

La Giurisprudenza ha quindi riconosciuto una posizione giuridica qualificata agli imprenditori esclusi dall'invito alla procedura negoziata, attribuendo in tal modo una crescente pregnanza agli interessi diffusi degli operatori del settore.

## **2. La procedura negoziata con o senza pubblicazione del bando, come prevista nel d.lgs. 163/2006 in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE**

Il d.lgs. 163/2006, che ha unificato in un unico testo le previgenti disposizioni, ha previsto la procedura negoziata con e senza previa pubblicazione del bando, eliminando nel nostro ordinamento il termine "trattativa privata".

Le procedure negoziate venivano definite come *"le procedure in cui le stazioni appaltanti consultano gli operatori economici da loro scelti e negoziano con uno o più di essi le condizioni dell'appalto."*

La procedura negoziata nel citato decreto legislativo, prima del Codice degli appalti, era così prevista: *"Ove possibile, la stazione appaltante individua gli operatori economici da consultare sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economico finanziaria e tecnico organizzativa desunte dal mercato, nel rispetto sussistono in tale numero soggetti idonei."*

*Gli operatori economici selezionati vengono contemporaneamente invitati a presentare le offerte oggetto della negoziazione, con lettera contenente gli elementi essenziali della prestazione richiesta. La stazione appaltante sceglie l'operatore economico che ha offerto le condizioni più vantaggiose, secondo il criterio del prezzo più basso o dell'offerta economicamente più vantaggiosa, previa verifica del possesso dei requisiti di qualificazione previsti per l'affidamento di contratti di uguale importo mediante procedura aperta, ristretta, o negoziata previo bando".*

Il pregresso d.lgs. 163/2006, disponeva: *"Le stazioni*

*appaltanti possono aggiudicare i contratti pubblici mediante procedura negoziata, previa pubblicazione di un bando di gara, nelle seguenti ipotesi: a) quando, in esito all'esperimento di una procedura aperta o ristretta o di un dialogo competitivo, tutte le offerte presentate sono irregolari ovvero inammissibili; b) in casi eccezionali, qualora si tratti di lavori, servizi, forniture, la cui particolare natura o i cui imprevisti, oggettivamente non imputabili alla stazione appaltante, non consentano la fissazione preliminare e globale dei prezzi; c) limitatamente ai servizi, di prestazioni di natura intellettuale; d) nel caso di appalti pubblici di lavori, per lavori realizzati unicamente a scopo di ricerca, sperimentazione o messa a punto, e non per assicurare una redditività o il recupero dei costi di ricerca e sviluppo"*.

**Nel previgente ordinamento la trattativa privata - nell'ambito della procedura negoziata - prevedeva la consultazione delle imprese di scelta dell'Amministrazione e la negoziazione con una o più di esse dei termini del contratto, previa o senza previa pubblicazione del bando.**

La procedura di cui sopra si esplicitava con l'adeguamento delle offerte alle esigenze indicate nel bando di gara, nel capitolato d'oneri e negli eventuali documenti complementari.

Le stazioni appaltanti potevano anche aggiudicare contratti pubblici mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, dandone conto con adeguata motivazione nella delibera o determina a contrarre, in ossequio alle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE.

**3. L'adozione di lavori, servizi e forniture in economia nel previgente ordinamento del d.lgs. 163/2006. L'affidamento previa consultazione preliminare di idonei operatori economici ed il cottimo fiduciario**

Le disposizioni precedenti al Codice degli appalti, di cui al d.lgs. 163/2006, disciplinavano inoltre la procedura delle acquisizioni in economia di beni, servizi, lavori, distinguendo tra le seguenti modalità:

- a) amministrazione diretta;
- b) procedura di cottimo fiduciario.

Era previsto che i lavori in economia - da intendersi come procedura negoziata - fossero ammessi per importi non superiori a 200.000 euro ed i lavori assunti in amministrazione diretta non potessero comportare una spesa complessiva superiore a 50.000 euro.

Inoltre i lavori eseguibili in economia erano individuati da ciascuna stazione appaltante, con riguardo alle proprie specifiche competenze e nell'ambito delle seguenti categorie generali, come segue:

- a) manutenzione o riparazione di opere od impianti quando l'esigenza è rapportata ad eventi

- imprevedibili e non sia possibile realizzarle con le forme e le procedure previste agli articoli 55, 121, 122;
- b) manutenzione di opere o di impianti;
- c) interventi non programmabili in materia di sicurezza;
- d) lavori che non possono essere differiti, dopo l'infruttuoso esperimento delle procedure di gara;
- e) lavori necessari per la compilazione di progetti;
- f) completamento di opere o impianti a seguito della risoluzione del contratto o in danno dell'appaltatore inadempiente, quando vi è necessità e urgenza di completare i lavori.

Il decreto di cui trattasi inoltre prevedeva le consultazioni preliminari di operatori economici:

*"Per lavori di importo pari o superiore a 40.000 euro e fino a 200.000 euro, l'affidamento mediante cottimo fiduciario avviene nel rispetto dei principi di trasparenza, rotazione, parità di trattamento, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei, individuati sulla base di indagini di mercato ovvero tramite elenchi di operatori economici predisposti dalla stazione appaltante. Per lavori di importo inferiore a quarantamila euro è consentito l'affidamento diretto da parte del responsabile del procedimento. Le forniture e i servizi in economia sono ammessi per importi inferiori a 135.000 euro per le amministrazioni".*

Il ricorso alla procedura di cottimo fiduciario doveva essere opportunamente motivato. La mancata motivazione, pertanto, costituiva una ingiustificata sottrazione di questi affidamenti alle ordinarie procedure concorsuali (Deliberazione Avcp n. 4/2009).

Il ricorso al cottimo fiduciario inoltre doveva essere preceduto dalla determina o

**Prima del Codice degli appalti con il d.lgs. 163/2006 era prevista la seguente modalità, quando applicabile: "la stazione appaltante individua gli operatori economici da consultare sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economico finanziaria e tecnico organizzativa desunte dal mercato, nel rispetto sussistono in tale numero soggetti idonei. Gli operatori economici selezionati vengono contemporaneamente invitati a presentare le offerte oggetto della negoziazione, con lettera contenente gli elementi essenziali della prestazione richiesta.."**



decreto a contrattare di cui all'art. 11 del decreto legislativo n. 163/2006 e successive modificazioni. L'articolo 125, comma 4, del Decreto legislativo n. 163/2006 stabiliva che "Il cottimo fiduciario è una procedura negoziata in cui le acquisizioni avvengono mediante affidamento a terzi". Sulla base di tale procedura veniva stipulato un contratto tra la stazione appaltante ed un operatore economico qualificato, avente ad oggetto i lavori, servizi e forniture, previamente individuati dall'amministrazione nel proprio provvedimento generale di disciplina dell'attività contrattuale.

Il decreto in questione prevedeva inoltre il ricorso all'acquisizione in economia nelle seguenti ipotesi:

"a) *risoluzione di un precedente rapporto contrattuale, o in danno del contraente inadempiente, quando ciò sia ritenuto necessario o conveniente per conseguire la prestazione nel termine previsto dal contratto;*  
 b) *necessità di completare le prestazioni di un contratto in corso, ivi non previste, se non sia possibile imporre l'esecuzione nell'ambito del contratto medesimo;*  
 c) *prestazioni periodiche di servizi, forniture, a seguito della scadenza dei relativi contratti, nelle more dello svolgimento delle ordinarie procedure di scelta del contraente, nella misura strettamente necessaria;*  
 d) *urgenza, determinata da eventi oggettivamente imprevedibili, al fine di scongiurare situazioni di pericolo per persone, animali o cose, ovvero per l'igiene e salute pubblica, ovvero per il patrimonio storico, artistico, culturale".*

**Secondo il d.lgs. 163/2006, per i lavori di importo pari o superiore a 40.000 euro e fino a 200.000 euro, l'affidamento mediante cottimo fiduciario poteva avvenire nel rispetto dei principi di trasparenza, rotazione, parità di trattamento, previa consultazione di almeno cinque operatori idonei, individuati sulla base di indagini di mercato ovvero tramite elenchi di operatori economici predisposti dalla stazione appaltante. Per lavori di importo inferiore a quarantamila euro era consentito l'affidamento diretto da parte del responsabile del procedimento.**



#### **4. L'art. 36 del Codice degli appalti introduce la disciplina dei contratti sotto soglia. La legge di bilancio 2019**

L'art. 36 del Codice degli appalti prima del decreto sblocca cantieri, prevedeva al comma 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 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, e, 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...".

L'articolo disponeva con ulteriori valori:

c) *per i lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 1.000.000 di euro, mediante procedura negoziata di cui all'articolo 63 con consultazione di almeno dieci 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.

Il Codice degli appalti ha da subito introdotto nuove disposizioni che regolano la procedura negoziata, oltre alle procedure negoziate previa pubblicazione del bando e senza pubblicazione del bando, già previste dalla previgente normativa. Le disposizioni riportate all'art. 36 del Codice degli appalti richiamano in parte le disposizioni del cottimo fiduciario previste dall'art. 125 del d.lgs. 163/2006 e disciplinano in particolare i contratti di lavori.

L'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie comunitarie avvengono, secondo la legge 55/2019, salva la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie, con le modalità previste dall'art. 36 del codice degli appalti, che prevede, tra l'altro:

- 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 (come era già previsto dal d.lgs. 163/2006). Le Linee Guida Anac n. 4 in tema di affidamenti diretti affermavano: *"Le procedure semplificate di cui all'articolo 36 del Codice dei contratti pubblici prendono avvio con la determina a contrarre o con atto ad essa equivalente, contenente, tra l'altro, l'indicazione della procedura che si vuole seguire con una sintetica indicazione delle ragioni. Il contenuto del predetto atto può essere semplificato, per i contratti di importo inferiore a 40.000,00 euro, nell'affidamento diretto o nell'amministrazione diretta di lavori"*.
- b) per affidamenti di importo pari o superiore a

40.000 euro e inferiore a 150.000 euro per i lavori, o alle soglie di cui all'articolo 35 per le forniture e i servizi, mediante affidamento diretto previa valutazione di tre preventivi, ove esistenti, per i lavori, e, per i servizi e le forniture, di almeno cinque operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di 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 di cui al periodo precedente. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento contiene l'indicazione anche dei soggetti invitati.

L'articolo continua con l'indicazione di altre categorie di importi a cui corrispondono, con riferimento ai soli lavori, consultazioni con un determinato numero minimo di operatori.

L'articolo 36, come disciplinato dalla legge di conversione 55/2019,

si presenta con una suddivisione più ampia nelle soglie di riferimento. Il decreto di conversione, legge 55/2019, disciplina, infatti, maggiori possibilità di ricorso alle procedure negoziali diversificando, rispetto al decreto legge, il numero di fasce di importo mediante le quali ricorrere alla procedura (il decreto legge prevedeva tre fasce economiche, con la legge 55/2019 il numero delle fasce è stabilito in quattro).

Si evidenzia che la prima fascia di lavori, corrispondente ad un valore fino a 150.000,00, presuppone la consultazione di tre operatori, nel previgente sistema erano da consultare - fino al gennaio 2019 - invece dieci operatori.

**L'articolo 36, come disciplinato dalla legge di conversione 55/2019, si presenta con una suddivisione più ampia nelle soglie di riferimento. Il decreto di conversione, legge 55/2019, disciplina, infatti, maggiori possibilità di ricorso alle procedure negoziali diversificando, rispetto al decreto legge, il numero di fasce di importo mediante le quali ricorrere alla procedura (il decreto legge prevedeva tre fasce economiche, con la legge 55/2019 il numero delle fasce è stabilito in quattro). Si evidenzia che la prima fascia di lavori, corrispondente ad un valore fino a 150.000,00, presuppone la consultazione di tre operatori, nel previgente sistema erano da consultare - fino al gennaio 2019 - invece dieci operatori.**



Le procedure aventi valori pari e superiori a 150.000 Euro e fino a valori inferiori ad Euro 1.000,000, devono avvenire secondo le modalità di cui all'art. 63 che disciplina la procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, invitando alla consultazione il numero di operatori previsto in corrispondenza delle diverse fasce di importo stabilite.

Per valori pari o superiore a 1.000.000 di euro e fino alle soglie di cui all'art. 35, la procedura da applicare è quella di cui all'art. 60 - procedura aperta - fatto salvo quanto previsto dall'art. 97, comma 8, in tema di anomalia dell'offerta.

Con la legge n. 145/2018 (legge di Bilancio 2019) è stato previsto che le stazioni appaltanti possano procedere all'affidamento diretto di lavori di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a 150.000 euro, previa consultazione, ove esistenti, di almeno 3 operatori economici, ciò in attesa della riforma complessiva del Codice degli appalti come avvenuta con il Decreto sblocca cantieri.

In precedenza, per importi tra i 40.000 e fino a 150.000 euro era necessario bandire la gara d'appalto con invito di almeno 10 imprese, selezionate tramite indagine di mercato o previ elenchi di operatori, con obbligo di rotazione e obbligo di pubblicità finale sull'affidamento.

A seguito dell'entrata in vigore della nuova legge i lavori sono stati così suddivisi:

per lavori fino a 40.000 euro con la previsione dell'affidamento diretto; per lavori da 40.000 a 150.000 euro con la previsione dell'invito se esistenti di almeno 3 operatori economici; per lavori da 150.000 a 350.000 euro gli operatori da invitare devono essere almeno 10; per lavori da 350.000 a 1 milione di euro l'invito di almeno 15 operatori economici, ove esistenti (art. 36, comma 2, lett. c) del Codice dei contratti).

#### **5. L'articolo 36 come disciplinato dalla Legge 14 giugno 2019 n. 55 di conversione in legge con modificazioni del decreto legge 18 aprile 2019, n. 32 a confronto con l'articolo 36 previgente**

L'articolo 36 dispone le regole per la procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando. Rispetto alla precedente stesura si presenta più articolato ed è il risultato quindi dell'introduzione della legge finanziaria 2019, in

una logica di semplificazione e celerità nella procedura di affidamento. Fino a valori economici per lavori inferiori ad Euro 1.000.000, è infatti prevista la consultazione di operatori economici, da individuarsi mediante preliminare indagine di mercato o tramite consultazione di elenco di fornitori, secondo la declinazione come di seguito descritta.

Per affidamenti di lavori di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiori a 150.000 euro è prevista la previa valutazione di tre preventivi ove esistenti, come previsto, tra l'altro, dalla legge finanziaria 2019; per le forniture e i servizi fino a valori inferiori alle soglie di cui all'art. 35, è prevista la previa valutazione 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 (Art. 36 come disciplinato dalla legge 55/2019).

L'Articolo 36 previgente stabiliva che per affidamenti di importo di lavori pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a 150.000 euro l'affidamento avvenisse mediante procedura negoziata previa consultazione, ove esistenti, di almeno dieci operatori economici; per le forniture e i servizi fino alle soglie di cui all'articolo 35, previa consultazione di almeno cinque operatori economici individuati

**Con la legge n. 145/2018 (legge di Bilancio 2019) è stato previsto che le stazioni appaltanti possano procedere all'affidamento diretto di lavori di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a 150.000 euro, previa consultazione, ove esistenti, di almeno 3 operatori economici. In precedenza, per importi tra i 40.000 e fino a 150.000 euro era necessario bandire la gara d'appalto con invito di almeno 10 imprese, selezionate tramite indagine di mercato o previ elenchi di operatori, con obbligo di rotazione e obbligo di pubblicità finale sull'affidamento.**



sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti.

La nuova previsione riferita ai lavori di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiori a 150.000 euro, rende più semplificata la consultazione degli operatori, è infatti prevista la valutazione di tre preventivi. Si evidenzia inoltre il minor formalismo richiesto tenuto conto che il riferimento è la valutazione di tre preventivi e non la consultazione di operatori economici.

Per affidamenti di lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 350.000 è prevista la procedura negoziata, senza previa pubblicazione di un bando, previa consultazione di almeno 10 operatori economici nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici (Art. 36 come disciplinato dalla legge 55/2019).

L'articolo 36 previgente stabiliva per i lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 1.000.000 di euro, la procedura negoziata di cui all'articolo 63 con consultazione di almeno dieci 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 conteneva anche l'indicazione dei soggetti invitati.

Il nuovo articolo prevede l'inserimento della nuova fascia economica, come prevista dalla Legge finanziaria 2019, riferita a lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 350.000 e non prevede più la fascia economica riferita a lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 1.000.000 di euro.

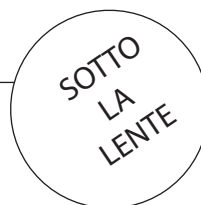
Per affidamenti di lavori di importo pari o superiore a 350.000 euro e inferiore a 1.000.000 è prevista la consultazione di almeno 15 operatori economici nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici (Art. 36 come disciplinato dalla legge 55/2019).

Per affidamenti di lavori di importo pari o superiore a 1.000.000 di euro e fino alle soglie di cui all'articolo 35, è stabilito il ricorso alle procedure di cui all'articolo 60- procedura aperta - fatto salvo quanto previsto dall'articolo 97, comma 8 (Art. 36 come disciplinato dalla legge 55/2019).

L'articolo 36 previgente stabiliva, semplicemente, per i lavori di importo pari o superiore a 1.000.000 di euro il ricorso alle procedure ordinarie.

# Accesso civico generalizzato in materia di appalti

di Paola Cartolano



## Premesse

Il delicato rapporto tra accesso e riservatezza in materia di documentazione prodotta in sede di partecipazione a procedure ad evidenza pubbliche per l'affidamento di contratti di lavori, servizi e forniture continua ad essere un nodo centrale anche dopo l'entrata in vigore del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 ("Codice Appalti").

È ancora oggi confermato il rapporto di specialità che lega la *lex specialis* di cui al Codice Appalti, in cui il tema della trasparenza assume ormai rilevanza centrale, alla *lex generalis* di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241 ("Legge n. 241/1990") sull'accesso agli atti (in cui il principio di trasparenza è stato introdotto dalla legge n. 15/2005 tra i principi

generali che informano l'agire della pubblica amministrazione): ciò comporta, di conseguenza, la prevalenza della prima sulla seconda.

Detta "specialità" della disciplina del Codice Appalti è ammessa poiché in termini generali il diritto di accesso, quale «*principio generale dell'attività amministrativa al fine di favorire la partecipazione e di assicurare l'imparzialità e la trasparenza*» (art. 22, comma 2 Legge n. 241/1990), può subire **limitazioni nei soli casi indicati dalla legge** – costituenti eccezione in attuazione di un bilanciamento di valori tutti costituzionalmente tutelati – e non già sulla base di unilaterali valutazioni dell'Amministrazione in ordine alla maggiore o minore utilità dell'accesso ai fini di una proficua tutela giurisdizionale delle posizioni soggettive dell'istante.

In tale contesto si inserisce anche la disciplina di cui al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33 ("D. Lgs. n. 33/2013") in merito alla libertà di accesso di chiunque ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni ovvero il cd. "accesso civico generalizzato", equivalente a quella che nei sistemi anglosassoni è definita "Freedom of information act" (F.O.I.A.).

In linea generale va premesso che il legislatore, attraverso l'introduzione dell'istituto dell'accesso civico generalizzato, ha voluto consentire l'accesso ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori a quelli oggetto di pubblicazione, a "chiunque", prescindendo da un interesse manifesto. Tale istituto **di portata generale**, tuttavia non è esente da alcune limitazioni rinvenibili sia nell'art. 5-bis commi 1 e 2 del medesimo D.Lgs. n. 33/2013, sia nella scelta del legislatore di mantenere in vigore gli artt. 22 e ss. della Legge n. 241/1990 relativi al cd. "accesso ordinario".

**Dopo anni dalla sua introduzione, non sono ancora chiariti i parametri esatti dell'istituto dell'accesso civico di tipo generalizzato**

Dopo anni dalla sua introduzione, non sono tuttavia ancora chiariti i parametri esatti dell'istituto dell'accesso civico di tipo generalizzato: in particolare, a fronte del combinato disposto delle norme del Codice Appalti in materia, delle norme sull'accesso ai sensi della Legge n. 241/1990 e dell'art. 5-bis del D.Lgs. n. 133/2013 la giurisprudenza è stata più volte investita della questione relativa alla possibile **applicazione del regime di cui all'accesso civico generalizzato agli atti e ai documenti delle procedure ad evidenza pubblica**, di cui si dirà nel prosieguo.

### 1. La disciplina del Codice Appalti in materia di accesso agli atti nelle gare pubbliche

Nel **Codice Appalti** l'art. 53, di recepimento dell'art. 21 della direttiva 2014/24/UE<sup>1</sup>, è sostanzialmente riprodotta la disciplina dell'art. 13 del D.Lgs. n. 163/2006: dopo aver previsto al **comma 1** che il diritto di accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, ivi comprese le candidature e le offerte, è **disciplinato dagli articoli 22 e seguenti della Legge n. 241/1990**, contiene una serie di prescrizioni specifiche in materia di procedure di aggiudicazione, sovrapponibili – per quanto qui interessa – a quelle di cui all'art. 13 del D.Lgs. n. 163/2006. Pertanto, anche nel nuovo contesto normativo risultano utilizzabili le precedenti acquisizioni giurisprudenziali (cfr. TAR Puglia – Bari, sez. III, sentenza 27 giugno 2017 n. 741).

I **commi 2 e 3** dell'art. 53 del Codice Appalti dispongono testualmente che:

«2. Fatta salva la disciplina prevista dal presente codice per gli appalti secretati o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza, il diritto di accesso è differito:

- a) nelle procedure aperte, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle medesime;
- b) nelle procedure ristrette e negoziate e nelle gare informali, in relazione all'elenco dei soggetti

---

1. Ai sensi dell'art. 21 della direttiva 24/2014/UE «salvo che non sia altrimenti previsto nella presente direttiva o nella legislazione nazionale cui è soggetta l'amministrazione aggiudicatrice, in particolare la legislazione riguardante l'accesso alle informazioni, e fatti salvi gli obblighi in materia di pubblicità sugli appalti aggiudicati e gli obblighi di informazione dei candidati e degli offerenti, previsti agli articoli 50 e 55, l'amministrazione aggiudicatrice non rivela informazioni comunicate dagli operatori economici e da essi considerate riservate, compresi anche, ma non esclusivamente, segreti tecnici o commerciali, nonché gli aspetti riservati delle offerte».

Come osservato dalla giurisprudenza, è importante sottolineare «... come la disciplina europea sia più propensa a tutelare la riservatezza degli operatori economici rispetto al legislatore domestico, che esalta sempre e comunque il ruolo della trasparenza, limitabile solo in caso di segreti tecnici e commerciali. Ciò si pone in contrasto dunque con il chiaro disposto della direttiva appalti, per la quale detti segreti sono contemplati ma non esauriscono il novero degli atti per i quali il diritto alla riservatezza da garantirsi agli operatori economici deve prevalere sul generale principio di trasparenza» (TAR Puglia - Bari, sez. I, 11 gennaio 2019, n. 41)



che hanno fatto richiesta di invito o che hanno manifestato il loro interesse, e in relazione all'elenco dei soggetti che sono stati invitati a presentare offerte e all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte medesime; ai soggetti la cui richiesta di invito sia stata respinta, è consentito l'accesso all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno manifestato il loro interesse, dopo la comunicazione ufficiale, da parte delle stazioni appaltanti, dei nominativi dei candidati da invitare;

c) in relazione alle offerte, fino all'aggiudicazione;

d) in relazione al procedimento di verifica della anomalia dell'offerta, fino all'aggiudicazione.

**3. Gli atti di cui al comma 2, fino alla scadenza dei termini ivi previsti, non possono essere comunicati a terzi o resi in qualsiasi altro modo noti».**

Il legislatore ha inoltre previsto alcune ipotesi di in cui l'accesso può essere **negato**. Ai sensi del **comma 5** dell'art. 53 infatti è disposto che:

«5. Fatta salva la disciplina prevista dal presente codice per gli appalti secretati o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza, sono **esclusi il diritto di accesso e ogni forma di divulgazione in relazione:**

- a) alle informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali;
- b) ai pareri legali acquisiti dai soggetti tenuti all'applicazione del presente codice, per la soluzione di liti, potenziali o in atto, relative ai contratti pubblici;
- c) alle relazioni riservate del direttore dei lavori, del direttore dell'esecuzione e dell'organo di collaudo sulle domande e sulle riserve del soggetto esecutore del contratto;
- d) alle soluzioni tecniche e ai programmi per elaboratore utilizzati dalla stazione appaltante o dal gestore del sistema informatico per le aste

elettroniche, ove coperti da diritti di privativa intellettuale».

Tuttavia, il successivo comma 6 consente l'accesso al concorrente, ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento, con riferimento «alle informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali». Testualmente infatti il **comma 6** dell'art. 53 prevede che «6. In relazione all'ipotesi di cui al comma 5, lettera a), è consentito l'accesso al **concorrente** ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto».

**Nell'art. 53 del D.Lgs. 50/2016 è sostanzialmente riprodotta la disciplina dell'art. 13 del D.Lgs. 163/2006, prevedendo ipotesi di differimento e di rifiuto dell'accesso agli atti della procedura di gara**



Come ha avuto modo di chiarire l'ANAC, il differimento riconosciuto dall'art. 13 del D.Lgs. n. 163/2006 all'epoca e dall'art. 53 del Codice Appalti fino al momento dell'aggiudicazione (definitiva) risponde all'esigenza di «*impedire la conoscenza del contenuto delle offerte da parte dei concorrenti in un momento in cui non è ancora divenuta definitiva la scelta della migliore offerta, con il più precipuo fine di impedire turbative delle operazioni di gara e delle valutazioni di competenza della commissione aggiudicatrice*» (cfr. ANAC, Delibera n. 317 del 29 marzo 2017).

## **2. Accesso civico generalizzato**

In materia di prevenzione della corruzione e di trasparenza dell'azione amministrativa, l'art. 7 della legge 7 agosto 2015, n. 124 (cd. "Legge Madia") ha delegato il Governo a emettere «uno o più decreti legislativi volti ad integrare e correggere la normativa in materia di prevenzione della corruzione e di trasparenza dell'azione amministrativa». Su tali basi il Governo ha adottato il decreto legislativo 25 maggio 2016, n. 97, che ha modificato la legge 6 novembre 2012, n. 190, sulla prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione, e il D.Lgs. n. 33/2013, sul riordino relativo alla

disciplina riguardante l'accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte della pubblica amministrazione.

