

Appalti & Contratti

Rivista mensile di approfondimento sulla contrattualistica pubblica

12 - 2022

diretta da Alessandro Massari

Editoriale



ASCOLTA!



LA VOCE
DEL DIRETTORE

- Verso il nuovo anno... e un nuovo Codice

Focus

- Il nuovo Codice e i nuovi principi

Contratti pubblici

- Il ruolo della mandataria dopo la sentenza CGUE C-642/20
- Le modifiche di dettaglio di competenza del direttore dei lavori
- Gli oneri della sicurezza aziendali nell'offerta economica

Servizi di ingegneria e architettura

- Aggiornamento dei computi metrici di progetto

Indirizzi operativi

- La Commissione giudicatrice



Appalti & Contratti

Rivista mensile di approfondimento sulla contrattualistica pubblica

diretta da Alessandro Massari

20
22
dicembre



Verso un nuovo anno... e un nuovo Codice

Siamo giunti alla fine di un altro anno decisamente impegnativo e complicato: stremati dopo il lungo e pesante periodo pandemico si è aperto all'inizio del 2022 l'altro scenario nefasto e drammatico costituito dal conflitto bellico russo-ucraino, tuttora tragicamente in atto e dalle prospettive ancora estremamente incerte e preoccupanti.

Anno oggettivamente impegnativo e complesso anche per il settore dei contratti pubblici sotto tanti profili: oltre allo strascico degli effetti del Covid e dopo l'impatto dirompente del "regime transitorio" introdotto dai decreti semplificazioni, abbiamo assistito a un'incessante produzione normativa emergenziale per arginare l'imprevedibile spinta inflattiva e il drammatico caro-prezzi con i ben noti effetti sugli appalti in fase di esecuzione e la difficile gestione della rinegoziazione tra posizioni restrittive dell'ANAC e insopprimibili esigenze di garantire la continuità di servizi essenziali; l'attuazione degli interventi PNRR-PNC rispetto ai quali si sono verificati (forse comprensibili e prevedibili) ritardi e criticità operative recentemente evidenziate anche a livello politico; un d.lgs. 50/2016 oramai in fase di "pensionamento" ma ancora sottoposto a un profluvio di modifiche e interventi demolitori, anche sotto l'effetto di importanti pronunce della Corte di giustizia (tra tutte, quelle sul ruolo della mandataria nei raggruppamenti); l'avvio della fase di qualificazione delle stazioni appaltanti e, da ultimo, la prospettiva a breve termine del nuovo Codice dei contratti pubblici, il cui testo è stato approvato dal Consiglio dei Ministri del 16 dicembre scorso.

Molto interessanti gli spunti di riflessione che si colgono nella Relazione illustrativa recentemente pubblicata sul sito della Giustizia amministrativa, sulla genesi della bozza del nuovo Codice.

Lo "schema definitivo di codice" che si è sottoposto al Governo – si legge nella relazione del Consiglio di Stato – ha un numero di articoli analogo a quelli del codice vigente, ma ne riduce di molto i commi, riduce di quasi un terzo le parole e i caratteri utilizzati e, con i suoi allegati, abbatte in modo rilevante il numero di norme e linee guida di attuazione. Gli allegati sono 35, molti consistono di poche pagine. Si tratta di un numero comunque contenuto, specie se si considera che solo le tre direttive da attuare hanno, in totale, 47 annessi e che nel nuovo codice gli allegati sostituiranno ogni altra fonte attuativa: oltre ai 25 allegati al codice attuale, essi assorbiranno 17 linee guida ANAC e 15 regolamenti ancora vigenti,

alcuni dei quali di dimensioni molto ampie (tra cui il d.P.R. n. 207 del 2010, risalente addirittura all'attuazione del codice del 2006, nonché quello sui contratti del Ministero della difesa, ridotto da oltre 100 articoli a poco più di 10). Ciò è stato possibile anche rinviando, in vari casi, direttamente agli allegati delle direttive, assicurando sia uno sfolgimento della legislazione interna sia il suo adeguamento immediato e automatico alle future modifiche delle norme europee. In non pochi casi si è scelto di conservare – verificandone preventivamente il positivo impatto – le norme del codice vigente che, in sede applicativa, hanno dato buona prova di sé. Si è scelto di redigere un codice che non rinvii a ulteriori provvedimenti attuativi e sia immediatamente “autoesecutivo”, consentendo da subito una piena conoscenza dell'intera disciplina da attuare. Ciò è stato possibile grazie a un innovativo meccanismo di delegificazione che opera sugli allegati al codice (legislativi in prima applicazione, regolamentari a regime). Si è cercato di scrivere un codice “che racconti la storia” delle procedure di gara, accompagnando amministrazioni e operatori economici, passo dopo passo, dalla fase iniziale della programmazione e progettazione sino all'aggiudicazione e all'esecuzione del contratto.

Si è inteso dare un senso effettivo ad alcune parole chiave, spesso utilizzate in tema di contratti pubblici:

- la semplificazione, ottenuta aumentando la discrezionalità delle amministrazioni e rimuovendo il goldplating ovunque possibile. Il rischio di fenomeni corruttivi è prevenuto da un più ampio ricorso a digitalizzazione, trasparenza e qualificazione;
- l'accelerazione, intesa come massima velocizzazione delle procedure, ma non solo “sulla carta”, perché il termine ridotto è stato individuato avendo sempre presente la sua effettiva “fattibilità”: assieme alla rapidità occorre garantire anche certezza nei tempi di affidamento, esecuzione e pagamenti alle imprese;
- la digitalizzazione, completa, delle procedure e la interoperabilità delle piattaforme, secondo il principio del once only, ossia dell'unicità dell'invio di dati, documenti e informazioni alle stazioni appaltanti;
- la tutela, dando piena attuazione alla delega a protezione dei lavoratori (tramite clausole sociali, valorizzazione dei CCNL e lotta ai “contratti pirata”) e delle imprese (per esempio, in tema di rinegoziazione e revisione prezzi, o di suddivisione in lotti).

La Commissione speciale auspica dunque di aver posto le premesse giuridiche più chiare e stabili possibile perché anche queste tre condizioni si realizzino e perché questa fondamentale riforma possa prendere avvio, nel rispetto degli impegni del PNRR e a beneficio del sistema non solo giuridico, ma soprattutto economico e sociale del Paese.

Di grande interesse anche le considerazioni espresse sui nuovi “super principi” pre-visiti come criteri interpretativi e applicativi di tutto il Codice: “risultato”, “fiducia” e “accesso al mercato”.

Si fa osservare che il ruolo dei principi nel d.lgs. 50/2016 ha subito una compressione rilevante da parte delle norme puntuali, che hanno così finito per erodere ambiti di discrezionalità alle amministrazioni pubbliche, indotte a considerare tali

principi come valori astratti a cui deve rispondere, in via solo tendenziale, la loro azione. Il progetto di nuovo codice ha inteso, invece, dedicare una parte generale (la Parte I del Libro I) alla codificazione dei principi che riguardano l'intera materia dei contratti pubblici.

Il nuovo codice, invece, nella consapevolezza dei rischi che sono talvolta correlati a un uso inappropriato dei principi generali (e in particolare alla frequente commistione tra principi e regole), ha inteso affidare alla Parte I del Libro I il compito di codificare solo principi con funzione ordinante e nomofilattica. In questa direzione, si è voluto dare un contenuto concreto e operativo a clausole generali altrimenti eccessivamente elastiche (si veda ad esempio la specificazione del concetto di buona fede, anche ai fini delle reciproche responsabilità della stazione appaltante e dell'aggiudicatario illegittimo), oppure utilizzare la norma-principio per risolvere incertezze interpretative (ad esempio, i principi che delimitano il campo di applicazione del codice, enucleando i rapporti tra appalti e contratti gratuiti da un lato e affidamenti di servizi sociali agli enti del terzo settore dall'altro) o per recepire indirizzi giurisprudenziali ormai divenuti "diritto vivente" (come ad esempio nel caso della norma sulla tassatività delle cause di esclusione e sul correlato regime delle clausole escludenti atipiche).

In generale, attraverso la codificazione dei principi, il nuovo progetto mira a favorire una più ampia libertà di iniziativa e di auto-responsabilità delle stazioni appaltanti, valorizzandone autonomia e discrezionalità (amministrativa e tecnica) in un settore in cui spesso la presenza di una disciplina rigida e dettagliata ha creato incertezze, ritardi, inefficienze. Ciò in quanto la legge – soprattutto un codice – non può inseguire la disciplina specifica di ogni aspetto della realtà, perché si troverà sempre in ritardo, ma deve invece fornire gli strumenti e le regole generali e astratte per regolarla.

Fondamentale, in questo rinnovato quadro normativo, è l'innovativa introduzione dei principi del risultato, della fiducia e dell'accesso al mercato (la cui pregnanza è corroborata dalla stessa scelta sistematica di collocarli all'inizio dell'articolo) i quali, oltre a cercare un cambio di passo rispetto al passato, vengono espressamente richiamati come criteri di interpretazione delle altre norme del codice e sono ulteriormente declinati in specifiche disposizioni di dettaglio (ad esempio, in tema di assicurazioni).

Il principio del risultato enuncia quindi l'interesse pubblico primario del codice, come finalità principale che stazioni appaltanti ed enti concedenti devono sempre assumere nell'esercizio delle loro attività: l'affidamento del contratto e la sua esecuzione con la massima tempestività e il miglior rapporto possibile tra qualità e prezzo, sempre nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza, che vengono espressamente richiamati.

La concorrenza, in particolare, è funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti. Si collega così il risultato, inteso come fine, alla concorrenza, intesa come metodo (sulla scorta di quanto avviene per l'art. 97 Cost., in cui il buon andamento è legato all'imparzialità, al punto da essere stati considerati per lungo tempo una vera e propria endiadi). Il nesso tra "risultato" e "concorrenza", la seconda in funzione del primo, è già rafforzato dalla dizione del comma

1, dove si specifica che non si persegue “un risultato purché sia”, ma un risultato “virtuoso”, che accresca la qualità, diminuisca i costi, aumenti la produttività, ecc. Una diversa impostazione (secondo cui la p.a. non cura più l’interesse pubblico, perché il suo obiettivo diventa la gara) sarebbe, oltre che irragionevole, ancor più difficile da sostenere in un contesto economico-sociale che, nel quadro di un drammatico conflitto bellico, oggi richiede una nuova leva economica, da realizzare anche (e soprattutto) nel settore delle commesse pubbliche.

Si fa efficacemente osservare nella Relazione, come la Corte di giustizia UE, sempre attenta agli aspetti sostanziali del singolo caso, non abbia mai dato seguito ad approcci meramente formalistici, ispirati al solo rispetto della legalità o a una tutela fideistica della concorrenza. Basti pensare al ripetuto rifiuto di ogni automatismo e alla continua valorizzazione dei poteri discrezionali della stazione appaltante, specie in merito all’affidabilità degli operatori economici. Si pensi, ancora, al rapporto tra in house e mercato, rispetto al quale la Corte di giustizia ha tante volte ribadito (pur salvando la disciplina italiana sui limiti all’in house) che il diritto UE non impone il mercato, ma solo il rispetto della concorrenza se si sceglie di andare sul mercato. Il che significa che se un “risultato” può essere realizzato meglio in “autoproduzione”, la p.a. lo può (e forse lo deve) fare, perché il suo compito è curare gli interessi della collettività, che non necessariamente coincide con la sollecitazione proconcorrenziale degli interessi economici delle imprese a competere per avere un contratto.

Significativa, si rammenta, è anche la posizione assunta dalla nostra Corte costituzionale nella sentenza n. 131/2020, sui rapporti tra tutela della concorrenza, da un lato, e solidarietà/sussidiarietà orizzontale dall’altro, dove si afferma che la concorrenza non è un fine, ma uno strumento, che può essere “sacrificato” se ci sono interessi superiori da realizzare. La “demitizzazione” della concorrenza come fine da perseguire ad ogni costo è alla base, inoltre, anche della dichiarazione di incostituzionalità dell’art. 177 del vigente codice appalti (sentenza n. 218/2021, che pure chiarisce che il perseguimento della tutela della concorrenza incontra pur sempre il limite della ragionevolezza e della necessaria considerazione di tutti gli interessi coinvolti).

L’idea che l’Amministrazione in materia di appalti debba perseguire solo la concorrenza rischia, allora, di contrastare con il più generale principio di buon andamento, di cui il “principio del risultato” rappresenta una derivazione “evoluta”, sulle orme di studi di autorevolissima dottrina, che ormai da decenni auspica e teorizza “l’amministrazione del risultato”. Il risultato si inquadra nel contesto della legalità e della concorrenza: ma tramite la sua codificazione si vuole ribadire che legalità e concorrenza da sole non bastano, perché l’obiettivo rimane la realizzazione delle opere pubbliche e la soddisfazione dell’interesse della collettività. Questa “propensione” verso il risultato è caratteristica di ogni azione amministrativa, perché ogni potere amministrativo presuppone un interesse pubblico da realizzare.

L’art. 2 codifica l’innovativo principio della fiducia nell’azione legittima trasparente e corretta delle pubbliche amministrazioni, dei suoi funzionari e degli operatori economici. Si tratta di una segno di svolta rispetto alla logica fondata sulla

sfiducia (se non sul “sospetto”) per l’azione dei pubblici funzionari, che si è sviluppata negli ultimi anni, anche attraverso la stratificazione di interventi normativi non sempre coordinati tra loro, e che si è caratterizzata da un lato per una normazione di estremo dettaglio, che mortificava l’esercizio della discrezionalità, dall’altro per il crescente rischio di avvio automatico di procedure di accertamento di responsabilità amministrative, civili, contabili e penali che potevano alla fine rivelarsi prive di effettivo fondamento.

In questa prospettiva, il nuovo codice vuole dare, sin dalle sue disposizioni di principio, il segnale di un cambiamento profondo, che – fermo restando ovviamente il perseguimento convinto di ogni forma di irregolarità – miri a valorizzare lo spirito di iniziativa e la discrezionalità degli amministratori pubblici, introducendo una “rete di protezione” rispetto all’alto rischio che accompagna il loro operato.

In definitiva, il nuovo Codice pare aprire nuovi scenari, creando una discontinuità significativa rispetto all’attuale quadro sistemico-normativo, anche e anzi soprattutto sul piano culturale. Dopo un periodo dominato da una sostanziale percezione e diffusa presunzione di illiceità dell’operato delle p.a., era imprescindibile garantire un’iniezione di fiducia nel sistema dei contratti pubblici, specie nella prospettiva di consentire a tale settore di realizzare appieno quella essenziale funzione di leva strategica per la ripresa economico-sociale e morale di tutto il “sistema Paese”. L’auspicio è che tutti gli attori (legislatore, pubblica amministrazione, magistratura) contribuiscano sinergicamente a garantire l’effettività dei nuovi ambiziosi obiettivi e traguardi delineati nel progetto del nuovo Codice.

Nel chiudere questo ultimo editoriale del 2022, e pur nella consapevolezza delle tante difficoltà che caratterizzano questo periodo, desidero formulare i migliori auguri di un ottimo, sereno e proficuo 2023 a tutti i lettori di Appalti&Contratti!

Alessandro Massari

CONOSCERE IL PNRR

**150 parole chiave
per capire regole,
strumenti e funzionamento
del Piano Nazionale
di Ripresa e Resilienza**

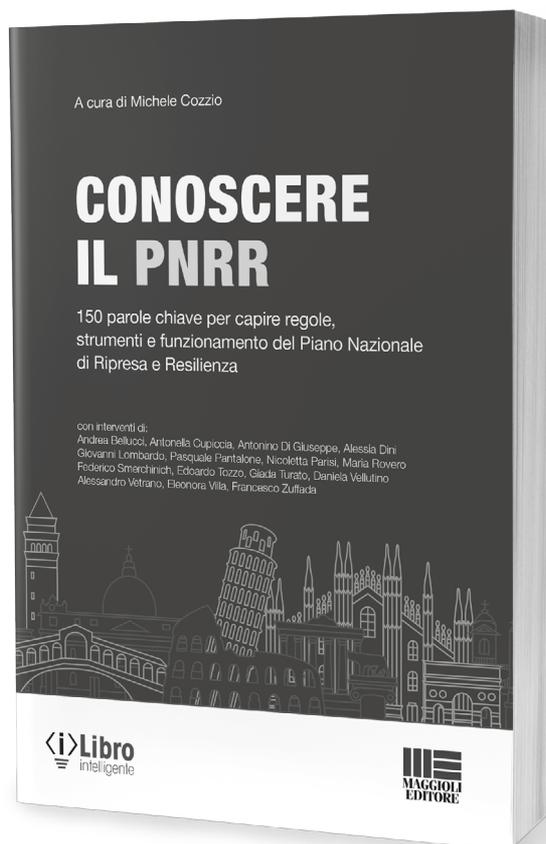
Luglio 2022 - Codice 88.916.5938.5
F.to 17x24 - **Pag. 376 - € 34.00**

Mai l'Unione europea ha conosciuto una stagione così intensa di programmi sorretti da risorse reali per far correre le economie nazionali verso un futuro sostenibile. Questa massiccia iniezione di risorse passa attraverso i Piani nazionali di ripresa e resilienza (PNRR), con i quali ogni Stato definisce obiettivi, azioni e tempi di realizzazione. L'Italia ha ottenuto per il proprio PNRR la quota di risorse più importante tra tutti gli Stati dell'UE, oltre 200 miliardi di euro, più della metà dei quali sono concessi a prestito e dovranno essere restituiti. L'impiego di queste risorse e il raggiungimento dei risultati previsti rappresentano una sfida che richiede il coinvolgimento di tutti, funzionari pubblici e privati, imprenditori, la cittadinanza intera.

Nel volume vengono descritte le parole che costituiscono l'alfabeto minimo del PNRR. Lo scopo è facilitare la conoscenza di regole, di strumenti e del loro funzionamento attraverso descrizioni comprensibili anche a non esperti, integrate con collegamenti a filmati, interviste e documenti per chi desidera approfondire.

Il volume è diviso in due parti; nella prima sono raccolti i termini che riguardano il PNRR, ripartiti in cinque capitoli: I. Strumenti e regole europee, II. Struttura, III. Governance, IV. Funzionamento, V. Valutazione, monitoraggio e rendicontazione. Nella seconda parte sono raccolti i termini che riguardano gli appalti pubblici, mercato strategico attraverso il quale transitano gran parte delle risorse del PNRR; essi sono ripartiti in tre capitoli: VI. Organi, VII. Procedure, VIII. Istituti, strumenti e soluzioni.

SERVIZIO CLIENTI Tel +39 0541 628200 - clienti.editore@maggioli.it



iLibro

L'acquisto dell'opera include l'accesso alla versione digitale iLibro.



MICHELE COZZIO

è professore a contratto presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento, con docenze in università italiane ed estere.

CON INTERVENTI DI:

Andrea Bellucci, Antonella Cupiccio, Antonino Di Giuseppe, Alessia Dini, Giovanni Lombardo, Pasquale Pantalone, Nicoletta Parisi, Maria Rovero, Federico Smerchinich, Edoardo Tozzo, Giada Turato, Daniela Vellutino, Alessandro Vetrano, Eleonora Villa, Francesco Zuffada

**MAGGIOLI
EDITORE**

Direttore responsabile

Paolo Maggioli

Direttore

Alessandro Massari

Comitato scientifico

Simone Abrate, Massimiliano Atelli, Giuseppe Bassi, Elisabetta De Rugeris, Ermete Dalprato, Giuseppe Failla, Stefano Ferla, Massimo Gentile, Maurizio Greco, Maurizio Lucca, Simone Nazzaro, Accursio Pippo Oliveri, Arrigo Varlaro Sinisi, Pietro Urciuoli, Stefano Usai

Progetto grafico

Sara Bartolini

Direzione, amministrazione e diffusione
Maggioli Editore è un marchio Maggioli s.p.a.
Via del Carpino, 8 – 47822 Santarcangelo di Romagna (RN)
Tel. 0541.628111 – Fax 0541.624887

Redazione

Via del Carpino, 8 – 47822 Santarcangelo di Romagna (RN) – Tel. 0541.628111

Servizio abbonamenti

Tel. 0541.628242 – Fax 0541.624457
abbonamenti@maggioli.it
www.periodicimaggioli.it

Servizio clienti

clienti.editore@maggioli.it

Pubblicità

Maggioli ADV – Concessionaria di pubblicità
Via del Carpino, 8
47822 Santarcangelo di Romagna (RN)
Tel. 0541.628736/8272 – Fax 0541.624887
maggioliadv@maggioli.it
www.maggioliadv.it

Filiali:

Milano – Via F. Albani, 21 – 20149 Milano
Tel. 02.48545811 – Fax 02.48517108

Bologna – Galleria del Pincio, 1
– 40126 Bologna

Tel. 051.229439-228676 – Fax 051.262036

Roma – Piazza delle Muse, 8 – 00197 Roma (RM)
Tel. 06.5896600-58301292

Registrazione presso il Tribunale di Rimini il 18.4.2006
al n. 13/2006 del Registro Stampa Periodica
N. di iscrizione al ROC: 10649

Maggioli s.p.a.

Azienda con Sistema Qualità certificato
ISO 9001:2000
Iscritta al registro operatori della comunicazione

Tipografia di stampa

Maggioli Spa – Santarcangelo di Romagna (RN)

Sommario

Editoriale

2

Verso un nuovo anno... e un nuovo Codice*di Alessandro Massari*

Focus

11

Prosegue l'iter verso il nuovo codice dei contratti pubblici: analisi delle prime indicazioni sui principi applicabili*di Agostino Sola*

Contratti pubblici

18

Gli effetti della pronuncia della Corte di giustizia UE, 28 aprile 2022 (C-642/20) sul ruolo della mandataria Risvolti e prime indicazioni operative fornite alle stazioni appaltanti*di Niccolò Macdonald e Francesco Carnovale*

Hanno collaborato a questo numero

Beatrice Armeli*Avvocato.***Salvio Biancardi***Funzionario del Comune di Verona.***Francesco Carnovale***Avvocato, libero professionista, esperto in contrattualistica pubblica, membro UOC servizio contratti pubblici MIMS, affari legali e legislativi ITACA.***Francesco Nicotra***Avvocato.***Niccolò Macdonald***Specialista tecnico amministrativo in attività negoziali presso Direzione Sanità RFI.***Mario Oscurato***Dirigente Area tecnica del Comune di Castellammare di Stabia (Na).***Agostino Sola***Avvocato in Roma e dottorando di ricerca presso l'Università LUISS di Roma.*

- 28** **Le modifiche di dettaglio di competenza del direttore dei lavori: aspetti critici, condizioni per l'applicabilità e modalità di esecuzione**
di Mario Oscurato
- 37** **Elementi costitutivi dell'offerta e oneri di sicurezza nel dialogo tra le corti**
di Francesco Nicotra
- 56** **Aggiornamento dei computi metrici di progetto**
di Beatrice Armeli
- Indirizzi operativi**
- 64** **La commissione tecnica di gara negli appalti di forniture e servizi: compiti, funzioni e responsabilità anche alla luce del nuovo codice dei contratti**
Con schema di determinazione per la nomina della commissione
di Salvio Biancardi
- 71** **Giurisprudenza**

I servizi del tuo abbonamento



Nel prossimo numero

- Revisione prezzi negli appalti di servizi e forniture
- Verso il nuovo Codice

Condizioni di abbonamento 2022

I prezzi di abbonamento annuale:

- RIVISTA CARTACEA+DIGITALE: euro 223,00 (Iva assolta dall'Editore).
- RIVISTA DIGITALE (pdf): euro 184,00 (Iva 4% inclusa).

Abbonamento triennale: questa formula di abbonamento prevede il 10% di sconto sul prezzo di listino che rimane bloccato per tre anni.

Il prezzo di una copia della rivista è di euro 26,00. Il prezzo di una copia arretrata è di euro 29,00. L'abbonamento alla Rivista "Appalti & Contratti" dà diritto ad una serie di servizi on line inclusi: archivio storico digitale, newsletter e videocorsi on line. Per ulteriori informazioni www.periodicimaggioli.it

Il pagamento dell'abbonamento deve essere effettuato con bollettino di c.c.p. n. 31666589 intestato a Maggioli s.p.a. - Periodici Via Del Carpino, 8 - 47822 Santarcangelo di Romagna (RN).

La rivista è disponibile anche nelle migliori librerie. In mancanza di esplicita revoca, da comunicarsi in forma scritta entro il termine di 45 giorni successivi alla scadenza dell'abbonamento, la Casa Editrice, al fine di garantire la continuità del servizio, si riserva di inviare il periodico anche per il periodo successivo. La disdetta non sarà ritenuta valida qualora l'abbonato non sia in regola con tutti i pagamenti. Il rifiuto o la restituzione dei fascicoli della rivista non costituiscono disdetta dell'abbonamento a nessun effetto. I fascicoli non pervenuti possono essere richiesti dall'abbonato non oltre 20 giorni dopo la ricezione del numero successivo.

Note per gli autori

Chi volesse contribuire con articoli o approfondimenti, può inviare i contributi a:

- appaltiecontratti@maggioli.it oppure a:
- Redazione "Appalti&Contratti" Via del Carpino, 8 - 47822 Santarcangelo di Romagna (RN) - Tel. 0541.628111.
- L'Autore dovrà indicare recapito e qualifica professionale.
- I manoscritti non pubblicati non si restituiscono.

Tutti i diritti riservati

È vietata la riproduzione, anche parziale, del materiale pubblicato senza autorizzazione dell'editore.

Le opinioni espresse negli articoli appartengono ai singoli autori, dei quali si rispetta la libertà di giudizio, lasciandoli responsabili dei loro scritti.

L'autore garantisce la paternità dei contenuti inviati all'editore manlevando quest'ultimo da ogni eventuale richiesta di risarcimento danni proveniente da terzi che dovessero rivendicare diritti su tali contenuti.

PARTENARIATO PUBBLICO PRIVATO E PROJECT FINANCE

Nuove regole giuridiche,
finanziarie e contabili

► **Gli strumenti di PPP
per l'attuazione del PNRR**

Novembre 2022 - Codice 88.916.6141.8
F.to 17x24 - Pag. 422 - € 56.00

Il volume affronta a tutto tondo il tema del PPP anche alla luce della forte spinta agli investimenti pubblici derivante dall'avvio del PNRR. Si parte da un'analisi di contesto sulla dinamica degli investimenti nel nostro Paese insieme ad una panoramica sulle risorse del PNRR a disposizione dell'Italia e sulla cornice regolatoria del Piano, delineando le principali tematiche implicate dal possibile utilizzo degli strumenti di PPP per l'attuazione delle misure previste nel PNRR.

Il lavoro, dopo l'illustrazione dei più aggiornati dati di mercato del PPP, definisce le caratteristiche fondamentali e la disciplina degli istituti di PPP e del project financing per la realizzazione e gestione di lavori e servizi pubblici, ripercorrendo l'evoluzione normativa a livello europeo e nazionale.

Viene inoltre dedicato un approfondimento alla valutazione di convenienza del ricorso al PPP, alla predisposizione e valutazione della modellizzazione economico finanziaria per la strutturazione di un progetto e alle diverse forme di supporto, sia pubbliche sia di mercato, dell'equilibrio finanziario degli strumenti di partenariato pubblico privato. Un ulteriore focus riguarda i principali interventi sviluppati nel corso del 2022 da parte delle istituzioni di livello nazionale che a diverso titolo hanno competenze in materia di PPP, in particolare con riferimento alla produzione di linee guida, soft law e buone prassi.

Segue un inquadramento generale di quelli che sono i principi comunitari e nazionali in tema di trattamento contabile dei PPP.

Infine, si individuano gli ambiti di applicazione concreta degli istituti di PPP, in particolare l'istituto della finanza di progetto ad iniziativa privata, al fine di favorirne il più efficace ed ampio utilizzo, anche con riferimento a specifici ambiti di interesse per l'attuazione del PNRR.



MARCO NICOLAI

Esperto di finanza pubblica ed editorialista sui temi della finanza straordinaria, è autore e curatore di diverse pubblicazioni.

MARCO NICOLAI

Economista, è Capo Dipartimento Economia Locale e Formazione della Fondazione IFEL.



AGGIORNAMENTI NORMATIVI

- › Legge delega 78/2022 (Nuovo Codice dei contratti pubblici)
- › D.L. 77/2021 conv. in L. 108/2021 e D.L. 76/2020 conv. in L. 120/2020 (Decreti Semplificazioni)



iLibro

L'acquisto dell'opera include l'accesso alla versione digitale iLibro.

SERVIZIO CLIENTI Tel +39 0541 628200 - clienti.editore@maggioli.it

**MAGGIOLI
EDITORE**

Prosegue l'iter verso il nuovo codice dei contratti pubblici: analisi delle prime indicazioni sui principi applicabili

di *Agostino Sola*

“ Tra gli impegni assunti con il PNRR è stata indicata la riforma delle disposizioni del Codice dei contratti pubblici, necessaria, oltre che per un adeguamento generale al diritto europeo, anche per una razionalizzazione delle norme in materia il cui originario impianto normativo risulta profondamente modificato per effetto delle modifiche, spesso extra-codicistiche, che si sono susseguite nel tempo. ”

1. La riforma della disciplina della contrattualistica pubblica. Brevi cenni.

Stando a quanto previsto in sede di PNRR, dopo l'entrata in vigore la legge delega nei termini previsti, entro marzo 2023 dovranno essere approvati i decreti legislativi attuativi mentre, entro giugno 2023, dovranno entrare in vigore tutte le leggi, regolamenti e provvedimenti attuativi (anche di diritto privato) per la revisione del sistema degli appalti pubblici nonché, da ultimo, entro dicembre 2023, si dovrà garantire il pieno funzionamento del sistema nazionale di e-procurement.

Dalla lettura del testo approvato dal Governo, si evince che il Codice sarà applicato a tutti i nuovi procedimenti a partire dal 1° aprile 2023. Dal 1° luglio 2023 è prevista l'abrogazione dell'attuale Codice in vigore (d.lgs. n. 50/2016) e la conseguente applicazione delle nuove norme anche a tutti i procedimenti già in corso. Al termine dell'iter legislativo di adozione della legge delega, concluso con l'adozione della legge 21 giugno 2022 n. 78 recante “Delega al Governo in materia di

contratti pubblici”, il Governo è ora chiamato ad occuparsi dell'adozione dei decreti legislativi di riforma della disciplina dei contratti pubblici. In attuazione della delega legislativa, il Governo si è avvalso della facoltà di conferire l'incarico al Consiglio di Stato per la stesura della bozza di decreto legislativo da adottare. È stata, dunque, istituita presso il Consiglio di Stato una Commissione a carattere “misto”, composta non solo da Magistrati in servizio presso il Consiglio di Stato e i TAR, ma anche da Avvocati dello Stato, Consiglieri della Corte di Cassazione e della Corte dei conti, da professori, avvocati ed esperti anche della linguistica giuridica¹.

(1) Oltre a tali figure professionali, la Commissione è stata arricchita dalle risultanze emerse a seguito della consultazione pubblica urgente e, quindi, mediante la partecipazione al procedimento consultivo, tramite audizioni o note scritte, delle rappresentanze qualificate delle Istituzioni amministrative, economiche e sociali. Il riferimento all'ultimo inciso è alla partecipazione di un esperto dell'Accademia della Crusca in lingua e lessico del diritto: Il segnale dell'attenzione alla qualità non solo sostanziale, ma anche formale.

All'esito dei lavori svolti, il Consiglio di Stato ha provveduto a trasmettere al Governo in carica la bozza provvisoria dello "Schema preliminare di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'art. 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante "Delega al Governo in materia di contratti pubblici".

Ad oggi si ha solamente una bozza di quella che sarà la nuova disciplina della contrattualistica pubblica. I criteri cui il legislatore delegato dovrà adeguarsi sono già cristallizzati nella legge delega n. 78/2022, composta di due soli articoli ed a cui si può fare riferimento per individuare le direttrici della riforma. Il primo articolo della legge delega, al primo comma, indica le finalità di razionalizzazione, riordino e semplificazione dell'attuale disciplina in materia di contratti pubblici sottese all'intervento del Governo, reso necessario al fine di recepire adeguatamente il diritto europeo e i principi espressi dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori, anche onde evitare l'avvio di procedure di infrazione e di giungere alla risoluzione di quelle già avviate.² Il secondo comma, invece, individua i 31 principi e criteri direttivi che il Governo dovrà osservare e sui quali si è soffermato principalmente l'iter legislativo parlamentare.

Il terzo comma reca disposizioni di natura ordinamentale relative al contenuto dei decreti legislativi³, la cui procedura di approvazione è poi scandita dal quarto comma⁴.

(2) Da ultimo si deve segnalare la procedura di infrazione INFR(2018)2273 con cui la Commissione ha contestato all'Italia l'incompatibilità di alcune disposizioni dell'ordinamento interno in materia di contratti pubblici rispetto a quanto disposto dalle direttive europee relative alle concessioni (direttiva 2014/23), agli appalti pubblici nei settori ordinari (direttiva 2014/24) e agli appalti pubblici nei settori speciali (direttiva 2014/25). Nell'aprile 2022 la Commissione ha inviato una seconda lettera complementare di costituzione in mora all'Italia, ritenendo che, nonostante gli interventi per conformare la propria legislazione, non siano state adeguatamente risolte alcune incompatibilità, come il divieto per i subappaltatori di ricorrere ad altri subappaltatori.

(3) Che si prevede abrogano espressamente tutte le disposizioni oggetto di riordino e comunque quelle con essi incompatibili e rechina opportune disposizioni di coordinamento in relazione alle disposizioni non abrogate o non modificate.

(4) In particolare, si prevede che sugli schemi di decreto

Il secondo articolo prevede che le regioni a statuto speciale e le province autonome di Trento e di Bolzano adeguino la propria legislazione ai principi contenuti nella legge delega, nel rispetto delle disposizioni dei rispettivi statuti e delle relative norme di attuazione.

2. Il rilievo dei principi

Da quanto emerge, il nuovo Codice potrà essere suddiviso in cinque libri per un totale di 229 articoli (pochi di più rispetto all'attuale codice, ma con una riduzione di commi, parole e caratteri). Il primo libro reca "dei principi, della digitalizzazione, della programmazione e della progettazione" (artt. 1-47), il secondo "dell'appalto" (artt. 48-140), il terzo "dell'appalto nei settori speciali" (artt. 141-173), il quarto "del partenariato pubblico-privato e delle concessioni" (artt. 174-208), il quinto "del contenzioso e dell'autorità nazionale anticorruzione. disposizioni finali e transitorie" (artt. 209-229).

Le disposizioni redatte dalla Commissione del Consiglio di Stato manifestano l'applicazione dei principi della semplificazione, non soltanto a livello testuale, ma anche a livello regolatorio e contenutistico. Si è preferito un codice che sia "autoesecutivo", senza bisogno di regolamenti applicativi o linee guida: si farà, piuttosto, ricorso ad allegati in loro sostituzione, anche su materie importanti di carattere tecnico, come la disciplina del contenuto dei livelli di progettazione e per la loro modifica sarà sufficiente un atto di natura regolamentare⁵.

legislativo sia acquisito il parere del Consiglio di Stato, della Conferenza unificata e delle competenti Commissioni parlamentari; i pareri devono essere espressi entro 30 giorni dalla richiesta. Poiché in questo caso lo schema di provvedimento è stato redatto dal Consiglio di Stato, non è acquisito il parere dello stesso. Entro due anni dalla data di entrata in vigore di ciascuno dei decreti legislativi si potranno adottare decreti legislativi integrativi o correttivi.

(5) Ad oggi, gli allegati sono 35 e, oltre ai 25 allegati al codice in vigore, assorbiranno 17 linee guida ANAC e 15 regolamenti ancora vigenti, alcuni dei quali di dimensioni molto ampie (tra cui il d.P.R. n. 207 del 2010, risalente addirittura all'attuazione del codice del 2006, nonché quello sui contratti del Ministero della difesa, ridotto da oltre 100 articoli a poco più di 10).

Il primo libro, parte prima, titolo primo, indica i principi generali attraverso i quali il Codice dovrà essere interpretato ed applicato.⁶ Tra questi, emerge sin da subito l'influenza del PNRR dal quale viene mutuato l'ambizioso principio del risultato, destinato a rappresentare il nuovo paradigma dell'azione amministrativa. Si introduce altresì il principio della fiducia (reciproca) tra stazioni appaltanti, funzionari pubblici e degli operatori economici. Viene codificato anche il principio dell'accesso al mercato nel rispetto dei principi della concorrenza, di imparzialità, non discriminazione, pubblicità, trasparenza e proporzionalità. Specifiche disposizioni si occupano degli ulteriori principi: buona fede e tutela dell'affidamento (art. 5); solidarietà e sussidiarietà orizzontale e rapporti con egli enti del Terzo settore (art. 6); auto-organizzazione amministrativa (art. 7); autonomia negoziale e divieto di prestazioni d'opera intellettuale a titolo gratuito (art. 8); conservazione dell'equilibrio contrattuale (art. 9); tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione (art. 10); applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore (art. 11). Chiude il titolo I, dedicato ai principi, l'art. 12 con cui si opera un rinvio esterno alle disposizioni della legge generale sul procedimento amministrativo (l. n. 241/1990) e del codice civile per la stipula del contratto e la fase di esecuzione.

(6) Interessante notare come l'attuale codice, invece, si apriva con la prima parte "ambito di applicazione, principi, disposizioni comuni ed esclusioni" nella quale non si aveva una prospettazione organica dei principi applicabili ma, piuttosto, una trattazione eterogenea degli stessi. Come, ad esempio, i principi relativi all'affidamento di contratti esclusi (art. 4) o i principi comuni contenuti nel titolo IV della parte prima. In particolare, i principi generali sono poi indicati dall'attuale art. 30, d.lgs. n. 50/2016, così come interpretati dalla dottrina e dalla giurisprudenza, e da questa elaborazione vengono mutuati ed ampliati nello schema trasmesso al Governo. La stessa Relazione di accompagnamento allo schema definitivo del Codice osserva come non vi fosse nel d.lgs. n. 50/2016 una parte iniziale dedicata ai principi generali e chiarisce che la codificazione espressa dei principi generali applicabili al settore della contrattualistica pubblica svolge una funzione di ausilio alla miglior comprensione del "disegno armonico, organico e unitario sotteso al codice rispetto alla frammentarietà delle sue parti". Il ricorso ai principi assolve, inoltre, a una funzione di completezza dell'ordinamento giuridico e di garanzia della tutela di interessi che altrimenti non troverebbero adeguata sistemazione nelle singole disposizioni.

L'importanza dei principi è tale da consentire una regolazione che riesca a disciplinare in maniera efficace il polimorfismo (e l'imprevedibilità) della realtà, così potendo resistere alle innovazioni tecnico-scientifiche senza ritardo.

Si propone ora una breve analisi dei primi tre articoli, contenenti altrettanti principi, alla luce dei quali, come previsto dall'art. 4, dovranno essere interpretate ed applicate le disposizioni del codice. Nessuno di questi tre principi è stato espressamente indicato dalla legge delega.

a) Il principio di risultato

Il primo articolo del nuovo Codice potrebbe essere relativo all'indicazione del principio di risultato, per mezzo del quale l'azione delle stazioni appaltanti sarà orientata all'affidamento del contratto ed alla sua esecuzione "con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo". Il fine non giustifica però i mezzi: la rilevanza dello scopo da perseguire nelle procedure ad evidenza pubblica non esclude comunque il rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza. Non già il raggiungimento di un qualsiasi risultato, ma di quel risultato che sia utile e virtuoso.

Il riferimento al principio del risultato, che pare in parte derivato dall'impostazione del PNRR⁷, privilegia l'adozione di misure effettive e funzionali al soddisfacimento dell'interesse pubblico sotteso alla procedura ad evidenza pubblica, anche salvaguardando eventuali gli eventuali profili di responsabilità dei funzionari⁸.

(7) Il risultato amministrativo, infatti, non è nuovo in dottrina e muove dagli studi sul procedimento amministrativo all'interno del quale l'Amministrazione verrebbe ad operare per il raggiungimento di un risultato, pur nel rispetto del principio di legalità, ma anche di collaborazione leale tra le parti: e così, in tema, M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2003 e, di recente, M. R. SPASIANO, *Nuove riflessioni in tema di amministrazione di risultato*, in M. IMMORDINO, C. CELONE (a cura di) *La responsabilità dirigenziale tra diritto ed economia: atti del convegno internazionale: Palermo, 6-7 giugno 2019*, Napoli, 2021, p. 257-272.

(8) Evitando, così, quegli atteggiamenti di burocrazia difensiva per i quali i funzionari, colti dal timore di una successiva ed eventuale azione di responsabilità, preferiscono evitare decisioni e procedure così traducendosi in un ostacolo al rilancio economico, che richiede, al contrario,

Una simile apertura verso un approccio di regolazione flessibile⁹ pare esaltare la discrezionalità dei funzionari chiamati a rispondere concretamente e fattivamente ai fabbisogni della pubblica amministrazione. A una prima analisi, tuttavia, la discrezionalità nei funzionari pubblici nelle procedure di gara sembrerebbe circoscritta in determinati ambiti¹⁰, senza manifestare alcun arretramento del legislatore. Nel caso dell'esercizio di poteri discrezionali, comunque, il criterio prioritario da adottare per conformare la scelta amministrativa, anche per l'individuazione della regola da applicare al caso concreto, sarà quello del risultato. E cioè, allora, si dovrà ritenere che nei momenti di scelta tra due o più soluzioni (contrattuali, progettuali, procedurali e via dicendo) la stazione appaltante e, per essa, i funzionari preposti, dovranno determinarsi nel senso di adottare quegli atti e provvedimenti tali da garantire il raggiungimento del risultato nel minor tempo possibile e con il minor dispendio di risorse pubbliche.

L'individuazione del principio del risultato, così come declinato, viene a rappresentare una declinazione del principio costituzionale del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità. In tal senso, infatti, il principio di buon andamento si riferisce all'efficienza della pubblica

amministrazione, per tale intendendosi la relazione tra risorse impiegate e risultati ottenuti. L'efficacia, invece, fa riferimento ai risultati ottenuti rispetto agli obiettivi prefissati mentre l'economicità attiene alla quantità di risorse utilizzate¹¹.

b) Il principio della fiducia (reciproca)

Segue poi la formulazione del principio della reciproca fiducia tra stazioni appaltanti e operatori economici. Il tema della fiducia sembra piuttosto riferirsi al sospetto per l'azione dei pubblici funzionari e, in questo senso, si declina come prevenzione della corruzione¹²: Presupposto del rapporto giuridico che si viene ad instaurare con la stazione appaltante deve essere, dunque, la fiducia nel corretto operare di quest'ultima per il perseguimento degli interessi pubblici. Il principio della fiducia, declinato come "azione legittima, trasparente e corretta", deriva direttamente dal principio di presunzione di legittimità dell'azione amministrativa. Analogamente, anche la stazione appaltante potrà riporre la propria fiducia sulla correttezza degli operatori economici coinvolti¹³.

Al netto del valore programmatico dell'affermazione della reciproca fiducia sulla "azione legittima, trasparente e corretta" delle parti coinvolte nelle procedure ad evidenza pubblica, l'articolo due declina il principio della fiducia nei termini di una valorizzazione

una pubblica amministrazione dinamica ed efficiente. In tema, si veda, G. BOTTINO, *La burocrazia «difensiva» e le responsabilità degli amministratori e dei dipendenti pubblici*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, n. 1/2020, pp. 117-146.

(9) In tema, a proposito del riconoscimento di "due possibili approcci alla regolazione dell'affidamento e dell'esecuzione dei contratti pubblici", si veda G. FIDONE, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in M. CLARICH (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Giappichelli, 2019, p. 3.

(10) Si pensi, ad esempio, al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa che consente alla stazione appaltante di esprimere la propria valutazione, pur sempre "sulla base di criteri oggettivi, quali gli aspetti qualitativi, ambientali o sociali, connessi all'oggetto dell'appalto" (articolo 108). Analogamente, anche in tema di offerta anormalmente basse rimane la valutazione delle stazioni appaltanti circa "la congruità, la serietà, la sostenibilità e la realizzabilità della migliore offerta" ma pur sempre "in base a elementi specifici" indicati nel bando o nell'avviso o, in difetto, nella disciplina generale dell'Allegato XVII (articolo 110).

