

Rivista mensile - Anno XII, Numero 8

novembre  
**2022**

# MEDIA APPALTI

---

**La qualificazione delle  
stazioni appaltanti prende  
forma: approvate le Linee  
guida ANAC**

---

**Gli affidamenti nel  
sottosoglia nel nuovo  
schema di codice dei  
contratti (e confronto con  
l'attuale situazione)**

---

**Le gravi violazioni  
non definitivamente  
accertate in materia  
fiscale: commento al D.M.  
28.09.2022**

**“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

Medi  
Graphic



SGQ UNI EN ISO 9001:2015  
Certificato n° 2634



**approfondimento  
aggiornamento  
giurisprudenza  
informazione  
consulenza  
normativa**

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

novembre  
**2022**

---

# Sicurezza

---

Milano, capitale della moda, del design, della cultura. La città più vivace dell'Italia con i suoi atelier, i suoi studi di architettura, le gallerie d'arte, i teatri. È la stessa città, che con la sua provincia, detiene il triste primato della classifica, stilata da IISole24Ore, dell'indice della criminalità. Rapine, furti, danneggiamenti, violenze sessuali, omicidi e tentati omicidi. Sono alcuni degli aspetti presi in considerazione dagli esperti della testata giornalistica messi in rapporto con la densità di popolazione.

Quanto sono sicure le nostre città? Poco, potremmo affermare, sfogliando i dati proposti da Lab24. Poche, ne abbiamo conferma esaminando le iniziative delle amministrazioni comunali che promuovono appalti pubblici per fornirsi di impianti di videosorveglianza.

Il 20 ottobre scorso è scaduto il termine per la presentazione delle domande di adesione al POL

legalità 2014-2020. 30milioni di euro stanziati a favore dei comuni del meridione che desiderano potenziare i sistemi di videosorveglianza urbana a vocazione interforze.

Se il POL era indirizzato ai centri urbani del Sud Italia, si deve riconoscere che il fenomeno non è rigidamente geolocalizzato in queste aree. Si distribuisce omogeneamente su tutto il territorio nazionale con picchi che coincidono con le città più grandi. Tra le prime cinque province con il maggior numero di denunce, ce ne sono quattro tra le più popolate: Roma, Milano, Napoli, Torino. La sicurezza è sottomessa alla legge dei grandi numeri. Maggiore è il numero degli individui che condividono un determinato territorio, maggiore è la probabilità che nella stessa area si commettano reati. È uno dei maggiori costi dell'urbanizzazione. Agglomerare persone all'interno di una città ha i suoi vantaggi. Vivere in città significa avere maggiori opportunità lavorative, maggiori occasioni

di tessere reti sociali, maggiori probabilità di fruire di iniziative culturali. Sul versante opposto della medaglia c'è il caos: traffico, inquinamento, criminalità. Una realtà contro la quale le istituzioni sono impegnate quotidianamente. Le città sono il simbolo della convivenza sociale.

L'urbanizzazione, nata dall'esigenza di "una reciprocità delle prestazioni" come affermava l'urbanista spagnolo Idelfonso Cerdà, "si è lentamente sviluppata nel corso dei secoli, contemporaneamente all'intelligenza, agli istinti generosi, ai costumi raffinati, alla morale, alla cultura, alle arti, alle scienze e, in una parola, a tutti gli elementi della vera civiltà". Tutti buoni propositi che finiscono per collidere contro la degenerazione insite nell'animo umano che si trascina primordiali recrudescenze della violenza del mondo animale al quale, nonostante tutto, ha origine e appartiene.

È per addomesticare tali istinti che abbiamo bisogno di regole e vigilanza. In maniera sempre più crescente. "Il potere ha solo un dovere: assicurare la sicurezza sociale alla gente" affermava il politico e scrittore britannico Benjamin Disraeli. L'avvento di tecnologie sempre più avanzate nell'ambito della videosorveglianza, sta spostando gli investimenti per la sicurezza in questa direzione. Un trend in continua crescita. Avviato nel 2017. Che ogni anno prevede stanziamenti a favore dei comuni che intendono dotarsi di tali strumentazioni.

Nell'aprile scorso la Ministra dell'Interno Luciana Lamorgese, con riferimento a una graduatoria chiusa nel 2021, aveva firmato il decreto che stanziava 27milioni di euro destinati a 416 comuni di tutta Italia per la realizzazione di sistemi di videosorveglianza urbana. "L'attribuzione del contributo statale per la realizzazione di impianti di videosorveglianza è un importante investimento per migliorare la sicurezza dei cittadini e contrastare i fenomeni criminali sia nei grandi centri urbani che nella realtà minori, facilitando l'attività di repressione dei reati ma anche quella di prevenzione e di capillare controllo del territorio, senza dimenticare l'effetto di deterrenza" aveva detto Lamorgese a margine della cerimonia di siglatura del provvedimento. Di ulteriori 36milioni di euro potranno usufruire altri centri urbani attraverso una nuova procedura di selezione per l'anno 2022.

Ogni progetto, per poter accedere ai finanziamenti, deve essere in regola con le norme che disciplinano la gestione della sicurezza urbana: il Decreto-Legge n. 14 del 2017 e le linee guide del 2018. In queste ultime si delinea una particolare attenzione alle aree in prossimità di scuole, plessi scolastici e sedi universitarie, musei, parchi archeologici, complessi monumentali o altri istituti e luoghi della cultura o interessati da flussi turistici, zone adibite a verde pubblico. Si considera che per offrire una buona vigilanza delle suddette aree "può ritenersi adeguata una distanza pari a 300 metri dai siti da tutelare".

Una valutazione che ci appare troppo restrittiva. Perché la videosorveglianza possa funzionare da deterrente alla criminalità deve essere diffusa su un territorio più vasto, capillare. Per evitare che le aree scoperte polarizzino tutto quel crimine in arrivo dai quartieri videosorvegliati nei quali il delinquere non è più protetto dall'anonimato. Episodi di illegalità possono verificarsi nelle zone appena limitrofe a quelle centrali, nei vicoli più remoti, nelle strade delle ultime periferie. Aree che non possono essere trascurate se non con la consapevolezza che si sta mettendo in pratica un trattamento discriminatorio verso tutti i cittadini che vivono lontano dai quartieri centrali, turistici e di interesse culturale.

Una più ampia estensione della gestione della sicurezza con videosorveglianza potrebbe arrivare dal Patto per l'attuazione della Sicurezza Urbana, che ogni Amministrazione Comunale deve propedeuticamente redigere in accordo con il Prefetto. Un documento dal quale emergano i punti debolezza del territorio. Necessario per mettere a punto uno studio tecnico dettagliato del miglior modo di installare le videocamere per frubarne al massimo tutte le potenzialità.

La sicurezza urbana è un bene pubblico, si legge all'articolo 4 del Decreto-Legge del 2017. È in questa ottica che le pubbliche amministrazioni approcciano ai finanziamenti per accedere ad appalti pubblici: adempiere al compito di assicurare alla collettività quei beni e servizi necessari alla convivenza sociale.

## sommario

### Editoriale

Sicurezza

4

### In evidenza

La qualificazione delle stazioni appaltanti prende forma: approvate le Linee guida ANAC.

7

### Sotto la lente

Le gravi violazioni non definitivamente accertate in materia fiscale: commento al D.M. 28.09.2022.

15

#### Hanno collaborato a questo numero:

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

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

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

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

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

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

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

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

**Direttore Responsabile**  
dott. Enzo de Gennaro

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

**Responsabile Web**  
Lorenzo Antonicelli

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

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

### Il Punto

Le gare strategiche sul tema "cybersecurity" affidate a Consip S.p.A. Gli adempimenti amministrativi da adottare a cura degli enti al fine di garantire la sicurezza informatica".

20

Accordi Quadro: Opportunità e problemi aperti alla luce delle letture di ANAC e della magistratura amministrativa.

26

La revisione del corrispettivo. I servizi tecnici fuori dal cerchio?

32

Gli affidamenti nel sottosoglia nel nuovo schema di codice dei contratti (e confronto con l'attuale situazione)

38

I presupposti per l'attivazione della verifica facoltativa di anomalia dell'offerta

44

### Pareri & Sentenze

51

### A Domanda Rispondiamo

57

### In pillole

61

# La qualificazione delle stazioni appaltanti prende forma: approvate le Linee guida ANAC.

di Alessandra Verde

IN  
EVIDENZA

## Premessa

La qualificazione delle stazioni appaltanti sta lentamente prendendo forma. Le Linee guida che l'Autorità Nazionale Anticorruzione ha elaborato e posto in consultazione pubblica con la delibera n. 141 del 30 marzo 2022 sono state recentemente approvate.

Con la delibera n. 441 adottata dall'Autorità il 28 settembre scorso, è stato infatti approvato il testo definitivo delle Linee guida volte all'«attuazione – anche a fasi progressive - del sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza da porre alla base del nuovo sistema di qualificazione che sarà reso operativo al momento della entrata in vigore della riforma della disciplina dei contratti pubblici».

Con tale atto si è fatto un ulteriore passo avanti verso la piena attuazione dell'art. 38 del Codice dei Contratti pubblici che prevede l'istituzione, presso l'ANAC, di un elenco delle stazioni appaltanti qualificate di cui fanno parte anche le centrali di committenza. La qualificazione è la modalità con cui le stazioni appaltanti attestano di essere in possesso della capacità organizzativa e professionale necessaria ad indire ed eseguire appalti di lavori, servizi

e forniture per importi, settori merceologici ed aree territoriali differenti ed è finalizzata a ridurre il numero delle stazioni appaltanti esistenti, aumentandone nel contempo la professionalizzazione e la conseguente capacità d'acquisto (*procurement capacity*).

Un buon sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti porterà, a regime, ad accorpate la domanda pubblica ed ottenere così prezzi migliori in sede di gara a fronte di fabbisogni più elevati. Inoltre, stazioni appaltanti professionalizzate e altamente competenti saranno maggiormente in grado di espletare le gare in modo rapido e efficiente, con riduzione del possibile contenzioso e conseguenti vantaggi anche per gli operatori economici, i quali si troveranno a partecipare ad un numero inferiore di gare, ben svolte, con conseguente risparmio di tempo e di risorse.

Il sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti delineato dalle Linee guida ANAC approvate a fine settembre entrerà in vigore a partire dalla data indicata nei decreti legislativi di cui

all'articolo 1, comma 1, della legge 21 giugno 2022, n. 78, cioè nel nuovo Codice dei contratti pubblici che dovrà essere adottato entro marzo 2023, in attuazione della citata legge delega.

**Con la delibera n. 441 del 28 settembre scorso, l'ANAC ha approvato in via definitiva le Linee guida per l'attuazione del sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti, che entrerà in vigore a partire dalla data che sarà prevista nel "nuovo" Codice dei contratti pubblici, che dovrà essere adottato entro il mese di marzo 2023 in attuazione della legge delega n. 78/2022.**

## 1. I contenuti delle Linee Guida ANAC approvate

Le Linee guida in esame scaturiscono innanzitutto dal Protocollo d'intesa tra Presidenza del Consiglio dei Ministri e Autorità Nazionale Anticorruzione siglato il 17 dicembre 2021 che ne ha individuato i contenuti e gli indirizzi essenziali.

Una volta posta in consultazione la bozza, sono pervenute da parte di numerosi Enti e Amministrazioni osservazioni su cui la Cabina di regia si è espressa. Infine si è giunti al testo definitivo, approvato con la recente delibera n. 441, nel quale si delinea un sistema di qualificazione avente ad oggetto il complesso delle attività che caratterizzano l'intero processo di acquisizione di un bene, servizio o lavoro: può essere infatti oggetto di qualificazione sia la capacità di **progettazione delle gare e di affidamento** che quella di **verifica sull'esecuzione e controllo** dell'intera procedura, sia entrambe.

Le Linee guida definitive individuano i requisiti necessari per l'implementazione del sistema di qualificazione, declinando il contenuto dei requisiti base di cui all'articolo 38, comma 4, lettera a) del Codice, i pesi da attribuire a ciascun requisito e anche le modalità per l'attribuzione dei punteggi. Queste ultime, in fase di consultazione, non erano state definite, in quanto l'Autorità ha evidentemente ritenuto opportuno attendere gli esiti del primo monitoraggio svolto tra le stazioni appaltanti in concomitanza con l'avvio della consultazione pubblica, per comprendere meglio quali modalità di attribuzione dei punteggi fossero più calzanti e idonee a rappresentare la realtà.

Le Linee guida contengono altresì le informazioni necessarie per dimostrare il possesso dei requisiti nonché le modalità di raccolta di tali informazioni e le modalità di funzionamento del sistema di qualificazione medesimo.

La qualificazione sarà richiesta per gli affidamenti di importo pari o superiore alle soglie che il prossimo Codice dei contratti prevederà con riferimento agli affidamenti diretti. Il richiamo normativo è infatti ai decreti legislativi da adottarsi in attuazione della legge delega di riforma del Codice, la L. 78 del 2022, art. 1, comma 1.

Non sarà quindi necessaria alcuna qualificazione per gli affidamenti diretti e neppure per l'effettuazione, a prescindere dalla soglia, di ordini a valere su strumenti di acquisto messi a disposizione dalle centrali di committenza e dai soggetti aggregatori, in quanto in questi casi la gara sarà stata già svolta da soggetti qualificati di diritto.

In proposito, infatti, ai sensi dell'art. 38, comma 10, del Codice, le Linee guida non si applicano a tutti i soggetti **qualificati di diritto**, quali il Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili, compresi i Provveditorati interregionali per le opere pubbliche, CONSIP, INVITALIA, Difesa servizi S.p.A., l'Agenzia del Demanio, Sport e salute Spa, nonché i soggetti aggregatori. Esse non sono applicabili neppure agli enti aggiudicatori che non siano amministrazioni aggiudicatrici né ai soggetti privati tenuti all'osservanza delle disposizioni del Codice.

**Le Linee guida distinguono differenti ambiti e livelli di qualificazione. Ci si può qualificare per la progettazione e l'affidamento dei contratti, per l'esecuzione o per entrambi gli ambiti. Nell'ambito della progettazione e affidamento, sono individuati differenti livelli di qualificazione, per il settore dei lavori da una parte e per servizi e forniture dall'altra. In ciascun settore sono presenti tre livelli - base, medio e alto - in funzione dell'importo dell'affidamento.**



## 2. I livelli di qualificazione

La qualificazione di una stazione appaltante attesta la sua capacità di gestire direttamente, secondo criteri di qualità, efficienza e professionalizzazione e nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza, le attività che caratterizzano il processo di acquisizione di un bene, di un servizio o di un lavoro sia sotto l'aspetto della capacità di progettare le gare e di gestire la fase dell'affidamento che sotto quello della verifica della corretta esecuzione dell'appalto, ivi incluso il collaudo e la messa in opera.

Le Linee guida distinguono quindi, innanzitutto, tra



qualificazione per la progettazione e l'affidamento dei contratti e qualificazione per l'esecuzione.

Per quanto attiene alla qualificazione per la progettazione e l'affidamento, si procede a distinguere ulteriormente in funzione del settore – lavori da una parte e servizi e forniture dall'altra – e in base all'importo delle procedure espletabili.

Per quanto attiene al settore dei lavori, si distinguono tre livelli di qualificazione:

- a) il livello base (L3), che consentirà di progettare ed espletare affidamenti per importi inferiori a un milione di euro;
- b) il livello medio (L2), che consentirà invece affidamenti per importi pari o superiori a un milione di euro e inferiori alle soglie di rilevanza comunitaria;
- c) il livello alto (L1), per importi pari o superiori alle soglie di rilevanza comunitaria.

Per qualificarsi in uno dei predetti livelli, le stazioni appaltanti devono essere in possesso di alcuni requisiti obbligatori (previsti nel paragrafo 5.1 delle Linee guida) e dovranno altresì aver conseguito un punteggio, scaturente dal possesso dei requisiti valutabili (indicati al paragrafo 5.2 delle stesse Linee guida), non inferiore a 30 punti per il livello base, a 40 punti per il livello medio e a 50 punti per il livello alto.

È prevista una deroga per quanto attiene ai servizi di ingegneria e architettura. Le Linee guida infatti prevedono che le stazioni appaltanti o le centrali di committenza, qualificate per i lavori ma non per i servizi e le forniture, potranno comunque procedere all'acquisizione di servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria di valore pari o superiore a 139 mila euro, se in possesso della qualificazione corrispondente all'importo stimato dei lavori posti a base di gara per i quali vengono richiesti i predetti servizi.

Da notare, in merito, che viene presa come soglia di riferimento quella per gli affidamenti diretti prevista dalla vigente disciplina emergenziale introdotta dai decreti Semplificazioni. In realtà, non è detto che tale soglia resti ferma nel "nuovo" Codice dei contratti, che potrebbe portarla – secondo le prime indiscrezioni – ad un valore intermedio tra la soglia attuale e quella codicistica di 40 mila euro, alla luce soprattutto delle perplessità sollevate in sede europea in merito all'eccessività del valore sancito dalla normativa emergenziale.

Al fine di andare incontro alle stazioni appaltanti,

non tutte certamente pronte ad affrontare la selezione in atto, le Linee guida prevedono altresì un "regime transitorio" per i primi due anni di qualificazione stabilendo che, nel primo anno, la qualificazione ai livelli può essere ottenuta anche con un punteggio inferiore di 10 punti per il livello L3 e di 5 punti per gli altri due livelli mentre, per il secondo anno, con un punteggio inferiore di 5 punti per il livello L3 e di 2 punti per gli altri due livelli.

Venendo invece al settore delle forniture e dei servizi, in esso ci si può qualificare per:

- a) il livello base (SF3) per progettare ed espletare procedure di affidamento per importi inferiori a 750 mila euro;
- b) il livello medio (SF2) per importi pari o superiori a 750 mila euro e inferiori a cinque milioni di euro;
- c) il livello alto (SF1) per importi pari o superiori a cinque milioni di euro.

Per potersi qualificare, le stazioni appaltanti devono, similmente a quanto visto per i lavori, essere in possesso dei requisiti obbligatori di cui al paragrafo 6.1 delle Linee guida e conseguire un punteggio minimo per i requisiti stabiliti dal paragrafo 6.2 almeno pari a 30 punti per il livello SF3, a 40 punti per il livello SF2 e a 50 punti per il livello SF1.

Anche per la qualificazione per l'affidamento di servizi e forniture è previsto un periodo transitorio di maggior favore di due anni nel quale la qualificazione ai livelli può essere ottenuta, nel primo anno, con un punteggio inferiore di 10 punti per il livello L3 e di 5 punti per gli altri due livelli; nel secondo anno, con un punteggio inferiore di 5 punti per il livello L3 e di 2 punti per gli altri due livelli.

Naturalmente, la qualificazione ad un determinato livello consente di progettare ed espletare le procedure di affidamento per lavori, servizi o forniture nei livelli più bassi.

Ai fini dell'affidamento e dell'esecuzione dei contratti di concessione e di partenariato pubblico privato di qualsiasi importo le stazioni appaltanti devono possedere almeno una qualificazione di livello L2 per i lavori e SF2 per i servizi e le forniture, nonché garantire la presenza di un soggetto con esperienza di cinque anni nella gestione di piani economici e finanziari e dei rischi.

Per quanto riguarda la qualificazione per la fase di gestione e controllo dell'esecuzione, collaudo e messa in opera, le Linee guida hanno confermato la scelta, fatta in sede di bozza in consultazione, di individuare un unico livello di qualificazione, cui è collegato il necessario possesso di una serie di requisiti, di cui si parlerà meglio nel proseguo della trattazione, al fine di garantire a tutte le stazioni appaltanti la possibilità di seguire e verificare i contratti aggiudicati.

### 3. I requisiti per la qualificazione

Le Linee guida distinguono tra requisiti da possedere obbligatoriamente - si potrebbero definire pre-requisiti - in assenza dei quali nessuna qualificazione è ammissibile, e requisiti oggetto di valutazione, dai quali scaturisce il punteggio che identifica il diverso livello di qualificazione in cui inquadrare la stazione appaltante candidata.

Primo fondamentale requisito obbligatorio per qualificarsi è l'essere iscritti all'Anagrafe Unica delle Stazioni Appaltanti (AUSA).

Altro requisito fondamentale è la presenza nell'organigramma dell'amministrazione di un Ufficio Gare/Acquisti/Tecnico o similari.

Infine, è indispensabile che le stazioni appaltanti che ambiscono alla qualificazione abbiano la disponibilità di piattaforme telematiche per la gestione delle procedure di gara. Detto requisito, oltre ad essere obbligatorio è, nel primo periodo di avvio sperimentale del sistema, altresì oggetto di valutazione in quanto ad esso è anche attribuito un punteggio. A regime, quando il ricorso alle piattaforme telematiche sarà un obbligo generalizzato per tutte le procedure di affidamento, tale punteggio sparirà e la disponibilità di piattaforme telematiche resterà solo quale pre-requisito obbligatorio per l'ammissione al procedimento di qualificazione.

**Le Linee guida elencano una serie di requisiti valutabili, cui attribuire un punteggio variabile, per la collocazione delle amministrazioni nell'elenco delle stazioni appaltanti qualificate. Tra essi i più rilevanti sono: il numero di gare espletate nel quinquennio, il numero di dipendenti stabilmente impegnati nelle procedure di acquisto e la loro competenza e professionalità, il sistema di formazione e aggiornamento del personale, l'assolvimento degli obblighi comunicativi.**



In sintesi, condizione necessaria per accedere alla qualificazione è il possesso dei suelencati requisiti obbligatori.

Sono poi individuati molteplici requisiti oggetto di valutazione, per lo più uguali sia per l'ambito dei lavori che per quello dei servizi e delle forniture, ai quali è attribuito un punteggio variabile e la cui presenza cumulativa consente il conseguimento del punteggio necessario a raggiungere i diversi livelli di qualificazione.

Un primo requisito di base è la presenza nella struttura organizzativa di dipendenti aventi specifiche competenze. Ad esso è attribuito un peso fino a 20 punti su 100.

Il peso attribuibile è ponderato in funzione del numero di dipendenti coinvolti nei processi di acquisto, la loro differente qualifica, i titoli di studio, anche post-universitari, di ciascuno di essi, l'esperienza maturata, l'eventuale iscrizione di alcuni di essi a Ordini professionali, soprattutto per quanto attiene al settore lavori.

Un secondo requisito è il sistema di formazione e aggiornamento realizzato a favore del personale dell'amministrazione. Ad esso è attribuito un peso fino a 20 punti su 100, ponderato in funzione del numero di dipendenti che abbia fruito di una formazione di livello base, intermedio o avanzato.

Un altro requisito molto significativo, tanto da essere pesato fino a 40 punti su 100, è il numero di gare svolte per i vari livelli di qualificazione nel quinquennio precedente alla presentazione della domanda di qualificazione.

Il punteggio da attribuire a tale requisito dipenderà dal numero di gare aggiudicate, incluse quelle per conto di altri enti, dai relativi importi, dai tempi di affidamento, dal numero di gare deserte o non aggiudicate.

Al crescere del numero di gare svolte e del loro importo, le stazioni appaltanti conseguiranno un punteggio via via crescente.

Nell'ambito del solo settore dei lavori, le Linee guida precisano che, ai fini della qualificazione per gli anni successivi, per valutare il requisito relativo al numero di gare svolte si considereranno solo i bandi e gli avvisi pubblicati successivamente al 1° gennaio 2023 che rispettano le previsioni in merito all'utilizzo dei metodi e degli strumenti elettronici di modellazione per l'edilizia e le infrastrutture.

Un quarto requisito, valevole per entrambi i settori, è l'assolvimento degli obblighi di comunicazione dei dati sui contratti pubblici che alimentano gli archivi detenuti o gestiti dall'Autorità. Ad esso è attribuito un peso massimo di 10 punti per la qualificazione nell'ambito dei servizi e delle forniture e di 5 punti per la qualificazione nell'ambito dei lavori.

Per il solo ambito dei lavori è previsto un ulteriore requisito, relativo all'assolvimento degli obblighi di cui agli articoli 1 e 2 del D. Lgs. n. 229/2011, in materia di procedure di monitoraggio sullo stato di attuazione delle opere pubbliche, di verifica dell'utilizzo dei finanziamenti nei tempi previsti e di costituzione del Fondo opere e del Fondo progetti.

Infine, un ultimo requisito, stavolta comune ad entrambi gli ambiti, è la disponibilità delle piattaforme telematiche cui è attribuito un peso pari a 10 punti su 100. Come detto, tale requisito, oltre ad essere in via temporanea produttivo di un punteggio, è un requisito imprescindibile in assenza del quale non è ammessa alcuna qualificazione. A regime, resterà un mero pre-requisito di ammissione.

Un paragrafo *ad hoc* delle Linee guida è infine dedicato alla qualificazione delle centrali di committenza, le quali devono essere in possesso dei requisiti obbligatori previsti per le altre stazioni appaltanti e devono attestarsi quantomeno al livello L2 per i lavori e a SF2 per i servizi e le forniture.