Con il successivo decreto legislativo 25 maggio 2016, n. 97 ("D.Lgs. n. 97/2016") è stato introdotto, quale ulteriore strumento di trasparenza dell'azione amministrativa, l'**accesso civico generalizzato** che va quindi ad aggiungersi all'accesso civico semplice che prevede gli obblighi di pubblicazione e al risalente accesso documentale (articoli 22 e seguenti della Legge n. 241/1990).

In sintesi, oggi il nostro ordinamento prevede quattro forme di accesso agli atti della Pubblica Amministrazione:

- l'accesso documentale, previsto dalla legge sul procedimento amministrativo a tutela degli interessi del richiedente, posto in una posizione differenziata che gli conferisce il diritto di conoscere e di estrarre copia di un documento amministrativo;

- l'accesso civico semplice, basato su obblighi di pubblicazione sui siti istituzionali e sulla legittimazione di ogni cittadino a richiederne l'adempimento;

- l'accesso civico generalizzato, che si estende anche ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli oggetto di accesso civico semplice, azionabile da chiunque, senza alcun onere di motivazione e senza dover dimostrare la sussistenza di un interesse concreto e attuale in relazione a situazioni giuridicamente rilevanti;

- l'accesso di cui all'art. 53 del Codice Appalti che, rispetto al diritto di accesso previsto dagli artt. 22 e seguenti della Legge n. 241/1990, contiene una disciplina particolare e più restrittiva, che la giurisprudenza ha definito eccezionale (cfr., Cons. Stato, sez. V, 18 ottobre 2017, n. 48139).

Nel dettaglio il **D.Lgs. n. 33/2013 all'art. 5** - come sostituito dall'art. 6 comma 1 del D.Lgs. n. 97/2016 - dispone che «... 2. Allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico, chiunque ha diritto di accedere ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche

amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione ai sensi del presente decreto, nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi giuridicamente rilevanti secondo quanto previsto dall'articolo 5-bis. 3. L'esercizio del diritto di cui ai commi 1 e 2 non è sottoposto ad alcuna limitazione quanto alla legittimazione soggettiva del richiedente ....».

In merito alle limitazioni poste a "tutela di interessi giuridicamente rilevanti" l'**art. 5-bis** del D.Lgs. n. 33/2013 - **introdotto dall'art. 6 comma 2 del D.Lgs. n. 97/2016** - dispone quanto segue:

«1. L'accesso civico di cui all'articolo 5, comma 2, è rifiutato se il diniego è necessario per evitare un pregiudizio concreto alla tutela di uno degli interessi pubblici inerenti a:

- a) la sicurezza pubblica e l'ordine pubblico;
- b) la sicurezza nazionale;
- c) la difesa e le questioni militari;
- d) le relazioni internazionali;
- e) la politica e la stabilità finanziaria ed economica dello Stato;
- f) la conduzione di indagini sui reati e il loro perseguimento;
- g) il regolare svolgimento di attività ispettive.

2. L'accesso di cui all'articolo 5, comma 2, è altresì rifiutato se il diniego è necessario per evitare un pregiudizio concreto alla tutela di uno dei seguenti interessi privati:

- a) la protezione dei dati personali, in conformità con la disciplina legislativa in materia;
- b) la libertà e la segretezza della corrispondenza;
- c) gli interessi economici e commerciali di una persona fisica o giuridica, ivi compresi la proprietà intellettuale, il diritto d'autore e i segreti commerciali.

3. Il diritto di cui all'articolo 5, comma 2, è escluso nei casi di segreto di Stato e negli altri casi di divieti di accesso o divulgazione previsti dalla legge, ivi compresi i casi in cui l'accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti, inclusi quelli di cui all'articolo 24, comma 1, della legge n. 241 del 1990 ..».

Si tratta, dunque, di un regime di accesso più ampio in quanto consente di accedere non solo ai dati, alle informazioni e ai documenti per i quali esistono specifici obblighi di pubblicazione

(per i quali permane, comunque, l'obbligo dell'amministrazione di pubblicare quanto richiesto, nel caso in cui non fosse già presente sul sito istituzionale), ma anche ai dati e ai documenti per i quali non esiste l'obbligo di pubblicazione e che l'amministrazione deve quindi fornire al richiedente.

In particolare questa nuova forma di accesso si distingue dalla disciplina in materia di accesso ai documenti amministrativi di cui agli articoli 22 e seguenti della Legge n. 241/1990: dal punto di vista soggettivo, la richiesta di accesso non richiede alcuna qualificazione e motivazione, per cui il richiedente non deve dimostrare di essere titolare di un «*interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso*», così come stabilito, invece, per l'accesso ai sensi della Legge n. 241/1990.

Dal punto di vista oggettivo, al contrario, i limiti applicabili alla nuova forma di accesso civico di cui al nuovo art. 5-*bis* del D.Lgs. n. 33/2013 risultano più ampi e incisivi rispetto a quelli indicati dall'art. 24 della Legge n. 241/1990, consentendo alle Amministrazioni di impedire l'accesso nei casi in cui questo possa compromettere alcuni rilevanti interessi pubblici generali (cfr. Consiglio di Stato, Sezione consultiva per gli atti normativi, parere n. 515/2015).

### 3. La giurisprudenza sull'applicazione dell'accesso civico generalizzato agli atti di gara

Dopo anni dalla sua introduzione, non sono ancora chiariti i parametri esatti dell'istituto dell'accesso civico di tipo generalizzato, ovvero avente ad oggetto tutti gli atti dell'amministrazione, anche non soggetti a pubblicazione obbligatoria.

Con riferimento in particolare alla possibile applicazione del regime di cui all'accesso civico generalizzato agli atti e ai documenti delle procedure ad evidenza pubblica, si tratta

di stabilire se l'art. 53 del Codice Appalti - il quale si ricorda stabilisce che «*il diritto di accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, ivi comprese le candidature e le offerte, è disciplinato dagli artt. 22 e seguenti della legge 07.08.1990, n. 241*» - possa condurre alla esclusione della disciplina dell'accesso civico ai sensi del comma 3 dell'art. 5-*bis* del D.Lgs. n. 33/2013 - ai sensi del quale «*il diritto di cui all'art. 5, comma 2, è escluso nei casi di segreto di Stato e negli altri casi di divieti di accesso o divulgazione previsti dalla legge, ivi compresi i casi in cui l'accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti, inclusi quelli di cui all'art. 24, comma 1, della l. 241/1990*».

È pacifico che l'accesso agli atti delle procedure ad evidenza pubblica sia soggetto al rispetto di particolari condizioni e limiti. La giurisprudenza amministrativa formatasi innanzi ai TAR, sul punto non è tuttavia univoca registrandosi diversi orientamenti oscillanti.

**Con l'accesso civico generalizzato è consentito a "chiunque", prescindendo da un interesse manifesto, l'accesso ai documenti detenuti dalle Pubbliche Amministrazioni ulteriori a quelli oggetto di pubblicazione**



Secondo un **primo indirizzo** i documenti afferenti alle procedure di affidamento ed esecuzione di un appalto sono esclusivamente sottoposti alla disciplina di cui all'art. 53 del Codice Appalti e pertanto restano esclusi dall'accesso civico c.d. generalizzato di cui all'art. 5, comma 2 del D.Lgs. n. 33/2013 (cfr. TAR Toscana - Firenze, Sez. II, sentenza n. 577/2019; TAR Emilia - Romagna, Parma, Sez. I, sentenza n. 197/2018; TAR Lombardia - Milano, Sez. I, sentenza n. 630/2019).

In particolare l'inapplicabilità ai documenti relativi agli appalti pubblici dell'accesso civico generalizzato è stata giustificata dalla considerazione che si tratta pur sempre di documentazione che, da un lato, subisce un forte e penetrante controllo pubblicistico da parte di soggetti istituzionalmente preposti alla specifica vigilanza di settore (ANAC), e, dall'altro, coinvolge interessi privati di natura economica e imprenditoriale di per sé sensibili (e quindi astrattamente riconducibili alla causa di esclusione di cui al comma 2, lett. c), dell'art. 5-*bis* del D.Lgs. n. 33/2013: l'esclusione dell'applicazione

dell'accesso generalizzato manifesta una propria e ben precisa *ratio*, tenuto conto della circostanza che la disciplina dell'affidamento e dell'esecuzione dei contratti pubblici costituisce un «*complesso normativo chiuso, in quanto espressione di precise direttive europee volte alla massima tutela del principio di concorrenza e trasparenza negli affidamenti pubblici, che dunque attrae a sé anche la regolamentazione dell'accesso agli atti connessi alle specifiche procedure espletate*» (cfr. TAR Lazio, sez. II, 14 gennaio 2019, n. 425).

Secondo un **diverso orientamento**, di contro, dovrebbe riconoscersi l'applicabilità della disciplina dell'accesso civico generalizzato anche alla materia degli appalti pubblici (da ultimo, TAR Lombardia, sez. IV, sentenza n. 45/2019).

In particolare è stato sostenuto che la disciplina di cui al citato D.Lgs. 33/2013 costituisce la regola generale e le eccezioni alla medesima devono essere interpretate restrittivamente, per evitare la sostanziale vanificazione dell'intendimento del legislatore di garantire l'accesso civico. Ora, la disciplina dell'accesso agli atti in materia di appalti si rinviene nell'art. 53 del Codice Appalti il quale però al primo comma richiama espressamente la Legge n. 241/1990, salvo introdurre nei commi successivi una serie di prescrizioni riguardanti essenzialmente il differimento dell'accesso in corso di gara, senza quindi che possa sostenersi che si configuri una speciale disciplina derogatoria di quella di ordine generale della Legge 241/1990 e tale da escludere definitivamente l'accesso civico: questo potrà essere temporalmente vietato, negli stessi limiti in cui ciò avviene per i partecipanti alla gara, e dunque fino a che questa non sarà terminata, ma non escluso definitivamente.

In ambito di prassi l'**ANAC** si è espressa in merito evidenziando che il diritto di accesso, limitato nel corso della procedura e disciplinato dalle regole della Legge n. 241/90, tornerebbe ad espandersi all'esito della gara consentendo anche in fase esecutiva forme di controllo generalizzato la cui *ratio*, come detto, è quella di assicurare che l'attività delle pubbliche amministrazioni e degli

altri soggetti ad essa equiparati, sia conforme all'interesse della collettività secondo i criteri di buon andamento, di economicità ed efficacia dell'azione amministrativa (cfr. ANAC Massima n. 75 del 29 marzo 2017 secondo cui «*Le disposizioni del Codice dei contratti pubblici in materia di accesso agli atti delle procedure di affidamento rientrano nell'ambito dei limiti e delle condizioni alle quali è subordinato l'accesso civico generalizzato di cui agli artt. 5 e 5-bis del D.lgs 33/13. Con riguardo a tale disciplina, si deve ritenere che - prima dell'aggiudicazione - il diritto di accesso civico generalizzato possa essere legittimamente escluso in ragione dei divieti di accesso previsti dall'art. 53 del D.lgs 50/2016; successivamente all'aggiudicazione della gara, il diritto di accesso debba essere consentito a chiunque, ancorché nel rispetto dei limiti previsti dall'art. 5-bis, commi 1 e 2, del D.lgs 33/2013*»).

**La giurisprudenza amministrativa è oscillante circa l'applicazione dell'accesso civico generalizzato agli atti e ai documenti delle procedure ad evidenza pubblica**

Sulla questione dell'applicazione dell'accesso civico agli appalti, e su quella del diritto del terzo non partecipante alla procedura di accedere gli atti, con una recentissima sentenza il Consiglio di Stato apre all'orientamento più estensivo.

In particolare, con la **sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, del 5 giugno 2019 n. 3780** il giudice di Palazzo Spada, riformando la sentenza del TAR Emilia-Romagna, Parma, Sez. I, n. 197/2018 (cfr. *supra*), è intervenuto in tema di rapporti tra l'accesso civico generalizzato e gli atti dell'appalto, risolvendo i dubbi sorti nella giurisprudenza di primo grado e giungendo a ritenere che **l'accesso civico generalizzato si deve applicare a ogni atto afferente l'appalto pubblico**: tale forma di accesso non può ritenersi limitata da norme preesistenti (e non coordinate con il nuovo istituto), come quelle della Legge 241/1990, ma soltanto dalle prescrizioni «speciali» e interpretabili restrittivamente, che la stessa nuova normativa ha introdotto al suo interno.

Il Consiglio di Stato per giungere a formulare tale principio si è mosso dalla lettura coordinata e dalla interpretazione funzionale degli art. 53 del Codice Appalti, che rinvia alla disciplina di cui all'art. 22 e seguenti della Legge n. 241/1990, e dell'art. 5-bis

comma 3 del D.Lgs. n. 33/2013. In particolare:

- l'art. 53 del Codice Appalti richiama al primo comma la disciplina contenuta nella L. 241/1990, mentre nel secondo elenca una serie di prescrizioni riguardanti il differimento dell'accesso in corso di gara;

- l'art. 5-bis, comma 3 del D.Lgs. n. 33/2013, stabilisce, invece che l'accesso civico generalizzato è escluso fra l'altro nei casi previsti dalla legge "ivi compresi i casi in cui l'accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti".

Palazzo Spada ritiene che tale ultima prescrizione faccia riferimento, nel limitare tale diritto, a "specifiche condizioni, modalità e limiti" ma non ad intere "materie".

Sul punto nella sentenza in commento si legge che «Diversamente interpretando, significherebbe escludere l'intera materia relativa ai contratti pubblici da una disciplina, qual è quella dell'accesso civico generalizzato, che mira a garantire il rispetto di un principio fondamentale, il principio di trasparenza ricavabile direttamente dalla Costituzione. Entrambe le discipline, contenute nel d.lgs. 50/2016 e nel d.lgs.

33/2013, mirano all'attuazione dello stesso, identico principio e non si vedrebbe per quale ragione, la disciplina dell'accesso civico dovrebbe essere esclusa dalla disciplina dei contratti pubblici. D'altro canto, il richiamo contenuto nel primo comma, del citato art. 53 Codice dei contratti, alla disciplina del c.d. accesso "ordinario" di cui agli artt. 22 e ss. della l. 241/1990 è spiegabile alla luce del fatto che il d.lgs. 18.04.2016, n. 50 è anteriore al d.lgs. 25.05.2016, n. 67 modificativo del d.lgs. 33/2013».

Il Collegio giunge alla conclusione riferita riportandosi alla "**ratio**" del **D.Lgs. n. 97/2016** di modifica del D.Lgs n. 33/2013 già declinata nel Parere n. 515/2016 della Sezione consultiva per gli atti normativi dello stesso Consiglio di Stato il quale, nell'esprimere il proprio parere favorevole sullo schema di decreto legislativo, ne ha apprezzato due aspetti:

«A) Il primo aspetto, cioè la già sottolineata **limitazione soltanto oggettiva dell'accesso civico**, comporta che, oltre alle specifiche "materie" sottratte – ad esempio quelle relative alla politica estera o di sicurezza nazionale– vi possono essere "casi" in cui, per una materia altrimenti compresa per intero nella possibilità di accesso, norme speciali (ovvero l'art. 24, co. 1, L. 241/1990) possono prevedere "specifiche condizioni, modalità e limiti". Deriva da tale principio anzitutto che l'ambito delle materie sottratte debba essere definito senza possibilità di estensione o analogia interpretativa. In secondo luogo, dal medesimo principio – ricavabile dalla testuale interpretazione dell'art. 5-bis, co. 3, d.lgs. n. 33/2013 come novellato – discende la regola, ben chiara ad avviso del Collegio, per cui, ove non si ricada in una "materia" esplicitamente sottratta, possono esservi solo "casi" in cui il legislatore pone specifiche limitazioni, modalità o limiti. ... È evidente che il citato d.lgs. n. 97/2016, successivo sia al "Codice dei contratti" che – ovviamente – alla legge n. 241/90, sconta un **mancato coordinamento** con quest'ultima normativa, sul procedimento amministrativo, a causa del non raro difetto, sulla tecnica di redazione ed il coordinamento tra testi normativi, in cui il legislatore incorre. Non

può, dunque, ipotizzarsi una interpretazione "statica" e non costituzionalmente orientata delle disposizioni vigenti in materia di accesso allorché, intervenuta la disciplina del d.lgs 97/2016, essa non risulti correttamente coordinata con l'art. 53 codice dei contratti e con la ancor più risalente normativa generale sul procedimento: sarebbe questa, opinando sulla scia della impugnata sentenza, la strada per la preclusione dell'accesso civico ogniqualvolta una norma di legge si riferisca alla procedura ex artt. 22 e seguenti L. 241/1990. Ritiene, viceversa, il Collegio, che una interpretazione conforme ai canoni dell'art. 97 Cost. debba valorizzare l'impatto "orizzontale" dell'accesso civico, non limitabile da norme preesistenti (e non coordinate con il nuovo istituto), ma soltanto dalle prescrizioni "speciali" e interpretabili restrittivamente, che la stessa nuova normativa ha introdotto al suo interno.

### Sulla questione dell'applicazione dell'accesso civico agli appalti con una recentissima sentenza il Consiglio di Stato apre all'orientamento più estensivo



B) Il secondo aspetto, che il citato parere Comm. Speciale 515/2016 di questo Consiglio ha sottolineato, e che risulta utile ai fini della presente decisione, è che la normativa sull'accesso civico non ha certo regolato positivamente il diritto di chiunque ad accedere agli atti per mera curiosità o per accaparrarsi dati sensibili a lui utili relativi ad ambiti di una impresa concorrente e coperti dalla ordinaria "segretezza aziendale".

Proprio con riferimento alle procedure di appalto, la possibilità di accesso civico, una volta che la gara sia conclusa e viene perciò meno la tutela della "par condicio" dei concorrenti, non risponde soltanto ai canoni generali di "controllo diffuso sul perseguimento dei compiti istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche" (art. 5, co. 2, cit. d.lgs. 33). Vi è infatti, a rafforzare in materia l'ammissibilità dell'accesso civico, una esigenza specifica e più volte riaffermata nell'ordinamento statale ed europeo, e cioè **il perseguimento di procedure di appalto trasparenti anche come strumento di prevenzione e contrasto della corruzione ...»**.

#### 4. Conclusioni

Come rilevato nel presente contributo, si è in presenza di una disciplina complessa risultante dall'applicazione del diritto di accesso che ha un diverso ambito di operatività e incisività - con effetti diversificati - con riferimento al settore speciale dei contratti pubblici.

Siamo indubbiamente di fronte a una grande conquista democratica che consente al cittadino di verificare la correttezza dell'operato della pubblica amministrazione in modo diretto ed immediato e che per questo sarà tenuta ad operare con ancora maggiore rigore rispetto al passato per la buona riuscita delle procedure di gara di volta in volta bandite.

L'auspicio è tuttavia che indiscriminate istanze di accesso, poste come un'indagine meramente esplorativa avente lo scopo di ricercare una qualche condotta inadempiente dell'aggiudicatario ma priva di elementi che depongano in tal senso, non frustino il diritto alla riservatezza dei privati e del *know how* aziendale di volta in volta esplicitato nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica.

# Le modifiche del decreto Sblocca Cantieri alla disciplina dell'anomalia delle offerte.

di Alessandra Verde

IL  
PUN  
TO

## Premessa

Tra le novità introdotte dal recente D.L. n. 32 del 18 aprile 2019, c.d. decreto Sblocca Cantieri, ormai convertito in legge con modificazioni dalla L. 14 giugno 2019, n. 55, ve ne sono alcune, estremamente rilevanti, in tema di anomalia delle offerte.

L'art. 97 del d.lgs. n. 50/2016 è stato infatti profondamente rimaneggiato dal Decreto n. 32, in particolare per quanto concerne le procedure da aggiudicarsi in base al criterio del prezzo più basso.

Come è noto, infatti, la soglia di anomalia al di sopra della quale le offerte devono essere sottoposte a verifica di congruità si calcola in modo diverso a seconda del criterio di aggiudicazione prescelto.

Il Decreto Sblocca Cantieri ha praticamente rivoluzionato il metodo di calcolo della soglia di anomalia in caso di procedure da aggiudicarsi al prezzo più basso, eliminando i cinque metodi alternativi previsti in precedenza dall'art. 97 ed il sorteggio obbligatorio tra gli stessi.

Ora i metodi di calcolo sono soltanto due e si applicano alternativamente a seconda del numero di offerte ammesse (più o meno di quindici). Resta invariato invece il metodo di calcolo della soglia di anomalia nelle procedure da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

L'altra importante novità introdotta dal Decreto n. 32 consiste nell'aver reso obbligatoria – da facoltativa che era – l'esclusione automatica delle offerte anomale nelle procedure al prezzo più basso, in caso di presenza di almeno dieci offerte ammesse e a determinate condizioni, come vedremo meglio nel prosieguo.

**Il Decreto Sblocca Cantieri ha introdotto importanti modifiche in materia di anomalia delle offerte. Sono totalmente innovati i criteri di calcolo della soglia di anomalia nelle procedure da affidare al prezzo più basso ed è stata resa obbligatoria – e non più facoltativa – l'esclusione automatica delle offerte anomale, in presenza di almeno dieci offerte e a determinate condizioni.**

Se si tiene conto della crescente rilevanza che il criterio di aggiudicazione del minor prezzo ha assunto negli ultimi due anni, prima con il decreto correttivo del 2017 e ora con lo Sblocca Cantieri<sup>1</sup>, tanto da essere tornato ad essere il criterio generalmente applicabile per una vastissima serie

di procedure, è facile intuire come le modifiche introdotte in tema di anomalia delle offerte ed

1. Cfr. art. 36, comma 9-bis del Codice dei Contratti, introdotto dal D.L. n. 32/2019.

esclusione automatica nelle procedure al prezzo più basso abbiano importanti ricadute sul piano concreto.

Non solo. L'aver introdotto tali importanti innovazioni mediante Decreto legge ha fatto sì che modifiche così incidenti nella pratica trovassero immediata applicazione in tutte le procedure di affidamento pubblicate a decorrere dal 19 aprile scorso, con le conseguenti difficoltà applicative per gli addetti ai lavori, che si sono trovati dall'oggi al domani a dover applicare formule completamente nuove – e, a dire il vero, neppure tanto chiare – per il calcolo della soglia di anomalia.

**1. Le ragioni sottese alle modifiche introdotte all'art. 97. I nuovi metodi di calcolo della soglia di anomalia nelle procedure al prezzo più basso**

Se si legge la Relazione illustrativa del disegno di legge di conversione in legge del Decreto Sblocca Cantieri, emerge come la ridefinizione dei criteri di calcolo della soglia di anomalia trovi la sua ragion d'essere nella volontà, da parte del legislatore, di voler risolvere le problematiche segnalate da vari *stakeholders* concernenti il calcolo di tale soglia. Pare, infatti, che sia stata fatta rilevare

da più parti l'estrema farraginosità del sistema di determinazione della soglia di anomalia mediante il sorteggio tra i cinque metodi alternativi individuati dalla previgente disciplina<sup>2</sup>. In effetti, tra i metodi prima previsti, alcuni erano piuttosto complicati e l'obbligo di effettuare il preliminare sorteggio tra essi da parte del RUP o della Commissione (che in realtà nelle procedure da aggiudicarsi al prezzo più basso non c'è; sarebbe stato più corretto parlare di seggio di gara) costituiva un elemento di ulteriore aggravamento della procedura.

In secondo luogo, ci si è resi conto che, a seconda del metodo sorteggiato, stante il diverso criterio di calcolo della soglia di anomalia applicato, una stessa offerta poteva risultare vincitrice oppure anomala, con evidenti elevati, rischi di contenzioso.

Ora i nuovi commi 2 e 2-bis dell'art. 97 prevedono due diversi criteri di calcolo per le procedure da affidare in base al criterio di aggiudicazione del prezzo più basso, a seconda del numero delle offerte ammesse.

Quando il numero delle offerte ammesse è pari o superiore a 15, <<la congruità delle offerte è valutata sulle offerte che presentano un ribasso pari o superiore ad una soglia di anomalia determinata; al fine di non rendere predeterminabili dagli



2. L'art. 97, comma 2 del D. Lgs. n. 50/2016, vigente prima delle modifiche apportate dal Decreto Legge n. 32/2019, così recitava: <<2. Quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso la congruità delle offerte è valutata sulle offerte che presentano un ribasso pari o superiore ad una soglia di anomalia determinata; al fine di non rendere predeterminabili dai candidati i parametri di riferimento per il calcolo della soglia, il RUP o la commissione giudicatrice procedono al sorteggio, in sede di gara, di uno dei seguenti metodi:

- a) media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del venti per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso, incrementata dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media;
- b) media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del venti per cento rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso arrotondato all'unità superiore, tenuto conto che se la prima cifra dopo la virgola, della somma dei ribassi offerti dai concorrenti ammessi è pari ovvero uguale a zero la media resta invariata; qualora invece la prima cifra dopo la virgola, della somma dei ribassi offerti dai concorrenti ammessi è dispari, la media viene decrementata percentualmente di un valore pari a tale cifra;
- c) media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, incrementata del quindici per cento;
- d) media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse incrementata del dieci per cento;
- e) media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del dieci per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso, incrementata dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media, moltiplicato per un coefficiente sorteggiato dalla commissione giudicatrice o, in mancanza della commissione, dal RUP, all'atto del suo insediamento tra i seguenti valori: 0,6; 0,7; 0,8; 0,9>>.



offerenti i parametri di riferimento per il calcolo della soglia di anomalia, il RUP o la commissione giudicatrice procedono come segue:

a) calcolo della somma e della media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del 10 per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso; le offerte aventi un uguale valore di ribasso sono prese in considerazione distintamente nei loro singoli valori; qualora, nell'effettuare il calcolo del 10 per cento, siano presenti una o più offerte di eguale valore rispetto alle offerte da accantonare, dette offerte sono altresì da accantonare;

b) calcolo dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la media calcolata ai sensi della lettera a);

c) calcolo della soglia come somma della media aritmetica e dello scarto medio aritmetico dei ribassi di cui alla lettera b);

d) la soglia calcolata alla lettera c) è decrementata di un valore percentuale pari al prodotto delle prime due cifre dopo la virgola della somma dei ribassi di cui alla lettera a) applicato allo scarto medio aritmetico di cui alla lettera b)>>.