La voce "discrezionalità", ad esempio, ricorre solamente una volta nel testo della bozza diffusa (articolo 1).

(11) L'azione amministrativa potrà, dunque, essere efficace ma non efficiente qualora raggiunga gli obiettivi prefissati ma con gran dispendio di risorse, così come efficiente ma non efficace qualora non ottenga i risultati attesi pur nella congruità degli stessi rispetto alle risorse utilizzate.

(12) Nonostante ciò, non vi è alcun esplicito riferimento al fenomeno. Tale scelta si deve al fatto che nelle direttive europee sulla contrattualistica pubblica, sia quelle del 2004 sia quelle del 2014, non vi sono riferimenti al tema della corruzione (se si esclude la disciplina per evitare i conflitti di interesse). Al contrario, osserva G. Fidone, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in M. Clarich (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Giappichelli, 2019, p. 5, le vicende giudiziarie hanno influenzato l'approccio del legislatore nazionale nel senso di "irrigidire le procedure di aggiudicazione con il dichiarato intento di impedire la corruzione".

(13) Si pensi, ad esempio, agli istituti già presenti nel codice che, dal soccorso istruttorio alle misure di self-cleaning, presuppongono la fiducia della pubblica amministrazione verso i soggetti privati che vi si relazionano.

dell'iniziativa e dell'autonomia decisionale dei funzionari –secondo le rispettive capacità professionali – ai fini dell'attuazione del principio del risultato, anche tramite la previsione della copertura assicurativa dei rischi per il personale da parte della medesima stazione appaltante.

È evidente la volontà di ridurre l'area della responsabilità amministrativa, evitando atteggiamenti di burocrazia difensiva¹⁴, al punto che si viene a delimitare l'area di applicazione della nozione della "colpa grave" solamente alle ipotesi di "violazione di norme di diritto e degli auto-vincoli amministrativi, nonché la palese violazione di regole di prudenza, perizia e diligenza e l'omissione delle cautele, verifiche ed informazioni preventive normalmente richieste nell'attività amministrativa". Colpa grave che viene esclusa qualora il funzionario abbia fatto riferimento a "indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a pareri delle autorità competenti".

Non è casuale che il principio della fiducia finisca poi per fare riferimento al ruolo decisionale dei funzionari: è comunemente ritenuto, infatti, che nell'alveo della discrezionalità si annidino maggiori rischi di corruzione poiché vi sarebbe maggior spazio di manovra per la deviazione delle scelte verso fini egoistici a discapito dell'interesse pubblico garantito dal raggiungimento del risultato¹⁵.

c) Il principio dell'accesso al mercato

La formulazione del principio dell'accesso al mercato chiude la parte relativa ai principi in base ai quali si interpretano e si applicano le disposizioni del codice. In particolare, dunque, in forza di tale principio, le stazioni appaltanti dovranno favorire l'accesso al mercato degli operatori economici nel rispetto dei

principi di concorrenza, di imparzialità e non discriminazione, di pubblicità e trasparenza, di proporzionalità. Si tratta per lo più di principi mutati dal codice attualmente in vigore, interpretati ed applicati da dottrina e giurisprudenza.

Gli aspetti relativi all'applicazione della massima apertura verso il mercato si potranno declinare secondo l'attuale criterio del favor participationis¹⁶ ovvero attraverso una puntuale disciplina degli affidamenti diretti¹⁷. Anche le disposizioni relative ai requisiti di partecipazione manifestano l'interesse pubblico al più ampio confronto concorrenziale e in questi termini, dunque, si deve intendere la tassatività – anche nel senso di tipicità e inequivocabilità – delle cause di esclusione così come la congruità e coerenza dei requisiti di partecipazione indicati¹⁸.

(16) Per mezzo del quale, ad esempio, a fronte di più possibili interpretazioni di una clausola contenute in un bando o in un disciplinare di gara, andrà sempre preferita la scelta ermeneutica che consenta la più ampia partecipazione dei concorrenti.

(17) Contenuta nella parte prima del libro secondo "dell'appalto", artt. 48-56. All'art. 49, ad esempio, si dispone il rispetto del principio di rotazione per gli affidamenti sotto la soglia europea, con esclusione automatica delle offerte che risultino anomale (art. 54). Come noto, infatti, il principio di rotazione, oggi previsto all'art. 36, d.lgs. n. 50/2016, viene posto a garanzia della tutela della concorrenza in un settore nel quale si ritiene essere maggiore il rischio del consolidarsi di posizioni di rendita anticoncorrenziale da parte degli operatori risultati in precedenza aggiudicatari, senza parimenti comprimere la parità di trattamento che va garantita al gestore uscente. In termini più generali, infatti, la giurisprudenza venutasi a formare ha ritenuto che "il principio della rotazione deve ritenersi implicitamente richiamato, attraverso il riferimento più generale al principio di libera concorrenza di cui il criterio in esame costituisce espressione" (Cons. Stato sez. VI, 31/8/2017, n. 4125).

(18) Così come poi anche stabilito e previsto dall'art. 10 secondo il quale non si può derogare alle cause di esclusione espressamente definite dal codice all'art. 94 e seguenti, da considerarsi tassative ed operanti di diritto in tutte le procedure di gara, prevalendo altresì sulle clausole difformi. Non è possibile prevedere cause ulteriori di esclusione, le quali, ove apposte, si considerano nulle.

Alle stazioni appaltanti è consentito individuare requisiti ulteriori di partecipazione di carattere economico-finanziario e tecnico-professionale purché "attinenti e proporzionati all'oggetto del contratto", garantendo la più ampia concorrenza e l'accesso al mercato. È noto che, infatti, la previsione di requisiti non coerenti con l'oggetto

(14) Ricorda la Relazione di accompagnamento allo schema definitivo del Codice che, richiamando la Corte costituzionale con la sentenza n. 8/2022, "paura della firma" e "burocrazia difensiva", rappresentano fonte di inefficienza e immobilismo e, quindi, un ostacolo al rilancio economico, che richiede, al contrario, una pubblica amministrazione dinamica ed efficiente.

(15) Secondo una recente indagine della Guardia di Finanza, dal 2017 al 2021, le frodi accertate nella materia della contrattualistica pubblica ammonterebbero ad oltre 11 miliardi di euro (Fonte: Il Sole 24 Ore, *Appalti, corruzione e bonus: frodi allo Stato per 34 miliardi*, di Ivan Cimmarusti e Sara Monaci, 10 ottobre 2022).

Il principio della concorrenza, invece, è ispirato alla tutela degli operatori economici concorrenti e del corretto funzionamento del mercato, arrivando a prevalere sulle disposizioni della *lex specialis* lesive dello stesso: gli altri principi richiamati dalla norma ne costituiscono un corollario (dall'imparzialità e non discriminazione, alla pubblicità e trasparenza fino alla proporzionalità) e la cui concreta declinazione nelle procedure concorsuali è stata oggetto dell'interpretazione giurisprudenziale e dottrinale.

Così, ad esempio, si sono interpretati i principi di pubblicità e trasparenza nel senso di prevedere, qualora all'aggiudicazione debba procedersi col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, l'obbligo dell'apertura delle buste contenenti le offerte e la verifica dei documenti in esse contenuti vanno effettuate in seduta pubblica¹⁹.

Così, ancora, il principio di non discriminazione impone che tutti i potenziali offerenti siano posti in condizioni di eguaglianza²⁰ e si può declinare anche nell'immodificabilità dell'offerta²¹ o dell'accesso al soccorso istruttorio fatto salvo il caso dell'incompletezza, ovvero dell'irregolarità dell'offerta economica. Il principio di proporzionalità, invece, come già osservato, potrà trovare applicazione a proposito dei parametri di capacità tecnica dei partecipanti e requisiti soggettivi di partecipazione nel senso di ammettere requisiti rigorosi purché non abnormi e discriminatori.

3. Cenni conclusivi

Si sono passati in rassegna gli elementi principali dei primi tre articoli della bozza trasmessa al Governo di quello che, probabilmente, sarà il nuovo codice della contrattualistica pubblica. Si tratta di previsioni e suggestioni che, indipendentemente dalle sorti del lavoro svolto dalla Commissione presso il Consiglio di Stato, recepiscono gli sforzi di quest'ultima e si propongono di offrire una prima collocazione sistematica dei principi in base ai quali le disposizioni del codice si dovranno interpretare e applicare.

Nonostante l'attenzione si sia concentrata sui primi tre articoli, risultano partimenti di grande novità gli ulteriori principi la cui portata applicativa conformerà ampiamente l'azione delle stazioni appaltanti.. Si pensi, ad esempio, al divieto di prestazioni d'opera intellettuale a titolo gratuito con il quale viene sciolto il nodo sui contratti di prestazione d'opera intellettuale a titolo gratuito nel senso della loro se non è garantita l'applicazione del principio dell'equo compenso. La codificazione all'art. 5 del principio della buona fede, anche nella fase precontrattuale, risponde all'interpretazione pretoria dei principi di diritto la cui applicazione si è solo di recente sedimentata nella contrattualistica pubblica, pur a fronte di precedenti orientamenti ondivaghi²².

del contratto o incongruenti con i valori dello stesso potrebbero determinare una sostanziale restrizione del mercato cui si rivolge la stazione appaltante.

I requisiti di partecipazione sono poi distinti dai requisiti per l'esecuzione dell'appalto dall'art. 113 che riprende pedissequamente l'attuale art. 100, mutando la disciplina delle disposizioni europee, di cui all'art. 70 della direttiva 2014/24 e all'art. 87 della direttiva 2014/25.

(19) L'applicazione di tali principi consiste essenzialmente nel riscontro e nell'ufficiale acquisizione del contenuto dei plichi, in modo da consentire ai partecipanti alla gara di esser certi della loro integrità e dell'immodificabilità e genuinità della documentazione prodotta da ciascun concorrente, contro manomissioni e alterazioni: tale esigenza, peraltro, risulta favorita dalla crescente digitalizzazione delle procedure che "offre il vantaggio di una maggiore sicurezza quanto alla conservazione dell'integrità degli atti" (Cons. Stato, sez. III, 20 gennaio 2021, n. 627).

(20) E così, ad esempio, non consente, quindi, limitazioni di accesso al mercato "ratione loci", in ragione dell'ubicazione della sede in un determinato territorio (Cons. Stato sez. V, 13 giugno 2012, n. 3469) ovvero in base alla nazionalità. Così come anche il principio comunitario dell'equivalenza delle tecnologie (Cons. Stato sez. III, 11 settembre 2017, n. 4265).

(21) Richiamata nella bozza del codice all'art. 97 in tema di raggruppamenti temporanei in caso di partecipante al raggruppamento sprovvisto dei requisiti di ordine generale e di partecipazione. Si dà la possibilità di estromissione o sostituzione con altro soggetto munito dei requisiti, purché sia rispettata "l'immodificabilità sostanziale dell'offerta presentata".

(22) Il riferimento è a Cons. Stato (Ad. plen.), 4 maggio 2018, n. 5, così come alla successiva, e recente, Cons. Stato, Ad. plen., 29 novembre 2021, n. 21 ai cui commenti, ampi e diffusi in dottrina, si rinvia.

Di grande interesse, specialmente per gli sviluppi attesi, è la codificazione dei principi di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale nei rapporti con gli enti del Terzo settore di cui all'art. 6 con i quali si disciplina, quantomeno in via astratta, la possibilità che le pubbliche

amministrazioni sviluppino “in relazione ad attività a spiccata valenza sociale” modelli di amministrazione condivisa per il perseguimento delle finalità sociali in condizioni di pari trattamento, in modo effettivo e trasparente e in base al principio del risultato²³.

(23) Non è chiaro, tuttavia, se sarà adottato il modello tipico dell'amministrazione condivisa ossia quello dei patti di collaborazione nei quali l'interesse da pubblico, proprio dello Stato-apparato diventa generale, proprio dello Stato-comunità, alla cui individuazione partecipa e collabora la stessa realtà locale di riferimento: in questi termini sia consentito il rinvio ad A. SOLA, *I privati nella gestione delle emergenze ambientali: i patti di collaborazione*, in *ambientediritto.it*, n. 1/2019. Pare più probabile, tuttavia, e coerente con le finalità della legge che saranno adottati specifici schemi negoziali “*privi di rapporti sinallagmatici*”, come chiarisce la norma, per l'affidamento dei servizi sociali e degli altri servizi assimilati di cui all'Allegato IV (artt. 127 e seguenti).

Gli effetti della pronuncia della Corte di giustizia UE, 28 aprile 2022 (C-642/20) sul ruolo della mandataria

Risvolti e prime indicazioni operative fornite alle stazioni appaltanti

di Niccolò Macdonald e Francesco Carnovale

“ La Corte di giustizia dell’Unione Europea con la sentenza del 28 aprile 2022, causa C-642/20, ha statuito la non conformità alla disciplina europea dell’art. 83, comma 8, terzo periodo del Codice dei contratti pubblici la quale prevede che “la mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria”. Questo determina la necessaria disapplicazione della norma del Codice e, inoltre, travolge inevitabilmente ulteriori disposizioni nazionali in materia di appalti pubblici che disciplinano i requisiti e l’esecuzione delle prestazioni da parte del RTI.

Premessa

Con la sentenza del 28 aprile 2022, pronunciata nella causa C-642/20, la Corte di giustizia dell’Unione Europea¹ ha espresso il principio di diritto secondo cui “l’art. 63 della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, deve essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa nazionale secondo la quale l’impresa mandataria di un raggruppamento di operatori economici partecipante a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico deve possedere i requisiti previsti nel bando di gara ed eseguire le prestazioni di tale appalto in misura maggioritaria”.

(1) Corte giust. UE, sez. IV, 28 aprile 2022 (domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana – Italia), Caruter s.r.l. / S.R.R. Messina Provincia S.c.p.a. e a. (Causa C-642/20).

In tal modo il giudice europeo ha statuito la non conformità alla disciplina europea dell’art. 83, comma 8, terzo periodo del d.lgs. 50/2016 (c.d. Codice dei contratti pubblici) la quale prevede che “la mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria”.

Il principio affermato dalla Corte di giustizia, dunque, determina la necessaria disapplicazione della norma del Codice richiamata e, inoltre, travolge inevitabilmente ulteriori disposizioni nazionali in materia di appalti pubblici che disciplinano i requisiti e l’esecuzione delle prestazioni da parte del RTI, *in primis* le previsioni contenute nel d.P.R. 207/2010 che riguardano la partecipazione e qualificazione del RTI negli appalti di lavori. Pertanto, quanto statuito nell’indicata sentenza ha comportato evidenti risvolti e conseguenze anche pratiche per le stazioni appalti nella redazione della documentazione di gara nonché nella gestione dell’intera procedura di affidamento. Circostanza che, a causa anche del mancato intervento del legislatore (che probabilmente

deciderà di affrontare la questione direttamente con l'adozione del nuovo Codice dei contratti pubblici, attualmente in fase di redazione), ha generato dubbi e perplessità applicative per tutti gli operatori economici, determinando il necessario l'intervento sia dell'Autorità nazionale anticorruzione che del giudice amministrativo, come meglio si dirà.

1. La disciplina nazionale: la disciplina degli RTI di cui all'art. 48, d.lgs. 50/2016 e l'obbligo per la mandataria di possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria ex art. 83, comma 8, d.lgs. 50/2016 ed ex art. 92, comma 2, d.P.R. 207/2010 in materia di lavori pubblici

La disciplina nazionale in materia di RTI risulta contenuta nel Codice dei contratti nonché, per quanto riguarda alcune specifiche disposizioni inerenti ai lavori pubblici, nel d.P.R. 207/2010 nella parte ancora in vigore. Con riguardo alle previsioni contenute nel Codice dei contratti pubblici, occorre in primo luogo richiamare l'art. 48, rubricato "Raggruppamenti temporanei e consorzi ordinari di operatori economici", il quale disciplina in un'unica previsione per lavori, servizi e forniture, la forma di collaborazione tra imprese, di natura temporanea, finalizzata alla partecipazione ad una gara, ed eventualmente, in caso di aggiudicazione, all'esecuzione del contratto². In particolare, viene definito il raggruppamento di tipo verticale quale RTI in cui il mandataria, in caso di servizi e forniture, esegue le prestazioni

indicate come principali ed i mandanti quelle indicate come secondarie, mentre in caso di appalti di lavori il mandataria realizza i lavori della categoria prevalente e i mandanti assumono i lavori scorporabili. Per RTI di tipo orizzontale si intende invece una riunione di operatori economici in cui i medesimi realizzano lo stesso tipo di prestazione ovvero, in caso di appalto di lavori pubblici, lavori della stessa categoria. Con riguardo invece alla responsabilità degli operatori che compongono il RTI, la disciplina codicistica prevede che in caso di raggruppamento di tipo orizzontale ciascuna delle imprese riunite è responsabile solidalmente nei confronti della stazione appaltante, mentre in caso di raggruppamento di tipo verticale ciascuna delle mandanti risponde ed è responsabile limitatamente alle prestazioni di rispettiva competenza (prestazioni secondarie in caso di appalti di servizi o forniture ovvero lavori scorporabili in caso di appalti di lavori), ferma restando la responsabilità solidale del mandataria³. Infine, è prevista anche la possibilità di costituire un raggruppamento di tipo "misto", ovvero un raggruppamento temporaneo di tipo verticale al cui interno possono essere presenti sub raggruppamenti di tipo orizzontale. Al riguardo si evidenzia che la facoltà di costituire un raggruppamento "misto" è prevista dal Codice dei contratti pubblici in maniera espressa unicamente per i lavori pubblici⁴, ma la giurisprudenza ha riconosciuto che la facoltà di costituire tale tipologia di RTI sia esercitabile anche nell'ambito degli appalti di servizi o forniture⁵. In tal caso, come confermato dalla giurisprudenza recente, al raggruppamento misto si applicano sia le regole dei raggruppamenti verticali quanto di quelli orizzontali, a seconda della componente che ne venga in rilievo, determinando che ogni sub-raggruppamento deve essere esaminato autonomamente, con quindi applicazione delle regole stabili per la tipologia in cui ricade il singolo sub-raggruppamento (orizzontale o verticale)⁶.

(2) Ai sensi dell'art. 48, commi 1 e 2 del d.lgs. 50/2016 e s.m.i. "1. Nel caso di lavori, per raggruppamento temporaneo di tipo verticale si intende una riunione di operatori economici nell'ambito della quale uno di essi realizza i lavori della categoria prevalente; per lavori scorporabili si intendono i lavori come definiti all'art. 3, comma 1, lettera oo-ter) assumibili da uno dei mandanti; per raggruppamento di tipo orizzontale si intende una riunione di operatori economici finalizzata a realizzare i lavori della stessa categoria. 2. Nel caso di forniture o servizi, per raggruppamento di tipo verticale si intende un raggruppamento di operatori economici in cui il mandataria esegue le prestazioni di servizi o di forniture indicati come principali anche in termini economici, i mandanti quelle indicate come secondarie; per raggruppamento orizzontale quello in cui gli operatori economici eseguono il medesimo tipo di prestazione; le stazioni appaltanti indicano nel bando di gara la prestazione principale e quelle secondarie".

(3) Cfr. TAR Lombardia, sez. I, 14 febbraio 2018, n. 439.

(4) Cfr. art. 48, comma 6, terzo periodo del d.lgs. n. 50/2016, secondo cui "i lavori riconducibili alla categoria prevalente ovvero alle categorie scorperate possono essere assunti anche da imprenditori riuniti in raggruppamento temporaneo di tipo orizzontale".

(5) In tal senso si espresso il Consiglio di Stato, con le sentenze, sez. III, 7 agosto 2018 n. 4860, e sez. V, 1° agosto 2015, n. 3769.

(6) Si veda da ultimo Consiglio di Stato, sez. III, 4 febbraio 2022, n. 796 "Secondo il costante insegnamento della

In merito invece alla qualificazione, in caso di raggruppamenti temporanei gli imprenditori partecipanti al raggruppamento devono essere in possesso della qualificazione necessaria; inoltre, si evidenzia che, come rilevato dalla giurisprudenza amministrativa, il principio di necessaria corrispondenza tra la qualificazione di ciascuna impresa e la quota della prestazione di rispettiva pertinenza vige unicamente per gli appalti dei lavori⁷, mentre per gli appalti di servizi e forniture la relativa disciplina è rimessa alle disposizioni della *lex specialis* di gara⁸.

Dunque, con riguardo ai requisiti di partecipazione e qualificazione, l'art. 83, comma 8 del Codice prevede che le stazioni appaltanti indichino nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse le condizioni di partecipazione richieste, che possono essere espresse come livelli minimi di capacità, congiuntamente agli idonei mezzi di prova e che effettuino la verifica formale e sostanziale delle capacità realizzative, delle competenze tecniche e professionali, ivi comprese le risorse umane, organiche all'impresa, nonché delle attività effettivamente eseguite. Con riguardo ai RTI, il secondo periodo dell'indicato comma 8 evidenzia che nel bando sono indicate le eventuali misure in cui gli stessi requisiti devono essere posseduti dai singoli concorrenti parte-

cipanti. Il terzo periodo, oggetto del ricorso presentato alla Corte di giustizia e dichiarato dalla medesima in contrasto con la normativa comunitaria, prevede che *“la mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria”*. Disposizione che è stata interpretata dalla giurisprudenza nazionale nel senso che la maggioranza che deve possedere la mandataria non è “assoluta”, essendo sufficiente che il capogruppo sia titolare di una percentuale di requisiti superiore rispetto ai mandanti⁹.

L'indicata norma, come rilevato dalla giurisprudenza amministrativa, ha lo scopo “di assicurare che l'impresa mandataria, per il ruolo che detiene all'interno del raggruppamento e la posizione di responsabilità che riveste nei confronti della stazione appaltante, assuma una funzione di garanzia della corretta esecuzione dell'appalto, quale il legislatore ha ritenuto che possa riposare solo sul suo concorso principale alla dimostrazione dei requisiti di partecipazione ed alla esecuzione della prestazione richiesta dalla stazione appaltante”¹⁰. Infine, con specifico riguardo ai requisiti di partecipazione e qualificazione dei RTI in caso di appalti di lavori pubblici, l'art. 92, comma 2, del Decreto del Presidente della Repubblica n. 207/2010, ancora in vigore per effetto della disposizione contenuta nell'art. 216, comma 14 del Codice dei contratti pubblici, prevede che per i raggruppamenti di tipo orizzontale, *“i requisiti di qualificazione economico-finanziari e tecnico-organizzativi richiesti nel bando di gara per l'impresa singola devono essere posseduti dalla mandataria o da un'impresa consorziata nella misura minima del 40 per cento e la restante percentuale cumulativamente dalle mandanti o dalle altre imprese consorziate ciascuna nella misura minima del 10 per cento. Le quote di*

giurisprudenza (Cons. Stato, sez. VI, n. 5919/2018; Cons. Stato, sez. V, n. 5427/2019; TAR Sardegna, I, n. 150/2020; Cons. Stato, sez. V, n. 7751/2020), in caso di raggruppamento misto, in assenza di una disposizione speciale derogatoria, ogni sub-raggruppamento deve essere esaminato autonomamente, con la conseguenza che, per il sub-raggruppamento orizzontale, trovano applicazione le regole stabilite per tale tipologia di raggruppamenti. Pertanto, al raggruppamento misto si applicano sia le regole dei raggruppamenti verticali quanto di quelli orizzontali, a seconda della componente che ne venga in rilievo (cfr., ex plurimis, Cons. Stato, sez. V, n. 5427/19 e le ivi richiamate Cons. Stato, sez. V, n. 3769/15; CGA n. 251/05)”.

(7) Cfr. Ad. plen. 27 marzo 2019, n. 6, che ha confermato come per effetto della disciplina speciale di cui all'art. 92, comma 2, d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, il principio della necessaria corrispondenza tra la qualificazione di ciascuna impresa e la quota della prestazione di rispettiva pertinenza vige per gli appalti dei lavori.

(8) Si veda, da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 24 maggio 2022, n. 4123 ed, *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 12 febbraio 2020, n. 1101; Cons. Stato, sez. V, 2 dicembre 2019, n. 8249; Cons. Stato, sez. III, 17 giugno 2019, n. 4025; Cons. Stato, sez. III, 22 maggio 2019 n. 3331; Cons. Stato, sez. V, 26 febbraio 2019 n. 1327.

(9) Cfr. delibera ANAC n. 77 del 29 gennaio 2020, nella quale l'Autorità ha precisato, in merito all'applicazione dell'art. 83 comma 8, che *“l'espressione del possesso maggioritario dei requisiti da parte della mandataria (utilizzata dal legislatore nell'ambito dell'art. 83, comma 8, del Codice) non va interpretata nel senso della maggioranza “assoluta”, essendo sufficiente che la capogruppo sia titolare di una percentuale di requisiti superiore rispetto alle mandanti, in relazione solo a ciò che è necessario per raggiungere i requisiti minimi prescritti dalla lex specialis (cfr. ex multis Delibera dell'Autorità n. 1207 del 18 dicembre 2019, nonché in giurisprudenza Cons. Stato, sez. III, 23 aprile 2019, n. 2599; Cons. Stato, sez. V, 8 febbraio 2017, n. 560)”*.

(10) Cons. Stato, sez. III, 1° luglio 2020, n. 4206.

partecipazione al raggruppamento o consorzio, indicate in sede di offerta, possono essere liberamente stabilite entro i limiti consentiti dai requisiti di qualificazione posseduti dall'associato o dal consorziato. Nell'ambito dei propri requisiti posseduti, la mandataria in ogni caso assume, in sede di offerta, i requisiti in misura percentuale superiore rispetto a ciascuna delle mandanti con riferimento alla specifica gara. I lavori sono eseguiti dai concorrenti riuniti secondo le quote indicate in sede di offerta, fatta salva la facoltà di modifica delle stesse, previa autorizzazione della stazione appaltante che ne verifica la compatibilità con i requisiti di qualificazione posseduti dalle imprese interessate¹¹; il successivo comma 3 prevede invece che per i raggruppamenti temporanei di tipo verticale "i requisiti di qualificazione economico-finanziari e tecnico-organizzativi sono posseduti dalla mandataria nella categoria prevalente; nelle categorie scorporate ciascuna mandante possiede i requisiti previsti per l'importo dei lavori della categoria che intende assumere e nella misura indicata per l'impresa singola. I requisiti relativi alle lavorazioni scorporabili non assunte dalle mandanti sono posseduti dalla mandataria con riferimento alla categoria prevalente"¹¹.

2. Il rinvio pregiudiziale di compatibilità con la normativa europea: l'ordinanza del Cons. giust. amm. Regione Sicilia n. 1106/2020

Come suesposto, sulla indicata disciplina nazionale è intervenuta la pronuncia della Corte di giustizia, in seguito al rinvio pregiudiziale di compatibilità con le norme del diritto europeo disposto dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Sicilia. Infatti, con ordinanza del 24 novembre 2020, n. 1106, emessa

nel ricorso R.G. 260/2020, il Cons. giust. amm. Regione siciliana ha accolto la richiesta dell'ATI ricorrente incidentale di sottoporre alla Corte di giustizia UE la seguente questione interpretativa: "se l'art. 63 della direttiva 2014/24 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, relativo all'istituto dell'avvalimento, unitamente ai principi di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, di cui agli articoli 49 e 56 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), osti all'applicazione della normativa nazionale italiana in materia di "criteri di selezione e soccorso istruttorio" di cui all'inciso contenuto nel penultimo periodo del comma 8 dell'art. 83 del codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, nel senso che in caso di ricorso all'istituto dell'avvalimento (di cui all'art. 89 del Codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50), in ogni caso la mandataria deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria".

Al riguardo il Supremo Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Sicilia ha in primo luogo ricordato che la disciplina nazionale dell'istituto dell'avvalimento, avente una rilevante importanza e valenza pro-concorrenza nella disciplina europea, è stato oggetto di rilievi critici da parte della Commissione europea, evidenziati nella procedura di infrazione avviata contro lo Stato Italiano¹²; su tali basi il giudice nazionale ha rilevato che "si prospetta l'eventualità che la disciplina di cui al penultimo periodo del comma 8 dell'art. 83 (La mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria) potrebbe incidere e condizionare il ricorso all'avvalimento, finendo per disattendere quanto indicato dalla Direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014 che all'art. 63 paragrafo 1 non sembra porre limitazioni alla possibilità che l'operatore economico faccia affidamento senza restrizioni alle capacità di altri soggetti ricorrendo all'avvalimento" e che quindi l'indicata normativa europea osterebbe ad una normativa nazionale che, in caso di ricorso all'avvalimento, esiga che la mandataria deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria. Invero, si rileva che secondo il giudice di rinvio le disposizioni in materia di avvalimento e riguardanti il RTI di cui rispettivamente all'art. 89, comma 1 e all'art.

(11) Appare utile rilevare che, alcuni operatori del settore ritengono il principio affermato dalla Corte di giustizia trovi applicazione anche alla disciplina inerente agli appalti di lavori contenuta nell'art. 92, d.P.R. n. 207/2010 limitatamente alla parte in cui dispone l'esecuzione maggioritaria da parte della capogruppo. Ritenendo dunque che, in attesa di un intervento del Legislatore sul punto, la Stazione appaltante debba continuare ad applicare quanto previsto dall'art. 92 ai fini qualificazione mentre, relativamente all'esecuzione, la ripartizione fra i membri sarà definita dagli stessi nel rispetto del principio che l'impresa può eseguire i lavori nell'ambito della qualificazione posseduta.

(12) Commissione europea, Costituzione in mora – Infrastruttura n. 2018/2273.

83, comma 8, del d.lgs. 50/2016 non darebbero vita ad alcuna antinomia, potendo essere invece interpretate in maniera compatibile fra loro¹³.

3. La sentenza della Corte di giustizia UE del 28 aprile 2022 (C-642/20): l'illegittimità della normativa nazionale contenuta nell'art. 83, comma 8, d.lgs. 50/2016

Dunque, la Corte di giustizia con la sentenza del 28 aprile 2022 (C-642/20), ha statuito la non conformità alla disciplina europea dell'art. 83, comma 8, terzo periodo del d.lgs. 50/2016. Il giudice europeo ha stabilito che la previsione contenuta nell'indicato art. 83 fissi una condizione più rigorosa rispetto a quella prevista dall'art. 63 della Direttiva 2014/24/UE, la quale invece si limita a prevedere che le amministrazioni aggiudicatrici possano esigere che taluni compiti essenziali siano direttamente svolti dall'offerente stesso o, nel caso di un'offerta presentata da un raggruppamento di operatori economici, da un partecipante al raggruppamento¹⁴. Rispetto alla disciplina europea, infatti, la disciplina nazionale non rimanda alla facoltà per le stazioni appaltanti di inserire tali previsioni nella documentazione di gara, ma prevede direttamente, in modo automatico per tutti gli appalti pubblici, che il mandatarario del raggruppamento di operatori economici esegua la maggior parte delle prestazioni, secondo un approccio di tipo meramente quantitativo.

Sempre con riguardo alla disciplina nazionale, la Corte

di giustizia ha specificato che, se è vero che l'art. 19, paragrafo 2, secondo comma, della Direttiva 2014/24/UE prevede che gli Stati membri possano stabilire clausole standard che specifichino il modo in cui i raggruppamenti di operatori economici devono soddisfare le condizioni relative alla capacità economica e finanziaria o alle capacità tecniche e professionali di cui all'art. 58 dell'indicata Direttiva¹⁵, anche se si facesse rientrare la capacità di svolgere compiti essenziali nella nozione di «capacità tecnica» in modo tale da ritenere consentito *“al legislatore nazionale di includerla nelle clausole standard previste dall'art. 19, paragrafo 2, della stessa”*, la disciplina di cui all'art. 83, comma 8, terzo periodo risulterebbe comunque contraria alla disciplina europea, atteso che tale norma *“non si limita a precisare il modo in cui un raggruppamento di operatori economici deve garantire di possedere le risorse umane e tecniche necessarie per eseguire l'appalto, ai sensi dell'art. 19, paragrafo 2, di detta direttiva, in combinato disposto con l'art. 58, paragrafo 4, della stessa, ma riguarda l'esecuzione stessa dell'appalto e richiede in proposito che essa sia svolta in misura maggioritaria dal mandatarario del raggruppamento”*.

Dunque, secondo quanto statuito dalla Corte di giustizia, una previsione come quella contenuta nell'art. 83, comma 8, terzo periodo, del Codice dei contratti pubblici, eccederebbe i termini previsti all'art. 63, paragrafo 2 della Direttiva 2014/24 che esprimono la volontà del legislatore dell'Unione di limitare ciò che **può essere imposto a un singolo operatore di un raggruppamento secondo un approccio qualitativo e non meramente quantitativo**; disposizione nazionale che quindi, così formulata, pregiudica la finalità, perseguita dalla normativa dell'Unione in materia, di aprire gli appalti pubblici alla concorrenza più ampia possibile e di facilitare ed incoraggiare la partecipazione di raggruppamenti come le associazioni temporanee di piccole e medie imprese alle gare di appalto pubbliche.

(13) In particolare, il Cons. giust. amm. Regione Sicilia ha rilevato che le due disposizioni di cui all'art. 89, comma 1 e all'art. 83, comma 8 del d.lgs. 50 del 2016 *“possono essere interpretate nel senso che a) l'operatore economico non incontra alcun limite nel ricorrere all'istituto dell'avvalimento al fine di conquistare capacità non possedute; b) il ricorso all'avvalimento non può spingersi fino al punto da sovvertire la regola secondo cui la mandataria deve “in ogni caso” possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria”*.

(14) Infatti, l'art. 63, paragrafo 2 della Direttiva 24/2014/UE prevede che: *“2. Nel caso di appalti di lavori, di appalti di servizi e operazioni di posa in opera o installazione nel quadro di un appalto di fornitura, le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere che taluni compiti essenziali siano direttamente svolti dall'offerente stesso o, nel caso di un'offerta presentata da un raggruppamento di operatori economici di cui all'art. 19, paragrafo 2, da un partecipante al raggruppamento”*.

(15) L'art. 19, paragrafo 2 della Direttiva 24/2014/UE prevede che: *“i raggruppamenti di operatori economici, comprese le associazioni temporanee, sono autorizzati a partecipare a procedure di appalto. Essi non possono essere obbligati dalle amministrazioni aggiudicatrici ad avere una forma giuridica specifica ai fini della presentazione di un'offerta o di una domanda di partecipazione”*.

4. Gli effetti della pronuncia della Corte di giustizia: le prime applicazioni e indicazioni operative dell'ANAC e del giudice nazionale per le stazioni appaltanti

Tanto premesso, si rileva che la pronuncia della Corte di giustizia e il conseguente obbligo di disapplicare la normativa contraria alla disciplina europea ha portato a evidenti problematiche applicative per le stazioni appaltanti e per gli operatori economici, derivanti anche dal mancato intervento del legislatore sul punto.

Infatti, come segnalato anche dall'ANAC nell'Atto di segnalazione n. 1 del 20 luglio 2022¹⁶, non può che ritenersi necessario un intervento del Legislatore che apporti le necessarie modifiche agli articoli del Codice dei contratti pubblici nonché, per quanto attiene ai lavori pubblici, alle previsioni contenute ed ancora in vigore del decreto del Presidente della Repubblica del 5 ottobre 2010, n. 207, al fine di superare le difformità evidenziate nella pronuncia della Corte di giustizia del 28 aprile 2022 della disciplina nazionale in materia di RTI rispetto alla normativa comunitaria.

Con riguardo agli effetti della statuizione del giudice europeo, occorre in primo luogo rilevare che, seppur la Corte di giustizia UE con la sentenza in questione si è pronunciata con riguardo a una procedura di affidamento di servizi sopra soglia comunitaria e all'applicazione dell'art. 83, comma 8 del d.lgs. 50/2016, il principio statuito trova applicazione anche con riguardo alle procedure sottosoglia comunitaria e con riguardo alla specifica disciplina inerente ai lavori pubblici contenuta nel d.P.R. 207/2010.

Infatti, come confermato anche dal Servizio supporto giuridico del MIMS¹⁷, la Corte di giustizia non ha defi-

nito l'ampiezza e non ha circoscritto la portata applicativa del principio espresso nell'indicata sentenza alle sole procedure di aggiudicazione di importo superiore alle soglie comunitarie. Dunque, secondo quanto statuito dalla giurisprudenza europea e nazionale, nei casi in cui la normativa nazionale si sia *"conformata alle regole europee anche per disciplinare gli appalti sottosoglia, senza distinguere specificamente questi ultimi, (...) Sussiste un interesse certo sovranazionale all'interpretazione della normativa applicabile conforme alle regole ed ai principi posti dalle direttive. (...) vanno allora ritenuti applicabili, in conformità alla giurisprudenza della Corte di giustizia, le norme fondamentali e i principi del Trattato FUE, pur trattandosi di procedura di aggiudicazione di valore inferiore alla soglia comunitaria, rilevando in particolare i principi di parità di trattamento, di funzionalità e di trasparenza"*¹⁸. Pertanto, il Servizio supporto giuridico ha concluso confermando che quanto statuito nella pronuncia della Corte di giustizia Europea (Quarta sezione), 28 aprile 2022, causa C-642/20, trovi applicazione anche per le procedure di importo inferiore alla soglia comunitaria. Anche con riguardo all'applicazione del principio statuito dalla Corte di giustizia alla disciplina contenuta nel d.P.R. 207/2010 in materia di lavori pubblici, il Servizio supporto giuridico ha fornito risposta positiva, attesa la portata generale del principio contenuto nella statuizione della Corte di giustizia e dell'obbligo di disapplicazione la norma interna contrastante con il diritto euro – unitario¹⁹. Principio confermato anche dalla recente giurisprudenza formatosi sul punto²⁰.

(16) Atto di segnalazione n. 1 del 20 luglio 2022 "Concernente gli articoli 48, commi 2,5 e 6 e 83, comma 8, del codice dei contratti pubblici e l'art. 93 del decreto del Presidente della Repubblica n. 207/2010", approvato dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 333 del 20 luglio 2022.

(17) Il supporto giuridico, erogato nell'ambito del servizio contratti pubblici, è un servizio pubblico e gratuito, realizzato in collaborazione tra il Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili, la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome ed ITACA – Istituto per l'innovazione e trasparenza degli appalti e la compatibilità ambientale, in attuazione dell'art. 214, comma 10, del d.lgs. 50/2016 e sulla base di uno specifico protocollo d'intesa, erogato esclusivamente alle stazioni appaltanti con l'obiettivo di favorire l'uniformità nell'interpretazione della disciplina

dei contratti pubblici, nonché quello di fornire soluzioni operative alle amministrazioni.

(18) Cfr. Cons. Stato, sez. V, n. 689 del 1° febbraio 2022 e anche CGUE, sez. IX, 14 febbraio 2019, in causa C-710/17.

(19) Cfr. parere del servizio supporto giuridico n. 1389 del 28 giugno 2022, consultabile al seguente link: www.servizioccontrattipubblici.org/supportogiuridico/dettaglio_p.asp?id=1389.

(20) Si veda *ex multis*, la sentenza del Consiglio di Stato, sez. VII, n. 4425 del 31 maggio 2022, la quale conferma che *"è difforme dalla normativa comunitaria una disciplina interna – quale quella recata dall'art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016 (così come quella di cui all'art. 92, comma 2, del d.P.R. n. 207/2010) – che invece impone al mandatario del RTI, in via generale e astratta, e secondo un criterio di tipo solamente quantitativo, di dover possedere sempre e comunque i requisiti prescritti dalla lex specialis ed*

Tanto premesso, con riguardo alle prime applicazioni dell'obbligo di disapplicare la normativa nazionale, si evidenzia, anche al fine di fornire alcune indicazioni operative di massima alle Stazioni appaltanti nell'attività di adeguamento della documentazione di gara e delle procedure di affidamento a quanto statuito dalla Corte di giustizia UE nella pronuncia in questione, che occorre differenziare i casi in cui non siano scaduti i termini per gli operatori economici per presentare le proprie offerte (casi invero ormai residuali attesa la data della pronuncia della Corte di giustizia, ovvero il 28 aprile 2022) dalle procedure per le quali risultino scaduti i suddetti termini, a, infine, la disciplina che dovrà essere contenuta nella documentazione di gara pubblicata successivamente alla pronuncia del giudice europeo, in attuazione del Bando tipo n. 1 di ANAC. Per le residuali procedure di gara in corso i cui termini di presentazione offerte risultino non ancora scaduti, in conseguenza della Sentenza della Corte di giustizia in questione occorre adeguare la documentazione di gara. Ciò determina, in primo luogo, che l'indicato adeguamento, incidendo sui requisiti di partecipazione e di esecuzione degli RTI, determini la necessità di apportare una modifica sostanziale alla *lex specialis* di gara. Tale modifica quindi comporta, dal punto di vista degli obblighi di pubblicità, che venga assicurata dalla stazione appaltante una forma di pubblicità analoga a quella del bando/Disciplinare di gara oggetto di modifica²¹, nonché, dal punto di vista dei termini previsti dalla procedura di gara, la conseguente necessaria riapertura dei termini per la presentazione delle offerte.

Con riguardo invece alle procedure di affidamento per le quali il termine finale per presentare le offerte risulta già scaduto, si rappresenta che non è più possibile modificare la *lex specialis* di gara e dunque adeguare la medesima alla pronuncia della Corte di giustizia. Infat-

eseguire le prestazioni in appalto in misura maggioritaria”.

(21) Nel caso di specie, infatti, l'eliminazione dalla *lex specialis* della previsione secondo cui la mandataria deve possedere in ogni caso i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria incide sui requisiti di partecipazione e di esecuzione, determinando una modifica “sostanziale” per la quale non può operare il diverso regime di pubblicità previsto dall'art. 73, comma 4, del d.lgs. 50/2016 unicamente per le informazioni ulteriori, complementari o aggiuntive al bando. Sul punto si veda *ex multis* la recente delibera ANAC del 21 dicembre 2021, n. 853.

ti, è noto il principio generale che nelle gare pubbliche la procedura di affidamento è soggetta alla normativa vigente alla data di pubblicazione del bando, in conformità al principio *tempus regit actum* e alla natura del bando di gara, quale norma speciale della procedura che regola non solo le imprese partecipanti, ma anche, nella pura e stringente logica dell'auto-vincolo, la pubblica amministrazione, che quindi non vi si può sottrarre. Pertanto, anche per ragioni di tutela dell'affidamento degli operatori economici partecipanti, deve escludersi che lo *ius superveniens* possa spiegare effetto diretto sul procedimento di gara: infatti, come statuito dalla giurisprudenza amministrativa, ove si imponesse alle amministrazioni di modificare in corso di procedimento le regole di gara per seguire le modificazioni normative o fattuali intervenute successivamente all'adozione del bando, si determinerebbe un sacrificio dei principi di certezza e di buon andamento, con evidente lesione del principio del legittimo affidamento ed assoluta imprevedibilità di esiti²².

Per tale ragione non risulterebbe possibile per le stazioni appaltanti modificare le procedure di gara per le quali siano ormai scaduti i termini di presentazione dell'offerta.

Invero, si segnala che di recente il Consiglio di Stato ha comunque ritenuto illegittima l'esclusione di un RTI disposta per violazione dell'art. 83, comma 8, del d.lgs. 50/2016 per il mancato possesso da parte della mandataria del requisito del fatturato in misura maggioritaria, anche se l'indicata esclusione era stata disposta dalla stazione appaltante precedentemente alla pronuncia

(22) Si veda, *ex multis*, Consiglio di Stato, sez. V, 25 marzo 2021, n. 2521: “occorre ribadire il consolidato indirizzo giurisprudenziale secondo cui nelle gare pubbliche la procedura di affidamento di un contratto pubblico è soggetta alla normativa vigente alla data di pubblicazione del bando, in conformità al principio *tempus regit actum* ed alla natura del bando di gara, quale norma speciale della procedura che regola non solo le imprese partecipanti, ma anche la pubblica amministrazione, che non vi si può sottrarre; pertanto, anche per ragioni di tutela dell'affidamento delle prime, deve escludersi che lo *ius superveniens* possa avere alcun effetto diretto sul procedimento di gara, altrimenti venendo sacrificati i principi di certezza e buon andamento, con sconcerto delle stesse ed assoluta imprevedibilità di esiti, ove si imponesse alle amministrazioni di modificare in corso di procedimento le regole di gara per seguire le modificazioni normative o fattuali intervenute successivamente all'adozione del bando (tra le tante, Cons. Stato, V, 7 giugno 2016, n. 2433; V, 12 maggio 2017, n. 2222)”.

della Corte di giustizia. Il Consiglio di Stato ha, infatti, ritenuto di accogliere il motivo d'appello proposto dal RTI appellante in ragione dell'obbligo di disapplicare la normativa nazionale e stante la sopravvenuta illegittimità dell'esclusione determinata dall'incompatibilità euro unitaria della disposizione di legge²³.