In fase sperimentale, i punteggi previsti per i

requisiti valutabili sia per il settore lavori che per quello dei servizi e forniture sono ridotti del 20 per cento. I restanti 20 punti saranno attribuiti sulla base del numero di stazioni appaltanti convenzionate.

Infine, le centrali di committenza devono possedere un punteggio complessivo pari ad almeno 10 per i requisiti relativi alla presenza nella struttura organizzativa di dipendenti aventi specifiche competenze e al sistema di formazione e aggiornamento del personale. Dalla dizione poco precisa delle Linee guida non è chiaro se in ciascuno dei due predetti requisiti debba essere

raggiunto il punteggio minimo di 10 punti o sia sufficiente raggiungere tale valore sommando i punteggi di entrambi i requisiti. La prima interpretazione parrebbe preferibile in quanto più rispondente alla *ratio* della norma, volta a incentivare la maggiore professionalizzazione delle centrali di committenza.

A regime, i punteggi attribuiti ai requisiti per la qualificazione delle centrali di committenza saranno rivisti con le modalità indicate nel provvedimento individuato dal nuovo Codice dei contratti che sarà a breve approvato.

Le Linee guida prevedono poi che le stazioni uniche appaltanti delle città metropolitane e delle province siano qualificate con riserva, con l'automatico

conseguimento dei livelli L1 e SF1, per tutto il periodo transitorio, ovvero per la prima fase sperimentale delle Linee guida. Al termine di detto periodo, saranno analizzati i requisiti posseduti dalle stazioni uniche appaltanti ai fini della loro qualificazione definitiva.

**In fase di avviamento del sistema di qualificazione, le stazioni appaltanti qualificate per la progettazione e per l'affidamento di lavori, di servizi e forniture o per entrambi gli ambiti, saranno automaticamente qualificate anche per l'esecuzione. Quelle non qualificate per la progettazione e l'affidamento potranno comunque eseguire i contratti se iscritte ad AUSA e purché in possesso di una figura tecnica in grado di svolgere le funzioni di RUP.**



#### 4. La qualificazione per l'esecuzione

In una prima fase sperimentale, le stazioni appaltanti e le centrali di committenza che si siano qualificate per la progettazione e per l'affidamento di lavori, di servizi e forniture o per entrambi gli

ambiti, sono automaticamente qualificate anche per l'esecuzione.

A regime, tuttavia, la possibilità di eseguire il contratto sarà valutata sulla base di una serie di requisiti, quali in particolare:

- a) Il numero di contratti eseguiti nel quinquennio precedente a quello della domanda di qualificazione;
- b) il rispetto dei tempi previsti per i pagamenti di imprese e fornitori;
- c) l'assolvimento degli obblighi di comunicazione dei dati sui contratti pubblici che alimentano le banche dati detenute o gestite dall'Autorità;
- d) l'assolvimento degli obblighi di cui agli articoli 1 e 2 del d. lgs. n. 229/2011 in materia di procedure di monitoraggio sullo stato di attuazione delle opere pubbliche, di verifica dell'utilizzo dei finanziamenti nei tempi previsti e costituzione del Fondo opere e del Fondo progetti;
- e) l'utilizzo di piattaforme telematiche per l'esecuzione.

Le modalità di valutazione dei predetti requisiti saranno definite dal provvedimento individuato nel nuovo Codice che verrà.

Le stazioni appaltanti **non** qualificate per la progettazione e l'affidamento potranno comunque, in una prima fase sperimentale, eseguire i contratti se sono iscritte ad AUSA e purché in possesso di una figura tecnica in grado di svolgere le funzioni di RUP secondo le modalità stabilite dal futuro Codice dei contratti.

A regime, invece, le stazioni appaltanti non qualificate per la progettazione e l'affidamento potranno comunque qualificarsi per la sola esecuzione se in possesso di alcuni requisiti valutabili nella misura e con le modalità che verranno anche in questo caso stabilite dal provvedimento indicato dal nuovo Codice dei contratti.

Si tratta ad ogni modo di requisiti assimilabili a quelli previsti per la qualificazione per la progettazione e

l'affidamento.

Infatti, oltre ai requisiti sopra elencati, valutabili per la qualificazione delle stazioni appaltanti già qualificate per la progettazione e l'affidamento, assumeranno rilievo a tal fine anche la presenza nella struttura organizzativa di dipendenti aventi specifiche competenze e il sistema di formazione e aggiornamento del personale realizzato dalla stazione appaltante.

### **5. Il funzionamento del sistema di qualificazione: l'iscrizione, la revisione e i controlli**

Nei tre mesi antecedenti alla data stabilita dal nuovo Codice dei contratti quale termine per l'iscrizione all'elenco delle stazioni appaltanti qualificate, tutte le amministrazioni interessate dovranno presentare domanda di iscrizione accedendo all'apposita sezione dell'Anagrafe Unica delle Stazioni Appaltanti e inserendo le informazioni richieste. In assenza di domanda è preclusa la possibilità di essere qualificati.

Sulla base delle informazioni dichiarate e dei dati presenti nella Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici o comunque acquisiti da ANAC, quest'ultima attribuirà il livello di qualificazione per la progettazione e l'affidamento di primo inquadramento.

**Nel sistema a regime, entro tre mesi dalla scadenza di ciascun anno, sarà possibile aggiornare i dati necessari per la qualificazione al fine di modificare il livello di qualificazione conseguito o, per le stazioni appaltanti non ancora qualificate, presentare ex novo la domanda di qualificazione. L'ANAC effettuerà verifiche a campione per controllare la veridicità delle dichiarazioni rese e per confermare o modificare il livello di qualificazione assegnato.**



L'Autorità procederà a svolgere verifiche a campione sulle informazioni dichiarate al fine del controllo della veridicità delle stesse e per la conferma del livello di qualificazione

Entro tre mesi dalla scadenza di ciascun anno a partire dall'entrata in vigore del sistema di qualificazione, è possibile aggiornare i dati necessari per la qualificazione al fine di modificare il livello di qualificazione conseguito o, per le stazioni appaltanti non ancora qualificate, presentare *ex novo* la domanda di qualificazione. Una volta conclusa la prima fase sperimentale, vi saranno ulteriori requisiti,

c.d. premianti, individuati dalle Linee guida, che assumeranno rilievo per la qualificazione a regime.

La bozza di Linee guida posta in consultazione pubblica aveva già accennato ai possibili contenuti di tali requisiti premianti, precisando tuttavia che la loro ponderazione ed applicazione pratica sarebbero state descritte soltanto con le Linee guida definitive, ad esito dell'analisi dei dati raccolti e delle osservazioni pervenute durante la consultazione. In realtà, le Linee guida definitive ora in esame rinviano, a loro volta, la determinazione dei punteggi da attribuire ai requisiti premianti agli atti di aggiornamento delle Linee guida medesime, che saranno predisposti secondo le modalità indicate nel nuovo Codice dei contratti in via di approvazione.

Per ora, quindi, dobbiamo accontentarci soltanto di conoscere con maggiore precisione quali siano i requisiti ritenuti valutabili come premianti, ossia:

- la presenza dei dati relativi ai Piani Triennali per la Prevenzione della Corruzione e della Trasparenza sulla Piattaforma predisposta da ANAC e la loro valutazione;
- la presenza di sistemi di gestione della qualità conformi alla norma UNI EN ISO 9001 degli uffici e dei procedimenti di gara;
- il livello di soccombenza nel contenzioso per quanto riguarda la fase di gara e la fase di esecuzione;
- l'aver espletato procedimenti innovativi e flessibili, quali il dialogo competitivo, le procedure competitive con negoziazione, il partenariato per l'innovazione.

Saranno inoltre facoltativamente valutabili anche gli esiti degli affidamenti di importo superiore all'80 per cento della soglia minima prevista per livello di qualificazione.

Si segnala che, nella versione definitiva delle Linee guida, non è stato confermato il requisito premiante consistente nell'utilizzo concreto, da parte delle

**Conclusa la prima fase sperimentale, per la qualificazione a regime assumerà rilievo anche la presenza di alcuni requisiti premianti, quali la presenza sulla Piattaforma ANAC dei dati relativi ai Piani Triennali per la Prevenzione della Corruzione e della Trasparenza e la loro valutazione; la presenza di sistemi di gestione della qualità degli uffici e dei procedimenti di gara; il livello di soccombenza nel contenzioso e l'aver espletato procedimenti innovativi e flessibili.**



stazioni appaltanti e delle centrali di committenza, di metodi e strumenti elettronici di modellazione per l'edilizia e le infrastrutture, necessari per la razionalizzazione delle attività di progettazione delle opere pubbliche, in quanto esso è di fatto assunto a dignità di requisito di base per la qualificazione a regime nel settore dei lavori, posto che, come visto sopra, ai fini della qualificazione per gli anni successivi alla prima fase sperimentale, per valutare il requisito relativo al numero di gare svolte si considereranno solo i bandi e gli avvisi pubblicati successivamente al 1° gennaio 2023 che rispettano le previsioni in merito all'utilizzo dei metodi e degli strumenti elettronici di modellazione per l'edilizia e le infrastrutture.

Al fine di confermare o modificare il livello di qualificazione assegnato, l'Autorità Nazionale Anticorruzione effettuerà periodicamente verifiche a campione sulle informazioni dichiarate dalle stazioni appaltanti e dalle centrali di committenza. Se dagli accertamenti condotti dovesse risultare una diminuzione del punteggio ottenuto, che porterebbe la stazione appaltante o la centrale di committenza ad un livello di qualificazione inferiore a quello inizialmente attribuito, la stessa potrà comunque mantenere il livello conseguito per un anno soltanto se il nuovo punteggio è pari o superiore a quello necessario per la qualificazione di livello, ridotto del 5 per cento.

Inoltre, se, dagli accertamenti svolti per controllare la veridicità delle dichiarazioni rese o per la conferma del livello di qualificazione, l'ANAC dovesse accertare la sussistenza di violazioni alle disposizioni contenute nel Codice in materia di qualificazione delle stazioni appaltanti, ad essa è demandato il compito di attivare il potere sanzionatorio - nei casi e con le modalità che il nuovo Codice dei contratti disciplinerà nel dettaglio - nei confronti del responsabile per l'anagrafe delle stazioni appaltanti (RASA) o, in mancanza di questi, nei confronti del responsabile legale della stazione appaltante.

## **6. I prossimi passi**

Come è emerso dalla lettura complessiva delle Linee guida esaminate, tutto il meccanismo di qualificazione prenderà avvio con gli atti previsti e secondo le tempistiche scandite dal nuovo Codice dei Contratti, in corso di approvazione.

Lo stesso periodo transitorio, che caratterizzerà quella che è stata definita "prima fase sperimentale" terminerà decorsi due anni dall'entrata in vigore del sistema di qualificazione - a meno che lo stesso Codice non preveda un diverso termine -, con apposito provvedimento e previa verifica di impatto della regolazione (VIR).

Le Linee guida precisano che nella VIR, oltre ad indicare il numero e le caratteristiche delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza qualificate, sarà analizzato l'impatto del nuovo sistema sul mercato e verranno esaminate le

criticità riscontrate nella fase sperimentale, in relazione alle modalità e ai requisiti di qualificazione e alla possibilità di delegare la funzione di acquisto o di esecuzione ad altre amministrazioni.

L'ANAC ha infine messo a disposizione di tutte le stazioni appaltanti sul proprio sito istituzionale un applicativo con il quale le amministrazioni interessate possono simulare il proprio posizionamento per la qualificazione e gli effetti sul futuro posizionamento di eventuali misure organizzative che intendano adottare.

Per il momento, è stato reso disponibile un simulatore per la qualificazione per la progettazione e l'affidamento dei contratti nel solo settore dei lavori. Si attende a breve la messa a disposizione di un analogo applicativo idoneo a verificare il posizionamento delle stazioni appaltanti per un'eventuale qualificazione anche nel settore dei servizi e delle forniture.

# Le gravi violazioni non definitivamente accertate in materia fiscale: commento al D.M. 28.09.2022.

di Adriana Presti

SOTTO  
LA  
LENTE

## Introduzione

Con il decreto del 28 settembre 2022, pubblicato in Gazzetta Ufficiale, Serie Generale n. 239 del 12 ottobre 2022, il MEF ha, ai sensi e per gli effetti dell'art. 80, comma 4, settimo periodo, del Codice dei Contratti Pubblici, individuato i limiti e le condizioni per l'operatività della causa di esclusione dalla partecipazione a una procedura d'appalto degli operatori economici che hanno commesso gravi violazioni non definitivamente accertate in materia fiscale.

Il decreto ministeriale, in particolare:

- i) definisce la nozione di violazione;
- ii) individua la soglia di gravità della violazione;
- iii) definisce i casi in cui la violazione grave debba considerarsi non definitivamente accertata.

**Il Decreto, adottato ai sensi e per gli effetti dell'art. 80, comma 4, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, individua i limiti e le condizioni per l'operatività della causa di esclusione dalla partecipazione a una procedura d'appalto degli operatori economici che hanno commesso gravi violazioni non definitivamente accertate in materia fiscale.**



## 1. Il quadro normativo

Come noto, il Decreto legge 16 luglio 2020, n. 76, c.d. decreto legge "semplificazioni", recante "Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale", convertito con modificazioni dalla l. 11 settembre 2020, n. 120, ha introdotto al quinto periodo del comma 4 dell'articolo 80 del Codice la facoltà di applicare all'operatore economico partecipante ad una procedura di appalto pubblico la sanzione espulsiva qualora la stazione appaltante è a conoscenza e possa

adeguatamente dimostrare che lo stesso ha commesso gravi violazioni non definitivamente accertate agli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse oltre che dei contributi previdenziali.

Il settimo periodo del comma 4 dell'articolo 80 del Codice, nell'attuale versione, stabilisce, inoltre, che "Costituiscono gravi violazioni non definitivamente accertate in materia fiscale quelle stabilite da un apposito decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e della mobilità sostenibili e previo parere del Dipartimento per le politiche europee della Presidenza del Consiglio dei ministri, da emanare entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore delle disposizioni di cui al presente periodo, recante limiti e condizioni per l'operatività della causa di esclusione relativa a violazioni non definitivamente accertate che, in ogni caso, devono essere correlate al valore dell'appalto e comunque di importo non inferiore a 35.000 euro".

La *ratio legis*. La disposizione di cui al quinto periodo del comma 4 dell'articolo 80 del Codice è stata introdotta al fine di adeguare la normativa interna a quanto disposto da quella comunitaria, la cui violazione aveva condotto all'avvio di una procedura di infrazione da parte della Commissione Europea per non conformità dell'art. 80, comma 4, del Codice, alle disposizioni dell'art. 38, par. 5, comma 2, della direttiva n. 2014/23/UE.

La finalità della disposizione è, dunque, quella di consentire alle stazioni appaltanti di escludere operatori economici che si sono dimostrati inaffidabili, ma altresì quella, sempre trasversalmente implicita nelle disposizioni di origine eurounitaria, di garantire condizioni di effettiva concorrenza tra gli operatori (in tal senso TAR Lazio, Roma, 28 luglio 2022, n. 10711, TAR Sardegna Sez. I, 1.2.2022, n° 72).

A tal proposito, il considerando n° 101 della Direttiva 2014/14/UE recita "È opportuno chiarire che una grave violazione dei doveri professionali può mettere in discussione l'integrità di un operatore economico e dunque rendere quest'ultimo inidoneo ad ottenere l'aggiudicazione di un appalto pubblico indipendentemente dal

fatto che abbia per il resto la capacità tecnica ed economica per l'esecuzione dell'appalto. Tenendo presente che l'amministrazione aggiudicatrice sarà responsabile per le conseguenze di una sua eventuale decisione erronea, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero **anche mantenere la facoltà di ritenere che vi sia stata grave violazione dei doveri professionali qualora, prima che sia stata presa una decisione definitiva e vincolante sulla presenza di motivi di esclusione obbligatori, possano dimostrare con qualsiasi mezzo idoneo che l'operatore economico ha violato i suoi obblighi, inclusi quelli relativi al pagamento di imposte o contributi previdenziali, salvo disposizioni contrarie del diritto nazionale (...)**".

Con la disposizione interna di recepimento, il legislatore ha quindi introdotto la possibilità per le Stazioni Appaltanti di disporre l'esclusione degli operatori in presenza della mancata ottemperanza agli obblighi relativi al pagamento di imposte e

tasse integranti una "grave violazione" anche ove tale inottemperanza non sia stata accertata in via definitiva.

Siffatta possibilità, consegue ad un apprezzamento discrezionale della Stazione Appaltante che, è evidentemente chiamata ad operare un attento e prudente vaglio della situazione concreta.

Tale analisi deve poi trovare esplicitazione in una compiuta motivazione idonea a far emergere il percorso logico giuridico che ha indotto la Stazione appaltante ad adottare la sanzione espulsiva.

## 2. I problemi applicativi

È necessario, evidenziare, che per entrambe le fattispecie escludenti di cui all'art. 80, comma 4 del Codice – vale a dire per le violazioni gravi definitivamente accertate comportanti l'esclusione obbligatoria e automatica e le violazioni non definitivamente accertate potenzialmente

**A fronte dell'esplicarsi di un potere eminentemente discrezionale, quale quello in parola, ciò che non può difettare è proprio la chiara esplicitazione del percorso argomentativo che giustifica una scelta drastica, quale quella dell'estromissione di un operatore dal novero dei soggetti abilitati a partecipare alla selezione di una commessa pubblica.**





comportanti la esclusione discrezionale – la soglia di gravità delle violazioni è stata, in un primo tempo, ex lege ancorata al raggiungimento della soglia di euro 5.000,00 (per effetto del richiamo all'art. 48 bis, d.p.r. n. 602/1972).

All'indomani dell'introduzione della disposizione in commento, non pochi problemi applicativi sono stati, però, riscontrati dagli operatori del settore.

Per il tramite anche dell'azione delle associazioni di categoria (ad es. ANCE), con la Legge 23 dicembre 2021, n. 238, recante "Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione Europea", l'art. 80, comma 4 del Codice è stato nuovamente modificato per rendere la fattispecie escludente in parola più equilibrata.

A fronte della eliminazione della soglia dei 5.000 euro è stato introdotto l'attuale settimo periodo del comma 4 dell'articolo 80, a mente del quale costituiscono gravi violazioni non definitivamente accertate in materia fiscale quelle stabilite da un apposito decreto del MEF, di concerto con il MIMS e previo parere del Dipartimento per le politiche europee della Presidenza del Consiglio dei ministri, recante limiti e condizioni per l'operatività della causa di esclusione relativa a violazioni non definitivamente accertate che, in ogni caso, devono essere correlate al valore dell'appalto e comunque di importo non inferiore a 35.000 euro.

L'adozione del decreto è, tuttavia, tardata oltremodo.

Sicché, a fronte dell'assoluta incertezza iniziale e nel perdurare dell'assenza del decreto ministeriale di cui al settimo periodo del comma 4 dell'articolo 80 del Codice, all'interprete è stato rimesso di individuare il discrimine tra violazioni gravi definitivamente accertate e non definitivamente accertate, anche al fine di circoscrivere gli obblighi dichiarativi dell'operatore di gara circa l'esistenza di violazioni non definitivamente accertate.

La distinzione tra violazioni gravi definitivamente accertate e non definitivamente accertate è stata, in via interpretativa, ragionevolmente tratta dalla sussistenza o meno della condizione stabilita dal terzo periodo del comma 4, dell'art. 80 del Codice, a mente del quale "*Costituiscono violazioni definitivamente accertate quelle contenute in*

*sentenze o atti amministrativi non più soggetti ad impugnazione*".

Con la conseguenza che rientra(va)no nella definizione di violazioni "non definitivamente accertate" le sole violazioni ancora soggette a spontaneo pagamento e/o ad impugnazione (in termini, Cons. Stato, Sez. V, 18 luglio 2022, n. 6131; in relazione al necessario requisito della *definitività* dell'accertamento dell'irregolarità: Cons. Stato, V, 7 marzo 2022, n. 1633; VI, 16 dicembre 2021, n. 8079-8081; IV, 9 dicembre 2020, n. 7789).

Ma una fattispecie ne rimaneva comunque fuori, quella della mancata decorrenza dei termini di pagamento e di impugnazione della cartella, per mancata notificazione della stessa.

Di talché, nel caso di mancanza della notifica delle cartelle, non potendo le stesse né essere pagate né essere impuginate, poteva (o non) giuridicamente affermarsi che le stesse rientrassero (o non) nella causa (facoltativa) di esclusione di cui al quinto periodo del comma 4, dell'art. 80 del Codice? Un operatore economico in relazione alle richiamate posizioni, sospese *ex lege*, non aveva alcun onere giuridico, in difetto di notificazione dei ruoli, di procedere al loro pagamento, di accedere a forme di rateizzazione o di impegnarsi a pagare e/o di impugnarle? In tali casi, sussisteva o non sussisteva in capo al concorrente un onere dichiarativo al riguardo?

Sul punto, è necessario rammentare che secondo la giurisprudenza amministrativa la cartella di pagamento è il primo atto della fase di riscossione, che può essere contestata per vizi formali, ma senza che possa più discutersi dell'esistenza del debito tributario, che è iscritto a ruolo solo dopo la definitività degli stessi (cfr. Cons. Stato, V, 3 aprile 2018, n. 2049).

Sicché – secondo ANAC (Delibera n. 215/2021) – non avrebbe rilevanza l'argomento di essere per l'o.e. ancora possibile impugnare la cartella esattoriale all'atto della notifica.

Se la cartella di pagamento è mero strumento della riscossione che segue una notifica di un precedente avviso di accertamento (contenente una pregressa richiesta di pagamento di debito tributario), la definitività dell'accertamento decorre non già

dalla notifica della cartella di pagamento, bensì da quella dell'avviso di accertamento (Cons. Stato, Sez. V, 14 aprile 2020, n. 2397, id. 14 dicembre 2018, n. 7058; id., 12 febbraio 2018, n. 856). Sicché a fortiori, sempre secondo ANAC, riguardo ad es. agli avvisi bonari di accertamento, anche se non definitivi e non ancora seguiti dalla cartella di pagamento, la stazione appaltante ha la facoltà di desumere la sussistenza, a carico dell'operatore, di violazioni fiscali gravi.

A complicare il quadro, se è possibile, si è frapposto un ulteriore e parallelo intervento normativo. Per effetto del comma 4 bis dell'art. 68, del Decreto legge 17 marzo 2020, n. 18, aggiunto dall'articolo 1, comma 1, lettera b), del D.L. 20 ottobre 2020, n. 129 e dall'articolo 1-bis, comma 1, lettera b), del D.L. 7 ottobre 2020, n. 125, convertito con modificazioni dalla Legge 27 novembre 2020, n. 159, come noto, sono state temporaneamente sospese le notifiche dei ruoli relativi ai carichi inerenti le entrate tributarie e non nel frattempo affidati all'agente della riscossione, a causa dell'emergenza sanitaria da Covid-19.

Il che ha avuto non poche ricadute sul piano pratico, dal momento che i carichi pendenti tributari, rilasciati dalle competenti Agenzie delle Entrate alle Stazioni Appaltanti in sede dei controlli di rito ai fini dell'efficacia dell'aggiudicazione, nel segnalare le "violazioni non definitivamente accertate" contempla(va)no tutti i carichi inerenti alle entrate tributarie. E ciò indipendentemente dalla notifica (o meno) degli stessi e dal valore della somma oggetto di accertamento e, cioè, dalla soglia di gravità della violazione, oggi, fissata dal settimo periodo del comma 4 dell'articolo 80 in commento.

Ciò, stante l'assenza di qualsivoglia disposizione/direttiva di raccordo, ha creato spesso e volentieri veri e propri corti circuiti nel sistema delle dichiarazioni, dei controlli demandati alle S.A., delle esclusioni dalla procedure di gara e delle segnalazioni ad ANAC al fine della irrogazione delle sanzioni interdittive, atteso che più di un operatore economico - eccezion fatta ovviamente per gli operatori virtuosi che in relazione ad ogni singola gara si peritano di consultare il proprio cassetto fiscale-, in difetto di notificazione della cartella (e si presume della conoscenza dell'esistenza di siffatti accertamenti), ha omesso qualsivoglia dichiarazione circa l'esistenza di tale tipologia di violazione.

Di conseguenza, diverse Stazioni Appaltanti, senza in alcun modo considerare la natura e la tipologia dell'accertamento tributario vuoi per la varietà degli stessi vuoi per l'impossibilità di risalirvi con certezza dal certificato dei carichi pendenti, non hanno affatto considerato la mancata notifica della cartella quale esimente dal correlato obbligo dichiarativo e/o del mancato pagamento.

A tal proposito, tuttavia ANAC non ha mancato di recente di accertare l'insussistenza in relazione a dette fattispecie di alcun onere dichiarativo, trattandosi di violazioni non ancora notificate al soggetto debitore (Delibera n. 426/2022).