Con riferimento a tale ultima operazione, il dettato normativo appare invero poco chiaro, visto che non è ben spiegato quali siano i fattori del prodotto al quale corrisponde il valore percentuale del quale decrementare la soglia calcolata in base alla lettera c).

La soluzione preferibile dovrebbe essere quella secondo cui i fattori da moltiplicare tra loro sono le due cifre dopo la virgola della somma dei ribassi (tanto per fare un esempio, se tale somma è pari a 47,34, il prodotto sarà 3x4), ma il legislatore avrebbe invero potuto esprimersi con maggiore chiarezza.

Se invece il numero delle offerte ammesse è inferiore a 15, il comma 2-bis dell'art. 97 introduce un metodo di calcolo della soglia parzialmente diverso da quello visto sopra. Occorrerà procedere in questo modo:

<<a) calcolo della media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del 10 per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso; le offerte aventi un uguale valore di ribasso sono prese in considerazione distintamente nei loro singoli valori; qualora, nell'effettuare il calcolo del 10 per cento, siano presenti una o più offerte di eguale valore rispetto alle offerte da accantonare, dette offerte sono altresì da accantonare;

b) calcolo dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la media calcolata ai sensi della lettera a);

c) calcolo del rapporto tra lo scarto medio aritmetico di cui alla lettera b) e la media aritmetica di cui alla lettera a);

d) se il rapporto di cui alla lettera c) è pari o inferiore a 0,15, la soglia di anomalia è pari al valore della media aritmetica di cui alla lettera a) incrementata del 20 per cento della medesima media aritmetica;

e) se il rapporto di cui alla lettera c) è superiore a 0,15 la soglia di anomalia è calcolata come somma della media aritmetica di cui alla lettera a) e dello scarto medio aritmetico di cui alla lettera b)>>.

A guardar bene, la scelta di introdurre due nuovi metodi di calcolo snellisce la procedura di individuazione della soglia e contribuisce a contenere i ribassi, tuttavia garantendo al contempo le stesse finalità "antiturbativa" del sorteggio, in quanto in tali criteri di calcolo sono introdotte alcune variabili che si individuano dopo l'apertura di tutte le offerte e che hanno lo scopo di non rendere predeterminabili dagli offerenti i parametri di riferimento per il calcolo della soglia di anomalia.

**I nuovi metodi di calcolo introdotti dal Decreto Sblocca Cantieri per individuare le soglie di anomalia nelle procedure al prezzo più basso differiscono a seconda del numero delle offerte ammesse, superiore o inferiore a quindici, e sono tali da non rendere predeterminabili dagli offerenti i parametri di riferimento per il calcolo della soglia.**



Ad ulteriore garanzia di tale "imprevedibilità" soccorre anche il neo introdotto comma 2-ter dell'art. 97 il quale dispone che <<al fine di non rendere nel tempo predeterminabili dagli offerenti i parametri di riferimento per il calcolo della soglia di anomalia, il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti può procedere con decreto alla rideterminazione delle modalità di calcolo per l'individuazione della soglia di anomalia>>.

In altri termini, i criteri di calcolo della soglia potranno cambiare ancora ed, anzi, tali periodici cambiamenti - ad opera di decreto ministeriale, si noti, e non più di un provvedimento di rango legislativo - diventerebbero la fisiologica soluzione ai rischi di possibili turbative di gara così da impedire ai concorrenti di formulare il prezzo sulla base di calcoli presuntivi della soglia di anomalia, che prescindano da una reale ed attenta valutazione della congruità e sostenibilità dell'offerta. Il legislatore sembrerebbe, in tal senso, aver delegificato la materia al fine di rendere più agevole e rapida la periodica rideterminazione dei criteri di calcolo della soglia di anomalia.

Da notare, infine, che è stata finalmente codificata la regola, già esistente in vigore del vecchio Codice nell'art. 121, comma 1, del D.P.R. n. 207/2010 e poi non recepita nel nuovo Codice dei Contratti (probabilmente per una svista posto che si è continuato ad applicarla nella prassi), secondo la quale, ai fini della individuazione della soglia di anomalia, le offerte aventi un uguale valore di ribasso devono essere prese in considerazione singolarmente e, nell'effettuare il calcolo del dieci per cento per il c.d. taglio delle ali, in presenza di una o più offerte di eguale valore rispetto alle offerte da accantonare, dette offerte sono da accantonare ai fini del successivo calcolo della soglia di anomalia.

**In caso di procedure sotto soglia da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso che non presentino carattere transfrontaliero, se il numero delle offerte è almeno pari a dieci opera l'esclusione automatica delle offerte che superino la soglia di anomalia, esclusione che la stazione appaltante ha l'obbligo, e non più la facoltà, di prevedere nel bando.**



## **2. L'esclusione automatica obbligatoria delle offerte anomale introdotta dal Decreto Sblocca Cantieri**

L'altra novità di rilievo introdotta dal D.L. n. 32, e confermata in sede di conversione in legge, è - come già accennato - l'obbligatorietà dell'esclusione automatica delle offerte che presentino una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata secondo i metodi visti nel paragrafo precedente, in presenza di determinate condizioni.

Più precisamente, il novellato comma 8 dell'art. 97 dispone 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** nel bando l'esclusione automatica dalla gara delle offerte

che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi del comma 2 e dei commi 2-bis e 2-ter. In tal caso non si applicano i commi 4, 5 e 6. Comunque **l'esclusione automatica non opera** quando il numero delle offerte ammesse **è inferiore a dieci**>>.

Le condizioni richieste perché, nell'ambito delle procedure da aggiudicarsi al prezzo più basso, operi l'esclusione automatica sono dunque tre:

- 1) deve trattarsi di procedure sotto soglia comunitaria;
- 2) le procedure in questione non devono presentare carattere transfrontaliero;
- 3) il numero delle offerte ammesse deve essere pari o superiore a dieci.

In presenza di tutte le suddette condizioni, la stazione appaltante ha **l'obbligo** - e non più

la facoltà - di prevedere nel bando l'esclusione automatica delle offerte che risultino anormalmente basse.

La *ratio* di tale novella normativa va ricercata nel tentativo da parte del legislatore italiano di rispondere ai rilievi sollevati dalla Commissione europea nella procedura di infrazione UE n. 2018/2273, secondo la quale l'art. 97, comma 8 previgente è stato considerato incompatibile con la normativa comunitaria per una serie di ragioni.

Così come chiarito dalla Corte di giustizia UE<sup>3</sup>, in caso di appalti sotto soglia, le offerte anormalmente basse possono essere automaticamente escluse, senza che prima venga svolto il subprocedimento di verifica di congruità, purchè la stazione appaltante abbia preventivamente verificato che l'appalto non abbia un interesse transfrontaliero certo e solo se il numero delle offerte ammesse sia talmente alto da rendere sommamente difficoltosa per la stazione appaltante la verifica in contraddittorio con ciascuna di esse, tanto da superare la sua capacità amministrativa e da allungare oltremodo i tempi della procedura di aggiudicazione, finendo per compromettere la realizzazione del progetto sotteso alla procedura di appalto.

Il decreto Sblocca Cantieri ha, in parte, risposto a tali rilievi, introducendo l'obbligo per la stazione appaltante di verificare l'insussistenza di un interesse transfrontaliero. Posto che la norma parla di previsione (obbligatoria) nel bando di gara dell'esclusione automatica alle suddette condizioni, si ritiene che la stazione appaltante debba motivare nella *lex specialis* l'insussistenza del carattere transfrontaliero dell'appalto da affidare.

Diversamente non si capirebbe perché un obbligo già imposto per legge debba essere necessariamente indicato anche dalla stazione appaltante nel bando, con il rischio che, in caso di omissione di tale previsione esplicita, possano sorgere contenziosi.

Di più. In presenza di un obbligo così stringente, viene da chiedersi se l'esclusione automatica non scatti comunque laddove, a prescindere dall'esplicita previsione nel bando della stessa, sussistano in concreto tutte le condizioni indicate nella norma. Tale situazione potrebbe facilmente verificarsi per tutti quegli appalti di modesta entità, magari banditi in territori per i quali l'insussistenza del carattere transfrontaliero sia palese.

Sorgono tuttavia difficoltà nel definire l'interesse transfrontaliero. Il Consiglio di Stato<sup>4</sup>, nell'esprimere il proprio parere sull'aggiornamento delle Linee guida ANAC n. 4 in materia di procedure di affidamento sotto soglia, con riferimento ai canoni per individuare un interesse transfrontaliero certo, suggerisce tale previsione: <<le stazioni appaltanti verificano se per un appalto o una concessione di dimensioni inferiori alle soglie di cui all'articolo 35 del Codice dei contratti pubblici vi sia un interesse transfrontaliero certo **in conformità ai criteri elaborati dalla Corte di Giustizia.**

Tale condizione non può essere ricavata, in via ipotetica, da taluni elementi che, considerati in astratto, potrebbero costituire indizi in tal senso, ma deve risultare **in modo chiaro da una valutazione concreta delle circostanze dell'appalto** in questione quali, a titolo esemplificativo, **l'importo dell'appalto**, in combinazione con il **luogo di esecuzione** dei lavori o, ancora, le **caratteristiche tecniche** dell'appalto e le caratteristiche specifiche dei prodotti in causa, tenendo anche conto, eventualmente, dell'esistenza di denunce (reali e non fittizie) presentate da operatori ubicati in altri Stati membri (...). Possono essere considerati, al riguardo, anche precedenti affidamenti con oggetto analogo realizzati da parte della stazione appaltante o altre stazioni appaltanti di riferimento.

È necessario tenere conto del fatto che, in alcuni casi, le frontiere attraversano centri urbani situati sul territorio di Stati membri diversi e che, in tali circostanze, anche appalti di valore esiguo possono presentare un interesse transfrontaliero certo>>.

3. La Corte si è così pronunciata nelle cause riunite C-147/06 e C-148/06.

4. Nel Parere n. 1312 del 2019, reso con riferimento all'aggiornamento delle Linee guida ANAC n. 4.

Come è evidente, la stazione appaltante dovrà compiere uno sforzo motivazionale ulteriore per dimostrare l'insussistenza dell'interesse transfrontaliero dell'appalto, non potendosi limitare ad enunciazioni generiche e non circostanziate.

Il legislatore non è tuttavia venuto incontro alla Commissione UE con riferimento al rilievo concernente il numero minimo di offerte necessario per ritenere ammissibile l'esclusione automatica delle offerte anomale. Tale numero è rimasto pari a dieci, nonostante la Commissione lo avesse ritenuto insufficiente a giustificare l'insostenibilità amministrativa per le stazioni appaltanti, soprattutto se di grandi dimensioni, del subprocedimento di verifica della congruità.

**Le modifiche apportate all'art. 97 sono un parziale tentativo da parte del legislatore italiano di rispondere ai rilievi sollevati dalla Commissione europea in una recente procedura di infrazione, per cui la normativa previgente è stata considerata incompatibile con la normativa comunitaria in materia, in particolare sotto l'aspetto del non tenere in debito conto il carattere transfrontaliero dell'appalto da affidare.**



### **3. La verifica dell'anomalia delle offerte nelle gare da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa**

Come già accennato, con riguardo alle procedure da aggiudicarsi in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, non sono riscontrabili sostanziali differenze rispetto al testo previgente per quanto concerne il metodo di calcolo della soglia di anomalia.

Anche dopo il Decreto Sblocca Cantieri resta infatti ferma la formula dei quattro quinti dei due punteggi – tecnico ed economico: <<quando il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa la congruità delle offerte è valutata sulle offerte che presentano sia i punti relativi al prezzo, sia la somma dei punti relativi agli altri elementi di valutazione, entrambi pari o superiori ai quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara.

**Il calcolo di cui al primo periodo è effettuato ove il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a tre.** Si applica l'ultimo periodo del comma 6>>.

L'unica novità di rilievo va ravvisata nell'espressa previsione del limite minimo di offerte al di sotto del quale non è possibile procedere a calcolare la soglia di anomalia, ovvero tre.

In realtà, anche se tale limite minimo non era stato codificato, esso era già pacificamente considerato esistente nell'applicazione pratica in quanto, con due sole offerte, non è logicamente possibile – oltre a non essere sensato – effettuare il calcolo per la soglia di anomalia, posto che la migliore offerta sarebbe sempre e comunque anomala.

Degna di rilievo è la questione dell'individuazione del soggetto preposto ad effettuare la verifica dell'anomalia. L'ANAC si era inizialmente pronunciata sul punto in modo equivoco nel senso che in due distinte Linee guida aveva previsto due possibilità differenti tra loro e non perfettamente coordinate.

Nella Linee guida n. 3 aventi ad oggetto <<Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni>>, con riferimento ai compiti del RUP, si sosteneva che, nel caso di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la verifica sulle offerte anormalmente basse dovesse essere svolta dallo stesso con il supporto della commissione giudicatrice.

Diversamente, nelle Linee guida n. 5 recanti <<Criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni

giudicatrici>> si prevedeva che <<il Codice prevede che la commissione giudicatrice è responsabile della valutazione delle offerte tecniche ed economiche. La stazione appaltante può prevedere ulteriori adempimenti per la commissione, purché questi siano indicati nella documentazione di gara.

**Tra questi vi è la valutazione della congruità delle offerte tecniche, svolta in collaborazione con il responsabile del procedimento>>.**

Tale parziale incongruenza delle previsioni è stata superata dall'aggiornamento delle Linee Guida sopra citate.

Da un lato, le Linee guida n. 3 stabiliscono ora che <<la verifica sulle offerte anormalmente basse deve essere svolta dal RUP con l'eventuale supporto della commissione>> giudicatrice, dall'altro, le Linee guida n. 5 aggiornate affermano che tra i possibili adempimenti da attribuire alla Commissione <<è da ricomprendere l'ausilio al RUP nella valutazione della congruità delle offerte tecniche, **rimessa a quest'ultimo dalle Linee guida n. 3 del 26 ottobre 2016**>>. Il protagonista della verifica di congruità è pertanto il RUP, il quale potrà avvalersi, se ritiene, del supporto della Commissione giudicatrice.

**4. La procedura per la verifica dell'anomalia**

Il Decreto Sblocca Cantieri conferma sostanzialmente *in toto* la procedura per la verifica delle offerte ritenute anomale già vigente. Si rammenta che il comma 1 dell'art. 97 dispone che

<<gli operatori economici forniscono, su richiesta della stazione appaltante, spiegazioni sul prezzo o sui costi proposti nelle offerte se queste appaiono anormalmente basse, sulla base di un giudizio tecnico sulla congruità, serietà, sostenibilità e realizzabilità dell'offerta>>.

È appena il caso di precisare che la valutazione non è solo da svolgersi sotto il profilo tecnico ma bensì **tecnico-economico**.

**Nelle procedure da aggiudicarsi in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il Decreto Sblocca Cantieri ha confermato nella sostanza i contenuti del procedimento di verifica dell'anomalia già esistenti, prevedendo tuttavia in modo espreso il limite minimo delle offerte ammesse – tre – che consenta l'operatività del subprocedimento di verifica dell'anomalia.**

Inoltre il comma 4 così dispone: <<Le spiegazioni di cui al comma 1 possono, in particolare, riferirsi a:  
a) l'economia del processo di fabbricazione dei prodotti, dei servizi prestati o del metodo di costruzione;  
b) le soluzioni tecniche prescelte o le condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'offerente per fornire i prodotti, per prestare i servizi o per eseguire i lavori;  
c) l'originalità dei lavori, delle forniture o dei servizi proposti dall'offerente>>.

Infine, al comma 5 si dispone che <<la stazione appaltante richiede per iscritto, assegnando al concorrente un termine non inferiore a quindici giorni, la presentazione, per iscritto, delle spiegazioni. Essa esclude l'offerta solo se la prova fornita non giustifica sufficientemente il basso livello di prezzi o di costi proposti, tenendo conto degli elementi di cui al comma 4 o se ha accertato, con le modalità di cui al primo periodo, che l'offerta è anormalmente bassa in quanto:

- a) non rispetta gli obblighi di cui all'articolo 30, comma 3<sup>5</sup>;
- b) non rispetta gli obblighi di cui all'articolo 105<sup>6</sup>;

5. Mancato rispetto degli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dalla normativa europea e nazionale, dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali.

6. Obblighi in materia di subappalto.

- c) sono incongrui gli oneri aziendali della sicurezza di cui all'articolo 95, comma 10, rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi e delle forniture;
- d) il costo del personale è inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle di cui all'articolo 23, comma 16>>.

Per quanto concerne invece le giustificazioni non ammesse, l'elenco di cause di esclusione dalla gara riportato al comma 5 sopra citato parrebbe tassativo. Ne conseguirebbe, a parere di chi scrive, una riduzione del potere discrezionale della stazione appaltante nella fase di valutazione della congruità.

Un reale spazio di valutazione discrezionale può essere ritagliato solo applicando nel modo più estensivo possibile l'altro inciso del comma 5, ovvero quello che si riferisce alla "non sufficiente prova" in merito alla giustificazione del basso livello di prezzi o costi proposti.

Con riferimento al procedimento di verifica della congruità delle offerte risultate anomale, degni di interesse sono due recenti pareri di precontenzioso rilasciati dall'ANAC sul tema<sup>7</sup>.

In entrambi, l'Autorità si sofferma sul concetto per cui <<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**.

L'attendibilità dell'offerta va valutata, pertanto, nel

suo complesso e non con riferimento a singole voci di prezzo eventualmente ritenute incongrue, avulse dall'incidenza che potrebbero avere sull'offerta economica nel suo insieme>>.

Di conseguenza, sostiene l'ANAC, il sindacato sulla congruità può avere ad oggetto le valutazioni svolte dalla stazione appaltante in sede di verifica dell'anomalia, <<solamente nei limiti della **loro intrinseca logicità e ragionevolezza**, oltre che della congruità della relativa istruttoria, ma non può in alcun modo tradursi in una nuova verifica di merito, trattandosi di questione riservata all'esclusiva discrezionalità (tecnica) dell'amministrazione>>. Il giudice non potrebbe dunque verificare le singole voci dell'offerta, perché finirebbe per sovrapporsi al giudizio formulato dalla stazione appaltante - unica titolare dell'apprezzamento dell'interesse pubblico nel caso concreto - e per invadere una sfera propria della Pubblica amministrazione.

**Con riferimento al  
procedimento di verifica  
della congruità delle offerte,  
l'ANAC ha recentemente  
ribadito che tale verifica ha  
natura globale e sintetica,  
vertendo sull'attendibilità  
sulla serietà dell'offerta  
nel suo insieme, e non deve  
avere per oggetto la ricerca  
di singole inesattezze  
dell'offerta economica**

In secondo luogo, l'ANAC ribadisce che è ormai costante l'orientamento interpretativo per il quale la disciplina delle offerte anomale, da interpretarsi in coerenza con i principi comunitari, prevede che l'amministrazione aggiudicatrice debba valutare le informazioni fornite <<garantendo il pieno contraddittorio con l'impresa anche, se necessario, **mediante più**

**passaggi**, nella forma ritenuta più opportuna, volti a chiarire i profili ancora dubbi o in contestazione dopo la presentazione delle iniziali giustificazioni scritte>>, ammettendo nel caso concreto ulteriori integrazioni alle prime giustificazioni fornite, posto che lo scopo del sub procedimento *de quo*, al di là di inutili formalismi, è accertare la reale congruità ed attendibilità dell'offerta formulata.

7. Si tratta dei pareri adottati con Delibera n. 375 del 23.05.2018 e con Delibera n. 1184 del 19.12.2018.

### 5. Il principio di invarianza delle medie riformulato dal decreto Sblocca Cantieri

Il Decreto Sblocca Cantieri, infine, ha parzialmente riformulato l'art. 95, comma 15, del D. Lgs. n. 50/2016, contenente il c.d. principio dell'invarianza delle medie. Tale disposizione ha lo scopo di assicurare stabilità agli esiti finali della procedura di gara, in quanto con essa si mira ad evitare che, in caso di modifiche alla graduatoria intervenute successivamente al calcolo delle medie e della soglia di anomalia, la stazione appaltante debba retrocedere nella procedura ed effettuare nuovamente i conteggi, con conseguente dispendio di tempo e risorse, incertezza degli esiti e rischio di contenzioso successivo.

Il Decreto n. 32 ha precisato che <<ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase amministrativa **di prima ammissione**, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte>>.

La specificazione relativa alla fase amministrativa "di prima" ammissione, regolarizzazione o esclusione mira, evidentemente, a chiarire che le medie e la soglia di anomalia debbano restare ferme anche nel caso in cui, per qualunque ragione, intervenga in corso di gara una reiterazione di tale fase (si pensi al caso in cui l'amministrazione si trovi a dover procedere più volte e in tempi successivi al soccorso istruttorio).

Unica eccezione espressa all'applicazione del principio di invarianza, in caso di procedure sotto soglia, si rinviene proprio a seguito di una novità introdotta dal Decreto Sblocca Cantieri: laddove le stazioni appaltanti stabiliscano nella *lex specialis* – come ora è consentito dalla nuova versione dell'art. 36, comma 5, del Codice – di esaminare le offerte **prima** della verifica della documentazione amministrativa, nel caso in cui vengano disposte esclusioni a fronte dell'accertata successiva insussistenza dei prescritti requisiti, il nuovo art. 36, comma 5, come modificato dal Decreto Sblocca Cantieri, prevede che debba procedersi a "ricalcolare la soglia di anomalia di cui all'articolo 97".

# Il soccorso istruttorio nelle gare d'appalto: prerogative e limiti



IL  
PUN  
TO

di Riccardo Gai

## 1. Le origini del soccorso istruttorio

Il soccorso istruttorio rappresenta uno strumento procedimentale che trova applicazione in relazione ai procedimenti amministrativi in virtù dell'art. 6 della l. 241/1990, che consente al responsabile del procedimento di andare, appunto, in soccorso del privato consentendogli di colmare lacune documentali, rettificare dichiarazioni o correggere errori che dovessero emergere nella fase istruttoria prodromica all'emanazione del provvedimento finale.

Nell'ambito delle procedure di affidamento dei contratti pubblici tale istituto riveste un'importanza particolare, poiché consente ai concorrenti di rimediare a eventuali omissioni, incompletezze e/o irregolarità di informazioni e documenti utili ai fini della partecipazione alla gara mediante l'integrazione, in caso di omissione od incompletezza della documentazione, o la regolarizzazione di documenti già presentati ma affetti da irregolarità o errori materiali.

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

L'istituto, che trae origine dalla direttiva europea n. 71/305/CEE del 26 luglio 1971, nel "vecchio" codice degli appalti (l'art. 38, comma 2 bis, del d.lgs. n. 163/2006) prevedeva che *"la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive di cui al comma 2 obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara, in misura non inferiore all'uno per mille e non superiore all'uno per cento del valore della gara e comunque non superiore a 50.000 euro, il cui versamento è garantito dalla cauzione provvisoria. In tal caso, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano*



*rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. Nei casi di irregolarità non essenziali, ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non indispensabili, la stazione appaltante non ne richiede la regolarizzazione, né applica alcuna sanzione. In caso di inutile decorso del termine di cui al secondo periodo il concorrente è escluso dalla gara”.*

Il comma 2 bis dell’art. 38 del vecchio Codice aveva, quindi, ricondotto la portata del soccorso istruttorio alla mancanza, all’incompletezza e a ogni altra irregolarità essenziale nelle dichiarazioni sostitutive volte ad accertare i requisiti di partecipazione alle procedure di gara, in sé per sé considerate, in modo da obbligare il concorrente – previo pagamento della sanzione – a sanare le irregolarità riscontrate.

In presenza di irregolarità essenziali la disposizione prevedeva che il concorrente, che non voleva essere escluso dalla procedura dovesse, da un lato, pagare la sanzione pecuniaria nell’importo stabilito dal bando di gara e garantito dalla cauzione provvisoria e, dall’altro, inviare nei termini stabiliti dalla stazione appaltante i documenti richiesti. Se poi il termine assegnato dalla stazione appaltante fosse decorso inutilmente senza che il concorrente avesse provveduto alla regolarizzazione o integrazione richiesta, questi veniva escluso dalla procedura di gara, non dovendo pagare la sanzione pecuniaria.

L’essenzialità dell’irregolarità determinava l’obbligo del concorrente di integrare le dichiarazioni rese e di pagare la sanzione pecuniaria quale sanzione necessaria per non essere escluso dalla gara. Solamente quando l’irregolarità non fosse stata essenziale, il concorrente non avrebbe dovuto pagare la sanzione pecuniaria e la stazione appaltante non sarebbe dovuta ricorrere al soccorso istruttorio. La *ratio* della disposizione era quella, come si è detto, di superare le incertezze interpretative in merito alle dichiarazioni prodotte, mediante la procedimentalizzazione del potere del soccorso istruttorio, che diventava doveroso per

ogni ipotesi di mancanza o di irregolarità delle dichiarazioni sostitutive, anche essenziali.

In questo modo, la disciplina previgente aveva voluto evitare, nella fase del controllo delle dichiarazioni e, quindi, dell’ammissione alla gara delle offerte presentate, esclusioni dalla procedura dovute a mere carenze documentali, imponendo un’istruttoria veloce, preordinata ad acquisire la completezza delle dichiarazioni, con autorizzazione

alla sanzione espulsiva solo quale conseguenza dell’inosservanza, da parte dell’impresa concorrente, all’obbligo di integrazione documentale entro il termine perentorio accordato, a tal fine, dalla stazione appaltante.

Il soccorso istruttorio è diventato, così, uno strumento per declassare le irregolarità dichiarative carenze escludenti a carenze sanabili, prevedendo un particolare procedimento in

cui la stazione appaltante provvedeva a richiedere al concorrente di regolarizzare le dichiarazioni rese e, al contempo, irrogava la sanzione pecuniaria prevista dal bando.