Si segnala che una opzione astrattamente percorribile dalle stazioni appaltanti per adeguare l'affidamento a quanto statuito dalla Corte di giustizia potrebbe essere il disporre la revoca dell'intera procedura di gara. Tuttavia, si ritiene che, nel caso di specie, non sia agevole rintracciare condizioni legittimanti una siffatta revoca, la quale infatti dovrebbe basarsi su una rivalutazione dell'interesse pubblico originario motivata da ragioni di opportunità, di convenienza o di impossibilità²⁴. Come esposto, si ritiene dunque che l'adeguamento alla sopraggiunta pronuncia della Corte di giustizia non sia facilmente riconducibile ad una rivalutazione dell'interesse pubblico originario tale da poter legittimare la revoca da parte della stazione appaltante dell'intera procedura di gara.

Infine, sicuramente per le gare avviate successivamente alla pronuncia della Corte di giustizia la *lex specialis*

deve essere adeguata e resa coerente con quanto statuito dal giudice europeo.

Arrivando al merito delle modifiche, occorre rilevare che prime indicazioni applicative sono state fornite dall'Autorità nazionale anticorruzione sia nell'indicato atto di segnalazione n. 1/2022 che, soprattutto, con l'aggiornamento del Bando tipo ANAC n. 1/2021 avvenuto con delibera n. 332 del 20 luglio 2022, oltre che dalla recente giurisprudenza nazionale formatasi sul punto. Con l'indicato aggiornamento l'Autorità ha modificato le previsioni del Bando tipo contenute al punto "6.4 Indicazioni per i raggruppamenti temporanei, consorzi ordinari, aggregazioni di imprese di rete, GEIE" che riprendevano quanto previsto dall'art. 83, comma 8, ultimo periodo del d.lgs. 50/2016.

In particolare, sono stati eliminati i riferimenti all'obbligo del possesso dei requisiti in misura maggioritaria da parte della mandataria previsti dall'indicata previsione dell'art. 83, mentre è stata introdotta la previsione che prevede la possibilità che la stazione appaltante indichi, attraverso l'introduzione di apposita clausola inserita nel disciplinare di gara e di una motivazione oggettiva che la giustifichi, che uno o più dei requisiti richiesti siano posseduti dal RTI nel suo insieme, ovvero che vengano indicate dalla stazione appaltante le modalità con cui tali requisiti devono essere soddisfatti dal RTI, nel rispetto del principio di proporzionalità.

Infatti, risulta contraria alla disciplina europea, secondo quanto statuito dalla Corte di giustizia, una imposizione generale dell'obbligo del possesso in misura maggioritaria dei requisiti in capo alla mandataria, mentre risultano conformi eventuali previsioni indicate dalla stazione appaltante nella documentazione di gara che impongano il possesso di un particolare requisito in capo ad una impresa facente capo del RTI, sorrette da apposita ed adeguata motivazione nel rispetto del principio dell'*accountability* europeo.

La conformità con la disciplina europea di tali previsioni della *lex specialis* è stata ribadita anche dalla Corte di giustizia nella pronuncia del 28 aprile 2022 che ha ricordato come il paragrafo 2 dell'art. 63 della Direttiva 24/2014 precisa che, per taluni tipi di appalto, "le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere che taluni compiti essenziali siano direttamente svolti dall'offerente stesso o, nel caso di un'offerta presentata da un raggruppamento di operatori economici (...), da un partecipante al raggruppamento".

(23) Cons. Stato, sez. V, 25 ottobre 2022, n. 9117: "Ugualmente fondato è il secondo motivo d'appello, che concerne l'ulteriore motivo di esclusione della odierna appellante costituito dalla ritenuta violazione dell'art. 83, comma 8, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, in quanto la mandataria del r.t.i. ricorrente non possedeva il requisito del fatturato in misura maggioritaria. Infatti, di recente la Corte di giustizia dell'Unione Europea ha sancito che la detta disposizione è contraria al diritto euro unitario (Corte di giustizia UE, sez. IV, 28 aprile 2022, C-642/20, citata anche dall'appellante): conseguentemente essa va disapplicata e il motivo de quo va accolto, stante la sopravvenuta illegittimità dell'esclusione in parte qua determinata dall'incompatibilità euro unitaria della disposizione di legge retrostante".

(24) Infatti, come ribadito, da ultimo, dal Consiglio di Stato con la sentenza n. 1700 del 1° marzo 2021, il provvedimento di revoca è sempre esito di una scelta ampiamente discrezionale dell'amministrazione (cfr. Cons. Stato, sez. II, 14 marzo 2020, n. 1837; III, 29 novembre 2016, n. 5026), anche nel caso di *ius superveniens* che comporti una modifica del quadro normativo esistente al momento di adozione del provvedimento amministrativo. Tuttavia, perché una sopravvenienza normativa possa essere ritenuta una giusta ragione di revoca del provvedimento, risulta necessario che "in conseguenza del nuovo assetto normativo, non sia più possibile conservare gli effetti del provvedimento ovvero anche perché non sia più conveniente o opportuna la decisione assunta, e, dunque, per una rivalutazione dell'interesse pubblico originario".

In tal senso si è espresso successivamente anche il giudice amministrativo nazionale il quale – chiamato a pronunciarsi sulla censura relativa alla contestata legittimità della clausola del disciplinare che prescriveva che, in caso di partecipazione in RTI, il requisito esperienziale dovesse essere posseduto per intero dall'impresa mandataria – ha confermato come una siffatta previsione non risulta illegittima, ma “coerente con il dettato normativo eurounitario”, risultando “il portato del legittimo esercizio della discrezionalità riservata alle amministrazioni aggiudicatrici dal legislatore eurounitario che, nel limitare ciò che può essere imposto a un singolo operatore economico facente parte di un raggruppamento di imprese, ha seguito un approccio di tipo qualitativo e non meramente quantitativo”²⁵.

Infine, recentemente sulla questione è intervenuta nuovamente l'Autorità nazionale anticorruzione con la delibera n. 524 del 2 novembre 2022.

Con l'indicata pronuncia l'ANAC ha infatti confermato che la sentenza della Corte di giustizia ha statuito la contrarietà alla normativa europea di una normativa nazionale che preveda la necessaria partecipazione maggioritaria della capogruppo, sia in termini di requisiti posseduti che di quota di prestazioni da eseguire, ribadendo, inoltre, che anche l'art. 92, comma 2, d.P.R. n. 207/2010, sebbene non direttamente colpito dalla pronuncia della Corte di giustizia, debba essere interpretato e applicato alla luce dei principi enunciati dalla Corte, perché si pone ugualmente in contrasto con la Direttiva europea.

Invero l'indicata delibera assume particolare rilievo perché l'Autorità ha ritenuto che il principio espresso dalla Corte di giustizia debba essere applicato con riguardo non solo all'intero appalto ma anche con riferimento alla singola categoria di cui esso si compone. L'ANAC ha infatti chiarito che “a seguito della sentenza della Corte di giustizia C-642/20 del 28 aprile 2022, non è esigibile in base alla vigente normativa che l'impresa capogruppo debba possedere i requisiti di partecipazione in misura maggioritaria, né con riferimento all'intero appalto, né con riferimento alla singola categoria di cui esso si compone, né tanto meno che debba eseguire le prestazioni in misura maggioritaria, ferma restando la possibilità per le stazioni appaltanti di prevedere, nei

bandi di gara, che taluni compiti essenziali siano svolti direttamente da un partecipante al raggruppamento. Rimane fermo il principio secondo cui la suddivisione delle quote di esecuzione tra le imprese raggruppande deve essere effettuata entro il limite dei requisiti di partecipazione posseduti da ciascuna”.

Alla luce di tale indicazioni si ritiene che la stazione appaltante possa comunque inserire nella *lex specialis* disposizioni che prevedano il possesso di particolari requisiti da parte della mandataria, purché tale previsione sia espressione del legittimo esercizio della discrezionalità riservata alla medesima stazione appaltante e sia frutto di un approccio di tipo qualitativo e non quantitativo imposto dal Legislatore, nel rispetto delle indicazioni fornite dalla Corte di giustizia e dal giudice nazionale nei termini suesposti.

Invece, nel caso in cui la *lex specialis* non disponga nulla sul punto, si deve ritenere che il RTI possa dimostrare di soddisfare, nel suo complesso, i requisiti richiesti dal disciplinare di gara, per effetto dell'applicazione del principio di frazionabilità del requisito di partecipazione che risulta coerente con la ratio dell'istituto dei raggruppamenti temporanei d'impresa, come di recente affermato dal giudice amministrativo²⁶.

In conclusione, l'evidente impatto che la pronuncia della Corte di giustizia ha avuto sulla disciplina nazionale in tema di qualificazione ed esecuzione dei

(26) Sul punto, si veda la recente sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 6 settembre 2022, n. 7749: “Occorre poi ricordare che la Corte di giustizia, in sede di esame della domanda di pronuncia pregiudiziale vertente sull'interpretazione dell'art. 63 della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici ha affermato che tale art. 63 deve essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa nazionale secondo la quale l'impresa mandataria di un raggruppamento di operatori economici partecipante a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico deve possedere i requisiti previsti nel bando di gara ed eseguire le prestazioni di tale appalto in misura maggioritaria (Corte di giustizia U.E., 28 aprile 2022, causa C/642-20). Frapporre ostacoli alla partecipazione alle gare di operatori economici che, presentatisi in raggruppamento, soddisfano pienamente i requisiti di capacità previsti dalla *lex specialis* è irragionevole e sproporzionato, oltretutto in flagrante contrasto con l'art. 63 della Direttiva 24/2014. La pretesa non frazionabilità del requisito in questione ha, come condivisibilmente affermato dalla difesa dell'appellante, l'effetto di frustrare la ratio stessa dell'istituto dei raggruppamenti temporanei d'impresa”.

(25) TAR Lazio, n. 6628 del 23 maggio 2022.

raggruppamenti temporanei di imprese ha reso necessari gli indicati interventi dell'ANAC e del giudice amministrativo al fine di rilevarne la portata e gli effetti sulla disciplina di gara e di fornire le prime indicazioni alle stazioni appaltanti, nelle more di un intervento del legislatore che non può che ritenersi assolutamente necessario.

Al riguardo si evidenzia che nella bozza provvisoria del Consiglio di Stato dello Schema preliminare di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'art. 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante "Delega al Governo in materia di contratti pubblici" che circola in questi giorni e sottoposta al Governo, prevede una specifica e differente formulazione della disciplina in questione²⁷. Infatti, nell'art. 68 dell'emanando nuovo Codice "Raggruppamenti temporanei e consorzi ordinari di operatori economici" viene indicato che "2. Fatto salvo quanto previsto al comma 4, in sede di offerta sono specificate le categorie di lavori o le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati, con l'impegno di questi a realizzarle (...) 4. Le stazioni appaltanti possono: (...) b) specificare nei documenti di gara le modalità con cui i raggruppamenti di operatori economici ottemperano ai requisiti in materia di capacità economica e finanziaria o di capacità tecniche e professionali, purché ciò sia proporzionato e giustificato da motivazioni obiettive (...) 10. Le stazioni appaltanti possono richiedere ai raggruppamenti di operatori economici condizioni

per l'esecuzione di un appalto diverse da quelle imposte ai singoli partecipanti, purché siano proporzionate e giustificate da ragioni oggettive. 11. I raggruppamenti e i consorzi ordinari di operatori economici sono ammessi alla gara se gli imprenditori o altro raggruppamento che vi partecipano, oppure gli imprenditori consorziati, abbiano complessivamente i requisiti relativi alla capacità economica e finanziaria e alle capacità tecniche e professionali, ferma restando la necessità che l'esecutore sia in possesso dei requisiti prescritti per la prestazione che lo stesso si è impegnato a realizzare ai sensi del comma 2".

Risulta quindi che, secondo la disciplina che dovrebbe contenere lo Schema preliminare presentato al Governo, il Legislatore abbia riformato la disciplina recependo le indicazioni fornite dalla Corte di giustizia dell'Unione Europea, ovvero rimettendo alla Stazione appaltante e alla *lex specialis* la possibilità di prevedere che taluni requisiti e compiti siano svolti da uno specifico partecipante al raggruppamento temporaneo di imprese. Con la precisazione della necessità che l'esecutore sia in possesso dei requisiti previsti per la prestazione che lo stesso si è impegnato a realizzare.

Naturalmente occorrerà aspettare l'adozione del testo definitivo del Codice dei contratti pubblici, da conseguire entro il termine del 31 marzo 2023 quale riforma che costituisce un obiettivo del PNRR, per verificare quale sarà la risposta definitiva del Legislatore alla statuizione della Corte di giustizia dell'Unione europea.

(27) Si evidenzia che si tratta di una bozza provvisoria e non ufficiale, attribuita al Consiglio di Stato, quale organo a cui il Governo ha affidato la redazione dei progetti dei decreti legislativi attuativi del nuovo Codice dei contratti pubblici, esercitando la facoltà prevista dall'art. 1, comma 4, della Legge 21 giugno 2022, n. 78, recante "Delega al Governo in materia di contratti pubblici".

Le modifiche di dettaglio di competenza del direttore dei lavori: aspetti critici, condizioni per l'applicabilità e modalità di esecuzione

di Mario Oscurato

“ La norma che attribuisce al direttore dei lavori il potere di disporre autonomamente, entro determinati limiti, di “modifiche di dettaglio” (c.d. “varianti non varianti”) al progetto esecutivo nel periodo di efficacia del contratto, è finalizzata a garantire la spedita esecuzione delle opere o lavori pubblici; tuttavia la stessa norma se applicata in modo improprio non è esente da possibili criticità e insidie per lo stesso direttore dei lavori e per l'esecutore dell'opera. Nell'articolo si analizzano le condizioni e le modalità esecutive per l'applicabilità della disposizione in argomento; il tutto anche in base alle modifiche all'istituto introdotte dal d.m. 7 marzo 2018, n. 49 rispetto a quanto previsto dal corrispondente art. 132, comma 3 del d.lgs. n. 163/2006 della previgente normativa. ”

1. Le varianti in corso d'opera e le modifiche di dettaglio nell'attuale quadro normativo

Prima di analizzare l'argomento delle modifiche di dettaglio, si ritiene utile riportare un breve accenno alle modalità di autorizzazione e approvazione delle varianti in corso d'opera, di cui le “modifiche di dettaglio” ne rappresentano una particolare fattispecie¹. Un principio generale applicabile a tutte le modifiche o varianti in corso d'opera, comprese le “modifiche di dettaglio e le “varianti migliorative”, è quello della “immodificabilità dell'oggetto contrattuale”, in base al quale le modifiche non sono ammesse se stravolgono l'oggetto del contratto e la sua natura.

Nell'attuale normativa, le varianti in corso d'opera e

le modifiche di dettaglio per l'esecuzione delle opere pubbliche risultano regolate principalmente dalle seguenti norme:

- art. 106 (Modifica di contratti durante il periodo di efficacia) e 149 (modifiche di dettaglio per i beni tutelati) del d.lgs. n. 50/2016 e s.m.i. (di seguito codice dei contratti pubblici);
- art. 8 del d.m. 7 marzo 2018, n. 49² (di seguito regolamento sul direttore dei lavori);
- linee guida ANAC n. 3³, (c.d. “Linee guida sul RUP”).

Nel prosieguo dell'articolo la normativa sopra indicata sarà analizzata nel dettaglio.

(1) Per un'analisi più approfondita dell'argomento, cfr. M. OSCURATO, *Modifiche dei contratti in corso di esecuzione dopo il d.m. n. 49/2018 e predisposizione dei progetti da porre a base di gara*, in questa Rivista, n. 12/2018.

(2) Regolamento recante: “Approvazione delle linee guida sulle modalità di svolgimento delle funzioni del direttore dei lavori e del direttore dell'esecuzione”.

(3) Recanti “Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni”, approvate dal Consiglio dell'Autorità con deliberazione n. 1096 del 26.10.2016 e aggiornate con deliberazione n. 1007 dell'11.10.2017.

1.1. Procedura per l'autorizzazione delle varianti

In base alla normativa sopra indicata, il soggetto cui è demandato il potere di autorizzare le varianti ai contratti in corso di esecuzione, fatti salvi alcuni casi particolari (che nel seguito si analizzeranno), è il responsabile unico del procedimento (di seguito RUP); ciò in base a quanto previsto alle seguenti norme e/o disposizioni:

- a) art. 106, comma 1, primo periodo del codice dei contratti pubblici, secondo il quale: *“Le modifiche, nonché le varianti, dei contratti di appalto in corso di validità devono essere autorizzate dal RUP con le modalità previste dall’ordinamento della stazione appaltante cui il RUP dipende”*;
- b) paragrafo 6 (compiti del RUP per i lavori nella fase di esecuzione), lett. j) e k) delle Linee guida n. 3, secondo le quali, il RUP (...):
 - lett. J): *“controlla il progresso e lo stato di avanzamento dei lavori sulla base delle evidenze e delle informazioni del direttore dei lavori, al fine del rispetto degli obiettivi, dei tempi, dei costi, della qualità delle prestazioni e del controllo dei rischi. In particolare verifica: le modalità di esecuzione dei lavori e delle prestazioni in relazione al risultato richiesto dalle specifiche progettuali; il rispetto della normativa tecnica; il rispetto delle clausole specificate nella documentazione contrattuale (contratto e capitolati) anche attraverso le verifiche di cui all’art. 31, comma 12 del Codice;”*
 - lett. K): *“autorizza le modifiche, nonché le varianti, dei contratti di appalto in corso di validità anche su proposta del direttore dei lavori, con le modalità previste dall’ordinamento della stazione appaltante da cui il RUP dipende in conformità alle previsioni dell’art. 106 del Codice e, in particolare, redige la relazione di cui all’art. 106, comma 14, del Codice, relativa alle varianti in corso d’opera, in cui sono riportate le ragioni di fatto e/o di diritto che hanno reso necessarie tali varianti. Il RUP può avvalersi dell’ausilio del direttore dei lavori per l’accertamento delle condizioni che giustificano le varianti”*.

Sul punto si segnala che nella previgente normativa (d.lgs. n. 163/2006 e art. 161 del d.P.R. 207/2010) l’iniziativa alla predisposizione delle varianti spettava al Direttore dei lavori, il quale sottoponeva al RUP la perizia di va-

riante da lui stesso redatta; infatti, il direttore dei lavori dopo aver accertato e motivato le cause delle varianti, le sottoponeva all’approvazione della stazione appaltante. Attualmente, come sopra accennato, è invece il RUP, previo valutazione dell’ammissibilità, ad autorizzare il direttore dei lavori a predisporre le modifiche o le varianti in corso d’opera, mentre ai fini dell’approvazione le stesse vanno sempre motivate dal RUP con il supporto della direzione lavori.

Per quanto concerne invece l’iter di approvazione delle varianti in corso d’opera, in linea generale, spetta sempre all’organo decisionale dell’amministrazione committente l’approvazione delle varianti in corso d’opera che comportano **un aumento dell’importo contrattuale, non ricompreso nella spesa autorizzata del quadro economico di progetto**.

In base a quanto previsto dal citato art. 106, comma 1, del codice, pertanto ciascuna amministrazione committente dovrebbe adottare una regolamentazione interna all’ente per stabilire:

- le modalità di autorizzazione da parte del RUP al direttore dei lavori per la predisposizione delle modifiche o varianti in corso d’opera dei contratti;
- le modalità e i limiti percentuali dell’importo di contratto, per l’approvazione delle stesse modifiche o varianti in corso d’opera da parte dello stesso RUP o dirigente della struttura competente, se soggetto diverso dal RUP; il tutto, come sopra accennato, nell’ambito della spesa autorizzata dall’amministrazione committente come risultante dal quadro economico di progetto. Ulteriori considerazioni sull’argomento relativo alle procedure di approvazione delle modifiche o varianti in corso d’opera al contratto di appalto e spesa autorizzata saranno sviluppate nel prosieguo dell’articolo.

Una deroga al principio generale in base al quale qualsiasi modifica o variante al contratto in corso di esecuzione deve essere sempre autorizzata dal RUP è rappresentata proprio dalle “modifiche di dettaglio”, previste dall’art. 8, comma 7 del d.m. n. 49/2018, secondo cui le stesse modifiche **vanno solo comunicate preventivamente al RUP**.

Sul punto si segnala che le “modifiche” dei contratti in corso di validità cui fa riferimento il citato art. 106 del codice, non si riferiscono alle “modifiche di dettaglio” (che, come sopra accennato, sono regolamentate dall’art. 8 del d.m. n. 49/2018) in commento, bensì alle

modifiche previste dal comma 1, lett. a) del predetto art. 106 del codice dei contratti⁴.

Nel prosieguo dell'articolo saranno analizzate nel dettaglio le modalità di autorizzazione ed approvazione di tali particolari fattispecie di modifiche dei contratti.

2. Natura, modalità di approvazione e condizioni per il ricorso alle modifiche di dettaglio

Prima di analizzare la natura delle modifiche di dettaglio, si evidenzia preliminarmente che l'istituto in commento a seguito dell'entrata in vigore del d.m. n. 49/2018 ha subito notevoli innovazioni rispetto a quanto previsto dalla previgente normativa (art. 132, comma 3 del d.lgs. n. 163/2006); al fine di facilitare le novità intervenute si ritiene utile mettere a confronto le due norme.

D.lgs. n. 163/2006	D.m. n. 49/2018
<i>"Non sono considerati varianti ai sensi del comma 1 gli interventi disposti dal direttore dei lavori per risolvere aspetti di dettaglio, che siano contenuti entro un importo non superiore al 10 per cento per i lavori di bonifica e messa in sicurezza di siti contaminati, non superiore al 10 per cento per i lavori di recupero, ristrutturazione, manutenzione e restauro e al 5 per cento per tutti gli altri lavori delle categorie di lavoro dell'appalto e che non comportino un aumento dell'importo del contratto stipulato per la realizzazione dell'opera". (art. 132, comma 3, primo periodo)</i>	<i>"Il direttore dei lavori può disporre modifiche di dettaglio non comportanti aumento o diminuzione dell'importo contrattuale, comunicandole preventivamente al RUP". (art. 8, comma 7)</i>

(4) L'art. 106, comma 1, lett. a) del Codice prevede: "se le modifiche, a prescindere dal loro valore monetario, sono state previste nei documenti di gara iniziali in clausole chiare, precise e inequivocabili, che possono comprendere clausole di revisione dei prezzi. Tali clausole fissano la portata e la natura di eventuali modifiche nonché le condizioni alle quali esse possono essere impiegate, facendo riferimento alle variazioni dei prezzi e dei costi standard, ove definiti. Esse non apportano modifiche che avrebbero l'effetto di alterare la natura generale del contratto o dell'accordo quadro. Per i contratti relativi ai lavori, le variazioni di prezzo in aumento o in diminuzione possono essere valutate, sulla base dei prezzi di cui all'art. 23, comma 7, solo per l'eccedenza rispetto al dieci per cento rispetto al prezzo originario e comunque in misura pari alla metà. (...)".

Dal confronto fra le due norme emerge che nell'attuale normativa rispetto a quella previgente:

- scompare ogni riferimento ai limiti percentuali (5% o 10%, a seconda dei casi) delle categorie di lavoro dell'appalto;
- viene introdotta la condizione che le modifiche di dettaglio, oltre a confermare il divieto all'aumento dell'importo contrattuale, devono avvenire anche senza diminuzione dello stesso importo contrattuale.
- le modifiche di dettaglio vanno comunicate preventivamente al RUP.

Nel seguito si analizzano separatamente le modifiche intervenute.

2.1. Limiti percentuali massimi imposti dalla previgente normativa

Nell'attuale norma sono stati **eliminati i limiti massimi del 5% o 10%** (in funzione della natura dei lavori) **dell'importo delle categorie di lavoro** dell'appalto previsti dalla previgente normativa, che risultavano oggetto delle modifiche di dettaglio.

Tale modifica, oltre a rappresentare una importante semplificazione ha consentito anche il superamento delle criticità sul piano applicativo che gli stessi limiti rappresentavano.

Infatti il limite imposto del 5% (o 10%, nei casi previsti) dell'importo oggetto delle modifiche di dettaglio, nell'ambito dell'importo contrattualizzato, risultava ancorato alle categorie di lavoro dell'appalto in esecuzione; in particolare le variazioni **contenute nella misura del 5% (o 10% per i lavori di recupero, ristrutturazione, manutenzione e restauro)** doveva avvenire **per singolo gruppo di lavorazione variato** e ciò comportava sul piano applicativo non poche criticità; il tutto per le seguenti motivazioni.

È noto che il progetto esecutivo dell'opera deve indicare i "gruppi di lavorazioni omogenee" (esempio, scavi, strutture, impianti, ecc.) con i relativi importi (art. 42, comma 2, del d.P.R. 207/2010) e in base alla previgente normativa, qualora in fase di esecuzione del contratto si rendeva necessario apportare alcune modifiche di dettaglio al progetto esecutivo, le quantità ed i relativi importi di due o più "**gruppi di lavorazioni omogenee**" doveva avvenire nel rispetto delle seguenti regole:

- per ciascun gruppo di lavorazione omogenea la

modifica, in aumento o in diminuzione, doveva essere contenuta nel limite massimo del 5% (o 10%) dell'importo della stessa lavorazione omogenea;

- all'aumento dell'importo di uno o più gruppi di lavorazioni omogenee doveva corrispondere una diminuzione di una o più categorie di lavorazioni omogenee, senza comportare alcun aumento dell'importo contrattualizzato.

La criticità era rappresentata proprio dal limite imposto in aumento o diminuzione del 5% ad un determinato gruppo di lavorazioni, soprattutto se l'incidenza percentuale della stessa categoria risultava di entità percentuale modesta; in tali casi la modifica, anziché di dettaglio risultava addirittura insignificante e pertanto di fatto non applicabile.

Pertanto l'eliminazione nell'attuale normativa del limite percentuale dell'importo per le singole categorie di lavorazioni omogenee, sempre a parità di importo contrattualizzato, rappresenta una significativa semplificazione sul piano applicativo, anche se espone lo stesso direttore dei lavori al rischio di apportare modifiche che il RUP potrebbe ritenere non classificabili fra quelle di "dettaglio".

2.2. Importo di contratto e obbligo di comunicazione preventiva

Come sopra accennato, nell'attuale normativa, il riferimento alle modifiche di dettaglio non è più legato alle categorie di lavoro ma unicamente all'importo di contratto, con l'introduzione della ulteriore condizione che le stesse modifiche di dettaglio non devono comportare nel loro complesso (oltre l'aumento) una diminuzione dell'importo contrattuale.

Inoltre, la previgente normativa, purché ricorrevano le condizioni previste dalla stessa normativa, attribuiva la competenza a disporre tale tipo di modifiche al direttore dei lavori, senza necessità di alcuna comunicazione al RUP, né di rilascio di autorizzazione da parte dello stesso RUP; nell'attuale normativa è stato introdotto, prima di autorizzare l'esecutore ad eseguire materialmente i lavori, l'obbligo da parte del direttore dei lavori della **preventiva comunicazione al responsabile del procedimento**.

Tuttavia la stessa norma non stabilisce né la tempistica per la previa comunicazione al RUP da parte del direttore dei lavori, né quella per l'eventuale intervento dello

stesso RUP per inibire l'esecuzione delle modifiche, così come ipotizzate dallo stesso direttore dei lavori.

Tale vuoto normativo potrebbe essere colmato **inserendo apposita clausola nel capitolato speciale di appalto per stabilire la tempistica** sia per la comunicazione da parte del d.l. al RUP e sia quella per l'eventuale intervento del RUP.

2.3. Importo contrattuale e natura delle modifiche di dettaglio

Con riferimento all'importo contrattuale, come sopra accennato le modifiche di dettaglio consentite dalla norma (art. 8, comma 7 del d.m. n. 49/2018) **non devono comportare aumento o diminuzione dello stesso importo**; ovviamente la condizione di non diminuire l'importo di contratto è a garanzia dell'esecutore dei lavori.

Ciò comporta che a seguito della variazione in aumento delle quantità di uno o più gruppi di lavorazioni previsti in progetto (cui corrisponde un aumento dell'importo delle lavorazioni) deve corrispondere la riduzione delle quantità di uno o più gruppi di lavorazioni diversi da quelli già variati in aumento e comunque previsti in progetto, **i cui costi si devono compensare perfettamente gli importi in aumento**, e, pertanto senza comportare nel complesso un aumento o una diminuzione dell'importo di contratto.

Con riferimento invece alla natura delle lavorazioni che possono essere oggetto di modifiche, le stesse **non possono riguardare lavorazioni non previste in progetto** in quanto, indipendentemente dall'entità delle stesse modifiche, **costituiscono lavorazioni ed opere non contrattualizzate**.

Relativamente alla natura delle modifiche, le stesse devono riguardare "aspetti di dettaglio" dell'opera e, pertanto, deve trattarsi di modifiche di lavorazioni di scarso rilievo tecnico, tali da non incidere in maniera significativa né sull'oggetto né sulla sostanza dell'impostazione progettuale oggetto dell'appalto.

Non esistono né norme di riferimento né criteri generali per stabilire cosa si intende per "modifiche di dettaglio" in quanto trattasi di apprezzamento tecnico che il direttore lavori deve effettuare con cautela (attesa l'eliminazione dei limiti percentuali) per singolo appalto, tenendo in debito conto di tutte le circostanze concrete di ogni singolo caso.

In ogni caso **deve trattarsi di modifiche che non devono alterare in maniera sostanziale il progetto**, anche se le sostituzioni e/o compensazioni fra una o più categorie di lavoro non comportano nel complesso aumento o diminuzione dell'importo di contratto.

Nell'attuale normativa, le "modifiche sostanziali" di un contratto di appalto sono regolamentate dal comma 4 dell'art. 106 del codice dei contratti pubblici, in base al quale: *"Una modifica di un contratto (...) durante il periodo della sua efficacia è considerata sostanziale ai sensi del comma 1, lettera e), quando altera considerevolmente gli elementi essenziali del contratto originariamente pattuiti. In ogni caso, fatti salvi i commi 1 e 2, una modifica è considerata sostanziale se una o più delle seguenti condizioni sono soddisfatte: a) la modifica introduce condizioni che, se fossero state contenute nella procedura d'appalto iniziale, avrebbero consentito l'ammissione di candidati diversi da quelli inizialmente selezionati o l'accettazione di un'offerta diversa da quella inizialmente accettata, oppure avrebbero attirato ulteriori partecipanti alla procedura di aggiudicazione; b) la modifica cambia l'equilibrio economico del contratto o dell'accordo quadro a favore dell'aggiudicatario in modo non previsto nel contratto iniziale; c) la modifica estende notevolmente l'ambito di applicazione del contratto; d) se un nuovo contraente sostituisce quello cui l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore aveva inizialmente aggiudicato l'appalto in casi diversi da quelli previsti al comma 1, lettera d)"*⁵.

In base a quanto sopra rappresentato, il direttore dei lavori prima di ordinare la materiale esecuzione delle opere all'appaltatore, è tenuto a valutare attentamente la natura delle modifiche stesse; il tutto tenendo presente che, ove le modificazioni disposte autonomamente

dallo stesso direttore dei lavori, non siano considerate, come "aspetti di dettaglio" dal responsabile del procedimento o dal collaudatore, si potrebbero determinare responsabilità a carico dello stesso direttore dei lavori; **da qui la necessità, prima di ordinare all'esecutore la materiale esecuzione delle opere oggetto delle modifiche, di acquisire da parte dello stesso direttore dei lavori, preventivamente l'assenso da parte del RUP dell'intervento.**

2.4. Modifiche di dettaglio e spesa autorizzata

Con riferimento alla spesa autorizzata dalla stazione appaltante per l'esecuzione dell'opera pubblica, si identificano due distinte procedure:

- a) per le **modifiche che comportano un aumento della spesa ed il cui importo in aumento non rientra nella spesa del quadro economico**, il RUP autorizza il direttore dei lavori alla redazione della variante che deve essere **approvata dalla stazione appaltante**; ciò in base a quanto previsto dall'art. 8, comma 6, del d.m. n. 49/2018, che prevede: *"Qualora dai calcoli effettuati ai sensi del comma 5⁶ risultino maggiori spese rispetto alle somme previste nel quadro economico, i prezzi prima di essere ammessi nella contabilità dei lavori sono approvati dalla stazione appaltante, su proposta del RUP. Se l'esecutore non accetta i nuovi prezzi così determinati e approvati, la stazione appaltante può ingiungergli l'esecuzione delle lavorazioni o la somministrazione dei materiali sulla base di detti prezzi, comunque ammessi nella contabilità; ove l'esecutore non iscriva riserva negli atti contabili, i prezzi si intendono definitivamente accettati"*.
- b) per le varianti di dettaglio **che non comportano aumento o diminuzione dell'importo contrattuale sono disposte direttamente dal direttore dei lavori**

(5) Il comma 1 lett. d) dell'art. 106 del codice prevede: *"d) se un nuovo contraente sostituisce quello a cui la stazione appaltante aveva inizialmente aggiudicato l'appalto a causa di una delle seguenti circostanze: 1) una clausola di revisione inequivocabile in conformità alle disposizioni di cui alla lettera a); 2) all'aggiudicatario iniziale succede, per causa di morte o a seguito di ristrutturazioni societarie, comprese rilevazioni, fusioni, scissioni, acquisizione o insolvenza, un altro operatore economico che soddisfi i criteri di selezione qualitativa stabiliti inizialmente, purché ciò non implichi altre modifiche sostanziali al contratto e non sia finalizzato ad eludere l'applicazione del presente codice; 3) nel caso in cui l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore si assuma gli obblighi del contraente principale nei confronti dei suoi subappaltatori"*.

(6) Il comma 5 del d.m. n. 49/2018, prevede: *"Le variazioni sono valutate in base ai prezzi di contratto, ma se comportano categorie di lavorazioni non previste o si debbano impiegare materiali per i quali non risulta fissato il prezzo contrattuale si provvede alla formazione di nuovi prezzi. I nuovi prezzi delle lavorazioni o materiali sono valutati: a) desumendoli dai prezzi di cui all'art. 23, comma 16 del codice, ove esistenti; b) ricavandoli totalmente o parzialmente da nuove analisi effettuate avendo a riferimento i prezzi elementari di mano d'opera, materiali, noli e trasporti alla data di formulazione dell'offerta, attraverso un contraddittorio tra il direttore dei lavori e l'esecutore, e approvati dal RUP"*.

ri e comunicate preventivamente al RUP.

Ciò in base a quanto previsto dal citato art. 8, comma 7 del d.m. n. 49/2018, che prevede: **“Il direttore dei lavori può disporre modifiche di dettaglio non comportanti aumento o diminuzione dell’importo contrattuale, comunicandole preventivamente al RUP”**.

Relativamente alla norme appena riportate, si segnala che relativamente alle:

- varianti in corso d’opera, il comma 6 dell’art. 8 del d.m. n. 49/2018, fa riferimento alle **“maggiori spese rispetto alle somme previste nel quadro economico”**;
- cosiddette “varianti non varianti”, il comma 7 dello stesso art. 8 del citato d.m. fa invece riferimento alle modifiche di dettaglio non comportanti **aumento o diminuzione dell’importo contrattuale**.

Pertanto, le varianti in corso d’opera non vanno approvate dalla stazione appaltante se l’importo della stessa variante, pur aumentando l’importo di contratto, rientra nelle somme autorizzate dalla stessa stazione appaltante così come previste dal quadro economico dell’intervento.

Inoltre, sempre con riferimento alle modifiche di dettaglio e quindi non comportanti aumento o diminuzione dell’importo contrattuale, spesso vi è la necessità da parte del direttore dei lavori, **di introdurre nuove lavorazioni, anche se di piccola entità, i cui prezzi unitari non risultano contrattualizzati**.

Tale ipotesi non è disciplinata dalle norme sopra riportate; tuttavia un riferimento per tale fattispecie di modifica è previsto al paragrafo 6 (Compiti del RUP per i lavori nella fase di esecuzione), lett. l), delle Linee guida ANAC n. 3 sul RUP, in base al quale il RUP: **“approva i prezzi relativi a nuove lavorazioni originariamente non previste, determinati in contraddittorio tra il Direttore dei lavori e l’impresa affidataria, rimettendo alla valutazione della stazione appaltante le variazioni di prezzo che comportino maggiori spese rispetto alle somme previste nel quadro economico”**.

Ne discende che qualora si debba ricorrere alla formazione di nuovi prezzi non previsti in contratto, **anche per le modifiche di dettaglio e pertanto non comportanti aumenti o diminuzione dell’importo contrattuale**, il RUP deve approvare i predetti nuovi prezzi unitari secondo la procedura di approvazione prevista per le varianti in corso d’opera, in particolare per le varianti che non comportano variazioni della spesa autorizzata dalla stazione appaltante.

Da quanto sopra riportato, relativamente alle somme autorizzate dai quadri economici di ciascun intervento o dai rispettivi importi di contratto, si possono individuare quattro distinte procedure, come di seguito sintetizzate:

- 1) le varianti in corso d’opera che comportano **un aumento dell’importo contrattuale, comunque ricompreso nella spesa autorizzata del quadro economico di progetto (comprese nelle “somme a disposizione” del quadro economico)**, il RUP può autorizzare il direttore dei lavori alla redazione della variante e successivamente proporre l’approvazione della stessa al competente dirigente, se soggetto diverso dallo stesso RUP, senza ricorrere all’organo esecutivo **della stessa stazione appaltante**;
- 2) le varianti in corso d’opera che comportano **un aumento dell’importo contrattuale, non ricompreso nella spesa autorizzata del quadro economico di progetto**, il RUP può autorizzare il direttore dei lavori alla redazione della variante e successivamente proporre l’approvazione della stessa al competente organo decisionale **della stazione appaltante**;
- 3) le “modifiche di dettaglio” che non comportano aumento o diminuzione dell’importo contrattuale e non sono previste nuove lavorazioni e pertanto non è necessaria la formazione di nuovi prezzi unitari, il direttore dei lavori può disporre all’appaltatore l’esecuzione di dette modifiche di dettaglio, comunicandole preventivamente al RUP”;
- 4) le “modifiche di dettaglio” che non comportano aumento o diminuzione dell’importo contrattuale per le quali sono previste nuove lavorazioni e pertanto è necessaria la formazione di nuovi prezzi unitari, sono assoggettate alla procedura di cui al precedente punto 1); in particolare il RUP dovrà autorizzare la redazione della variante in corso d’opera al direttore dei lavori e successivamente **proporre l’approvazione della stessa al competente dirigente**, se soggetto diverso dallo stesso RUP, senza ricorrere all’approvazione dell’organo esecutivo della stessa stazione appaltante.

2.5. Modifiche di dettaglio per i beni tutelati

Una particolare disciplina è prevista per le “modifiche di dettaglio” relative agli interventi sui beni tutelati⁷,

(7) Per l’elenco completo dei beni culturali il riferimento normativo è l’art. 10 del d.lgs. 42/2004.

la cui norma di riferimento è l'art. 149, comma 1, del codice dei contratti pubblici.

Tale norma, a differenza di quanto per gli interventi su beni non vincolati, sostanzialmente è rimasta invariata rispetto a quanto previsto dalla previgente norma (art. 205, comma 2, del d.lgs. n. 163/2006).

In particolare il comma 1 del predetto art. 149 del codice prevede che **non sono considerate varianti in corso d'opera gli interventi disposti dal direttore dei lavori nel rispetto delle seguenti condizioni:**

- realizzati per risolvere aspetti di dettaglio, finalizzati a prevenire e ridurre i pericoli di danneggiamento o deterioramento dei beni tutelati;
- la natura delle modifiche non modificano qualitativamente l'opera;
- le modifiche non comportano una variazione in aumento o in diminuzione superiore al venti per cento del valore di ogni singola categoria di lavorazione;
- il valore complessivo delle modifiche apportate deve essere contenuto nel limite del dieci per cento dell'importo complessivo del contratto;
- l'importo in aumento deve trovare disponibilità finanziaria nel quadro economico dell'intervento, tra le somme a disposizione della stazione appaltante;

Pertanto solo in presenza di tutte le condizioni di cui sopra gli interventi effettuati su beni vincolati, sono classificate "modifiche di dettaglio", mentre al di fuori delle predette ipotesi gli interventi stessi sono classificati varianti in corso d'opera, e per essi si applica il comma 2 del predetto art. 149 del codice.

3. Modalità di esecuzione e modifiche introdotte dall'esecutore e dal direttore dei lavori in assenza di autorizzazione

3.1. Modalità di esecuzione delle modifiche di dettaglio

Con riferimento alle modalità di esecuzione delle "modifiche di dettaglio", il direttore dei lavori per superare le criticità sopra evidenziate, successivamente alla comunicazione al RUP delle lavorazioni previste, e prima di ordinare all'appaltatore la materiale esecuzione delle stesse modifiche, dispone di due possibili opzioni:

- premunirsi dell'atto di assenso del RUP relativamente alle lavorazioni da far eseguire all'appaltatore previste in compensazione, ossia di due o più

lavorazioni oggetto delle modifiche di dettaglio e soggette ad aumento, diminuzione oppure eliminazione; il tutto con esclusione di introduzione di nuove lavorazioni, che come sopra analizzato, non rientrano nelle modifiche di dettaglio;

oppure, in alternativa,

- far spirare (se previsto) il termine fissato dal capitolato speciale di appalto, entro il quale il RUP stesso può opporsi all'esecuzione delle modifiche previste dal DL, ritenendo, ad esempio, non ricorrere i presupposti per qualificare le modifiche previste fra quelle di "dettaglio".

Inoltre, trattandosi di lavorazioni che potrebbero essere eseguite in sostituzione e/o compensazione (il tutto senza comportare alcun aumento o diminuzione dell'importo contrattuale), lo stesso direttore dei lavori dovrà prestare particolare attenzione nel rendere "tracciabili" tali lavorazioni di dettaglio, quali, per esempio, mediante analitica disposizione di servizio notificata all'esecutore dei lavori e controfirmata dallo stesso ed esplicitata con precisione negli atti contabili; il tutto al fine di evitare contestazioni da parte, ad esempio, del collaudatore in fase di collaudo finale oppure da parte del RUP a seguito di ispezione in cantiere per verificare la conformità delle opere realizzate rispetto al progetto esecutivo ed al contratto, soprattutto se tali modifiche di dettaglio non risultino evidenti.

La necessità da parte del direttore dei lavori di rendere tracciabili le modifiche di dettaglio fatte eseguire dall'esecutore, è ancora più avvertita nel caso di "appalti a corpo"⁸, in quanto in tale tipologia di appalto, come noto, il corrispettivo non è determinato applicando alle singole tipologie di lavorazione eseguita dall'impresa i prezzi unitari dedotti in contratto (cosa che avviene negli appalti "a misura"), bensì determinato in ragione delle rispettive percentuali di avanzamento delle distinte "partite o sotto-partite contabili" contrattualizzate⁹;

(8) Per le prestazioni a corpo, il prezzo convenuto non può essere modificato sulla base della verifica della quantità o della qualità della prestazione; per le prestazioni a misura, il prezzo convenuto può variare, in aumento o in diminuzione, secondo la quantità effettiva della prestazione. Per l'esecuzione di prestazioni a misura, il capitolato fissa i prezzi invariabili per unità di misura e per ogni tipologia di prestazione.