Sempre ANAC nell'Atto di Segnalazione al Governo e al Parlamento n. 3 del 27 luglio 2022 - ha chiesto, in occasione della **revisione del nuovo Codice degli appalti**, di modificare anche la disposizione sulle violazioni non definitivamente accertate, dal momento che è palese, scrive **l'Autorità**, che tali circostanze sono meno gravi e rilevanti rispetto alle condotte definitivamente accertate e quindi per ragioni di equità dovrebbero dar luogo a conseguenze diverse.

Sarebbe auspicabile che la norma chiarisca la rilevanza delle violazioni non definitive e introduca la possibilità di graduare in maniera proporzionale sia le conseguenze di tali comportamenti che l'obbligo della stazione appaltante di motivare le proprie scelte.

### 3. Il Decreto Ministeriale

Con riferimento all'ambito di applicazione, l'art. 2 del Decreto Ministeriale precisa ora che sono considerate violazioni fiscali l'inottemperanza agli obblighi, relativi al pagamento di imposte e tasse derivanti dalla:

- a) notifica di atti impositivi, conseguenti ad attività di controllo degli uffici;
- b) notifica di atti impositivi, conseguenti ad attività di liquidazione degli uffici;
- c) notifica di cartelle di pagamento concernenti pretese tributarie, oggetto di comunicazioni di irregolarità emesse a seguito di controllo automatizzato o formale della dichiarazione, ai sensi degli articoli 36-bis e 36-ter del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600 e dell'art. 54-bis del decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n. 633.

Pertanto, ai fini della ricorrenza di detta fattispecie facoltativa di esclusione, si dovrà avere riguardo **alla notifica** degli atti impositivi conseguenti ad attività di controllo degli uffici o ad attività di liquidazione degli uffici, nonché delle cartelle di pagamento contemplate dalla suddetta disposizione.

Il successivo articolo 3 del D.M. determina la **"soglia di gravità"** delle violazioni fiscali, come precisate dall'articolo 2 di cui si è detto, rilevante ai fini dell'esclusione, precisando che la stessa si considera grave quando comporta l'inottemperanza ad un obbligo di pagamento di imposte o tasse **per un importo che, con esclusione di sanzioni e interessi, è pari o superiore al 10% del valore dell'appalto.**

Per gli appalti suddivisi in lotti, la soglia di gravità è rapportata al valore del lotto o dei lotti per i quali l'operatore economico concorre.

In caso di subappalto o di partecipazione in raggruppamenti temporanei o in consorzi, la soglia di gravità riferita al subappaltatore o al partecipante al raggruppamento o al consorzio è rapportata al valore della prestazione assunta dal singolo operatore economico.

**In ogni caso, l'importo della violazione non deve essere inferiore a 35.000 euro.**

L'art. 4 del Decreto precisa che la violazione deve considerarsi non definitivamente accertata "e pertanto valutabile dalla stazione appaltante per l'esclusione dalla partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici, **quando siano decorsi inutilmente i termini per adempiere all'obbligo di pagamento e l'atto impositivo o la cartella di pagamento siano stati tempestivamente impugnati**". Siffatte violazioni non rilevano ai fini dell'esclusione dell'operatore economico dalla partecipazione alla procedura d'appalto se in relazione alle stesse è intervenuta una pronuncia giurisdizionale favorevole all'operatore economico non passata in giudicato, sino all'eventuale riforma della stessa o sino a che la violazione risulti definitivamente accertata, ovvero se sono stati adottati provvedimenti di sospensione giurisdizionale o amministrativa.

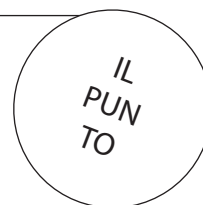
#### 4. Conclusioni

L'adozione, seppure oltre ogni aspettativa, tardiva del Decreto Ministeriale, nel definire i limiti e le condizioni per l'operatività della causa di esclusione relativa a violazioni non definitivamente accertate, supera di fatto le criticità riscontrate e risolte a livello pretorio e/o interpretativo da parte di ANAC. Merita un'anticipazione il futuro della fattispecie nel Nuovo Codice. In specie, il comma 2 dell'art. 95 dello Schema preliminare di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante "Delega al Governo in materia di contratti pubblici", stabilisce che: "2. La stazione appaltante esclude altresì un operatore economico qualora ritenga, sulla base di qualunque mezzo di prova adeguato, che lo stesso ha commesso gravi violazioni non definitivamente accertate agli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse o contributi previdenziali. Non costituiscono gravi violazioni non definitivamente accertate in materia fiscale quelle di importo singolarmente inferiore a 35.000 euro. La gravità va in ogni caso valutata anche tenendo conto del valore dell'appalto. Il presente comma non si applica quando l'operatore economico ha ottemperato ai suoi obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o sanzioni, oppure quando il debito tributario o previdenziale sia comunque integralmente estinto, purché l'estinzione, il pagamento o l'impegno si siano perfezionati anteriormente alla scadenza del termine di presentazione dell'offerta".

A meno di un nuovo intervento che tenga conto del chiaro tenore del Decreto Ministeriale in commento, la norma appare troppo scarna, tenuto conto delle molteplici criticità che ne hanno condizionato l'applicazione almeno sino all'adozione del D.M.. Nel mantenere una soglia di gravità di importo non inferiore a 35.000 euro, la norma si perita di escludere – con la precisazione "singolarmente" – la possibilità di "cumulo" tra le cartelle. Ma che ne è della chiara definizione di violazione definitivamente non accertata di cui all'articolo 2 del D.M.?

# Le gare strategiche sul tema “cybersecurity” affidate a Consip S.p.A. Gli adempimenti amministrativi da adottare a cura degli enti al fine di garantire la sicurezza informatica”.

di Beatrice Corradi



## Premessa

Le organizzazioni societarie e gli enti pubblici da alcuni anni stanno affrontando la questione inerente la sicurezza informatica, la quale rappresenta l'effetto della diffusione dei sistemi informatici nella collettività, come insieme di procedure tese alla protezione dei sistemi informatici in termini di disponibilità, confidenzialità e integrità dei beni o asset informatici.

L'approccio alla *cybersecurity* nello specifico è orientato a prevenire un incidente di sicurezza e a definire come comportarsi nel caso il medesimo si verifici, attuando un processo di identificazione, protezione, rilevazione, risposta e ripristino (cfr. nelle linee guida “*cybersecurity framework*”). Nel recente passato si è assistito ad una rapida evoluzione della minaccia cibernetica ed in particolare per quella imminente sulla pubblica amministrazione,

**L'approccio alla cybersecurity nello specifico è orientato a prevenire un incidente di sicurezza ed a definire come comportarsi nel caso il medesimo si verifici, attuando un processo di identificazione, protezione, rilevazione, risposta e ripristino (cfr. nelle linee guida “cybersecurity framework”). Nel recente passato si è assistito ad una rapida evoluzione della minaccia cibernetica ed in particolare per quella imminente sulla pubblica amministrazione, che è divenuta un bersaglio specifico per alcune tipologie di attaccanti particolarmente pericolosi.**

che è divenuta un bersaglio specifico per alcune tipologie di attaccanti particolarmente pericolosi.

Se da un lato la pubblica amministrazione continua ad essere oggetto di attacchi dimostrativi, provenienti da soggetti spinti da motivazioni politiche ed ideologiche, sono divenuti importanti e pericolose le attività condotte da gruppi organizzati il cui obiettivo principale è la sottrazione di informazioni.

La consapevolezza dei rischi e la formazione dovrebbero evitare l'adozione di comportamenti non corretti come l'utilizzazione di versioni non adeguate di software come accade ancora in alcune aziende per limitare i costi.

### 1. Minacce di tipo cibernetico. I provvedimenti adottati nel settore pubblico

L'obiettivo, tra l'altro, delle disposizioni che negli ultimi anni si sono adottate è stato quello di assicurare la resilienza dell'infrastruttura informatica nazionale, a fronte di eventi quali incidenti o azioni ostili che possono compromettere il funzionamento dei sistemi e degli assetti fisici controllati dagli stessi.

L'inasprirsi del quadro generale con un preoccupante aumento degli eventi cibernetici a carico della pubblica amministrazione, in particolare nell'anno 2021, sollecita tutte le amministrazioni ad intervenire secondo una tempistica definita e comunque nel più breve tempo possibile, dotandosi di standard minimi di prevenzione e reazione ad eventi cibernetici. L'Agenzia per l'Italia digitale è stata impegnata a rendere prontamente disponibili indicatori degli standard di riferimento, in linea con quelli posseduti dalle organizzazioni internazionali di cui l'Italia è parte.

L'Agenzia è costantemente impegnata nell'aggiornamento continuo della normativa tecnica relativa alla sicurezza informatica della pubblica amministrazione ed in particolare delle regole tecniche per la sicurezza informatica delle pubbliche amministrazioni la cui emanazione è però di competenza del Dipartimento per la funzione pubblica e richiede l'espletamento delle procedure previste dalla normativa comunitaria per la regolamentazione tecnica. Nei fatti le misure preventive, destinate ad impedire il successo dell'attacco, devono essere affiancate da efficaci strumenti di rilevazione, in grado di abbreviare i tempi, oggi pericolosamente lunghi, che intercorrono dal momento in cui l'attacco primario è avvenuto e quello in cui le

conseguenze vengono scoperte. In questo quadro diviene fondamentale la rilevazione delle anomalie operative e l'analisi delle vulnerabilità (come più volte affermato da AgiD).

Il quadro di riferimento per le PA si compone dei seguenti principali elementi:

- il Piano Triennale per l'Informatica nella Pubblica Amministrazione 2020-2022, nato per guidare operativamente la trasformazione digitale della PA e che trova nella sicurezza informatica un elemento determinante;
- il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), che identifica la "digitalizzazione, innovazione e sicurezza nella PA" come la prima delle missioni del piano con ingenti investimenti dedicati alla sicurezza cibernetica;
- il Perimetro di sicurezza nazionale cibernetica, istituito con lo scopo di assicurare un elevato livello di sicurezza delle reti, dei sistemi informativi e dei servizi informatici delle amministrazioni, degli enti e degli operatori nazionali, pubblici e privati, da cui dipende l'esercizio di una funzione essenziale dello Stato, dal cui malfunzionamento o interruzione possa derivare un pregiudizio per la sicurezza nazionale;
- la nascita dell'Agenzia per la Cybersicurezza Nazionale (ACN), quale interlocutore unico per i soggetti pubblici e privati in tema di misure di sicurezza nazionali.

In data 16 marzo 2022 l'incontro istituzionale avvenuto tra Governo, ACN e Regioni in tema di cybersicurezza nazionale ha configurato la prossima collaborazione tra i soggetti citati nell'ambito di un sistema a rete per la cybersicurezza anche attraverso l'utilizzo di risorse del PNRR.

**L'inasprirsi del quadro generale con un preoccupante aumento degli eventi cibernetici a carico della pubblica amministrazione, in particolare nell'anno 2021, sollecita tutte le amministrazioni ad intervenire secondo una tempistica definita e comunque nel più breve tempo possibile, dotandosi di standard minimi di prevenzione e reazione ad eventi cibernetici. L'Agenzia per l'Italia digitale è stata impegnata a rendere prontamente disponibili indicatori degli standard di riferimento, in linea con quelli posseduti dalle organizzazioni internazionali di cui l'Italia è parte.**



A seguito dell'indagine effettuata da AgiD (Censimento del patrimonio ICT delle Pubbliche Amministrazioni) per gli interventi di razionalizzazione e consolidamento dei Data Center della PA, in conformità alla circolare 1/2019, alcuni enti hanno da tempo effettuato investimenti per consentire la strutturazione e la messa in sicurezza del relativo Data Center. Si ribadisce, a tal proposito, che il PNRR prevede, tra gli altri, finanziamenti specifici per la digitalizzazione ed il rafforzamento del perimetro di sicurezza cibernetica della PA, mettendo a disposizione risorse finanziarie ai soggetti territoriali interessati dalle azioni.

Al fine del citato consolidamento della sicurezza gli enti hanno attivato, generalmente, sul piano infrastrutturale, progetti integrati finalizzati a migliorare la sicurezza cibernetica, nell'ottica di fornire servizi al territorio attraverso il potenziamento e la messa in sicurezza del proprio data center, adottando, inoltre, sul piano gestionale, una regolamentazione delle politiche di gestione della sicurezza informatica. Questo per limitare il concretizzarsi delle minacce di sicurezza e mantenere i sistemi digitali ed i dati pubblici all'interno di un perimetro di sicurezza cibernetica (conformemente a quanto stabilito dalla circolare AgiD 2/2017, le det. ACN 306/2022 relativa al modello di classificazione dati e servizi e 307/2022 relativa a ulteriori livelli minimi di sicurezza da cui discendono specifici adempimenti a carico degli enti).

## 2. Le gare strategiche di Consip

In questo contesto, assume una grande rilevanza il "security-procurement", ossia l'acquisto da parte della PA dei beni e servizi necessari per realizzare le strategie di protezione dei propri sistemi e dati. Un compito, quest'ultimo, demandato alle centrali di committenza come Consip, che devono mettere a disposizione della PA i contratti per l'acquisizione degli strumenti di sicurezza, in un ambito strategico.

**Nella fornitura di beni e servizi strategici, come quelli che riguardano la sicurezza della PA devono essere ben note provenienze, caratteristiche tecniche, certificazioni e la possibilità di impiegare beni e servizi oggetto di acquisizione anche negli snodi più delicati della PA (incluse le infrastrutture critiche).**



Nella fornitura di beni e servizi strategici, come quelli che riguardano la sicurezza della PA devono essere ben note provenienze, caratteristiche tecniche, certificazioni e la possibilità di impiegare beni e servizi oggetto di acquisizione anche negli snodi più delicati della PA (incluse le infrastrutture critiche).

Un tema rilevante è quello della diversificazione e sostituzione di prodotti e servizi tecnologici di sicurezza informatica, sul quale è intervenuta nell'aprile 2022 la circolare n.4336

dell'ACN che, in attuazione dell'art. 29 del DI 21/2022, ha indicato le categorie di prodotti e servizi da diversificare tra quelli volti ad assicurare la sicurezza dei dispositivi (endpoint security), ivi compresi applicativi antivirus, antimalware ed "endpoint detection and response" (EDR) e "web application firewall" (WAF).

Consip offre un contributo in una doppia veste: quella di gestore della più grande piattaforma di e-procurement nazionale e quella di centrale di committenza nazionale, incaricata di mettere a disposizione delle pubbliche amministrazioni strumenti per l'acquisto dei beni e servizi tra cui anche quelli necessari a garantire la sicurezza di sistemi e dati.

Per questo Consip ha perfezionato il modello di governance e gli strumenti di controllo e di sicurezza (fisica e informatica) della propria infrastruttura di e-procurement, che continua ad evolversi e rafforzarsi adattandosi ai cambiamenti di contesto (come dalla medesima affermato).

La rilevanza del tema sicurezza per Consip si può comprendere citando un dato emblematico: nell'ultimo quinquennio (2017-2021) oltre 73 mld/€ di spesa pubblica sono transitati sulla Piattaforma digitale di eProcurement Mef/Consip e di questi 18,9 mld/€ nel solo 2021.

Una piattaforma sulla quale sono abilitati ad operare oltre 100mila "centri di spesa" della PA e oltre 83mila fornitori, che, dunque, ripongono grande fiducia nell'efficienza e nella sicurezza dei sistemi su cui interagiscono.

Consp inoltre mette a disposizione della PA strumenti di acquisto in grado di soddisfare le loro esigenze di approvvigionamento in materia di sicurezza. Consip S.p.A. in attuazione del "Piano Triennale per l'informatica nella PA 2020-2022" ha bandito e stipulato quindi gare "strategiche", di supporto alle PA, in merito alla tematica *cybersecurity*, ciò in attuazione degli obiettivi stabiliti dall'Agenzia per l'Italia Digitale (AGID), la quale è volta a realizzare così un sistema di prevenzione e di risposta efficiente delle singole amministrazioni in merito alla tematica della gestione del rischio *cyber*.

Gli Accordi contrattuali conseguenti alle procedure Consip esperite, in ossequio all'entrata in vigore della Legge 133/2019 (Disposizioni urgenti in materia di perimetro di sicurezza nazionale cibernetica) e del DL 82/2021 (Disposizioni urgenti in materia di *cybersicurezza*, definizione dell'architettura nazionale di *cybersicurezza* e istituzione dell'Agenzia per la *cybersicurezza* nazionale), poi convertito nella legge 109/2021, si pongono quali misure ed azioni per l'avvio della trasformazione digitale dei servizi resi dalle Amministrazioni (in base al modello strategico evolutivo dell'informatica della P.a. ed ai principi definiti nel citato Piano Triennale).

BOX: Consip S.p.A. in attuazione del "Piano Triennale per l'informatica nella PA 2020-2022" ha bandito e stipulato gare "strategiche", di supporto alle PA, in merito alla tematica *cyber-security*, ciò in attuazione degli obiettivi stabiliti dall'Agenzia per l'Italia Digitale (AGID). Gli accordi conseguenti, si pongono quali misure ed azioni per l'avvio della trasformazione digitale dei servizi resi dalle Amministrazioni (in base al modello strategico evolutivo dell'informatica della P.a. ed ai principi definiti nel citato Piano Triennale).

Con gli ultimi Accordi Quadro stipulati da Consip sono stati attivati i servizi di sicurezza da remoto, di *compliance* e controllo per le Pubbliche amministrazioni, al fine di mettere a disposizione un insieme articolato di servizi di sicurezza erogati "da remoto" per la protezione di infrastrutture, di applicazioni e dati.

In particolare, i servizi disponibili, ricavabili dall'accordo quadro "Servizi di sicurezza da remoto", di cui al lotto 1, si sviluppano in sei capisaldi, finalizzati ad incrementare il livello di

trasformazione digitale mediante l'utilizzo dei servizi previsti dalle Gare strategiche":

- la *Security Strategy*, ovvero la definizione e la predisposizione delle scelte strategiche relative al governo della sicurezza informativa, della direzione organizzativa, tecnologica e dei requisiti necessari ad assicurare i fabbisogni in materia di sicurezza IT;
- il *Vulnerability Assessment*, metodologia che mirerebbe alla definizione di un processo ideato per identificare, classificare ed affrontare rischi e vulnerabilità della gestione del sistema informativo, secondo termini di sicurezza;
- il *Testing* del codice, consistente nell'identificazione delle vulnerabilità dei software, nella fase iniziale di utilizzazione, in modo da permetterne l'eliminazione in maniera rapida ed efficiente, antecedentemente alla distribuzione;
- il Supporto all'analisi e gestione degli incidenti, ossia l'analisi degli incidenti e la conseguente divulgazione delle informazioni nei casi di emergenza;
- il *Penetration Testing*, finalizzato a sfruttare le vulnerabilità riscontrate in modo da qualificare il livello di sicurezza del sistema informativo;
- la *Compliance*, che consiste in un'analisi di conformità e aderenza del sistema informativo a norme, regole, standard o policy.

La suddivisione per la citata procedura, in lotti di natura merceologica, risponde all'esigenza di diversificazione tra i servizi operativi, finalizzati alla protezione delle infrastrutture e delle informazioni afferenti ai sistemi informativi della Pubblica Amministrazione, e tra i servizi di supporto per la fase ex-ante l'approvvigionamento di beni e servizi di sicurezza e la fase ex-post di compliance e di controllo.

È previsto, con riferimento alla procedura de quo, un vincolo di partecipazione tra il Lotto 1 - Servizi di sicurezza da remoto e il Lotto 2 - Servizi di Compliance e controllo. La previsione del vincolo di partecipazione si è resa necessaria in una logica di netta separazione dei ruoli tra i soggetti che erogheranno i servizi "core" di sicurezza volti appunto alla tutela della sicurezza dei perimetri tecnologici delle infrastrutture nonché alla protezione delle informazioni della PA e quelli che erogheranno i servizi di "verifica" volti alla misura dello stato di salute della sicurezza dei

sistemi informativi e di supporto della PA nella identificazione dei «fabbisogni» in ambito servizi e forniture di sicurezza ICT. (cfr. procedura Consip S.p.A.).

La procedura in argomento tra i requisiti ha considerato adeguato l’inserimento dell’ *“essere in possesso di una valutazione di conformità del proprio sistema di gestione della sicurezza delle informazioni alla/e norma/e ISO 27001 nel settore/ ambito IAF 33, idonea, pertinente e proporzionata al seguente ambito di attività: progettazione, realizzazione ed erogazione di servizi di sicurezza gestiti ed essere in possesso di una valutazione di conformità del proprio sistema di gestione della qualità alla norma UNI EN ISO 9001:2015 nel settore/ambito IAF 33, idonea, pertinente e proporzionata al seguente oggetto “progettazione, realizzazione ed erogazione di servizi di sicurezza gestiti”*”.

**3. Un ulteriore elemento di interesse per gli enti: la formazione dei dipendenti su tematiche di cyber security tramite le gare strategiche Consip. Le polizze assicurative**

Premesse le azioni per la sicurezza dei sistemi e delle reti telematiche anche con l’adozione di standard di riferimento per gli enti, la formazione è uno degli aspetti fondamentali per sensibilizzare il personale delle PA sulle tematiche inerenti la sicurezza delle informazioni ed evitare che comportamenti non adeguati dei singoli soggetti possano compromettere la sicurezza dell’intero sistema.

La sicurezza non deve essere soltanto una caratteristica intrinseca dei prodotti tecnologici che sono utilizzati,

ma anche rappresentare una serie di conoscenze e accorgimenti da adottare quotidianamente al fine di garantire la consapevolezza di ogni dipendente (e privato cittadino) e la relativa capacità di riconoscere le minacce potenziali, adottando comportamenti corretti per rafforzare il livello di sicurezza dell’organizzazione.

La formazione è finalizzata a migliorare le capacità di reazione e risposta dei dipendenti agli attacchi informatici, rafforzando le capacità di protezione e i livelli di sicurezza, tenuto conto che gli attacchi rivolti ai dipendenti, considerati spesso l’*“anello debole”* della sicurezza aziendale, sono aumentati notevolmente. I dipendenti devono essere in grado di reagire correttamente e tempestivamente in caso di reali minacce informatiche.

Le procedure di gara ed i relativi accordi stipulati da Consip sono finalizzati a realizzare tale finalità, nella consapevolezza dell’importanza della formazione di tutti coloro che operano per conto delle Amministrazioni pubbliche. In considerazione dell’importanza che riveste ormai la sicurezza informatica anche in termini di responsabilità, si evidenzia che sono presenti sul mercato polizze assicurative rivolte a coprire i rischi conseguenti alla violazione del sistema informatico di un’organizzazione. Le polizze in discorso rappresentano una responsabilità civile in caso di richieste risarcitorie e crediti di terzi legati alla criminalità informatica; la copertura di costi che l’ente/azienda deve sostenere a seguito di attacchi informatici per ripristinare i dati o per porre rimedio a furti, estorsioni informatiche ecc...

Le polizze vanno a garantire i danni economici derivanti dalla perdita di denaro provocata da un fatto fraudolento di terzi, che creano attacchi informatici con l’intento di un trasferimento illecito di fondi e/o dati.

**La formazione è finalizzata a migliorare le capacità di reazione e risposta dei dipendenti agli attacchi informatici, rafforzando le capacità di protezione e i livelli di sicurezza, tenuto conto che gli attacchi rivolti ai dipendenti, considerati spesso l’*“anello debole”* della sicurezza aziendale, sono aumentati notevolmente. I dipendenti devono essere in grado di reagire correttamente e tempestivamente in caso di reali minacce informatiche. Le procedure di gara ed i relativi accordi stipulati da Consip sono finalizzati a realizzare tale finalità, nella consapevolezza dell’importanza della formazione di tutti coloro che operano per conto delle Amministrazioni pubbliche.**



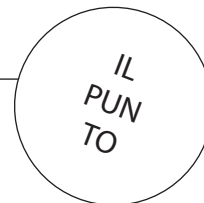


Tali polizze coprono i danni immateriali (ad esempio la perdita di dati da virus), diretti e indiretti (come l'interruzione di un servizio pubblico, i costi di recupero in conseguenza di un incidente relativo alla perdita di dati) e le Responsabilità Civili verso terzi (fornitori, clienti, etc.) dei quali l'ente/azienda detiene informazioni sensibili, critiche, commerciali, che costituiscono proprietà intellettuale o personale, "protette" ai termini delle relative leggi.

La copertura assicurativa garantisce l'ente di poter rimanere, per quanto possibile, indenne nel caso in cui dati personali o dati aziendali vadano persi o vengano pubblicati, prevedendo anche l'assunzione di spese processuali e di difesa.

# Accordi Quadro: Opportunità e problemi aperti alla luce delle letture di ANAC e della magistratura amministrativa.

di Stefano de Marinis



## Premessa

L'Accordo Quadro è uno strumento contrattuale sempre più utilizzato dalle stazioni appaltanti per la gestione dei contratti pubblici.