Tale sanzione si giustificava per garantire la serietà delle offerte presentate, ma anche per favorire la responsabilizzazione dei concorrenti ed evitare spreco di risorse pubbliche impiegate in lunghi procedimenti per regolarizzare le dichiarazioni presentate in maniera incompleta.

La sanzione pecuniaria era, dunque, finalizzata a colpire l’irregolarità essenziale, in sé e per sé considerata, essendo finalizzata a garantire una celere e sicura verifica del possesso dei requisiti di partecipazione in capo ai concorrenti, in un’ottica di buon andamento ed economicità dell’azione amministrativa, a cui devono concorrere anche i partecipanti alla gara, in ossequio ai principi di leale cooperazione, di correttezza e di buona fede. Il procedimento fin qui descritto conduceva all’esclusione solo in presenza dell’effettiva mancanza dei requisiti di partecipazione o, comunque, in caso di mancata regolarizzazione e integrazione delle dichiarazioni carenti.

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



## 2. Il soccorso istruttorio nel d.lgs. 50/2016

Con l'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici la disciplina del soccorso istruttorio è stata modificata sotto diversi profili, al fine di superare le maggiori criticità applicative dell'istituto, ed inserita nell'art. 83 comma 9, nell'ambito dei criteri di selezione.

Il nuovo Codice, adottato in attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, nella sua originaria previsione, ha stabilito all'art. 83, comma 9, che: *"le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta tecnica ed economica, obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara, in misura non inferiore all'uno per mille e non superiore all'uno per cento del valore della gara e comunque non superiore a 5.000 euro. In tal caso, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere, da presentare contestualmente al documento comprovante l'avvenuto pagamento della sanzione, a pena di esclusione. La sanzione è dovuta esclusivamente in caso di regolarizzazione. Nei casi di irregolarità formali, ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non essenziali, la stazione appaltante ne richiede comunque la regolarizzazione con la procedura di cui al periodo precedente, ma non applica alcuna*

**La specificazione più significativa della nuova disciplina contenuta nel D.Lgs. 50/2016 riguarda il fatto che ogni irregolarità formale può essere sanata, purché non afferente all'offerta tecnica ed economica; il completamento o l'integrazione dell'offerta, infatti, si porrebbe in contrasto con la par condicio, con i principi costituzionali di imparzialità e di buon andamento dell'azione amministrativa, con la natura decadenziale dei termini cui è soggetta la procedura, nonché con il principio di segretezza dell'offerta**



*sanzione. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara. Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa".*

Tale previsione, tuttavia, prevedendo una sanzione per il soccorso istruttorio si poneva in contrasto con i criteri della legge delega. Ciò ha spinto il legislatore ad intervenire con il primo correttivo al Codice eliminando dall'articolo in commento il riferimento alla sanzione pecuniaria. La nuova disciplina del soccorso istruttorio in materia di appalti pubblici risulta, dunque, emendata proprio nel senso di non prevedere più l'obbligo del pagamento della sanzione nel caso di mancata regolarizzazione, ma lasciando inalterato il procedimento volto ad acquisire rapidamente le dichiarazioni mancanti.

Come si vede, la specificazione più significativa della nuova disciplina contenuta nel D.Lgs. 50/2016 riguarda il fatto che ogni

irregolarità formale può essere sanata, purché non afferente all'offerta tecnica ed economica.

Come confermato anche dall'ANAC nella guida all'uopo redatto sul soccorso istruttorio, il completamento o l'integrazione dell'offerta, infatti, si porrebbe in contrasto con la *par condicio*, con i principi costituzionali di imparzialità e di buon andamento dell'azione amministrativa, con la natura decadenziale dei termini cui è soggetta la procedura, nonché con il principio di segretezza dell'offerta.

Ciò posto, restano fermo il principio secondo cui in presenza di incertezza interpretativa della legge di gara l'obiettivo regola dell'imparzialità (a cui consegue l'esclusione) cede al principio

generale del *favor participationis*, per cui è stato ritenuto non conforme alla normativa di settore l'esclusione dalla gara dell'operatore economico che ha presentato un'offerta tecnica calcolata sul triennio di durata complessiva dell'affidamento, piuttosto che sulla durata di un anno, a fronte di una clausola del bando di dubbia interpretazione (Parere di Precontenzioso n. 1086 del 25/10/2017), e il principio giurisprudenziale, in base al quale le offerte di gara sono suscettibili di essere interpretate, ed eventualmente rettifiche, dalla stazione appaltante alla ricerca dell'effettiva volontà del dichiarante, purché non si attinga a fonti di conoscenza estranee all'offerta medesima (Parere di Precontenzioso n. 882 del 01/08/2017).

### 3. La giurisprudenza più recente

La giurisprudenza più recente, nonostante l'apprezzabile tentativo del legislatore di eliminare dubbi ed incertezze interpretative, oscilla tra orientamenti che riconoscono al soccorso istruttorio un'ampissima latitudine, e orientamenti d'altro canto maggiormente restrittivi o, comunque, tendenti ad escludere l'applicabilità del soccorso istruttorio a fronte di previsioni specifiche della legge di gara.

Ad esempio, recentemente, è stato sostenuto dal giudice amministrativo che l'istituto del soccorso istruttorio nelle gare di appalto, per come oggi disciplinato dall'art. 83, co. 9, D.lgs. 50/2016, è di latitudine tale da far rientrare nel suo ambito operativo, ben al di là delle mere operazioni di formale completamento o chiarimento cui aveva riguardo l'art. 46 del d.lgs. n. 163/2006, le carenze di "qualsiasi elemento formale della domanda", ossia la mancanza, incompletezza e ogni altra irregolarità, quand'anche di tipo "essenziale", purché non involgente l'offerta economica o tecnica in sé considerata (C.G.A., sez. giurisdizionale, 5 novembre 2018, n. 701).

Invero, la disciplina del soccorso istruttorio prevista nell'attuale Codice dei contratti: a) riferisce la possibilità del soccorso a tutte le "carenze di qualsiasi elemento formale", ispirandosi così a un criterio tendenzialmente onnicomprensivo; b) conferma espressamente l'inapplicabilità del soccorso alle lacune riguardanti il contenuto della "offerta tecnica ed economica".

Sempre ad avviso del Giudice amministrativo, l'intenzione del legislatore di valorizzare il potere di soccorso istruttorio al duplice fine di evitare esclusioni formalistiche e di consentire le più complete ed esaustive acquisizioni istruttorie risulterebbe chiarissima, pertanto potrebbero determinare l'esclusione degli operatori economici concorrenti solo le carenze sostanziali della documentazione o dell'offerta presentata, quali, ad esempio, la produzione di una dichiarazione non veritiera o di un'offerta economica formulata in modo da non consentire l'individuazione, in modo univoco, del prezzo effettivamente offerto. Non solo, ma "quando un partecipante a una procedura incorre in un errore o, in ogni caso, quando il contenuto di un documento non soddisfa appieno le necessità istruttorie dell'Amministrazione, il principio generale è che questi aspetti devono essere oggetto di chiarimenti ed integrazioni; ciò in quanto quel soggetto potrebbe risultare in concreto il migliore per soddisfare le necessità per cui è stata avviata la procedura" (TAR SARDEGNA, SEZ. II – sentenza 12 giugno 2019 n. 526).

Rispetto alla necessità – in ossequio alla volontà del legislatore - di avere un approccio più sostanzialistico che formale nell'ambito della gare pubbliche, la sentenza appena citata afferma inoltre che "come osserva la migliore dottrina, che questa sia la volontà del legislatore, è confermato anche dalle disposizioni che, pur non facendo esplicito riferimento all'istituto, impediscono alle stazioni appaltanti l'esclusione automatica (senza contraddittorio) degli operatori economici che si trovano in una delle situazioni escludenti previste dall'art. 80, commi 1, 4 e 5, ovvero che presentano una documentazione inadeguata a comprovare il soddisfacimento dei criteri di selezione previsti dall'art. 83 (si veda, a titolo di esempio, l'art. 85, comma 5, ultimo periodo)".

In applicazione degli illustrati principi, dunque, nella sentenza in commento è stato ritenuto illegittimo il provvedimento di esclusione dalla gara perché la dichiarazione di impegno a costituire l'ATI, sottoscritta da parte di entrambi gli operatori economici, "non è risultata essere comprovata con documento sottoscritto digitalmente in data certa, anteriore al termine fissato per la presentazione dell'offerta, bensì, di contro, risulta essere stato sottoscritto con firma autografa in data 25.01.2019, su file riprodotto in forma analogica", avendo ritenuto invece il TAR Sardegna che sussistessero i

presupposti per il soccorso istruttorio.

Con sentenza ancora più recente, il Consiglio di Stato, pur non intendendo snaturare l'approccio sostanzialistico del legislatore, ha tuttavia inteso restringere la portata del soccorso istruttorio affermando come *"nelle gare di appalto, il meccanismo del soccorso istruttorio può essere utilizzato anche per sanare irregolarità essenziali, purché non si tratti di carenze documentali sanzionate in modo espresso con l'esclusione; in ogni caso è preclusa l'integrazione della domanda di partecipazione in esito del soccorso istruttorio attuato dalla stazione appaltante; argomentando diversamente, risulterebbe violata la par condicio tra i concorrenti, allorché un'impresa possa beneficiare di un più ampio termine per dichiarare (e, quindi, dimostrare) il requisito tecnico-professionale rispetto a quello riconosciuto a tutte le altre imprese partecipanti"* (Cons. di Stato, SEZ. V – 17 giugno 2019 n. 4046).

In particolare, ad avviso del Consiglio di Stato, nel caso in cui la *lex specialis* della gara preveda espressamente, a pena di esclusione, il possesso di un requisito corredato da apposita documentazione (nella specie si trattava della dichiarazione di disponibilità e conformità delle strutture, corredata, a pena di esclusione, dalla certificazione igienico-sanitaria, rilasciata dall'ASL competente territorialmente, attestante il requisito dell'idoneità

alloggiativa delle strutture con relativa indicazione del numero di persone da ospitare), deve escludersi che la carenza di tale documentazione possa essere sanata con l'attivazione del soccorso istruttorio ai sensi dell'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016.

Ha aggiunto la sentenza in commento che, pur dovendo condividersi la tesi secondo cui la procedura di gara non deve essere concepita come una sorta di corsa ad ostacoli fra adempimenti formali imposti agli operatori economici e all'amministrazione aggiudicatrice, dovendo al contrario mirare ad appurare, in modo efficiente, quale sia l'offerta migliore, nel rispetto delle regole di concorrenza, verificando la sussistenza dei requisiti tecnici, economici, morali e professionali dell'aggiudicatario (in tal senso si veda Cons. di Stato, III, 2 marzo 2017, n. 975), "deve nondimeno ritenersi che nella fattispecie in esame non poteva in concreto operare il soccorso istruttorio, non ricorrendo

inadempimenti documentali meramente estrinseci, né vizi procedurali facilmente emendabili".

**Con sentenza recente, il Consiglio di Stato, pur non intendendo snaturare l'approccio sostanzialistico del legislatore, ha tuttavia inteso restringere la portata del soccorso istruttorio affermando come "nelle gare di appalto, il meccanismo del soccorso istruttorio può essere utilizzato anche per sanare irregolarità essenziali, purché non si tratti di carenze documentali sanzionate in modo espresso con l'esclusione; in ogni caso è preclusa l'integrazione della domanda di partecipazione in esito del soccorso istruttorio attuato dalla stazione appaltante; argomentando diversamente, risulterebbe violata la par condicio tra i concorrenti, allorché un'impresa possa beneficiare di un più ampio termine per dichiarare (e, quindi, dimostrare) il requisito tecnico-professionale rispetto a quello riconosciuto a tutte le altre imprese partecipanti" (Cons. di Stato, SEZ. V – 17 giugno 2019 n. 4046)**



#### 4. Considerazioni conclusive

Il soccorso istruttorio rappresenta dunque, senza dubbio, una delle espressioni peculiari della dialettica partecipativa tra privato e pubblica amministrazione, e, come detto, ancor prima di rivestire un ruolo centrale nelle pubbliche gare di

appalto, è un istituto generale del procedimento amministrativo.

Tuttavia, se nella legge che disciplina il procedimento amministrativo il ricorso a tale istituto di matrice comunitaria si configura come una mera facoltà della pubblica amministrazione, nel codice dei contratti rappresenta un istituto che le stazioni appaltanti debbono obbligatoriamente utilizzare, pena l'illegittimità della procedura di affidamento.

La *ratio* del soccorso istruttorio è da rinvenire dunque nella volontà di soddisfare l'esigenza, ormai comune, di consentire la massima partecipazione alla gara, orientando l'azione amministrativa sulla corretta verifica dei requisiti di partecipazione e della capacità tecnica ed economica, privilegiando un approccio sostanzialistico rispetto a quello formale.

Non è un caso, infatti, come abbiamo visto, che la giurisprudenza sia tuttora ondivaga e tenda a volte a privilegiare il principio di massima partecipazione, estendendo l'applicazione del soccorso istruttorio alla sua massima latitudine, altre volte a prediligere una visione sì sostanziale ma pienamente rispettosa del rigore formale della *lex specialis*, tutelando maggiormente il principio di par condicio.

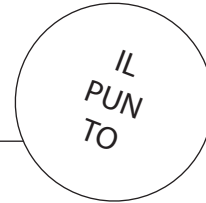
In entrambe le prospettive, tuttavia, vi è un minimo comune denominatore: l'operatività del soccorso istruttorio con riferimento alle sole carenze formali della domanda.

L'istituto in questione, infatti, non opera né potrà mai operare le ipotesi di carenza assoluta dei requisiti di partecipazione alla gara, non posseduti dall'operatore economico entro il termine di presentazione delle offerte.

**Se nella legge che disciplina il procedimento amministrativo il soccorso istruttorio si configura come una mera facoltà della pubblica amministrazione, nel codice dei contratti rappresenta un istituto che le stazioni appaltanti debbono obbligatoriamente utilizzare, pena l'illegittimità della procedura di affidamento**



# Sulla sorte del provvedimento che determina le esclusioni e le ammissioni nelle gare bandite prima dello Decreto c.d. Sblocca Cantieri.



di Giuseppe Totino

## Premesse

Dopo i recenti risultati dell'ultima consultazione elettorale europea, la conversione in legge dello Decreto c.d. "Sblocca Cantieri" (D.L. 32/2019, conv. L. 55/2019) è stata oggetto di agone politico, quale specchio del mutato equilibrio tra le forze partitiche facenti parte la maggioranza che oggi sostiene il Governo Conte, con il risultato che la montagna ha partorito il topolino.

A ben vedere, questo governo non ha voluto essere da meno rispetto ai precedenti, sentendo, da par suo, l'esigenza di metter mani sulla disciplina degli affidamenti pubblici vigente quale strumento di velocizzazione della realizzazione delle opere pubbliche, sottovalutando come sia invece lo snellimento delle procedure approvative degli iter autorizzativi propedeutici all'indizione delle gare stesse a "sbloccare" davvero i cantieri.

Infatti, con il consolidamento delle *best practice* delle Centrali di Committenza, a ben vedere, le tempistiche di affidamento di un contratto pubblico si sono ridotte negli anni considerevolmente, soprattutto se non si verifici l'incidente di un contenzioso che blocchi interinalmente la procedura.

Al di là dell'efficacia delle modifiche normative rispetto all'obiettivo indicato dal *nomen* conferito alla Decreto, su cui, in questa sede, riteniamo di non attardarci, oggetto del presente breve contributo, è il tentativo di esaminare una possibile *aporia* giuridica risultante da un mancato coordinamento tra le norme sostanziali e processuali in tema di impugnazione del provvedimento che determina le esclusioni e le ammissioni di cui al previgente art. 29 del Codice dei Contratti per le gare bandite prima dell'entrata in vigore del Decreto Sblocca Cantieri.

### 1. Il nuovo quadro normativo: le norme in tema di disciplina transitoria

Il Decreto Sblocca Cantieri, all'articolo 1, co. 20, lett. d), ha abrogato parte dell'articolo 29 del Codice dei Contratti Pubblici. In particolare è stato disposto che "all'articolo 29, comma 1, il secondo, il terzo e il quarto periodo sono soppressi".

La normativa di risulta è pertanto un articolato ormai orfano dell'onere per le amministrazioni di pubblicare "nei successivi due giorni dalla data di adozione dei relativi atti, il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni all'esito della verifica della documentazione attestante l'assenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80, nonché la sussistenza dei requisiti economico-finanziari e tecnico-professionali."

Come ormai noto, la pubblicazione di tale provvedimento, innescava l'onere di immediata impugnazione, secondo un rito speciale allora previsto dall'anch'esso abrogato art. 120 co. 2-bis del Codice del Processo Amministrativo, dell'altrui ammissione, stabilendo *ex lege*, in deroga ai principi generali che governano la ricerca di un interesse ad agire qualificato e differenziato, nonché attuale e concreto ai sensi dell'art. 100 c.p.c., un interesse il capo al ricorrente a far escludere un concorrente.

A legislazione vigente, per le gare pubblicate dopo il Decreto dello Sblocca Cantieri, tale onere di immediata impugnazione del suddetto provvedimento è venuto meno in ragione sia del venire meno del peculiare provvedimento, a cagione della sua soppressione - benché sembri riaffacciarsi sotto le spoglie di una mera comunicazione ai sensi dell'articolo 76 co. 2-bis del Codice dei Contratti Pubblici (norma che ricalca pedissequamente il

tenore letterale della norma soppressa laddove afferma che è dato avviso ai concorrenti "del provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della verifica della documentazione attestante l'assenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80, nonché la sussistenza dei requisiti economico-finanziari e tecnico-professionali") -, sia del relativo rito giurisdizionale che era stato all'uopo ordito dal legislatore, in forza di un meritorio intento chiaramente deflattivo.

Ciò premesso, al fine di poter gustare le potenziale aporia giuridica di cui si faceva cenno in premessa, occorre invece porre attenzione alla disciplina transitoria recata ai commi 3 e 4 dell'articolo 1 del Decreto Sblocca Cantieri.

Il comma 3, così recita: "Le disposizioni di cui ai commi 1 e 2 si applicano alle procedure i cui bandi o avvisi, con i quali si indice una gara, sono pubblicati successivamente alla data di entrata in

vigore del presente decreto, nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, alle procedure in cui, alla medesima data, non sono ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte".

Tale norma, in estrema sintesi, stabilisce che le modifiche al Codice dei Contratti si applicano alle gare bandite dopo l'entrata in vigore del Decreto Sblocca Cantieri.

Esiste, pertanto, un periodo transitorio, per il quale, qualora una gara sia stata già bandita prima dell'emanazione del Decreto Sblocca Cantieri, per la stessa continuerà ad applicarsi il regime giuridico previgente.

**Sul piano del diritto transitorio, l'art. 1, comma 5, del D.L. n.32/19 stabilisce che "Le disposizioni di cui al comma 4 si applicano ai processi iniziati dopo la data di entrata in vigore del presente decreto", avendo il legislatore assunto quale riferimento temporale non già la pubblicazione del bando di gara o la spedizione dell'invito, overosia, secondo i consueti criteri adottati allo scopo nella materia, il momento dell'avvio della procedura di affidamento, bensì l'inizio del processo**



Norma assai di buon senso, ossequiosa dal principio del *tempus regit actum*, nonché dei principi giurisprudenziali ormai consolidati per i quali lo *ius superveniens* è irrilevante per le gare già bandite,

almeno per quanto concerne la disciplina di gara.

Sulla base di quanto testé ricordato, verrebbe logico ritenere che, per le gare già bandite, sia ancora cogente per le stazioni appaltanti l'onere di applicazione dell'articolo 29 del Codice dei Contratti nella sua interezza, ivi incluso l'onere di pubblicazione del provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della verifica della documentazione attestante l'assenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80, nonché la sussistenza dei requisiti economico-finanziari e tecnico-professionali.

In questo frangente procedurale si affaccia l'aporia giuridica oggetto della presente dissertazione.

Orbene, il comma 4 dell'articolo 1 del Decreto Sblocca Cantieri, stabilisce l'abrogazione completa del c.d. rito superaccelerato, stabilendo al successivo comma 5, in punto di disciplina transitoria, che tale abrogazione si applichi "ai processi iniziati dopo la data di entrata in vigore del presente decreto".

In sintesi, la norma ha stabilito che per i nuovi processi, non trova più applicazione il rito di cui all'abrogato 120 co. 2-bis, a prescindere da quando sia stata pubblicata la gara.

Sul punto si rintraccia un primo arresto giudiziale secondo il quale si osserva che "Sul piano del diritto transitorio, l'art. 1, comma 5, del D.L. n.32/19 stabilisce che "Le disposizioni di cui al comma 4 si applicano ai processi iniziati dopo la data di entrata in vigore del presente decreto", avendo il legislatore assunto quale riferimento temporale non già la pubblicazione del bando di gara o la spedizione dell'invito, ovverosia, secondo i consueti criteri adottati allo scopo nella materia, il momento dell'avvio della procedura di affidamento, bensì l'inizio del processo".<sup>1</sup>

Pertanto, è in ipotesi possibile che una amministrazione sia onerata degli obblighi di pubblicazione, stabiliti dalla normativa previgente, del provvedimento che determina le ammissioni e

le esclusioni, cui non è chiaro se sia in ogni caso connesso un onere di immediata impugnativa dello stesso nel termine di 30 giorni dalla sua pubblicazione a cagione di un interesse ad agire *ex lege* stabilito *illo tempore* preconstituito.

*Quid iuris*, ove sia impugnato tale provvedimento - che l'amministrazione era in ogni caso tenuta a pubblicare in virtù della norma transitoria relativa al diritto sostanziale - davanti al giudice amministrativo, nonostante, in punto di diritto processuale, non sia più applicabile il rito speciale cui era ancorato tale provvedimento?

Il ricorso dovrà essere dichiarato inammissibile per carenza di interesse, poiché l'atto impugnato è sprovvisto di autonoma lesività?

Al di là dei tecnicismi, per dirla con il Presidente di Sezione del Consiglio di Stato Marco Lipari "La scelta compiuta, tuttavia, non è delle più felici, per diverse ragioni. Infatti, la soluzione più logica e chiara sarebbe stata quella di collegare l'applicazione della nuova normativa abrogatrice alle sole controversie riguardanti le procedure bandite dopo l'entrata in vigore della riforma".<sup>2</sup>

## 2. Le possibili interpretazioni

Una prima interpretazione che voglia porre in rilievo il venir meno del rito superaccelerato, non può che condurre ad una ermeneutica per la quale, pur essendo il provvedimento in parola stato pubblicato in virtù di un onere di legge, allo stesso, a cagione dell'abrogazione del rito speciale e pertanto non applicabile ai nuovi processi a prescindere dalla data di pubblicazione della relativa gara, non sia più ricollegabile un onere di immediata impugnazione, sulla base dell'assunto per il quale "detto onere di immediata impugnazione giurisdizionale delle ammissioni è, pertanto, in contrasto con il principio fondamentale desumibile dall'art. 100 del codice di procedura civile (ed applicabile anche al processo amministrativo in forza del rinvio esterno di cui all'art. 39 cod. proc. amm.) della necessità, quale condizione dell'azione, della esistenza di un interesse ad agire concreto ed attuale al ricorso

1. TAR Calabria Reggio Calabria 13/5/2019 n. 324

2. M.Lipari "Il rito superspeciale in materia di ammissioni e di esclusioni (art. 120, co. 2-bis e 6-bis del cpa) va in soffitta. E, ora, quali conseguenze pratiche?"



*in corrispondenza di una lesione effettiva di detto interesse (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 6.3.2002, n. 1371; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 9.1.2017, n. 235; T.A.R. Piemonte, Torino, Sez. I, 17.1.2018, n. 88; Cons. Stato, Sez. III, 1.9.2014, n. 4449; Cons. Stato, Sez. V, 23.2.2015, n. 855; punto 13.5.1, lett. c) della motivazione della ordinanza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 6 dell'11.5.2018)."*

Sulla base di quanto sopra, per quanto la norma applicabile per le gare in "mezzo al guado" attribuisca valore provvedimentale all'atto che determina le esclusioni e le ammissioni ex articolo 29 co. 1 del Codice dei Contratti, lo stesso deve essere invece derubricato e pertanto intendersi quale atto di natura solo endoprocedimentale e conseguentemente non impugnabile direttamente, se non unitamente all'atto conclusivo della procedura, poiché sprovvisto di immediata lesività.

Secondo tale impostazione, il provvedimento da pubblicarsi a norma dell'art. 29 co. 1 che determini le ammissioni, anche per le gare già bandite, diventerebbe un simulacro di sé stesso, un mero onere dell'amministrazione che andrà a morire man mano che le gare in "mezzo al guado" si concluderanno, privo di alcuna rilevanza esterna, nonostante la sua natura, per *littera legis* conferita, provvedimentale. Accanto a tale impostazione, appare percorribile una diversa e più ardita interpretazione.

È opportuno rammentare che il previgente articolo 29 co. 1, per come integralmente applicabile alle gare in corso prima dell'entrata in vigore del Decreto, stabilisce che *"Al fine di consentire l'eventuale proposizione del ricorso ai sensi dell'articolo 120, comma 2-bis, del codice del processo amministrativo, sono altresì pubblicati, nei successivi due giorni dalla data di adozione dei relativi atti, il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento*

*e le ammissioni all'esito della verifica della documentazione attestante l'assenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80, nonché la sussistenza dei requisiti economico-finanziari e tecnico-professionali. Entro il medesimo termine di due giorni è dato avviso ai candidati e concorrenti, con le modalità di cui all'articolo 5-bis del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, recante il Codice dell'amministrazione digitale o strumento analogo negli altri Stati membri, di detto provvedimento, indicando l'ufficio o il collegamento informatico ad accesso riservato dove sono disponibili i relativi atti. Il termine per l'impugnativa di cui al citato articolo 120, comma 2-bis, decorre dal momento in cui gli atti di cui al secondo periodo sono resi in concreto disponibili, corredati di motivazione."*

Una lettura della disposizione appena riportata, non offuscata dalla consapevolezza del mutato assetto normativo in punto di rito giurisdizionale - disciplina che, come noto, attiene alle modalità di svolgimento del processo - ma che si premuri di una visione laica della questione, palesa, invero, come, per le gare pubbliche bandite prime dello Sblocca Cantieri, debba in ogni caso esistere un atto di natura provvedimentale con un

certo contenuto motivazionale (circa la verifica della documentazione attestante l'assenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80, nonché la sussistenza dei requisiti economico-finanziari e tecnico-professionali), che determina, quindi, un arresto decisionale da parte della P.A., e che la sua pubblicazione è ottemperata al fine di consentire un ricorso alla giurisdizione ai sensi di una norma processuale, di carattere rituale, non più vigente. È lecito chiedersi se la sola abrogazione di un rito possa far venire meno con sé la diretta lesività di un provvedimento di tal guisa.