(9) Nell'appalto "a corpo", il relativo prezzo è tendenzialmente fisso ed invariabile, con conseguente allargamento

pertanto le modifiche di dettaglio eseguite per appalti contabilizzati a corpo non risultano immediatamente tracciabili negli atti contabili, come avviene negli appalti a misura; **da ciò discende la necessità di approntare una apposita contabilità tale da rendere tracciabile tali lavorazioni.**

In particolare, per quanto concerne le modalità di contabilizzazione delle opere a corpo, si ritiene utile riportare quanto previsto dall'art. 14 (documenti contabili), comma 1, lett. b) del d.m. 49/2018, relativamente al contenuto e modalità di compilazione del libretto di misura e contabilizzazione delle lavorazioni e delle provviste: *“(...). In caso di lavori a corpo, le lavorazioni sono annotate su un apposito libretto delle misure, sul quale, in occasione di ogni stato d'avanzamento e per ogni categoria di lavorazione in cui risultano suddivisi, il direttore dei lavori registra la quota percentuale dell'aliquota relativa alla voce disaggregata della stessa categoria, rilevabile dal contratto, che è stata eseguita. Le progressive quote percentuali delle voci disaggregate eseguite delle varie categorie di lavorazioni sono desunte da valutazioni autonomamente effettuate dal direttore dei lavori, il quale può controllarne l'ordine di grandezza attraverso un riscontro nel computo metrico estimativo dal quale le aliquote sono state dedotte”.*

Relativamente alla natura dei documenti contabili ove riportare le modifiche di dettaglio ordinate dal direttore dei lavori ed eseguite dall'appaltatore, si ritiene ancora attuale la deliberazione adottata dalla soppressa AVCP¹⁰ con la

del rischio accollato all'appaltatore per l'imprevedibilità delle condizioni di maggiore difficoltà nell'esecuzione delle opere, salve le sole situazioni che finiscono per incidere sulla natura stessa della prestazione e salvi i lavori aggiuntivi eseguiti su richiesta del committente o per effetto di varianti”. (Ord. Corte Cassazione civile 28/02/2018, n. 4718).

(10) Deliberazione AVCP n. 101 del 9.4.2002 – legge 109/1994, articoli 25, 31-bis – Codici 25.1, 25.2, 31/bis.2 – *“Il giornale dei lavori non costituisce atto con valore probatorio in considerazione della sua natura di documento interno tenuto senza contraddittorio con l'impresa. La scelta di inserire parte dei lavori di variante, che rientra nei casi di cui all'art. 25, comma 3, della legge 11 febbraio 1994, n.109 e s.m., (modifiche di dettaglio) all'interno della perizia, deve ritenersi ammissibile purché non produca maggiori oneri per l'amministrazione, anche per quanto riguarda l'entità dell'onorario dovuto per la compilazione della perizia stessa. La condizione fissata dalla legge quadro per potere ricorrere all'accordo bonario è che le controversie debbano riguardare la fase di esecuzione dei lavori con la conseguenza che tale fattispecie viene usata*

quale, pur riconoscendo che il giornale dei lavori non costituisce atto con valore probatorio in quanto documento interno tenuto dal direttore dei lavori senza contraddittorio con l'impresa, è da ritenersi documento contabile idoneo per le annotazioni di tali tipologie di lavorazione, “purché non produca maggiori oneri per l'amministrazione, anche per quanto riguarda l'entità dell'onorario dovuto per la compilazione della perizia stessa”.

3.2 Modifiche introdotte dall'esecutore e dal direttore dei lavori in assenza di autorizzazione

È noto che l'esecutore dei lavori durante il periodo di efficacia del contratto di appalto non può introdurre di sua iniziativa variazioni o addizioni al progetto approvato, in quanto l'interesse pubblico da perseguire con la realizzazione dell'opera appaltata, è che la stessa venga eseguita conformemente al progetto approvato ed entro i limiti di spesa autorizzata dall'organo esecutivo della stazione appaltante.

Tale obbligo opera nei confronti dell'esecutore dei lavori anche per le “modifiche di dettaglio”, nonostante la realizzazione delle stesse non comporti aumento dell'importo di contratto; ciò in base a quanto previsto dall'art. 8, comma 3 del d.m. n. 49/2018, che **individua nel direttore dei lavori l'unico soggetto deputato a disporre le modifiche delle lavorazioni all'esecutore dei lavori**; infatti la norma appena richiamata dispone: *“In caso di modifiche al progetto non disposte dal direttore dei lavori, quest'ultimo fornisce all'esecutore le disposizioni per la rimessa in pristino con spese a carico dell'esecutore stesso”.*

L'esecutore dei lavori è quindi obbligato al rispetto dei vincoli contrattuali e pertanto gli è preclusa ogni iniziativa unilaterale che possa modificare le lavorazioni contrattualizzate.

Sul punto si segnala tuttavia che la giurisprudenza¹¹, entro determinati limiti ed al verificarsi di partico-

impropriamente ove si cerchi di estenderne il contenuto ad opere non previste dal contratto”.

(11) Ordinanza Corte di Cassazione civile 31 dicembre 2020, n. 29988. Nella specie, la Suprema Corte ha confermato la decisione di merito che aveva negato l'ulteriore compenso richiesto per lavori aggiuntivi, iscritti tardivamente tra le riserve, in relazione ai quali mancava un ordine scritto del direttore dei lavori nonché l'approvazione dell'amministrazione committente –

lari condizioni, ha ritenuto che *“i lavori addizionali effettuati dall'appaltatore extra-contratto e non previamente autorizzati (per i quali egli non ha, di regola, diritto ad alcun aumento di prezzo), possono, eccezionalmente, dar luogo a compenso alla quadruplica condizione che tali lavori formino oggetto di tempestiva riserva, siano qualificati come indispensabili in sede di collaudo, siano riconosciuti come tale anche dall'amministrazione committente e comportino un costo che, addizionato a quello dei lavori commissi in contratto, rientri, comunque, entro i limiti delle spese approvate”*.

Fatti salvi alcuni casi particolari (interventi volti ad evitare danni gravi a persone o cose o a beni soggetti alla legislazione in materia di beni culturali e ambientali o comunque di proprietà delle stazioni appaltanti, interventi di somma urgenza, ect.), **l'obbligo di non far eseguire dall'esecutore lavorazioni** non previste in progetto in mancanza di apposita autorizzazione da parte dell'amministrazione committente **vige anche nei confronti del direttore dei lavori**; infatti, come noto, il direttore dei lavori svolge un ruolo di controllo dell'intervento in corso di esecuzione, con l'obbligo di svolgere tale incarico con il massimo della diligenza e competenza.

In particolare, il direttore dei lavori è chiamato ad esercitare in piena autonomia una funzione di controllo (tecnico, contabile ed amministrativo) e verifica per conto dell'amministrazione committente, dell'opera da realizzare da parte dell'esecutore in conformità al progetto esecutivo approvato ed al contratto stipulato; il tutto in base alle seguenti norme:

- art. 2, comma 2, del d.m. 49/2018, secondo il quale *“Fermo restando il rispetto delle disposizioni di servizio impartite dal RUP, il direttore dei lavori opera in autonomia in ordine al controllo tecnico, contabile e amministrativo dell'esecuzione dell'intervento”*;
- art. 101, comma 3 del d.lgs. n. 50/2016, in base al quale: *“Il direttore dei lavori, con l'ufficio di direzione lavori, ove costituito, è preposto al controllo tecnico, contabile e amministrativo dell'esecuzione dell'intervento affinché i lavori siano eseguiti a regola d'arte e in **conformità al progetto e al contratto.** (...)”*.

Per quanto concerne il **divieto di introdurre modifiche al progetto esecutivo ed al contratto di appalto da parte del direttore dei lavori in assenza della preventiva approvazione da parte del committente** e delle conseguenti responsabilità, lo stesso deriva da quanto previsto dal comma 2, secondo periodo dell'art. 8 (Modifiche, variazioni e varianti contrattuali) del d.m. n. 49/2018, secondo il quale: (...). **“Il direttore dei lavori risponde delle conseguenze derivanti dall'aver ordinato o lasciato eseguire modifiche o addizioni al progetto, senza averne ottenuto regolare autorizzazione, sempre che non derivino da interventi volti ad evitare danni gravi a persone o cose o a beni soggetti alla legislazione in materia di beni culturali e ambientali o comunque di proprietà delle stazioni appaltanti”**.

Pertanto, il direttore lavori, nei limiti delle proprie attribuzioni, è **responsabile dei danni causati alla stazione appaltante derivanti dalla inosservanza delle procedure previste per l'approvazione di varianti, nonché da responsabilità derivanti da imperizia** (circostanze e/o fatti derivanti da disposizioni tecniche impartite dallo stesso all'esecutore dei lavori siano derivati danni alla stazione appaltante, all'appaltatore o a persone e cose) **o da negligenza** (ad esempio per omissione di controlli di rito in cantiere, o per aver ordinato all'esecutore o lasciato eseguire opere in difformità dal progetto approvato, oppure nei casi in cui lo stesso d.l. abbia emesso atti contabili imprecisi, non conformi a quanto eseguito o in ritardo) nell'espletamento del proprio incarico. Tale responsabilità, a parere di chi scrive, potrebbe essere applicabile anche al caso di esecuzione delle modifiche di dettaglio ordinate dal direttore dei lavori o lasciate eseguire dallo stesso d.l. all'esecutore, nelle seguenti ipotesi:

- assenza della preventiva comunicazione al RUP;
- comunicazione al RUP, ma in assenza dell'acquisizione preventiva dello stesso circa la configurabilità delle opere di dettaglio;
- natura delle opere realizzate non ritenute dal RUP rientranti tra le “modifiche di dettaglio”.

Elementi costitutivi dell'offerta e oneri di sicurezza nel dialogo tra le corti

di Francesco Nicotra

“ Nel dialogo tra le Corti si discute sulla legittimità dell'automatismo espulsivo dell'offerta che non abbia rispettato i requisiti in materia di oneri di sicurezza e sull'operatività dell'istituto del soccorso istruttorio in materia, tra tutela del *favor participationis* e regole della concorrenza. ”

1. Il procedimento di evidenza pubblica in materia di contratti della p.a.

L'azione della pubblica amministrazione può esplicarsi tanto nelle forme del diritto pubblico, quanto in quelle proprie del diritto privato¹.

Nell'ambito dell'attività di diritto comune della p.a. assume particolare rilevanza l'attività contrattuale dello Stato e degli altri enti pubblici, attività che, pur se costituisce manifestazione della capacità di diritto privato della p.a., è, tuttavia, di massima regolata, oltretutto dal diritto privato, da norme dell'ordinamento giuspubblicistico.

Il riconoscimento dell'autonomia negoziale della p.a., incontra i limiti derivanti dalla soggettività pubblica della stessa e, dunque, l'attività contrattuale dell'amministrazione soggiace, non solo, come nel caso di ogni altro soggetto di diritto, al vaglio della meritevolezza degli interessi *ex art.* 1322 c.c., ma a un vincolo di "funzionalizzazione"², nel senso che la p.a. pur se dotata di

potere discrezionale non è libera nella scelta dei fini da perseguire, ma vincolata sempre al perseguimento dell'interesse pubblico³.

L'utilizzo da parte della pubblica amministrazione degli strumenti tipici del diritto privato, tra i quali i contratti, ha avuto come conseguenza diretta, nel nostro ordinamento, quella della c.d. privatizzazione del diritto delle amministrazioni pubbliche, ossia del passaggio dal regime tradizionale del provvedimento amministrativo al regime contrattuale, con l'estensione dei moduli contrattual-privatistici all'intero agire amministrativo⁴. La possibilità riconosciuta alla p.a. di esplicitare la propria attività amministrativa, scegliendo, alternativamente, tra il provvedimento amministrativo ed il contratto, comporta, sempre nell'ottica del perseguimento dei fini pubblici e nel rispetto dei principi fissati dall'art.

(1) L'ordinamento riconosce allo Stato e agli enti pubblici una capacità giuridica generale di diritto privato, ferme restando alcune limitazioni legali o statutarie alla possibilità di porre in essere determinati negozi.

(2) Cfr. V. VITI, *Di necessità, virtù: esigenze pubbliche e contratti atipici della pubblica amministrazione*, su *ItaliAppalti*, 16 maggio 2017.

(3) In proposito, viene in rilievo il principio di legalità. In materia, si veda: F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, 2022, Roma, p. 1021 ss.; M. CORRADINO, *Manuale di diritto amministrativo*, Bari, 2022, p. 179 ss.; G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2022, p. 561 ss.; A. ROMANO, *Diritto amministrativo*, Torino, 2022; R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Bari, 2021, p. 561 ss.; M. SANTISE, *Coordinate ermeneutiche di diritto amministrativo*, Torino, 2021, p. 3 ss.; F.G. SCOCA, *Diritto amministrativo*, Torino, 2021, p. 197.

(4) Cfr. G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003.

97 Cost., conseguenze diverse in ordine al rapporto p.a.-cittadino, soprattutto con riferimento al regime che caratterizza i relativi atti.

L'attività negoziale della p.a., intesa come l'insieme di atti e comportamenti preordinati, direttamente o indirettamente, al perseguimento di un fine pubblico⁵, è espressione dell'autonomia privata della stessa che trova il proprio fondamento nella libertà di iniziativa garantita, costituzionalmente⁶ e legislativamente, a tutte le persone giuridiche, e, dunque, anche agli enti pubblici titolari sia di poteri autoritativi che della capacità di agire in base alle regole del diritto comune⁷.

D'altra parte, a differenza del passato, in cui l'amministrazione pubblica aveva il dovere di agire attraverso i propri poteri di imperio ponendo in essere atti unilaterali, oggi è pacifico che la stessa possa realizzare un fine pubblico anche mediante l'attività contrattuale ordinaria⁸.

Negli anni recenti, l'ordinamento amministrativo, recependo le moderne tendenze di privatizzazione, ha dato notevole impulso ai contratti della p.a. considerando l'attività negoziale uno strumento di carattere generale⁹, dotato di pari dignità rispetto a quello provvedimentale, e incentivandola espressamente all'art. 1, comma 1 bis, della l. n. 241/1990 (introdotto dalla l. n. 15/2005) che recita: "la pubblica amministrazione, nell'adozione di

atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato, salvo che la legge disponga diversamente"¹⁰.

Alla luce delle considerazioni su richiamate, la p.a., anche quando agisce *iure privatorum*, accingendosi a stipulare un contratto di diritto privato, non è mai completamente libera di formare la propria volontà, ma deve porre in essere una procedura che dia "evidenza"¹¹ dell'interesse pubblico sotteso alla scelta negoziale operata, nel rispetto dei tradizionali principi di imparzialità¹², buon andamento¹³ e trasparenza¹⁴ dell'azione amministrativa.

Pertanto, anche nell'attività negoziale di diritto privato, possono distinguersi due fasi. La prima, pubblicistica, tesa alla formazione della volontà della p.a. e alla individuazione del contraente sino alla stipula del contratto, caratterizzata da una serie di atti che si sostanziano in un vero e proprio procedimento amministrativo e comunemente chiamata in dottrina "procedura di evidenza pubblica"¹⁵. La seconda, privatistica, che segue alla stipulazione del contratto e concerne l'esecuzione dello stesso secondo le norme di diritto comune, in cui

(5) In proposito, viene in rilievo il principio di legalità. In materia, cfr. F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, 2022, Roma, p. 1021 ss.; M. CORRADINO, *Manuale di diritto amministrativo*, Bari, 2022, p. 179 ss.; G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2022, p. 561 ss.; A. ROMANO, *Diritto amministrativo*, Torino, 2022; R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Bari, 2021, p. 561 ss.; M. SANTISE, *Coordinate ermeneutiche di diritto amministrativo*, Torino, 2021, p. 3 ss.; F.G. SCOCA, *Diritto amministrativo*, Torino, 2021, p. 197.

(6) Art. 97 Cost., in base al quale l'amministrazione laddove decida di ricorrere allo strumento contrattuale è tenuta, ad enucleare le ragioni di pubblico interesse che la inducono a tale scelta, indicando gli elementi alla stregua dei quali ritiene che il contratto sia lo strumento nel concreto più funzionale rispetto a quello provvedimentale.

(7) Cfr. F. CARINGELLA, M. GIUSTINIANI, P. MANTINI, *I contratti pubblici. Trattato sistematico sulla contrattualistica pubblica*, Roma, 2021, p. 3 ss.

(8) R. DIPACE, *Manuale dei contratti pubblici*, Torino, 2021, p. 1 ss.

(9) Cfr. S. FANTINI, H. SIMONETTI, *Le basi del diritto dei contratti*, Milano, 2022, p. 38 ss.

(10) Cfr. M. CORRADINO, *Manuale di diritto amministrativo*, p. 512.

(11) Evidenza pubblica è un'espressione che venne utilizzata la prima volta da M.S. GIANNINI (*Diritto amministrativo*, Milano, 1988, p. 797 ss.) per indicare le procedure di gara finalizzate alla scelta di un contraente da parte della pubblica amministrazione nel rispetto delle regole pubblicistiche e delle norme di azione che sovrintendono, garantiscono e regolamentano il corretto esercizio del potere pubblico.

(12) Cfr. F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 945 ss.; R. CHIEPPA, R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2022, p. 483; M. CORRADINO, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 182 ss.; V. LOPILATO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2021, p. 27.

(13) Cfr. F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 948 ss.; R. CHIEPPA, R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 484; M. CORRADINO, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 181 ss.; V. LOPILATO, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 27.

(14) Cfr. F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 951 ss.; R. CHIEPPA, R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 484; V. LOPILATO, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 672 ss.

(15) Cfr. F. CARINGELLA, M. GIUSTINIANI, P. MANTINI, *I contratti pubblici. Trattato sistematico sulla contrattualistica pubblica*, cit. p. 491 ss. Il procedimento dell'evidenza pubblica consta di quattro fasi: la deliberazione a contrarre; la scelta del contraente; l'aggiudicazione; l'approvazione.

entrambi i contraenti, pubblico e privato, si ritrovano su un piano di sostanziale parità¹⁶.

Il procedimento di evidenza pubblica è disciplinato dal d.lgs. 50/2016 (Codice dei contratti pubblici), emanato in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, che ha sostituito la precedente normativa¹⁷.

L'equilibrio della procedura di evidenza pubblica è stato creato per conciliare le esigenze di legalità e autonomia della pubblica amministrazione nel perseguimento del pubblico interesse con le esigenze di trasparenza e libertà di accesso dei partecipanti, nonché della garanzia del corretto reperimento delle risorse sul libero mercato perseguendo economicità, efficienza ed efficacia¹⁸.

2. I criteri di selezione della miglior offerta

I criteri di selezione delle offerte rappresentano i metodi che, all'esito della gara, permettono l'individuazione dell'offerente cui aggiudicare il contratto¹⁹.

La disciplina dei criteri di scelta del contraente riveste pertanto un'importanza fondamentale nella materia degli affidamenti pubblici²⁰, avendo quale finalità principale quella di individuare, tra le varie offerte formulate dai partecipanti ad una procedura di gara, quella maggiormente rispondente alle esigenze della stazione appaltante²¹, in ossequio ai principi di trasparenza, efficienza ed economicità dell'azione amministrativa²². Con riguardo alla selezione della migliore offerta fra quelle formulate dai concorrenti, la stazione appaltante,

fatte salve le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative relative al prezzo di determinate forniture o alla remunerazione di servizi specifici, ha la facoltà di scegliere fra due distinti criteri.

In particolare, conformandosi al diritto eurounitario, con l'art. 95 del Codice vigente ha previsto due criteri di aggiudicazione: il criterio del prezzo più basso²³ e quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa (OEPV)²⁴. In linea generale, il criterio del prezzo più basso doveva ritenersi "adeguato" nel caso in cui l'oggetto del contratto non fosse caratterizzato da un particolare valore tecnologico, mentre doveva trovare applicazione quello dell'OEPV, quando le caratteristiche oggettive dell'appalto inducevano a ritenere rilevanti uno o più aspetti qualitativi (tra cui ad esempio l'impiego di manodopera specializzata).

Nella stesura del codice previgente²⁵, tali criteri venivano sostanzialmente ritenuti equivalenti, per cui la loro scelta veniva rimessa al discrezionale apprezzamento della stazione appaltante in ragione delle caratteristiche del singolo appalto.

A differenza del passato, in cui vi era una perfetta equivalenza tra i due criteri di selezione delle offerte e discrezionalità per le amministrazioni aggiudicatrici nella loro scelta, l'art. 95 del nuovo Codice, invece, sembra introdurre una netta preferenza per il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa²⁶. Il criterio del

(16) V. LOPILATO, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 1054 ss.

(17) Contenuta nel d.lgs. n. 163/2006.

(18) Cfr. Cons. Stato, sez. V, 12 ottobre 2022, n. 8726.

(19) M. CORRADINO, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 568.

(20) La disciplina di riferimento è contenuta negli articoli 95-97 ed opera una summa *divisio* tra il criterio del minor prezzo e quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa di cui si dirà più avanti.

(21) Cfr. F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2022, p. 1450 ss.; V. LOPILATO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2021, p. 1125 ss.; F.G. SCOCA, *Diritto amministrativo*, Torino, 2021, p. 382 ss.

(22) Cfr. F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 1412 ss.; M. CORRADINO, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 518 ss.

(23) Quando viene applicato questo criterio, risulta vincitore della gara il soggetto che propone il prezzo più basso. Tale criterio valorizza il profilo quantitativo, con valutazione sostanzialmente vincolante dell'amministrazione. Cfr. F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 1159 ss.; V. LOPILATO, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 1137.

(24) Quando viene utilizzato tale criterio, assumono rilievo due elementi diversi dell'offerta presentata, il prezzo e la qualità. Tale criterio valorizza il profilo qualitativo, con valutazione discrezionale dell'amministrazione. Cfr. F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 1165 ss.; V. LOPILATO, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 1137.

(25) Art. 81 del d.lgs. 163/2006.

(26) Con il nuovo art. 95, comma 2, d.lgs. 50/2016 – in accordo con le direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE – il legislatore italiano ha deciso di voler assegnare una netta preferenza al criterio di selezione basato sull'OEPV, riducendo il prezzo più basso a criterio residuale e relegandone l'applicazione a specifiche fattispecie tipizzate, dietro un rigoroso obbligo di motivazione. Così V. LOPILATO, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 1137.

prezzo più basso, infatti, può essere utilizzato esclusivamente in alcuni casi individuati dallo stesso art. 95. Nell'ottica del Legislatore del nuovo Codice, le ragioni di questa prevalenza risiedono nel fatto che il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa consentirebbe di far prevalere la componente qualitativa delle offerte (rispetto a quella puramente economica), con conseguente miglioramento della qualità dei lavori, servizi e forniture²⁷. Tale criterio, inoltre, risulterebbe potenzialmente in contrasto con fenomeni di malaffare e corruzione²⁸, oltre che di sfruttamento della manodopera.

Alla luce del quadro normativo del codice previsto dal d.lgs. n. 50/2016, il criterio del prezzo più basso risulta oggi del tutto "residuale"²⁹, individuando l'art. 95, comma 4, i casi di deroga all'obbligo dell'OEPV, ovvero quando è possibile applicare, previo obbligo motivazionale, il criterio del minor prezzo, in riferimento ai settori indicati dalla norma³⁰.

Il comma 3 dello stesso art. 95 d.lgs. n. 50/2016, elenca invece le ipotesi in cui i servizi pubblici debbono essere aggiudicati "esclusivamente" sulla base del criterio dell'OEPV, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo³¹.

(27) Cfr. F. CARINGELLA, M. GIUSTINIANI, P. MANTINI, *I contratti pubblici. Trattato sistematico sulla contrattualistica pubblica*, cit., p. 1165 ss.

(28) M. CORRADINO, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 568.

(29) La dottrina utilizza l'espressione "latitudine" applicativa del divieto di applicazione di tale criterio. Così F. CARINGELLA, M. GIUSTINIANI, P. MANTINI, *I contratti pubblici. Trattato sistematico sulla contrattualistica pubblica*, cit., p. 1161.

(30) Si tratta delle seguenti ipotesi: lavori di importo pari o inferiore a 2.000.000 di euro, quando l'affidamento dei lavori avviene con procedure ordinarie, sulla base del progetto esecutivo; i servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato; i servizi e le forniture di importo fino a 40.000 euro, nonché per i servizi e le forniture di importo pari o superiore a 40.000 euro e sino alla soglia di cui all'art. 35 solo se caratterizzati da elevata ripetitività, fatta eccezione per quelli di notevole contenuto tecnologico o che hanno un carattere innovativo.

(31) Si tratta nello specifico dei: contratti relativi ai servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, nonché più in generale ai servizi ad alta "intensità di manodopera", come definiti all'art. 50, comma 1, fatti salvi gli affidamenti ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. a); contratti relativi all'affidamento dei servizi di ingegneria e

Alla luce di quanto richiamato, dovrebbe essere esclusa a priori la possibilità d'affidare servizi "ad alta intensità di manodopera"³² con il criterio del prezzo più basso, prevalendo il comma 3. Ciò in virtù del fatto che, in presenza di divieti espressi e tassativi (come quelli contenuti nella disposizione su citata), non vi sarebbe alcun margine d'interpretazione o diversa applicazione del criterio rispetto alle caratteristiche oggettive del contratto³³.

Su tale posizione si è allineata anche l'ANAC, in un suo recente parere di precontenzioso (deliberazione 19/12/2018 n. 1183)³⁴, affermando che nei servizi (di pu-

architettura e degli altri servizi di natura tecnica e intellettuale di importo pari o superiore a 40.000 euro. Il rapporto (in termini di eventuale complementarietà d'applicazione) tra le due predette disposizioni (commi 3° e 4) è sempre stato controverso ed, in particolare, il rapporto tra le fattispecie di cui alla lett. b) del comma 4 e quelle di cui al comma 3° dell'art. 95 risulta attualmente al centro di un acceso dibattito giurisprudenziale. Secondo un primo orientamento, infatti, detto rapporto dovrebbe essere definito in termini di "genere a specie"; ciò significa che, nel caso di fattispecie potenzialmente rientranti in entrambe le categorie, troverebbe in ogni caso applicazione il criterio dell'OEPV, non potendovi esservi deroghe anche in presenza di un'espressa motivazione da parte della S.A.

(32) I servizi ad "alta intensità di manodopera", a norma dell'art. 50 del Codice dei contratti pubblici, sono quelli nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50 per cento dell'importo totale del contratto. Per tali servizi l'art. 95, comma 3 del d.lgs. 50/2016 stabilisce che siano aggiudicati esclusivamente sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo. A ribadirlo la giurisprudenza che ha precisato (cfr. Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 21 maggio 2019, n. 8) che il combinato disposto dei commi 2, 3, 4 e 5 dell'art. 95 d.lgs. n. 50/2016 deve interpretarsi nel senso che "gli appalti di servizi ad alta intensità di manodopera ai sensi degli artt. 50, comma 1, e 95, comma 3, lett. a), del codice dei contratti pubblici sono comunque aggiudicati con il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo, quand'anche gli stessi abbiano anche caratteristiche standardizzate ai sensi del comma 4, lett. b), del medesimo codice", ciò sulla base di un'interpretazione sistematica della disciplina degli appalti pubblici in coerenza con i principi e criteri direttivi previsti dalla legge delega 28 gennaio 2016, n. 11, per l'attuazione delle direttive sugli appalti pubblici del 2014, tra cui la direttiva europea 2014/24/UE del 26 febbraio 2014, in particolare in coerenza con l'art. 67 della direttiva."

(33) Ad. plen., 21 maggio 2019, n. 8; TAR Milano, sez. I, 30 aprile 2021, n. 1095.

(34) Su www.anticorruzione.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/AttiDellAutorita/_Atto?ca=7399.

lizia), in cui il costo della manodopera è pari al 50% non possono essere ammesse deroghe al criterio dell'OEPV, nel rispetto del tenore letterale dell'art. 95 comma 3³⁵. Il rapporto esistente tra i commi 3 e 4, deve pertanto considerarsi di complementarità³⁶, per cui nel caso in cui non vi sia necessità per l'amministrazione di valorizzare elementi qualitativi (in luogo di quelli meramente economici), il prezzo più basso risulterebbe il criterio d'assegnazione prevalente.

3. Nozione ed elementi costitutivi dell'offerta

Secondo i principi generali vigenti in materia, l'offerta è qualificabile come dichiarazione di volontà del privato³⁷ diretta alla costituzione di un rapporto giuridico, ed in particolare alla conclusione di un contratto di appalto. Nella materia degli appalti pubblici vige il principio

(35) I servizi ad alta intensità di manodopera si esplicano mediante una prestazione che è suscettibile di essere svolta con metodi, procedure, prodotti e strumenti diversificati, con profonde differenze per quanto riguarda non solo il prezzo e l'efficacia del servizio, ma anche i costi sociali ed ambientali. Una competizione basata unicamente sul prezzo può determinare esternalità negative in quanto induce le imprese a utilizzare: manovalanza non specializzata; prodotti a basso costo. Ciò finirebbe inevitabilmente ad incidere sulla qualità del servizio reso alla pubblica amministrazione.

(36) La giurisprudenza (Cons. Stato, sez. V, 16 agosto 2018, n. 4945) ha affermato che il rapporto, nell'ambito dell'art. 95, tra il comma 3 (casi di esclusivo utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, tra i quali v'è quello dei servizi ad alta intensità di manodopera) ed il comma 4 (casi di possibile utilizzo del criterio del minor prezzo, tra i quali v'è quello dei servizi ripetitivi), è di specie a genere. Ove ricorrono le fattispecie di cui al comma 3 scatta, cioè, un obbligo speciale di adozione del criterio dell'O.E.P.V. che, a differenza della ordinaria preferenza per tale criterio fatta in via generale dal codice, non ammette deroghe, nemmeno al ricorrere delle fattispecie di cui al comma 4, a prescindere dall'entità dello sforzo motivazionale dell'amministrazione.

(37) L'offerta, intesa come atto negoziale, è suscettibile di essere interpretata in modo tale da ricercare l'effettiva volontà del dichiarante (così Cons. Stato, sez. V, 11 gennaio 2018, n. 113), senza peraltro attingere a fonti di conoscenza estranee all'offerta medesima né a dichiarazioni integrative o rettificative dell'offerente (cfr. *ex plurimis* Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2017, n. 978; Cons. Stato, sez. VI, 6 maggio 2016, n. 1827).

generale della immodificabilità dell'offerta³⁸, che è regola posta a tutela della imparzialità e della trasparenza dell'agire della stazione appaltante, nonché del principio della concorrenza e della parità di trattamento tra gli operatori economici che prendono parte alla procedura concorsuale e della volontà del concorrente³⁹.

La costante giurisprudenza del Consiglio di Stato afferma che, nelle gare pubbliche, è ammissibile un'attività interpretativa della volontà dell'impresa partecipante alla gara da parte della stazione appaltante, al fine di superare eventuali ambiguità nella formulazione dell'offerta, purché si giunga ad esiti certi circa la portata dell'impegno negoziale con essi assunti.

Alla luce dei principi richiamati, posso ricavarsi una serie di conseguente.

In primo luogo, le offerte, in quanto atti negoziali, vanno interpretate utilizzando i criteri di cui all'art. 1362 e ss. c.c., allo scopo di ricercare l'effettiva volontà del dichiarante⁴⁰.

In secondo luogo, nell'interpretazione delle offerte non devono essere utilizzate fonti di conoscenza estranee ad esse, siano anche dichiarazioni integrative o rettificative, e ciò in virtù del principio di immodificabilità dell'offerta⁴¹.

Infine, le offerte ambigue o caratterizzate da incertezza assoluta non sono sanabili nemmeno con il soccorso istruttorio e vanno dunque escluse dalla gara⁴².

(38) Trattasi di un principio costantemente affermato dalla giurisprudenza. Tra le tante pronunce in materia, cfr. Cons. Stato, sez. V, 4 agosto 2022, nn. 6870 e 6854. Cfr. anche F. CARINGELLA, M. GIUSTINIANI, P. MANTINI, *I contratti pubblici. Trattato sistematico sulla contrattualistica pubblica*, cit., 518; R. LORUSSO, *Principi di immodificabilità e di non ambiguità dell'offerta in materia di appalti pubblici*, in *Rivista giuridica Il Diritto amministrativo*, 2021.

(39) Cons. Stato Ad.plen., 27 maggio 2021, n. 9.

(40) Cfr. Cons. Stato, sez. V, 9 settembre 2022, n. 7882.

(41) Cons. Stato, sez. V, 9 settembre 2022, n. 7882; sez. V, 5 aprile 2022, n. 2529.

(42) In proposito, cfr. Cons. Stato, sez. V, 8 settembre 2022, n. 7821, secondo cui: "...in termini generali, importa osservare che – se è, certamente, precluso alla stazione appaltante (e, per essa, alla Commissione incaricata della valutazione delle offerte) di sollecitare chiarimenti, precisazioni, integrazioni in ordine ad incerte od ambigue formulazioni della proposta negoziale (cioè che si risolverebbe in forme anomale di dialogo idonee ad alterare il canone di rigorosa parità di condizione fra i concorrenti) – non è vietata la possibilità di chiedere (con l'ovvio limite che si

I principi sulle gare pubbliche esigono, dunque, che sia certa ed inequivoca l'imputazione dell'offerta al concorrente⁴³: in considerazione del fatto che la sottoscrizione è elemento essenziale della scrittura privata⁴⁴, la sua mancanza, anche su una sola delle parti indispensabili costituenti l'offerta (intesa quale manifestazione di volontà negoziale), può inficiare la validità della stessa, precludendo l'operatività del soccorso istruttorio⁴⁵. Pertanto la sottoscrizione, tendendo ad assicurare la provenienza e l'insostituibilità dell'offerta, assume il connotato di condizione essenziale, sia sotto il profilo formale, sia sotto il profilo sostanziale⁴⁶.

tratti, per l'appunto, di meri "chiarimenti" e/o "illustrazioni" e non di modifiche, anche solo quantitativamente parziali o qualitativamente limitate) chiarimenti sui tratti dell'offerta tecnica, le quante volte sia ritenuto opportuno. Non è, con ciò, preclusa – nella logica di una efficiente e non disparitaria cooperazione tra operatori economici e stazione appaltante – l'attività di soccorso "procedimentale" (diversa, come tale, dal "soccorso istruttorio", che – ai sensi dell'art. 83, comma 9 d.lgs. n. 50/2016, non potrebbe riguardare l'offerta, non solo sotto il profilo economico, ma anche sotto quello tecnico)".

(43) Cfr. Cons. Stato, sez. V, 13 maggio 2019, n. 3059.

(44) La mancata sottoscrizione della domanda o dell'offerta, se non impatta sul suo contenuto e sulla sua segretezza, è sanabile mediante soccorso istruttorio secondo l'ANAC, a patto che si accerti la riconducibilità dell'offerta al concorrente in modo da escludere l'incertezza assoluta sulla provenienza. Lo ha precisato ANAC, con la delibera n. 48 del 2 febbraio 2022. Nello stesso senso, TAR Catania, sez. I, 15 luglio 2022, n. 1911.

(45) Cfr. G.F. MAIELLARO, *Il difetto di sottoscrizione dell'offerta secondo la recente giurisprudenza*, in *Appalti&Contratti*, n. 3/2022, p. 39 ss.

(46) La funzione della sottoscrizione dell'offerta è quella di renderla riferibile al presentatore, vincolandolo all'impegno assunto, con la conseguenza che laddove tale finalità risulti in concreto conseguita, con salvaguardia del sotteso interesse dell'amministrazione, non vi è spazio per interpretazioni puramente formali delle prescrizioni di gara. E pertanto, qualora la mancanza della sottoscrizione non precluda la riconoscibilità della provenienza dell'offerta e non comporti un'incertezza assoluta sulla stessa, il vizio è da ritenere sanabile mediante soccorso istruttorio e non idoneo a cagionare l'immediata ed automatica estromissione dalla procedura selettiva. In giurisprudenza, cfr. *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 22 giugno 2020, n. 3973; 9 marzo 2020, n. 1655. Nello stesso senso TAR Sicilia Catania, 15 luglio 2022, n. 1911, cit. A conferma di questo orientamento, rileva l'ANAC (delibera n. 392 del 19 maggio 2021) che la sottoscrizione della domanda o dell'offerta costituisce un elemento essenziale, tuttavia, non impattando sul contenuto e sulla segretezza dell'offerta, la sua

In particolare, la certa e sicura riconducibilità di tutti gli elementi costitutivi l'offerta (anche di quelli che possano apparire *prima facie* non essenziali o puramente formali) al soggetto autore, garantisce la serietà e l'affidabilità dell'offerta medesima, intesa quale dichiarazione del partecipante alla gara finalizzata alla costituzione di un rapporto contrattuale⁴⁷.

Ai sensi dell'art. 32, comma 4 del nuovo codice ciascun concorrente può presentare inoltre, nella medesima procedura di gara, una sola offerta. Ciò in virtù del c.d. principio di unicità dell'offerta⁴⁸, che impone ai partecipanti alle gare di presentare un'unica proposta tecnica ed economica quale contenuto della propria offerta. Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, tale principio risponde non solo alla necessità di garantire

eventuale carenza si ritiene sanabile, mediante soccorso istruttorio, esclusivamente nell'ipotesi in cui sia accertata la riconducibilità dell'offerta al concorrente in modo da escludere l'incertezza assoluta sulla provenienza.

(47) La sottoscrizione di tutti gli atti documentali costituenti sul piano formale e sostanziale l'offerta contribuisce ad escludere la possibilità che sorgano dubbi interpretativi anche in ordine all'individuazione delle prestazioni promesse che saranno recepite nel contratto da stipulare al termine della gara. In buona sostanza, nell'appalto la chiarezza interpretativa del contenuto contrattuale è una logica conseguenza dall'esatta determinazione degli obblighi negoziali e dei diritti che l'offerente intende assumere ed acquisire in sede di gara, elementi che si evincono dalla domanda di partecipazione e, in modo specifico, dall'offerta economica. La certezza dell'oggetto del contratto stipulato in seguito all'espletamento di una procedura concorsuale ad evidenza pubblica dipende anche dalla riconducibilità di tutti gli elementi dell'offerta al partecipante alla gara.

(48) Tale principio ha lo scopo di imporre all'offerta un contenuto certo ed univoco. Sul punto il Consiglio di Stato, sez. III, con sentenza del 1° aprile 2022 n. 2413, ha stabilito che il principio di unicità dell'offerta "è posto a presidio – da un lato – del buon andamento, dell'economicità e della certezza dell'azione amministrativa, per evitare che la stazione appaltante sia costretta a valutare plurime offerte provenienti dal medesimo operatore economico, tra loro incompatibili, e che perciò venga ostacolata nell'attività di individuazione della migliore offerta, e – dall'altro – a tutela della par condicio dei concorrenti, poiché la pluralità delle proposte attribuirebbe all'operatore economico maggiori possibilità di ottenere l'aggiudicazione o comunque di ridurre il rischio di vedersi collocato in posizione deteriore, a scapito dei concorrenti fedeli che hanno presentato una sola e univoca proposta corrispondente alla prestazione oggetto dell'appalto, alla quale affidare la loro unica ed esclusiva chance di aggiudicazione".

l'effettiva *par condicio* dei concorrenti, ma soprattutto a quella di far emergere la migliore offerta nella gara⁴⁹. In particolare, la necessità di presentare, in sede di pubbliche gare, una sola offerta con un'unica soluzione tecnica ed un unico prezzo ed il fatto che l'Amministrazione sia tenuta a valutare solo proposte così formulate risponde, da un lato, al principio di buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa e, dall'altro, all'esigenza di rispettare il principio di imparzialità, poiché la presentazione di più di un'offerta da parte di uno dei concorrenti, attribuendo allo stesso maggiori possibilità di conseguire l'aggiudicazione dell'appalto attraverso la presentazione di diverse proposte, finirebbe per ledere la *par condicio* fra i concorrenti⁵⁰.

Va rilevato che se, da un lato, l'art. 32 comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016, impone ai partecipanti alle gare pubbliche di concorrere essenzialmente con un'unica proposta tecnica ed economica, dall'altro, fa salve le migliori⁵¹ dell'offerta.

Quest'ultima eccezione ha ad oggetto quelle precisazioni, integrazioni e migliorie che sono finalizzate a rendere il progetto prescelto meglio corrispondente alle esigenze della stazione appaltante⁵².

(49) Il principio fatto proprio dalla giurisprudenza amministrativa, secondo le più recenti pronunce, "assurge a baluardo dell'interesse pubblico a far emergere la migliore offerta, in sede di presentazione della stessa", con la conseguenza che, all'obbligo di presentare una sola offerta contenente una soluzione tecnica determinata ed un prezzo preciso, corrisponde un "obbligo per la pubblica amministrazione di poter valutare solo offerte in tal guisa formulate", operando così in armonia con il principio di buon andamento dell'azione amministrativa e con il principio di imparzialità. (Consiglio di Stato, sez. III, 26 luglio 2021, n. 5536).

(50) Così TAR Venezia, 8 febbraio 2022, n. 241; TAR Milano, sez. II, 4 ottobre 2021, n. 2116; Cons. Stato, sez. III, 18 dicembre 2020, n. 8146.

(51) Secondo il consolidato indirizzo giurisprudenziale, infatti, possono essere considerate proposte migliorative tutte quelle precisazioni, integrazioni e migliorie che sono finalizzate a rendere il progetto prescelto meglio corrispondente alle esigenze della stazione appaltante, senza tuttavia alterare i caratteri essenziali delle prestazioni richieste; non sono invece ammesse tutte quelle varianti progettuali che, traducendosi in una diversa ideazione dell'oggetto del contratto, alternativa rispetto al disegno progettuale originario, diano luogo ad uno stravolgimento di quest'ultimo (cfr. Cons. Stato, sez. III, 3 maggio 2022, n. 3442).

(52) Nell'ambito, poi, della gara da aggiudicarsi col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa è lasciato

Di regola l'offerta è composta da elementi di natura quantitativa (quali, ad esempio, il prezzo, il tempo di esecuzione dei lavori, il rendimento, la durata della concessione, il livello delle tariffe), da elementi riferiti all'assenza o presenza di una determinata caratteristica (possesso di una certificazione di qualità, del *rating* di legalità, ecc.) e da elementi di natura qualitativa (riferiti all'opera, al servizio o ai prodotti offerti)⁵³, sui quali la commissione di gara deve esprimere il proprio giudizio, secondo i criteri prestabiliti nel bando di gara.

Per quanto concerne gli elementi di natura quantitativa, quali il prezzo, va innanzitutto richiamato il principio di separazione tra offerta tecnica ed offerta economica⁵⁴.

Detto principio, che impone che le offerte economiche debbano restare segrete per tutta la fase procedimentale in cui la Commissione compie le sue valutazioni sugli aspetti tecnici della proposta negoziale, trae fondamento dall'obiettivo di evitare che elementi di valutazione di carattere automatico possano influenzare la valutazione degli elementi discrezionali: costituisce, con ciò, presidio all'attuazione dei principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa⁵⁵, per garantire il lineare e libero svolgimento dell'*iter* che si conclude con il giudizio sull'offerta tecnica e l'attribuzione dei punteggi ai singoli criteri di valutazione⁵⁶. Il principio si sostanzia in una triplice regola⁵⁷. In proposito, In primo luogo, la componente tecni-

ampio margine di discrezionalità alla commissione giudicatrice anche quanto alla valutazione delle ragioni che giustificano la soluzione migliorativa proposta e la sua efficienza nonché quanto alla rispondenza alle esigenze della stazione appaltante (Cons. Stato, sez. III, 3 maggio 2022, n. 3442).

(53) La distinzione tra criteri quantitativi e qualitativi dipende dagli elementi dell'offerta cui è riferita la valutazione della commissione giudicatrice; in tal senso, sono criteri qualitativi quelli attinenti ad elementi tecnici dell'offerta, ovvero esplicativi delle modalità di svolgimento del servizio (di esecuzione dei lavori e della fornitura), mentre sono quantitativi i criteri riferiti ad elementi estrinseci all'offerta (come il prezzo, il tempo di esecuzione, e così via).

(54) Cfr. Cons. Stato, sez. V, 15 settembre 2022, n. 8011.

(55) Cfr. F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 945 ss.; M. CORRADINO, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 181 ss.

(56) Così Cons. Stato, sez. V, 15 settembre 2022, n. 8011.

(57) Cons. Stato, sez. V, 15 settembre 2022, n. 8011.

ca dell'offerta e la componente economica della stessa devono essere necessariamente inserite in buste separate e idoneamente sigillate, proprio al fine di evitare la ridetta commistione. In secondo luogo, è precluso ai concorrenti l'inserimento di elementi economico-quantitativi all'interno della documentazione che compone l'offerta tecnica (qualitativa)⁵⁸. Infine, altro corollario del principio citato è che l'apertura della busta contenente l'offerta economica deve necessariamente seguire la valutazione dell'offerta tecnica⁵⁹. In proposito, la conoscenza di elementi economici da parte della Commissione di gara, nella fase della valutazione dell'offerta tecnica, che precede quella di valutazione dell'offerta economica, appare di per sé idonea a determinare anche solo in astratto un condizionamento dell'operato della Commissione⁶⁰ medesima, alterando o perlomeno rischiando potenzialmente di alterare la serenità e l'imparzialità dell'attività valutativa della Commissione stessa⁶¹.