L'aumentato interesse degli operatori per un istituto da tempo presente nella legislazione di settore, a livello nazionale e comunitario, testimoniato dai numerosi recenti interventi della magistratura amministrativa e dell'Anac volti a precisarne le relative modalità applicative, si spiega anche con la sua utilità per l'attuazione degli investimenti legati al PNRR, specie sul delicato fronte degli incarichi tecnici.

In questo senso, considerato che il 2022 è stato, come era facile prevedere, l'anno delle progettazioni funzionali all'affidamento, entro fine 2023, di tutti gli appalti, su questo istituto le stazioni appaltanti hanno decisamente puntato per accelerare i tempi di intervento finalizzati a colmare storiche carenze.

Con un'unica procedura, infatti, è possibile individuare uno o più operatori ai

quali successivamente affidare, alle condizioni economiche pattuite, i singoli contratti da attivare nell'arco di tempo prescelto, concentrando la maggior parte degli adempimenti amministrativi allo scopo richiesti e muovendo in anticipo rispetto alla disponibilità delle coperture rivenienti dai quadri economici relativi agli investimenti, *non essendo la stipulazione dell'accordo quadro o la procedura di scelta del contraente a fare sorgere l'obbligo di adempimenti contabili, bensì il correlato contratto attuativo*; il tutto con un notevole risparmio di attività procedimentale ed anticipazione di tempi rispetto a quanto normalmente richiesto dalle gestioni basate su singoli affidamenti.

In tale contesto si aprono, peraltro, problemi applicativi che non agevolano l'utilizzo dell'Accordo Quadro, imponendo la ricerca di soluzioni che dovrebbero trovare posto nella nuova legislazione di settore da adottare, come è noto, entro la prima metà del 2023, soluzioni che nei testi recentemente prodotti dal Consiglio di Stato, incaricato dal Governo di redigere il testo base, viceversa non hanno riscontrato.

**Strumento di ampio e rinnovato interesse anche in campo progettuale che taglia i tempi di intervento anche per l'attuazione del PNRR**



**1. L'evoluzione storica dell'istituto**

Vediamo di esaminarli in dettaglio dopo aver ripercorso le tappe fondamentali dell'evoluzione registrata dall'istituto, e le ragioni del loro rinnovato ed ampio utilizzo.

Il modello contrattuale, storicamente già in uso nel Paese, anche con nomi diversi, per la flessibilità applicativa che da sempre è stato in grado di garantire, ad esempio nel campo delle manutenzioni su immobili e/o infrastrutture ferroviarie, viene per la prima volta in evidenza a livello comunitario con la direttiva 90/531/CEE del Consiglio, del 17 settembre 1990, relativa alle *procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni*, i cosiddetti settori speciali, per poi essere, solo successivamente, generalizzato a tutti i contratti.

Nello stesso solco si è mosso il legislatore nazionale, che già con il d.lgs. 17 marzo 1995, n. 158, recante attuazione delle direttive 90/531/CEE e 93/38/CEE, relative alle procedure di appalto nei settori speciali, recepisce lo strumento dell'accordo quadro stabilendo, all'art. 16, che trattasi del *contratto tra uno dei soggetti aggiudicatori ..... ed uno o più imprenditori, fornitori o prestatori di servizi, mediante il quale le parti, nel caso di pluralità di prestazioni protrate per un tempo determinato o in relazione a uno specifico programma di esecuzione di lavori, di forniture o di prestazioni di servizi, fissano le condizioni generali di realizzazione del programma e le modalità di determinazione*

**Uno strumento che nasce dall'esperienza dei c.d. settori speciali**



**I contratti aperti di manutenzione**



*di successivi rapporti negoziali, soprattutto in riferimento ai prezzi ed eventualmente alle quantità.*

Parallelamente, a testimonianza della preesistenza di un tema analogo anche negli appalti pubblici ordinari, l'art. 154 del dpr 554/99 evocava, per il solo campo dei lavori, la figura, peraltro non prevista dalla legge 109/94 (c.d. Merloni), di cui detto dpr costituiva disciplina attuativa, i cosiddetti contratti aperti, peraltro ulteriormente circoscritti al solo campo delle manutenzioni<sup>1</sup>

A livello comunitario, la generalizzazione dello strumento dell'Accordo Quadro, con estensione delle relative previsioni al campo dei contratti pubblici, interviene con la Direttiva 2004/18/CE del 31

marzo 2004, alla quale fa seguito il codice del 2006, che ne introduce l'applicazione per tutti gli appalti della PA, peraltro escludendo *la progettazione e gli altri servizi di natura intellettuale*; nel caso dei lavori, circoscrivendo l'applicazione al solo ambito delle manutenzioni. L'attuale disciplina di cui all'art. 54 del d.lgs. 50/2016, rimuove tali limitazioni, secondo un'opzione che pare confermata anche dalla bozza del nuovo codice.

Il profilo d'interesse che nel 2004 aveva spinto la Commissione ad introdurre l'Accordo Quadro come autonomo modello

contrattuale rispetto alla tradizionale formula dell'appalto si collocava, quindi, non tanto nel fatto di formalizzare una formula più o meno già sperimentata in molti contesti nazionali, magari con nomi diversi, quanto in quello di introdurre uno strumento del tutto nuovo che consentisse alla



1. Art. 154. Lavori di manutenzione.

1. Qualora, nel caso di contratti aperti relativi a lavori di manutenzione, l'importo dei lavori da eseguire ecceda l'importo contrattuale il direttore dei lavori dà comunicazione al responsabile del procedimento per le opportune determinazioni. Il responsabile del procedimento può autorizzare l'ulteriore spesa, fino ad un totale complessivo pari all'originario importo posto a base di gara e comunque non superiore a 200.000 Euro.
2. Sono contratti aperti gli appalti in cui la prestazione è pattuita con riferimento ad un determinato arco di tempo, per interventi non predeterminati nel numero, ma resi necessari secondo le necessità della stazione appaltante.

committenza di definire, con un accordo a monte, le condizioni principali di una commessa, *in primis* quelle di natura economica, con più operatori, tra i quali poi riaprire un confronto più o meno ampio per l'individuazione dell'affidatario finale.

In tal senso, l'esempio tipico che gli uffici di Bruxelles avevano in mente, riguardava le forniture di prodotti informatici che la stessa Commissione, per esigenze proprie, all'epoca intendeva attivare fissando, con una gara a monte, i prezzi di determinati prodotti con più operatori i quali ultimi sarebbero stati poi messi in competizione tra loro per stabilire chi, ai prezzi predefiniti, fosse in grado di fornire il prodotto tecnicamente più avanzato e performante. È noto, infatti, che gli strumenti informatici sono beni soggetti a rapida evoluzione tecnologica, tale da rendere facilmente obsoleti quelli non più adeguati.

In sostanza l'idea di base era quella dell'accordo con più operatori con successiva riapertura della concorrenza, che costituisce una delle opzioni codificate prima nelle Direttive e poi nel codice dei contratti, dove, oltre al caso di accordi quadro tra più amministrazioni, trovano posto tanto l'ipotesi di partenza dell'accordo con un solo operatore, quanto quella dell'accordo con più operatori, senza riapertura della concorrenza.

In tal senso prevede, quindi, l'articolo 54 del d.lgs. n. 50/2016 che, unitamente alle definizioni recate all'art. 3, lett. ii), fissa l'attuale disciplina dell'istituto evidenziando, accanto alla duttilità della figura, l'ulteriore suo elemento qualificante: quello di non determinare tra le parti la nascita di obbligazioni analoghe a quelle caratterizzanti la figura tipica dell'appalto.

Al riguardo, si legge nel documento della Commissione Europea "Appalti Pubblici Orientamenti per i funzionari" del 2015 che *l'accordo quadro non è un appalto*. Oggetto dell'accordo sul fronte degli operatori economici è il diritto ad essere consultati in caso di affidamento delle prestazioni in esso incluse; lato stazioni appaltanti, la fissazione delle condizioni alle quali

gli specifici appalti, che quindi si configurano solo a valle, ed in modo distinto, potranno essere attivati, in primo luogo relativamente al prezzo e, *se del caso*, alle quantità.

Precisa al riguardo il Consiglio di Stato (V sez., 6 agosto 2021, n.5785), che l'Accordo Quadro è *una procedura di selezione del contraente volta a semplificare, sotto il profilo amministrativo, il processo d'aggiudicazione dei contratti fra una o più stazioni appaltanti ed uno o più operatori economici, individuando futuri contraenti, prefissando condizioni e clausole relative agli appalti in un dato arco temporale massimo, con l'indicazione dei prezzi e, se del caso, delle quantità previste. Così facendo* – continuano i giudici di Palazzo Spada - *l'amministrazione accorpa la maggior parte degli adempimenti amministrativi ed ottiene un risparmio di attività procedimentale, nonché di oneri connessi alle procedure di affidamento; in particolare, questa fattispecie contrattuale è particolarmente utile per le pubbliche amministrazioni quando non sono in grado di predeterminare, in maniera precisa e circostanziata, i quantitativi dei beni da acquistare oppure nelle ipotesi in cui questi siano caratterizzati da rapida obsolescenza tecnica e/o da forti oscillazioni dei valori di mercato, così che tra accordo quadro e contratto esecutivo deve esservi necessariamente identità di oggetto.*

Trattandosi di una procedura e non di un appalto, anche ad avviso della Corte dei Conti (Sez. controllo, Campania, delibera 22 maggio 2018, n.77) l'Accordo quadro non implica assunzione di obblighi di spesa.

### Le forniture informatiche come campo elettivo di applicazione



### Può l'accordo quadro definirsi propriamente un appalto?



## 2. I problemi applicativi

Tanto premesso, come detto il vigente codice dei contratti ha rimosso le limitazioni esistenti nella precedente versione del 2006, in specie per il caso delle progettazioni e degli altri servizi di natura intellettuale nonché per le prestazioni diverse dalle manutenzioni relativamente ai lavori; l'accordo quadro, come riconosce anche l'ANAC, è

quindi considerato, oggi più che mai, strumento assai utile e di generale applicazione; in tal senso l'aggiornamento delle FAQ dello scorso 12 settembre 2022 e, da ultimo, la nota n. 2475/22, resa a margine di una questione riguardante la Regione Sicilia, confermano tale lettura. Alcune questioni, peraltro, tuttora generano interrogativi ed aprono problemi applicativi.

Sull'utilizzo degli Accordi Quadro nel campo delle progettazioni, in passato espressamente escluso, è sorto, in alcuni casi, dibattito.

A testimonianza di ciò l'Anac, nell'ambito delle citate FAQ (n.9), ha inteso affermare testualmente che l'Accordo Quadro è da ritenersi ammissibile anche per la progettazione e per gli altri servizi di natura intellettuale, fermo restando che le prestazioni oggetto di tali servizi devono essere riconducibili ad elementi standardizzabili e ripetibili, per i quali le stazioni appaltanti non possono predeterminare con certezza il se, quando e quantum delle prestazioni. È il caso - riporta espressamente l'Autorità - della progettazione di interventi tipologici da utilizzare nella manutenzione ordinaria e/o nella realizzazione di nuove opere standardizzabili.

Ulteriore precisazione sul tema riguarda l'affermazione, proveniente anch'essa dall'Autorità, secondo la quale l'aggiudicazione deve avvenire nel rispetto della disciplina sulla progettazione, anche in caso di ricorso allo strumento dell'accordo quadro.

Ulteriore questione riguarda il grado di definizione delle prestazioni da porre a base di esso; il tema è se è possibile gestire un accordo quadro solo indicando in modo del tutto generico ciò che ci si riserva di affidare con i successivi contratti attuativi, ad esempio una mera lista di interventi, o se tali prestazioni debbano essere in qualche modo specificate, anche per consentire agli operatori economici una più consapevole assunzione dei rispettivi impegni.

Puntando decisamente sulla seconda opzione, l'Anac ha avuto modo di osservare, nel caso della necessità di selezionare operatori economici ai quali affidare la redazione della progettazione definitiva ed esecutiva, che a base della gara per l'Accordo Quadro andava posta una identificazione delle opere da progettare almeno a livello

di Documento Preliminare alla Progettazione (DPP) o di progetto di Fattibilità tecnico economica (PFTE), *necessaria per individuare esattamente la categoria e le classi dei lavori che devono essere affidati e, conseguentemente, per fissare correttamente i corrispondenti requisiti di partecipazione, evitando di restringere ingiustificatamente il numero dei possibili partecipanti (cfr. Delibera 483/2018)*. Tale orientamento risulta confermato in ulteriori più recenti delibere (n. 162 del 30 marzo 2022; n. 184 del 5 Aprile 2022) che escludono la possibilità di configurare l'attivazione di un accordo quadro alla stregua della costituzione di un elenco di operatori di fiducia cui ricorrere, all'occorrenza, applicando condizioni economiche predefinite.

La precisazione resa in ordine ad un Accordo quadro per le progettazioni peraltro vale in termini generali.

Ulteriore questione del tutto specifica agli Accordi Quadro riguarda il tema delle garanzie. *Come in ogni gara d'appalto, afferma l'ANAC nelle sue FAQ, l'OE è obbligato a presentare una Cauzione provvisoria pari al 2% dell'importo complessivo dell'accordo quadro ... nonché la cauzione definitiva .... da presentarsi alla data della sottoscrizione dell'AQ, calcolata con riferimento all'importo massimo previsto nel medesimo accordo anziché a quello/i dei contratti applicativi dovendo tale garanzia permanere sino alla fine delle prestazioni affidate in esecuzione.*

Senonchè, specie nel caso di Accordi Quadro con più operatori, la prestazione di garanzie commisurate all'intero importo dell'accordo stesso

### Accordi Quadro per l'acquisizione delle progettazioni

### La definizione delle prestazioni a base dell'accordo quadro

### Il problema delle garanzie ...

può generare distorsioni di mercato in funzione della sproporzione tra importi garantiti e quelli oggetto di possibile affidamento (tutti rispondono per l'intero triplicando o quadruplicando l'ambito della garanzia a disposizione del committente nel caso di Accordo Quadro rispettivamente con tre o quattro operatori?)

Ciò posto, tanto per la cauzione provvisoria che per la definitiva, nell'esempio riportato l'importo da considerare non dovrebbe essere quello dell'intero Accordo Quadro, bensì un valore proporzionato all'effettivo impegno da assumere da parte di ciascun titolare.

D'altro canto la domanda che può porsi è quale sia l'impegno da garantire: più che l'esecuzione di tutti contratti inclusi nell'Accordo, peraltro senza obbligo alcuno per il committente di darvi più o meno interamente seguito, trattasi della disponibilità a dar corso alla sottoscrizione dei singoli applicativi a condizioni in parte già definite, i cui contenuti specifici sono la reale fonte dell'obbligo di esecuzione.

In questo senso potrebbe essere utile considerare sufficiente, allo scopo, commisurare l'importo delle garanzie al valore più elevato riscontrabile tra tutti i contratti inclusi nell'Accordo.

Il tema dell'obbligazione che si intende garantire mediante richiesta della cauzione si estende, peraltro, anche all'ipotesi di affidamento ad un unico operatore; ciò anche in rapporto all'assenza di un obbligo, in capo all'amministrazione committente, di dar corso ai singoli applicativi, se non quello derivante dall'obbligo civilistico, ai sensi dell'art. 1375 del codice, di comportarsi secondo principi di correttezza e buona fede.

A testimonianza del suo rilievo, la questione si pone in modo speculare laddove si consideri il distinto tema dell'erogazione dell'anticipazione contrattuale che, non a caso, viene di regola erogata sull'importo del contratto applicativo, non già come dovrebbe essere, in coerenza con le opzioni suggerite dall'Anac in tema di garanzie, sull'intero valore dell'Accordo Quadro.

Dove il non chiaro rapporto tra Accordo Quadro e contratti applicativi rischia di toccare il massimo della patologia riguarda, poi, il tema qualificazione richiesta per concorrere ai fini dell'acquisizione dell'accordo e quella riconosciuta all'operatore economico a seguito dell'esecuzione dei singoli contratti inclusi nell'accordo stesso.

Relativamente ai lavori, dove il caso assume massimo rilievo per l'esistenza di un sistema di qualificazione unico, gestito dalle società organo di attestazione, c.d. SOA, che operano sotto la vigilanza dell'ANAC, la FAQ B.20 resa nell'ambito delle tematiche riguardante la gestione del predetto sistema, afferma che *all'impresa esecutrice di più contratti eseguiti in attuazione di un accordo quadro debba essere rilasciato un C.E.L. per ogni singolo contratto eseguito, all'interno del quale il RUP dovrà indicare l'importo e le date di inizio e fine lavori riferite alla singola prestazione eseguita.*

### ... dell'anticipazione contrattuale ...

*In sintesi - prosegue l'Autorità - poiché l'accordo quadro si concretizza mediante l'esecuzione di distinti interventi, (non di rado totalmente autonomi uno dall'altro), gli importi complessivamente computati non possono essere valorizzati nel CEL come se si trattasse di un lavoro unitario, ma devono essere ricondotti ai singoli ordini e ripartiti con riferimento agli stessi, soprattutto ai fini della sussistenza dei lavori di punta nelle varie categorie di qualificazione.*

Evidente conseguenza di tale lettura, che ancora una volta da esclusivo rilievo al singolo applicativo, è che, nella misura in cui l'applicativo non corrisponda a valori significativi rispetto all'intero accordo, ma risulti esserne un importante frazionamento, l'affidatario è destinato progressivamente a perdere la qualificazione detenuta, la stessa che, per paradosso, gli aveva permesso di concorrere ed assumere l'Accordo Quadro: ciò per l'evidente impossibilità che l'illustrata lettura genera, di documentare importi unitari (c.d. di punta) adeguati al suo mantenimento.

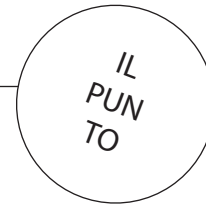
### ... della qualificazione degli operatori economici

### **3. Le conclusioni**

Appare dunque evidente come chiarire, da parte del legislatore, il rapporto esistente tra Accordo Quadro e contratti attuativi risulti, a questo punto, oltremodo necessario. Trattasi peraltro di un equivoco ancora una volta tutto interno alla legislazione nazionale. Che l'Accordo Quadro sia più vicino ad un contratto normativo che ad un appalto ai sensi dell'articolo 1655 del codice civile appare di tutta evidenza. Definirlo a volte appalto, più che procedura, genera il dubbio al quale sono poi legate le incongrue opzioni di cui si è accennato, specie in tema di qualificazione. Alla nuova codificazione l'occasione di dirimere a regime tali incertezze; nell'immediato alle stazioni appaltanti di operare, fissando nei disciplinari di gara scelte coerenti.

# La revisione del corrispettivo. I servizi tecnici fuori dal cerchio?

di Giuseppe Totino



## Premesse: il quadro normativo odierno in raffronto col previgente

Come ormai noto ai più, in applicazione di quanto previsto dall'articolo 29, co. 1, lett. a), del D.L. 27 gennaio 2022, n. 4, convertito in Legge 28 marzo 2022, n. 25, è stato reso obbligatorio "l'inserimento, nei documenti di gara iniziali, delle clausole di revisione dei prezzi previste dall'articolo 106, comma 1, lettera a), primo periodo di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, fermo restando quanto previsto dal secondo e dal terzo periodo della medesima lettera a)...".

La succitata norma, in particolare, ha previsto che per le gare bandite a far data dal 27 gennaio 2022 e fino al 31 dicembre 2023, le stazioni appaltanti siano tenute a prevedere, negli atti di gara, delle clausole di revisione dei prezzi contrattuali di cui all'articolo

106, co. 1, lett. a), del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (di seguito, "Codice dei Contratti").

Dalla lettura della norma, risulta subito evidente che il Legislatore non abbia inteso compiere alcuna distinzione in ordine alla disciplina applicabile nei diversi casi in cui l'approvvigionamento pubblico consti di opere o di servizi.

**È obbligatorio l'inserimento, nei documenti di gara iniziali, delle clausole di revisione dei prezzi previste dall'articolo 106, comma 1, lettera a), primo periodo di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50**



inoltre, differenti modalità di rideterminazione dello stesso, nel caso si trattasse di un corrispettivo per remunerare l'esecuzione di un appalto di servizi a carattere continuativo ovvero per remunerare l'esecuzione di un appalto di un'opera pubblica.

Invero, nulla di nuovo sotto il sole del mercato delle commesse pubbliche.

Molti rammenteranno che già il previgente codice degli appalti (d.lgs. 163/2006) prescriveva una specifica disciplina in tema di revisione del corrispettivo, prevedendo,



All'articolo 115 il precedente codice era previsto, infatti, l'obbligatorietà della revisione del corrispettivo offerto in gara, con esclusivo riguardo ai contratti di servizi e forniture a esecuzione continuata o periodica, che operava su istanza di parte, previa apposita istruttoria del RUP.

Diverso, invece, era il meccanismo pensato per i lavori, previsto dall'articolo 133, co. 2, che, nel vietare l'applicazione della revisione (nonché dell'articolo 1664 del Codice Civile), imponeva, d'altro canto, l'applicazione del meccanismo del c.d. "prezzo chiuso", secondo cui sarebbe stato possibile rivedere il prezzo delle lavorazioni ancora da effettuarsi, ad un dato tempo, in funzione della differenza tra il tasso d'inflazione reale e quello programmato, rilevata annualmente dal Ministero delle Infrastrutture.

L'articolo 106, co. 1, lett. a), del Codice dei Contratti vigente si limita, invece, a definire come facoltativo l'inserimento di clausole di revisione, rimettendo alla discrezionalità della Stazione Appaltante la valutazione di tale opportunità, almeno fino all'introduzione della norma di che trattasi, che ha imposto, sebbene per un periodo limitato, la sua obbligatorietà.

Ciò premesso, il presente contributo mira a verificare in che termini, tale obbligo possa estendersi ai servizi di natura intellettuale, quali sono, in particolare, i servizi di natura tecnica.

L'analisi appare ancor più necessaria, se si pone riguardo ad alcuni impulsi che sono pervenuti dalle associazioni di categoria dei progettisti, che hanno inteso cavalcare, da un lato, l'onda inflattiva di questo periodo, lamentando una discriminazione con gli altri servizi del mercato delle commesse pubbliche, dall'altro, la mancata chiarezza dell'ambito oggettivo di applicazione della revisione stessa.

Sebbene il Legislatore non abbia inteso espressamente escludere alcuna fattispecie - né in funzione della durata del contratto né in funzione del loro oggetto -, si nutrono, invero, dubbi in merito all'applicabilità della revisione del corrispettivo per gli appalti che siano connotati da una esigua durata, nonché per i servizi di natura intellettuale, con specifico riferimento ai servizi di progettazione.

### **1. La giurisprudenza formatasi in tema di revisione sulla base della normativa previgente**

Come accennato in premessa, secondo la disciplina previgente, l'istituto della revisione era stato ritenuto come propriamente applicabile agli appalti di servizi o forniture di durata pari almeno ad un anno.

A tale riguardo, la giurisprudenza amministrativa, con sentenza del Consiglio di Stato, Sez. IV, 7 luglio 2022, n. 5667, aveva posto in evidenza alcuni nodi ermeneutici caratterizzanti l'istituto in parola:

- "a) la revisione prezzi si applica ai contratti di durata, ad esecuzione continuata o periodica, trascorso un determinato periodo di tempo dal momento in cui è iniziato il rapporto e fino a quando lo stesso, fondato su uno specifico contratto, non sia cessato ed eventualmente sostituito da un altro;
- b) con la previsione dell'obbligo di revisione del prezzo, i contratti di servizi e forniture sono stati muniti di un meccanismo che, a cadenze determinate, comporti la definizione di un «nuovo» corrispettivo per le prestazioni oggetto del contratto, conseguente alla dinamica dei prezzi registrata in un dato arco temporale, con beneficio per entrambi i contraenti;
- c) l'istituto della revisione dei prezzi, in particolare, ha la finalità di salvaguardare l'interesse pubblico a che le prestazioni di beni e servizi alle pubbliche amministrazioni non siano esposte col tempo al rischio di una diminuzione qualitativa e al contempo essa è posta a tutela dell'interesse dell'impresa a non subire l'alterazione dell'equilibrio contrattuale conseguente alle modifiche dei costi sopraggiunte durante l'arco del rapporto;
- d) l'istituto della revisione prezzi si atteggia secondo un modello procedimentale volto al compimento di un'attività di preventiva verifica dei presupposti necessari per il riconoscimento del compenso revisionale".