Perché se così non fosse, se cioè, al di là del rito applicabile per la sua eventuale cognizione giurisdizionale, si volesse, invece porre in adeguato rilievo il contenuto motivazionale

**Nel processo amministrativo, ove sussista un rapporto di presupposizione tra atti, l'omessa o tardiva impugnazione dell'atto presupposto rende inammissibile il ricorso giurisdizionale proposto contro l'atto consequenziale, ove non emerga la deduzione di vizi propri che possano connotare un'autonoma illegittimità della singola fase procedimentale di attuazione**



dell'atto amministrativo di che trattasi, quale atto provvedimentale presupposto e conclusivo di un "vagone procedimentale" ex lege stabilito e a cui è connesso un onere di pubblicità assai stringente, potrebbe revocarsi in dubbio la correttezza dell'ermeneutica richiamata in prima battuta, propria, invero, delle procedure concorsuali ad evidenza pubblica, in favore dell'applicazione di principi giurisprudenziali più generali che governano la tutela dell'interesse legittimo e la rintracciabilità dell'attualità della lesione in concreto nei procedimenti amministrativi *latu sensu* intesi.

Se, quindi, seguendo l'iter ermeneutico in alternativa avanzato, si ritenesse di qualificare l'atto, non già come un mero onere procedurale privo di rilevanza esterna, bensì come un provvedimento esplicativo, nella sua motivazione, di un iter istruttorio sul possesso dei requisiti condotto dall'amministrazione poi soggetto a pubblicità, tale provvedimento potrebbe essere qualificato, a prescindere dal rito secondo il quale verrebbe scrutinato, quale arresto procedimentale e atto presupposto di altro consequenziale, con la conseguente applicazione del pacifico principio giudiziale a mente del quale *"nel processo amministrativo, ove sussista un rapporto di presupposizione tra atti, l'omessa o tardiva impugnazione dell'atto presupposto rende inammissibile il ricorso giurisdizionale proposto contro l'atto consequenziale, ove non emerga la deduzione di vizi propri che possano connotare un'autonoma illegittimità della singola fase procedimentale di attuazione"* (cfr. Cons. Stato, sez. V, 25 marzo 2016, n. 1242; Consiglio di Stato, sez. V, 5 dicembre 2014, n. 6012).

Più di recente sempre il Consiglio di Stato, con sentenza 20 novembre 2017, n. 5325 ha ribadito che *"Il Collegio ritiene di dare continuità a tale arresto, in quanto espressione del più generale principio secondo il quale qualora sussista un rapporto di presupposizione tra atti, l'omessa o tardiva impugnazione dell'atto presupposto rende inammissibile il ricorso giurisdizionale proposto contro l'atto consequenziale, ove non emerga la deduzione di vizi propri che possano connotare un'autonoma illegittimità della singola fase procedimentale di attuazione"*.

Dal che potrebbe sostenersi che, a prescindere dal rito, nell'impossibilità dell'applicazione dell'articolo 120 co. 2-bis del c.p.a. in quanto abrogato, e riespandendo applicazione l'articolo 120 del c.p.a. come oggi novellato, trovi invece applicazione il surricordato principio generale in tema di presupposizione tra atti, con la conseguenza di rimanere inalterato l'onere di impugnazione di tale atto, ferma restando la necessità di gravame dell'atto conclusivo della procedura.

### 3. Conclusioni

Appare evidente che le considerazioni anzi svolte hanno il solo scopo di voler rintracciare un grado di dignità ad atto di natura provvedimentale che l'amministrazione è in ogni caso tenuta a pubblicare nel volgere dell'esaurimento delle gare già bandite, senza che lo stesso sia facilmente derubricato ad atto endoprocedimentale, in patente violazione della disposizione della norma da cui esso trae origine.

Diversamente, non si troverebbe ragione nella pedissequa applicazione di tale norma di carattere sostanziale, che sarebbe del tutto priva di effettività, in virtù del venir meno di una norma di rito strettamente processuale.

Peraltro, come subodorato di recente da alcuni commentatori<sup>3</sup>, le considerazioni anzi rassegnate circa il soppresso provvedimento ex art. 29 del Codice, potrebbero in ipotesi applicarsi anche al nuovo provvedimento ex art. 76 co. 2-bis del Codice, laddove è stato posto in rilievo che *"(l)a previsione della comunicazione e pubblicazione del provvedimento recante le ammissioni e le esclusioni (ora ricollocata dal D.L. nell'art. 76), seppure non è più collegata espressamente alla decorrenza del termine di proposizione del ricorso, appare tuttora finalizzata a consentire all'operatore interessato di esercitare il proprio diritto di difesa in giudizio"*, dal momento che *"(n) el contesto attuale, poi, sembra ancora presente la configurazione della determinazione delle ammissioni come "provvedimento" autonomo"*. Alla giurisprudenza, come sempre, sarà data l'ultima parola.

---

3. M.Lipari "Il rito superspeciale in materia di ammissioni e di esclusioni (art. 120, co. 2-bis e 6-bis del cpa) va in soffitta. E, ora, quali conseguenze pratiche?"

# Gli affidamenti diretti previa valutazione o previa consultazione e le procedure negoziate senza bando nella nuova legge 55/2019

di Stefano Usai

IL  
PUN  
TO

## Premessa

Il 18 giugno scorso, come noto, è entrata in vigore la legge 55 di conversione del DL 32/2019 con conseguente introduzione – nell’ordinamento degli appalti – di differenti fattispecie, a disposizione del RUP, di affidamento.

Alcune confermate, rispetto anche alle disposizioni codicistiche in vigore, altre non perfettamente aderenti alle ipotesi tradizionali, oramai collaudate.

Alcune di queste fattispecie, stanno ponendo alle stazioni appaltanti ed in specie, evidentemente, ai responsabili di procedimento più di una questione pratico/operativa.

Sembra opportuno ritornare sulla questione per riconsiderare le situazioni pratico/operative anche alla luce di quanto emerge dai dossier di studio delle Camere e, soprattutto, per evidenziare le profonde modifiche della legge di conversione rispetto al dettato originario del DL 32/2019.

### 1. L'affidamento diretto "puro"

Sia il DL 32/2019, così il provvedimento di conversione, lasciano inalterata la possibilità dell'affidamento diretto nell'ambito dei 40mila euro. In relazione a queste ipotesi, il RUP – fermo restando i forti vincoli imposti dalla rotazione (che in giurisprudenza viene intesa in senso sempre più rigoroso come impossibilità di riaffido o di reinvio ai soggetti già invitati al procedimento semplificato salvo adeguata motivazione) – può, senza consultazione di preventivi, procedere con una assegnazione diretta.

Già ANAC e la stessa giurisprudenza, hanno rammentato che in tale ambito, oggettivamente, la discrezionalità del RUP è un dato assodato.

Se poi tale procedimento viene "complicato/aggravato" con indagini formali e/o micro competizioni, il responsabile del procedimento deve introdurre e rispettare le classiche regole dell'imparzialità/oggettività.

Ulteriore semplificazione, introdotta già con il primo decreto correttivo – anche su indicazione dell'ANAC – si esprime nella possibilità di adottare un unico atto gestionale di affidamento in cui occorrerà dar conto, in modo sintetico, le ragioni della scelta dell'appaltatore. Nel caso di specie, probabilmente, è forse possibile non indicare le modalità concrete nel senso che queste ragioni, possono essere espresse con riferimento all'indagine informale, ad esempio, condotta sul mercato elettronico (almeno per beni/servizi). In ogni caso, il procedimento amministrativo, essenziale, non sembra soggetto a rigorosissime forme.

**Sia il DL 32/2019, così il provvedimento di conversione, lasciano inalterata la possibilità dell'affidamento diretto nell'ambito dei 40mila euro.**



**La precisazione sembra, quindi, destinata a far "cadere" le tante riflessioni sul fatto che la valutazione dei preventivi sia cosa diversa dalla consultazione dei preventivi o meglio: è chiaro che sono due cose diverse ma in quanto fasi differenti.**



### 2. L'affidamento diretto "mediato" dalla valutazione di tre preventivi (per i lavori)

La legge di conversione ha modificato le disposizioni introdotte dal DL 32/2019, reintroducendo un range di importi per lavori tra i 40mila euro ed i 150mila (ora lett. b) comma 2, articolo 36 del codice).

In relazione all'affidamento di lavori per questi importi, il legislatore, invece di ribadire la procedura negoziata "semplificata" previa indagine di mercato o albo ha introdotto la "singolare" fattispecie dell'affidamento diretto previa valutazione di

(almeno) tre preventivi.

La fattispecie è stata modulata sulla ipotesi (ora abrogata) introdotta dalla legge di bilancio 145/2018 destinata a valere solo fino alla fine dell'anno.

Che la nuova disposizione sia fondata su questa (nonostante il riferimento alla valutazione piuttosto che alla consultazione dei preventivi) emerge dal dossier di studio delle camere in cui si legge che: *"Nel corso dell'esame al Senato tale disposizione (nda art. 36, comma 2, lett. b)) è stata riscritta al fine di riportare il limite superiore a 150.000 euro*

*e a prevedere 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. Il citato comma 912, nelle more di una complessiva revisione del codice dei contratti pubblici e fino al 31 dicembre 2019, consentiva alle stazioni*

*appaltanti, in deroga all'articolo 36, comma 2, del medesimo codice, di 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”.*

La precisazione sembra, quindi, destinata a far “cadere” le tante riflessioni sul fatto che la valutazione dei preventivi sia cosa diversa dalla consultazione dei preventivi o meglio: è chiaro che sono due cose diverse ma in quanto fasi differenti. La fase delle consultazioni riguarda gli appaltatori (chiamati a presentare il preventivo) la valutazione si pone come fase successiva ineliminabile ovviamente sulle proposte economiche.

Ora dedurre, come già detto, che dal diverso verbo utilizzato dal legislatore si sia introdotto un nuovo *modus operandi* per il RUP, è questione che deve essere chiarita.

Nel caso della consultazione, necessariamente si imponeva l’esigenza di chiarire in che modo i tre operatori (per la presentazione dei tre preventivi) dovevano essere individuati. La norma pregressa prevedeva l’indagine di mercato o la possibilità di attingere dall’albo.

Questa “pre fase” non viene richiamata ma non può essere stata eliminata dal procedimento amministrativo nel senso che viene solo rimessa al RUP o meglio, viene rimesso al responsabile unico la decisione su come atteggiare il proprio procedimento. Ovvero come entrare in “contatto” con gli operatori economici in questo range di importo.

Su questo, come già detto, viene utile la riflessione dell’ANAC (espressa sulla bozza di linee guida n. 4 con riferimento alla ipotesi della legge di bilancio.

L’ANAC è diretta: anche in questo caso occorre fare indagine di mercato o utilizzare l’albo (se disponibile).

È chiaro poi che i tempi dell’indagine possono essere calibrati dal RUP con meno formalismi. Probabilmente la stessa indagine di mercato

potrebbe non pretendere la pubblicazione di un avviso vero e proprio ed in questo senso il procedimento potrebbe essere configurato come una via intermedia tra la fattispecie di cui alla lett. a) (affidamento puro) e quello delle lettere c) e seguente che impongono una procedura negoziata senza pubblicazione di bando ma con indagini o albo.

Questi percorsi amministrativi devono essere declinati, acclarati nella determina a contenuto semplificato.

Anche in questo caso, infatti, è possibile utilizzare come nell’affidamento diretto puro un unico atto gestionale che abbina affidamento e impegno senza passare per la prenotazione di impegno di spesa (la determina a contrattare) – per effetto della modifica apportata dalla legge di conversione n. 55/2019 anche al comma 2 dell’articolo 32 del codice dei contratti.

### **3. L’affidamento diretto “mediato” dalla consultazione di 5 operatori (per servizi e forniture)**

Per i servizi e forniture (nell’ambito dei 40mila fino al sottosoglia comunitario), è interessante l’inciso riportato nel dossier delle camere in cui si legge “si fa notare che, mentre nel testo (...) (risultante dalle modifiche operate dal testo iniziale del presente decreto-legge) non cambia 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 al Senato prevede che anche per i servizi e le forniture si passa, così come per i lavori, dalla procedura negoziata all’affidamento diretto”.

**Per i servizi e forniture (nell’ambito dei 40mila fino al sottosoglia comunitario), è interessante l’inciso riportato nel dossier delle camere in cui si legge “si fa notare che, mentre nel testo (...) (risultante dalle modifiche operate dal testo iniziale del presente decreto-legge) non cambia la disciplina relativa agli affidamenti di servizi e forniture, ma solamente quella relativa ai lavori (...)”.**



Ma proprio per le forniture e servizi (e quindi con il riferimento alla consultazione di 5 operatori previa indagine o albo) non sembra realmente cambiato

nulla se non questa sottolineatura del passaggio da una procedura negoziata all'affidamento diretto (ma come si può parlare di affidamento diretto in questo caso?).

Pertanto, anche in questa ipotesi, sembra emergere una discrezionalità del RUP nell'atteggiare/costruire il procedimento: ad esempio meno formalismi nell'indagine di mercato? Anche perché per l'albo non sembra si possa prescindere dalla fasi rigorose della pubblicità.

Sotto il profilo pratico poi è problematica (almeno per chi scrive) immaginare la declinazione concreta. In relazione a questi importi, quindi, è possibile che il RUP si possa muovere in un ambito informale come negli affidamenti entro i 40mila euro.

Per comprendersi, ad esempio, ciò potrebbe accadere con una escussione del mercato elettronico senza pubblicare un avviso per l'indagine di mercato ovvero, come già detto, superare la fase della richiesta di manifestazione di interesse (come già accade nella pratica operativa). Ridurre le fasi del procedimento amministrativo invece che avviso a manifesta interesse e successivi inviti predisporre solo l'avviso a partecipare (con autentiche proposte tecnico/economiche).

#### 4. Le procedure negoziate senza pubblicazione di bando

Infine, le ipotesi – effettivamente nuove – solo per lavori nel range 150mila/350 mila – 1 milione di euro, in cui il procedimento amministrativo di affidamento individuato è quella della procedura negoziata senza pubblicazione di bando con operatori economici (10/15) "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", con ossequio rigoroso della rotazione già in fase di inviti.

A leggere il dossier già citato "le norme in esame introducono un'ulteriore semplificazione che consente di svolgere la procedura negoziata ai sensi delle disposizioni di cui all'art. 63 del Codice

dei contratti pubblici, vale a dire senza la previa pubblicazione di un bando di gara".

Ma, prima questione, in questo caso non c'è bando.

Per il reperimento degli operatori si prevede l'indagine o l'albo, quindi – ovviamente – ci sarà il previo avviso. Ma questo avviso dovrebbe essere pubblicato non è ipotizzabile che il "senza previa pubblicazione" si riferisca all'avviso.

Né d'altra parte si riferisce al caso in cui il RUP decida di

formalizzare con bando di gara autentico perché se non lo pubblica non è chiaro chi possa partecipare alla competizione: è chiaro che i soggetti dovranno essere "chiamati" a partecipare e la "chiamata" presuppone l'indagine di mercato.

Non è neppure ipotizzabile che il RUP – per questi importi – abbia discrezionalità sugli inviti ad esempio omettendo l'avviso (salvo che la stazione appaltante si sia dotata di un proprio albo).

A ben vedere, una maggiore libertà di azione (nel senso pratico/operativo) sembra emerge dal comma 6 dell'articolo 63 richiamato ora in ambito sotto soglia comunitaria (da intendersi quindi affrancata da condizioni di emergenza/urgenza).

Il comma 6 precisa che "le amministrazioni aggiudicatrici individuano gli operatori economici da consultare sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economica e finanziaria e tecniche e professionali desunte dal mercato, nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione, (...).

L'amministrazione aggiudicatrice sceglie l'operatore economico che ha offerto le condizioni più vantaggiose, ai sensi dell'articolo 95, previa verifica del possesso dei requisiti di partecipazione previsti per l'affidamento di contratti di uguale importo mediante procedura aperta, ristretta o mediante procedura competitiva con negoziazione".

Pertanto, al mercato il RUP si deve comunque rivolgere (salvo l'albo) e si può ipotizzare l'utilizzo di dinamiche di indagine meno formali.

Il problema, però, che rimane è chiarire se il RUP

**Pertanto, al mercato il RUP si deve comunque rivolgere (salvo l'albo) e si può ipotizzare l'utilizzo di dinamiche di indagine meno formali.**



possa chiamare gli operatori (anche nelle altre ipotesi) liberamente senza formalizzare la fase di indagine attingendo da dati/esperienze di altre stazioni appaltanti e/o reperimento nell'ambito delle imprese locali "liberamente" fatta salva l'esigenza della rotazione.

### **5. Conclusioni**

Le modifiche, profonde, apportata dalle legge 55/2019, perché abbiano senso pratico, devono essere intese come dirette ad inserire un approccio informale nell'indagine di mercato e quindi nella fase di reperimento degli operatori da "consultare".

Tali modus operandi, non v'è dubbio devono però essere strutturati dal RUP in modo che risultino oggettivi e trasparenti.

A sommo parere, vi è margine per ritenere che in ogni caso siano opzionali nel senso che il RUP così come può decidere di utilizzare il procedimento ordinario anche nel sottosoglia, può optare per l'esperimento di indagini di mercato formali (come disciplinate nelle linee guida n. 4 dell'ANAC) o informali come ora previsto nelle nuove disposizioni.

Fermo restando che l'aspetto da suggerire è quello della predisposizione di un albo dei prestatori da cui attingere. Ovviamente l'albo andrà redatto con la dovute formalità (di cui anche alle linee guida ANAC n. 4).

# Accertamento rispondenza lavori: i limiti quantitativi e l'attribuzione del costo

di Pier Luigi Gianforte e Alessandro Di Furia

IL  
PUN  
TO

In questo periodo è ricorrente riscontrare sui media la proclamata necessità di ridurre i formalismi, alleggerire gli aspetti burocratici e promuovere la produzione quale volano di ripresa per le attività.

Una esigenza generale condivisa, che tuttavia calata nel mondo degli appalti pubblici, sconta valori egualmente meritevoli di tutela quali su tutti la realizzazione delle opere nel rispetto della norma e della corretta regola dell'arte e secondo le valorizzazioni economiche prestabilite.

Un aspetto specifico sul punto è relativo al controllo in accettazione sui materiali e sulle lavorazioni ed all'entità delle verifiche da condursi con i conseguenti riflessi di natura economica; in altri termini ci si domanda di sovente fino a che punto possa spingersi l'azione di verifica e controllo ed a chi debbano essere addebitati i costi

Nella normativa pre-vigente gli oneri per gli accertamenti di laboratorio e per le verifiche tecniche erano chiaramente a carico della stazione

appaltante come si poteva evincere dal combinato disposto di cui agli artt. 1 e 15 comma 7 del DM 145/2000 ovvero del c.d. capitolato generale di appalto.

Infatti l'art. 15 comma 7 dello stesso DM (ora abrogato) prevedeva che *"Gli accertamenti di laboratorio e le verifiche tecniche obbligatorie, ovvero specificamente previsti dal capitolato speciale d'appalto, sono disposti dalla direzione dei lavori o dall'organo di collaudo, **imputando la spesa a carico delle somme a disposizione accantonate a tale titolo nel quadro economico.**"*

Previsioni contrattuali difformi dovevano essere disattese.

Infatti l'art. 1 del Capitolato generale di Appalto DM 145/2000 (si noti ancora oggi non abrogato) prevedeva e prevede al comma 2 che *"Le disposizioni del capitolato devono essere espressamente richiamate nel contratto di appalto;*



*esse si sostituiscono di diritto alle eventuali clausole difformi di contratto o di capitolato speciale, ove non diversamente disposto dalla legge o dal regolamento."*

In altri termini in vigore dell'art. 15 comma 7 del DM 145/2000, anche ove i capitolati speciali avessero trasferito detti oneri sull'appaltatore, se ne poteva eccepire la sostituzione di diritto ai sensi e per gli effetti del comma 2 dell'art. 1.

Successivamente, l'art. 15 comma 7 a seguito dell'abrogazione è confluito nell'art 167 comma 7 del DPR 207/2010 (che è stato abrogato anch'esso dal d.lgs. 50/2016) e lo stesso disponeva:

"7. Gli accertamenti di laboratorio e le **verifiche tecniche obbligatorie**, ovvero specificamente previsti dal capitolato speciale d'appalto, sono disposti dalla direzione dei lavori o dall'organo di collaudo, **imputando la spesa a carico delle somme a disposizione accantonate a tale titolo nel quadro economico**. Per le stesse prove la direzione dei lavori provvede al prelievo del relativo campione ed alla redazione di apposito verbale di prelievo; la certificazione effettuata dal laboratorio prove materiali riporta espresso riferimento a tale verbale."

Per una corretta ricostruzione normativa della questione, è ugualmente interessante evidenziare la previsione del comma 8 del predetto art. 167 ormai abrogato:

"8. La direzione dei lavori o l'organo di collaudo possono disporre **ulteriori prove ed analisi ancorché non prescritte dal capitolato speciale d'appalto ma ritenute necessarie per stabilire l'idoneità dei materiali o dei componenti**. Le relative spese sono poste a carico dell'esecutore".  
Ne consegue che la ratio degli accertamenti e verifiche tecniche, obbligatorie o previste dal C. S. A. con oneri a carico della S. A., discende sia dalle previsioni codicistiche (proprie dell'appalto privato di cui quello pubblico, com'è noto, costituisce una specie) con riferimento all'art. 1662, c. 1, del Cod. Civ. per cui "il committente ha diritto di controllare

*lo svolgimento dei lavori e di verificarne a proprie spese lo stato",* che dalle connesse esigenze di terzietà dei controlli.

La caratteristica di dover essere "**ulteriori**", riferito alle prove eventualmente disposte da DL o Collaudatore, va inteso nel senso che bisogna ricorrervi solo in presenza di elementi che possano far presumere con una certa oggettività dubbi sull'idoneità dei materiali o dei componenti forniti e posti in opera; in tal caso l'onere è posto in capo all'esecutore.

Residuavano cioè in capo all'esecutore le prove non obbligatorie ma comunque previste in capitolato ovvero quelle rese necessarie a seguito della constatazione di un comportamento non rispondente alla regola dell'arte da parte dell'imprenditore.

Sulla questione, in un contesto normativo convulsivo, si rileva l'attuale vigenza<sup>1</sup> dell'art. 16 comma 1 punto b 11) del DPR 207/2010 relativo ai "**Quadri economici**" che così stabilisce:

"1. I quadri economici degli interventi sono predisposti con progressivo approfondimento in rapporto al livello di progettazione al quale sono riferiti e con le necessarie variazioni in relazione alla specifica tipologia e categoria dell'intervento stesso e prevedono la seguente articolazione del costo complessivo:

- a.1) lavori a misura, a corpo, in economia;
- a.2) oneri della sicurezza, non soggetti a ribasso d'asta;
- b) somme a disposizione della stazione appaltante per:
  - (...)
  - 2 - rilievi, accertamenti e indagini;
  - (...)
  - 11- **spese per accertamenti di laboratorio e verifiche tecniche previste dal capitolato speciale d'appalto, collaudo tecnico amministrativo, collaudo statico ed altri eventuali collaudi specialistici;**"

Detto articolo prevede, nei fatti, la sola indicazione

---

1. Infatti detto articolo è ricompreso nella Parte II (Contratti pubblici relativi a lavori nei settori ordinari) Titolo II (Progettazione e verifica del progetto), Capo I (Progettazione), del DPR 207/2010 che verrà poi abrogata dall'art. 39 del promulgando decreto attuativo del codice dei contratti per i livelli di progettazione

delle spese degli accertamenti ma contemplandone la previsione nel quadro economico ne riconosce e conferma indirettamente l'accollo alla stazione appaltante.

Trattasi tra l'altro di un articolo che si coordina anche con le previsioni del nuovo Codice, nello specifico l'art. 111 comma 1 bis del d.lgs. 50/2016 che, in buona sostanza, sostituisce l'abrogato comma 7 dell'art. 167 del DPR 207/2010.