Gli elementi di valutazione, cosiddetti qualitativi, richiedono una valutazione discrezionale da parte dei commissari di gara⁶². Al fine di permettere di presentare una proposta consapevole da parte dei concorrenti e di esprimere una valutazione delle offerte da parte della commissione di gara coerente con gli obiettivi della stazione appaltante⁶³ è necessario che vengano indicati – già nel bando o in qualsiasi altro atto di avvio della procedura di affidamento – i criteri motivazionali cui si deve attenere la commissione di gara per la valutazione delle offerte⁶⁴.

(58) Cons. Stato, sez. V, 13 ottobre 2022, n. 8735.

(59) Cons. Stato, sez. V, 13 ottobre 2022, n. 8735.

(60) Sulle commissioni giudicatrici, cfr. M. CORRADINO, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 559 ss.; F. CARINGELLA, M. GIUSTINIANI, P. MANTINI, *I contratti pubblici. Trattato sistematico sulla contrattualistica pubblica*, cit. 1115 ss.

(61) Cons. Stato, sez. V, 11 maggio 2022, n. 3725.

(62) Cfr. Cons. Stato, sez. V, 7 ottobre 2022, 8624.

(63) Si ricorda che la commissione di gara è di regola composta da soggetti esterni all'amministrazione. Si veda Linee guida ANAC n. 5 di attuazione del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50: "Criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell'albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici" in www.anticorruzione.it.

(64) Rileva Cons. Stato, sez. V, 13 giugno 2022, n. 4793, che la fissazione di criteri motivazionali per l'attribuzione, a ciascun criterio o sub-criterio di valutazione, del pun-

Tali criteri non devono essere discriminatori⁶⁵ (ad es. non possono essere introdotte specifiche tecniche che favoriscono un determinato operatore), conosciuti da tutti i concorrenti e basati su elementi accessibili alle imprese⁶⁶.

Nel caso in cui si scelga di attribuire i coefficienti con il criterio del confronto a coppie⁶⁷, la specificazione del criterio motivazionale può essere meno dettagliata, in quanto il confronto avviene sulla base delle preferenze accordate da ciascun commissario a ciascun progetto in confronto con tutti gli altri, secondo i parametri contenuti nei documenti di gara⁶⁸.

Come indicato al comma 8 dell'art. 95 del Codice, può essere opportuno, specie qualora il criterio sia caratterizzato da più aspetti da valutare separatamente l'uno dall'altro, che lo stesso sia diviso in più

teggio tra il minimo ed il massimo indicati nel bando, è soggetta a precisi limiti: a) il limite temporale fondamentale e imprescindibile, costituito dall'apertura delle buste, nel senso che la specificazione dei criteri di valutazione deve essere sempre anteriore all'apertura delle buste; b) il limite sostanziale rappresentato dal divieto di innovare i parametri valutativi fissati dalla legge di gara.

(65) Cfr., per esempio, Cons. Stato, sez. V, 21 ottobre 2022, n. 9003, in materia di suddivisione in lotti (art. 51 d.lgs. n. 50/2016).

(66) In particolare, il capitolato e il progetto, per quanto possibile, devono essere estremamente dettagliati e precisi, descrivendo i singoli elementi che compongono la prestazione in modo chiaro e definendo, in modo altrettanto chiaro, i livelli qualitativi ai quali corrispondono i punteggi, affinché la commissione di gara si limiti ad accertare la corrispondenza tra punteggio e livello predefinito.

(67) Il "confronto a coppie" costituisce uno dei metodi per la valutazione discrezionale degli elementi qualitativi delle offerte nelle procedure di affidamento da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo.

(68) La giurisprudenza di questo Consiglio si è consolidata nel senso che una volta accertata la correttezza dell'applicazione del metodo del confronto a coppie, non resta spazio alcuno per un sindacato del giudice amministrativo nel merito dei singoli apprezzamenti effettuati e, in particolare, sui punteggi attribuiti nel confronto a coppie, che indicano il grado di preferenza riconosciuto ad ogni singola offerta in gara, con l'ulteriore conseguenza che la motivazione delle valutazioni sugli elementi qualitativi risiede nelle stesse preferenze attribuite ai singoli elementi di valutazione considerati nei raffronti con gli stessi elementi delle altre offerte. Fra le tante cfr. Cons. Stato, sez. V, 5 agosto 2022, n. 6939; sez. V, 25 giugno 2019, n. 4364.

sub criteri, ciascuno con il proprio sub punteggio⁶⁹. La stazione appaltante resta, comunque, libera di determinare il criterio di attribuzione dei punteggi per i criteri di natura qualitativa (con la condizione implicita che tale criterio rispetti i principi di proporzionalità, trasparenza e che abbia basi scientifiche), tuttavia nella prassi applicativa si ricorre a due gruppi di sistemi alternativi⁷⁰:

- a) l'attribuzione discrezionale di un punteggio, variabile tra zero e uno, da parte di ciascun commissario di gara⁷¹;
- b) il confronto a coppie tra le offerte presentate, da parte di ciascun commissario di gara⁷².

(69) Cfr. C. CONTESSA, C. CROCCO, *Codice degli appalti e delle Concessioni – Commentato articolo per articolo*, Roma, 2022.

(70) Linee guida ANAC n. 2.

(71) Va richiamata la sentenza Cons. Stato, sez. III, 9 dicembre 2020, n. 7787 secondo cui *“in assenza di una espresso obbligo di specifica verbalizzazione imposto dal disciplinare di gara, non vi è ragione per derogare dal principio generale secondo il quale gli apprezzamenti dei commissari sono destinati ad essere assorbiti nella decisione collegiale finale, costituente momento di sintesi della comparazione e composizione dei giudizi individuali; mentre la separata enunciazione dei punteggi attribuiti dai singoli commissari assume valore di formalità interna relativa ai lavori della commissione esaminatrice – i cui giudizi, ai fini della verbalizzazione e della pubblicità esterna, sono sufficientemente documentati con la sola attribuzione del voto complessivo finale”*.

(72) Il sistema del confronto a coppie, utilizzato dai commissari di gara nella preliminare valutazione tecnico-qualitativa ottenuta dalla somma dei coefficienti di valore attribuiti da ciascuno di essi, è un metodo di selezione volto ad individuare l'offerta migliore in termini strettamente relativi, che si basa sull'attribuzione di punteggi espressione delle preferenze soggettive dei commissari: un punteggio alto testimonia l'elevato gradimento del seggio di gara per le soluzioni proposte da un candidato rispetto a quelle formulate dagli altri, laddove una valutazione bassa è, specularmente, conseguenza della scarsa attrattiva tecnico-qualitativa della proposta del concorrente non in sé e per sé, ma rispetto a quelle degli altri partecipanti; è pertanto chiara l'ampia discrezionalità sottesa a tali manifestazioni di giudizio dei commissari, che non scrutano il possesso dei requisiti minimi di partecipazione (presupposto per l'ammissione al confronto) ma, al contrario, esprimono una valutazione, necessariamente soggettiva e opinabile, circa le diverse soluzioni tecniche offerte; in altre parole la metodologia in questione non mira ad una ponderazione atomistica di ogni singola offerta rispetto a standard ideali, ma tende ad una graduazione comparativa delle varie proposte dei concorrenti mediante l'attribuzione

Sulla base del primo criterio, ciascun commissario attribuisce un punteggio a ciascuna offerta. Le ragioni di tale attribuzione devono essere adeguatamente motivate e la motivazione deve essere collegata ai criteri presenti nel bando. Una volta che ciascun commissario ha attribuito il coefficiente a ciascun concorrente, viene calcolata la media dei coefficienti attribuiti, viene attribuito il valore 1 al coefficiente più elevato e vengono di conseguenza riparametrati tutti gli altri coefficienti⁷³.

Dopo che la commissione di gara ha effettuato le valutazioni tecniche per l'attribuzione dei coefficienti agli elementi qualitativi e attribuito i coefficienti agli elementi quantitativi, occorre determinare, per ogni offerta, un dato numerico finale atto ad individuare l'offerta migliore.

4. L'offerta anomala: profili sostanziali e procedurali

L'ordinamento, tutela l'interesse pubblico concretamente perseguito dall'amministrazione attraverso la procedura di gara⁷⁴, ossia quello di scegliere il miglior contraente possibile ai fini dell'esecuzione dell'appalto⁷⁵, attraverso la previsione di una serie di regole contenute nell'art. 97 del Codice, sotto la rubrica *“Offerte anormalmente basse”*⁷⁶.

di coefficienti numerici nell'ambito di ripetuti *“confronti a due”*; ne consegue che il sindacato giurisdizionale incontra forti limitazioni, non potendo il giudice impingere in valutazioni di merito spettanti all'amministrazione, salva la ricorrenza di un uso palesemente distorto, logicamente incongruo, macroscopicamente irrazionale del metodo in parola, che è, però, preciso onere dell'interessato allegare e dimostrare, evidenziando non già la mera (e fisiologica) non divisibilità del giudizio comparativo, bensì la sua radicale ed intrinseca inattendibilità tecnica o la sua palese insostenibilità logica (così Cons. Stato, sez. V, 29 marzo 2022, n. 2320).

(73) In ordine a tale sistema di calcolo, cfr. F.S. MARINI, G. MAZZOTTA, A. STORTO, *Nuovo codice dei contratti pubblici*, Milano, 2022.

(74) Cfr. Cons. Stato, sez. V, 15 settembre 2022, n. 8011, che richiama l'esigenza della regolare esecuzione del contratto volta al perseguimento dell'interesse pubblico.

(75) Cfr. Cons. Stato, sez. III, 26 maggio 2022, n. 4227, che ricorda *“l'interesse dell'amministrazione a selezionare il miglior contraente e la migliore offerta cui il medesimo procedimento è pure funzionale”*.

(76) Sull'anomalia dell'offerta, in dottrina, si veda: R. CHIEP-

A livello definitorio, per offerte anomale si intendono quelle offerte troppo basse rispetto al valore delle prestazioni richieste nel bando⁷⁷, al punto da suscitare ragionevoli dubbi in ordine alla serietà dell'offerente e alla sua possibile non corretta esecuzione dei servizi, opere o forniture promesse⁷⁸.

Sotto il profilo procedimentale, l'individuazione dell'offerta anomala si configura come un subprocedimento, che si articola in una serie di fasi⁷⁹, innestandosi, in particolare, tra la fase di apertura delle buste e l'aggiudicazione dell'appalto.

La prima fase, riguardante l'individuazione dell'offerta anomala, avviene in maniera differente a seconda del criterio di aggiudicazione adottato⁸⁰.

PA, R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 930 ss.; M. CORRADINO, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 569 ss.; S. FANTINI, H. SIMONETTI, *Le basi del diritto dei contratti*, cit., 79; F. CARINGELLA, M. GIUSTINIANI, P. MANTINI, *I contratti pubblici. Trattato sistematico sulla contrattualistica pubblica*, cit., 1197 ss.; V. LOPILATO, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 1143 ss.

(77) Pertanto, 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 (cfr. Cons. Stato, sez. V, 29 novembre 2021, n. 7951).

(78) La finalità della verifica dell'anomalia dell'offerta è quella di evitare che offerte troppo basse espongano l'amministrazione al rischio di esecuzione della prestazione in modo irregolare e qualitativamente inferiore a quella richiesta e con modalità esecutive in violazione di norme, con la conseguente concreta probabilità di far sorgere contestazioni e ricorsi. L'amministrazione deve, infatti, aggiudicare l'appalto a soggetti che abbiano presentato offerte che, avuto riguardo alle caratteristiche specifiche della prestazione richiesta, risultino complessivamente proporzionate sotto il profilo economico all'insieme dei costi, rischi ed oneri che l'esecuzione della prestazione comporta a carico dell'appaltatore con l'aggiunta del normale utile di impresa, affinché la stessa possa rimanere sul mercato (così Cons. Stato, sez. V, 27 settembre 2022, n. 8330).

(79) Il d.l. n. 32/2019, c.d. Sblocca Cantieri, convertito con legge n. 55/2019, ha introdotto alcune rilevanti modifiche in merito alla disciplina dell'offerta anormalmente bassa prevista all'art. 97 del Codice dei contratti pubblici.

(80) In proposito, il decreto sblocca cantieri (d.l. n. 32/2019, convertito in l. n. 55/2019) ha modificato i criteri di cal-

Nel caso in cui viene applicato il criterio del prezzo più basso, il comma 2 dell'art. 97, prevede che la stazione appaltante valuti la congruità delle offerte che presentano un ribasso pari o superiore ad una soglia di anomalia determinata, al fine di non rendere predeterminabili dai candidati i parametri di riferimento per il calcolo della soglia⁸¹.

In particolare, il nuovo meccanismo di individuazione della soglia automatica di anomalia, distingue due ipotesi, nelle quali in luogo del sorteggio tra i vari criteri di calcolo, sono stati introdotti 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 UE⁸² 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.

In materia di gare in cui il criterio adottato è quello del prezzo più basso, una delle questioni più dibattute in giurisprudenza, fino a poco tempo fa, è stata quella sul cd. "taglio delle ali", espressione con cui si fa riferimento all'operazione con cui nell'ambito del calcolo della soglia di anomalia non si considerano le offerte rientranti nelle c.d. ali, ovvero sia nel 10% di maggiore o minore ribasso.

Con riferimento a quest'ultimo istituto, non c'è stato un orientamento univoco su come dovessero essere consi-

colo della soglia di anomalia, che dipende dal criterio di aggiudicazione scelto dalla stazione appaltante, tra quelli indicati agli artt. 95 e 97 del Codice, e dal numero delle offerte presentate.

(81) La *ratio* di tale previsione può essere individuata nell'esigenza di contemperare l'interesse del concorrente a conseguire l'aggiudicazione formulando un'offerta competitiva con quello della stazione appaltante ad aggiudicare al minor costo senza rinunciare a *standard* adeguati e al rispetto dei tempi e dei costi contrattuali, così evitando di aggirare la disciplina legislativa in materia. 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.

(82) Va rilevato che sono in vigore dal 01.01.2022 le nuove soglie di rilevanza comunitaria sugli appalti pubblici ai sensi dell'art. 35, d.lgs. n. 50/2016. I nuovi Regolamenti sono stati pubblicati sulla GUCE L 398 del 11 novembre 2021, in *eur-lex.europa.eu*.

derate 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 gara⁸³.

In giurisprudenza non c'è stato un orientamento univoco⁸⁴. Secondo un primo orientamento⁸⁵, le offerte "tagliate" non vanno reinserite nelle operazioni di calcolo previste dall'art. 97 del Decreto legislativo n. 50/2016. Altro orientamento, ha ritenuto che il taglio delle ali opera fittiziamente solo ai fini della determinazione della soglia di anomalia e non determina alcuna esclusione automatica delle offerte che si trovino sulle "ali"⁸⁶. A fronte di tale dibattito, è prevalsa la tesi, sostenuta anche dall'ANAC⁸⁷, 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 anomalia⁸⁸.

Tale fattispecie, disciplinata dall'art. 97 d.lgs. n. 50/2016, in linea con quanto previsto dalla normativa europea e da costante giurisprudenza della Corte di giustizia⁸⁹,

prevede un generale divieto di esclusione automatica delle offerte anomale⁹⁰.

Secondo la giurisprudenza prevalente il giudizio di verifica della congruità di un'offerta anomala ha natura globale e sintetica⁹¹ sulla serietà o meno dell'offerta nel suo insieme, espressione di un potere tecnico-discrezionale della pubblica amministrazione di per sé insindacabile in sede di legittimità, salva l'ipotesi in cui le valutazioni siano manifestamente illogiche o fondate su insufficiente motivazione o affette da errori di fatto⁹². Dopo aver individuato l'offerta sospetta di anomalia, l'amministrazione procedente inoltra all'offerente un'istanza volta ad ottenere, entro il termine prefissato dalla legge⁹³, le necessarie delucidazioni⁹⁴.

punto 36, in *Foro it.*, 2017, IV, 206, con nota di M. CONDORELLI.

(90) Va segnalato l'orientamento dell'ANAC che, con una nota del 28 gennaio 2022, ha pubblicato il parere di precontenzioso n. 4 del 12 gennaio 2022, in cui afferma che la norma sull'esclusione delle offerte anomale va sempre applicata anche nelle gare sotto il milione di euro, pure se non è previsto dagli atti e dalla procedura negoziata, essendo l'esclusione automatica. Secondo ANAC, infatti, il d.l. 76/2020 non prevale sulla disciplina dei contratti sotto-soglia del Codice degli Appalti; non viene inoltre ritenuta legittima la giustificazione della stazione appaltante che, essendo un'impresa pubblica operante nei settori speciali, riteneva di potersi limitare (per gli acquisti di importo inferiore alla soglia comunitaria) ad applicare un proprio regolamento la cui disciplina è soggetta solamente al rispetto dei principi comunitari a tutela della concorrenza.

(91) Cfr. Cons. Stato, sez. V, 3 ottobre 2022, n. 8471.

(92) Come rilevato da Consiglio di Stato, sez. III, 20 luglio 2022, n. 6393, lo *standard* della motivazione relativa alla valutazione di congruità è strutturalmente diverso rispetto a quella che deve sorreggere una valutazione di anomalia dell'offerta; mentre è richiesta una articolata ed approfondita motivazione laddove l'amministrazione ritenga di non condividere le giustificazioni offerte dall'impresa, in tal modo disponendone l'esclusione, la valutazione favorevole circa le giustificazioni dell'offerta sospetta di anomalia non richiede al contrario un particolare onere motivazionale.

(93) Non inferiore a quindici giorni (art. 97, comma 5).

(94) Rileva il giudice amministrativo (cfr. Cons. Stato, sez. III, 15 febbraio 2021, n. 1361) 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 di voci di costo più rilevanti, le quali – da sole – potrebbero incidere in modo determinante sull'attendibilità dell'offerta complessiva, evitando di chiedere i

(83) In particolare, al centro del dibattito in seno alla giurisprudenza c'è la questione se le offerte rientranti nel 10% di maggiore o minore ribasso (le c.d. ali) debbano essere escluse in maniera fittizia, solo ai fini del calcolo della soglia di anomalia, oppure se il loro taglio debba rappresentare una definitiva esclusione dalle offerte valide per la gara.

Più nello specifico segnaliamo che, negli ultimi mesi si sono registrate sentenze "contrastanti", anche nello stesso ambito regionale.

(84) Il dubbio interpretativo trae origine dall'art. 97, comma 2-bis, lett. a), che, con riferimento alle offerte che non rientrano nel meccanismo di calcolo della media aritmetica dei ribassi, utilizza l'espressione «offerte da accantonare».

(85) Così Ad. plen. 30 agosto 2018, n. 13.

(86) TAR Sicilia, Catania, sez. I, n. 610 del 9 marzo 2020, secondo cui se il legislatore avesse voluto disporre l'esclusione reale e non fittizia delle offerte "estreme" avrebbe dovuto esplicitarlo chiaramente.

(87) Parere di precontenzioso, delibera ANAC n. 207 del 26 febbraio 2020.

(88) Cfr. Cons. Stato, sez. V, 15 marzo 2022, n. 1808, secondo cui il cd. "taglio delle ali" non può essere effettuato in via effettiva determinando l'esclusione del concorrente, ma solo in via virtuale, determinando solamente l'accantonamento temporaneo dell'offerta, ai fini della valutazione dell'anomalia.

(89) Corte di giustizia UE del 2 giugno 2016, Pizzo, C-27/15,

A fronte dell'istanza della stazione appaltante, l'operatore economico provvede a rappresentare gli opportuni chiarimenti a sostegno della serietà della propria offerta. Il concorrente, al fine di dimostrarne la congruità, è ammesso a fornire spiegazioni su qualsiasi elemento dell'offerta, anche non espressamente richiesto dalla stazione appaltante.

Il procedimento si conclude con la verifica delle osservazioni pervenute e la valutazione delle stesse da parte della stazione appaltante, ad esito della quale potrebbe essere emesso un provvedimento di esclusione, adeguatamente motivato⁹⁵, a fronte dell'esigenza di rendere trasparente le ragioni a sostegno del l'inaffidabilità dell'offerta.

giustificativi in relazione ad elementi marginali dell'offerta non in grado di incidere sulla complessiva congruità di essa". Se in sede giurisdizionale il concorrente classificatosi al secondo posto deduce l'inattendibilità dell'offerta per aspetti non specificatamente presi in considerazione dalla stazione appaltante, legittimamente l'aggiudicatario può difendersi in giudizio provvedendo a giustificare tali voci in sede processuale.

In ogni caso se è precluso alla stazione appaltante (e, per essa, alla commissione incaricata della valutazione delle offerte) di sollecitare chiarimenti, precisazioni, integrazioni in ordine ad incerte od ambigue formulazioni della proposta negoziale (cioè che si risolverebbe in forme anomale di dialogo idonee ad alterare il canone di rigorosa parità di condizione fra i concorrenti), mentre non è vietata la possibilità di sollecitare (con l'ovvio limite che si tratti di meri "chiarimenti" e/o "illustrazioni" e non di modifiche, anche solo quantitativamente parziali o qualitativamente limitate) chiarimenti sui tratti dell'offerta tecnica, le quante volte sia ritenuto opportuno, per la segnata ipotesi di proposte connotate di particolare complessità (Cons. Stato, sez. V, 22 agosto 2022, n. 7353).

(95) In particolare, è richiesta una articolata e approfondita motivazione laddove l'amministrazione ritenga di non condividere le giustificazioni offerte dall'impresa, in tal modo disponendone l'esclusione, la valutazione favorevole circa le giustificazioni dell'offerta sospetta di anomalia non richiede al contrario un particolare onere motivazionale (così Cons. Stato, sez. III, 20 luglio 2022, n. 6393). Va, tuttavia, segnalata anche altra pronuncia in cui i Giudici di Palazzo Spada (sez. V, 17 giugno 2022, n. 4966), affermano che se la valutazione favorevole delle giustificazioni dell'offerta sospetta di anomalia non richiede un particolare onere motivazionale, è richiesta una motivazione più approfondita laddove l'amministrazione ritenga di non condividere le giustificazioni offerte dall'impresa, in tal modo disponendone l'esclusione; inoltre, nella ipotesi di giudizio positivo dell'offerta sospettata di anomalia, incombe a chi lo contesta l'onere di dimostrarne l'irragionevolezza o l'erroneità, non essendo sufficiente allegare considerazioni parcellizzate sulla incongruenza o insufficienza (solo) di talune voci di costo.

5. Oneri di sicurezza e costi di sicurezza

La congruità dell'offerta può essere valutata dalla stazione appaltante anche sulla base di un elemento di cui la stessa non deve essere carente, ovvero gli oneri di sicurezza⁹⁶. Gli importi della sicurezza relativi ad un appalto si distinguono⁹⁷ in costi della sicurezza e oneri aziendali di sicurezza⁹⁸.

L'individuazione dei primi spetta alla stazione appaltante, con riferimento ai secondi, grava sugli operatori economici concorrenti l'obbligo di indicazione in sede di offerta⁹⁹. Nella materia degli appalti pubblici, il tema della sicurezza assume carattere centrale, in quanto connesso in modo inscindibile al diritto alla salute, che nel nostro ordinamento ha rilevanza costituzionale (art. 32 Cost.)¹⁰⁰.

(96) In particolare, la categoria degli oneri di sicurezza ricomprende quegli oneri che l'impresa sostiene con riferimento sia all'organizzazione aziendale, sia alla gestione e organizzazione del cantiere. Essi devono essere indicati nell'offerta e costituiscono un elemento essenziale della stessa (così Cons. Stato, Ad. plen., n. 19 e 20 del 2016). In materia, fra gli altri, si veda: F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 1460 ss.; F. CARINGELLA, M. GIUSTINIANI, P. MANTINI, *I contratti pubblici. Trattato sistematico sulla contrattualistica pubblica*, cit., 828 ss.

(97) Cfr. F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 1460; F. CARINGELLA, M. GIUSTINIANI, P. MANTINI, *I contratti pubblici. Trattato sistematico sulla contrattualistica pubblica*, cit., 827 ss.; delibera ANAC n. 100 del 8 febbraio 2017.

(98) Secondo la dottrina (F. CARINGELLA, M. PROTTO, *Il codice dei contratti pubblici dopo il correttivo*, in *Italiappalti*, Roma, 2017, p. 467-468), il concetto di onere aziendale, o meglio di "onere o costo di sicurezza sul lavoro" è di recente formulazione. Gli oneri aziendali sono quei costi relativi ai rischi specifici dell'attività delle imprese e sono correlati all'esecuzione dell'appalto. La quantificazione di questi costi rimessa alla sfera valutativa della singola impresa e varia in rapporto alla qualità e all'entità dell'offerta, nonché alla singola organizzazione produttiva della concorrente. Questi oneri sono soggetti al confronto concorrenziale, al pari degli altri valori dell'offerta economica presentata, e la congruità degli stessi deve essere valutata dalla commissione aggiudicatrice in relazione alle caratteristiche dell'appalto secondo criteri di ragionevolezza e di attendibilità e ciò anche al di fuori della fase di verifica dell'anomalia dell'offerta.

(99) La differenza sostanziale tra le due tipologie di oneri risiede nella diversità delle caratteristiche e della funzione dei relativi obblighi che gravano, rispettivamente, sulla stazione appaltante e sull'operatore economico.

(100) Cfr. Cons. Stato, sez. V, 13 ottobre 2022, n. 8735, nel richiamare la rilevanza dei beni giuridici tutelati con la prescrizione normativa in tema di oneri di sicurezza, evidenzia

In particolare, la disposizione dell'art. 95, comma 10, del Codice dei contratti pubblici, impone ad ogni operatore economico di indicare nell'offerta economica “*i propri costi della manodopera*” e “*gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro*”, fissando un obbligo dichiarativo a pena di esclusione. La *ratio* di tale disposizione normativa è esplicitata nell'ultimo periodo dello stesso articolo, secondo il quale “*le stazioni appaltanti, relativamente ai costi della manodopera, prima dell'aggiudicazione procedono a verificare il rispetto di quanto previsto dall'art. 97, comma 5, lett. d)*”, vale a dire il rispetto dei minimi salariali retributivi del personale indicati nelle tabelle di cui all'art. 23, comma 16¹⁰¹.

Viene così in rilievo la finalità di tutela delle condizioni dei lavoratori (sotto il duplice e concorrente profilo dell'*adeguatezza del trattamento retributivo*, in proporzione alla quantità e qualità delle prestazioni prestate, ex art. 36 Cost. e del rispetto degli *obblighi di salvaguardia dell'integrità fisica e della personalità morale* sui luoghi di lavoro, ex art. 2087 c.c.)¹⁰², che, in considerazione della rilevanza costituzionale degli interessi, è presidiata da particolare rigore (cfr. art. 30, comma 3, in relazione all'art. 97, comma 5, lettere a), c) e d) del Codice). Per tali ragioni, alla stazione appaltante è imposta una rigorosa verifica della serietà dell'offerta economica, in particolare in presenza di offerte anormalmente basse¹⁰³.

Nell'ambito dei costi per la sicurezza rientrano i costi volti all'eliminazione dei rischi da interferenze. Trattasi di costi che hanno la funzione di eliminare

i rischi da interferenza, intesa come contatto rischioso tra il personale del committente e quello dell'appaltatore, oppure tra il personale di imprese diverse che operano nella stessa sede aziendale con contratti differenti¹⁰⁴. Essi sono quantificati a monte dalla stazione appaltante, nel DUVRI (documento unico per la valutazione dei rischi da interferenze)¹⁰⁵.

In particolare, i rischi da interferenza in ambito aziendale sono condizioni che si verificano quando due aziende che svolgono attività diverse si trovano a svolgere le loro mansioni nella stessa “area lavorativa”, nello stesso momento, o in successione qualora gli effetti dell'attività lavorativa di chi precede possono influenzare negativamente le condizioni di sicurezza di chi si ritrova ad operare nel sito successivamente¹⁰⁶.

Si definiscono invece oneri di sicurezza aziendali¹⁰⁷ i costi sostenuti al fine di ridurre i rischi specifici come operatore economico e come misure necessarie alla riduzione dei rischi nelle fasi di lavoro. Essi sono contenuti in quota parte all'interno dell'analisi delle voci relative alle fasi di lavorazione¹⁰⁸.

(104) Occorre altresì precisare che non sono soggetti a ribasso, perché ontologicamente diversi dalle prestazioni *stricto sensu* oggetto di affidamento.

(105) Art. 26 del d.lgs. n. 81 del 2008 – “*Obblighi connessi ai contratti d'appalto o d'opera o di somministrazione*”. Il DUVRI, ha lo scopo di favorire la cooperazione nell'attuazione delle misure di prevenzione e protezione dai rischi incidenti sull'attività lavorativa oggetto dell'appalto, e di coordinare gli interventi di protezione e prevenzione dei rischi cui sono esposti i lavoratori”.

(106) Ad esempio, i rischi da interferenza si possono presentare nel caso in cui una ditta di manutenzione viene chiamata ad intervenire sull'impianto elettrico di una fabbrica, in questi casi si possono, dunque, identificare due categorie di rischi: rischi propri dell'unità produttiva in cui si svolgono i lavori; rischi prodotti dal processo lavorativo della ditta appaltante. Ciascuno dei rischi appartenenti ad una di queste categorie può essere considerato, reciprocamente, un rischio da interferenza.

(107) Secondo la dottrina (F. CARINGELLA, M. PROTTO, *Il codice dei contratti pubblici dopo il correttivo, Italiappalti*, Roma, 2017, 467-468), il concetto di onere aziendale, o meglio di “onere o costo di sicurezza sul lavoro” è di recente formulazione.

(108) Cfr. d.P.R. 207/2010. Tali oneri possono essere indicati in una specifica tabella che la stazione appaltante può inserire all'interno della documentazione atta alla formalizzazione dell'offerta da parte dell'operatore economico. La tabella potrà avere l'indicazione dei oneri relativi all'attiva-

l'esigenza di garantire la tutela del lavoro, sia sotto il profilo della applicazione dei contratti collettivi (e, quindi, della tutela della retribuzione dei lavoratori secondo l'art. 36 Cost.), sia sotto il profilo della salute e della sicurezza dei lavoratori (art. 32 Cost.).

(101) Così Cons. Stato, sez. V, 6 settembre 2022, n. 7743; Cons. Stato, sez. V, 14 luglio 2022, n. 6014.

(102) La *ratio* dell'obbligo dell'indicazione separata dei costi della manodopera va individuata nell'ultimo periodo dello stesso art. 95, comma 10, secondo il quale “*le stazioni appaltanti, relativamente ai costi della manodopera, prima dell'aggiudicazione procedono a verificare il rispetto di quanto previsto dall'art. 97, comma 5, lett. d)*”, vale a dire il rispetto dei minimi salariali retributivi del personale indicati nelle tabelle di cui all'art. 23, comma 16 (Cons. Stato, sez. V, 14 luglio 2022, n. 6014).

(103) Cfr. Cons. Stato, sez. V, 17 giugno 2022, n. 4965.

Le stazioni appaltanti, relativamente ai costi della manodopera, prima dell'aggiudicazione procedono a verificare il rispetto di quanto previsto all'art. 97, comma 5, lettera d)¹⁰⁹ – riconosce a detta voce di costo il ruolo di elemento intrinseco essenziale proprio per la valutazione di affidabilità dell'offerta¹⁰⁹, con la conseguenza che un radicale scostamento come quello in esame non può che denotare l'oggettiva inattendibilità dell'offerta, cioè l'obiettiva indeterminabilità della stessa¹¹⁰.

In sede di giudizio di anomalia sono consentiti aggiustamenti e spostamenti di costi tra le varie componenti del prezzo, potendosi tenere conto anche di eventuali sopravvenienze (normative o di fatto)¹¹¹.

In proposito, il Giudice eurounitario¹¹², ha affermato che una corretta interpretazione dei principi della certezza del diritto, della parità di trattamento e di trasparenza¹¹³, non osta ad una normativa nazionale tale da stabilire, in caso di mancata indicazione separata dei costi della manodopera, l'esclusione dell'offerta proposta, senza possibilità di soccorso istruttorio¹¹⁴. Ciò, anche nell'ipotesi in cui, l'obbligo di indicare i suddetti costi separatamente, non fosse specificato nella documentazione della gara d'appalto¹¹⁵.

In definitiva, l'indicazione del costo della manodopera

(così come degli oneri per la sicurezza aziendale) svolge una duplice funzione, non solo ai fini dell'eventuale giudizio di anomalia¹¹⁶, ma, prima ancora, in sede di predisposizione dell'offerta economica, ciò al fine di formulare un'offerta consapevole e completa sotto tutti i profili sopra evidenziati¹¹⁷.

In coerenza con tali coordinate giurisprudenziali, deve pertanto ritenersi che, nel corso del giudizio di anomalia, pur essendo possibili marginali rimodulazioni dei costi della manodopera, non possa per contro procedersi ad una incidente modifica di tali costi, essendo altrimenti vulnerata la *ratio* dell'art. 95 comma 10 del d.lgs. 50/2016, avente come detto portata escludente¹¹⁸.

6. Mancata indicazione degli oneri di sicurezza e soccorso istruttorio

In materia di appalti pubblici (sia di lavori che di servizi e forniture), particolarmente discussa è la questione relativa alle conseguenze della mancata indicazione, all'interno dell'offerta economica, dei costi e degli oneri per la sicurezza aziendale.

In particolare, il problema che si è posto in dottrina e giurisprudenza è se tale ipotesi costituisca o meno causa di esclusione dell'impresa dalla gara, senza attivazione di soccorso istruttorio, e, anche in caso di silenzio del bando di gara sul punto¹¹⁹.

Tale questione è stata rimessa dal giudice amministrativo¹²⁰ all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, sulla

zione di misure specifiche al fine di ridurre i rischi aziendali e la definizione economica di dettaglio.

(109) *Ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 25 marzo 2021, n. 2528.

(110) Cfr. Cons. Stato, sez. V, 14 luglio 2022, n. 6014.

(111) Così, la recente sentenza Cons. Stato, sez. V, 15 settembre 2022, n. 8011.

(112) Cfr. Corte di giustizia CE-UE, 2 maggio 2019, n. C-309/18, in Riv. Corte dei conti n. 3/2019, 213 ss., con nota di e nota di E. MARZANO, *Il delicato equilibrio tra principi dell'Unione europea nella disciplina nazionale relativa al costo della manodopera negli appalti pubblici*.

(113) Si veda M. CORRADINO, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 518 ss.

(114) In applicazione dei suindicati postulati anche sul versante interno non residuano dubbi sulla piena predicabilità dell'automatismo espulsivo correlato al mancato scorporo nell'offerta economica dei costi inerenti alla manodopera e ciò a prescindere da una espressa previsione, in tal senso, della *lex specialis* di gara (Cons. Stato, Ad. plen, 2 aprile 2020, nn. 7 e 8; id., Cons. Stato, sez. V, 14 luglio 2022, n. 6014).

(115) Sempreché tale condizione e tale possibilità di esclusione siano chiaramente previste dalla normativa nazionale relativa alle procedure di appalti pubblici espressamente richiamata in detta documentazione.

(116) Che ha come unico scopo la verifica della congruità dell'importo indicato dall'offerente come costo del personale, da effettuare ai sensi dell'art. 97, comma 5, lett. d), del Codice dei contratti, e con i limiti posti dal comma 6 della medesima disposizione.

(117) Cfr. Cons. Stato, sez. V, 13 ottobre 2022, n. 8735; sez. V, 30 giugno 2020, n. 4140.

(118) Così Cons. Stato, 14 luglio 2022, n. 6014.

(119) Si veda R. CHIEPPA, R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 906 ss.; F. CARINGELLA, M. GIUSTINIANI, P. MANTINI, *I contratti pubblici. Trattato sistematico sulla contrattualistica pubblica*, cit., 828 ss.; V. LOPILATO, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 1147 ss.

(120) TAR Lazio, Roma, sez. II-bis, 24 aprile 2018, n. 4562. Cfr. commento E. MARZANO, *Il delicato equilibrio tra principi dell'Unione europea nella disciplina nazionale relativa al costo della manodopera negli appalti pubblici*, in Riv. Corte dei conti, n. 3/2019, 217 ss.; F.M. PELLICANO, *Commento*

base di un contrasto interpretativo avente ad oggetto la norma di cui all'art. 95, comma 10.

Secondo un primo orientamento cd. formalistico, basato sul principio della *par condicio*, la violazione della norma su richiamata implica l'espulsione automatica dell'impresa partecipante dalla gara senza la possibile applicazione del soccorso istruttorio¹²¹, anche nell'ipotesi in cui il relativo obbligo dichiarativo non sia richiamato dalla *lex specialis*. La tesi si basa sulla disposizione dell'art. 95 che, espressamente impone l'obbligo per i concorrenti di indicare nell'offerta economica i costi di sicurezza, e, in maniera chiara e univoca, prescrive altrettanto espressamente la doverosità della dichiarazione relativa agli oneri di sicurezza (e di quelli inerenti il costo della manodopera)¹²².

Altro orientamento cd. sostanzialista ritiene, invece, applicabile l'istituto del soccorso istruttorio. Tale indirizzo interpretativo valorizza i principi di massima partecipazione alle gare¹²³, di tassatività e tipicità delle cause di esclusione¹²⁴, ad eccezione di quelle ipotesi in cui l'operatore economico presenti un'offerta economica indeterminata o incongrua, perché formulata senza considerare i costi derivanti dal doveroso adempimento degli oneri di sicurezza¹²⁵.

Quest'ultima soluzione ermeneutica, riguardante specificamente i costi per la sicurezza interni o aziendali, si basa su diversi argomenti.

all'ordinanza di rimessione alla C.G.U.E. del TAR Lazio, sez. II-bis del 24 aprile 2018, n. 4562, in www.appaltiecontratti.it, 27 aprile 2018.

(121) Cons. Stato, sez. V, 7 febbraio 2017, n. 815; 28 febbraio 2018, n. 1228; 25 settembre 2018, n. 653.

(122) Secondo questo indirizzo, in tali fattispecie, non può trovare applicazione il soccorso istruttorio in quanto non rispondente all'esigenza di assicurare il rispetto dei principi di certezza del diritto, di tutela dell'affidamento, di trasparenza, proporzionalità e *par condicio*.

(123) Cfr. Cons. Stato, sez. V, 18 ottobre 2022, n. 8865. Si veda anche D. COSTAGEORGOS, *Il soccorso istruttorio: delicato equilibrio tra contrapposti principi*, in *Rivista Corte dei Conti*, n. 2/2022, p. 110 ss.

(124) Sul principio di tassatività delle cause di esclusione, cfr. R. CHIEPPA, R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 899 ss.; F. CARINGELLA, M. GIUSTINIANI, P. MANTINI, *I contratti pubblici. Trattato sistematico sulla contrattualistica pubblica*, cit., p. 809 ss.; V. LOPILATO, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 1115 ss.

(125) Cons. Stato, sez. III, 27 aprile 2018, n. 2554.

Innanzitutto, dà rilievo al tenore letterale della norma, la quale, pur richiedendo l'indicazione di detti oneri, non prevede espressamente la sanzione espulsiva in caso di omessa indicazione¹²⁶.

In secondo luogo, è stato sottolineato che l'art. 95, comma 10, va interpretato tenendo conto della previsione dell'art. 97, comma 5, lett. c), che prevede, in coerenza con l'art. 69, par. 2, lett. d), della direttiva 2014/24/UE¹²⁷ e con la disciplina europea di settore, che la stazione appaltante escluda il concorrente solo laddove, in sede di chiarimenti richiesti, detti oneri risultino incongrui¹²⁸.

Ancora, secondo questo orientamento, una soluzione automaticamente escludente si porrebbe in contrasto con i principi dell'Unione¹²⁹, nei casi in cui l'impresa dimostri, almeno in sede di giustificazioni¹³⁰, che so-

(126) Così E. MARZANO, *Il delicato equilibrio tra principi dell'Unione europea nella disciplina nazionale relativa al costo della manodopera negli appalti pubblici*, cit., 218. Cfr. Cons. Stato, sez. V, 4 ottobre 2019, n. 6688.

(127) In materia di "offerte anormalmente basse", che richiede il rispetto degli "obblighi applicabili in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dal diritto dell'Unione, dal diritto nazionale, da contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro".

(128) In materia di congruità degli oneri, si veda Cons. Stato, sez. V, 30 maggio 2022, n. 4365.

(129) Vengono in rilievo i principi della parità di trattamento e di proporzionalità che devono essere interpretati nel senso che non ostano al fatto di concedere a un tale offerente la possibilità di rimediare alla situazione e di adempiere detto obbligo entro un termine fissato dall'amministrazione aggiudicatrice. In argomento, cfr. M. CORRADINO, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 519 ss.

(130) In proposito, l'onere in questione non ha carattere meramente formale o addirittura formalistico, ma è strumentale alla verifica – non suscettibile di recupero a posteriori attraverso il soccorso istruttorio, trattandosi di elementi dell'offerta – che la formulazione della proposta negoziale, da parte dell'operatore economico concorrente, abbia sostanzialmente tenuto conto dei relativi costi. Ciò che deve ritenersi preclusa, è, allora, l'integrazione a posteriori della offerta incompleta, mentre non rileva (non precludendo il raggiungimento dello scopo informativo) la diversa e non illegittima articolazione delle indicazioni relative alle voci di costo. Alla luce di tale rilievo, assume importanza la circostanza che le giustificazioni preventive – pur attenendo alla valutazione dell'offerta in quanto anomala – fossero state, in conformità alla *lex specialis* di gara, allegate immediatamente e contestualmente all'offerta, sia pure in busta separata: con ciò, l'operatore economico ha sostanzialmente dimostrato di aver tenuto conto dei relativi costi, fornendone, di fatto, separata

stanzialmente la sua offerta comprende gli oneri per la sicurezza e che tali oneri sono congrui¹³¹.

Tale seconda impostazione, dunque, tende a garantire i principi di massima partecipazione alle gare, tassatività e tipicità delle cause di esclusione di cui all'art. 83, comma 8, del Codice, secondo cui le cause di esclusione da una procedura di gara, in quanto limitative della libertà di concorrenza, devono essere ritenute di stretta interpretazione¹³².

A seguito del contrasto interpretativo su richiamato, alcune ordinanze del Consiglio di Stato¹³³ e del Consiglio di giustizia amministrativa per la regione Sicilia¹³⁴, nel rappresentare il contrasto, hanno posto all'Adunanza plenaria i quesiti sulla necessità dell'indicazione dei costi di sicurezza e di manodopera nell'offerta economica e sulla possibilità di ricorrere al soccorso istruttorio. L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato¹³⁵ ha rimesso a sua volta la questione alla Corte di giustizia dell'Unione Europea¹³⁶, ritenendo necessario sottoporre al vaglio del giudice europeo la questione pregiudiziale circa la compatibilità della tesi dell'automatismo espulsivo con il diritto europeo.

ed immediata indicazione nel corpo della (complessiva) documentazione presentata. Si tratta, con ciò, di mera irregolarità e non di incompletezza dell'offerta (posto che gli oneri erano, di fatto, evidenziati, ancorché *aliunde*), per la quale non si giustifica il rigore, operante di regola, della preclusione alla postuma sanatoria, attraverso il ricorso al soccorso istruttorio.

(131) Cfr. Corte giust., sez. VI, 10 novembre 2016, in causa C-162/16, *Spinosa*.

(132) In tema cfr. Cons. Stato, sez. III, 4 agosto 2022, n. 6840; sez. V, 14 luglio 2022, n. 5990. Il giudice eurounitario e quello nazionale hanno chiarito che il principio del *clare loqui* vigente in tema di appalti impedisce che l'Amministrazione possa escludere un concorrente dalla gara in difetto di specifiche e univoche indicazioni provenienti dalla legge ovvero dagli atti di gara (in proposito, si veda una recentissima pronuncia del TAR Puglia – Lecce, 3 ottobre 2022, n. 1511).

(133) Cons. Stato, sez. V, 25 ottobre 2018, n. 6069 e sez. V, 26 ottobre 2018, n. 6122.

(134) CGA, 20 novembre 2018, nn. 772 e 773.