Sul punto, il Consiglio di Stato, Sez. III, 12 agosto 2019, n. 5686, aveva chiarito che la revisione prezzi, secondo quella disciplina, si riferiva ai contratti di durata pluriennale a partire dall'anno successivo al primo, con lo scopo di "...salvaguardare l'interesse pubblico a che le prestazioni di beni e servizi alle pubbliche amministrazioni non siano esposte col tempo al rischio di una diminuzione qualitativa, a causa dell'eccessiva onerosità sopravvenuta delle

prestazioni stesse (incidente sulla percentuale di utile considerata in sede di formulazione dell'offerta), e della conseguente incapacità del fornitore di farvi compiutamente fronte (cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 7 maggio 2015 n. 2295; Consiglio di Stato, Sez. V, 20 agosto 2008 n. 3994; Cons. di Stato, Sez. III, 20 agosto 2018, n. 4985)...", onde evitare che "il corrispettivo del contratto di durata subisca aumenti incontrollati nel corso del tempo tali da sconvolgere il quadro finanziario sulla cui base è avvenuta la stipulazione del contratto (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 23 aprile 2014 n. 2052; Sez. III 4 marzo 2015 n. 1074; Sez. V 19 giugno 2009 n. 4079)"<sup>1</sup>.

In altre parole, il presupposto per l'applicazione della revisione, così come congegnata dalla normativa previgente, era quello di verificare che, durante l'arco di esecuzione del contratto, ci fossero state delle oscillazioni inflattive tali da incidere sulla remuneratività dell'offerta presentata dall'appaltatore.

È di tutta evidenza che, ove il contratto prevedesse l'espletamento delle prestazioni in un arco limitato di tempo, ogni revisione del relativo corrispettivo finirebbe per annullare l'assunzione del rischio di impresa, proprio di un contratto di appalto, in quanto, come sancito più di recente, "nella disciplina di diritto positivo dell'istituto non è affatto stabilito che la revisione prezzi abbia come obiettivo l'azzeramento del rischio di impresa connesso alla sopportazione in capo all'appaltatore dell'alea contrattuale normale riconducibile a sopravvenienze, quali l'oscillazione generale e diffusa dei prezzi. Al contrario, è necessario che ricorrano circostanze eccezionali e imprevedibili, la cui esistenza non può essere ricondotta ad

aumenti del costo di fattori della produzione prevedibili – anche dal punto di vista della loro consistenza valoriale – nell'ambito del normale andamento dei mercati relativi, dovendo invece a tal fine farsi riferimento ad eventi, appunto eccezionali ed imprevedibili, tali da alterare significativamente le originarie previsioni contrattuali"<sup>2</sup>.

**Nella disciplina di diritto positivo dell'istituto non è affatto stabilito che la revisione prezzi abbia come obiettivo l'azzeramento del rischio di impresa connesso alla sopportazione in capo all'appaltatore dell'alea contrattuale normale riconducibile a sopravvenienze, quali l'oscillazione generale e diffusa dei prezzi**



Di stesso avviso si è mostrata ANAC, con il parere n. 20 del 18 luglio 2022, laddove ha avuto modo di far propri alcuni recenti arresti pretori, rammentando che "...la clausola di revisione dei prezzi ai sensi del citato art. 106, comma 1, lett. a) non assume la funzione di eliminare completamente

l'alea tipica di un contratto d'appalto. «Se indubbiamente il meccanismo deve prevedere la correzione dell'importo previsto ab origine in esito al confronto comparativo — per prevenire il pericolo di un'indebita compromissione del sinallagma contrattuale — il riequilibrio non si risolve in un automatismo perfettamente ancorato ad ogni variazione dei valori delle materie prime (o dei quantitativi), che ne snaturerebbe la ratio trasformandolo in una clausola di indicizzazione" (T.A.R. Brescia, sez. I, 03/07/2020, n. 504; TAR Trieste, sez. I, 7 luglio 2021 n. 211)» (TAR Lombardia n. 238/2022 cit., in tal senso anche TAR Lombardia n. 181/2022 cit.)".

## 2. La posizione di ANAC

Rammentato il quadro normativo e giurisprudenziale, la cornice interpretativa è stata adornata dall'ANAC, che, con la Delibera numero 154 del 16 marzo 2022 (pubblicata nella Gazzetta Ufficiale - Serie Generale - n. 91 del 19 aprile 2022) ha provveduto a rettificare il Bando tipo n. 1 recante

1. (Consiglio di Stato, 16 giugno 2020, n. 3874)

2. (cfr. T.A.R. Milano, 26.01.2022 n. 181, in tal senso anche T.A.R. Napoli, Sez. I, n. 2306/2014; T.A.R. Milano, Sez. I, n. 435/2021)

lo schema di disciplinare per "Procedura aperta telematica per l'affidamento di contratti pubblici di servizi e forniture nei settori ordinari sopra soglia comunitaria con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo".

L'Autorità, in particolare, ha integrato lo schema precedente per mezzo del punto 3.3 del Bando tipo n. 1, rubricato "Revisione dei prezzi", ricordando come l'inserimento della stessa clausola di revisione del corrispettivo sia obbligatorio "fino al 31/12/2023 per i contratti pubblici, i cui bandi o avvisi siano pubblicati successivamente alla data di entrata in vigore del decreto-legge, nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o di avvisi, qualora l'invio degli inviti a presentare le offerte sia effettuato successivamente alla data di entrata in vigore del decreto medesimo", individuando al contempo degli schemi di clausole da inserire negli atti di gara:

- "[nei contratti di durata superiore all'anno]: A partire dalla seconda annualità contrattuale] i prezzi sono aggiornati, in aumento o in diminuzione, ... [indicare le modalità di revisione. Ad esempio, sulla base dei prezzi standard rilevati dall'ANAC, degli elenchi dei prezzi rilevati dall'ISTAT, oppure, qualora i dati suindicati non siano disponibili, in misura non superiore alla differenza tra l'indice Istat dei prezzi al consumo per le famiglie di operai e impiegati, al netto dei tabacchi (c.d. FOI) disponibile al momento del pagamento del corrispettivo e quello corrispondente al mese/anno di sottoscrizione del contratto].
- La revisione dei prezzi è riconosciuta se le variazioni accertate risultano superiori al ... per cento [indicare la percentuale] rispetto al prezzo originario.
- [nei contratti di durata superiore all'anno] La revisione dei prezzi può essere richiesta una sola volta per ciascuna annualità".

Dalla lettura delle succitate possibili clausole, emerge come l'Autorità abbia inteso concentrare

**L'Autorità ha inteso concentrare la propria attenzione sui contratti di durata superiore all'anno, assumendo come presupposto per la revisione del corrispettivo il fatto che il contratto sia connotato da una durata sufficiente da legittimare una attività finalizzata alla rideterminazione delle condizioni di equilibrio economico tra le parti del contratto.**



perciò stesso intangibili rispetto alle oscillazioni di mercato dei prezzi sottostanti.

### 3. La posizione del Ministero delle Infrastrutture

L'OICE (l'Associazione di categoria, aderente a Confindustria, che rappresenta le organizzazioni italiane di ingegneria, architettura e consulenza tecnico-economica), con atto del proprio ufficio legislativo denominato "Focus OICE su revisione prezzi nei servizi" del 25 marzo 2022 e pubblicato il successivo 28 marzo 2022, ha sollecitato di recente un inserimento specifico di una clausola contrattuale per l'applicazione della revisione nei contratti relativi ai servizi di ingegneria, sebbene consapevole dell'arduo compito delle Stazioni Appaltanti che, a tale scopo, dovrebbero "ragionare sulle concrete prospettive di tale clausola", intravedendo, come soluzione la sola "automatica indicizzazione" del compenso.

A tal proposito, è opportuno rammentare che il governo allora in carica aveva espresso parere negativo rispetto all'inserimento, all'interno della legge di conversione del Sostegni Ter, di una specifica clausola per i compensi dei progettisti, evidenziando sin da subito come lo spirito della legge non contemplasse i servizi di questa tipologia.

Il succitato approccio contrario del governo Draghi allora in carica, è stato in effetti confermato dal Ministero delle Infrastrutture laddove, chiamato a

esprimere parere in merito alle concrete modalità operative della clausola in questione, ha avuto modo di limitare, con parere n. 1455 dell'8 maggio 2022, pubblicato, però, ad ottobre del 2022, l'ambito di operatività della revisione alle sole prestazioni di servizi di ingegneria e architettura la cui esecuzione sia prolungata nel tempo, quali, ad esempio, la direzione dei lavori e il coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione, escludendone espressamente l'applicazione per gli appalti a esecuzione c.d. "istantanea", quali i servizi di progettazione e di coordinamento della sicurezza in fase di progettazione, proprio in ragione della breve durata dell'esecuzione dell'incarico ed esclusivamente con riferimento alle spese e agli oneri accessori.

Per completezza espositiva si rappresenta che, in relazione alla pretesa avanzata sempre da OICE di applicare revisione del corrispettivo in funzione degli obblighi di adeguamento del prezzo dei lavori, ai sensi dell'articolo 26 del D.L. 18 maggio 2022, convertito in L. 15 luglio 2022, n. 91, il Ministero delle Infrastrutture ha inoltre sottolineato, con parere n. 1371 del 21 giugno 2022, come alcuna revisione del corrispettivo per i progettisti sia dovuto nell'ipotesi di aumento del valore dell'opera progettata conseguente alla rideterminazione dell'importo dei lavori in ragione dell'attuazione dell'adeguamento di cui all'articolo 26 del D.L. n. 50/2022.

#### 4. Conclusioni

Le superiori considerazioni consentono, pertanto, di chiudere il cerchio in ordine all'ambito di operatività dell'obbligo di revisione del corrispettivo di appalto, sancito dall'articolo 29 in parola.

Sebbene ANAC mostri di essere di segno opposto, la giurisprudenza relativa alla normativa previgente sul tema ed i pareri del Ministero delle Infrastrutture, tracciano una linea ermeneutica bene chiara: perché i corrispettivi di appalto

possano essere oggetto di revisione, è necessario che gli stessi siano connotati da una durata pluriennale.

Secondo il Ministero, in particolare, "la clausola in questione, infatti, è applicabile a tutti i contratti che abbiano termine di conclusione distante dalla conclusione del contratto e/o consegna dei servizi/lavori", giungendo a concludere che sia "corretto non applicare la clausola di revisione ai contratti ad esecuzione istantanea", escludendo, pertanto, i corrispettivi relativi ai servizi di progettazione pura, nonché limitando, per i servizi a ad esecuzione non istantanea, l'applicazione della clausola di revisione prezzi in rapporto al solo all'importo delle spese e degli oneri accessori.

**La clausola in questione, infatti, è applicabile a tutti i contratti che abbiano termine di conclusione distante dalla conclusione del contratto e/o consegna dei servizi/lavori. In merito al terzo quesito, si ritiene che nelle procedure di affidamento in oggetto ad esecuzione non istantanea, la clausola di revisione prezzi sia rapportata solo all'importo delle spese e degli oneri accessori**



*De jure condendo*, la Legge 21 giugno 2022, n. 78, recante la delega in materia di contratti pubblici, all'articolo 1, co. 2, lett. g), stabilisce che il nuovo codice preveda "...un regime obbligatorio di revisione dei prezzi al verificarsi di particolari condizioni di natura oggettiva e prevedibili al momento della formulazione dell'offerta compresa la variazione del costo derivante dal rinnovo dei contratti collettivi nazionali di lavoro sottoscritti dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, applicabili in relazione all'oggetto dell'appalto e delle prestazioni da eseguire anche in maniera prevalente, stabilendo che gli eventuali oneri derivanti dal suddetto meccanismo di revisione dei prezzi siano a valere sulle risorse disponibili del quadro economico degli interventi e su eventuali altre risorse disponibili per la stazione appaltante da utilizzare nel rispetto delle procedure contabili di spesa".

L'articolo 60 delle bozze di decreto delegato che sono state fatte circolare in questi giorni da parte del Consiglio di Stato, prevedono, in effetti, un obbligo di inserimento, a cura della stazione appaltante, di una clausola di revisione del prezzo, senza che sia stato chiarito l'ambito di operatività della clausola.

Sarebbe opportuno che l'occasione sia colta, onde conferire alla disciplina della revisione un canone ermeneutico chiaro, identificando l'ambito oggettivo di applicazione della stessa, facendo tesoro, anche, delle indicazioni pervenute di recente dal Ministero competente.

# Gli affidamenti nel sottosoglia nel nuovo schema di codice dei contratti (e confronto con l'attuale situazione)

di Stefano Usai

IL  
PUN  
TO

## 1. I contratti di importo inferiore alla soglia europea

E' noto che l'attuale disciplina, il c.d. microsoglia comunitario, almeno fino al 30 giugno 2023 (salvo entrata in vigore anticipata del nuovo decreto), trova una compiuta disciplina nell'articolo 1 del DL 76/2020 come ricalibrato e corretto dal DL 77/2021.

La struttura essenziale è caratterizzata dall'esistenza dell'affidamento diretto e dalle procedure negoziate. La norma richiama il "congelato" comma 2 dell'articolo 36 e dell'articolo 157, ovvero il micro sistema complessivo anche per gli incarichi di progettazione (e connessi).

Nel nuovo schema, essenzialmente, al sottosoglia sono dedicati gli artt. 48/56 della Parte I (rubricata (Dei contratti di importo inferiore alle soglie europee).

Proprio l'ultimo articolo di questa prima parte (art. 56) chiarisce che rimangono fermi gli obblighi di utilizzo "degli strumenti di acquisto e di negoziazione previsti dalle vigenti disposizioni in materia di contenimento della spesa" e che in ogni caso anche ai contratti sottosoglia "si applicano, se non derogate dalla presente Parte, le disposizioni del codice".

### Premessa

Lo schema del nuovo codice, pubblicato la scorsa settimana, reca diverse novità ed una nuova riscrittura delle acquisizioni nel sottosoglia comunitario che, fin dalla prima lettura, fa emergere delle importanti prese di posizione del legislatore sia in tema, ad esempio, di rotazione ma anche in tema di formazione della commissione di gara e sul ruolo del RUP.

Con questo primo commento ci si soffermerà sulle acquisizioni del sottosoglia comunitario.

Pertanto, anche in quest'ambito di attività il RUP (nel nuovo schema responsabile di progetto) dovrà muoversi tenendo comunque in conto i principi classici della procedura di aggiudicazione e di esecuzione. Da notare che ampia parte iniziale del nuovo schema è dedicata proprio alla declinazione dei vari principi.

L'articolo 48 (Disciplina comune applicabile ai contratti di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea) precisa che anche per l'affidamento e l'esecuzione dei contratti sottosoglia le procedure si svolgono "nel rispetto dei principi di cui al Libro I, Parti I e II" e (secondo comma) quando il RUP della stazione appaltante accerta un interesse transfrontaliero è necessario seguire le procedure ordinarie.

La sottolineatura esprime, pertanto, una novità visto che inibisce la possibilità di utilizzare le procedure di affidamento semplificate definite nell'articolo 50 dello schema. Quindi, se nell'attuale codice la questione dell'interesse transfrontaliero condiziona l'applicazione dell'esclusione automatica (art. 97) – in realtà oggi superata dalle nuove previsioni del decreto emergenza DL 76/2020 –, con il nuovo codice contingerà la scelta della procedura di affidamento.

## 2. La riscrittura del principio della rotazione

L'art. 49 (Principio di rotazione degli affidamenti) "riscrive" la disciplina della rotazione, applicabile nel sottosoglia comunitario, in realtà ribadendo gli approdi dell'ANAC e della giurisprudenza.

La più importante novità è che la rotazione riguarda il solo pregresso affidatario e non anche i soggetti solamente invitati ai pregressi procedimenti semplificati.

Il comma 2, infatti, spiega che secondo la rotazione "è vietato l'affidamento o

l'aggiudicazione di un appalto al contraente uscente nei casi in cui due consecutivi affidamenti abbiano a oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, oppure nella stessa categoria di opere, oppure nello stesso settore di servizi".

Si ripete, quindi, una affermazione (al netto della questione dei soggetti solamente invitati) ben nota visto che risulta espressa nelle linee guida n. 4 e nella costante giurisprudenza.

Altresì si conferma la possibilità di disciplinare la rotazione (con apposito atto, regolamento, che individua le fasce di importo entro le quali, solamente, applicare le rotazioni) e la possibilità di deroga infra 5mila.

La norma prevede (comma 4) la possibilità di motivare la mancata applicazione dell'alternanza ma solo "con riferimento alla struttura del mercato e alla effettiva assenza di alternative, nonché di accurata esecuzione del precedente contratto, il contraente uscente può essere reinvitato o essere individuato quale affidatario diretto".

Viene riaffermata anche la prassi (e la giurisprudenza) che ha rimarcato la possibilità di non considerare la rotazione come imprescindibile riferimento istruttorio nel caso in cui l'avviso risulti aperto alla partecipazione di ogni soggetto in possesso dei requisiti.

In questo senso, il comma 5 precisa che "per i contratti" sottosoglia affidati con le procedure negoziate "di cui all'articolo 50, comma 1, lettere c), d) ed e), le stazioni appaltanti non applicano il principio di rotazione quando l'indagine di mercato sia stata effettuata senza porre limiti al numero di operatori economici in possesso dei requisiti richiesti da invitare alla successiva procedura negoziata".

**La struttura essenziale delle acquisizioni nel sottosoglia è caratterizzata dall'esistenza dell'affidamento diretto e dalle procedure negoziate.**



**La più importante novità è che la rotazione riguarda il solo pregresso affidatario e non anche i soggetti solamente invitati ai pregressi procedimenti semplificati.**



### 3. Le procedure

L'articolo 50 dello schema (rubricato: procedure per l'affidamento) richiama le procedure utilizzabili nel sottosoglia -, con un "fermo restando" per quanto viene disposto in tema di qualificazione delle stazioni appaltanti.

Come si è anticipato, le lettere a) e b) del primo comma declina l'affidamento diretto "puro" ovvero l'affidamento (già previsto anche nel DL 76/2020) che può avvenire anche senza consultazione di più operatori economici.

L'affidamento diretto "puro" può essere utilizzato per lavori infra 150mila euro (come nell'odierno regime emergenziale) e per beni/servizi infra 140mila euro (oggi 139 mila euro con l'articolo 1, comma 1, lett. a) del DL 76/2020).

La particolarità, non una novità, è che il RUP deve avere come obiettivo la circostanza di dover concentrare la scelta su "soggetti in possesso di documentate esperienze pregresse idonee all'esecuzione delle prestazioni contrattuali".

Si tratta, pertanto, di una riscrittura della previsione già contenute nel DL 76/2020 che, sia consentito, veicola l'agire amministrativo del RUP che, qualora procedesse con l'affidamento diretto - ad esempio perché l'appalto non ha evidente interesse transfrontaliero -, deve scegliere tra soggetti che, oltre al possesso dei requisiti, possano vantare anche una specifica e documentata esperienza nel settore inciso dall'appalto.

La scelta degli operatori può avvenire anche attingendo da albi o elenchi (ed in questo senso dovrebbe anche essere considerato lo stesso albo del MEPA/mercato elettronico).

L'aspetto di rilievo che deve essere sottolineato è che il legislatore ha totalmente abbandonato il riferimento contenuto nella prima versione dell'articolo 36 (o anche delle indicazioni ANAC) secondo cui l'affidamento diretto deve essere motivato (o adeguatamente motivato). La motivazione, che evidentemente non può mancare

è concentrata chirurgicamente sul possesso dei requisiti generali ed esperienziali sempre che, ovviamente, la scelta dell'affidatario non sia condizionata da comportamenti arbitrari. Il RUP dovrà rispettare, naturalmente la rotazione (come detto sopra) che nella riscrittura riguarderà il solo pregresso affidatario).

### 4. Le procedure negoziate

Le successive lettere (c, d, ed e)) disciplinano le procedure negoziate per importi pari o superiori ai 140mila euro beni/servizi e 150mila per i lavori. La prima considerazione è che, a differenza dell'attuale codice, il legislatore introduce anche una procedura negoziata per beni/servizi (prevista nel DL 76/2020).

Come noto il codice dei contratti attuale prevede l'affidamento diretto mediato/temperato dal confronto tra (almeno) 5 operatorie economici. Si "cancella" (almeno con questo schema) una delle figure giuridiche oggetto di grande "fraitendimento" (per cui la stessa ANAC auspicava l'eliminazione).

E' noto come la giurisprudenza abbia chiarito che, nonostante il confronto, l'affidamento diretto mediato (lett. b) comma 2 articolo 36 del Codice) non deve essere confuso con una procedura negoziata che sconta maggior rigore e rigidità.

Lo schema del nuovo codice, quindi, introduce una procedura negoziata anche per beni e servizi (lett. e)) fino all'intero sottosoglia (partendo da importi pari o superiori ai 140mila euro). Allo stesso modo vengono confermate (anche con numeri minimi di inviti) le procedure negoziate

attualmente previste (dall'articolo 1, comma 2, lett. b) del DL 76/2020) per lavori.

Almeno quattro le particolarità degne di essere evidenziate.

La prima è che non viene più richiesta la pubblicazione di un avviso che avvia la procedura (che, come annotato dal MIMS, in relazione all'attuale disciplina coincide con l'avviso a manifestare interesse), la seconda, il fatto che

**Il RUP dovrà rispettare, naturalmente la rotazione (come detto sopra) che nella riscrittura riguarderà il solo pregresso affidatario).**





sugli inviti non opera più la rotazione sempre che si tratti di soggetti non pregressi affidatari ma solo invitati a precedenti procedure.

La terza riguarda il mancato richiamo della "diversa dislocazione territoriale" degli inviti. Ovvero l'indicazione al RUP di non concentrare gli inviti nello stesso territorio.

La quarta novità è che la norma fa "salva la possibilità di ricorrere alle procedure" ordinarie ma solo "previa adeguata motivazione" si è in presenza, pertanto, di un deterrente contro comportamenti defatigatori e quindi contro una sorta di "abuso" aggravio del procedimento amministrativo (dato dal caso in cui il RUP intenda procedere con una procedura di aggiudicazione maggiormente articolata senza alcuna ragione/beneficio oggettivo.)

**Il RUP non potrà più individuare i potenziali competitori attraverso il sorteggio "o altro metodo di estrazione casuale dei nominativi, se non in presenza di situazioni particolari e specificamente motivate".**



## 5. Le indagini di mercato e gli elenchi

Il comma 2 rinvia ad uno specifico allegato (XI) per la disciplina degli elenchi e delle indagini di mercato.

L'allegato in parola (ancora non noto) evidentemente andrà a sostituire le attuali linee guida ANAC n. 4 - in tema di acquisizione nel sottosoglia comunitario -.

In generale si può sostenere che il nuovo codice segnala la conclusione dell'esperienza delle linee guida ANAC sostituire da specifici allegati (e quindi da norme e non da una semplice prassi). Si può facilmente prevedere che l'allegato ribadirà (stante l'oggettiva validità) molte delle precisazioni contenute nelle linee guida n. 4 in tema di redazione/contenuto dell'avviso e dell'albo interno della stazione appaltante.

Il secondo periodo del comma in commento, invece, introduce una novità assoluta ovvero l'impossibilità per il RUP di individuare i potenziali competitori attraverso il sorteggio "o altro metodo di estrazione casuale dei nominativi, se non in

presenza di situazioni particolari e specificamente motivate".

Dalla prima lettura pare doversi sostenere che, negli inviti, il RUP debba operare secondo criteri qualitativi/quantitativi (ovviamente da fissare a "monte" della procedura) visto che non potrà affidarsi, salvo oggettive ed adeguate motivazioni, all'estrazione.

Il rigore della disposizione non deve essere sottovalutato considerato che il responsabile di progetto avrà in sostanza due opzioni amministrative o fissare dei criteri qualitativi/quantitativi per "veicolare/disciplinare" gli inviti o procedere con avvisi "aperti" alla partecipazione di tutti gli operatori economici che

dovessero manifestare interesse (ed in questo modo potrà non applicare il principio/criterio della rotazione).

Sui criteri di aggiudicazione, il comma 4 ribadisce una equiordinazione tra multicriterio e minor prezzo salvo che si tratti di contratti con alta intensità di manodopera.

La novità è che non si prevedono (nella norma in parola) delle soglie che possano legittimare decisioni differenti come nell'attuale ordinamento.

## 6. La consegna in via d'urgenza

Abbastanza significative sono le semplificazioni in tema di esecuzione in via d'urgenza (nel nuovo codice "anticipata") oggetto di una specifica disciplina anche nel sottosoglia (come già avviene in via generale nel DL 76/2020).

In questo senso, secondo disposizioni già note, si prevede che (comma 6 della norma in commento) che "dopo la verifica dei requisiti dell'aggiudicatario la stazione appaltante può procedere all'esecuzione anticipata del contratto; nel caso di mancata stipula l'aggiudicatario ha diritto al rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione dei lavori ordinati dal direttore dei lavori e, nel caso di servizi e forniture, per le prestazioni eseguite su ordine del direttore

dell'esecuzione".

Sul termine dilatorio, ante stipula del contratto, dispone direttamente l'articolo 55 in cui si prevede che la "stipula del contratto avviene entro 30 giorni dall'aggiudicazione".

Non è previsto pertanto un autentico *stand still* (disciplinato nell'articolo 18 comma 3) visto che il comma 2 dell'articolo 55 prevede che tali termini "non si applicano agli affidamenti dei contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea".