Il comma in parola inserito dall' art. 75, comma 1, lett. b), d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56 (Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 Pubblicato nella Gazz. Uff. 5 maggio 2017, n. 103, S.O.) ed entrato in vigore il 20 maggio 2017 recita:

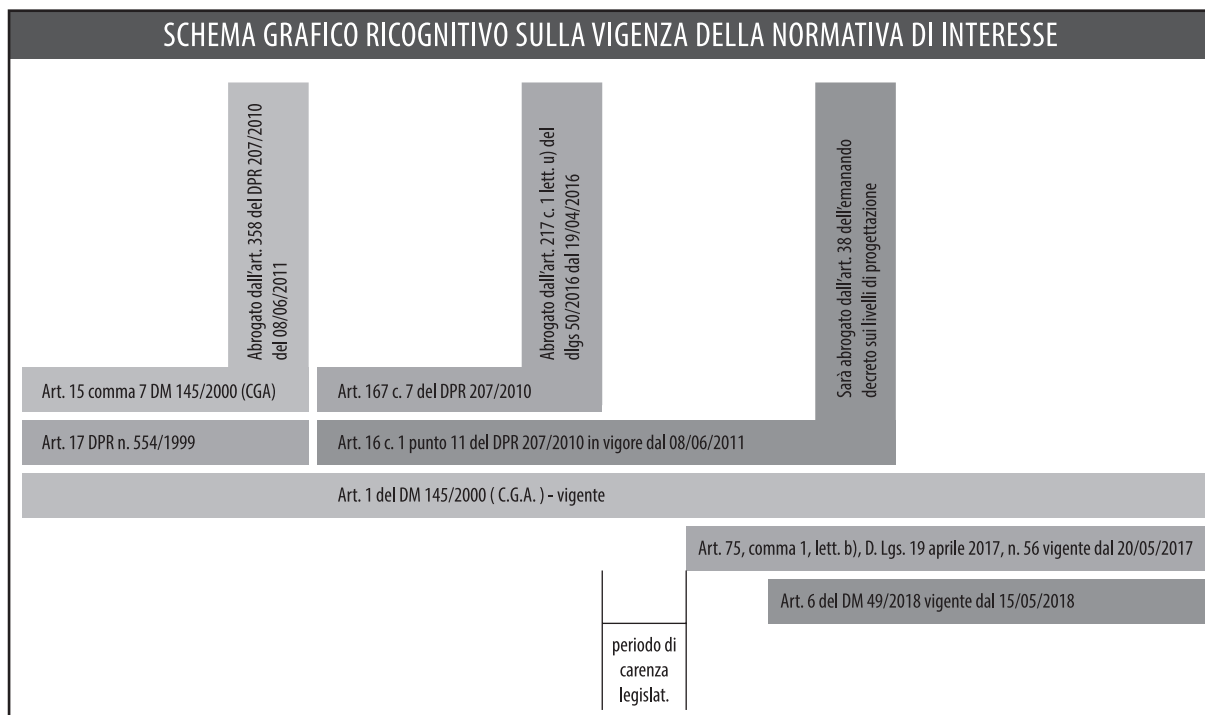
**"1-bis. Gli accertamenti di laboratorio e le verifiche tecniche obbligatorie inerenti alle attività di cui al comma 1, ovvero specificamente previsti dal capitolato speciale d'appalto di lavori, sono disposti dalla direzione dei lavori o dall'organo di collaudo, imputando la spesa a carico delle**

**somme a disposizione accantonate a tale titolo nel quadro economico. Tali spese non sono soggette a ribasso. Con decreto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, adottato su proposta del Consiglio superiore dei lavori pubblici, sono individuati i criteri per la determinazione di tali costi."**

Tale disposizione quindi è intervenuta oltre un anno dopo l'abrogazione del predetto art. 167 del DPR 207/2010, lasciando, in questo lasso di tempo, un vuoto normativo in tal senso con conseguente discrezionalità interpretativa foriera, come è facile comprendere, di posizioni diversificate e consequenziali condizioni di contenzioso tra le parti.

L'attuale Codice ricalca il quadro normativo antecedente precisandone l'imputazione tra le somme in amministrazione.

Per una più agile lettura del complesso succedersi normativo si riporta a seguire uno schema grafico storico - ricognitivo delle norme di interesse:



A seguito dell'abrogazione del predetto art. 167 del DPR 207/2010 si è creato un vuoto normativo fino alla reintroduzione dell'art. 75, comma 1, lett. b), d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56 colmabile con le sole previsioni dell'art. 16 comma 1 ove non superate da diverse previsioni contenute nelle norme contrattuali.

In questa finestra temporale gli oneri per le prove e le verifiche tecniche dell'appalto sono state molto spesso poste a carico dell'appaltatore in quanto i capitolati speciali di appalto, su cui è gravato come detto l'onere della regolamentazione a seguito dell'abrogazione della norma, prevedono sovente che detti oneri siano accollati interamente sull'appaltatore.

Sovviene poi l'entrata in vigore del predetto DM 49/2018 avvenuta il 30 maggio 2018 che all'articolo 6 disciplina le attività di accettazione dei materiali:

*"1. Il direttore dei lavori, oltre a quelli che può disporre autonomamente, esegue, altresì, tutti i controlli e le prove previsti dalle vigenti norme nazionali ed europee, dal Piano d'azione nazionale per la sostenibilità ambientale dei consumi della pubblica amministrazione e dal capitolato speciale d'appalto.*

*2. Il direttore dei lavori rifiuta in qualunque tempo i materiali e i componenti deperiti dopo l'introduzione in cantiere o che per qualsiasi causa non risultano conformi alla normativa tecnica, nazionale o dell'Unione europea, alle caratteristiche tecniche indicate nei documenti allegati al contratto, con obbligo per l'esecutore di rimuoverli dal cantiere e sostituirli con altri a sue spese; in tal caso il rifiuto è trascritto sul giornale dei lavori o, comunque, nel primo atto contabile utile. Ove l'esecutore non effettui la rimozione nel termine prescritto dal direttore dei lavori, la stazione appaltante può provvedervi direttamente a spese dell'esecutore, a carico del quale resta anche qualsiasi onere o danno che possa derivargli per effetto della rimozione eseguita d'ufficio. I materiali e i componenti sono messi in opera solo dopo l'accettazione del direttore dei lavori. L'accettazione definitiva dei materiali e dei componenti si ha solo dopo la loro posa in opera. Anche dopo l'accettazione e la posa in opera dei materiali e dei componenti da parte dell'esecutore, restano fermi i diritti e i poteri della stazione appaltante in sede di collaudo. Non rileva l'impiego*

*da parte dell'esecutore e per sua iniziativa di materiali o componenti di caratteristiche superiori a quelle prescritte nei documenti contrattuali, o dell'esecuzione di una lavorazione più accurata.*

*3. I materiali e i manufatti portati in contabilità rimangono a rischio e pericolo dell'esecutore e sono rifiutati dal direttore dei lavori nel caso in cui quest'ultimo ne accerti l'esecuzione senza la necessaria diligenza o con materiali diversi da quelli prescritti contrattualmente o che, dopo la loro accettazione e messa in opera, abbiano rivelato difetti o inadeguatezze. Il rifiuto è trascritto sul giornale dei lavori o, comunque, nel primo atto contabile utile, entro quindici giorni dalla scoperta della non conformità alla normativa tecnica, nazionale o dell'Unione europea, al progetto o al contratto del materiale utilizzato o del manufatto eseguito.*

*4. Il direttore dei lavori o l'organo di collaudo dispongono prove o analisi ulteriori rispetto a quelle previste dalla legge o dal capitolato speciale d'appalto finalizzate a stabilire l'idoneità dei materiali o dei componenti e ritenute necessarie dalla stazione appaltante, **con spese a carico dell'esecutore.***

*5. I materiali previsti dal progetto sono campionati e sottoposti all'approvazione del direttore dei lavori, completi delle schede tecniche di riferimento e di tutte le certificazioni in grado di giustificarne le prestazioni, con congruo anticipo rispetto alla messa in opera.*

*6. Il direttore dei lavori verifica altresì il rispetto delle norme in tema di sostenibilità ambientale, tra cui le modalità poste in atto dall'esecutore in merito al riuso di materiali di scavo e al riciclo entro lo stesso confine di cantiere."*

*Residua, come riscontrabile nell'ambito dell'attività professionale la diatriba tra esecutore e DL in ordine non tanto all'entità ed ai costi delle prove a cui debbono soggiacere i materiali (e le lavorazioni) ai fini prima dell'accettazione e poi della collaudabilità delle opere, quanto la soglia massima a cui debbano spingersi le verifiche da addebitarsi all'operatore economico.*

*Peraltro per completezza di informazione è bene precisare che lo schema di decreto attuativo per i livelli di progettazione in corso*

di approvazione prevede e ribadisce all'art. 5 comma 1 l'individuazione nell'ambito delle somme a disposizione le spese per le indagini peraltro differenziate:

al punto 2a) i rilievi, accertamenti e indagini da eseguire ai diversi livelli di progettazione a cura della stazione appaltante;

al punto 2b) i rilievi, accertamenti e indagini da eseguire ai diversi livelli di progettazione a cura del progettista.

Il predetto decreto oltre a rafforzare il quadro conoscitivo propedeutico alla redazione del progetto e con esso le prove preliminari conferma la quantificazione del costo delle verifiche ed accertamenti nell'ambito delle somme a disposizione e quindi indirettamente del relativo accollo alla stazione appaltante.

Attualmente quindi si può ritenere che le spese relative alle verifiche di conformità come richieste dalla norma debbano essere previsti nei quadri economici quali somme a disposizione e quindi a carico della S.A.

Tuttavia potrebbe ancora oggi riscontrarsi una diversa previsione capitolare con l'attribuzione degli oneri in carico all'operatore economico; circostanza contraria, come evidenziato, alla vigente normativa.

Tale aspetto si complica ancor più laddove la D.L. esaspera le prove ovvero ne richieda l'effettuazione in una misura ben superiore al minimo previsto per legge.

In tale fattispecie resta ovviamente in disparte la situazione determinatasi a causa del comportamento non diligente dell'esecutore e quindi nel timore ovvero dell'obbligo della DL di approfondire i controlli ponendo i costi in capo all'esecutore.

Si pensi a titolo di esempio al caso in cui al DL accerti l'indebita aggiunta di acqua nel calcestruzzo durante le fasi di getto; in tale circostanza ben si legittimerebbe da parte della DL un controllo superiore a quello previsto dalle normative tecniche in materia di costruzioni<sup>2</sup> addebitandone i costi all'operatore dando contezza dell'improprio comportamento dello stesso.

Può farsi un altro esempio ricorrente nella pratica professionale legata alle prove da effettuarsi sulle fondazioni indirette ed alla raccordo con la normativa speciale ivi applicabile.

Dal punto di vista normativo le prove sui pali di fondazioni sono regolate dal 1) D.M. 17 gennaio 2018 anche noto come Norme Tecniche per le Costruzioni del 2018 (NTC 2018), 2) dalla relativa Circolare esplicativa del 21 gennaio 2019, nonché 3) dalla UNI EN 1997:1, meglio noto come Eurocodice 7 – Progettazione Geotecnica.

In dettaglio nelle NTC 2018 si parla sia di controllo di integrità sui pali, come riportato al Cap. 6.4.3.6 – Controllo d'integrità pali e, sia di vere e proprie prove di carico al Cap. 6.4.3.7 – Prove di carico.

Mentre le prime servono per valutare l'integrità del palo le seconde hanno lo scopo di valutare la resistenza meccanica del palo stesso.

La Circolare del 2019 invece al Cap. C6.4.3.7 – Prove di carico fa semplici cenni alle prove di carico sui pali rimandando il tutto a quanto presente nelle Norma Tecniche vigenti.

Infine nell'Eurocodice 7, al Cap. 7.5 – Prove di carico su pali, si trovano ulteriori riferimenti tecnici per la materiale esecuzione delle anzidette prove.

Di seguito si riporta una tabella riassuntiva delle prove da effettuarsi sui pali secondo le norme anzidette ponendo in risalto l'obbligatorietà o meno delle prove:



2. D.M. 14 gennaio 2008 (G.U. 04 febbraio 2008 n.29) - Norme tecniche per le costruzioni e DM 17 gennaio 2018. Aggiornamento delle «Norme tecniche per le costruzioni». (18A00716) (GU Serie Generale n.42 del 20-02-2018 - Suppl. Ordinario n. 8)

TIPOLOGIA PROVA	NTC 2018	CIRCOLARE 2019	EUROCODICE 7
PROVE DI INTEGRITA'	<b>PROVE DI INTEGRITA': non obbligatorie.</b> <u>Devono effettuarsi in tutti i casi in cui la qualità dipenda in misura significativa dai procedimenti esecutivi e dalle caratteristiche geotecniche dei terreni</u> (da effettuarsi con prove dirette o indirette di comprovata validità, interessando almeno il 5% dei pali con un minimo di 2 pali).	Non si esprime.	Non si esprime.
PROVE DI CARICO	<b>PROVE DI PROGETTO SU PALI PILOTA: non obbligatorie.</b> Ssono test che servono al progettista a verificare sul campo, con pali di prova appositamente realizzati, la reale capacità portante attraverso prove condotte fino all'infissione del palo ( $\geq 2,5$ SLE). Possono servire per affinare i dati di progetto attraverso dati sperimentali sito-specifici.	Esprime riferimenti sintetici sulla modalità di applicazione del carico.	Fornisce ulteriori riferimenti in merito all'esecuzione delle prove. <b>Non obbligatorie.</b> In buona sostanza le prove sui pali <u>devono essere eseguite solo se</u> si presentano le seguenti situazioni: qualora si impieghi un tipo di palo o un metodo di installazione per i quali non esistono riferimenti validi; metodo di esecuzione dei pali mai sperimentato; qualora i pali siano soggetti ad un tipo di carico per il quale né la teoria né l'esperienza diano prova di sufficiente affidabilità progettuale; qualora i pali siano soggetti ad un tipo di carico per il quale né la teoria né l'esperienza diano prova di sufficiente affidabilità progettuale.
	<b>PROVE IN CORSO D'OPERA: obbligatorie.</b> Il numero e l'ubicazione delle prove di carico devono essere stabiliti in base all'importanza dell'opera, al grado di omogeneità del terreno di fondazione e soprattutto in base al n. dei pali della palificata <sup>3</sup> . <b>In ogni caso deve essere eseguita almeno una prova di carico.</b>		
PROVE DI COLLAUDO	Prove di carico <b>non obbligatorie</b> ma <u>da eseguirsi qualora ritenute necessarie dal collaudatore.</u>		

3. In ogni caso, per ciascun sistema di fondazione il numero complessivo di prove non deve essere inferiore a:

- 1 se il numero di pali è inferiore o uguale a 20,
- 2 se il numero di pali è compreso tra 21 e 50,
- 3 se il numero di pali è compreso tra 51 e 100,
- 4 se il numero di pali è compreso tra 101 e 200,
- 5 se il numero di pali è compreso tra 201 e 500,

il numero intero più prossimo al valore  $5 + n/500$ , se il numero n di pali è superiore a 500.

Fermo restando il numero complessivo delle prove di carico minimo sopra indicato, il numero di prove di carico statiche può essere ridotto se sono eseguite prove di carico dinamiche sostitutive, da tarare con quelle statiche di progetto su pali pilota, e siano effettuati controlli non distruttivi su almeno il 50% dei pali, per verificarne lunghezza e integrità strutturale.

In buona sostanza quindi si nota come le attuali norme pongano dei limiti prestazionali e non prescrittivi (come invece faceva il vecchio D.M. del 1996) lasciando molta libertà al Progettista, Direttore dei Lavori, e Collaudatore.

Sulla scorta di quanto sopra l'unica norma vincolante che pone l'obbligatorietà sulle prove di carico è solo il D.M. del 17 gennaio 2018. Infatti fatta eccezione per le prove di carico in corso d'opera, nelle norme di riferimento non sono previste ulteriori prove obbligatoriamente da compiersi ma l'effettuazione di ulteriori prove è rimessa alla discrezionalità del progettista (o Direttore dei Lavori, o Collaudatore). Queste ulteriori prove possono essere: 1) prove su palo pilota, 2) controlli di integrità o 3) ulteriori prove di carico.

Si introduce quindi ai fini del controllo un grado di approfondimento legato alla "sensibilità" del tecnico ovvero per quanto qui di efficacia rappresentazione ad aspetti non oggettivi ma a carattere discrezionale.

La discrezionalità purtroppo costituisce nel settore dei lavori pubblici uno degli aspetti più critici che favoriscono fenomeni patologici, corruttivi o di cattiva esecuzione.

È evidente qualora le ulteriori prove discrezionali siano conseguenza di un operato non aderente alla regola dell'arte da parte dell'impresa, le stesse debbano essere addebitate dall'impresa medesima.

Tuttavia ci rinvengono situazioni in cui le ulteriori prove siano richieste in conseguenza della mancata presenza in cantiere della DL o del Collaudatore durante la terebrazione e/o il getto dei pali di fondazione. In questa circostanza il principio precauzionale invocato dalla Direzione Lavori per la verifica di quanto realizzato collide con l'obbligo della stessa di garantire la presenza durante l'esecuzione dei lavori, in particolare quelle non più ispezionabili e comunque di rilevante peculiarità.

Proprio in questa prospettiva chi scrive non ritiene, nel silenzio del capitolato, che il costo di dette prove debba essere addebitato semplicisticamente all'esecutore.

Ci si riferisca ad un esempio pratico in cui si sta provvedendo alla realizzazione di un edificio

scolastico su un terreno argilloso con mediocri qualità meccaniche che richiede la realizzazione di fondazioni profonde su pali.

Supponendo inoltre che il numero totale dei pali della scuola sia pari a 100, in base al Capitolo 6.4.3.7.2 - Prove in corso d'opera delle NTC 2018 il numero **obbligatorio** di prove di carico in corso d'opera sui pali di fondazione deve essere pari a 3, mentre non ci sono indicazioni obbligatorie per quanto riguarda i controlli di integrità, eventuali prove di carico aggiuntive o eventuali prove di collaudo.

Sulla scorta di quanto sopra riportato le prove in corso d'opera obbligatorie (le prove in corso d'opera di numero pari a 3) di certo devono essere contemplate tra le somme a disposizione, mentre il discorso è molto più complesso nel caso in cui si ravveda la necessità di eseguire ulteriori prove (di carico, prove su pali pilota o di integrità) su richiesta della DL.

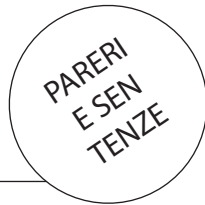
Come già detto qualora detta richiesta di prove, a valle di un sopralluogo in cantiere della DL, sia motivata da una metodologia esecutiva non idonea dell'appaltatore, dette prove aggiuntive devono ovviamente addebitarsi all'esecutore.

Viceversa se qualora la necessità di eseguire ulteriori prove derivi da circostanze non tempestivamente acclamate ovvero dalla mancata presenza in cantiere della DL durante l'esecuzione dei pali, l'imputazione del costo all'appaltatore non è condivisibile.

Per quanto la D.L. infatti non abbia un obbligo di presenza quotidiana in cantiere lo stesso (al pari del collaudatore statico) deve intensificare le proprie visite durante le lavorazioni non più ispezionabili come rilevabile dal programma esecutivo dei lavori che l'operatore deve obbligatoriamente aggiornare. In questi casi la disposizione del Direttore dei Lavori o del collaudatore richiedente maggiori prove andrà contestata e dovrà, a pena di decadenza, essere eccitata dall'operatore per essere al più quantificata sul registro di contabilità alla prima occasione utile.

Sul punto, nel silenzio della norma, in attesa dei provvedimenti attuativi, è auspicabile che il capitolato speciale disciplini in maniera puntuale gli aspetti sopra illustrati.

# Pareri & Sentenze



## TAR Sardegna, Sez. I, 01/07/2019, n. 593

*Il principio giurisprudenziale secondo cui si ritiene dover escludere l'irrelevanza giuridica, e quindi l'inammissibilità, di offerte prive di sottoscrizione quando, in base alle circostanze concrete, l'offerta risultava con assoluta certezza riconducibile e imputabile a un determinato soggetto o operatore economico, è applicabile anche nel caso di mancanza di firma digitale in una gara telematica*

“Si deve preliminarmente ricordare che la sottoscrizione dell’offerta è essenziale nelle gare pubbliche sia per verificare la necessaria coincidenza tra il soggetto apparentemente autore dell’atto e colui che lo ha sottoscritto, sia perché quest’ultimo attraverso la firma fa proprio il contenuto del documento (e quindi fa propria anche la dichiarazione che il documento rappresenta). La dichiarazione, quindi, è giuridicamente imputata all’autore del documento, nel tenore risultante dal documento stesso .... Tuttavia, la giurisprudenza del Consiglio di Stato e dei Tribunali Amministrativi, cui ha aderito anche l’ANAC (in sede di pareri di precontenzioso: si vedano le deliberazioni richiamate anche da parte ricorrente), non sempre è arrivata alle rigorose conclusioni sopra esposte, ritenendo di dover escludere l’irrelevanza giuridica, e quindi l’inammissibilità, di offerte prive di sottoscrizione (o con la sottoscrizione solo di alcuni dei soggetti dell’atto) quando, in base alle circostanze concrete, l’offerta risultava con assoluta certezza riconducibile e imputabile a un determinato soggetto o operatore economico (si veda in tal senso Consiglio di Stato, sez. V, 21 novembre 2016, n. 4881) .... Applicando l’anzidetto principio giurisprudenziale al caso di specie, appare dirimente osservare come la procedura telematica in oggetto contempla sicuri elementi da cui desumere la riconducibilità dell’offerta all’autore.

In particolare, ciò si ricava da quanto previsto dal disciplinare telematico, secondo cui la partecipazione alla procedura di gara e la presentazione dell’offerta erano possibili solo attraverso l’accesso al sistema effettuato mediante la creazione di un apposito “account” (che lo stesso disciplinare definisce come «insieme dei codici personali di identificazione costituiti da e-mail e password che consentono alle imprese abilitate l’accesso al Sistema e la partecipazione alla gara telematica»).

Ogni offerta, caricata sulla piattaforma, era quindi, preliminarmente, biunivocamente associata a un dato account. Ogni account, inoltre, a seguito dell’invio di una copia del documento di identità, era abbinato all’utente .... Alla luce di quanto appena esposto, deve ritenersi che sussistano gli elementi che consentono di superare qualsiasi incertezza sulla provenienza dell’atto, determinata dalla mancanza della firma digitale sull’offerta;”

**Consiglio di Stato, Sez. V, 28/6/2019, n. 4463**

*Sull'impugnativa del bando proposta nella mera qualità di partecipante alla procedura*

"Per la giurisprudenza, l'impugnativa autonoma del bando proposta nella qualità di mero partecipante alla procedura è inammissibile in mancanza della deduzione di vizi comportanti l'esclusione dalla partecipazione alla gara, per carenza di una lesione concreta e attuale (e quindi per carenza di interesse), considerato che, in tal caso, la lesione si verifica (e l'interesse sorge) solo a seguito dell'eventuale esito finale negativo della procedura: la lesione da cui deriva, ex art. 100 Cod. proc. civ., l'interesse a ricorrere deve infatti costituire "una conseguenza immediata e diretta del provvedimento dell'Amministrazione e dell'assetto di interessi con esso introdotto, deve essere concreta e non meramente potenziale, e deve persistere al momento della decisione del ricorso" (così Cons. Stato, Ad. Plen. 29 gennaio 2003, n. 1).

Infatti, a fronte di una clausola illegittima della *lex specialis*, il concorrente non è ancora titolare di un interesse attuale all'impugnazione, poiché non sa ancora se l'astratta e potenziale illegittimità della clausola si risolverà in un esito negativo della sua partecipazione alla procedura concorsuale, e quindi in una effettiva lesione della situazione soggettiva che solo da tale esito può derivare (Cons. Stato, V, 3 giugno 2015, n. 2713; 16 settembre 2011, n. 5188; 24 agosto 2010, n. 5919; VI, 8 febbraio 2016, n. 510; III, 10 dicembre 2013, n. 5909."

**Consiglio di Stato, Sez. V, 25/06/2019, n. 4342**

*"è ammessa l'indicazione nell'offerta tecnica di <<alcuni elementi economici, resi necessari dagli elementi qualitativi da fornire, purché tali elementi economici non consentano di ricostruire la complessiva offerta economica>>"*

"...il c.d. principio di separazione tra offerta tecnica e offerta economica, denominato anche come divieto di commistione, risponde alla finalità di garantire la segretezza dell'offerta economica (cfr., tra le altre Cons. Stato, VI, 22 novembre 2012, n. 5928) ed è perciò funzionale ad evitare che l'offerta tecnica contenga elementi che consentano di ricostruire, nel caso concreto, l'entità dell'offerta economica (cfr. Cons. Stato, V, 21 novembre 2017, n. 5392);

- coerente con tale finalità è l'affermazione per la quale il divieto non va inteso in senso assoluto, bensì relativo, con indagine da condurre in concreto, in riferimento alla detta funzione (cfr. Cons. Stato, III, 3 aprile 2017, n. 1530, cui adde, tra le altre, id., 24 settembre 2018, n. 5499);

- il divieto in parola, inoltre, non può essere interpretato in maniera indiscriminata, al punto da eliminare ogni possibilità di obiettiva interferenza tra l'aspetto tecnico e quello economico dell'appalto posto a gara (cfr. Cons. di Stato, V, 12 novembre 2015, n. 5181), attesa l'insussistenza di una norma di legge che vieti l'inserimento di elementi economici nell'offerta tecnica (cfr. Cons. di Stato, 27 novembre 2014, n.5890), a meno che uno specifico divieto non sia espressamente ed inequivocabilmente contenuto nella legge di gara (cfr. Cons. Stato, V, 14 dicembre 2018, n. 7057);

- in particolare, possono essere inseriti nell'offerta tecnica voci a connotazione (anche) economica o elementi tecnici declinabili in termini economici se rappresentativi di soluzioni realizzative dell'opera o del servizio oggetto di gara (cfr. Cons. Stato, V, 22 febbraio 2016, n. 703);

- conseguentemente si è ammessa l'indicazione nell'offerta tecnica di "alcuni elementi economici, resi necessari dagli elementi qualitativi da fornire, purché tali elementi economici non consentano di ricostruire la complessiva offerta economica" (Cons. Stato, III, 20 gennaio 2016, n. 193) o purché non venga anticipatamente reso noto il "prezzo" dell'appalto (Cons. Stato, V, 13 giugno 2016, n. 2530)."



**Consiglio di Stato, Sez. V, 19/6/2019, n. 4190**

*La deroga all'obbligo di adesione alle convenzioni Consip non è applicabile in caso di presenza nella convenzione quadro della clausole sociale*

"...ai sensi dell'art. 1, comma 510, della legge n. 208 del 2015, per il cui disposto: "Le amministrazioni pubbliche obbligate ad approvvigionarsi attraverso le convenzioni di cui all'articolo 26 della legge 23 dicembre 1999, n. 488, stipulate da Consip SpA, ovvero dalle centrali di committenza regionali, possono procedere ad acquisti autonomi esclusivamente a seguito di apposita autorizzazione specificamente motivata resa dall'organo di vertice amministrativo e trasmessa al competente ufficio della Corte dei conti, qualora il bene o il servizio oggetto di convenzione non sia idoneo al soddisfacimento dello specifico fabbisogno dell'amministrazione per mancanza di caratteristiche essenziali".

Tali motivi non sono sufficienti a fondare l'applicazione del disposto normativo succitato, come giustamente dedotto dall'appellante, in ragione della clausola sociale di assorbimento occupazionale apposta ai contratti a tutela del personale, ai sensi degli artt. 1, 3, 4, 35 e 38 Cost., nonché del livello occupazionale.