(135) Cons. Stato, Ad. plen., 24 gennaio 2019, n. 3. Si veda commento di P. SANDULLI.

(136) La Corte di giustizia dell'Unione europea ha la funzione di interpretare in maniera autentica e vincolante il diritto dell'Unione attraverso il meccanismo del rinvio pregiudiziale in forza dell'art. 234 dell'art. 267 del TFUE.

Al riguardo si deve ricordare che le menzionate ordinanze della Corte di giustizia hanno chiaramente delimitato l'ambito della compatibilità della legislazione nazionale con le direttive di settore.

In particolare, la Corte europea¹³⁷ ha affermato che l'obbligo di trasparenza, corollario del principio di parità di trattamento, ha come scopo quello di eliminare i rischi di favoritismo e di arbitrio da parte dell'amministrazione aggiudicatrice¹³⁸. Tale obbligo implica che tutte le condizioni e le modalità della procedura di aggiudicazione siano formulate in maniera chiara, precisa e univoca nel bando di gara o nel capitolato d'oneri, così da permettere a tutti gli offerenti ragionevolmente informati e normalmente diligenti di comprenderne l'esatta portata e d'interpretarle allo stesso modo¹³⁹.

Di conseguenza, nell'ipotesi in cui una condizione per la partecipazione alla procedura di aggiudicazione, a pena di esclusione da quest'ultima, non sia espressamente prevista dai documenti dell'appalto e possa essere identificata solo con un'interpretazione giurisprudenziale del diritto nazionale, l'amministrazione aggiudicatrice può accordare all'offerente escluso un

(137) Corte di giust. UE, sez. IX, 2 maggio 2019, C-319/18.

(138) Rileva la corte come la giurisprudenza Pippo Pizzo (Corte di giustizia UE del 2 giugno 2016, Pizzo, C-27/15, punto 36, in *Foro it.*, 2017, IV, 206, con nota di M. CONDORELLI), ha sancito i principi parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza che ostano all'esclusione dell'operatore quando l'obbligo violato non risulta dalla documentazione o dalla legge vigente, bensì da un'interpretazione (amministrativa o giudiziale) di tale diritto o di tali documenti finalizzata a colmare le lacune. Questi principi non possono ostare all'esclusione di un operatore economico dalla procedura di aggiudicazione di un appalto a causa del mancato rispetto da parte del medesimo di un obbligo imposto espressamente pena di esclusione dei documenti della gara o dalle disposizioni del diritto nazionale vigente in modo chiaro preciso ed univoco, atteso che, in tale ipotesi l'amministrazione aggiudicatrice non può ammettere qualsiasi rettifica a omissioni concernenti medesimi obblighi.

(139) Pertanto, in ossequio al fondamentale insegnamento della giurisprudenza eurounitaria, secondo cui l'inadempimento ad eventuali oneri dichiarativi può essere legittimamente sanzionato con l'esclusione solo laddove detti oneri siano stati espressamente previsti *"in maniera chiara, precisa e univoca"* dalla legge ovvero dalla disciplina speciale della singola gara, senza poter viceversa essere desunti da una mera interpretazione giurisprudenziale del diritto nazionale. In proposito, cfr. Cons. Stato, sez. V, 17 giugno 2022, n. 4965.

termine sufficiente per regolarizzare la sua omissione. Sotto altro aspetto, secondo la costante giurisprudenza della Corte, nell'applicare il diritto interno, i giudici nazionali (così come tutte le altre autorità interne) sono tenuti ad interpretarlo, per quanto possibile, alla luce del testo e dello scopo della direttiva trasposta, così da conseguire il risultato perseguito da quest'ultima e conformarsi, all'art. 288, terzo comma, TFUE. Tale obbligo d'interpretazione conforme, che assicura la piena efficacia del diritto dell'Unione, riguarda l'insieme delle disposizioni del diritto nazionale, sia anteriori che posteriori alla direttiva di cui trattasi¹⁴⁰.

Vanno poi segnalate le pronunce dell'Adunanza plenaria

del Consiglio di Stato del 2020 relative alla problematica su esaminata. In proposito, con provvedimenti n. 7¹⁴¹, n. 8¹⁴² e n. 14¹⁴³, l'Adunanza plenaria si è pronunciata in tema di mancata indicazione separata dei costi per la manodopera e per la sicurezza.

Riprendendo quanto deciso dalla Corte di giustizia dell'Unione europea nella causa C-309/18¹⁴⁴, è stato affermato che i principi di certezza del diritto, di parità di trattamento e di trasparenza devono essere interpretati nel senso che non ostano a una normativa nazionale secondo la quale la mancata indicazione separata dei costi di manodopera, in un'offerta economica presentata nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un

(140) In materia, cfr. R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2022, p. 151 ss.

(141) Ad. plen., 2 aprile 2020, n. 7. In questa sentenza si afferma che i principi della certezza del diritto, della parità di trattamento e di trasparenza, quali contemplati nella direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a una normativa nazionale, come quella oggetto del procedimento principale, secondo la quale la mancata indicazione separata dei costi della manodopera, in un'offerta economica presentata nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, comporta l'esclusione della medesima offerta senza possibilità di soccorso istruttorio, anche nell'ipotesi in cui l'obbligo di indicare i suddetti costi separatamente non fosse specificato nella documentazione della gara d'appalto, sempreché tale condizione e tale possibilità di esclusione siano chiaramente previste dalla normativa nazionale relativa alle procedure di appalti pubblici espressamente richiamata in detta documentazione. Tuttavia, se le disposizioni della gara d'appalto non consentono agli offerenti di indicare i costi in questione nelle loro offerte economiche, i principi di trasparenza e di proporzionalità devono essere interpretati nel senso che essi non ostano alla possibilità di consentire agli offerenti di sanare la loro situazione e di ottemperare agli obblighi previsti dalla normativa nazionale in materia entro un termine stabilito dall'amministrazione aggiudicatrice.

(142) Ad. plen., 2 aprile 2020, n. 8. In base a questa sentenza, Gli automatismi espulsivi conseguenti al mancato rispetto delle previsioni di cui all'art. 95, comma 10, del codice dei contratti pubblici, sono compatibili con il diritto europeo, come riconosciuto dalla Corte di giustizia UE con sentenza della Nona Sezione, 2 maggio 2019, causa C-309/18, con cui si è affermato: "I principi della certezza del diritto, della parità di trattamento e di trasparenza, quali contemplati nella direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a una normativa nazionale, come quella oggetto del procedimento principale, secondo la quale la mancata indicazione separata dei costi della manodopera, in un'offerta economica presentata nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, comporta l'esclusione della medesima offerta senza possibilità di soccorso istruttorio, anche nell'ipotesi in cui l'obbligo di indicare i suddetti costi separatamente non fosse specificato nella documentazione della gara d'appalto, sempreché tale condizione e tale possibilità di esclusione siano chiaramente previste dalla normativa nazionale relativa alle procedure di appalti pubblici espressamente richiamata in detta documentazione. Tuttavia, se le disposizioni della gara d'appalto non consentono agli offerenti di indicare i costi in questione nelle loro offerte economiche, i principi di trasparenza e di proporzionalità devono essere interpretati nel senso che essi non ostano alla possibilità di consentire agli offerenti di sanare la loro situazione e di ottemperare agli obblighi previsti dalla normativa nazionale in materia entro un termine stabilito dall'amministrazione aggiudicatrice".

(143) Ad. plen., ord. 9 luglio 2020, n. 14.

(144) La Corte di giustizia dell'Unione Europea (CGUE), con la sentenza 2 maggio 2019, (Causa C-309/18, Lavorgna s.r.l. contro Comune di Montelanico), pur accettando l'orientamento che osta all'esclusione di un operatore economico da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, per il mancato rispetto di un obbligo che non risulti espressamente dai documenti relativi a tale procedura o dal diritto nazionale vigente, bensì da un'interpretazione di tale diritto e di tali documenti, nonché dal meccanismo diretto a colmare, con un intervento delle autorità o dei giudici amministrativi nazionali, le lacune presenti in tali documenti (sentenza del 2 giugno 2016, Pizzo, C27/15), afferma che tale principio non può trovare applicazione nel caso oggetto del rinvio pregiudiziale, poiché, nella fattispecie concreta, l'obbligo di indicazione del costo della manodopera, benché non risultante dai documenti di gara, risulta previsto chiaramente dalla legge. Il legislatore italiano ha deciso, all'art. 83, comma 9, del d.lgs. 50/2016, di escludere dalla procedura di soccorso istruttorio, in particolare, l'ipotesi in cui le informazioni mancanti riguardino i costi della manodopera.

appalto pubblico, comporta l'esclusione della medesima offerta senza possibilità di soccorso istruttorio. Ciò, anche nell'ipotesi in cui il medesimo obbligo non fosse specificato nella documentazione della gara di appalto, purché tali condizioni siano chiaramente previste dalla normativa nazionale relativa alle procedure di appalti pubblici espressamente richiamata in detta documentazione.

Tuttavia, se le disposizioni della gara di appalto non consentono agli offerenti di indicare tali costi nelle loro offerte economiche, i principi di trasparenza e proporzionalità devono essere interpretati nel senso che non ostano alla possibilità di consentire agli offerenti di sanare la loro situazione e di ottemperare agli obblighi previsti dalla normativa nazionale in materia.

Alla luce di tale rilievo, assume importanza la circostanza che le giustificazioni preventive – pur attenendo alla valutazione dell'offerta in quanto anomala – fossero state, in conformità alla *lex specialis* di gara, allegate immediatamente e contestualmente all'offerta, sia pure in busta separata: con ciò, l'operatore economico ha sostanzialmente dimostrato di aver tenuto conto dei relativi costi, fornendone, di fatto, separata ed immediata indicazione nel corpo della (complessiva) documentazione presentata. Si tratta, con ciò, di mera irregolarità e non di incompletezza dell'offerta (posto che gli oneri erano, di fatto, evidenziati, ancorché aliunde), per la quale non si giustifica il rigore, operante di regola, della preclusione alla postuma sanatoria, attraverso il ricorso al soccorso istruttorio.

7. Considerazioni conclusive

L'attività negoziale della pubblica amministrazione è regolata, nella fase propedeutica alla stipula dei contratti d'appalto, da norme di diritto pubblico volte, da un lato, ad assicurare il corretto svolgimento del procedimento di selezione del contraente e, dall'altro, a far sì che la scelta ricada su un soggetto che offra sufficienti garanzie di adempimento, non solo delle prestazioni appaltate, ma, anche, di tutte le altre obbligazioni connesse alla loro esecuzione, ivi comprese quelle connesse ai costi ed obblighi di sicurezza.

Gli oneri di sicurezza rappresentano un elemento imprescindibile dell'offerta, cui l'elaborazione giu-

risprudenziale nazionale ed europea hanno dato, nel tempo, un significato diverso.

In materia di appalti pubblici, infatti, il tema della sicurezza assume carattere centrale, in quanto connesso in modo inscindibile al diritto alla salute, dotato di rilevanza costituzionale nel nostro ordinamento (art. 32 Cost.), nonché alla tutela del lavoratore (art. 35 Cost.).

In particolare, l'indicazione dei costi della sicurezza e degli oneri aziendali di sicurezza svolge una duplice funzione, non solo ai fini dell'eventuale giudizio di anomalia, ma, prima ancora, in sede di predisposizione dell'offerta economica. Ciò al fine di formulare un'offerta consapevole e completa dell'operatore economico, tale cioè da presentare il carattere della congruità, e, quindi serietà della stessa.

In questo contesto, si è inserito il dibattito giurisprudenziale esaminato, originato, in primo luogo, dalla necessità di garantire i principi di parità di trattamento¹⁴⁵, trasparenza¹⁴⁶, proporzionalità e *par condicio*. Con riferimento a tali principi, i Giudici di Palazzo Spada hanno ritenuto che la *ratio* degli obblighi di sicurezza è tale da comportare l'esclusione automatica dell'impresa che abbia omesso l'osservanza degli stessi, senza possibilità di soccorso istruttorio. Ancora, il dibattito è stato mosso dall'esigenza di tutela dell'affidamento e di certezza del diritto¹⁴⁷. In relazione a questi altri principi, la giurisprudenza

(145) La Corte di giustizia dell'Unione europea (sentenza 2 giugno 2016, C-27/15, Pippo Pizzo), ha statuito come il principio di parità di trattamento impone che tutti gli offerenti dispongano delle stesse possibilità nella formulazione delle loro offerte e implica, quindi, che tali offerte siano soggette alle medesime condizioni per tutti gli offerenti.

(146) Il principio di trasparenza, corollario del principio di parità di trattamento, ha come scopo quello di eliminare i rischi di favoritismo e di arbitrio da parte dell'Amministrazione aggiudicatrice. Tale obbligo implica che tutte le condizioni e le modalità della procedura di aggiudicazione siano formulate in maniera chiara, precisa e univoca nel bando di gara o nel capitolato d'oneri, così da permettere, da un lato, a tutti gli offerenti ragionevolmente informati e normalmente diligenti di comprenderne l'esatta portata ed interpretarle allo stesso modo.

(147) Le esigenze di "certezza del diritto", sono funzionali alla semplificazione ed accelerazione della tempistica nell'affidamento dei contratti pubblici, nel pieno rispetto della parità di trattamento e della trasparenza che costituiscono i criteri portanti sia della Direttiva 2014/24 UE e della normativa nazionale di attuazione.

ha ritenuto che non può farsi riferimento alla tutela dell'affidamento del contraente, alla luce del carattere imperativo della norma e dei requisiti professionali richiesti ad un operatore economico qualificato partecipante a una gara pubblica.

In conclusione, nel dialogo tra le Corti con un'iniziale distonia, poi ricomposta, tra la giurisprudenza del Consiglio di Stato e quella della Corte di Lussemburgo, si è assistito alla presenza di due orientamenti giurisprudenziali contrapposti, l'uno a favore della legittimità

dell'automatismo espulsivo dell'offerta che non abbia rispettato l'obbligo dell'indicazione degli oneri di sicurezza "interni o aziendali", e, l'altro, invece, favorevole, ricorrendo determinate condizioni, all'applicazione dell'istituto del soccorso istruttorio.

Nonostante il d.lgs. n. 50/2016, abbia ristretto il campo dell'interpretazione giuridica del citato comma 10 dell'art. 95, permangono dubbi sull'operatività del soccorso istruttorio, nei casi di mancata indicazione degli oneri di sicurezza in sede di offerta economica.

Aggiornamento dei computi metrici di progetto

di **Beatrice Armeli**

“ Nel nostro precedente contributo abbiamo provato a fotografare lo “stato dell’arte” dell’operatività dell’istituto della revisione dei prezzi nei servizi tecnici¹. Poiché il tema permane attuale e si arricchisce di ulteriori spunti alla luce di un recente arresto dell’ANAC e della bozza del nuovo Codice dei contratti pubblici, pare opportuno soffermarsi ancora su talune questioni – *de jure condito* e *de jure condendo* – esaminando un caso spesso ricorrente nella pratica, per portarlo a soluzione. ”

1. Il caso

A seguito di una procedura di affidamento di servizi di progettazione definitiva ed esecutiva, viene stipulato un contratto pubblico di appalto a corpo. Nell’anno 2020, il progettista affidatario provvede dunque, nei termini contrattuali pattuiti, a consegnare il progetto definitivo, che viene approvato, e successivamente il progetto esecutivo con i relativi computi metrici estimativi basati sui prezziari vigenti al momento della redazione. Fa seguito quindi la conferenza di servizi e la verifica del progetto, con notevole dilatazione dei tempi rispetto a quelli attesi. Nelle more poi dell’approvazione da parte della stazione appaltante, con contratto quindi ancora in corso, ai fini della validazione, il RUP richiede al medesimo progettista affidatario di aggiornare i suddetti computi metrici con riferimento ai nuovi prezziari nel frattempo intervenuti, in ossequio a quanto previsto dall’art. 26 del d.l. 17 maggio 2022, n. 50 (c.d. decreto Aiuti, convertito con modifiche dalla l. 15 luglio 2022, n. 91), senza però prevedere alcun aumento del corrispettivo e ciò sul presupposto che

quest’ultimo, in quanto determinato a corpo, non è passibile di adeguamento sulla base delle prestazioni effettivamente eseguite. Il contratto, inoltre, non prevede alcuna clausola revisionale del corrispettivo.

2. Le questioni giuridiche

- a) Il progettista affidatario può domandare un compenso aggiuntivo per l’attività di aggiornamento dei computi metrici estimativi di progetto già redatti, quand’anche il contratto di appalto sia stato stipulato “a corpo”?
- b) Se sì, in quali termini e con quali condizioni la stazione appaltante è tenuta a riconoscere il compenso aggiuntivo rivendicato?

3. Prima questione: attività di aggiornamento dei computi metrici e compenso aggiuntivo

Premesso in generale che i computi metrici estimativi di progetto devono essere aggiornati ai prezziari vigenti, occorre anzitutto chiarire il parametro temporale rispetto al quale verificare detto aggiornamento. In

(1) B. ARMELI, *La revisione del compenso nei servizi tecnici*, in questa *Rivista*, 2022, 11, pp. 11-23.

sostanza: i computi metrici devono basarsi sui prezzi vigenti al momento della redazione del progetto o dell'approvazione dello stesso? Considerato che l'attuale Codice dei contratti pubblici, al di là del predetto principio evincibile dal comma 16 dell'art. 23, non esplicita la questione², la risposta si ritrova in una regola ormai

radicata da tempo nella prassi, in quanto contenuta nel tutt'ora vigente art. 15, comma 15, primo periodo, del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207³ ("Regolamento di esecuzione e attuazione del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163"), a norma del quale "[i] progetti sono predisposti in conformità delle regole e norme tecniche stabilite dalle disposizioni vigenti in materia al momento della loro redazione". Per legge, dunque, i computi metrici estimativi di progetto devono essere aggiornati ai prezzi vigenti al momento della loro redazione.

Il 18 maggio 2022, tuttavia, è entrato in vigore il d.l. 17 maggio 2022, n. 50, il quale rientra tra i provvedimenti adottati dal legislatore per far fronte all'eccezionale aumento dei prezzi delle materie prime registratosi a partire dagli ultimi mesi del 2020. In particolare, l'art. 26 dispone che i prezzi regionali vengano eccezionalmente aggiornati entro il 31 luglio dell'anno in corso e che, nelle more di tale aggiornamento, le stazioni appaltanti determinino i prezzi con un aumento immediato fino al 20% rispetto ai prezzi vigenti⁴. In particolare, il comma 2, terzo

(2) L'art. 23, comma 7, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 si limita infatti a prevedere che "il progetto definitivo contiene [...] la quantificazione definitiva del limite di spesa per la realizzazione e del relativo cronoprogramma, attraverso l'utilizzo, ove esistenti, dei prezzi predisposti dalle regioni e dalle province autonome territorialmente competenti, di concerto con le articolazioni territoriali del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, secondo quanto previsto al comma 16". Quest'ultimo, poi, stabilisce che "[p]er i contratti relativi a lavori il costo dei prodotti, delle attrezzature e delle lavorazioni è determinato sulla base dei prezzi regionali aggiornati annualmente. Tali prezzi cessano di avere validità il 31 dicembre di ogni anno e possono essere transitoriamente utilizzati fino al 30 giugno dell'anno successivo, per i progetti a base di gara la cui approvazione sia intervenuta entro tale data. In caso di inadempienza da parte delle Regioni, i prezzi sono aggiornati, entro i successivi trenta giorni, dalle competenti articolazioni territoriali del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti sentite le Regioni interessate. Fino all'adozione delle tabelle di cui al presente comma, si applica l'articolo 216, comma 4". L'art. 216, comma 4, rinvia a sua volta al d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 (v. *infra*, nota 3). V. anche art. 29, comma 12, del d.l. 27 gennaio 2022, n. 4 (Decreto Sostegni-ter, conv. con modif. dalla l. 28 marzo 2022, n. 25), ai sensi del quale "[a] fine di assicurare l'omogeneità della formazione e dell'aggiornamento dei prezzi di cui all'articolo 23, comma 7, del decreto legislativo n. 50 del 2016, con decreto del Ministro delle infrastrutture e della mobilità sostenibili, adottato, entro il 30 aprile 2022 [...] sono approvate apposite linee guida per la determinazione di detti prezzi". Da ultimo, in deroga al comma 11 del predetto art. 29 e con abrogazione del comma 11-bis dello stesso, v. art. 26 del d.l. 17 maggio 2022, n. 50 (Decreto Aiuti, conv. con modif. dalla l. 15 luglio 2022, n. 91), il cui comma 2 prevede che "in deroga alle previsioni di cui all'articolo 23, comma 16, terzo periodo, del codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016, e limitatamente all'anno 2022, le regioni, entro il 31 luglio 2022, procedono ad un aggiornamento infrannuale dei prezzi in uso alla data di entrata in vigore del presente decreto [18 maggio 2022], in attuazione delle linee guida di cui all'articolo 29, comma 12, del decreto-legge 27 gennaio 2022, n. 4 [...]. In caso di inadempienza da parte delle regioni, i prezzi sono aggiornati, entro i successivi quindici giorni [ovvero entro il 15 agosto 2022], dalle competenti articolazioni territoriali del Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili, sentite le regioni interessate. [...]". Il successivo comma 3 stabilisce inoltre che "[n]elle more della determinazione dei prezzi regionali ai sensi del comma 2 e in deroga alle previsioni di cui all'articolo 29, comma 11,

del decreto-legge n. 4 del 2022, le stazioni appaltanti, per i contratti relativi a lavori, ai fini della determinazione del costo dei prodotti, delle attrezzature e delle lavorazioni, ai sensi dell'articolo 23, comma 16, del decreto legislativo n. 50 del 2016, incrementano fino al 20 per cento le risultanze dei prezzi regionali di cui al comma 7 del medesimo articolo 23, aggiornati alla data del 31 dicembre 2021. [...]".

(3) A norma dell'art. 217, comma 1, lett. u), n. 1), del d.lgs. 50/2016, detto articolo risulta abrogato con effetto dalla data di entrata in vigore degli atti attuativi del medesimo d.lgs. 50/2016. Nella specie, tuttavia, ancora manca lo specifico atto attuativo. In particolare, secondo quanto previsto dall'art. 23, comma 3, del d.lgs. 50/2016, "[c]on il regolamento di cui all'articolo 216, comma 27-octies, sono definiti i contenuti della progettazione nei tre livelli progettuali [...]. Fino alla data di entrata in vigore di detto regolamento, si applica l'articolo 216, comma 4". Il già menzionato art. 216, comma 4, dello stesso Codice prevede a sua volta che "[f]ino alla data di entrata in vigore del decreto di cui all'articolo 23, comma 3, continuano ad applicarsi le disposizioni di cui alla parte II, titolo II, capo I, nonché gli allegati o le parti di allegati ivi richiamate del decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207". Per quel che dunque rileva ai nostri fini, del d.P.R. 207/2010 risultano ad oggi vigenti, in particolare, gli articoli da 14 a 43, relativi alla "Progettazione".

(4) Il comma 1 dell'art. 26 prevede quindi che, per gli appalti pubblici di lavori aggiudicati sulla base di offerte presentate entro il termine del 31 dicembre 2021, lo stato di avanzamento dei lavori riguardante lavorazioni eseguite e contabilizzate dal direttore lavori, ovvero annotate da

periodo, della norma in esame prevede che i nuovi prezziari siano utilizzati nelle procedure di affidamento avviate successivamente alla data di entrata in vigore del decreto e sino al 31 dicembre 2022, con utilizzo transitorio fino al 31 marzo 2023, per i progetti approvati entro tale data.

Dunque, la richiesta della stazione appaltante di procedere all'aggiornamento dei prezzi, in attuazione delle disposizioni in questione, si traduce per il titolare dell'incarico di progettazione (ma lo stesso sarebbe a dirsi anche con riguardo al titolare dell'incarico di direzione lavori) che abbia già provveduto nei termini contrattuali pattuiti a redigere i computi metrici estimativi di progetto (o la contabilità dei lavori) sulla base dei prezziari vigenti al momento della loro redazione, in una richiesta di nuove prestazioni, ad integrazione di quelle considerate ai fini della determinazione del compenso a base di gara, per le quali si pone il problema dell'eventuale adeguamento del corrispettivo contrattualmente definito, anche in virtù del principio dell'equo compenso⁵.

Considerato che:

- *“al fine di garantire il principio dell'equo compenso [...], al professionista non possono essere richieste prestazioni ulteriori rispetto a quelle a base di gara, che non sono state considerate ai fini della determinazione dell'importo a base di gara”* (Linee guida ANAC n. 1, parte III, punto 2, pag. 8);
- *“in ragione del principio dell'equo compenso del professionista, nel bilanciamento dei contrapposti interessi, l'interesse privato non può essere sacrificato rispetto a quello pubblico e generale fino al punto di compromettere l'equità della remunerazione”* (ANAC, Delibera 26 gennaio 2022, n. 31);

quest'ultimo nel libretto delle misure dal 1° gennaio 2022 fino al 31 dicembre 2022, venga adottato applicando i prezziari regionali aggiornati secondo le suddette modalità. Peraltro, nell'ipotesi in cui il direttore dei lavori abbia già adottato lo stato di avanzamento dei lavori e il responsabile unico del procedimento abbia emesso il certificato di pagamento, in relazione alle lavorazioni effettuate tra il 1° gennaio 2022 e la data di entrata in vigore del decreto legge, il predetto articolo 26 prevede che venga emesso un certificato di pagamento straordinario recante la determinazione, secondo le modalità sopra richiamate, dell'acconto del corrispettivo di appalto relativo alle lavorazioni effettuate e contabilizzate a far data dal 1° gennaio 2022.

(5) V. art. 13-bis della l. 31 dicembre 2012, n. 247.

Le richieste di aggiornamento del computo metrico estimativo di progetto o della contabilità dei lavori che pervengano successivamente alla loro redazione e consegna entro i termini contrattuali pattuiti devono considerarsi attività aggiuntive che devono essere remunerate in modo corrispondente alle ulteriori attività effettivamente svolte, come espressamente affermato dall'ANAC nel Comunicato 8 novembre 2022.

3.1. Compenso aggiuntivo per attività di aggiornamento dei computi metrici in caso di contratto “a corpo”

La conclusione non muta per il caso in cui il contratto di appalto sia stato stipulato a corpo, ovvero con l'indicazione di un importo a titolo di corrispettivo unitario e tendenzialmente invariabile, comprensivo di tutte le prestazioni oggetto dell'affidamento. In particolare, nel contratto “a corpo”, il corrispettivo contrattuale si riferisce alla prestazione complessiva come eseguita e dedotta dal contratto (art. 3, comma 1, lett. dddd), d.lgs. 50/2016) e per le prestazioni a corpo il prezzo offerto rimane fisso e non può variare in aumento o in diminuzione, secondo la qualità e la quantità effettiva dei servizi eseguiti (art. 59, comma 5-bis, d.lgs. 50/2016). È noto come rispetto a tali contratti si siano registrate numerose difficoltà per gli operatori, considerando che la stazione appaltante non consente, in linea di massima, variazioni dei compensi previsti dalla documentazione di gara, che rimangono immutabili pure nell'ipotesi di aumento delle prestazioni in sede di esecuzione del contratto e anche in caso di aumento rilevante dell'importo dei lavori. È evidente infatti come la mancata corrispondenza tra le prestazioni indicate nei documenti di gara e quelle poi concretamente poste in essere – imprescindibili per dare corretta esecuzione al contratto, come quando nell'elenco delle prestazioni oggetto del bando non vengano menzionati indagini, rilievi e altri studi indispensabili – comporti un aumento dei costi a carico dell'aggiudicatario, a cui, però, non corrisponde alcun aumento dei compensi proprio in ragione della previsione del corrispettivo a corpo. A riguardo pare allora opportuno ricordare che solo sulla base dell'immutabilità della prestazione principale, si può parlare di un'immutabilità del compenso a corpo. Pertanto, quest'ultimo può subire variazioni, a seconda delle circostanze, qualora l'oggetto del contratto subisca a sua volta modifiche. Il prezzo con-

venuto, inoltre, è fisso ed invariabile, solo ove risulti rispettato dalle parti l'obbligo di comportarsi secondo buona fede ai sensi dell'art. 1175 c.c., e dunque siano stati correttamente rappresentati dall'appaltante tutti gli elementi che possono influire sulla previsione di spesa dell'appaltatore. Pertanto, così come affermato dalla giurisprudenza civile⁶, solo in questo caso, grava sull'appaltatore il rischio relativo all'ulteriore quantità di lavoro che si renda necessaria rispetto a quella prevedibile, dovendosi ritenere che la maggiore onerosità dell'opera (o del servizio) rientri nell'alea normale del contratto. Diversamente, quando il progetto a base di gara non sia compiuto e dettagliato, ovvero quando non siano stati correttamente rappresentati tutti gli elementi che possono influire sulla previsione di spesa, anche a causa di negligenza o imperizia dell'amministrazione in sede di progettazione, ovvero per insufficienza di indagini tecniche o studi, si può ritenere che l'intervenuta maggiore onerosità non rientri nell'alea normale del contratto, essendosi ingenerata nell'appaltatore un'erronea rappresentazione – inevitabile con l'impiego della diligenza da lui esigibile – in ordine ai costi ed alle modalità esecutive. Da qui il conseguente necessario superamento della soglia fissa ed invariabile del prezzo fissato a corpo.

Quanto anzidetto trova ulteriore conferma nel già menzionato Comunicato dell'ANAC 8 novembre 2022, ove, in ordine alla questione dell'immodificabilità del prezzo nei contratti a corpo, viene evidenziato – sulla base del predetto orientamento giurisprudenziale ormai consolidato e fatto proprio dalla stessa Autorità⁷ – come tale principio non sia assoluto ed inderogabile, ma trovi un limite nella pedissequa rispondenza dell'opera da eseguire ai disegni esecutivi ed alle specifiche tecniche forniti dalla stazione appaltante, sulla base dei quali l'offerente ha eseguito i propri calcoli e le proprie stime economiche e si è determinato a formulare la propria offerta, ritenendola congrua e conveniente rispetto alle prestazioni da eseguire. Infatti, soltanto se l'opera da eseguire è descritta in modo preciso, sulla base di un

progetto dettagliato che include tutti gli elaborati necessari, il concorrente potrà sopportare il rischio delle quantità rispetto al prezzo pattuito senza che ciò legittimi la trasformazione dell'appalto in un contratto aleatorio e ciò anche tenendo conto degli obblighi di correttezza e buona fede che discendono dagli artt. 1175 e 1375 c.c.

Ne consegue pertanto che, se l'incremento delle prestazioni da eseguire risulti di rilevante entità e derivi da carenze quantitative e qualitative della progettazione originaria, l'affidatario ha diritto ad un compenso ulteriore per i lavori (o servizi) aggiuntivi eseguiti su richiesta del committente o per effetto di varianti. Detto compenso, poi, dovrà essere calcolato "a misura" limitatamente alle quantità variate. Dunque, anche nell'appalto a corpo le prestazioni introdotte in variazione dell'originaria prestazione devono essere, comunque, oggetto di autonomo apprezzamento, con conseguente erogazione del corrispondente corrispettivo. L'invariabilità del corrispettivo, infatti, comporta l'indifferenza delle eventuali maggiori o minori quantità nella realizzazione della prestazione contrattuale, ma non si riferisce all'esecuzione di prestazioni ulteriori rispetto a quelle oggetto di affidamento.

È quindi alla luce di tali considerazioni che occorre risolvere il caso in esame. Pertanto, considerato che:

- la previsione contrattuale secondo cui i servizi si intendono compensati a corpo, in misura fissa ed invariabile (generalmente intendendosi compresi nel prezzo tutti gli oneri e le alee a carico dell'affidatario per l'esecuzione a perfetta regola d'arte delle attività affidate), non vale ad escludere il riconoscimento economico per quelle prestazioni ulteriori rese necessarie proprio per l'esatta esecuzione delle attività affidate;
- l'attività di aggiornamento dei computi metrici estimativi di progetto, già redatti secondo norma di legge sulla base dei prezziari vigenti al momento della loro redazione, richiesta dalla stazione appaltante dopo la consegna del progetto avvenuta nei termini contrattuali, in virtù di una sopravvenuta normativa (intervenuta peraltro in un tempo in cui il progetto avrebbe già dovuto essere approvato), costituisce una prestazione ulteriore rispetto a quelle oggetto di affidamento;
- solo nei limiti in cui, alla stregua dell'interpretazione del contratto, la prestazione da eseguirsi sia

(6) V. ad esempio: Cass. civ., sez. I, 23 settembre 2021, n. 25828.

(7) Cass. civ. sez. I, 7 giugno 2012, n. 9246; Id., ord., 25 settembre 2017, n. 22268. Cfr. anche dell'Autorità: Deliberazione 21 febbraio 2002, n. 51 e Deliberazione 12 novembre 2014, n. 18.

corrispondente – ovvero inglobata – a quella patuita, il corrispettivo può e deve rimanere fisso ed invariabile;

- viceversa, una volta riconosciute dette prestazioni ulteriori, inizialmente non identificate, non si può non riconoscere altresì il corrispettivo dovuto per le stesse,

si conclude nel senso che **al progettista affidatario deve riconoscersi il compenso aggiuntivo per l'aggiornamento dei computi metrici estimativi di progetto, già redatto e consegnato in termini, anche nel caso in cui il contratto di appalto sia stipulato a corpo**, come confermato, ancora una volta, dall'ANAC nel Comunicato 8 novembre 2022.

In particolare, l'Autorità, ad integrazione delle indicazioni fornite nelle Linee guida n. 1 e nel proprio Comunicato del 3 febbraio 2021⁸, chiarisce che *“non solo è necessario che la documentazione di gara riporti l'elenco dettagliato delle prestazioni oggetto dell'incarico e i relativi corrispettivi (secondo i criteri stabiliti dal DM 17 Giugno 2016 (c.d. Decreto Parametri) ma che qualsiasi prestazione non espressamente considerata deve ritenersi al di fuori del vincolo contrattuale e potrà essere richiesta in corso di esecuzione nei limiti in cui è consentito all'amministrazione esercitare lo ius variandi”*.

Il problema, allora, si sposta sulla modalità di riconoscimento del compenso aggiuntivo che dovrà necessariamente passare per un'applicazione dell'art. 106 del Codice dei contratti pubblici.

5. Seconda questione: modifica contrattuale

Alla luce di quanto sopra, può dunque dirsi che l'eventuale riconoscimento di un compenso aggiuntivo per le ulteriori prestazioni richieste, declinate nell'aggiornamento dei computi metrici estimativi, passi inevitabilmente attraverso una modifica dell'oggetto del contratto di appalto a corpo. In altri termini, in corso d'opera l'importo del corrispettivo può subire variazioni nel momento in cui si manifesti l'esigenza di introdurre modifiche in conseguenza di una delle circostanze riconducibili a quelle contemplate dalle disposizioni legislative vigenti e, in particolare, al verificarsi delle

fattispecie previste dall'art. 106 del Codice dei contratti pubblici.

Tuttavia, per quanto l'ANAC indichi la “via maestra”, la stessa non esplicita il percorso che si dipana da tale via per giungere alla “meta” ovvero all'obiettivo di riconoscere concretamente il compenso aggiuntivo per l'aggiornamento dei computi metrici attraverso una delle modalità consentite per legge.

Con riguardo al caso di specie, non si rinvencono nel contratto – né evidentemente a monte negli atti di gara – clausole di rinegoziazione espresse volte a disciplinare in modo puntuale eventuali modifiche, specificatamente in termini di oggetto e importi, in sede di esecuzione contrattuale. Pertanto, la disciplina di cui all'art. 106, comma 1, lett. a), del Codice non è qui invocabile.

Poiché dunque la stazione appaltante non ha esercitato la facoltà ivi prevista e, in virtù del tempo di stipula del contratto, quest'ultimo si sottrae all'obbligo prescritto dall'art. 29, comma 1, lett. a), del d.l. 27 gennaio 2022, n. 4 (decreto Sostegni *ter*, conv. con modif. dalla l. 28 marzo 2022, n. 25)⁹, la modifica in questione potrebbe determinarsi in virtù di una “variante in corso d'opera”, ai sensi dell'art. 106, comma 1, lett. c), del d.lgs. 50/2016, necessitata da una circostanza imprevista e imprevedibile per l'amministrazione, quale la sopravvenienza di nuove disposizioni legislative, dettate, nella specie, dall'art. 26 del d.l. 50/2022. Sarebbe in particolare proprio la sopravvenienza normativa a far preferire, nel caso in questione, detta soluzione rispetto all'alternativa contemplata dalla lett. b) dello stesso comma, che, come noto, si riferisce alle prestazioni supplementari, ovvero prestazioni ulteriori, funzionalmente connesse a quelle originarie dedotte in contratto, che si rendono necessarie – sempre comunque per ragioni sopravvenute rispetto all'aggiudicazione – al fine di assicurare il servizio principale oggetto del contratto iniziale. Il fatto peraltro che, in detta seconda ipotesi, la stazione appaltante debba dar prova di condizioni cumulative particolarmente stringenti affinché l'oggetto del contratto possa essere modificato senza necessità di bandire una nuova gara

(8) “Corrispettivi a base di gara per le procedure di affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria”.

(9) Ovvero all'obbligo – decorrente dal 27 gennaio 2022 al 31 dicembre 2023 – di inserire, nei documenti di gara iniziali, “delle clausole di revisione dei prezzi previste dall'art. 106, comma 1, lett. a), primo periodo, del Codice dei contratti pubblici”.

per i servizi ulteriori¹⁰ e che poi la modifica debba essere non solo adeguatamente pubblicizzata dalla stazione appaltante, come per il caso di variante (*ex art. 106, comma 5, del Codice*), ma anche comunicata all'ANAC (*ex art. 106, comma 8, del Codice*), rende decisamente l'opzione più gravosa, anche se astrattamente idonea. Viceversa, la sussistenza delle condizioni poste dalla lett. c) per l'operare della modifica in questione dovrebbe risultare di palmare evidenza, posto che:

- tra le “*circostanze impreviste e imprevedibili*” rientra per espressa previsione di legge – ancorché a titolo esemplificativo e non esaustivo – proprio la sopravvenienza di nuove disposizioni legislative, come in effetti si pone l'entrata in vigore del d.l. 50/2022 rispetto al contratto in essere;
- l'aggiornamento dei computi metrici estimativi di progetto non altera affatto la “*natura generale del contratto*”;
- l'eventuale aumento di prezzo, determinato dalla modifica, non è verosimilmente tale da eccedere il 50% del valore del contratto iniziale (condizione che opera nei soli settori ordinari *ex art. 106, comma 7*).

Dunque, la necessità di utilizzare nuovi prezziari per le gare a venire, e quindi la necessità che il progetto che verrà posto a base di gara si basi su computi metrici estimativi aggiornati, in ottemperanza a quanto dettato dall'art. 26 del decreto Aiuti:

(10) In particolare, ai sensi del combinato disposto di cui al comma 1, lett. b) e comma 7 dell'art. 106 del d.lgs. 50/2016, le condizioni che devono ricorrere cumulativamente affinché l'oggetto del contratto possa essere modificato con la previsione di prestazioni supplementari da parte dello stesso affidatario sono:

- 1) l'impossibilità di natura economica o tecnica di procedere ad un cambio di contraente da parte della stazione appaltante (non è invece sufficiente la generica sussistenza di un vantaggio di tipo tecnico);
- 2) l'implicazione di notevoli disguidi o di una consistente duplicazione dei costi, da parte della stazione appaltante, per l'indizione di una nuova procedura di affidamento;
- 3) la non eccedenza del 50% del valore del contratto iniziale, nel senso che la modifica per necessità di prestazioni supplementari è consentita, senza una nuova gara, se l'aumento del prezzo non supera la predetta soglia del 50% (condizione che opera nei soli settori ordinari), con la precisazione che detta limitazione si applica al valore di ciascuna modifica (ovvero, in caso di più modifiche successive, si ha riguardo al valore del contratto iniziale aumentato del valore delle varianti precedentemente disposte).

- rappresenta il sostrato giuridico-normativo della richiesta da parte della stazione appaltante al progettista affidatario di provvedere all'aggiornamento dei computi metrici di progetto già redatti quale prestazione ulteriore rispetto a quelle oggetto di affidamento;
- e legittima la modifica contrattuale *ex art. 106, comma 1, lett. c)*, del d.lgs. 50/2016, introducendosi un'attività aggiuntiva da remunerare in misura corrispondente al servizio prestato.

Chiaramente, anche in questo caso, resta fermo quanto previsto dal comma 12 del medesimo art. 106 per tutte le ipotesi in cui una delle modifiche consentite determini una variazione dell'importo contrattuale¹¹. Pertanto:

- a) se tale variazione è contenuta nei limiti del quinto ovvero del 20% dell'importo contrattuale originario, la stazione appaltante potrà imporre all'affidatario l'esecuzione alle stesse condizioni previste nel contratto iniziale e, in tal caso, l'affidatario non può far valere il diritto alla risoluzione del contratto;
- b) se, invece, si eccede il limite suddetto, l'affidatario potrà esigere una rinegoziazione delle condizioni contrattuali, eventualmente esercitando, in caso di esito negativo, il diritto alla risoluzione del contratto¹².

(11) Con Delibera 16 giugno 2021, n. 461, l'ANAC ha chiarito che “*il comma 12 dell'articolo 106 del codice dei contratti pubblici disciplina gli obblighi contrattuali che insorgono in capo alle parti nel caso in cui, in fase di esecuzione, si renda necessario un aumento delle prestazioni dedotte in contratto. La previsione si rende necessaria stante l'impossibilità di disciplinare le modifiche impreviste e imprevedibili, in via preventiva, al momento della predisposizione dei documenti di gara*”.

(12) Cfr. Nota MIT 2 luglio 2018. Questa è peraltro anche l'interpretazione sposata dall'ANAC, con il chiarimento fornito nel proprio Comunicato del 23 marzo 2021, ove si spiega che il comma 12 dell'art. 106 concerne, esclusivamente, le modalità di affidamento delle modifiche/varianti in corso di esecuzione, nei riguardi dell'appaltatore. In altri termini, ai sensi del citato comma 12, (solo) qualora la necessità di modificare il contratto in corso di esecuzione sia riconducibile ad una delle ipotesi contemplate ai commi 1 e 2 dell'art. 106, l'appaltatore è soggetto all'obbligo di esecuzione delle prestazioni in variante, senza poter chiedere una rinegoziazione del corrispettivo nell'ipotesi in cui l'importo delle stesse sia inferiore al 20% dell'importo originario del contratto. In caso di superamento di detto limite, l'appaltatore ha invece il diritto di “rinegoziare” condizioni, patti e prezzi per l'esecuzione delle prestazioni variate e, in difetto di accordo, di far valere il proprio diritto alla risoluzione del contratto.

Quanto poi alla determinazione concreta dei corrispettivi dovuti per le attività relative alla progettazione ed alla direzione lavori in conseguenza dell'aggiornamento dei prezzi, deve segnalarsi la **circolare del Consiglio nazionale degli ingegneri del 18 novembre** scorso, intervenuta proprio a seguito dell'ultimo Comunicato dell'ANAC. Nel documento, in particolare, si spiega che:

- nell'ipotesi in cui l'aggiornamento dei prezzi intervenga precedentemente all'aggiudicazione dei lavori, il corrispettivo dovuto è quello derivante dall'applicazione delle aliquote QbIII.03 "*Computo metrico estimativo, quadro economico, elenco prezzi ed eventuale analisi, quadro dell'incidenza percentuale della quantità di manodopera*" e QbIII.04 "*Schema di contratto, capitolato speciale d'appalto, cronoprogramma*" della Tavola Z-2, d.m. 17 giugno 2016, sul nuovo importo delle opere; nel caso sottoposto ad esame, dunque, queste saranno le indicazioni da seguire;
- per quanto attiene invece alla Direzione lavori, il corrispettivo dovuto per le aliquote Qcl.01 "*Direzione lavori, assistenza al collaudo, prove di accettazione*" e Qcl.09 "*Contabilità dei lavori a misura*" e Qcl.10 "*Contabilità dei lavori a corpo*" andrà calcolato sul consuntivo lordo comprensivo degli incrementi dovuti alle variazioni dei prezzi unitari;
- infine per le attività progettuali intervenute in fase di esecuzione connesse all'adeguamento dei prezzi, il corrispettivo sarà dato dall'applicazione dell'aliquota Qcl.07 "*Variante delle quantità del progetto in corso d'opera*".