Si prevede inoltre (comma 7) che "la stazione appaltante può sostituire il certificato di collaudo o il certificato di verifica di conformità con il certificato di regolare esecuzione, rilasciato per i lavori dal direttore dei lavori e per le forniture e i servizi dal RUP o dal direttore dell'esecuzione, se nominato. Il certificato di regolare esecuzione è emesso non oltre tre mesi dalla data di ultimazione delle prestazioni oggetto del contratto".

Si ribadisce la necessità di pubblicare l'avviso sui risultati e, nelle procedure negoziate, anche l'obbligo di indicare i soggetti invitati.

### 7. Possesso dei requisiti e esclusione automatica

L'articolo 52 (Controllo sul possesso dei requisiti) ribadisce la modalità dichiarazione e controllo sui requisiti. Pertanto, infra 40mila euro (in caso di affidamento diretto) le dichiarazioni sostitutive di atto notorio devono essere scrutinate a campione con tecniche di estrazione.

Qualora l'affidatario risulti privo dei requisiti la stazione appaltante (e quindi il RUP) se non corrisponde al dirigente/responsabile del servizio, deve proporre l'adozione del provvedimento di "risoluzione del contratto" e l'escussione "della eventuale garanzia definitiva, alla comunicazione all'ANAC, e alla sospensione dell'operatore economico dalla partecipazione alle procedure di affidamento indette dalla medesima stazione appaltante per un periodo da uno a 12 mesi decorrenti dall'adozione del provvedimento".

**Pertanto, infra 40mila euro (in caso di affidamento diretto) le dichiarazioni sostitutive di atto notorio devono essere scrutinate a campione con tecniche di estrazione.**



Quindi una sanzione penalizzante che riguarda la stazione appaltante che ha "subito" la falsa dichiarazione.

In tema di cauzioni provvisorie, l'art. 53 (Garanzie a corredo dell'offerta e garanzie definitive) stabilisce in via generale che la stazione appaltante non le richieda salvo il caso delle procedure negoziate ma con motivazione.

La motivazione dovrà dare conto "della tipologia e specificità della singola procedura, ricorrano particolari esigenze che ne giustifichino la richiesta".

La norma chiarisce che "le esigenze particolari sono indicate nella decisione di contrarre oppure nell'avviso di indizione della procedura o in altro atto equivalente".

In caso di richiesta, la garanzia provvisoria "non può superare il due per cento dell'importo previsto nell'avviso o nell'invito per il contratto oggetto di affidamento".

Infine, comma 4, "in casi debitamente motivati è facoltà della stazione appaltante non richiedere la garanzia definitiva per l'esecuzione dei contratti di cui alla presente Parte oppure per i contratti di pari importo a valere su un accordo quadro".

L'articolo 54 dispone in tema di esclusione automatica prevedendola nel caso di utilizzo del criterio del minor prezzo salvo che l'appalto rivesta un interesse transfrontaliero certo (si ribadisce, quindi, la disposizione, sul punto, dell'attuale codice e non del decreto emergenza) con la possibilità di operare l'automatica esclusione dell'offerta anomala con la partecipazione di 5 operatori (come nell'attuale disposizione contenuta nel DL 76/2020).

L'esclusione automatica non può riguardare l'affidamento diretto.

La disposizione è singolare e deve essere intesa, evidentemente, al caso in cui venisse attivata una micro competizione non prevista dalla norma probabilmente per evitare di veicolare l'affidamento.

In ogni caso, sempre il primo comma dell'articolo 50, "le stazioni appaltanti possono valutare la congruità di ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa".

Anche in questo caso, per individuare i criteri su cui basare l'esclusione automatica si rinvia ad uno specifico allegato (XII) che avrà il compito di sostituire le linee guida n. 2 dell'ANAC.

### **8. La commissione giudicatrice nel sottosoglia**

Una delle novità di maggior rilievo riguarda la composizione della commissione di gara nel sottosoglia comunitario.

L'articolo 51 (rubricato: Commissione giudicatrice) "sdogana" la figura ed il ruolo del RUP ammettendo che possa presiedere anche la commissione di gara.

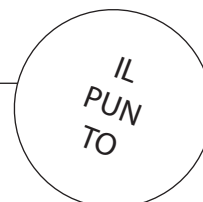
Nel sottosoglia, pertanto, si ammette la possibilità che un soggetto non dotato di poteri gestionali possa svolgere funzioni dirigenziali. Si tratta di una deroga importante per cui si prevede (con l'articolo 228 dello schema di codice) la modifica dell'articolo 107 del decreto legislativo 267/2000 che, come noto, assegna la presidenza delle commissioni di gara (e di concorso) al dirigente/responsabile del servizio.

A ben valutare si tratta di una disposizione che ribadisce/riconosce la centralità del RUP nel procedimento amministrativo contrattuale facendo cadere le anacronistiche (ed inaccettabili) questioni sulla incompatibilità del soggetto in parola.

Ovviamente l'appaltatore che intende contestarne la partecipazione in commissione sarà tenuto a fornire la prova dei condizionamenti e/o dei comportamenti arbitrari.

# I presupposti per l'attivazione della verifica facoltativa di anomalia dell'offerta

di Riccardo Gai



## 1. Le offerte anomale nel Codice dei Contratti

Il d.lgs. 50/2016 (Codice dei Contratti), al fine di garantire e tutelare il perseguimento dell'interesse pubblico, ossia quello di scegliere il miglior contraente possibile ai fini dell'esecuzione dell'appalto, ha fissato delle regole per stabilire in via presuntiva quando un'offerta debba considerarsi anormalmente bassa.

L'offerta è considerata anomala quando è sospettata di scarsa affidabilità e attendibilità circa la non corretta esecuzione della prestazione contrattuale, giacché, in base alle necessità individuate nei documenti di gara, non sembra assicurare all'operatore economico un adeguato profitto.

L'art. 97 del Codice disciplina le modalità di individuazione della soglia di anomalia e il procedimento d'indagine delle offerte risultanti anormalmente basse.

In estrema sintesi, qualora le offerte appaiano anormalmente basse in esito a un giudizio tecnico sulla congruità, serietà, sostenibilità e realizzabilità dell'offerta - espressione di un tipico potere tecnico-discrezionale riservato alla P.A. insindacabile in sede giurisdizionale, salvo che nelle ipotesi di manifesta e macroscopica erroneità e irragionevolezza - gli operatori economici, su richiesta della stazione appaltante, forniscono spiegazioni circa il prezzo o i costi proposti nelle offerte (*cf.* Cds, sez. V, 29/11/2021, n. 7951).

Va tuttavia evidenziato che il giudizio di anomalia dell'offerta non ha per oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze dell'offerta economica, ma mira ad accertare se in concreto l'offerta sia attendibile e affidabile in relazione alla corretta esecuzione dell'appalto.

Pertanto, secondo giurisprudenza ormai consolidata, la valutazione di congruità deve intendersi in un'ottica globale e sintetica, senza concentrarsi esclusivamente sulle singole voci di prezzo, né può effettuarsi in maniera comparativa (*cf.* *ex multis*, Cds, sez. V, 13/9/2016, n. 3855; 17/11/2016, n. 4755).

La soglia di anomalia non è altro che un criterio di *discrimen* con cui le stazioni appaltanti individuano le offerte anomale degli operatori economici.

Il Decreto Legge n. 32/2019 (c.d. Sblocca Cantieri, convertito con Legge n. 55 del 14 giugno 2019) ha modificato i criteri di calcolo della soglia di anomalia che dipende dal criterio di aggiudicazione scelto dalla stazione appaltante, tra quelli indicati

**Il giudizio di anomalia dell'offerta non ha per oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze dell'offerta economica, ma mira ad accertare se in concreto l'offerta sia attendibile e affidabile in relazione alla corretta esecuzione dell'appalto. Pertanto, secondo giurisprudenza ormai consolidata, la valutazione di congruità deve intendersi in un'ottica globale e sintetica, senza concentrarsi esclusivamente sulle singole voci di prezzo, né può effettuarsi in maniera comparativa (cf. ex multis, Cds, Sez. V, 13/9/2016, n. 3855; 17/11/2016, n. 4755).**



agli artt. 95 e 97 del Codice, e dal numero delle offerte presentate.

Orbene, nel caso del criterio del prezzo più basso, in luogo del sorteggio tra i vari criteri di calcolo, il DL 32/2019 ha introdotto dei parametri matematici distinti in base al numero di offerte che consentono l'individuazione di una soglia di anomalia, ossia di un ribasso massimo oltre il quale, se l'appalto è inferiore alla soglia UE e non presenta carattere transfrontaliero, ai sensi dell'art. 35 del Codice, e il numero delle offerte ammesse è pari o superiore a 10, è prevista l'esclusione automatica del concorrente.

Inoltre, al fine di non rendere nel tempo predeterminabili i parametri di calcolo da parte degli offerenti, è stata prevista la possibilità, da parte del Ministero delle Infrastrutture e Trasporti, di procedere con

decreto alla rideterminazione delle modalità di calcolo per l'individuazione della soglia di anomalia.

Nelle gare in cui il criterio adottato è quello del prezzo più basso, si ricorre al cosiddetto "taglio delle ali", operazione con cui nell'ambito del calcolo della soglia di anomalia non si considerano le offerte rientranti nelle nel 10% di maggiore o minore ribasso.

In giurisprudenza mancava un orientamento univoco su come dovessero essere considerate le offerte rientranti nel 10% di maggiore o minore ribasso: se escluse in maniera fittizia e, quindi, solo ai fini del calcolo della soglia di anomalia o se escluse in maniera definitiva dalla gara.

Ebbene, soltanto negli ultimi tempi è prevalso l'orientamento per cui il meccanismo del taglio delle ali è da intendersi come virtuale, senza dunque comportare l'esclusione automatica dalla gara delle imprese che abbiano presentato offerte ricadenti nelle cd. ali, ma semplicemente accantonandole ai

fini dell'individuazione della soglia di anomalia (v. Cds, Sez. V, 15/03/2022, n. 1808).

Da ultimo, il c.d. Decreto Semplificazioni (D.L. 16 luglio 2020 n. 76, convertito con legge n. 120/2020) ha previsto che nel caso di aggiudicazione con il criterio del prezzo più basso, le stazioni appaltanti procedono all'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi dell'articolo 97, commi 2, 2-bis e 2-ter, del Codice dei contratti, anche qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque.

Nel caso del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, invece, 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 4/5 dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara.

Tale ultimo meccanismo di individuazione delle offerte anomale si fonda sul presupposto secondo cui sono inaffidabili le offerte di livello qualitativo elevato proposte ad un prezzo particolarmente ridotto.

Tuttavia, tale calcolo è effettuato solo nel caso in cui il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a tre.

In ogni caso, laddove il criterio prescelto sia quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, non è mai prevista l'esclusione automatica dell'offerta. Pertanto, sarà la stazione appaltante a valutare discrezionalmente se e quando un'offerta può ritenersi non congrua.

In ogni caso, a norma dell'art. 97, co. 6, ultimo

periodo, del Codice, non è preclusa alla Stazione appaltante – in via facoltativa - la possibilità di valutare la congruità di ogni offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa.

## 2. L'attività interpretativa della Stazione appaltante in sede di verifica di anomalia

L'ineludibile principio di non modificabilità delle offerte comporta che il procedimento di verifica della congruità debba limitarsi ad una operazione meramente interpretativa delle offerte dei concorrenti, non potendo consentire a questi ultimi alcuna integrazione o modifica dell'offerta stessa, i quali potrebbero avere interesse, in virtù di sopravvenienze legate alle condizioni di mercato, o alla conoscenza delle condizioni d'offerta dei suoi concorrenti, a modificare la formulazione della propria offerta, e costruirsi così un vantaggio competitivo.

La stazione appaltante deve infatti osservare il rispetto dei principi di imparzialità, buon andamento e trasparenza di cui all'art. 97 della Costituzione, i quali impongono di garantire ad ogni operatore economico le stesse possibilità di accesso alla procedura di aggiudicazione, e gli stessi poteri competitivi, onde evitare inammissibili squilibri di mercato che, oltre a ledere la sfera degli interessi legittimi dei singoli partecipanti alla procedura, metterebbero a repentaglio lo stesso interesse pubblico generale, perimetrato dai principi di concorrenza, efficienza,

efficacia ed economicità, consentendo ad un'impresa, potenzialmente incapace di adempiere alle richieste della gara, di rimettersi in gioco con indebite correzioni della propria offerta.

**L'ineludibile principio di non modificabilità delle offerte comporta che il procedimento di verifica della congruità debba limitarsi ad una operazione meramente interpretativa della medesima delle offerte dei concorrenti, non potendo consentire a questi ultimi alcuna integrazione o modifica dell'offerta stessa, i quali potrebbero avere interesse, in virtù di sopravvenienze legate alle condizioni di mercato, o alla conoscenza delle condizioni d'offerta dei suoi concorrenti, a modificare la formulazione della propria offerta, e costruirsi così un vantaggio competitivo.**



In tal senso, il corretto svolgimento del procedimento di aggiudicazione presuppone evidentemente l'effettività del contraddittorio tra stazione appaltante e concorrente, di cui costituiscono necessari corollari l'immodificabilità dell'offerta, la sicura modificabilità delle giustificazioni, nonché l'ammissibilità di giustificazioni sopravvenute e di compensazioni tra sottostime e sovrastime, purché l'offerta risulti nel suo complesso affidabile al momento dell'aggiudicazione e dia garanzia di una seria esecuzione del contratto.

Si è infatti evidenziato che le offerte, intese come atto negoziale, sono suscettibili di essere interpretate in modo tale da ricercare l'effettiva volontà del dichiarante senza peraltro attingere a fonti di conoscenza estranee all'offerta medesima né a dichiarazioni integrative o rettificative dell'offerente (V. Ex plurimis Cds, Sez. VI, n.978/2017; Sez. IV, n.1827/2016).

In altri termini, l'obiettivo è quindi quello di evitare ogni forma di attività manipolativa a opera della Stazione appaltante al fine di non ledere in concreto il principio i principi di parità e trasparenza.

La verifica di congruità non è diretta ad evidenziare singole inesattezze dell'offerta (la c.d. "caccia all'errore"), ma mira ad accertare se l'offerta nel suo complesso sia attendibile ed affidabile e, dunque, se sia o meno in grado di offrire serio affidamento circa la corretta esecuzione della prestazione richiesta e che, nell'ambito di tale indagine, la stazione appaltante goda di margini di discrezionalità tecnica per cui il proprio giudizio si configura come pressoché insindacabile.

Nella casistica giurisprudenziale, tuttavia, ci si è occupati di verificare se vi siano e quali siano, d'altro canto, i margini di "modificabilità" dell'offerta nell'ambito della verifica della congruità della stessa, e quanto sia perciò possibile "rimaneggiare" l'offerta medesima da parte del concorrente.

Ciò che rimane fermo è senz'altro il principio per cui l'offerta, una volta presentata, non è suscettibile di modificazione, pena la violazione della *par condicio* tra i concorrenti e fermo restando la legittimità di limitati aggiustamenti, pur essendo ammissibile che, a fronte di determinate voci di prezzo giudicate eccessivamente basse e, dunque, inattendibili, l'impresa dimostri che, per converso, altre voci sono state inizialmente sopravvalutate

e che, in relazione alle stesse, è in grado di conseguire un concreto, effettivo, documentato e credibile risparmio, che compensa il maggior costo di altre voci, fermo restando il valore complessivo dell'offerta presentata.

Come affermato dai giudici amministrativi, in sede di verifica delle offerte anomale, è da ritenere ammissibile una modifica delle giustificazioni delle singole voci di costo (rispetto alle giustificazioni eventualmente già fornite), lasciando, però, le voci di costo invariate, ovvero un aggiustamento di singole voci di costo che trovi il suo fondamento in sopravvenienze di fatto o normative, che comportino una riduzione dei costi, o che consistano in originari e comprovati errori di calcolo o in altre ragioni plausibili; è anche ammesso che l'impresa possa intervenire riducendo l'utile esposto, a condizione che tale voce non risulti del tutto azzerata, perché ciò che rileva è che l'offerta rimanga nel complesso seria (TAR Lombardia, Sez. I, n. 1/2019).

Anche se nel corso della verifica della congruità delle voci di costo, compreso quella della manodopera, è ammissibile la correzione di errori materiali, tuttavia l'errore materiale direttamente emendabile è soltanto quello che può essere percepito o rilevato *ictu oculi*, dal contesto stesso dell'atto e senza bisogno di complesse indagini ricostruttive di una volontà agevolmente individuabile e chiaramente riconoscibile da chiunque. Tale principio è appunto strettamente correlato a quello dell'immodificabilità sostanziale dell'offerta, posto a tutela sia della imparzialità e della trasparenza dell'agire della stazione appaltante, sia del valore della concorrenza e della parità di trattamento tra gli operatori economici che prendono parte alla procedura concorsuale.

### 3. Verifica obbligatoria e facoltativa dell'anomalia

Inquadrata come sopra la *ratio* della verifica di anomalia, ed individuata a grandi linee il relativo perimetro, è utile sinteticamente illustrare le differenze tra verifica "obbligatoria" e verifica "facoltativa".

Abbiamo visto come il procedimento di verifica delle offerte anomale sia sostanzialmente finalizzato ad accertare la complessiva attendibilità

e serietà dell'offerta, sulla base di una valutazione, ad opera della stazione appaltante, che ha natura globale e sintetica e che costituisce, in quanto tale, espressione di un tipico potere tecnico-discrezionale riservato, in via di principio insindacabile in sede giurisdizionale, salvo che per ragioni legate alla eventuale (e soprattutto dimostrata) manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza dell'operato dell'amministrazione, tale da rendere palese l'inattendibilità complessiva dell'offerta, non potendo risolversi in una parcellizzazione delle singole voci di costo ed in una caccia all'errore nella loro indicazione nel corpo dell'offerta (ex plurimis, Cds, n. 5283/2021; n. 4867/2021; TAR Lazio - Roma n. 8097/2021).

La verifica della congruità dell'offerta non ha, dunque, per oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze dell'offerta economica, ma mira ad accertare se in concreto essa, nel suo complesso, sia attendibile e affidabile in relazione alla corretta esecuzione dell'appalto, non risolvendosi, come detto sopra, in una caccia all'errore.

Sul punto si è espressa reiteratamente – e uniformemente – la giurisprudenza amministrativa, affermando che <<Nelle gare pubbliche d'appalto, in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta o di mancata verifica della stessa, il giudizio della stazione appaltante, cui compete il più ampio margine di apprezzamento, costituisce esplicitazione paradigmatica di discrezionalità tecnica, sindacabile solo in caso di manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza; in tal caso, l'obbligo di motivare in modo completo e approfondito sussiste solo nel caso in cui la stazione appaltante esprima un giudizio negativo che faccia venir meno l'aggiudicazione, non richiedendosi, per contro,

una motivazione analitica nel caso di esito positivo della verifica di anomalia; di conseguenza incombe sul soggetto, che contesta l'aggiudicazione, l'onere di individuare gli specifici elementi da cui il giudice

amministrativo possa evincere che la valutazione tecnico-discrezionale dell'amministrazione sia stata manifestamente irragionevole ovvero sia stata basata su fatti erronei o travisati; ne deriva, da un punto di vista pratico, che il giudice amministrativo può sindacare le valutazioni della Pubblica amministrazione sotto il profilo della logicità, ragionevolezza ed adeguatezza dell'istruttoria, ma non procedere ad una autonoma verifica della congruità dell'offerta e delle singole voci, che costituirebbe un'inammissibile invasione della sfera propria della Pubblica amministrazione e tale sindacato rimane limitato ai casi di macroscopiche illegittimità, quali errori di valutazione gravi ed evidenti oppure valutazioni abnormi o inficiate da errori di fatto>> (cfr. ex multis Cds n. 1818/2020; n. 4317/2019).

Come anticipato al § 1, accanto alla verifica "obbligatoria" di anomalia, che avviene al ricorrere delle circostanze sopra illustrate, vi è la cosiddetta

"verifica facoltativa", prevista dal comma 6, ultima parte, dell'art. 97 del Codice, e configura una potestà ampiamente discrezionale, che prescinde dall'uso di particolari forme, salva la necessità della individuazione espressa degli indicatori che – in assenza della condizione di superamento dei 4/5 di entrambe le componenti tecnica ed economica dell'offerta predeterminata legislativamente per la verifica di anomalia – facciano ritenere l'opportunità di procedere alla suddetta verifica; pertanto la verifica facoltativa, a differenza di quella obbligatoria, è caratterizzata da una più ampia discrezionalità tecnica della stazione appaltante, che si estende anche all'an della verifica stessa.

Quanto, poi, al procedimento di verifica facoltativa dell'anomalia, è stato

ulteriormente precisato che la Stazione appaltante dispone di una discrezionalità quanto mai ampia in ordine alla scelta se procedere a verifica facoltativa della congruità dell'offerta, il cui esercizio (o

**Quanto, poi, al procedimento di verifica facoltativa dell'anomalia, è stato ulteriormente precisato che la Stazione appaltante dispone di una discrezionalità quanto mai ampia in ordine alla scelta se procedere a verifica facoltativa della congruità dell'offerta, il cui esercizio (o mancato esercizio) non necessita di una particolare motivazione e può essere sindacato solo in caso di macroscopica irragionevolezza o di decisivo errore di fatto (v. Cds, Sez. VI, n. 604/2017).**





mancato esercizio) non necessita di una particolare motivazione e può essere sindacato solo in caso di macroscopica irragionevolezza o di decisivo errore di fatto (v. Cds, Sez. VI, n. 604/2017).

Ancor più recentemente, in merito alla verifica facoltativa di anomalia, il Consiglio di Stato ha ribadito che <<la decisione dell'amministrazione di procedere (o meno) a verifica di anomalia dell'offerta nei casi in cui ciò non sia espressamente previsto dalla norma è di natura discrezionale, non soggetta alla sindacabilità del giudice, se non per le ipotesi di manifesta illogicità ed irragionevolezza (cfr. Cons. Stato, sez. III, 9 marzo 2022, n. 1698; V, 15 settembre 2021, n. 6297; III, 20 agosto 2021, n. 5967); affinché si possa censurare la scelta dell'amministrazione è necessario, secondo altre pronunce, che emerga una "chiara incongruità" nell'offerta dell'aggiudicatario (cfr. Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giuris., 21 giugno 2021, n. 586; Cons. Stato, sez. V, 2 ottobre 2020, n. 5782)>> (Cds, sez. V, 30/05/2022, n.4365).

#### **4. La verifica facoltativa di anomalia quale potere istruttorio del Giudice amministrativo**

Orbene, abbiamo sopra illustrato come il potere/dovere di verifica dell'anomalia dell'offerta sia esercitabile, oltre che negli specifici casi previsti dal comma 3 dell'art. 97 del Codice, anche nei casi in cui, ad una valutazione propria della Stazione appaltante, l'offerta appaia anormalmente bassa, sulla scorta di elementi specifici, concretamente individuati.

E' pertanto interessante, ai nostri fini, analizzare attraverso la casistica giurisprudenziale il risvolto processuale dell'ampia discrezionalità attribuita alla Stazione appaltante in soggetta materia.

Se, infatti, sopra abbiamo sottolineato la sostanziale insindacabilità delle valutazioni operate dalla Stazione appaltante in tale ambito, occorre parimenti precisare come tale insindacabilità non operi in modo assoluto ma, anzi, consenta l'attivazione da parte del giudice amministrativo di un vero e proprio potere "istruttorio".

Soccorre, in proposito, il principio giurisprudenziale secondo cui il mancato esercizio della verifica facoltativa di cui all'art. 97, comma 6, del d.lgs.

n. 50/2016 <<[non] preclude alla concorrente che si assuma lesa dall'aggiudicazione di far valere in giudizio l'anomalia dell'offerta della propria concorrente, al fine di ottenere il riesame dell'offerta da parte della P.A., oppure la verifica della stessa offerta in giudizio da parte del giudice>> (ex multis, T.A.R. Lazio, Roma, sez. II ter, 13/08/2018 n. 8977; T.A.R. Lazio, sez. II ter, 5/02/2018 n. 1438; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II ter, 21/06/2016, n. 7206).

Pur essendo espressione di discrezionalità tecnica, infatti, la verifica o la mancata verifica di congruità <<è sempre suscettibile di sindacato esterno nei profili dell'eccesso di potere per manifesta irragionevolezza, erronea valutazione dei presupposti, contraddittorietà. Il concorrente può, quindi, introdurre in giudizio elementi che sul piano sintomatico, in modo pregnante, evidente, e decisivo rendano significativo il vizio di eccesso di potere in cui possa essere incorso l'organo deputato all'esame dell'anomalia>> (Cds, Adunanza Plenaria, 3/2/2014, n. 8).