Ed invero, l'applicazione della convenzione, ed in particolare l'art. 12 della stessa, al quale il Collegio si richiama integralmente, avrebbe comunque consentito l'assorbimento del personale precedentemente impegnato nel servizio, senza che vi fosse la necessità di ricorrere a nuove assunzioni, ai sensi dell'art. 50 del d.lgs. n. 50 del 2016, così modificato dall'art. 33, comma 1, del d.lgs. n. 56 del 2017, che così recita: "Per gli affidamenti dei contratti di concessione e di appalto di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale, con particolare riguardo a quelli relativi a contratti ad alta intensità di manodopera, i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti inseriscono, nel rispetto dei principi dell'Unione europea, specifiche clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato, prevedendo l'applicazione da parte dell'aggiudicatario, dei contratti collettivi di settore di cui all'articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81. I servizi ad alta intensità di manodopera sono quelli nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50 per cento dell'importo totale del contratto".

**Consiglio di Stato, Sez. III, 17/6/2019, n. 4035**

*La prova dell'incompatibilità dei commissari di gara deve essere fornita dalla parte che la deduce*

"...relativamente alla fondamentale quaestio iuris posta con il primo motivo d'appello (violazione dell'art. 77, 4° c. D. Lgs. 77/2016) va osservato che tale disposizione riprende testualmente il tenore e ha la stessa portata oggettiva dell'art. 84, comma 4, del d.lgs. n. 163 del 2006, in relazione al quale l'Adunanza Plenaria di questo Consiglio aveva posto in evidenza come la norma de qua rispondesse all'esigenza di una rigida separazione tra la fase di preparazione della documentazione di gara e quella di valutazione delle offerte in essa presentate, a garanzia della neutralità del giudizio ed in coerenza con la ratio generalmente sottesa alle cause di incompatibilità dei componenti degli organi amministrativi (7 maggio 2013, n. 13).

In prosieguo, la giurisprudenza di questo Consiglio aveva chiarito che:

- la predetta norma di cui all'art. 84, comma 4 doveva essere interpretata in senso restrittivo, trattandosi di disposizione limitativa delle funzioni proprie dei dipendenti dell'amministrazione (Cons. St., sez. V, 22.1.2015, n. 255);

- la previsione di principio di cui all'art. 84, comma 4, non vale, dunque, a rendere incompatibili tutti i soggetti che, in quanto dipendenti della stazione appaltante, siano in qualche misura coinvolti, per obbligo di ufficio, nello specifico lavoro, servizio o fornitura che è oggetto dell'appalto, né è sufficiente il mero sospetto di una possibile situazione di incompatibilità, ma la prova della effettiva incompatibilità, per conflitto di interessi, deve essere fornita dalla parte che la deduce (sez. V, 25.1.2016, n. 242 e 23.3.2017,

n. 1320; sez. III, 22.1.2015, n. 226);

- ai fini dell'assolvimento dell'onere della prova della situazione di incompatibilità, ciò che rileva è il dato sostanziale della concreta partecipazione alla redazione degli atti di gara (sez. V, 28.4.2014, n. 2191)..."

**TAR Lazio, Roma, Sez. I, 13/6/2019, n. 7673**

*Obbligo di firma digitale "CADES" o "PADES" e possibilità di verifica in un momento successivo a quello dell'attività di controllo della documentazione durante il seggio di gara*

"...il disciplinare di gara non imponeva l'obbligo di presentare files contenenti la documentazione di gara entro determinati limiti dimensionali, ma stabiliva che essi dovevano necessariamente essere di formato "CADES" o "PADES". Inoltre, non era consentito firmare digitalmente una cartella compressa contenente uno o più documenti privi di firma digitale (cfr. il punto "B" del disciplinare).

Ora, dalla documentazione prodotta da OMISSIS si evince che i files allegati all'offerta tecnica di Cec erano stati inseriti in una cartella compressa ma erano tutti muniti di firma digitale, in modalità "CADES". Il seggio di gara ha verbalizzato l'avvenuto controllo di quelle firme che la Piattaforma non era in grado di controllare automaticamente, a causa dell'eccessiva dimensione del files, e il positivo esito dei controlli è stato riportato nel verbale del 21 febbraio 2018, ove si afferma che "tutti i concorrenti hanno regolarmente inserito all'interno del plico digitale tutti i documenti richiesti dalla lex specialis".

A fronte dell'assenza di indicazioni specifiche della lex specialis circa le modalità di verifica dei files di grandi dimensioni e della esistenza di un verbale che dà conto della regolare presentazione, anche da parte del Consorzio, della documentazione richiesta, deve ritenersi dimostrata la presenza di una firma digitale valida a tutta la documentazione di gara della ricorrente principale.

Quanto alla mancata allegazione dei report riguardanti il positivo esito delle verifiche effettuate dal seggio di gara sulla cartella compressa, occorre precisare che OMISSIS non era tenuta ad archiviare tale documentazione. Comunque, l'Azienda ha potuto dimostrare, attraverso il deposito di taluni screenshots, che gli allegati in questione risultano regolarmente sottoscritti (cfr. l'allegato n. 4 alla documentazione versata in giudizio dall'OMISSIS il 18 aprile 2019). Non rileva, in proposito, che il positivo riscontro della verifica della firma attestato dagli screenshots si riferisca a un momento successivo a quello in cui il seggio di gara ha controllato la documentazione (e, precisamente, al 10 aprile 2019), in quanto i files contenenti i documenti presentati da Cec, una volta caricati sul portale di gara, non potevano essere successivamente modificati.

In definitiva, risulta accertato che Cec ha regolarmente sottoscritto, in conformità alle indicazioni della lex specialis, la propria offerta tecnica e i relativi allegati..."

**Consiglio di Stato, Sez. V, 12/6/2019, n. 3943**

*Il principio di rotazione è finalizzato a evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente (la cui posizione di vantaggio deriva dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento e non invece dalle modalità di affidamento, di tipo "aperto", "ristretto" o "negoziato"), soprattutto nei mercati in cui il numero di operatori economici attivi non è elevato*

"...Premesso infatti che quello in esame è un appalto sotto soglia e che la procedura su cui nello specifico si controverte non è aperta, bensì negoziata, va confermato il principio di carattere generale (Cons. Stato, V, 5 marzo 2019, n. 1524; V, 13 dicembre 2017, n. 5854 e VI, 31 agosto 2017, n. 4125) in virtù del quale

va riconosciuta l'obbligatorietà del principio di rotazione per le gare di lavori, servizi e forniture negli appalti cd. "sotto soglia".

Il principio di rotazione – che per espressa previsione normativa deve orientare le stazioni appaltanti nella fase di consultazione degli operatori economici da invitare a presentare le offerte – è finalizzato a evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente (la cui posizione di vantaggio deriva dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento e non invece dalle modalità di affidamento, di tipo "aperto", "ristretto" o "negoziato"), soprattutto nei mercati in cui il numero di operatori economici attivi non è elevato. .... Pertanto, anche al fine di scoraggiare pratiche di affidamenti senza gara – tanto più ove ripetuti nel tempo – che ostacolano l'ingresso delle piccole e medie imprese e di favorire, per contro, la distribuzione temporale delle opportunità di aggiudicazione tra tutti gli operatori potenzialmente idonei, il principio in questione comporta, in linea generale, che ove la procedura prescelta per il nuovo affidamento sia di tipo ristretto o "chiuso" (recte, negoziato), l'invito all'affidatario uscente riveste carattere eccezionale. Rileva quindi il fatto oggettivo del precedente affidamento in favore di un determinato operatore economico, non anche la circostanza che questo fosse scaturito da una procedura di tipo aperto o di altra natura: per l'effetto, ove la stazione appaltante intenda comunque procedere all'invito del precedente affidatario, dovrà puntualmente motivare tale decisione, facendo in particolare riferimento al numero (eventualmente) ridotto di operatori presenti sul mercato, al grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale ovvero al peculiare oggetto ed alle caratteristiche del mercato di riferimento."

#### **Autorità Nazionale Anticorruzione**

##### **DELIBERA N. 260 DEL 26 marzo 2019 PREC 12/19/S\_PB**

*non è conforme alla normativa di settore l'esclusione del concorrente che ha dichiarato il possesso del requisito relativo ai servizi analoghi svolti mediante due contratti diversi stipulati con la medesima amministrazione pubblica*

"... la ratio del richiamato requisito di capacità tecnico professionale è funzionale a valutare l'idoneità dell'offerente ad effettuare, a regola d'arte e con buon esito, quella data attività che si vuole porre ad oggetto dell'appalto pubblico. La relativa dimostrazione è effettuata mediante l'esibizione dell'elenco dei principali servizi, quali risultanti dai certificati di regolare esecuzione, o di atti similari, idonei ad attestare inequivocabilmente il buon esito degli appalti precedentemente eseguiti, costituendoli quali una sorta di "prova di resistenza" in merito alla sussistenza della necessaria capacità tecnico-organizzativa per l'affidamento e la gestione del servizio in gara (TAR Puglia, Sez. II, 9 luglio 2018, n. 1036). In tale prospettiva e nel rispetto del tenore letterale della clausola del disciplinare di gara in contestazione, ciò che assume rilevanza non è l'elemento soggettivo relativo alla numerosità dei committenti, ma piuttosto quello oggettivo della pluralità e della "consistenza" dei contratti relativi ai servizi analoghi svolti; ... l'operatore economico che ha contestato la propria illegittima esclusione dalla gara aveva dichiarato lo svolgimento di due servizi a favore della medesima amministrazione, in riferimento a due contratti diversi, relativi a due lotti di una medesima gara; ... per orientamento giurisprudenziale costante, i bandi di gara suddivisi in lotti non hanno carattere unitario ma costituiscono una pluralità di gare contestuali, in quanto non sono finalizzati all'affidamento di un unico contratto, bensì di un singolo contratto per ciascun lotto (Cons. Stato, Sez. V, 12 gennaio 2017, n. 52). Ne consegue che, ai fini della verifica circa il possesso del requisito relativo ai servizi svolti, ciascun contratto va valutato autonomamente in riferimento al suo contenuto e al suo valore economico;"

**Autorità Nazionale Anticorruzione**

**DELIBERA N. 199 DEL 13 marzo 2019  
PREC 123/18/S**

*In caso di avvalimento della certificazione di qualità, occorre, ai fini dell'idoneità del contratto, che l'ausiliaria metta a disposizione dell'ausiliata l'intera organizzazione aziendale, comprensiva di tutti i fattori della produzione e di tutte le risorse, che, complessivamente considerata, le hanno consentito di acquisire la certificazione di qualità*

“giòva ribadire, in generale, come la certificazione di qualità miri ad assicurare che l'impresa affidataria sia idonea a effettuare la prestazione oggetto del contratto secondo il livello di aspettative, accertato da un organismo qualificato e secondo parametri rigorosi delineati a livello europeo che valorizzino l'organizzazione e il livello complessivo dell'attività nell'intero suo svolgimento (cfr. Cons. Stato, sez. VI, sentenza n. 6619 del 27.10.2003; Parere n. 98 del 19.5.2011; Delibera n. 179 del 21.2.2018); ... secondo costante orientamento giurisprudenziale quando oggetto di avvalimento è la certificazione di qualità, occorre, ai fini dell'idoneità del contratto che l'ausiliaria metta a disposizione dell'ausiliata l'intera organizzazione aziendale, comprensiva di tutti i fattori della produzione e di tutte le risorse, che, complessivamente considerata, le hanno consentito di acquisire la certificazione di qualità (cfr. Cons. Stato, sez. V, sentenza 17.5.2018, n. 2953; Cons. Stato, sez. V, sentenza 20.11.2018, n. 6551);”

**Autorità Nazionale Anticorruzione**

**DELIBERA N. 173 DEL 6 marzo 2019  
PREC 10/19/S**

*La mancata allegazione della corretta marcatura temporale non può costituire oggetto di soccorso istruttorio*

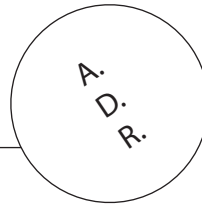
“... secondo un orientamento piuttosto consolidato della giurisprudenza – «[...]nel caso delle gare telematiche, la conservazione dell'offerta è affidata allo stesso concorrente, che la custodisce all'interno della memoria del proprio personal computer nella fase che intercorre tra il termine di presentazione e la procedura di upload. La identità del numero seriale della marcatura temporale inserita all'atto della presentazione dell'offerta e quella apposta sull'offerta nella fase di upload costituisce un adempimento essenziale al fine di garantire che l'offerta non sia stata modificata o sostituita in data successiva al termine ultimo perentorio di presentazione delle offerte.

Di qui consegue innanzitutto che la corrispondenza del numero seriale costituiva un adempimento essenziale al fine di assicurare il regolare svolgimento della gara e garantire alla stazione appaltante l'identità tra le offerte caricate al sistema e quelle compilate entro il termine ultimo perentorio stabilito dal bando» (così, da ultimo, Tar Abruzzo, Pescara, Sez. I, 29 maggio 2018, n. 178); .... nelle gare telematiche, attraverso l'apposizione della firma e della marcatura temporale, da effettuare inderogabilmente prima del termine perentorio fissato per la partecipazione, si garantisce la corretta partecipazione e inviolabilità delle offerte, di talché la scusabilità degli errori formali od omissioni, stante le peculiarità procedurali di tale tipologia di gare, è ammessa in ipotesi specifiche, sostanzialmente riconducibili a malfunzionamenti del sistema telematico di gestione della gara che, ad esempio, non abbiano consentito ad uno o più operatori economici di consegnare nel termine prestabilito la propria offerta; ... la mancata allegazione della corretta marcatura temporale – secondo il costante orientamento espresso al riguardo sia dalla giurisprudenza amministrativa che da questa Autorità – non può costituire oggetto di soccorso istruttorio trattandosi di

un vizio radicale dell'offerta e alla luce del principio generale dell'autoresponsabilità dei concorrenti «per il quale ciascuno di essi sopporta le conseguenze di eventuali errori commessi nella formulazione dell'offerta e nella presentazione in coerenza con esigenze di certezza e celerità dell'azione amministrativa, soprattutto in settori come quello delle gare pubbliche, ove non si riconosce significatività alcuna a comportamenti del concorrente che possano essere incolpevoli o altrimenti imputabili alla stazione appaltante – magari rilevanti ad altri fini – restando l'accertamento della legittima partecipazione alla gara di un concorrente circoscritto all'oggettiva verifica della sussistenza dei necessari requisiti formali e sostanziali richiesti dalla normativa e dalla lex specialis, nonché della loro corretta allegazione e rappresentazione» (Consiglio di Stato, Sez. V, 7 novembre 2016, n. 4645)»

# A Domanda Rispondiamo

a cura di Maria Teresa Colamorea e  
Mariarosaria di Canio



# 1

**È ammessa la regolarizzazione dell'importo mediante una polizza integrativa, seppure avente data successiva alla data di presentazione delle offerte, che garantisca l'importo mancante?**

L'integrazione è ammessa per il tramite del soccorso istruttorio mediante il quale si potrà chiedere all'operatore economico se l'importo indicato nella garanzia provvisoria fornita sia frutto di una riduzione riconducibile ad una ulteriore certificazione di cui dovrà produrre copia conforme o, diversamente, produrre un'integrazione di polizza che, essendo riconducibile a quella già fornita, non potrà che avere data successiva alla scadenza delle offerte.

# 2

**Un'impresa destinataria di un sequestro preventivo della quota di partecipazione al capitale sociale può partecipare ad una procedura di gara?**

Il Consiglio di Stato, Sezione V, con sentenza n. 291 del 14.1.2019 ha affermato che, il sequestro preventivo, misura cautelare reale, ha per sua propria natura carattere provvisorio ed è fondato su un accertamento sommario; pertanto v'è interesse ad evitare gli ulteriori possibili effetti dei reati che si ipotizza siano stati commessi. Gli effetti che il sequestro preventivo è destinato a produrre al di fuori del processo penale vanno indagati tenendo a mente il principio della presunzione di innocenza, a copertura costituzionale, in combinato disposto con il principio di tassatività delle cause di esclusione. Alla luce di queste coordinate ermeneutiche, la Sezione conclude che il sequestro preventivo, per le sue proprie caratteristiche, non integra alcuna delle ipotesi di esclusione previste dall'art. 80 del Codice e nello specifico dai commi 1, 3, 4 e 5 della stessa disposizione pertanto, un'impresa destinataria di un sequestro preventivo della quota di partecipazione al capitale sociale può legittimamente partecipare ad una procedura di gara.

### **3** Il sopralluogo nei luoghi di esecuzione dell'appalto può essere previsto a causa di esclusione?

Il Consiglio di Stato, con sentenza n. 3581 del 29/05/2019, ha precisato che l'art. 106 del D.P.R. 207/10 ormai abrogato, non è stato sostituito da altre previsioni in tal senso, pertanto, la partecipazione alla procedura non può essere legata all'effettuazione del sopralluogo nè tanto meno il concorrente che non avesse adempiuto avrebbe potuto essere legittimamente escluso. Il riferimento di cui all'art. 79 comma 2 del codice, secondo il Consiglio di Stato, è stato posto affinché 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».

### **4** Negli acquisti fatti sul mercato elettronico di CONSIP la stazione appaltante è obbligata a verificare i requisiti in capo all'aggiudicatario?

La legge di conversione del decreto sblocca cantieri, n. 55 del 2019, ha modificato il comma 6 ter del D.Lgs n. 50/2016 stabilendo che nelle procedure di affidamento effettuate nell'ambito dei mercati elettronici, la stazione appaltante verifica esclusivamente il possesso da parte dell'aggiudicatario dei requisiti economici e finanziari e tecnico professionali ove richiesti, nonchè quelli di carattere generale, solo se il soggetto aggiudicatario non rientra tra gli operatori economici verificati a campione dal soggetto responsabile del mercato elettronico.

### **5** Quando entrerà in vigore la piattaforma unica della trasparenza e pubblicità?

A decorrere dal 1 luglio 2019, gli obblighi di pubblicità di cui al comma 2 dell'articolo 29 ed al comma 7 dell'articolo 21 del Codice dei contratti pubblici saranno assolti utilizzando le nuove modalità rese disponibili dal Sistema a rete MIT (SCP) -Regioni/Province autonome.

Da tale data:

- le stazioni appaltanti statali e di livello centrale e le stazioni appaltanti di ambito locale con sede nelle Regioni/Province autonome che non hanno ancora attivato un proprio sistema informativo assolveranno agli obblighi informativi, di cui sopra, tramite il Servizio Contratti Pubblici disponibile all'indirizzo <https://www.serviziocontrattipubblici.it>;

Il Sistema a rete MIT (SCP) garantisce, oltre alla pubblicità di avvisi, bandi ed esiti di contratti pubblici, anche:

- la pubblicità dei programmi biennali di acquisti di beni e servizi e dei programmi triennali dei lavori pubblici, nonché dei relativi aggiornamenti annuali (articolo 21 del Codice dei contratti pubblici e Decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, 16 gennaio 2018, n. 14);

- la rilevazione e la pubblicazione dell'elenco anagrafe delle opere incompiute (Decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti 13 marzo 2013, n. 42).

## 6

### **Il socio di maggioranza di una società di capitale è tenuto a dichiarare un grave illecito professionale?**

La tesi maggiormente aderente al dato testuale dell'art. 80 d.lgs. 50 del 2016 e, sostenuta da recente giurisprudenza dei tribunali amministrativi regionali (T.R.G.A. Trentino Alto Adige, Bolzano, 22 gennaio 2019, n. 14; T.a.r. Lombardia, Milano, sez. I, 29 gennaio 2019, n. 14) è quella secondo cui i soggetti di cui al comma 3 dell'art. 80 del codice dei contratti pubblici sono tenuti a rendere le dichiarazioni di cui ai commi 1 e 2 del D.Lgs. n. 50/2016 riferendosi le cause di esclusione di cui al comma 5 al solo operatore economico che partecipa alla procedura di gara. Dovrebbero anche essere disapplicate Linee Guida n. 6 dell'ANAC, nella parte in cui affermano che "i gravi illeciti professionali assumono rilevanza ai fini dell'esclusione dalla gara quando sono riferiti direttamente all'operatore economico o ai soggetti individuati dall'art. 80, comma 3, del Codice", in quanto introducono un obbligo diverso e ulteriore rispetto a quello già previsto dall'art. 80, in violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione e del favor participationis **(Cfr. TAR Lazio, sez. II ter, 17 giugno 2019, n. 7836)**

## 7

### **Quando l'iscrizione all'albo gestori ambientali può essere richiesto quale requisito di esecuzione dell'appalto?**

È legittimo che l'amministrazione richieda l'iscrizione all'albo nazionale dei gestori ambientali come requisito di idoneità professionale necessario per la qualificazione degli operatori economici nella procedura di gara se l'appalto ha ad oggetto proprio tali servizi ovvero la gestione dei rifiuti; per contro, quando il servizio di gestione dei rifiuti non costituisce la principale attività contrattuale è legittimo che l'amministrazione richieda tale iscrizione quale requisito di esecuzione dell'appalto **(Cfr. Consiglio di Stato sez. V 3/5/2019 n. 2881)**

## 8

### **Il rinnovo di un contratto d'appalto deve avvenire sempre agli stessi patti e condizioni del contratto originario?**

No. Quando l'amministrazione si avvale della facoltà, legittimamente prevista in atti di rinnovare il contratto di appalto, ben può rinegoziare le originarie condizioni contrattuali purchè le modifiche non abbiano carattere sostanziale. Le modifiche sono sostanziali se queste hanno l'effetto: a) di estendere l'appalto, in modo considerevole, ad elementi non previsti; b) di alterare l'equilibrio economico contrattuale in favore dell'aggiudicatario; c) di rimettere in discussione l'aggiudicazione dell'appalto, nel senso che, «se esse fossero state previste nei documenti disciplinanti la procedura di aggiudicazione originaria, sarebbe stata accolta un'altra offerta oppure avrebbero potuto essere ammessi offerenti diversi» **(Cfr. Consiglio di Stato sez. III 28/5/2019 n. 3)**



## 9

### Quando le referenze bancarie possono ritenersi idonee?

Il Tar Campania, Napoli, con sentenza n. 1972 del 9 aprile 2019 ha chiarito che, secondo consolidata giurisprudenza, le referenze bancarie non devono essere consacrate in formule sacramentali, essendo sufficiente, per la loro idoneità, l'indicazione della correttezza e puntualità dei rapporti tra il cliente e l'istituto bancario (Cons. Stato, sez. IV, 15 gennaio 2016, n. 108)". In particolare, le referenze bancarie vanno considerate "idonee" qualora gli istituti bancari abbiano riferito sulla qualità dei rapporti in atto con le società, per le quali le referenze sono richieste, con particolare riguardo alla correttezza e puntualità di queste nell'adempimento degli impegni assunti con l'istituto, l'assenza di situazioni passive con lo stesso istituto o con altri soggetti, che siano desumibili dai movimenti bancari o da altre informazioni in loro possesso (Cons. Stato, sez. III, 27 giugno 2017, n. 3134; IV, 29 febbraio 2016, n. 854; IV, 22 novembre 2013, n. 5542). Quindi, nell'ipotesi in cui la referenza prodotta dall'impresa concorrente non si riveli idonea a questo scopo, perché quanto ivi attestato non sia ritenuto sufficiente dall'amministrazione aggiudicatrice, quest'ultima è tenuta a soccorrere l'impresa mediante l'ampio potere di regolarizzazione previsto dal codice dei contratti (Cons. St., sez. V, 21 giugno 2017, n. 3132). Le referenze bancarie, inoltre, sono suscettibili di soccorso istruttorio da parte della stazione appaltante, che ha anche la possibilità di richiedere la loro integrazione mediante altra documentazione (**Consiglio di Stato sez. III 3/8/2018 n. 4810; Cons. Stato, sez. V, 10 aprile 2019, n. 2351**).

## 10

### L'art. 113 del D.Lgs. 50/2016, in materia di incentivi per funzioni tecniche si applica solo ai contratti di appalto?

Sul punto si è espressa la Corte dei Conti con delibera n. 15/2019 stabilendo che, tale previsione dovrebbe riferirsi solo agli appalti "dal momento che i compensi incentivanti costituiscono un «di più» delle spese per i contratti d'appalto e non vi è alcun elemento ermeneutico che possa far ritenere estensibile le disposizioni dell'articolo anche alle concessioni, non essendo normativamente previsto uno specifico stanziamento non riconducibile ai capitoli dei singoli lavori, servizi e forniture".

# Offerte tecniche e offerte economiche... spunti e riflessioni

di Giuseppe Croce

IN  
PIL  
LOLE

Indagando tra le pronunce giurisprudenziali di questi ultimi giorni, interessanti spunti possono trarsi in tema di offerte e contenuto delle stesse. Consiglio di Stato, Sez. V, 25.06.2019 n. 4342 confermando un orientamento ormai decisamente consolidato, ha richiamato la vigenza del c.d. principio di separazione tra offerta tecnica e offerta economica, denominato anche come divieto di commistione, rispondente alla finalità di garantire la segretezza dell'offerta economica (cfr., tra le altre Cons. Stato, VI, 22 novembre 2012, n. 5928), ed è perciò funzionale ad evitare che l'offerta tecnica contenga elementi che consentano di ricostruire, nel caso concreto, l'entità dell'offerta economica (cfr. Cons. Stato, V, 21 novembre 2017, n. 5392).

Coerente con tale finalità è l'affermazione per la quale il divieto non va inteso in senso assoluto, bensì relativo, con indagine da condurre in concreto, in riferimento alla detta funzione (cfr. Cons. Stato, III, 3 aprile 2017, n. 1530, tra le altre, id., 24 settembre 2018, n. 5499). Il divieto in parola, inoltre, non può essere interpretato in maniera indiscriminata, al punto da eliminare ogni possibilità di obiettiva interferenza tra l'aspetto

tecnico e quello economico dell'appalto posto a gara (cfr. Cons. di Stato, V, 12 novembre 2015, n. 5181), attesa l'insussistenza di una norma di legge che vieti l'inserimento di elementi economici nell'offerta tecnica (cfr. Cons. di Stato, 27 novembre 2014, n.5890), a meno che uno specifico divieto non sia espressamente ed inequivocabilmente contenuto nella legge di gara (cfr. Cons. Stato, V, 14 dicembre 2018, n. 7057). In particolare, possono essere inseriti nell'offerta tecnica voci a connotazione (anche) economica o elementi tecnici declinabili in termini economici se rappresentativi di soluzioni realizzative dell'opera o del servizio oggetto di gara (cfr. Cons. Stato, V, 22 febbraio 2016, n. 703).