5.1. Rimedi residui

Poiché – come indicato dalla stessa ANAC nel suo ultimo Comunicato – qualunque prestazione, che non sia stata espressamente *ab origine* dedotta, deve ritenersi al di fuori del vincolo contrattuale e può essere richiesta in corso di esecuzione solo nei limiti in cui è consentito all'amministrazione esercitare lo *ius variandi*, gioco-forza il compenso aggiuntivo per l'attività di aggiornamento dei computi metrici estimativi di progetto può riconoscersi solo se a monte si procede per una modifica del contratto ai sensi dell'art. 106 del Codice. In caso contrario, i rimedi esperibili dall'affidatario dinanzi alla richiesta di attività aggiuntive non remunerate non potranno che tradursi:

- nell'azione civilistica di risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta ai sensi dell'art. 1467 c.c., volta ad ottenere lo scioglimento dal vincolo contrattuale a causa del venir meno del sinallagma contrattuale;
- ovvero nell'azione di arricchimento *ex art. 2041* c.c., al fine di ottenere la condanna della stazione appaltante a corrispondere una somma di denaro a titolo di indennizzo, correlato al depauperamento subito dall'operatore economico.

Tuttavia ne sono evidenti i limiti, posto che detti rimedi devono essere azionati dinanzi al giudice civile, con un'evidente dilatazione dei tempi e delle spese che l'operatore economico verrebbe a sostenere. Gli stessi, inoltre, non consentono il ripristino dell'equilibrio contrattuale e la prosecuzione del contratto stesso, comportando, nel caso di accoglimento della domanda, il venir meno del contratto stipulato¹³.

6. Postilla

Già da quanto emerge rileggendo la giurisprudenza civile sopra menzionata, nonché gli arresti dell'ANAC, e in particolare il Comunicato 8 novembre 2022, appare chiaro come quanto sin qui esposto valga, *mutatis mutandis*, per qualunque altra ipotesi di prestazione ulteriore non preventivata nel contratto di appalto (a corpo), ovvero per tutte quelle prestazioni aggiuntive e/o integrative rispetto a quelle considerate ai fini della determinazione del compenso a base di gara, come ad esempio indagini, rilievi e altri studi ritenuti imprescindibili per dare corretta esecuzione al contratto. Come noto, la questione è avvertita in particolar modo nei casi di omissione di un livello di progettazione ai sensi dell'art. 23, comma 4, del d.lgs. 50/2016¹⁴. Anche in

(13) In tal senso, v. anche Osservazioni OICE, 20 maggio 2022, in sede di audizione presso le Commissioni 1° e 7° riunite del Senato per la conversione in legge del d.l. 36/2022, recante ulteriori misure di attuazione del PNRR.

(14) In tal caso, peraltro, l'ANAC ha già chiarito che in caso di omissione del livello di progettazione definitivo, ai fini del calcolo del compenso del progettista, e dunque della base d'asta, la stazione appaltante deve tenere conto di tutte le prestazioni indispensabili per l'espletamento dell'incarico oggetto dell'affidamento, anche se riconducibili al livello di progettazione omesso. Pertanto, le prestazioni eseguite dal professionista riconducibili al livello di progettazio-

detti casi, dunque, il compenso aggiuntivo deve essere riconosciuto sulla base di una modifica contrattuale ex art. 106 del Codice¹⁵.

Inoltre, occorre osservare come le conclusioni cui giunge l'ANAC nel predetto Comunicato siano state rese "ad integrazione delle indicazioni fornite nelle Linee guida n. 1". Ed è ormai intendimento consolidato quello secondo il quale tali Linee guida, sebbene non vincolanti, forniscono alle stazioni appaltanti indicazioni su come applicare la normativa di settore, potendo quindi essere disattese solo in forza di un atto che contenga un'adeguata e puntuale motivazione, anche a fini di trasparenza, in riferimento alle ragioni della diversa scelta amministrativa¹⁶. Da ciò consegue che laddove la stazione appaltante non intenda riconoscere il compenso aggiuntivo richiesto a fronte di attività ulteriori rese dall'affidatario dovrà adeguatamente motivare la scelta, giustificandola non già in virtù della stipula a corpo del contratto, ma quantomeno nel senso che non ricorrono – specificatamente – le condizioni di cui all'art. 106 del Codice, pena l'attivazione di contenzioso da parte dell'affidatario.

7. In prospettiva

Le direttive esplicitate dagli orientamenti correnti si pongono in linea con quelli che dovrebbero essere i principi informativi del nuovo Codice dei contratti pub-

blici, alla luce dello schema preliminare, redatto in seno al Consiglio di Stato¹⁷. Tra gli altri, sembrano peraltro rilevare, con riguardo alle questioni qui esaminate, il principio della fiducia di cui all'art. 2, il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale di cui all'art. 9, tradotto anche nell'inserimento del contratto di clausole di rinegoziazione e di clausole di revisione dei prezzi (v. art. 60), e, non per ultimo, il divieto di prestazioni d'opera intellettuale a titolo gratuito di cui all'art. 8. Il secondo comma di tale disposizione stabilisce in particolare che "[l]e prestazioni d'opera intellettuale non possono essere rese dai professionisti gratuitamente. In tali casi la pubblica amministrazione garantisce comunque l'applicazione del principio dell'equo compenso". La riconduzione dei servizi di ingegneria e architettura nell'ambito delle prestazioni d'opera intellettuale dovrebbe quindi essere garanzia di necessaria onerosità del contratto di affidamento, con vantaggio economico diretto per il professionista, senza trovare eccezione neppure nei settori speciali, in virtù di quanto previsto dall'art. 141, comma 3, che richiama tra le norme applicabili anche quella relativa al divieto di prestazioni professionali gratuite, seppur, per refuso, citando erroneamente l'art. 6, anziché l'art. 8 in questione.

Dunque qualunque prestazione richiesta, perché dedita in contratto o perché resasi necessaria in corso d'esecuzione con modifica contrattuale, deve essere remunerata.

ne definitiva omesso andranno remunerate applicando il parametro "Q" di specificità della prestazione proprio del livello progettuale di riferimento; in altre parole, il riassorbimento del livello definitivo in quello esecutivo non dovrebbe comportare il riassorbimento della remunerazione della prestazione riconducibile al livello definitivo in quella della corrispondente prestazione svolta a livello esecutivo, a meno che quest'ultima non sia più elevata in quanto caratterizzata da un parametro "Q" maggiore (cfr. delibera 22 gennaio 2022, n. 31).

(15) A riguardo, per approfondimenti, sia consentito rinviare a: B. ARMELI, *Servizi di progettazione e compenso aggiuntivo: presupposti e limiti in caso di appalto a corpo*, in questa Rivista, 2021, 12, pp. 35-45.

(16) *Ex multis*: ANAC, delibera 20 settembre 2022, n. 434, con avallo anche della giurisprudenza amministrativa.

(17) Cfr. la bozza provvisoria del 20 ottobre 2022.

La commissione tecnica di gara negli appalti di forniture e servizi: compiti, funzioni e responsabilità anche alla luce del nuovo codice dei contratti

Con schema di determinazione per la nomina della commissione

di **Salvio Biancardi**

“ La composizione e il funzionamento della commissione giudicatrice è attualmente disciplinati dagli artt. 77 e 78 d.lgs. n. 50 del 2016 e altresì integrata dalle linee guida dell'ANAC n. 5 del 2016, aggiornate al d.lgs. n. 56 del 19 aprile 2017. Tuttavia, la disciplina è stata oggetto di sospensione, e conseguentemente si è venuto ad instaurare un periodo transitorio. La presente trattazione dedica un apposito spazio anche ai contenuti presenti nello schema del nuovo Codice dei contratti, che vedrà la luce nel corso del 2023. ”

Come noto, la commissione tecnica giudicatrice è un organo straordinario e temporaneo della p.a., istituito con apposito atto di nomina, con la funzione, di natura prettamente tecnica, di esame e valutazione delle offerte formulate dai concorrenti nell'ambito di una specifica gara d'appalto.

Si tratta, inoltre, di organo collegiale poiché è composta da più componenti, perfetto perché deve operare con il *plenum* dei propri componenti e non a maggioranza. L'obiettivo della commissione si concretizza nella predisposizione della “proposta di aggiudicazione” ed è soggetta ad “approvazione” dell'organo competente secondo l'ordinamento della stazione appaltante e nel rispetto dei termini dallo stesso previsti (in mancanza di fissazione di detto termine lo stesso è individuato *ope legis* in trenta giorni) (art. 33, comma 1 del Codice). L'“aggiudicazione”, invece, costituisce il provvedimento conclusivo della procedura di gara in forza del quale viene attribuito il bene della vita.

La “proposta di aggiudicazione” rappresenta un atto endoprocedimentale e, come tale, non è soggetto ad autonoma impugnazione.

L'art. 204 del nuovo Codice degli appalti difatti sancisce espressamente l'inammissibilità della impugnazione della “proposta di aggiudicazione” in quanto atto privo di lesività essendo destinato ad essere superato dall'“aggiudicazione”.

Pertanto, la “proposta di aggiudicazione” costituisce mero atto interno, senza forza lesiva e conseguentemente non è possibile impugnare la “proposta di aggiudicazione”, se non unitamente all'“aggiudicazione”.

La composizione e il funzionamento della commissione giudicatrice risultano attualmente disciplinati dagli artt. 77 e 78 d.lgs. n. 50 del 2016. La disciplina è altresì integrata dalle linee guida dell'ANAC n. 5 del 2016, adottate con delibera n. 1190 del 16 novembre 2016 e, da ultimo, aggiornate al d.lgs. n. 56 del 19 aprile 2017, con delibera n. 4 del 10 gennaio 2018.

Tuttavia, la disciplina riguardante la nomina dei commissari attraverso l'Albo nazionale è stata oggetto di sospensione, e conseguentemente si è venuto ad instaurare un periodo transitorio, come meglio di seguito illustrato.

La presente trattazione dedica un apposito spazio anche ai contenuti presenti nello schema del nuovo Codice dei contratti, che vedrà la luce nel corso del 2023.

Il periodo transitorio

Per effetto di quanto stabilito dall'art. 51 del d.l. 77/2021, convertito in legge 29/07/2021, n. 108, fino al 30 giugno 2023 non trovano applicazione, a titolo sperimentale, disposizioni quali l'art. 77, comma 3 del Codice, quanto all'obbligo di scegliere i commissari tra gli esperti iscritti all'Albo istituito presso l'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) di cui all'art. 78, fermo restando l'obbligo di individuare i commissari secondo regole di competenza e trasparenza, preventivamente individuate da ciascuna stazione appaltante.

Tale sospensione, coinvolge, di conseguenza, anche le disposizioni contenute nelle Linee guida ANAC citate nel precedente paragrafo.

In sostanza, attualmente trova applicazione la disciplina recata dall'art. 216, comma 12 del d.lgs. 50/2016, il quale prevede che: *"Fino alla adozione della disciplina in materia di iscrizione all'albo di cui all'articolo 78 la commissione giudicatrice continua ad essere nominata dall'organo della stazione appaltante competente ad effettuare la scelta del soggetto affidatario del contratto, secondo regole di competenza e trasparenza preventivamente individuate da ciascuna stazione appaltante (...)"*.

Quando va nominata la commissione

Il nuovo Codice dei contratti conferma la scadenza temporale, già prevista dal vecchio Codice, a partire dalla quale è possibile procedere alla nomina dei componenti della commissione tecnica.

Infatti, viene stabilito che la costituzione della commissione debba avvenire solo dopo la scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte. Naturalmente, la finalità perseguita dal legislatore è quella di garantire

l'attuazione dei principi di imparzialità, par condicio e trasparenza ai quali dovrà ispirarsi l'operato della commissione tecnica; in sostanza il fine è quello di evitare che la conoscenza precoce della composizione della commissione di gara possa generare accordi collusivi e quindi possa rendere opaca la procedura d'appalto. Secondo gli insegnamenti della giurisprudenza, (si veda Consiglio di Stato, sez. IV, 23 settembre 2008, n. 4613), il rispetto del termine sopra richiamato avrebbe una propria logica solamente nelle procedure nelle quali venga utilizzato il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, poiché nel caso di utilizzo del criterio del prezzo più basso il rischio di inquinamento della procedura sarebbe assente, stante la sostanziale mancanza di un apporto discrezionale da parte dei singoli commissari di gara.

In sostanza non vi sarebbe un'offerta tecnica da valutare e conseguentemente non vi sarebbe il rischio che le valutazioni che i singoli commissari devono esprimere possano essere condizionate.

Nomina della commissione e presenza del RUP in commissione

Alla luce delle considerazioni sopra svolte, diventa di attualità la tematica relativa alla nomina di commissari interni, salva la possibilità di effettuare il ricorso a professionalità esterne.

Tra le professionalità interne, presenta aspetti di particolare problematicità la nomina del RUP nella commissione di gara, in qualità di presidente.

Della suddetta ultima questione si è, di recente occupata la giurisprudenza del Consiglio di Stato, sez. V, nella sentenza n. 7997/2022.

Nel caso trattato un operatore economico censurava la condotta di una stazione appaltante, ove il RUP si era nominato presidente della commissione di gara senza fornire motivazioni che rendessero legittima detta decisione.

Si rammenta, infatti, che l'art. 77, comma 4 del Codice dei contratti dispone che: *"I commissari non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta. La nomina del RUP a membro delle commissioni di gara è valutata con riferimento alla singola procedura"*.

Pertanto, secondo il ricorrente il RUP avrebbe dovuto esplicitare l'assenza di possibili condizionamenti nel ricoprire ruoli diversi in merito alla procedura espletata ed in particolare il ruolo di presidente di commissione. Dunque, il RUP si doveva preoccupare di verificare non già, come aveva fatto, l'astratta possibilità di rivestire il duplice ruolo di autore della *lex specialis* di gara e di presidente di commissione, bensì di verificare se nel caso specifico vi fossero i presupposti per ricoprire tale duplice ruolo. Su tale aspetto, secondo il ricorrente, la determinazione di nomina era del tutto silente.

La sentenza appellata, nel respingere la censura, aveva ritenuto che la scelta del dirigente quale presidente della commissione di gara fosse "*garanzia di adeguata professionalità in relazione alle procedure d'appalto*".

Sia il giudice di primo che di secondo grado di giudizio hanno respinto le censure mosse dall'operatore economico.

In particolare, l'operatore economico aveva contestato il fatto che il TAR avrebbe fatto proprie le difese della stazione appaltante circa il fatto che i commissari, antecedentemente all'accettazione della nomina, avevano attestato l'insussistenza di conflitti di interesse, e ciò nonostante le relative dichiarazioni prodotte in giudizio fossero prive di qualsiasi efficacia probatoria (per carenza di prova circa l'invio alla stazione appaltante, la ricezione da parte di questa; perché non citate nell'atto di nomina; perché non specificamente riferite alle predette cause di incompatibilità e di astensione; perché non rese contestualmente all'accettazione dell'incarico, e quindi prima della nomina).

Ma tale censura si scontrava con il fatto che la sentenza non aveva mai menzionato (neanche in "fatto") tali difese, né tantomeno le aveva recepite, avendo, tra altro, direttamente valorizzato la predetta dichiarazione per fatto notorio resa del responsabile della stazione appaltante, nonché rilevato che la ricorrente non aveva mai affermato la sussistenza, né fornito prova, di ipotesi di incompatibilità a carico dei commissari.

Quindi, la mancanza di una precisa prova contraria da parte del concorrente circa la sussistenza di una causa di incompatibilità, non consentiva di accogliere la censura presentata.

Come vedremo nelle righe a seguire, la problematica del RUP in commissione sembra possa essere superata dal nuovo Codice dei contratti, in base allo schema attualmente disponibile.

Esperienza dei commissari

Come è dato evincere dalla lettura dell'art. 77 del Codice dei contratti, la commissione deve essere composta da esperti nel settore merceologico in cui si svolge l'appalto. Il problema della esperienza dei commissari costituisce un aspetto di particolare rilevanza ed è stato affrontato anche dalla giurisprudenza con varie soluzioni proposte.

La giurisprudenza, sull'argomento dell'esperienza dei commissari ha fornito pronunce abbastanza oscillanti, come meglio illustrato nelle righe a seguire.

Interessante è la sentenza del Consiglio di Stato, sez. IV del 15 settembre 2015, n. 4316, ove si afferma che nelle gare da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la commissione di gara deve essere composta da esperti nell'area di attività in cui ricade l'oggetto del contratto, ma non necessariamente in tutte e in ciascuna delle materie tecniche e scientifiche o addirittura nelle tematiche alle quali attengono i singoli e specifici aspetti presi in considerazione dalla *lex specialis* di gara ai fini valutativi.

Il Consiglio di Stato, sez. IV del 20 aprile 2016, n. 1556, ha puntualizzato che, secondo un canone di ragionevolezza, il termine "specifico settore" (di competenza) vada inteso con elasticità e che la presenza di membri esperti del settore non debba essere esclusiva ma prevalente.

Compiti poteri e responsabilità della commissione di gara

Come evidenziato in premessa, la commissione di gara costituisce un organo straordinario collegiale perfetto. Straordinario, poiché la commissione viene costituita appositamente per la valutazione delle offerte relative ad una specifica gara, collegiale perché è composta da più componenti, perfetto perché deve operare con il plenum dei propri componenti e non a maggioranza. Pertanto, non può ritenersi regolarmente costituita una commissione quando sia assente anche un solo componente (il segretario di commissione non può essere conteggiato).

In questo caso, per potersi procedere legittimamente il commissario mancante deve essere immediatamente sostituito, mediante l'adozione di apposito provvedimento che fornisca le motivazioni e le cause di impedi-

mento del commissario assente (oppure la seduta deve essere rimandata ad altra data).

Come fa notare il TAR Campania, Napoli, sez. I, 23 marzo 2006, n. 3136, in caso di mancanza del commissario, non è assolutamente legittimo acquisire il cosiddetto assenso postumo del commissario assente alle operazioni.

La regola del plenum, sopra specificata, è di tutta evidenza quando la commissione debba esprimere valutazioni e decisioni, come nel caso di assegnazione di punteggi e di aggiudicazione della gara. In queste circostanze è necessario che tutti i componenti forniscano il loro apporto per la corretta formazione della volontà collegiale. Si vedano a questo proposito le sentenze del TAR Lombardia, Brescia, 1° febbraio 2001, n. 48 e TAR Campania, Napoli, decisione 5943/2008.

Diversamente, qualora l'attività da espletare attenga a fasi preparatorie ed istruttorie, accertabili e approvabili in una fase successiva dall'intera commissione, il *plenum* non è necessario. Per questi motivi è possibile delegare attività preparatorie, istruttorie, meramente strumentali, vincolanti, sia a singoli componenti della commissione, sia a soggetti terzi (TAR Sicilia, Palermo, sez. II, 22 febbraio 2007, n. 603). L'esito di tali attività sarà verificabile dall'intera commissione e pertanto verrà espresso successivamente un consenso collegiale, con evidente accelerazione dell'iter procedimentale.

Tra gli adempimenti della commissione tecnica giudicatrice, in seduta riservata, ricordiamo:

- la valutazione delle offerte qualitative;
- la formazione (con l'eventuale ausilio del segretario) e la sottoscrizione dei verbali di gara;
- eventuali accertamenti relativi all'anomalia dell'offerta, se a ciò incaricata (si vedano le linee guida di ANAC n. 3 sul responsabile del procedimento e sulla commissione di gara);
- l'apertura, in seduta pubblica, dei plichi contenenti le offerte tecniche al fine di procedere alla verifica della presenza dei documenti prodotti. L'adempimento descritto è tuttavia superato dall'utilizzo massiccio delle procedure telematiche, oggi divenuto obbligatorio, le quali garantiscono tutta l'imparzialità e trasparenza necessarie.

La commissione deve dare atto della propria regolare costituzione nella parte iniziale del verbale di ciascuna seduta. Ciascun verbale deve dare puntuale riscontro delle attività svolte dalla commissione.

Nel verbale di gara vengono espresse le valutazioni della commissione, le motivazioni, nonché le votazioni.

Non è necessario che il verbale riporti il voto espresso da ciascun componente, ma la votazione unanime.

Tuttavia, qualora l'espressione del voto di un commissario si discosti dalla volontà della maggioranza, il commissario dissenziente può esprimere il proprio disaccordo con apposita nota da inserire a verbale (escludendo, in questa evenienza, anche la propria responsabilità per la decisione assunta dalla commissione).

Per quanto concerne i tempi entro i quali provvedere alla redazione del verbale di gara, interessante è la pronuncia del TAR Lombardia, Brescia, sez. II, 28 settembre 2011, n. 1332. Secondo il TAR Brescia, il Codice dei contratti pubblici non impone la contestualità della verbalizzazione delle operazioni di gara. In ogni caso, dato che i verbali di gara hanno funzione di garanzia per i concorrenti che partecipano alle procedure d'appalto, l'operazione di verbalizzazione perderebbe di utilità se svolta a notevole distanza di tempo rispetto all'attività svolta della commissione e puntualmente descritta e formalizzata nei verbali. Una volta assicurata la tempestività nella redazione di tale documento, diviene irrilevante il fatto che il verbale abbia ad oggetto una sola riunione o, cumulativamente, più riunioni della commissione.

Il principio di pubblicità delle sedute del seggio di gara

Altra importante regola da rispettare è quella della pubblicità delle sedute concernenti l'apertura delle offerte economiche e della documentazione comprovante il possesso dei requisiti di partecipazione.

In questi casi la commissione (intesa come seggio di gara) effettua verifiche oggettive, che non richiedono l'espressione di giudizi tecnico-discrezionali.

Le imprese concorrenti devono, pertanto, essere ammesse a partecipare alla seduta; il mancato rispetto di questo adempimento determina l'illegittimità della procedura.

Il Consiglio di Stato ha avuto modo di pronunciarsi su questo argomento, con la decisione 1077/2005, sancendo che la mancata pubblicità delle sedute rileva sempre come vizio della procedura, senza che occorra dimostrare un'effettiva lesione della trasparenza della gara e della par condicio tra i concorrenti, trattandosi di un

aspetto della selezione posto a tutela non solo della parità di trattamento dei partecipanti alla competizione, ma soprattutto dell'imparzialità dell'azione amministrativa, ancor prima dell'interesse pubblico.

In conclusione il rispetto del principio di pubblicità delle sedute assume rilevanza generale in quanto garanzia di trasparenza e va pertanto assicurato in qualunque procedura.

Solo quando si tratti di lavori della commissione concernenti le valutazioni tecnico-discrezionali che implicano giudizi sull'aspetto qualitativo delle offerte, le sedute devono essere necessariamente riservate, evitando, in tal modo, possibili condizionamenti dei componenti della commissione tecnica nella esternazione del giudizio.

Vero è che le procedure d'appalto sono oggi gestite con l'utilizzo di piattaforme telematiche ove viene meno il rischio di possibili manomissioni della documentazione. In ogni caso, nelle procedure telematiche, le piattaforme utilizzate assicurano la pubblicità delle sedute mediante collegamento dei concorrenti da remoto per consentire a ciascun soggetto interessato di visualizzare le operazioni della seduta; non è pertanto necessaria la presenza delle ditte presso i locali della stazione appaltante.

Il principio di continuità delle operazioni di gara

Il principio della continuità delle operazioni di gara ha la finalità di assicurare una procedura rapida e scevra da possibili condizionamenti.

Le sedute non devono pertanto essere eccessivamente distanziate nel tempo, ma concentrate, per quanto sia possibile, in un arco di tempo ristretto.

In materia di continuità delle sedute si è pronunciato il TAR Campania, Napoli, sez. I, 12 dicembre 2006, n. 10488, il quale ha sostenuto che per derogare alla regola generale della continuità e della concentrazione delle operazioni di gara, la cui violazione normalmente comporta l'illegittimità della procedura attuata dalla stazione appaltante, occorre che si verifichino particolari situazioni, che impediscano, in maniera oggettiva (ed indipendentemente dalla volontà della stazione appaltante) la sollecita conclusione delle operazioni medesime.

Se è vero che in presenza di particolari situazioni sono

ben possibili deroghe al principio della continuità, è altrettanto vero che esse devono essere contenute in limiti temporali stringenti. Ulteriori deroghe al principio di continuità alle operazioni di gara si rinvencono (come previsto dall'art. 71 del r.d. 827/1924) qualora si rendano necessari approfondimenti, chiarimenti, soluzione a dubbi insorti durante le operazioni svolte dalla commissione.

La composizione della commissione di gara alla luce dell'attuale schema del nuovo Codice dei contratti

Di particolare interesse è la disciplina riguardante la composizione della commissione di gara alla luce dello schema del nuovo Codice dei contratti che vedrà la luce nel 2023.

Su questo argomento vi sono delle novità di assoluto interesse.

Infatti, l'art. 51 dello schema stabilisce che: *"Nel caso di aggiudicazione dei contratti di cui alla presente Parte con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, alla commissione giudicatrice può partecipare il RUP, anche in qualità di presidente"*.

Come si può notare, non si tratta della possibilità di far partecipare il RUP ai lavori della commissione, in qualità di semplice commissario (come sembra attualmente prevedere l'attuale art. 77, comma 4 del vigente Codice), ma di consentire al RUP di assumere il ruolo primario di presidente della commissione tecnica.

La novità riguarderebbe solo le procedure sotto soglia (*"Nel caso di aggiudicazione dei contratti di cui alla presente Parte"*), ma la novità è comunque di assoluto rilievo, perché consente di superare le criticità che emergono nelle numerose controversie approdate all'attenzione della giurisprudenza (ne è una dimostrazione la sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, n. 7997/2022 precedentemente esaminata).

Inoltre, con riferimento alle altre tipologie di procedure d'appalto, assume rilevanza quanto contenuto nell'articolo 93, comma 3 dello schema, il quale dispone: *"La commissione è presieduta da un dipendente della stazione appaltante ed è composta da suoi funzionari, in possesso del necessario inquadramento giuridico e di adeguate competenze professionali. Della commissione giudicatrice può far parte il RUP. In mancanza di adeguate professionalità in organico, la stazione appal-*

tante può scegliere il Presidente e i singoli componenti della commissione anche tra funzionari di altre amministrazioni e, in caso di documentata indisponibilità, tra professionisti esterni. Le nomine di cui al presente comma sono compiute secondo criteri di trasparenza, competenza e rotazione”.

Se le descritte modifiche dovessero consolidarsi nella versione finale del nuovo Codice dei contratti, sareb-

be risolto anche il problema dei costi che si potrebbero rendere necessari per far fronte al pagamento dei gettoni di presenza a favore dei membri esterni di commissione, se si considera, invece, che la presenza in commissione di personale appartenente alla stazione appaltante, per effetto del principio della onnicomprensività della retribuzione, non comporterebbe costi addizionali.

La determina di nomina della commissione di gara

Determinazione nomina commissione tecnica

(per tutte le procedure con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa)

Comune di

Settore:

Servizio:

Determinazione dirigenziale n. del

Oggetto: Gara n./..... avente ad oggetto la fornitura / il servizio di mediante procedura, sopra soglia/sotto soglia, ai sensi dell'art. del d.lgs. 50/2016, da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. CIG: - Nomina della commissione aggiudicatrice.

IL RESPONSABILE DEL SERVIZIO

Premesso che:

- con determinazione dirigenziale n. del....., è stata disposta l'indizione di una procedura (aperta, ristretta, negoziata, ecc.) ai sensi dell'art. del d.lgs. n. 50/2016 per l'affidamento della fornitura/ servizio di
- con la medesima determinazione è stato stabilito che l'aggiudicazione avverrà con l'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, secondo l'art. 95, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016;

Dato atto che:

- l'art. del regolamento comunale per la disciplina dei contratti del Comune di prevede la nomina di una Commissione giudicatrice qualora in una procedura d'appalto debbano essere esaminati aspetti tecnico-qualitativi;
- ai sensi dell'art. 216, comma 12 del Codice dei contratti, fino alla adozione della disciplina in materia di iscrizione all'Albo di cui all'art. 78 del medesimo Codice, la commissione giudicatrice continua ad essere nominata dall'organo della stazione appaltante competente ad effettuare la scelta del soggetto affidatario del

contratto, secondo regole di competenza e trasparenza preventivamente individuate da ciascuna stazione appaltante;

- in conformità all'art. del regolamento comunale per la disciplina dei contratti, per la composizione delle commissioni tecniche sono prese in considerazione professionalità interne alla stazione appaltante, purché in possesso della necessaria professionalità;
- ai sensi del comma 7 dell'art. 77, la nomina dei commissari e la costituzione della commissione devono avvenire dopo la scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte;

Rilevato che il giorno alle ore è scaduto il termine per la presentazione delle offerte e che pertanto è possibile procedere alla nomina dei componenti della suddetta Commissione giudicatrice;

Ritenuto di poter procedere a nominare, quali componenti esperti della commissione in oggetto, i dipendenti comunali indicati nel dispositivo del presente provvedimento, evidenziando che sono state prese in considerazione solo professionalità interne in quanto presenti nell'Ente le adeguate competenze richieste per la valutazione delle offerte pervenute;

Acquisite ex art. 77, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016 le dichiarazioni rese ai sensi dell'art. 47 del d.P.R. n. 445/2000, dei componenti della commissione e del segretario circa l'insussistenza della cause di incompatibilità e di astensione di cui ai commi 4, 5 e 6 del medesimo art. 77;

Visti:

- il d.lgs. n. 50/2016 ed, in particolare, gli artt. 77, 78 e 216, comma 12;
- il d.lgs. n. 267/2000 ed, in particolare, l'art. 107 riguardante le competenze assegnate ai dirigenti;
- il vigente Regolamento per la disciplina dei contratti del Comune di

DETERMINA

1) di nominare, quali componenti della Commissione tecnica incaricata di valutare le offerte tecniche ed economiche presentate nella gara in oggetto, i Signori di seguito indicati:

- a) Presidente -
- b) Esperto interno -
- c) Esperto interno -

2) di stabilire che le attività di segretario verbalizzante della Commissione saranno svolte dal dipendente

3) di dare atto che:

- ai commissari e al segretario non spetterà alcun compenso, in quanto appartenenti alla stazione appaltante¹;
- i *curricula* riguardanti i membri della Commissione sono pubblicati sul portale del Comune di, sezione "Amministrazione trasparente" ai sensi dell'art. 29 del d.lgs. n. 50/2016;
- il presente provvedimento di nomina sarà pubblicato sul sito istituzionale del Comune di nella sezione "Amministrazione trasparente" ai sensi dell'art. 29 del d.lgs. n. 50/2016;

4) di disporre la pubblicazione del presente provvedimento all'Albo Pretorio ai fini della generale conoscenza.

Data..... Luogo.....

Il Responsabile del Servizio

.....

(1) Qualora vengano nominati commissari esterni, è necessario impegnare la spesa riguardante il compenso da corrispondere (il provvedimento assume rilevanza contabile e pertanto è necessario il riferimento alle fonti di finanziamento).

Giurisprudenza

Concessione di impianto sportivo

Consiglio di Stato, sez. V, 5 dicembre 2022, n. 10605

CONTRATTI PUBBLICI – GARE PUBBLICHE – DIFFORMITÀ ESSENZIALI NELL’OFFERTA TECNICA – COMPORTA L’ESCLUSIONE – AFFIDAMENTO IN CONCESSIONE DELL’IMPIANTO SPORTIVO – DEVE INTENDERSI PER INTERO E NEL COMPLESSO, CIOÈ TRIBUNA COMPRESA, DA METTERE A NORMA CON ONERI A CARICO DEL CONCESSIONARIO.

Nelle gare pubbliche le difformità essenziali nell’offerta tecnica, che rivelano l’inadeguatezza del progetto proposto dall’impresa offerente rispetto a quello posto a base di gara, legittimano l’esclusione dell’impresa dalla gara e non già la mera penalizzazione dell’offerta nella valutazione del punteggio da assegnare, perché determinano la mancanza di un elemento essenziale per la formazione dell’accordo necessario per la stipula del contratto (così *ex multis* Cons. Stato, 8 gennaio 2021, n. 295; III, 10 luglio 2020, n. 4450; III, 26 gennaio 2019, n. 565 Cons. Stato, sez. V, 5 maggio 2016, n. 1809; nello stesso senso, sez. III, 21 ottobre 2015, n. 4804, e 1° luglio 2015, n. 3275; sez. V, 17 febbraio 2016, n. 633, e 23 settembre 2015, n. 4460).

L’esclusione dell’impresa dalla procedura selettiva consegue, infatti, al mero riscontro delle carenze o delle difformità dell’offerta rispetto alle specifiche tecniche richieste dalla *lex specialis* di gara che rivestano valore essenziale per l’Amministrazione, rivelando l’inadeguatezza sostanziale del progetto proposto rispetto alle esigenze manifestate da quest’ultima negli atti di gara. L’impostazione della legge di gara ha posto, dunque, in luce come l’impianto sia stato affidato per intero e nel complesso, cioè tribuna compresa, da mettere a norma con oneri a carico del concessionario.

Requisiti di idoneità professionale – Iscrizione CCIAA – Attività prevalente

Consiglio di Stato, sez. III, 7 dicembre 2022, n. 10763

1. CONTRATTI PUBBLICI – GARA PUBBLICA – ISCRIZIONE CAMERALE – È ASSURTA A REQUISITO DI IDONEITÀ PROFESSIONALE.

2. CONTRATTI PUBBLICI – GARA PUBBLICA – REQUISITI DI IDONEITÀ PROFESSIONALE – IDENTIFICAZIONE DELL'ATTIVITÀ PREVALENTE – NON PUÒ ESSERE BASATA SOLO SUI CODICI ATECO ACCERTAMENTO DELLA CONCRETA COERENZA DELLA DESCRIZIONE DELLE ATTIVITÀ RIPORTATE NEL CERTIFICATO CAMERALE CON I REQUISITI DI AMMISSIONE RICHIESTI DALLA LEX SPECIALIS E CON L'OGGETTO DEL CONTRATTO DI APPALTO – VA SVOLTO SULLA BASE DEL CONFRONTO TRA TUTTE LE RISULTANZE DESCRITTIVE DEL CERTIFICATO CAMERALE E L'OGGETTO DEL CONTRATTO DI APPALTO.

1. Come chiarito dalla giurisprudenza di questo Consiglio, che la Sezione condivide e alla quale intende dare continuità, nell'impostazione del codice degli appalti pubblici l'iscrizione camerale è, in generale, assunta a requisito di idoneità professionale [art. 83, comma 1, lett. a), e comma 3 del d.lgs. n. 50/2016], anteposto ai più specifici requisiti attestanti la capacità tecnico professionale e quella economico-finanziaria dei partecipanti alla gara di cui alle successive lettere b) e c) del medesimo comma: la sua utilità sostanziale è, infatti, quella di consentire la partecipazione dei soli concorrenti forniti di una professionalità coerente con le prestazioni oggetto della gara (in tal senso Cons. di Stato, III, 8 novembre 2017, n. 5170; Cons. di Stato, V, 25 luglio 2019, n. 5257).

2. Se è vero che per la giurisprudenza l'identificazione dell'attività prevalente non può essere basata solo sui codici Ateco (aventi "preminente funzione statistica, in quanto finalizzati ad indicare l'attività nella domanda di iscrizione nel Registro delle imprese senza alcun rilievo sulla connotazione come attività prevalente o accessoria": Cons. Stato, sez. V, 17 gennaio 2018, n. 262) – specie allorquando (come nella fattispecie in esame) la *lex specialis* non ne abbia richiesto uno specifico come requisito di idoneità professionale ai fini della partecipazione alla gara – è anche vero che l'accertamento – della concreta coerenza della descrizione delle attività riportate nel certificato camerale con i requisiti di ammissione richiesti dalla *lex specialis* e con l'oggetto del contratto di appalto complessivamente considerato – va svolto sulla base del confronto tra tutte le risultanze descrittive del certificato camerale e l'oggetto del contratto di appalto (cfr. Cons. Stato, sez. V, 25 settembre 2019, n. 6431; sez. V, 25 luglio 2019, n. 5257).

Termini di impugnazione

Consiglio di Stato, sez. V, 6 dicembre 2022, n. 10696

CONTRATTI PUBBLICI – GARA PUBBLICA – AGGIUDICAZIONE – TERMINI DI IMPUGNAZIONE – DIES A QUO – RILEVA IL MOMENTO IN CUI RISULTANO DISPONIBILI GLI ELEMENTI SUFFICIENTI ALLA PROSPETTATIVA DEI VIZI CHE, IN IPOTESI DI FONDATEZZA DEL RICORSO, AVREBBERO POSSANO CONDURRE AL SODDISFACIMENTO DELL'INTERESSE FATTO VALERE.

Pur dopo il pronunciamento di cui alla sentenza dell'Adunanza plenaria n. 12 del 2020, la giurisprudenza ha precisato (Cons. Stato, sez. III, 27 ottobre 2021, n. 7178) che "deve ribadirsi che i principi di diritto da essa formulati con la sentenza citata siano attraversati da un tema di fondo, il costante riferimento al quale consente di fare applicazione di quei principi in vista dell'esigenza sostanziale ad essi sottesa e senza incorrere in eccessivi formalismi: tema individuabile nella subordinazione dell'onere impugnatorio – ergo, della decorrenza del relativo termine decadenziale – all'acquisizione da parte dell'ipotetico ricorrente di una sufficiente base conoscitiva in ordine ai vizi astrattamente inficianti l'operato della p.a. In tale ottica, ciò che assume rilievo è l'idoneità dello strumento conoscitivo (tra quelli innanzi enucleati) a fornire all'interessato gli elementi sulla scorta dei quali compiere le sue consapevoli valutazioni in ordine all'*an* e al *quomodo* dell'impugnazione, anche qualora esso non sia specificamente deputato a veicolare quegli elementi: più concretamente, qualora gli atti pubblicati ai sensi dell'art. 29 d.lgs. n. 50/2016 rechino informazioni sufficienti anche in ordine a profili (ad esempio, i giustificativi presentati dall'impresa aggiudicataria) alla cui conoscenza sarebbero

tipicamente diretti altri strumenti informativi (ovvero, con riferimento ai giustificativi, l'istanza di accesso *ex art.* 76, comma 2, d.lgs. cit.), deve ritenersi che l'impresa interessata abbia comunque la disponibilità dei dati necessari al fine di esercitare consapevolmente il diritto di difesa, sub specie di azione di annullamento, nei riguardi del provvedimento conclusivo del sub-procedimento di valutazione di anomalia dell'offerta dell'impresa aggiudicataria (e, quindi, dello stesso consequenziale provvedimento di aggiudicazione). In secondo luogo, al fine di valutare la tempestività del ricorso, nel quadro dei principi delineati dall'Adunanza Plenaria, non occorre individuare il momento in cui la parte ricorrente ha acquisito conoscenza degli elementi necessari a verificare la sussistenza di tutti i vizi successivamente esposti in ricorso, essendo sufficiente accertare che, ad una certa data (ed in forza degli strumenti informativi predisposti dal legislatore), avesse la disponibilità degli elementi sufficienti alla prospettazione dei vizi che, in ipotesi di fondatezza del ricorso, condurrebbero al soddisfacimento dell'interesse fatto valere, potendo i vizi ulteriori, la cui conoscenza sia stata acquisita successivamente, costituire oggetto delle censure integrative proponibili mediante lo strumento tipico dei motivi aggiunti. Infine, ed in considerazione dell'esigenza di ancorare la verifica di ricevibilità del ricorso a dati il più possibile certi ed oggettivi, affrancando quella verifica da elementi opinabili ed attinenti alla sfera soggettiva del ricorrente, essa deve essere incentrata sul profilo strettamente percettivo (dei dati conoscitivi necessari da parte del ricorrente), escludendo dal perimetro dell'indagine gli elementi di ordine valutativo, ovvero strumentali a verificare l'effettiva sussistenza dei vizi ipotizzati: ciò in quanto, in caso contrario, la verifica in ordine alla tempestività del ricorso invaderebbe un campo – quello relativo, appunto, alla fondatezza del ricorso – riservato alle valutazioni di merito del giudice³⁷. Alla stregua di tale condivisibile orientamento giurisprudenziale la sentenza appellata è meritevole di conferma atteso che la società ricorrente, ben prima della comunicazione dell'aggiudicazione, aveva acquisito la consapevolezza della non conformità del prodotto offerto dall'aggiudicataria alle specifiche tecniche indicate in capitolato, avendo riguardo alle schede tecniche del prodotto offerto, per cui già dopo la presentazione delle offerte aveva formulato istanza di autotutela alla stazione appaltante. Pertanto, alla data di comunicazione del provvedimento di aggiudicazione, la parte aveva la disponibilità degli elementi sufficienti alla prospettazione dei vizi che, in ipotesi di fondatezza del ricorso, avrebbero condotto al soddisfacimento dell'interesse fatto valere. Alla luce di tali rilievi, essendo rimasta l'istanza di autotutela senza riscontro, come palesato dalla successiva comunicazione del provvedimento di aggiudicazione, che veniva a concretizzare la lesione solo potenziale al momento della presentazione delle offerte, la società (...) avrebbe dovuto, nei successivi trenta giorni dalla predetta comunicazione, proporre il ricorso, senza attendere l'esitazione dell'istanza di accesso, che, una volta evasa, avrebbe potuto semmai onerare la parte dalla presentazione del ricorso per motivi aggiunti. Infatti già alla data di comunicazione del provvedimento di aggiudicazione la parte aveva la disponibilità degli elementi sufficienti alla prospettazione dei vizi che, in ipotesi di fondatezza del ricorso, avrebbero condotto al soddisfacimento dell'interesse fatto valere, avendo già dedotto, con l'istanza di autotutela, avuto riguardo alla disamina delle correlative schede tecniche, la non conformità dei prodotti offerti dagli altri concorrenti, fra cui l'aggiudicataria, alle specifiche tecniche indicate nel capitolato, nonché l'impossibilità di modificare *ex post* l'offerta.

Unico centro decisionale

TAR Campania, Napoli, sez. VII, 7 dicembre 2022, n. 7658

CONTRATTI PUBBLICI – GARA PUBBLICA – VERIFICA DI UNA RELAZIONE TRA IMPRESE CONCORRENTI – ACCERTAMENTO DELLA SUSSISTENZA DI UN UNICO CENTRO DECISIONALE D'IMPUTAZIONE DELLE OFFERTE – PUÒ AVVENIRE ANCHE SULLA BASE DI INDICI PRESUNTIVI CONCRETI – RILEVANO, QUALI ELEMENTI DI VERIFICA: A) LA VERIFICA DELLA SUSSISTENZA DI

SITUAZIONE DI CONTROLLO SOSTANZIALE AI SENSI DELL'ART. 2359 C.C.; B) ESCLUSA TALE FORMA DI CONTROLLO, LA VERIFICA DELL'ESISTENZA DI UNA RELAZIONE TRA LE IMPRESE, ANCHE DI FATTO, CHE POSSA IN ASTRATTO APRIRE LA STRADA AD UN RECIPROCO CONDIZIONAMENTO NELLA FORMULAZIONE DELLE OFFERTE; C) OVE TALE RELAZIONE SIA ACCERTATA, LA VERIFICA DELL'ESISTENZA DI UN "UNICO CENTRO DECISIONALE" DA EFFETTUARE *AB EXTERNO*.

L'art. 80, comma 5, lett. m), del decreto legislativo n. 50 del 2016 prevede che "Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, qualora: ... m) l'operatore economico si trovi rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo di cui all'art. 2359 del codice civile o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale".

Al riguardo, giova precisare che:

- l'art. 2359 del codice civile stabilisce che "Sono considerate società controllate:
 - 1) le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria;
 - 2) le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria;
 - 3) le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa.