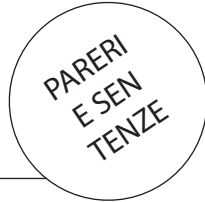
Sul punto, la stessa Adunanza Plenaria ha anche chiarito che siffatto sindacato non <<[non] riceve preclusione dall'art. 34, comma 2, c.p.a., che fa divieto al giudice amministrativo di pronunciarsi "con riferimento a poteri amministrativi non ancor esercitati", poiché la questione introdotta interviene dopo che tutte le offerte sono già venute all'esame della stazione appaltante e dà rilievo a profili che sono elevati, sul piano sintomatico, a vizio di un non corretto esercizio del potere di scelta della migliore offerta, per non aver dato rilievo ad estremi di manifesta incongruità di talune di esse. E', quindi, consentito il sindacato esterno del giudice amministrativo sull'operato dell'organo deputato all'esame delle offerte, in presenza di elementi che il ricorrente elevi a vizio di eccesso di potere in cui la stazione appaltante si assume sia incorsa per una non corretta disamina di elementi contenutistici tali da evidenziare una palese incongruità dell'offerta>> (v. ancora Cds, Adunanza Plenaria n. 8/2014).

In effetti, a ben vedere, seguendo il perspicuo ragionamento dell'Adunanza Plenaria, la determinazione di non procedere a valutazione facoltativa di anomalia costituisce essa stessa esercizio (seppur implicito) di potere discrezionale, sicché sembrerebbe corretto ritenere che un motivo di ricorso volto a contestare la mancata

sottoposizione dell'offerta a verifica di anomalia debba essere non solo ritenuto ammissibile, ma altresì atto a suscitare l'attivazione da parte del Giudice dei propri poteri istruttori, disponendo, se del caso, una verifica o una consulenza tecnica d'ufficio.

In merito agli apprezzamenti tecnici svolti dalla Stazione appaltante, infatti, deve (o dovrebbe) ormai considerarsi tramontata l'equazione "discrezionalità tecnica - merito insindacabile", per cui oggi il sindacato del Giudice amministrativo dovrebbe svolgersi in base non al mero controllo formale ed estrinseco dell'iter logico seguito dall'autorità amministrativa, bensì alla verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo, potendo il giudice utilizzare per tale controllo i mezzi ritenuti necessari, ivi compresa la verifica e la consulenza tecnica.

## Pareri & Sentenze



### **TAR Campania, Salerno, Sez. I, 17/10/2022, n. 2748**

*Sulla escussione della garanzia provvisoria*

La "Adunanza Plenaria del consiglio di Stato, con decisione n. 7 del 26.04.2022 ha, tra l'altro, statuito che "il comma 6 dell'art. 93 del decreto legislativo n. 50 del 2016 – nel prevedere che la "garanzia provvisoria" a corredo dell'offerta «copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione dovuta ad ogni fatto riconducibile all'affidatario (...)» – delinea un sistema di garanzie che si riferisce al solo periodo compreso tra l'aggiudicazione ed il contratto e non anche al periodo compreso tra la "proposta di aggiudicazione" e l'aggiudicazione".

### **Consiglio di Stato, Sez. III, 14/10/2022, n. 8773**

*Le disposizioni in materia di C.A.M. costituiscono obblighi di inserimento del requisito ambientale già nel "momento della definizione dell'oggetto dell'appalto"*

"... le disposizioni in materia di C.A.M., "lungi dal risolversi in mere norme programmatiche, costituiscono in realtà obblighi immediatamente cogenti per le stazioni appaltanti, come si desume plasticamente dal terzo comma dell'art. 34, il quale sancisce che "L'obbligo di cui ai commi 1 e 2 si applica per gli affidamenti di qualunque importo, relativamente alle categorie di forniture e di affidamenti di servizi e lavori oggetto dei criteri ambientali minimi adottati nell'ambito del citato Piano d'azione".

Anche la dottrina ha chiaramente argomentato che la peculiarità innovativa del dato normativo in esame è data dalla doverosità dell'inserimento del requisito ambientale già nel "momento della definizione dell'oggetto dell'appalto".

La giurisprudenza di questo Consiglio di Stato è pacifica nel rinvenire la ratio dell'obbligatorietà dei criteri ambientali minimi nell'esigenza di garantire "che la politica nazionale in materia di appalti pubblici verdi sia incisiva non solo nell'obiettivo di ridurre gli impatti ambientali, ma nell'obiettivo di promuovere modelli di produzione e consumo più sostenibili, "circolari" e nel diffondere l'occupazione "verde" (così, da ultimo, la sentenza n. 6934/2022).

La previsione in parola, e l'istituto da essa disciplinato, contribuiscono dunque a connotare l'evoluzione del contratto d'appalto pubblico da mero strumento di acquisizione di beni e servizi a strumento di politica economica: in particolare, come affermato in dottrina, i cc.dd. green public procurements si connotano per essere un "segmento dell'economia circolare".

Ne consegue che non possono ritenersi rispettate tali previsioni allegando il generico rinvio della legge di gara alle disposizioni vigenti, ovvero opponendo in memoria – in un'ottica di risultato – che l'aggiudicataria avesse comunque "offerto in gara prodotti biologici e possiede certificazioni idonee a minimizzare l'impatto ambientale nella fase esecutiva della commessa".

**TAR Puglia, Lecce, Sez. II, 14/10/2022, n. 1600**

*Gravi illeciti professionali e dies a quo ai fini dell'individuazione del computo del triennio*

“l'art. 80, comma 5, D. Lgs. n. 50/2016 prescrive, per quel che qui interessa, che “Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, qualora: [...] c) la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità; [...] c-ter) l'operatore economico abbia dimostrato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento ovvero la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili; su tali circostanze la stazione appaltante motiva anche con riferimento al tempo trascorso dalla violazione e alla gravità della stessa”;

- circa il tempo trascorso dalla violazione contrattuale contestata, le suddette previsioni normative devono essere coordinate con il comma 10 bis dello stesso art. 80, D. Lgs. n. 50 cit., il quale stabilisce che “Nei casi di cui al comma 5, la durata della esclusione è pari a tre anni, decorrenti dalla data di adozione del provvedimento amministrativo di esclusione ovvero, in caso di contestazione in giudizio, dalla data di passaggio in giudicato della sentenza. Nel tempo occorrente alla definizione del giudizio, la stazione appaltante deve tenere conto di tale fatto ai fini della propria valutazione circa la sussistenza del presupposto per escludere dalla partecipazione alla procedura l'operatore economico che l'abbia commesso”;

- come affermato dalla condivisibile giurisprudenza «...il dies a quo ai fini dell'individuazione del computo del triennio è stato fissato dal legislatore alternativamente nella “data di adozione del provvedimento amministrativo di esclusione” ovvero, se contestato in giudizio, “dalla data di passaggio in giudicato della sentenza”. Per esse si impone un'interpretazione adeguatrice con la lettura in precedenza data dell'ambito applicativo della norma: i riferimenti normativi debbono essere intesi, pertanto, al “fatto” che può dar luogo al provvedimento amministrativo di esclusione, con la conseguenza di fissare il dies a quo nella data in cui lo stesso sia accertato giudizialmente, con il passaggio in giudicato della relativa pronuncia, nel caso in cui il fatto (nella specie, la risoluzione) sia stato impugnato. Così, riprendendo il caso del provvedimento di risoluzione, il triennio decorrerà dal momento dell'adozione del provvedimento di risoluzione, ovvero, se contestato in giudizio, dalla data di passaggio in giudicato della sentenza che ha definito la causa» (Cons. Stato, Sez. III, 1.6.2021, n. 4201);”

**Consiglio di Stato, Sez. V, 12/10/2022, n. 8728**

*La soglia di sbarramento dell'offerta tecnica deve operarsi sulle offerte non riparametrate*

“Se la previsione di una soglia tecnica di sbarramento risponde alla precisa finalità di consentire alla Stazione appaltante una verifica in ordine alla effettiva capacità delle offerte di raggiungere uno standard minimo di qualità, allora ne consegue che la verifica deve operarsi sulle offerte non riparametrate. Dato che la previsione di un punteggio minimo viene prevista a salvaguardia dell'interesse della stazione appaltante a consentire l'accesso alle successive fasi di gara soltanto a imprese con un minimo di capacità tecnica per lo svolgimento del servizio oggetto dell'appalto, tale interesse verrebbe di fatto pregiudicato laddove si consentisse una deroga a tale principio nel caso di un solo partecipante alla gara.

Se così fosse, il meccanismo dell'adeguamento a uno dell'unica offerta in gara avrebbe l'effetto di consentire che qualunque impresa, anche priva di un requisito minimo, possa essere aggiudicataria del servizio nel caso di unica partecipante alla gara. Inoltre, laddove il disciplinare di gara introduce il meccanismo della riparametrazione ciò è previsto soltanto allorquando vi sia una pluralità di offerte. Ciò si desume dal senso letterale delle parole dato che si procede a riportare a uno la media più alta e proporzionando a tale media massima le medie provvisorie prima calcolate.

Il dato letterale rimanda a una pluralità di offerte tra le quali individuare quella più alta e quindi riparametrare

le altre a quest'ultima. Soccorre anche l'interpretazione sistematica delle regole del disciplinare di gara per escludere che nel caso di una sola offerta possa operarsi la riparametrazione riportando a uno l'unica offerta in gara."

**Consiglio di Stato, Sez. V, 11/10/2022, n. 8687**

*"... nelle procedure negoziate, il principio di immodificabilità soggettiva dei raggruppamenti temporanei di imprese viene in rilievo solo dopo la formulazione dell'offerta e non con la manifestazione di interesse ... è consentito ai costituendi R.T.I. provvedere alla modificazione soggettiva nella fase antecedente alla presentazione delle offerte, senza tuttavia che tale modificazione influisca sul possesso dei requisiti del raggruppamento temporaneo, che abbia manifestato interesse ..."*

" ... Né può essere condivisa la tesi sostenuta dall'appellante, secondo cui la richiesta del possesso di determinati requisiti in fase di manifestazione di interesse può essere indice dell'esistenza di un avviso – bando, atteso che anche quando l'indagine di mercato sia avviata con richiesta di requisiti particolarmente stringenti, non si modifica la natura di fase pre – gara finalizzata alla sola raccolta di informazioni, tanto che "l'operatore che avverta di poter essere escluso per la mancanza di tali requisiti ha la facoltà, ma non l'onere a pena di decadenza, di impugnazione, potendo attendere gli sviluppi della successiva fase procedurale (id. est. gli atti di indizione della procedura di gara) contenenti le definitive scelte della stazione appaltante per l'affidamento del contratto pubblico" (Cons. Stato, sez.V, n. 7329/2020 cit., Cons. Stato, sez. III, n. 6302 del 2019).

Il Collegio, pertanto, ribadisce l'indirizzo della giurisprudenza amministrativa, secondo cui, nelle procedure negoziate, il principio di immodificabilità soggettiva dei raggruppamenti temporanei di imprese viene in rilievo solo dopo la formulazione dell'offerta e non con la manifestazione di interesse. Ciò in quanto, la fase di prequalifica ha il dichiarato scopo di individuare potenziali soggetti da invitare come concorrenti, mentre la fase di presentazione delle offerte ha lo scopo di accertare in concreto la sussistenza dei requisiti di ordine generale e speciale in capo ai soggetti invitati, sicché la fase di prequalifica assume una valenza meramente esplorativa, avente carattere sommario e prodromico rispetto al procedimento selettivo vero e proprio, e conseguentemente la manifestazione di interesse non costituisce partecipazione alla gara e non impegna, in alcun modo, chi la presenta.

Ne consegue che è consentito ai costituendi R.T.I. provvedere alla modificazione soggettiva nella fase antecedente alla presentazione delle offerte, senza tuttavia che tale modificazione influisca sul possesso dei requisiti del raggruppamento temporaneo, che abbia manifestato interesse.....non vi sono ragioni per non ritenere ammissibile una modifica soggettiva in riduzione di un R.T.I. in fase pre – gara, dopo che è stata espressa una manifestazione di interesse in sede di indagine di mercato, se tale modifica non incide sulla qualificazione e sui requisiti del suindicato R.T.I ..."

**TAR Campania, Sez. IV, 10/10/2022, n. 6214**

*In una gara suddivisa in lotti, l'impresa ausiliaria per un lotto può partecipare in via autonoma e con l'utilizzo dei medesimi requisiti oggetto dell'avvalimento per un lotto diverso*

"... costituisce principio ormai consolidato in giurisprudenza, quello per cui, di norma, la gara articolata in più lotti, "non costituisce una unica procedura ma tante gare autonome e distinte quanti sono i lotti". Ciascun lotto, infatti, "assume veste autonoma sia per il profilo procedurale che ai fini della partecipazione da parte di concorrenti, ogni lotto costituisce una procedura di gara autonoma e indipendente, che non subisce interferenze per effetto delle vicende che attengono agli altri lotti" ... Se, pertanto, la gara non può considerarsi unitaria, ma plurima, nei termini appena spiegati, è del tutto irrilevante, ai fini della

partecipazione della ricorrente alla gara per il lotto 1, la partecipazione della sua ausiliaria, in via autonoma e con l'utilizzo dei medesimi requisiti oggetto dell'avvalimento, per il lotto n. 5, per come ritenuto dall'Amministrazione resistente. Una diversa impostazione – oltre a porre nel nulla la possibilità – prevista dalla legge e, per quanto qui rileva, dalla lex specialis – per tutti i concorrenti di ricorrere all'avvalimento, è contraria ai principi di concorrenza e di favor participationis, per come notoriamente declinati nella materia degli appalti. Si aggiunga che la natura plurima della gara esclude l'operatività, nel caso di specie, del divieto imposto dall'art. 89 comma 9 D.lgs. 50/2016, per come implicitamente ma evidentemente applicato dall'Amministrazione resistente con il provvedimento impugnato."

#### **Consiglio di Stato, Sez. V, 04/10/2022, n. 8496**

*"L'obbligatoria indicazione dei costi della manodopera in offerta – e la correlativa verifica della loro congruità imposta alla stazione appaltante – si impone solo per i dipendenti impiegati stabilmente nella commessa" ("costi diretti della commessa")*

"Si lamenta la incongruità dell'offerta per la omessa considerazione di costi legati ad alcune specifiche figure professionali (sicurezza, gestione commessa, responsabile del contratto, etc.). Sul punto, in sede di giustificativi, è stato ritenuto che simili oneri non dovevano essere computati in quanto rientranti tra i c.d. "costi indiretti della commessa". Si rammenta che, per giurisprudenza costante (cfr. Cons. Stato, sez. V, 3 novembre 2020, n. 6786), sono "costi indiretti della commessa" quelli relativi al personale di supporto all'esecuzione dell'appalto o a servizi esterni, da tener distinti dai "costi diretti della commessa" comprensivi di tutti i dipendenti impiegati per l'esecuzione della specifica commessa. L'obbligatoria indicazione dei costi della manodopera in offerta – e la correlativa verifica della loro congruità imposta alla stazione appaltante – si impone solo per i dipendenti impiegati stabilmente nella commessa, in quanto voce di costo che può essere variamente articolata nella formulazione dell'offerta per la specifica commessa; non è così, invece, per le figure professionali impiegate in via indiretta, che operano solo occasionalmente, ovvero lo fanno in maniera trasversale a vari contratti (ad es. il direttore del servizio), il cui costo non si presta ad essere rimodulato in relazione all'offerta da presentare per il singolo appalto."

#### **Autorità Nazionale Anticorruzione**

##### **DELIBERA N. 407 del 6 settembre 2022 PREC 94/2022/S-PB**

*"Appalto pubblico – In genere – Scelta del contraente – Procedura- Gara – Offerta anomala – Verifica di congruità – Giustificazioni – Parziali – Ammissibilità - Condizioni"*

Con riferimento al subprocedimento di verifica dell'anomalia "la giurisprudenza ha, infatti, avuto modo di chiarire che "la stazione appaltante non è tenuta a chiedere chiarimenti su tutti gli elementi dell'offerta e su tutti i costi, ma può legittimamente limitarsi a verificare se, nel complesso, quest'ultima sia remunerativa e come tale assicuri il corretto svolgimento del servizio: può limitarsi, quindi, a chiedere le giustificazioni con riferimento alle sole voci di costo più rilevanti, le quali – da sole – potrebbero incidere in modo determinante sull'attendibilità dell'offerta complessiva, evitando di chiedere i giustificativi in relazione ad elementi marginali dell'offerta non in grado di incidere sulla complessiva congruità di essa" (Cons. Stato, Sez. III, 14.11.2018, n. 6430)".

**Autorità Nazionale Anticorruzione**

**DELIBERA N. 410 del 6 settembre 2022  
PREC 108/2022/S**

*"Il principio secondo cui un'offerta che non possiede le caratteristiche essenziali e indefettibili, ossia i requisiti minimi, delle prestazioni o del bene previsti dalla lex specialis della gara va esclusa, è applicabile in tutte le procedure di gara, comprese quelle da aggiudicarsi con il criterio del minor prezzo, nelle quali i concorrenti devono limitarsi ad offrire un servizio perfettamente conforme a quello richiesto, applicando il ribasso sull'importo a base di gara"*

“la valutazione del possesso dei requisiti di partecipazione e di qualificazione ad una procedura di gara, nonché la verifica dei requisiti tecnici dichiarati in fase di gara dai concorrenti compete in via esclusiva alla Stazione appaltante (cfr. ex multis Delibera Anac n. 614 dell'8 settembre 2021; Delibera n. 843 del 3 agosto 2016). In sede di verifica dei requisiti dichiarati dai concorrenti in gara, spetta all'Amministrazione valutare la loro conformità alle prescrizioni della lex specialis di gara al fine di accertare la sussistenza effettiva e concreta della capacità tecnica dichiarata.

La ratio di tali verifiche è, infatti, quella di garantire l'adeguatezza e la professionalità dell'aggiudicatario e scongiurare il rischio che il contratto venga eseguito da un soggetto privo delle capacità ritenute necessarie dalla Stazione appaltante per soddisfare l'interesse pubblico che persegue mediante l'affidamento del servizio a terzi; ... è ius receptum che “un'offerta che non possiede le caratteristiche essenziali e indefettibili – ossia i requisiti minimi – delle prestazioni o del bene previsti dalla lex specialis della gara risulta carente di una condizione di partecipazione alla procedura selettiva, perché non è ammissibile che il contratto venga aggiudicato a un concorrente che non garantisca il minimo prestabilito che vale a individuare l'essenza stessa della res richiesta, e non depone in senso contrario la circostanza che la lex specialis non disponga espressamente la sanzione espulsiva per l'offerta che presenti caratteristiche diverse da quelle pretese, risolvendosi tale difformità in un aliud pro alio che comporta, di per sé, l'esclusione dalla gara, anche in mancanza di un'apposita comminatoria in tal senso” (Cons. Stato, sez. V, 2 marzo 2022, n. 1486; cfr. TAR Lombardia, Milano, sez. II, 3 novembre 2021, n. 2410; TAR Sicilia, Palermo, sez. III, 22 giugno 2022, n. 2028). Tale principio è valido in tutte le procedure di gara, a fortiori in quelle da aggiudicarsi con il criterio del minor prezzo (come quella in oggetto), nelle quali i concorrenti devono limitarsi ad offrire un servizio perfettamente conforme a quello richiesto, applicando il ribasso sull'importo a base di gara (Delibera Anac n. 71 del 9 maggio 2013)”

**Autorità Nazionale Anticorruzione**

**DELIBERA N. 418 del 14 settembre 2022  
PREC 103/2022/L**

*L'avvalimento non può riguardare il possesso di specifiche abilitazioni né l'iscrizione agli albi professionali*

*"L'iscrizione all'Albo delle imprese boschive costituisce un requisito di idoneità professionale e, pertanto, non può costituire oggetto di avvalimento"*

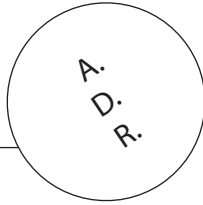
“l'Autorità, nella Determinazione n. 2/2012, avente ad oggetto “l'avvalimento nelle procedure di gara” ha affrontato la questione legata all'ammissibilità dell'avvalimento per i requisiti di idoneità professionale, concludendo nel senso che “gli stessi, inerendo alla disciplina pubblica delle attività economiche ed essendo connotati da un elevato tasso di “soggettività”, configurano uno “status” e non possono essere oggetto di avvalimento”, precisando, altresì, che “per quanto concerne l'iscrizione agli albi professionali, si rileva

che essi costituiscono un insieme disomogeneo in quanto i requisiti per le relative iscrizioni differiscono sensibilmente. In via generale, si precisa che, ove l'iscrizione vada ad impattare sulla disciplina pubblica delle attività economiche e, pertanto, sia legata al possesso di requisiti personali attinenti all'idoneità professionale e/o sia sottoposta a limitazioni circa i soggetti in grado di esercitare quell'attività, per esempio attraverso un meccanismo autorizzatorio basato sul possesso di condizioni strettamente personali, allora non sarà possibile ammettere il ricorso all'avvalimento, altrimenti si finirebbe per sovvertire e vanificare le scelte operate dal legislatore, che ha prescritto, per l'esercizio di determinate attività, una regolamentazione ad hoc. Da tutto quanto sopra, si deve concludere che l'avvalimento non possa riguardare, ad esempio, il possesso di specifiche abilitazioni né l'iscrizione agli albi professionali".

Coerentemente con le proprie determinazioni e con il disposto normativo di cui agli artt. 83 e 89 del d.lgs. 50/2016, nel bando tipo n. 1, recante lo "Schema di disciplinare di gara. Procedura aperta per l'affidamento di contratti pubblici di servizi e forniture nei settori ordinari sopra soglia comunitaria con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo", nella sezione dedicata all'avvalimento, l'Autorità ha espressamente previsto che "Non è consentito l'avvalimento per la dimostrazione dei requisiti generali e di idoneità professionale [ad esempio: iscrizione alla CCIAA oppure a specifici Albi]".



# A Domanda Rispondiamo



# 1

**La disciplina dell'istituto della cooptazione, espressamente prevista per i lavori, può essere estesa analogicamente anche ai servizi e, in particolare, ai servizi di progettazione?**

Premettendo che l'istituto della cooptazione è espressamente previsto dalla norma codicistica per i lavori, diverse sentenze nel tempo (Tar Sardegna, Cagliari, sez. I, 15 gennaio 2019, n. 19), hanno confermato che il "modello è estendibile anche oltre il settore dei lavori, poiché costituisce applicazione del principio affermato nelle direttive europee, secondo il quale ai raggruppamenti di operatori economici non può essere imposta una determinata veste giuridica".

Quanto al significato da attribuire alla disposizione, dal suo tenore letterale emerge come l'impresa cooptata non sia tenuta a dimostrare il possesso dei requisiti specifici richiesti dal bando, purché detti requisiti siano posseduti dalle altre imprese riunite (o dall'altra impresa che promuova il raggruppamento); e purché l'impresa cooptata possieda una qualificazione di importo pari all'ammontare complessivo dei lavori affidati.

Pertanto, qualora si renderà necessario verificare i requisiti autodichiarati dalla cooptata, quest'ultima dovrà comprovare la qualificazione per la quota parte delle prestazioni che andrà a svolgere, anche se non perfettamente inerenti i requisiti previsti nel bando.

# 2

**La stazione appaltante può imporre all'aggiudicatario un termine perentorio per l'invio della documentazione necessaria alla stipulazione del contratto d'appalto?**

Il Consiglio di Stato sez. V con sentenza n. 8685 dell'11/10/2022 ha ritenuto che, anche nel vigore del codice attuale e pur in mancanza di espressa previsione nella lex specialis, è consentito alla stazione appaltante imporre un termine perentorio per l'invio della documentazione necessaria ai fini della stipula del contratto d'appalto, rendendosi anzi necessario ad evitare l'indefinito protrarsi della fase evidenziale precedente (Cfr. Cons. Stato, sez. V, 2 febbraio 2018, n. 738).

# 3

**La scelta della Stazione Appaltante di procedere alla verifica dei requisiti su tutti gli operatori economici richiede una motivazione?**

La Stazione Appaltante è tenuta ad effettuare la verifica del possesso dei requisiti in capo all'operatore economico risultato aggiudicatario all'esito della procedura di gara. La possibilità per la Stazione appaltante di richiedere agli offerenti in qualsiasi momento della procedura di documentare il possesso dei requisiti anche mediante la produzione di documenti complementari rappresenta un'ipotesi residuale in quanto costituisce un aggravio procedimentale in contrasto con i principi di efficienza e tempestività di cui all'art. 31 del Codice. Per tale ragione potrebbe essere utile motivare adeguatamente tale scelta (Cfr. Parere MIMS n. 1412 del 07/08/2022)

## 4

**È possibile che alla stessa procedura possa partecipare una rete dotata di organo comune con potere di rappresentanza, ma priva di soggettività giuridica, e anche di una delle imprese facenti parte della rete, non individuata tra le imprese retiste chiamate ad eseguire parte della prestazione?**

Nel caso della rete dotata di organo comune con potere di rappresentanza ma priva di soggettività giuridica, ai fini della partecipazione, il mandato conferito con il contratto di rete, è condizione necessaria ma richiede comunque l'espressa volontà da parte delle imprese di utilizzare quel mandato, pertanto, nella domanda di partecipazione alla gara devono essere dichiarate le imprese, tutte o alcune, con cui la rete intende partecipare. È quindi con la domanda di partecipazione, sottoscritta dalle imprese retiste che partecipano, che le stazioni appaltanti acquisiscono la conoscenza dell'assetto con cui la rete sta partecipando alla gara.