Conseguentemente si è ammessa l'indicazione nell'offerta tecnica di "alcuni elementi economici, resi necessari dagli elementi qualitativi da fornire, purché tali elementi economici non consentano di ricostruire la complessiva offerta economica" (Cons. Stato, III, 20 gennaio 2016, n. 193) o purché non venga anticipatamente reso noto il "prezzo" dell'appalto (Cons. Stato, V, 13 giugno 2016, n. 2530).

Nell'offerta tecnica possono essere comunque inclusi singoli elementi economici che siano resi necessari dagli elementi qualitativi da fornire, purché siano elementi economici che non fanno parte dell'offerta economica, quali i prezzi a base di gara, i prezzi di listini ufficiali, i costi o prezzi di mercato, ovvero siano elementi isolati e del tutto marginali dell'offerta economica che non consentano in alcun modo di ricostruire la complessiva offerta economica.

Questa precisazione costituisce un limite al perimetro applicativo del divieto di commistione in esame, come ha già chiarito più volte la giurisprudenza di questo Consiglio (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 12.11.2015 n. 5181 e 21.11.2017 n. 5392).

Inoltre, l'applicazione del divieto di commistione va effettuata in concreto (e non in astratto), "con riguardo alla concluzione degli elementi economici esposti o desumibili dall'offerta tecnica, che debbono essere tali da consentire di ricostruire in via anticipata l'offerta economica nella sua interezza ovvero, quanto meno, in aspetti economicamente significativi, idonei a consentire potenzialmente al seggio di gara di apprezzare "prima del tempo" la consistenza e la convenienza di tale offerta" (Consiglio di Stato, sez. III, 03.04.2017 n. 1530; cfr. Consiglio di Stato, sez. III, n. 3287/2016; id. sez. IV, n. 825/2016).

Interessante anche in tal senso la Deliberazione A.N.AC. 29/5/2019 n. 452, nella quale si sottolinea che: "Sia nelle Linee Guida n. 1, di attuazione del d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50 "Indirizzi generali sull'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria" che nel Bando tipo n. 3, la riduzione del tempo di redazione del progetto è, invece, inclusa nell'offerta economica. Gli atti di indirizzo dell'ANAC appena richiamati recepiscono, sul punto, l'orientamento di questa Autorità che già si era espressa ritenendo che la c.d. "offerta tempo" sia parte integrante dell'offerta economica (parere n. 151 del 9 settembre 2015; parere 29 luglio 2014, n. 8). In merito si è espressa anche la giurisprudenza evidenziando che ".....la separazione tra le fasi di valutazione dell'offerta tecnica e di quella economica, propria delle procedure di affidamento da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, è principio generale diretto a evitare che la commissione di gara sia influenzata nella

*valutazione dell'offerta tecnica dalla conoscenza di elementi dell'offerta economica". Inoltre, sulla base del presupposto che l'offerta temporale, come quella economica, è legittimamente assoggettata a un'attribuzione di punteggi con metodo automatico, occorre anche concludere che ".....la conoscenza di elementi economico - temporali da parte della commissione, nella fase della valutazione dell'offerta tecnica, appare di per sé idonea a determinare anche solo in astratto un condizionamento dell'operato della commissione medesima, alterando o perlomeno rischiando potenzialmente di alterare la serenità e l'imparzialità dell'attività valutativa della commissione stessa, sicché è corretto stabilire che nessun elemento economico ma nemmeno temporale debba essere reso noto alla commissione medesima prima che questa abbia effettuato le proprie valutazioni sull'offerta tecnica"(Consiglio di Stato decisione numero 5461 del 27 dicembre 2016)".*

Sulla medesima tematica il TAR Lazio Roma sez. I quater 27/6/2019 n. 8414, nella quale osserva il Collegio che il c.d. soccorso istruttorio ha come finalità quella di consentire l'integrazione della documentazione già prodotta in gara, ma ritenuta dalla stazione appaltante incompleta o irregolare sotto un profilo formale, non anche di consentire all'offerente di formare atti in data successiva a quella di scadenza del termine di presentazione delle offerte (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 22 ottobre 2018, n. 6005), in violazione del principio di immodificabilità e segretezza dell'offerta, imparzialità e par condicio delle imprese concorrenti.

Ed infatti il c.d. soccorso istruttorio consente di completare dichiarazioni o documenti già presentati, non di introdurre documenti nuovi, soltanto riguardo ai requisiti soggettivi di partecipazione dell'impresa; conseguentemente esso non può essere utilizzato per supplire a carenze dell'offerta successivamente al termine finale stabilito dal bando, salva la rettifica di errori materiali o refusi (cfr. Cons. Stato, Ad.Plen. n. 9/2014).

Il vigente Codice Appalti all'art.83, comma 9 prevede che "le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara

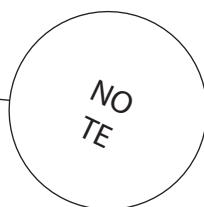
unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere”.

Dal disposto normativo emerge che le carenze formali possono essere sanate attraverso la procedura del c.d. soccorso istruttorio “... con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica ed all'offerta tecnica”, con la conseguenza che nella fase precedente all'esame dell'offerta tecnica ed economica la S.A., in caso di carenze formali, ha l'alternativa tra l'esclusione dalla gara della concorrente o il c.d. soccorso istruttorio, mentre nella fase dell'esame di dette offerte - già ammesse, come nella specie - l'Amministrazione può attribuire soltanto un punteggio alle offerte, ma non può consentire integrazioni.

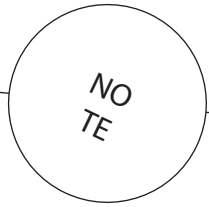
Si tratta di un limite di applicabilità dell'istituto disposto in modo inequivocabile dalla legge e sostenuto dalla giurisprudenza secondo cui nell'ambito di una procedura di gara pubblica, la predetta disposizione di cui all' art. 83, co. 9 del d.lgs. n.50/2016, non include dal beneficio del c.d.

soccorso istruttorio le carenze relative all'offerta tecnica presentata dall'operatore economico partecipante alla gara (cfr. Cons.Stato, sez. V, 13 febbraio 2019, n.1030), ciò perché non può essere consentita al concorrente la possibilità di completare l'offerta successivamente al termine finale stabilito dal bando, salva la rettifica di semplici errori materiali o di refusi, impedendo così l'applicazione dell'istituto per colmare carenze dell'offerta tecnica al pari di quella economica.

Per di più va rilevato che la produzione di un documento tecnico inadeguato non può essere qualificata come carenza di un elemento formale dell'offerta ai sensi della predetta disposizione, che non può conseguentemente essere integrato ai fini voluti da parte ricorrente per sanare irregolarità essenziali afferenti all'offerta tecnica, con l'acquisizione di dichiarazioni integrative dell'offerente a sanatoria della propria offerta (cfr. ex multis, Cons. Stato, sez. V, 3 aprile 2018, n. 2069; Tar Toscana, sez. I, 7 febbraio 2019, n.206; Tar Campania, Napoli, sez. I, 10 gennaio 2019, n.152; idem, sez. 4, 2 gennaio 2019, n.10; Tar Lombardia, Brescia, sez. I, 19 dicembre 2018, n.1219; Tar Lombardia, Milano, sez. I, 5 novembre 2018, n.2500; Tar Lazio, Roma, sez. II, 21 febbraio 2018, n. 2016).



A series of horizontal dotted lines for writing, consisting of 18 lines in total, arranged in a single column.



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](http://www.mediappalti.it)

**Pubblicità:** [pubblicita@mediappalti.it](mailto:pubblicita@mediappalti.it)

**Servizio abbonamenti:** [abbonamenti@mediappalti.it](mailto:abbonamenti@mediappalti.it)

Mediagraphic

**Redazione:** Mediagraphic s.r.l.

Via Palmitessa, 40 - 76121 Barletta

**Telefono:** 0883.527171 **Fax:** 0883.570189

[redazione@mediappalti.it](mailto:redazione@mediappalti.it)

# i seminari in programma

SEMI  
NA  
RI

## APPALTI

**La riforma del Codice degli Appalti a seguito della legge di conversione del Decreto "Sblocca Cantieri" e nella "Legge Delega"**

11 luglio 2019 Ancona, 11 luglio 2019 Cagliari, 16 luglio 2019 Genova

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

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

**La gestione degli adempimenti post-aggiudicazione.**

**Dalle verifiche dei requisiti alla trasmissione delle informazioni agli Osservatori Regionali, al Ministero ed all'ANAC.**

9 Luglio Palermo

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!**





sulla  
**Corte dei Conti**

Analisi di pareri e pronunce su questioni  
attinenti all'attività contrattuale  
ed in genere all'azione amministrativa  
delle Stazioni appaltanti.

*Medi*  
*Graphic*  
**MEDIA**APPALTI

Rubrica bimestrale  
a cura di  
**Stefano Usai**

**luglio**  
**2019**

# **sommario**

---

**Il riconoscimento del debito fuori bilancio  
senza “criteri” di quantificazione  
(Sezione regionale di controllo, Puglia,  
deliberazione n. 60/2019)**

- Premessa  
1. Il parere

**3**

---

**Lavori di somma urgenza e debito fuori bilancio  
(Sezione regionale di controllo Sicilia,  
deliberazione n. 121/2019)**

1. Il quesito  
2. Le norme di riferimento  
3. Il parere

**6**

---

**Gli incentivi nei contratti di forniture e servizi  
(Sezione regionale della Puglia, deliberazione n. 52/2019)**

- Premessa  
1. L’analisi  
2. La necessità del direttore dell’esecuzione  
(negli appalti di forniture e servizi)

**9**

---

# **Il riconoscimento del debito fuori bilancio senza “criteri” di quantificazione**

---

## **Premessa**

Il Sindaco di un comune pugliese, esponendo in premessa alcune questioni finalizzata ad avere un chiarimento in tema di riconoscimento dei debiti fuori bilancio.

In premessa il Sindaco rappresenta che:

- con riferimento a prestazioni, servizi e lavori resi in favore dell’ente locale che, **benché privi di titolo o di titolo valido**, siano considerati utili per l’amministrazione è ammesso il riconoscimento ex art. 194, comma 1, lett. e) del d.lgs.267/2000 nei limiti degli accertati e dimostrati utilità ed arricchimento dell’ente stesso, nell’ambito dell’espletamento di pubbliche funzioni e servizi di competenza;
- che il riconoscimento sostanzialmente riguarda l’indennità prevista dall’art. 2041 c.c. che va liquidata nei limiti della diminuzione patrimoniale subita dal terzo nell’erogazione della prestazione in virtù del contratto invalido e non in misura coincidente con il mancato guadagno che lo stesso avrebbe potuto trarre dall’instaurazione di una valida relazione contrattuale;
- che occorre seguire un metodo ovvero un criterio **per determinare l’ingiustificato arricchimento riconoscibile dall’ente.**

In sostanza, il quesito verte – e da qui la richiesta - sulla possibilità o meno di poter riconoscere un debito fuori bilancio nel caso di "arricchimento" per l'ente da prestazioni varie. Il problema che viene posto è però quello dei criteri di quantificazione ed applicarli.

Infatti nella richiesta il sindaco pone la questione se "ai fini del computo dell'utile del privato prestatore del servizio, fornitore del bene o dell'opera che (...) non sarebbe riconoscibile in sede di riconoscimento debito fuori bilancio, **possa applicarsi il criterio forfettario della riduzione della percentuale del valore del 10% per i lavori e del 5% per le forniture ed i servizi, così come ritenuto in diversi pareri delle Sezioni regionali di controllo, ovvero se occorra valutare caso per caso l'utile da escludere in ragione del tipo di prestazione, potendo risultare un utile volta per volta superiore ovvero inferiore ai predetti criteri forfettari, fatta salva, in ogni caso la congruità del compenso, la cui eccedenza rispetto al valore della prestazione resa costituirebbe importo comunque non riconoscibile**".

## **1. Il parere**

Secondo il collegio, ai fini della quantificazione dell'utile di impresa, la giurisprudenza contabile ha più volte richiamato i parametri utilizzati dalla giurisprudenza amministrativa e della stessa Corte dei conti per il ristoro del c.d. «*danno da concorrenza*», ritenendo che tale utile sia da quantificare «... in una percentuale del valore dell'appalto, 10% o 5% a seconda che si tratti di appalto di lavori o di forniture di beni e servizi. Trattasi del criterio liquidatorio dell'utile d'impresa, che viene mutuato dalle cause di risarcimento per equivalente, nel caso in cui non sia possibile la reintegrazione in forma specifica della pretesa dell'impresa ricorrente vittoriosa. Esso muove dal presupposto della spettanza, al privato contraente a causa dei vizi della procedura ad evidenza pubblica, del solo arricchimento senza causa, ai sensi dell'art. 2041 c.c., in luogo del corrispettivo contrattuale. In applicazione di tale criterio, il danno (alla concorrenza), nel giudizio di responsabilità, viene individuato nei pagamenti eccedenti la quota riconducibile all'arricchimento senza causa, sicché l'utile di impresa rappresenta la misurazione di tale eccedenza». Corte dei conti, Sez. reg. contr. Lombardia, deliberazione 22 dicembre 2014, n. 380/2014/PRSE).

Questo criterio, rammenta la deliberazione trae origine dall'applicazione analogica della giurisprudenza "nella valutazione del danno risarcibile all'impresa appaltatrice in caso di contenzioso con la stazione appaltante, dell'art. 345 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, allegato F, attualmente riprodotto nell'art. 109 del D.lgs 50/2016, che quantifica(va) in tale misura il danno risarcibile a favore dell'appaltatore in caso di recesso della P.A".

In questi limiti – se realmente l'amministrazione ha degli elementi per ritenere che l'utile di impresa possa discostarsi da tali parametri, lasezione ammette che ben si "possa procedere a scomputare dalla somma da riconoscere l'utile di impresa effettivo".

Secondo la sezione è quindi possibile individuare una diversa quantificazione dell'utile di impresa

solo in presenza di specifiche valutazioni, ovviamente effettuate *ex ante*, “vale a dire prima della stessa esecuzione della fornitura e/o del servizio e/o dell’opera e delle quali l’amministrazione abbia la disponibilità, in base alle quali sia stato possibile individuare e valutare l’esatta composizione dell’offerta, ivi compreso le sue componenti inderogabili, al fine di vagliarne l’attendibilità, la conformità alle prescrizioni di legge e, da ultimo, l’effettivo utile di impresa conseguito dal prestatore d’opera, di servizi e di forniture”.

# Lavori di somma urgenza e debito fuori bilancio

---

## 1. Il quesito

Sempre in tema di fuori bilancio anche il caso trattato dalla sezione di controllo della regione Sicilia. Nel caso di specie il sindaco pone la questione dei lavori di somma urgenza e rapporto con il debito fuori bilancio.

## 2. Le norme di riferimento

La sezione richiama le norme fondamentali in materia ed in particolare:

- l'articolo 163 del codice dei contratti

che disciplina le procedure per gli interventi di somma urgenza e di protezione civile, ed in specie il comma 4, si cui si dispone che: *"Il responsabile del procedimento o il tecnico dell'amministrazione competente compila entro dieci giorni dall'ordine di esecuzione dei lavori una perizia giustificativa degli stessi e la trasmette, unitamente al verbale di somma urgenza, alla stazione appaltante che provvede alla copertura della spesa e alla approvazione dei lavori. Qualora l'amministrazione competente sia un ente locale, la copertura della spesa viene assicurata con le modalità previste dall'articolo 191, comma 3, e 194 comma 1, lettera e), del decreto legislativo 18 agosto 2000 n. 267 e successive modificazioni e integrazioni"*.

- L'articolo 191, commi 3 e 4 come modificati dalla legge di bilancio 145/2018, in cui si puntualizza, rispettivamente, che *"3. Per i lavori pubblici di somma urgenza, cagionati dal verificarsi di un evento eccezionale o imprevedibile, la Giunta, entro venti giorni dall'ordinazione fatta a terzi, su proposta del responsabile del procedimento, sottopone al Consiglio il provvedimento di riconoscimento della spesa con le modalità previste dall'articolo 194, comma 1, lettera e), prevedendo la relativa copertura finanziaria nei limiti delle accertate necessità per la rimozione dello stato di pregiudizio alla pubblica incolumità. Il provvedimento di riconoscimento è adottato entro 30 giorni dalla data di deliberazione della proposta da parte della Giunta, e comunque entro il 31 dicembre dell'anno in corso, se a tale data non sia scaduto il predetto termine. La comunicazione al terzo interessato è data contestualmente all'adozione della deliberazione consiliare".* Ed il comma 4, secondo cui *"Nel caso in cui vi è stata l'acquisizione di beni e servizi in violazione dell'obbligo indicato nei commi 1, 2 e 3, il rapporto obbligatorio intercorre, ai fini della controprestazione e per la parte non riconoscibile ai sensi dell'articolo 194, comma 1, lettera e), tra il privato fornitore e l'amministratore, funzionario o dipendente che hanno consentito la fornitura. Per le esecuzioni reiterate o continuative detto effetto si estende a coloro che hanno reso possibili le singole prestazioni".*
- l'articolo 194 del decreto legislativo 267/2000 (in tema di riconoscimento di debiti fuori bilancio) per cui *"Con deliberazione consiliare di cui all'articolo 193, comma 2, o con diversa periodicità stabilita dai regolamenti di contabilità, gli enti locali riconoscono la legittimità dei debiti fuori bilancio derivanti da: ( omissis) e acquisizione di beni e servizi, in violazione degli obblighi di cui ai commi 1, 2 e 3 dell'articolo 191, nei limiti degli accertati e dimostrati utilità ed arricchimento per l'ente, nell'ambito dell'espletamento di pubbliche funzioni e servizi di competenza".*

Per effetto delle modifiche apportate dalla legge di bilancio per il 2019 viene abrogato, nell'ambito del terzo comma dell'articolo 191 del TUEL, il riferimento all'insufficienza delle risorse finanziarie per giustificare l'avvio delle procedure di riconoscimento dei debiti fuori bilancio derivanti dai lavori pubblici di somma urgenza, causati dal verificarsi di un evento eccezionale o imprevedibile.

Pertanto, a causa di questa nuova versione della norma, l'ente ha sempre l'obbligo di riconoscere come debiti fuori bilancio "i lavori di somma urgenza, per i quali non risulta possibile rispettare l'iter ordinario del procedimento di spesa e non già solo quando sull'apposito capitolo vi è insufficienza di fondi".

Con la disposizione introdotta con la legge 145/2018 il regime derogatorio rispetto all'ordinaria procedura contabile è stato esteso all'intera materia dei lavori di somma urgenza e di protezione civile: la giunta è tenuta a sottoporre al consiglio dell'ente, **entro venti giorni dall'ordinazione fatta a terzi, su proposta del responsabile del procedimento, il provvedimento di riconoscimento della spesa con le modalità previste dall'articolo 194, comma 1, lettera e), del TUEL, a prescindere dalla circostanza che il capitolo di spesa presenti o meno disponibilità finanziaria.**

In altre parole, prosegue il collegio, è necessario procedere sempre al riconoscimento consiliare delle spese derivanti *“per i lavori di somma urgenza apprestando la relativa copertura finanziaria, tuttavia solamente nei limiti delle necessità accertate per la rimozione dello stato di pregiudizio alla pubblica incolumità”*.

Il provvedimento di riconoscimento deve essere adottato entro 30 giorni dalla data di deliberazione della proposta da parte dell'organo esecutivo e comunque entro il 31 dicembre dell'anno in corso se a tale data non sia scaduto il predetto termine. La comunicazione al terzo interessato è data contestualmente all'adozione della deliberazione consiliare.

### **3. Il parere**

Secondo la sezione – in risposta al quesito - il richiamo alle “modalità” di riconoscimento del debito fuori bilancio di cui all'art. 194 lett. e) del decreto legislativo 267/2000 deve intendersi “nel senso che è sempre necessaria l'adozione della delibera consiliare con la quale riconoscere la spesa sostenuta per lavori di somma urgenza, purché strettamente attinenti alla rimozione dello stato di pericolo: in tal caso *l'utilitas* per l'amministrazione coincide con la spesa sostenuta come risultante dalla perizia tecnica e dal corrispettivo concordato consensualmente: ciò in quanto tale modalità procedurale, sia pure derogatoria rispetto all'ordinaria gestione contabile, è stata estesa dal legislatore, con la novella del 2018, all'intera materia dei lavori di somma urgenza e di protezione civile”.

Pertanto, laddove l'attività gestionale sia mantenuta entro l'alveo temporale segnato dalla legge non v'è ragione che giustifichi la decurtazione dell'utile d'impresa.

La violazione di questi termini procedurali, invece, determina – si legge in delibera - l'applicazione della disciplina sostanziale di cui all'art. 194, lett. e) come da consolidata giurisprudenza del giudice contabile: in tal caso il riconoscimento opererà esclusivamente **nei limiti dell'utilità ricevuta dall'amministrazione mentre per la parte non riconoscibile (l'utile d'impresa) il rapporto obbligatorio intercorrerà tra il privato fornitore e l'amministratore che ha disposto la fornitura.**



# **Gli incentivi nei contratti di forniture e servizi**

---

## **Premessa**

Con la deliberazione della sezione regionale della Puglia, n. 52/2019, viene ripresa la questione del riconoscimento degli incentivi in tema di contratti di forniture e servizi.

Nel caso di specie il Sindaco ha posto il quesito diretto a conoscere *“se per gli appalti di affidamento dei servizi finanziati dalla spesa corrente, quali ad esempio i servizi socio-assistenziali, previa nomina del direttore dell’esecuzione e inserimento nel relativo programma biennale di cui all’art.21 del D.Lgs.50/2016, possano essere previsti e corrisposti gli incentivi per funzioni tecniche”*.

## 1. L'analisi

La sezione annota che per rispondere al quesito, occorre prendere in considerazione la *ratio* delle disposizioni codicistiche in tema di incentivo.

Le disposizioni (art. 113 del codice dei contratti) risultano sicuramente dirette a *“stimolare, valorizzare e premiare i diversi profili, tecnici e amministrativi, del personale pubblico coinvolto nelle fasi del procedimento di spesa, dalla programmazione all’esecuzione del contratto, consentendo l’erogazione degli incentivi anche per gli appalti di servizi e forniture rientranti nell’ambito di applicazione del Codice dei contratti pubblici»* (deliberazione n. 2/SEZAUT/2019/QMIG), nonché di *“accrescere efficienza ed efficacia di attività tipiche dell’amministrazione, passibili di divenire economicamente rilevanti nella misura in cui producono risparmi in termini di rispetto dei tempi e di riduzione di varianti in corso d’opera»* (Sez. reg. contr. Toscana, delib. n. 186/2017/PAR, richiamata dalla delib. n. 2/SEZAUT/2019/QMIG)“.

La funzione degli incentivi, quindi, è uguale sia per i contratti di lavori sia per le forniture e servizi, ragionando diversamente *“si introdurrebbe in materia una distinzione fra le diverse tipologie di appalto pubblico che non trova fondamento nel dato normativo”*.

Evidentemente l’incentivo – se maturato secondo le rigorose condizioni della norma (e di quanto anche stabilito dalle linee guida ANAC n. 3), è erogabile a tutte e tre le fattispecie di appalto purchè, come detto in premessa ricorrano le condizioni legittimanti ed in primo luogo *“luogo lo svolgimento di una gara (ex multis, Sez. reg. contr. Liguria, delib. n. 136/2018/PAR; Sez. reg. contr. Marche, delib. n. 28/2018/PAR)”*.

Laddove per gara ci si riferisce anche ad una competizione tra diversi operatori economici. Ciò che deve ritenersi escluso dalla possibilità di incentivazione è l’affidamento diretto.

Per effetto di quanto, si deve ritenere che l’incentivo debba essere erogato anche in relazione alle nuove modalità di affidamento diretto per lavori di importo compreso tra i 40mila ed i 150mila euro secondo la nuova disposizione contenuta nella lettera b) del comma 2 dell’articolo 36 del codice (che richiede la previa valutazione di, almeno, tre preventivi) ed evidentemente anche nelle altre fattispecie (lett. c) e c-bis).

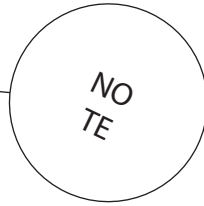
## 2. La necessità del direttore dell’esecuzione (negli appalti di forniture e servizi)

La delibera pone le premesse per il chiarimento sulle ulteriori condizioni legittimanti nel caso dell’appalto di forniture e servizi.

Nel caso di specie il collegio sottolinea che per appalti di forniture e servizi è necessaria la formale nomina del direttore dell’esecuzione (l’omologo del direttore dei lavori nell’appalto di lavori) ai sensi delle linee guida ANAC n. 3 rilevando che tale nomina impone però che il contratto stipulato raggiunga una certa soglia.

In particolare, le linee rammentano che il DEC può essere soggetto diverso dal RUP nel caso:

- a) di appalti di importo superiore ai 500mila euro;
- b) interventi particolarmente complessi sotto il profilo tecnologico;
- c) prestazioni che richiedono l'apporto di una pluralità di competenze (es. servizi a supporto della funzionalità delle strutture sanitarie che comprendono trasporto, pulizie, ristorazione, sterilizzazione, vigilanza, socio sanitario, supporto informatico);
- d) interventi caratterizzati dall'utilizzo di componenti o di processi produttivi innovativi o dalla necessità di elevate prestazioni per quanto riguarda la loro funzionalità;
- e) per ragioni concernente l'organizzazione interna alla stazione appaltante, che impongano il coinvolgimento di unità organizzativa diversa da quella cui afferiscono i soggetti che hanno curato l'affidamento.



A series of 18 horizontal dotted lines for writing.