Per le imprese indicate sussiste, il divieto di partecipazione alla gara (sia in forma collettiva che in forma individuale) in quanto alle imprese che partecipano per mezzo della aggregazione di imprese retiste si applica l'art. 48, comma 7, del d.lgs. n. 50/2016. Tale disciplina, infatti, ai sensi del comma 14 del medesimo articolo, si applica alle aggregazioni di imprese aderenti al contratto di rete, in quanto compatibile.

Per questa ragione, quindi, si ritiene che le imprese aderenti al contratto di rete che scelgono di non partecipare ad una specifica gara nella forma aggregata ai sensi dell'articolo 45, comma 2, lett. f), non soggiacciono al divieto di partecipazione contemporanea alla gara.

Ovviamente, analogicamente con quanto previsto per i consorzi stabili, la partecipazione in forma autonoma dell'impresa retista non rientra tra quelle indicate dall'organo comune, è possibile purché nel concreto il rapporto fra i soggetti

partecipanti alla gara, (in forma singola e raggruppata) non conduca ad individuare un unico centro decisionale, al fine di evitare che partecipino autonomamente al solo scopo di alterare la corretta concorrenza nell'ambito della procedura di gara.

## 5

**Per le procedure le cui offerte sono state presentate dopo il 31.12.2021, e prima dell'entrata in vigore del D.L. 27 gennaio 2022, n. 4, si possono applicare le misure di cui all'art. 29 del D.L. 4/22?**

Sull'argomento si è espresso il **parere del MIMS n. 1253 del 28/03/2022**, con il quale il Ministero ha fornito chiarimenti in relazione all'ambito di applicazione temporale dell'art. 29 del D.L. 27 gennaio 2022, n. 4, ossia: *non trova applicazione la previsione di cui all'art. 29 comma 1 in quanto il legislatore per espressa previsione normativa ha puntualmente individuato l'arco temporale di riferimento della norma ovvero "le procedure di affidamento dei contratti pubblici i cui bandi ed avvisi di scelta del contraente siano pubblicati successivamente" al 27.1.2022.*

Qualora non ricorrano i presupposti sopra richiamati trovano applicazione le previsioni di cui all'art. 106 comma 1 lett. a del codice dei contratti pubblici se previste dalla Stazione appaltante nei documenti di gara iniziali.

## 6

**Relativamente alla valutazione discrezionale dei requisiti ex art. 80 comma 5 lett. c) del codice, quando la stazione appaltante ha l'obbligo di motivare l'ammissione al prosieguo della procedura di gara?**

Secondo un prevalente orientamento giurisprudenziale la Stazione appaltante ha l'obbligo di un puntuale onere motivazionale circa la rilevanza dell'illecito professionale e la sua incidenza sulla affidabilità professionale solo in caso in cui pervenga alla determinazione di escludere il concorrente, e non anche nell'ipotesi opposta di ammissione.

Il Consiglio di Stato con sentenza n. 9002/2022 ha precisato che tale principio non è assoluto e che la regola subisce eccezione nel caso in cui la pregnanza dell'illecito commesso dal concorrente non consenta alla Stazione Appaltante di esimersi dal motivare perché lo ritenga affidabile in quanto l'Amministrazione non è tenuta a motivare le ammissioni dei concorrenti, "se su di esse non vi è, in gara, contestazione"; quando invece vi è una contestazione, la motivazione si pone a garanzia delle posizioni d'interesse degli altri partecipanti alla gara.

## 7

**Ai fini dell'affidamento di un appalto pubblico le cooperative sociali devono essere iscritte sia all'albo nazionale delle società cooperative che a quello regionale?**

L'Autorità Nazionale Anticorruzione, con delibera del 3 marzo 2021, n. 186, ha rilevato che "l'iscrizione all'albo regionale della cooperativa sociale è requisito obbligatorio previsto dalla legge esclusivamente per l'affidamento di convenzioni ai sensi dell'art. 5, comma 1, l. n. 381/991; tuttavia il requisito di idoneità professionale, anche se non obbligatorio per legge, può essere richiesto dalla stazione appaltante nell'esercizio della propria discrezionalità amministrativa come requisito speciale di partecipazione ai sensi dell'art. 83, comma 1, lett. a), d.lgs. 50/2016".

## 8

**La società in house di un comune non capoluogo di provincia negli affidamenti finanziati in tutto e in parte dal PNRR o PNC ha l'obbligo di centralizzazione?**

Come chiarito con Parere MIMS n. 1410 del 07/06/2022 ad una società in house partecipata al 100% da Ente locale si applica l'obbligo di aggregazione previsto dall'art. 37 comma 4 del Codice dei Contratti per i comuni non capoluogo di provincia che devono ricorrere per tutti gli affidamenti finanziati con fondi PNRR o PNC, alle strutture sovracomunali indicate nel citato comma 4 come confermato con Comunicato del Ministero dell'Interno del 17/12/2021 e parere MIMS 1147/2022.

## 9

**Negli affidamenti in concessione connotati appunto dall'assenza di un corrispettivo stricto sensu in favore dell'affidatario, è legittimo procedere alla verifica di congruità delle offerte?**

Sebbene l'art. 164, comma 2, d.lgs. n. 50 del 2016 non richiami specificamente il regime dell'anomalia, la relativa verifica deve considerarsi applicabile anche alle offerte inerenti alle concessioni: si tratta infatti d'una valutazione espressiva di principi generali in materia di affidamento dei contratti pubblici quali quelli della qualità e affidabilità delle prestazioni, nonché della libera concorrenza (cfr. l'art. 30 d.lgs. n. 50 del 2016), e che implica un apprezzamento secondo canoni di ragionevolezza e attendibilità delle offerte ben possibile da parte dell'amministrazione anche in ipotesi di concessioni, in coerenza con i generali principi dell'efficienza e buon andamento dell'azione amministrativa con la differenza che mentre nel contratto di appalto è necessario verificare la remuneratività del prezzo offerto rispetto alle singole componenti di costo, nella concessione è sufficiente verificare l'equilibrio complessivo del rapporto, considerando anche la capacità di gestione del concessionario (Cfr. *Consiglio di Stato, Sez. V, 24/05/2022 sentenza n. 4108*).

## 10

**Nel procedimento di verifica dell'anomalia il termine per la presentazione delle giustificazioni è da intendersi perentorio?**

Sia l'Autorità Nazionale Anticorruzione (con **DELIBERA N. 710 DEL 24 luglio 2018**) che giurisprudenza costante è orientata nel ritenere che la tardiva produzione delle giustificazioni e dei eventuali chiarimenti non comportano l'automatica esclusione dell'offerta sospettata di anomalia (*Consiglio di Stato, Sez. V, 28 gennaio 2019, n. 690, Tar Campania, Napoli, Sez. I, 08/01/2021, n. 150*).

Partendo dal dato letterale, l'art. 97 comma 5 prevede che la stazione appaltante escluda l'offerta solo se la prova fornita non giustifichi sufficientemente il basso livello di prezzi o di costi proposti o se ha accertato, con le modalità di cui al primo periodo, che l'offerta è anormalmente bassa nei casi previsti dal medesimo comma.

La disposizione lascia quindi aperta l'opzione ulteriore, che l'amministrazione, ritenendo non integrate le due predette fattispecie, possa ritenere necessaria la produzione di altri elementi, evenienza che l'art. 97 non regola e, quindi, non esclude.

## “Perimetro operativo delle offerte proposte in gara. La conformità alle condizioni richieste per soddisfare le esigenze della stazione appaltante”

IN  
PIL  
LOLE

L'analisi del momento "offerta" intesa in senso puro quale offerta tecnica e/o offerta economica, porta in dote alcune considerazioni e specificazioni che è opportuno tenere a memoria nella gestione di una procedura selettiva nel suo complesso, ed in particolare, nell'analisi della proposta formulata dagli operatori economici in sede di valutazione dei contenuti delle c.d. buste B e C.

Ispezionare il concetto di "perimetro" quando si parla di offerte, vuol dire evidentemente considerare e coordinare differenti aspetti; dall'ottemperanza alle prescrizioni richieste nella documentazione di gara, all'assenza di commistione tra fattori economici e tecnici, fino alla definizione delle migliori proposte non confondibili con le varianti progettuali.

Una prima interessante pronuncia è resa dal Consiglio di Stato, sez. V, 09.09.2022 n. 7882, il quale chiarisce che: "Nella logica di una corretta cooperazione tra operatori economici partecipanti alle gare pubbliche e stazioni appaltanti, il soccorso "procedimentale", quale quello attivato nella specie, deve ritenersi senz'altro ammesso.

*Il rimedio – diverso dal "soccorso istruttorio" di cui all'art. 83 comma 9 d. lgs. 18 aprile 2016 n. 50, che non potrebbe riguardare né il profilo economico né quello tecnico dell'offerta (tra altre, Cons. Stato, III, 2 febbraio 2021, n. 1225; V, 27 gennaio 2020, n. 680, che rammenta che, nei pareri nn. 855 del 21 marzo 2016 e 782 del 22 marzo 2017 relativi allo schema del Codice degli appalti pubblici e del "correttivo" di cui al d.lgs. 56/2017 resi dalla Commissione speciale, questo Consiglio di Stato ha espressamente sottolineato, in relazione all'art. 83, l'opportunità di conservare il "soccorso procedimentale" in caso di dubbi riguardanti "gli elementi essenziali dell'offerta tecnica ed economica") – consiste nella possibilità di richiedere al concorrente di fornire chiarimenti volti a consentire l'interpretazione della sua offerta e a ricercare l'effettiva volontà dell'offerente superando le eventuali ambiguità dell'offerta, ciò fermo il divieto di integrazione dell'offerta, senza attingere a fonti di conoscenza estranee alla stessa e a condizione di giungere a esiti certi circa la portata dell'impegno negoziale con essa assunta (Cons. Stato, III, 13 dicembre 2018, n. 7039; 3 agosto 2018, n. 4809; V, 27 aprile 2015, n. 2082;*

22 ottobre 2014, n. 5196; 27 marzo 2013, n. 1487).

Si rammenta, in uno alla costante giurisprudenza di questo Consiglio di Stato (bene illustrata da III, 19 agosto 2020, n. 5144), che le caratteristiche essenziali e indefettibili (ossia i requisiti minimi) delle prestazioni o del bene previste dalla *lex specialis* di gara costituiscono una condizione di partecipazione alla procedura selettiva (*ex multis*, Cons. Stato, V, 25 luglio 2019, n. 5260). È principio pacifico, invero, che le difformità dell'offerta tecnica che rivelano l'inadeguatezza del progetto proposto dall'impresa offerente rispetto ai requisiti minimi previsti dalla stazione appaltante per il contratto da affidare legittimano l'esclusione dalla gara e non già la mera penalizzazione dell'offerta nell'attribuzione del punteggio, perché determinano la mancanza di un elemento essenziale per la formazione dell'accordo necessario per la stipula del contratto (Cons. Stato, III, 26 febbraio 2019, n. 1333; 26 aprile 2017, n. 1926). Ciò anche in ossequio alla pacifica giurisprudenza per la quale nelle gare pubbliche le offerte tecniche devono essere improntate alla massima linearità e chiarezza, onde prefigurare alla pubblica amministrazione un quadro certo dei rispettivi doveri e obblighi contrattuali in corrispondenza agli atti di gara (C.G.A.R.S., 18 gennaio 2017, n. 23). E nemmeno è possibile ovviare alle divise carenze strutturali dell'offerta tecnica ricorrendo a un approfondimento istruttorio, dal momento che le rilevate lacune riflettono una carenza essenziale dell'offerta, tale da determinarne incertezza assoluta o indeterminatezza del suo contenuto (Cons. Stato, V, 13 febbraio 2019, n. 1030).

Le indagini operative sul perimetro dell'offerta tecnica poi ci portano a valutare entro quali margini occorre muoversi per considerare i miglioramenti come opportunità da cogliere, da parte della stazione appaltante, ovvero come varianti progettuali vere e proprie. In tal senso si veda Consiglio di Stato, Sez. V, 21 settembre 2022, n. 8123, il quale rammenta che: Secondo l'indirizzo ampiamente condiviso dalla giurisprudenza amministrativa: "in sede di gara d'appalto e allorquando il sistema di selezione delle offerte sia basato sul criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, le soluzioni migliorative si differenziano dalla varianti perché le prime possono liberamente esplicitarsi in tutti gli aspetti tecnici lasciati aperti a diverse soluzioni sulla base del progetto posto a base di gara ed oggetto di valutazione delle offerte

dal punto di vista tecnico, rimanendo comunque preclusa la modificabilità delle caratteristiche progettuali già stabilite dall'Amministrazione, mentre le seconde si sostanziano in modifiche del progetto dal punto di vista tipologico, strutturale e funzionale, per la cui ammissibilità è necessaria una previa manifestazione di volontà della stazione appaltante, mediante preventiva autorizzazione contenuta nel bando di gara e l'individuazione dei relativi requisiti minimi che segnano i limiti entro i quali l'opera proposta dal concorrente costituisce un *aliud* rispetto a quella prefigurata dalla Pubblica Amministrazione, pur tuttavia consentito (cfr. Cons. di Stato, Sez. V, 24 ottobre 2013, n. 5160; Cons. di Stato, Sez. V, 20 febbraio 2014, n. 819; Cons. di Stato, VI, 19 giugno 2017, n. 2969; Cons. di Stato, sez. V, 18 febbraio 2018, n. 1097; Cons. Stato, Sez. V, 21 giugno 2021, n. 4754). La proposta migliorativa consiste in una soluzione tecnica che, senza incidere sulla struttura, sulla funzione e sulla tipologia del progetto a base di gara, investe singole lavorazioni o singoli aspetti tecnici dell'opera, lasciati aperti a diverse soluzioni, configurandosi come integrazioni, precisazioni e migliorie che rendono il progetto meglio corrispondente alle esigenze della stazione appaltante, senza tuttavia alterare i caratteri essenziali delle prestazioni richieste.

Interessante anche la pronuncia del Tar Sicilia, Catania, Sez. IV, 24/09/2022, n. 2525 che in tema di ottemperanza alle caratteristiche prescritte dalla stazione appaltante in seno al capitolato speciale di appalto, rammenta che: "... la mancata rispondenza dell'offerta tecnica ad una caratteristica essenziale prescritta dal capitolato rivela l'inadeguatezza del progetto proposto dall'impresa controinteressata rispetto alle esigenze manifestate dall'Amministrazione negli atti di gara. Da ciò consegue la doverosa estromissione dell'offerente dalla selezione, a prescindere da un'espressa clausola di esclusione, in quanto in tale ipotesi difetta un elemento indispensabile per definire il contenuto delle prestazioni su cui deve perfezionarsi l'accordo contrattuale (in tal senso cfr., *ex plurimis*, Cons. St., sez. V, 17 febbraio 2022, n. 1192; Cons. St., sez. V, 8 gennaio 2021, n. 295; Cons. St., sez. III, 11 dicembre 2019, n. 8429; Cons. St., sez. V, 5 maggio 2016, n. 1809; Cons. St., sez. V, 17 febbraio 2016, n. 633; Cons. St., sez. III, 21 ottobre 2015, n. 4804; Cons. St., sez. III, 1° luglio 2015, n. 3275)".

Sulla medesima tematica, TAR Lazio Roma, Sez. II, 18.10.2022, n. 13303, il quale trattando delle c.d. clausole di equivalenza tra servizi o prodotti proposti in offerta dai concorrenti, precisa che: *“La prevalente giurisprudenza amministrativa – che il Collegio condivide – ritiene, infatti, che “al fine di scongiurare l’esclusione dalla gara d’appalto, il partecipante che intenda avvalersi della clausola di equivalenza prevista dall’ art. 68, d.lgs. n. 50/2016 , ha l’onere di dimostrare già nella propria offerta l’equivalenza tra i servizi o tra i prodotti, non potendo pretendere che tale accertamento sia compiuto d’ufficio dalla Stazione appaltante o, addirittura, che sia demandato alla sede giudiziaria una volta impugnato l’esito della gara”, evidenziando come, “benché il principio dell’equivalenza permei l’intera disciplina dell’evidenza pubblica, rispondendo lo stesso al principio del favor participationis e costituendo, altresì, espressione del legittimo esercizio della discrezionalità tecnica da parte della P.A., nondimeno anche l’ampia latitudine riconosciuta al canone di equivalenza non ne consente, tuttavia, l’estensione all’ipotesi, esulante dal campo applicativo della stessa, di difformità del bene rispetto a quello descritto dalla lex specialis, configurandosi in tal caso un’ipotesi di aliud pro alio non rimediabile” (in tal senso, Consiglio di Stato, Sezione V, n. 3489/2019). L’operatore che intenda avvalersi del principio dell’equivalenza (susceptibile di trovare applicazione indipendentemente da un espresso richiamo negli atti di gara) deve, dunque, fornirne la prova già in sede di gara, non potendo essa essere verificata d’ufficio dalla stazione appaltante né tantomeno dimostrata in via postuma in sede giudiziale.”.*

Volgendo lo sguardo ad un altro aspetto assai spinoso, cioè la commistione tra offerta tecnica e offerta economica, si scorgono considerazioni utili di cui prendere buona nota. In tal senso si veda Consiglio di Stato, Sez. V, 13 ottobre 2022, n. 8735: *“Il divieto in parola, peraltro, 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; 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, III, 9 gennaio 2020, n. 167): è, perciò, 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 o purché non venga anticipatamente reso noto il «prezzo» dell’appalto. Con ciò, in definitiva, il divieto di commistione non va inteso né in senso assoluto, né in senso formalistico, ben potendo nell’offerta tecnica essere contenuti “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” (Cons. Stato, V, 29 aprile 2020, n. 273; Id., V, 11 giugno 2018, n. 3609; Id., V, 11 giugno 2018, n. 3609; Id., III, 12 luglio 2018, n. 4284; Id., III, 3 aprile 2017 n. 1530).”*

Altro piano di osservazione, altro perimetro compilativo, cosa inserire nell’offerta economica in termini di valori e costi indiretti della commessa.

Il Consiglio di Stato, sez. V, 04.10.2022 n. 8496 afferma che: *“Si lamenta la incongruità dell’offerta per la omessa considerazione di costi legati ad alcune specifiche figure professionali (sicurezza, gestione commessa, responsabile del contratto, etc.). Sul punto, in sede di giustificativi, è stato ritenuto che simili oneri non dovevano essere computati in quanto rientranti tra i c.d. “costi indiretti della commessa”. Si rammenta che, per giurisprudenza costante (cfr. Cons. Stato, sez. V, 3 novembre 2020, n. 6786), sono “costi indiretti della commessa” quelli relativi al personale di supporto all’esecuzione dell’appalto o a servizi esterni, da tener distinti dai “costi diretti della commessa” comprensivi di tutti i dipendenti impiegati per l’esecuzione della specifica commessa. L’obbligatoria indicazione dei costi della manodopera in offerta – e la correlativa verifica della loro congruità imposta alla stazione appaltante – si impone solo per i dipendenti impiegati stabilmente nella commessa, in quanto voce di costo che può essere variamente articolata nella formulazione dell’offerta per la specifica commessa; non è così, invece, per le figure professionali impiegate in via indiretta, che operano solo occasionalmente, ovvero lo fanno in maniera trasversale a vari contratti (ad es. il direttore del servizio), il cui costo non si presta ad essere rimodulato in relazione all’offerta da presentare per il singolo appalto.”.*

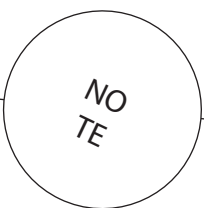
Concludiamo l'indagine ragionando sull'applicabilità del c.d. soccorso procedimentale quale rimedio differente dal c.d. soccorso istruttorio perché applicabile anche alla fase squisitamente valutativa della gara. In tal senso si veda Tribunale Regionale Giustizia Amministrativa Trentino Alto Adige Trento 7 ottobre 2022 n. 166: *"Come correttamente ricordato dalla ricorrente, secondo una costante giurisprudenza (ex multis, Consiglio di Stato, Sez. V, 8 luglio 2022, n. 5720; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. IV, 2 agosto 2021, n. 5399) l'istituto del soccorso istruttorio è limitato agli elementi non riguardanti l'offerta tecnica ed economica, potendo altrimenti determinarsi una violazione del principio della par condicio. Del resto, il soccorso istruttorio ha la finalità di consentire l'integrazione della documentazione già prodotta in gara ma ritenuta dalla stazione appaltante incompleta o irregolare sotto un profilo formale, e non anche di consentire all'offerente di formare atti in data successiva a quella di scadenza del termine di presentazione delle offerte in violazione dei principi di immodificabilità e segretezza dell'offerta, di imparzialità e di par condicio delle imprese concorrenti. Per l'effetto, vanno ritenute ammissibili solo quelle integrazioni documentali che non riguardino elementi essenziali dell'offerta. (... OMISSIS) Secondo un ormai consolidato indirizzo giurisprudenziale (ex multis, Cons. Stato, sez. V, 9 settembre 2022, n. 7882; Cons. Stato, sez. V, 8 settembre 2022, n. 7821; Cons. Stato, sez. V, 8 marzo 2022, n. 1663; Cons. Stato, sez. III, 23 marzo 2022, n. 2130; Cons. Stato, sez. III, 11 agosto 2021, n. 5850; Cons. Stato, sez. III, 9 febbraio 2021, n. 1225; Cons. Stato, sez. V, 27 gennaio 2020, n. 680) anche di questo Tribunale (TRGA Trentino-Alto Adige/Südtirol, Trento, 4 aprile 2022, n. 75; 14 marzo 2022, n. 57; 3 febbraio 2022, n. 22) non è affatto preclusa dal sistema normativo dei contratti pubblici – nella logica di una efficiente e non disparitaria cooperazione tra operatori economici e stazione appaltante – l'attività propria del c.d. di "soccorso procedimentale", diversa dal "soccorso istruttorio" che non potrebbe riguardare l'offerta non solo sotto il profilo economico ma anche sotto quello tecnico. Tuttavia il soccorso procedimentale – rimedio come si è detto distinto dall'istituto del soccorso istruttorio di cui all'articolo 83, comma 9, del Codice dei contratti pubblici – assolve alla ben differente funzione di risolvere dubbi riguardanti gli elementi essenziali dell'offerta tecnica ed economica, e ciò tramite l'acquisizione di chiarimenti da parte*

*del concorrente, a condizione peraltro che tali chiarimenti non assumano carattere integrativo dell'offerta ma siano finalizzati unicamente a consentirne l'esatta interpretazione e a ricercare l'effettiva volontà del concorrente, superandone eventuali ambiguità."*

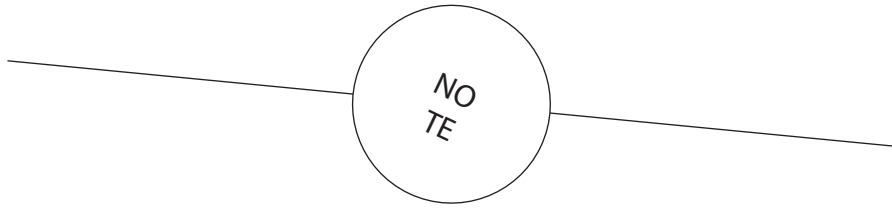
Alla luce di quanto sopra, ci si accorge così che è più corretto parlare di perimetri e non di perimetro dell'offerta, avendo certezza che non può trattarsi semplicemente di compilare documenti o redigere relazioni; la formulazione delle offerte è consapevolezza, è ragionevolezza, è attenzione, è coerenza.

*"Il voler trattare le questioni naturali senza geometria è un tentar di fare quello che è impossibile ad esser fatto." (Galileo Galilei).*





A series of 20 horizontal dotted lines for writing.



A series of 20 horizontal dotted lines for writing.



# MEDIAAPPALTI

**Guida pratica in materia di appalti pubblici**

**Mediappalti ora è disponibile on line**

**Abbonati su [www.mediappalti.it](http://www.mediappalti.it)**

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

**MEDIAAPPALTI**

Pubblicità: [pubblicita@mediappalti.it](mailto:pubblicita@mediappalti.it)  
Servizio Abbonamenti: [abbonamenti@mediappalti.it](mailto:abbonamenti@mediappalti.it)

**Medi  
Graphic**

Redazione: Mediagraphic s.r.l.  
Via Palmitessa, 40 - 76121 Barletta (BT)  
Tel. 0883.527171 - Mail: [redazione@mediappalti.it](mailto:redazione@mediappalti.it)

# i seminari in programma 2022

SEMI  
NA  
RI

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

Per conoscere le date aggiornate visitate il sito [www.mediaconsult.it](http://www.mediaconsult.it)

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



**Un nuovo obiettivo: un senso profondo!**