Ai fini dell'applicazione dei numeri 1) e 2) del primo comma si computano anche i voti spettanti a società controllate, a società fiduciarie e a persona interposta: non si computano i voti spettanti per conto di terzi. Sono considerate collegate le società sulle quali un'altra società esercita un'influenza notevole. L'influenza si presume quando nell'assemblea ordinaria può essere esercitato almeno un quinto dei voti ovvero un decimo se la società ha azioni quotate in mercati regolamentati". Nel caso in esame, come risulta dal "verbale riassuntivo delle attività di gara", il Seggio di gara ha ritenuto opportuno "aderire all'orientamento giurisprudenziale prevalente secondo il quale l'accertamento della sussistenza di un unico centro decisionale d'imputazione delle offerte può avvenire anche sulla base di indici presuntivi concreti, non essendo richiesta anche la prova che il controllo o collegamento fra i concorrenti sia poi pervenuto a risultati effettivi in relazione ai contenuti delle offerte";

Secondo tale orientamento, che il Seggio di gara ha applicato alla gara oggetto della presente controversia:

- "già nella vigenza del d.lgs. n. 163 del 2006, la giurisprudenza aveva posto in risalto in proposito che fra le cause di possibile esclusione dalle gare pubbliche sono ricomprese, oltre alle ipotesi previste dall'art. 2359 c.c., anche quelle non codificate di collegamento sostanziale che attestano la riconducibilità dei soggetti partecipanti alla procedura ad un unico centro decisionale: v'è infatti in tali casi il rischio d'una "vanificazione dei principi generali in tema di par condicio, segretezza delle offerte e trasparenza della competizione. In tal modo si tende ad evitare che il corretto e trasparente svolgimento delle gare di appalto ed il libero gioco della concorrenza possano essere irrimediabilmente alterati dalla eventuale presentazione di offerte che, pur provenendo formalmente da due o più imprese, siano tuttavia riconducibili ad un unico centro di interesse: la ratio di tale previsione è quella di evitare il rischio di ammissione alla gara di offerte provenienti da soggetti che, in quanto legati da stretta comunanza di interesse caratterizzata da una certa stabilità, non sono ritenuti, proprio per tale situazione, capaci di formulare offerte caratterizzate dalla necessaria indipendenza, serietà ed affidabilità, coerentemente quindi ai principi di imparzialità e buon andamento cui deve ispirarsi l'attività della pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 97 della Costituzione" (Cons. Stato, V, 18 luglio 2012, n. 4189);
- "a tal fine la valutazione operata dalla stazione appaltante circa l'unicità del centro decisionale "postula semplicemente l'astratta idoneità della situazione a determinare un concordamento delle offerte, non anche necessariamente che l'alterazione del confronto concorrenziale si sia effettivamente realizzata, nel caso concreto, essendo quella delineata dal legislatore una fattispecie di pericolo (*ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 16 febbraio 2017, n. 496; sez. III, 10 maggio 2017, n. 2173; III, 23 dicembre 2014, n. 6379; sez. V, 18 luglio 2012, n. 4189)" (Cons. Stato, sez. V, 22 ottobre 2018, n. 6010);

- “In tale prospettiva, è stato ritenuto in termini di principio che “ciò che deve essere provato [...] è soltanto l’unicità del centro decisionale e non anche la concreta idoneità ad alterare il libero gioco concorrenziale. Ciò, in quanto la riconducibilità di due o più offerte a un unico centro decisionale costituisce *ex se* elemento idoneo a violare i generali principi in tema di par condicio, segretezza e trasparenza delle offerte (in tal senso, *ex multis*: Cons. Stato, sez. V, 18 luglio 2012, n. 4189). Del resto [...] ai sensi della pertinente normativa eurounitaria e nazionale, grava sulla stazione appaltante il solo compito di individuare gli indici dell’esistenza di un unico centro decisionale e non anche il compito di provare in concreto l’avvenuta alterazione del gioco concorrenziale, ovvero il compito di indagare le ragioni di convenienza che possono aver indotto l’unitario centro di imputazione ad articolare offerte in parte diverse fra loro” (Cons. Stato, sez. V, 6 febbraio 2017, n. 496)”;
- “La fattispecie del collegamento sostanziale fra concorrenti è infatti qualificabile come “di ‘pericolo presunto’ (con una terminologia di derivazione penalistica), in coerenza con la sua ‘funzione di garanzia di ordine preventivo rispetto al superiore interesse alla genuinità della competizione che si attua mediante le procedure ad evidenza pubblica’, e con la circostanza che la concreta alterazione degli esiti della selezione ‘non è nella disponibilità delle imprese sostanzialmente collegate, ma dipende da variabili indipendenti rispetto alla loro volontà, quali in particolare il numero delle partecipanti e l’entità dei ribassi’ (sentenza 11 luglio 2016, n. 3057; in senso conforme si registra anche una più risalente pronuncia di questa Sezione: sentenza 1° agosto 2015, n. 3772)” (Cons. Stato, sez. V, 24 novembre 2016, n. 4959)”;
- “Per tali ragioni, se incombe sulla stazione appaltante l’accertamento della sussistenza di un unico centro decisionale d’imputazione delle offerte sulla base degli indici presuntivi concreti, non è richiesta anche la prova che il collegamento fra i concorrenti sia poi pervenuto a risultati effettivi in relazione ai contenuti delle offerte e all’artificiale condizionamento degli esiti della gara; nel percorso presuntivo che conduce a ricavare un fatto ignoto da circostanze note ai sensi dell’art. 2727 c.c., il fatto che occorre desumere dagli indici presuntivi è infatti la sussistenza dell’unicità del centro decisionale cui siano riconducibili le offerte, non già il contenuto effettivamente coordinato di queste, né le conseguenze anticoncorrenziali concretamente derivatene (Cons. Stato, sez. V, 15 aprile 2020, n. 2426)”;
- “In questo contesto, (...) “l’accertamento della causa di esclusione in esame passa attraverso un preciso sviluppo istruttorio: *a*) la verifica della sussistenza di situazione di controllo sostanziale ai sensi dell’art. 2359 c.c.; *b*) esclusa tale forma di controllo, la verifica dell’esistenza di una relazione tra le imprese, anche di fatto, che possa in astratto aprire la strada ad un reciproco condizionamento nella formulazione delle offerte; *c*) ove tale relazione sia accertata, la verifica dell’esistenza di un ‘unico centro decisionale’ da effettuare *ab externo* e cioè sulla base di elementi strutturali o funzionali ricavati dagli assetti societari e personali delle società, ovvero, ove per tale via non si pervenga a conclusione positiva, mediante un attento esame del contenuto delle offerte dal quale si possa evincere l’esistenza dell’unicità soggettiva sostanziale” (Cons. Stato, sez. V, 3 gennaio 2019, n. 69; 10 gennaio 2017, n. 39; sez. III, 7 marzo 2019, n. 1577; cfr. anche Id., sez. V, 28 dicembre 2020, n. 8407; 12 gennaio 2021, n. 393)” (Cons. Stato, sez. V, n. 5778 del 2021).

Obbligo di utilizzare prezziari aggiornati

TAR Campania, Napoli, sez. I, 5 dicembre 2022, n. 7596

APPALTI PUBBLICI – OBBLIGO DI UTILIZZO PREZZIARI AGGIORNATI – VIOLAZIONE – ANNULLAMENTO DELLA PROCEDURA.

L'art. 26 d.l. 50 del 2022 (c.d. decreto aiuti) convertito in l. n. 91/2022 dispone che: "Fermo quanto previsto dal citato art. 29 del decreto-legge n. 4 del 2022, in relazione alle procedure di affidamento delle opere pubbliche avviate successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto e sino al 31 dicembre 2022, ai fini della determinazione del costo dei prodotti, delle attrezzature e delle lavorazioni, ai sensi dell'art. 23, comma 16, del decreto legislativo n. 50 del 2016, si applicano i prezzi aggiornati ai sensi del presente comma ovvero, nelle more dell'aggiornamento, quelli previsti dal comma 3. I prezzi aggiornati entro il 31 luglio 2022 cessano di avere validità entro il 31 dicembre 2022 e possono essere transitoriamente utilizzati fino al 31 marzo 2023 per i progetti a base di gara la cui approvazione sia intervenuta entro tale data".

Il dato letterale è preciso nel richiedere che, per le procedure di gara avviate successivamente alla pubblicazione dell'entrata in vigore del decreto legge stesso, ovvero per le gare bandite dopo il 17 maggio 2022, ai fini della determinazione del costo dei prodotti, delle attrezzature e delle lavorazioni nel rispetto di quanto imposto dall'art. 23, comma 16, d.lgs. n. 50/2016, va applicato, inderogabilmente, il prezzo aggiornato ai sensi della medesima fonte normativa.

Non sembrano porsi dubbi interpretativi circa la portata dell'espressione adoperata dal descritto art. 26, comma 2, nella parte in cui, ai fini dell'individuazione dell'ambito temporale di applicazione della relativa disposizione, fa riferimento alle procedure di gara "avviate" successivamente alla data di entrata in vigore del decreto medesimo; per "avviate" devono intendersi, evidentemente, quelle gare per le quali il relativo bando è stato pubblicato dopo il 17 maggio 2022.

È infatti la pubblicazione del bando ad incardinare la procedura di gara. Ciò è stato chiarito da costante e pacifica giurisprudenza secondo cui una pubblica gara può dirsi indetta e, quindi, "avviata", solo con la pubblicazione del bando o dell'avviso, atti costitutivi della procedura di gara, aventi efficacia esterna nei confronti dei terzi.

In questo senso, tutti gli atti presupposti al bando o all'avviso – quali, ad esempio, la determina a contrarre – rispondono ad altri fini, rivolti propriamente ad autorizzare la stazione appaltante ad indire la gara; in quanto tali, tali atti esprimono la volontà dell'amministrazione di attivare la relativa procedura.

Concessione di servizi e oneri di sicurezza

Consiglio di Stato, sez. V, 15 novembre 2022, n. 10627

CONCESSIONE DI SERVIZI – OBBLIGO DICHIARATIVO DI CUI ALL'ART. 95, COMMA 10 DEL D.LGS. 50 DEL 2016 RELATIVO ALL'INDICAZIONE DEGLI ONERI DI SICUREZZA – SI APPLICA MA NELLA FATTISPECIE LA *LEX SPECIALIS*, ANTECEDENTE ALLA RIFORMULAZIONE DEL DISPOSTO DELL'ART. 95 COMMA 10 D.LGS. 50/2016 AD OPERA DEL CORRETTIVO DI CUI AL D.LGS. 56/2017 NON PREVEDEVA ALCUNA SANZIONE ESPULSIVA CORRELATA AL MANCATO ASSOLVIMENTO DELL'OBBLIGO DI INDICAZIONE SEPARATA DEI COSTI DELLA SICUREZZA.

Nonostante appaia maggiormente condivisibile l'orientamento che postula l'applicabilità dell'obbligo dichiarativo di cui all'art. 95 comma 10 del Codice dei contratti pubblici altresì alle concessioni di servizi – in considerazione anche del rilievo che l'art. 30 comma 3 del d.lgs. 50/2016 impone agli operatori economici, "nell'esecuzione di appalti pubblici e di concessioni" di rispettare "gli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dalla normativa europea e nazionale, dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali" la *lex specialis* della gara *de qua*, antecedente non solo al noto e richiamato pronunciamento della

Corte di giustizia, ma alla stessa riformulazione del disposto dell'art. 95 comma 10 d.lgs. 50/2016 ad opera del correttivo di cui al d.lgs. 56/2017, non solo non prevedeva alcuna sanzione espulsiva correlata al mancato assolvimento dell'obbligo di indicazione separata dei costi della sicurezza, ma non prevedeva *expressis verbis* detto obbligo, neppure con rinvio al correlativo disposto normativo. A ciò si aggiunge l'incertezza giurisprudenziale connessa all'applicabilità del disposto dell'art. 95 comma 10 del Codice alle concessioni di servizio, nonché la circostanza – giova rimarcarlo – che il bando di gara è stato pubblicato nel 2016, e dunque in un periodo nel quale, non solo l'orientamento giurisprudenziale prevalente avrebbe deposto nel senso di negare che la mancata indicazione degli oneri di sicurezza interni potesse condurre all'automatica esclusione dell'operatore, non essendo ancora intervenute le pronunce in materia della Corte di giustizia UE e dell'Adunanza Plenaria di questo Consiglio di Stato, ma anche la formulazione della norma di cui all'art. 95 comma 10 del Codice, in quanto antecedente al correttivo di cui al d.lgs. 56/2017, era alquanto generica, non potendosi esattamente intendere, in mancanza del riferimento dell'obbligo dichiarativo de quo anche alla separata indicazione dei costi della manodopera, la portata essenziale dello stesso in quanto riferibile alla onnicomprensiva protezione delle condizioni dei lavoratori. Pertanto alla fattispecie de qua era senza dubbio applicabile il soccorso istruttorio, con l'attivazione del subprocedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta.

Sistemi di gestione ambientale

TAR Lazio, Roma, sez. II-bis, 30 novembre 2022, n. 15993

CONTRATTI PUBBLICI – SISTEMI DI GESTIONE AMBIENTALE – ARTICOLO 87 COMMA 2 D.LGS. N. 50 DEL 2016 – PRESENTAZIONE DI CERTIFICATI RILASCIATI DA ORGANISMI INDIPENDENTI PER ATTESTARE IL RISPETTO DA PARTE DELL'OPERATORE ECONOMICO DI DETERMINATI SISTEMI O DI NORME DI GESTIONE AMBIENTALE – POSSONO FAR RIFERIMENTO A NORME DI GESTIONE AMBIENTALE FONDATE SU NORME EUROPEE O INTERNAZIONALI IN MATERIA, CERTIFICATE DA ORGANISMI ACCREDITATI PER LO SPECIFICO SCOPO – LA STAZIONE APPALTANTE HA IL POTERE DI INDIVIDUARE, NEL RISPETTO DEI PRINCIPI CHE GOVERNANO L'ESERCIZIO DELLA DISCREZIONALITÀ AMMINISTRATIVA E DEL CODICE DEGLI APPALTI, I REQUISITI DI PARTECIPAZIONE ALLA GARA.

Secondo l'art. 87, comma 2, d. lgs. n. 50/2016 “le stazioni appaltanti, quando richiedono la presentazione di certificati rilasciati da organismi indipendenti per attestare il rispetto da parte dell'operatore economico di determinati sistemi o di norme di gestione ambientale, fanno riferimento al sistema dell'Unione di ecogestione e audit (EMAS) o a altri sistemi di gestione ambientale nella misura in cui sono conformi all'art. 45 del regolamento (CE) n. 1221/2009 o ancora ad altre norme di gestione ambientale fondate su norme europee o internazionali in materia, certificate da organismi accreditati per lo specifico scopo, ai sensi del regolamento (CE) n. 765/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio. Le stazioni appaltanti riconoscono i certificati equivalenti rilasciati da organismi stabiliti in altri Stati membri”. La certificazione ISO 14001:2015, secondo quanto risulta anche dalla prospettazione di parte ricorrente (...) è riconducibile all'ambito applicativo dell'art. 87 comma 2 d.lgs. n. 50/2016 laddove la disposizione richiama “le altre norme di gestione ambientale fondate su norme europee o internazionali in materia, certificate da organismi accreditati per lo specifico scopo, ai sensi del regolamento (CE) n. 765/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio”: trattasi, infatti, di normativa internazionale certificata da organismi accreditati secondo le norme del regolamento CE n. 765/2008. Ciò posto, il Tribunale ritiene che la stazione appaltante abbia il potere di individuare, nel rispetto dei principi che governano l'esercizio della discrezionalità am-

ministrativa e del codice degli appalti, i requisiti di partecipazione alla gara e, nello specifico, le norme di gestione ambientale e i relativi certificati reputati maggiormente idonei ai fini dell'espletamento di determinati servizi. Tale potere, desumibile dal sistema del codice degli appalti, è specificamente confermato dall'art. 87, comma 2 d.lgs. n. 50/2016 che espressamente prevede una molteplicità di sistemi di gestione ambientale utilizzabili dalla stazione appaltante.

Annotazione ANAC

TAR Lazio, Roma, sez. V, 30 novembre 2022, n. 16002

CONTRATTI PUBBLICI – ANNOTAZIONE NEL CASELLARIO ANAC – DEVE COMUNQUE AVVENIRE IN APPLICAZIONE DEI CANONI DI PROPORZIONALITÀ E RAGIONEVOLEZZA DELL'AZIONE AMMINISTRATIVA – SEGNALAZIONE DELLA STAZIONE APPALTANTE – NON COMPORTA ALCUN AUTOMATISMO TALE DA FONDARE UN CARATTERE VINCOLATO DEL PROVVEDIMENTO DELL'ANAC.

L'annotazione nel casellario deve comunque avvenire in applicazione dei canoni di proporzionalità e ragionevolezza dell'azione amministrativa (in termini, TAR Lazio, Roma, sez. I, 19 marzo 2019, n. 3660), il che presuppone che le vicende oggetto di annotazione siano correttamente riportate e che comunque le stesse non siano manifestamente inconferenti rispetto alle finalità di tenuta del Casellario, dovendo l'Agenzia "motivare circa la possibilità/probabilità che la ricorrente incorra, partecipando in futuro a gare per l'affidamento di contratti pubblici, nella medesima violazione di legge" (in tal senso, TAR Roma, Lazio sez. I, 2 ottobre 2019, n.11470). In altre parole, a seguito della segnalazione disposta dalla Stazione appaltante non opera alcun automatismo tale da fondare un carattere vincolato del provvedimento dell'ANAC, in relazione al quale è sempre richiesto un apprezzamento in concreto (*ex multis*, TAR Roma, Lazio, sez. I, 13 maggio 2022, n.6032).

Concessioni e offerte anomale

Consiglio di Stato, sez. V, 1° dicembre 2022, n. 10567

APPALTI PUBBLICI – CONCESSIONI – ANOMALIA – VOLUME DEI RICAVI STIMATO – CARATTERE ORIENTATIVO – VERIFICA DI ANOMALIA – DEVE TENER CONTO DI POSSIBILI MAGGIOR RICAVI PER L'OFFERENTE.

In materia di concessione di servizi il rischio imprenditoriale di cui il concessionario è portatore discende non solo dal flusso di accesso degli utenti al servizio e dalle variazioni di mercato, ma anche da scelte dell'imprenditore in merito all'organizzazione dei propri mezzi e delle modalità di offerta del servizio, in quanto capaci di orientare la domanda e di condizionare, almeno in una certa misura, i fattori esogeni sopra indicati; pertanto, la previa stima approssimativa del fatturato compiuta dalla stazione appaltante non è neanche astrattamente idonea a neutralizzare tale area imprenditoriale.

Se nella *lex specialis* deve essere indicato il volume dei ricavi che il servizio può generare, al fine di orientare gli operatori economici sulla dimensione economica del servizio da dare in affidamento, l'operatore economico resta però libero, assumendosi il rischio imprenditoriale, di organizzare i propri mezzi e l'offerta, per massimizzare il guadagno derivante dalla concessione; di conseguenza, colui che partecipa a una gara per una concessione di servizi può formulare un'offerta ipotizzando che la gestione del servizio gli consenta di realizzare ricavi maggiori rispetto a quelli stimati dall'amministrazione concedente e da questa indicati nella legge di gara, assumendosi però il rischio delle proprie valutazioni.

RTI – Soccorso istruttorio

Consiglio di Stato, sez. V, 23 novembre 2022, n. 10325

1. CONTRATTI PUBBLICI – SERVIZIO DI CREMAZIONE PUBBLICO – PROJECT FINANCING – RTI – POSSESSO DEI REQUISITI DI AMMISSIONE RISPETTO A TUTTE LE PRESTAZIONI OGGETTO DI GARA – CONDIZIONE ESSENZIALE.
2. CONTRATTI PUBBLICI – SERVIZIO DI CREMAZIONE PUBBLICO – PROJECT FINANCING – REQUISITI DI AMMISSIONE – PARTECIPAZIONE RTI – SOCCORSO ISTRUTTORIO È INAMMISSIBILE PER ASPETTI CHE ATTENGONO ALLO STESSO ASSETTO STRUTTURALE SCELTO DAL RAGGRUPPAMENTO, UNA PARTE DEI CUI COMPONENTI NON POSSEDEVA O COMUNQUE NON ERA IN GRADO DI ATTESTARE IL POSSESSO DEI REQUISITI DI AMMISSIONE – TUTELA DELLA *PAR CONDICIO*

1. Nella fattispecie, nel “prevedere la possibilità di ricorrere a sub-raggruppamenti per la gestione del servizio, la legge di gara non ostava a che venisse ripartita orizzontalmente tra diversi operatori la (prestazione di) “gestione del tempo crematorio”, a condizione però che ciascuno di essi fosse in possesso dei requisiti di capacità tecnica e professionale (art. 11.3) in misura almeno pari alla percentuale di esecuzione del servizio (cfr. art. 11.6, punto III). Non trova dunque fondamento (né testuale né logico) nella legge di gara l'idea di considerare la prestazione di “manutenzione” degli impianti – ancorché imprescindibile componente della gestione professionale del servizio di cremazione – in modo separato ed autonomo, così da ritenere che il soggetto formalmente incaricato a svolgerla sia “esonero” dal possesso dei requisiti *de quibus*; né, ancor prima, può condividersi la scelta di parte appellante di considerare il predetto servizio di manutenzione degli impianti come una prestazione “secondaria” rispetto alle altre nelle quali parimenti si sostanzia la gestione del servizio oggetto di gara, in assenza di un'espressa previsione in tal senso della *lex specialis* (ex multis Cons. Stato, V, 24 febbraio 2020, n. 1381), dovendosi ritenere precluso al partecipante alla gara “procedere di sua iniziativa alla scomposizione del contenuto della prestazione, distinguendo fra prestazioni principali e secondarie”.

2. È inammissibile “il ricorso all'istituto di cui all'art. 83, comma 9 del vigente Codice dei contratti pubblici, non afferendo a meri profili di irregolarità formale – suscettibili per tali di integrazione o regolarizzazione documentale – quanto piuttosto allo stesso assetto strutturale scelto dal raggruppamento, una parte dei cui componenti non possedeva o comunque non era in grado di attestare il possesso dei requisiti di ammissione.

In questi termini, va dunque confermata la correttezza dell'operato della stazione appaltante, atteso che “il soccorso istruttorio non si giustifica nei casi in cui configge con il principio generale dell'autoresponsabilità dei concorrenti, in forza del quale ciascuno sopporta le conseguenze di eventuali errori commessi nella presentazione della documentazione con la conseguenza che in presenza di una previsione chiara e dell'inosservanza di questa da parte di un concorrente (si tratti di gara o di altro tipo di concorso) l'invito alla integrazione costituirebbe una palese violazione del principio della *par condicio*, che verrebbe vulnerato dalla rimessione in termini, per mezzo della

sanatoria di una documentazione incompleta o insufficiente ad attestare il possesso del requisito di partecipazione da parte del ricorrente che non ha presentato nei termini e con le modalità previste dalla *lex specialis*, una dichiarazione o documentazione conforme al bando” (*ex multis*, Cons. Stato, sez. III, 28 novembre 2018, n. 6752; sez. III, 4 gennaio 2019, n. 96; sez. V, 22 novembre 2019, n. 7975). In altri termini, il soccorso istruttorio è inoperante ogni volta che vengano in rilievo omissioni di documenti o inadempimenti procedurali richiesti a pena di esclusione dalla legge di gara, dato che la sanzione scaturisce automaticamente dalla scelta operata a monte dalla legge, senza che si possa ammettere alcuna possibilità di esercizio del “potere di soccorso”.

In questo caso, evidentemente, l’integrazione non è consentita, risolvendosi in un *vulnus* del principio di parità di trattamento.

Regolarità contributiva

TAR Sardegna, sez. II, 19 novembre 2022, n. 781

CONTRATTI PUBBLICI – REGOLARITÀ CONTRIBUTIVA – OPERATORE ECONOMICO IN POSSESSO DI DURC REGOLARE AL MOMENTO DELLA PRESENTAZIONE DELLA DOMANDA – DEVE ESSERE ESCLUSO SE, NEL CORSO DELLA PROCEDURA, EMERGA UNA SITUAZIONE DI IRREGOLARITÀ CONTRIBUTIVA, OSTATIVA AL RILASCIO DEL DURC, PUR SE SIA ANCORA IN TEMPO PER PROVVEDERE ALLA REGOLARIZZAZIONE E VI PROVVEDA TEMPESTIVAMENTE AI SENSI DEL D.M. 30 GENNAIO 2015.

Non può non ricordarsi che “l’istituto dell’invito alla regolarizzazione (il c.d. preavviso di DURC negativo), già previsto dall’art. 7, comma 3, del decreto ministeriale 24 ottobre 2007 e ora recepito a livello legislativo dall’art. 31, comma 8, del decreto legge 21 giugno 2013 n. 69, può operare solo nei rapporti tra impresa ed Ente previdenziale, ossia con riferimento al DURC chiesto dall’impresa e non anche al DURC richiesto dalla stazione appaltante per la verifica della veridicità dell’autodichiarazione resa ai sensi dell’art. 38, comma 1, lett. i) ai fini della partecipazione alla gara d’appalto” (Cons. Stato, Ad. plen., 25 maggio 2016, n. 10); “questo principio risulta superato solo in parte dall’art. 80, comma 4, d.lgs. n. 50 del 2016. L’ultimo inciso consente infatti all’impresa che intenda partecipare alla gara di aderire all’invito alla regolarizzazione fino al momento di presentazione dell’offerta, potendo perciò autocertificare il possesso del requisito a tale momento anche se non abbia ancora pagato le somme dovute agli enti di previdenza ed assistenza, ma si sia formalmente impegnata al pagamento. Non vi è invece alcun dato letterale né sistematico che legittimi l’interpretazione della norma sostenuta dall’appellante, nel senso che essa consenta anche l’adempimento tardivo o l’impegno all’adempimento tardivo, qualora l’invito alla regolarizzazione (c.d. preavviso di DURC negativo) intervenga nel corso della procedura. Per tale eventualità, il Collegio ritiene che debba essere ribadito il principio di diritto espresso dall’Adunanza Plenaria nelle sentenze citate, e confermato anche da decisioni del Consiglio di Stato successive (tra cui cfr. Cons. Stato, V, 5 maggio 2017, n. 2041; id., sez. V, 29 maggio 2017, n. 2529; id., sez. VI, 15 settembre 2017, n. 4349), nel senso che, anche qualora l’operatore economico fosse in possesso di DURC regolare al momento della presentazione della domanda, deve essere escluso se, nel corso della procedura, emerge una situazione di irregolarità contributiva, ostativa al rilascio del DURC, pur se sia ancora in tempo per provvedere alla regolarizzazione e vi provveda tempestivamente ai sensi del d.m. 30 gennaio 2015” (Cons. Stato, sez. V, 2 luglio 2018, n. 4039).

Motivi di esclusione – False dichiarazioni

Consiglio di Stato, sez. V, 29 novembre 2022, n. 10504

CONTRATTI PUBBLICI – GARA PUBBLICA – GRAVI ILLECITI PROFESSIONALI – FALSA DICHIARAZIONE-UNICA IPOTESI CHE COMPORTA L'AUTOMATICA ESCLUSIONE.

La giurisprudenza amministrativa ha quindi affermato che l'omissione dichiarativa, in particolare, può rilevare solo ove possa predicarsene l'“attitudine decettiva”, ossia l'idoneità a sviare l'Amministrazione nell'adozione di provvedimenti concernenti la procedura di gara; tanto implica che, comunque, la stazione appaltante è tenuta a svolgere una previa valutazione discrezionale dell'effettiva incidenza della falsità o della omissione sull'affidabilità dell'operatore, essendole per contro impedito di procedere alla esclusione *sic et simpliciter* per il solo fatto della non aderenza al vero o della omissione della dichiarazione dovuta. Pertanto, soltanto ad una falsa dichiarazione (intesa come *immutatio veri*) potrebbe conseguire l'automatica esclusione dalla procedura di gara, mentre ogni altra condotta, omissiva o reticente, dell'operatore economico, finalizzata all'adozione di provvedimenti concernenti l'ammissione alla gara, la selezione delle offerte e l'aggiudicazione, comporta l'esclusione dell'operatore economico dalla procedura solo in forza di un apprezzamento da parte della stazione appaltante che sia di prognosi sfavorevole sull'affidabilità dello stesso: trattandosi di valutazione ampiamente discrezionale, alla sua mancanza non può ovviare il giudice amministrativo, il quale, in applicazione del divieto di pronunciarsi con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati *ex art. 34, comma 4, c.p.a.* e in considerazione dell'eccezionalità della giurisdizione di merito, ammessa nelle sole ipotesi tassativamente previste dalla legge, non può sostituirsi alla stazione appaltante nella valutazione di affidabilità professionale dell'operatore economico.

Accesso civico e differimento dell'accesso agli atti

TAR Lazio, Roma, sez. II Bis, 18 novembre 2022, n. 15347

CONTRATTI PUBBLICI – GARA PUBBLICA – ACCESSO CIVICO – PUÒ ESSERE ESERCITATO ANCHE CON RIFERIMENTO AGLI ATTI DI GARA PUBBLICA DA PARTE DI UN SOGGETTO CHE NON HA PARTECIPATO ALLA PROCEDURA – POTESTÀ DI DIFFERIMENTO DELL'ACCESSO AGLI ATTI DI GARA ALL'AGGIUDICAZIONE DEFINITIVA, DI CUI ALL'ART. 53, COMMI 2 E 3 DEL D.LGS. N. 50/2016 – NESSUN PREGIUDIZIO ALL'ESIGENZA DI CONOSCENZA E DI TRASPARENZA CUI L'ISTANZA È PREORDINATA PUÒ DERIVARE DALL'INDUGIO NELL'ATTESA DEL COMPIMENTO DELLA PROCEDURA.

Deve, intanto, rammentarsi che, per giurisprudenza (Consiglio di Stato, sez. III, 5.6.2019, n. 3780), l'accesso civico può essere esercitato anche con riferimento agli atti di gara pubblica da parte di un soggetto che non ha partecipato alla procedura. Osserva il Collegio che la potestà di differimento dell'accesso agli atti di gara all'aggiudicazione definitiva, di cui all'art. 53, commi 2 e 3 del d.lgs. n. 50/2016 è posto da una norma speciale che, ai fini dell'espletamento della selezione, tutela il celere, spedito e sollecito compimento dell'azione amministrativa (tanto che “le norme che regolano l'accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici sono definite dall'art. 53, d.lgs. n. 50 del 2016, che richiama la disciplina generale di cui agli artt. 22 ss., l. 7 agosto 1990, n. 241, ma vi aggiunge speciali e specifiche disposizioni derogatorie in punto di differimento, di limitazione e di esclusione della pretesa ostensiva”, Consiglio di Stato, sez. V, 1.7.2020, n. 4220).

Ciò induce a ritenere prevalente il differimento rispetto all'esercizio del diritto di accesso civico o ambientale, nonostante la tutela rafforzata apprestata a questi due istituti.

Il differimento, infatti, non implica una compressione se non temporanea del diritto di accesso, fondando così una condizione di giusto equilibrio tra le esigenze di speditezza e concentrazione delle procedure di gara e quelle che, in capo a soggetti non concorrenti, giustificano la trasparenza della procedura stessa (anche in funzione di un interesse generale volto al contrasto della corruzione nel settore degli appalti, cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 5.6.2019, n. 3780). Invero, tenuto conto che si tratta di una istanza di accesso di soggetti che non hanno preso parte alla procedura di gara (e che quindi non hanno interesse immediato a conseguire l'aggiudicazione del servizio in luogo della concorrente selezionata), nessun pregiudizio all'esigenza di conoscenza e di trasparenza cui l'istanza è preordinata può derivare dall'indugio nell'attesa del compimento della procedura, posto che, una volta conclusa, l'Amministrazione potrà sempre rideterminarsi in esito alle eventuali osservazioni o deduzioni dell'interessata.

Deve quindi ritenersi che correttamente l'Amministrazione ha differito l'esercizio del diritto di accesso al compimento dei controlli di gara: vero è che, nell'attuale sistema normativo del codice appalti, l'aggiudicazione è essa stessa definitiva, ma ciò non esclude che, laddove l'Amministrazione l'abbia pronunciata sotto riserva di controlli, l'efficacia della stessa è posticipata (e condizionata) all'esito di questi ultimi, con la conseguenza che sul piano dell'assetto di interessi la formazione della volontà amministrativa seppur compiuta non è ancora stabile e definitiva.

Ne deriva che in presenza di una determina di aggiudicazione che ne riservi l'effetto al compimento dei controlli di legge sulle dichiarazioni rese, è legittimo il differimento dell'accesso agli atti di gara ex art. 53 del d.lgs. 50/2016 al compimento di questi ultimi.

Annullamento aggiudicazione e inefficacia del contratto

TAR Campania, Napoli, sez. VIII, 28 novembre 2022, n. 7357

CONTRATTI PUBBLICI – GARA PUBBLICA – AGGIUDICAZIONE – ANNULLAMENTO – COSTITUISCE UN PRECISO ONERE DELL'OPERATORE ECONOMICO CHE INTENDE SUBENTRARE NELLA POSIZIONE NEGOZIALE DELL'AGGIUDICATARIO FORMULARE UNA SPECIFICA DOMANDA DI SUBENTRO NEL CONTRATTO – APPLICABILITÀ NELLA FATTISPECIE DELL'ART. 122 C.P.A. – DIFFERENZA RISPETTO ALL'ART. 121 C.P.A. – È IL GIUDICE CHE ANNULLA L'AGGIUDICAZIONE DEFINITIVA A STABILIRE SE DICHIARARE INEFFICACE IL CONTRATTO SULLA BASE DI CRITERI CHE INVOLGONO LA VALUTAZIONE DEGLI INTERESSI PUBBLICI E PRIVATI.

Costituisce (...) un preciso onere dell'operatore economico che intende subentrare nella posizione negoziale dell'aggiudicatario, formulare una specifica domanda di subentro nel contratto.

La dichiarazione di inefficacia del contratto, infatti, non costituisce un effetto automatico dell'annullamento dell'aggiudicazione, ma può conseguire ad una specifica valutazione effettuata dal giudice che ha annullato l'aggiudicazione, sulla base degli elementi di valutazione indicati dall'art. 122 c.p.a.

L'odierna ricorrente ha chiesto, nel ricorso, l'accoglimento del ricorso con l'annullamento degli atti e dei provvedimenti impugnati e la dichiarazione di inefficacia dell'eventuale contratto stipulato, non proponendo alcuna domanda di subentro nel contratto (tutela del bene in forma specifica) ovvero risarcitoria (nel ricorso, peraltro, si legge che "Ed infatti, il danno non è meramente economico ma, altresì, in termini curriculari, di mantenimento dei requisiti, di adempimento alle obbligazioni assunte sia in termini contrattuali che in termini economico – finanziari").

In ordine alla domanda di dichiarazione di inefficacia del contratto stipulato, il Collegio, in primo luogo, eviden-

zia che il vizio di legittimità accertato nel procedimento di affidamento dell'appalto renderebbe applicabile alla fattispecie l'art. 122 c.p.a., secondo cui, fuori dei casi indicati dall'art. 121, comma 1, c.p.a. (fattispecie di gravi violazioni non rinvenibili nell'ipotesi in oggetto anche in considerazione della applicazione degli artt. 32, comma 10, e 36 d.lgs. n. 50 del 2016) e dall'art. 123, comma 3, c.p.a. (applicazione di sanzioni alternative), il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva stabilisce se dichiarare inefficace il contratto, fissandone la decorrenza, tenendo conto, in particolare, degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la domanda di subentrare sia stata proposta.

Pertanto, a differenza dell'art. 121 c.p.a., in cui è presente una violazione definita grave ed in cui il legislatore indica che il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva "dichiara" l'inefficacia del contratto, salvo che sia accertato come il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale imponga che i suoi effetti siano mantenuti, l'art. 122 c.p.a. indica che il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva "stabilisce" se dichiarare inefficace il contratto sulla base dei criteri, involgenti la valutazione degli interessi pubblici e privati.

Opere aggiuntive e punteggi nel criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa

Consiglio di Stato, sez. III, 24 novembre 2022, n. 10366

CONTRATTI PUBBLICI – APPALTI AGGIUDICATI CON IL CRITERIO DELL'OFFERTA ECONOMICAMENTE PIÙ VANTAGGIOSA – STAZIONI APPALTANTI – NON POSSONO ATTRIBUIRE ALCUN PUNTEGGIO PER L'OFFERTA DI OPERE AGGIUNTIVE RISPETTO A QUANTO PREVISTO NEL PROGETTO ESECUTIVO A BASE D'ASTA – DIVIETO APPLICABILE SOLO ALLE PROCEDURE DI GARA PER L'AFFIDAMENTO DI LAVORI.

Il divieto dell'art. 95, comma 14-bis, del d. lgs. n. 50 del 2016 come ha chiarito la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, è applicabile sulla base del suo tenore letterale ai soli contratti di appalto pubblico di lavori, mentre non è estensibile agli appalti pubblici di servizi in ragione della sua ratio, consistente nell'evitare che il progetto di opera predisposto dall'amministrazione aggiudicatrice sia posto nel nulla da offerte che abbiano ad oggetto lavori ulteriori, non essendone consentita pertanto l'estensione agli appalti pubblici di servizi (v., *ex plurimis*, Cons. Stato, sez. V, 17 dicembre 2019, n. 8534).

Subappalto e prestazioni accessorie e strumentali – Appalto integrato e sospensione divieto

Consiglio di Stato, sez. V, 25 novembre 2022, n. 10387

1. CONTRATTI PUBBLICI – REQUISITI DI QUALIFICAZIONE E CAPACITÀ – POSSIBILE RICORSO AL SUBAPPALTO QUANDO SI TRATTI DI PRESTAZIONI ACCESSORIE E STRUMENTALI RISPETTO ALL'OGGETTO PRINCIPALE DELL'APPALTO IN VIRTÙ DELL'ART. 3, LETT. 77), DEL D.LGS. N. 50 DEL 2016.

2 CONTRATTI PUBBLICI – GARA PUBBLICA – DIVIETO POSTO DALL'ART. 59, COMMA 1, QUARTO PERIODO, D.LGS. N. 50 DEL 2016 SUL RICORSO ALL'AFFIDAMENTO CONGIUNTO DELLA PROGETTAZIONE E DELL'ESECUZIONE DI LAVORI.. – SOSPENSIONE FINO AL 30 GIUGNO 2023

1. Secondo la costante giurisprudenza amministrativa, il concorrente può provare il possesso dei requisiti di qualificazione e capacità mediante subappalto proprio quando si tratti di prestazioni accessorie e strumentali rispetto all'oggetto principale dell'appalto in virtù dell'art. 3, lett. tt), del d.lgs. n. 50 del 2016. E in tal caso, non vi è neanche l'obbligo di indicare, nella domanda di partecipazione, il nominativo dell'impresa subappaltatrice. In tal senso, infatti, per consolidata giurisprudenza: “al di fuori delle ipotesi di cui all'art. 105, comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016, in sede di presentazione dell'offerta non è obbligatoria per legge l'indicazione nominativa dell'impresa subappaltatrice, neppure in caso di subappalto necessario – ovvero allorché il concorrente non possieda la qualificazione nelle categorie scorporabili (per le ragioni già esposte da Cons. Stato, Ad, Plen. 2 novembre 2015, n. 9, confermate nel vigore dell'attuale Codice dei contratti pubblici dall'applicazione fatta nel già citato precedente di cui al Cons. Stato, sez. V, n. 5745/2019)” (Cons. di Stato, V, 15 febbraio 2021, n. 1308).

2. Il divieto posto dall'art. 59, comma 1, quarto periodo, d.lgs. n. 50 del 2016, secondo le cui prescrizioni: “È vietato il ricorso all'affidamento congiunto della progettazione e dell'esecuzione di lavori...”), è stato sospeso in virtù delle prescrizioni di cui all'art. 1, comma 1, lett. b), del d.l. n. 32 del 2019, convertito nella legge n. 55 del 2019, e, successivamente, di cui all'art. 52, comma 1, lett. a), punto 1.2 del d.l. 31 maggio 2021, n. 77, convertito con modificazioni dalla legge 29 luglio 2021, n. 108, fino al 30 giugno 2023.

In considerazione della sospensione dell'operatività della disposizione normativa, non rileva se la fattispecie in questione possa o meno essere ricompresa nella deroga al divieto (di cui all'art. 59, comma 1-bis).

Gravi illeciti professionali

TAR Lazio, Roma, sez. IV, 23 novembre 2022, n. 15623

CONTRATTI PUBBLICI – GARA PUBBLICA – GRAVI ILLECITI PROFESSIONALI – CONDOTTA OMISSIVA, RETICENTE O MENDACE TENUTA DAL CONCORRENTE IN RELAZIONE A CIRCOSTANZE POTENZIALMENTE RILEVANTI AI FINI DELL'AMMISSIONE ALLA GARA, DELLA SELEZIONE DELLE OFFERTE E DELL'AGGIUDICAZIONE – NON DETERMINA QUALE CONSEGUENZA AUTOMATICA, L'ESCLUSIONE – OCCORRE UNA VALUTAZIONE DA EFFETTUARE IN CONCRETO, AD OPERA DELLA STAZIONE APPALTANTE, CIRCA L'EFFETTIVA RILEVANZA DI UNA TALE CONDOTTA DICHIARATIVA.

Non può omettere il Collegio, in proposito, di richiamare i principi di diritto di cui alla sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, 28 agosto 2020, n. 16.

Tale pronunzia, quanto alla distinzione fra omesse, reticenti e false dichiarazioni, ai sensi dell'art. 80, comma 5, del d.lgs. n. 50 del 2016, ha precisato che “v'è omessa dichiarazione quando l'operatore economico non riferisce di alcuna pregressa condotta professionale qualificabile come 'grave illecito professionale'; v'è dichiarazione reticente quando le pregresse vicende sono solo accennate senza la dettagliata descrizione necessaria alla stazione appaltante per poter compiutamente apprezzarne il disvalore nell'ottica dell'affidabilità del concorrente. Infine, la falsa dichiarazione consiste in una *immutatio veri*; ricorre, cioè, se l'operatore rappresenta una circostanza di fatto diversa dal vero” (cfr. anche Cons. Stato, sez. V, 12 aprile 2019, n. 2407; 22 luglio 2019, n. 5171; 28 ottobre

2019, n. 7387; 13 dicembre 2019, n. 8480; 17 marzo 2020, n. 1906; 12 maggio 2020, n. 2976). L'indicata decisione dell'Adunanza Plenaria ha chiarito, in proposito, che "la falsità di informazioni rese dall'operatore economico partecipante a procedure di affidamento di contratti pubblici e finalizzata all'adozione dei provvedimenti di competenza della stazione appaltante concernenti l'ammissione alla gara, la selezione delle offerte e l'aggiudicazione, è riconducibile all'ipotesi prevista dalla lett. c) [ora *c-bis*] dell'art. 80, comma 5, del codice dei contratti di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50"; e che essa soggiace a un regime in forza del quale "la stazione appaltante è tenuta a svolgere la valutazione di integrità e affidabilità del concorrente, ai sensi della medesima disposizione, senza alcun automatismo espulsivo". Sempre con riferimento ai principi individuati dalla citata Adunanza Plenaria, il medesimo regime vale per "l'omissione di informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione, nell'ambito della quale rilevano, oltre ai casi oggetto di obblighi dichiarativi predeterminati dalla legge o dalla normativa di gara, solo quelle evidentemente incidenti sull'integrità ed affidabilità dell'operatore economico". La condotta omissiva, reticente o mendace tenuta dal concorrente in relazione a circostanze potenzialmente rilevanti ai fini dell'ammissione alla gara, della selezione delle offerte e dell'aggiudicazione non determina, quindi, quale conseguenza automatica, l'esclusione: piuttosto, occorrendo una valutazione da effettuare in concreto, ad opera della Stazione appaltante, circa l'effettiva rilevanza di una tale condotta dichiarativa, per le sue concrete caratteristiche, rispetto al contratto di cui si verte, nonché degli episodi sottostanti non adeguatamente comunicati (cfr. Cons. Stato, sez. V, 8 gennaio 2021, n. 307 e sez. VI, 2 novembre 2020, n. 6734). La valutazione di che trattasi viene, per l'effetto, ad assumere un duplice contenuto espansivo:

- in primo luogo, rivolgendosi a verificare se venga, effettivamente, in considerazione un effettivo caso di pregresso «grave illecito professionale»;
- ulteriormente, estendendosi ad apprezzare in che termini il fatto che lo integra risulti incongruo rispetto all'affidabilità dell'impresa in vista del particolare contratto per il quale è gara.

Per le stesse ragioni, in presenza di una condotta dichiarativa a carattere omissivo, reticente o falso, *ex art. 80, comma 5, lett. c) [ora *c-bis*]*, del d.lgs. n. 50 del 2016, non rilevata dall'Amministrazione in corso di gara, il giudice non può tout court pronunciare l'esclusione del concorrente, ma deve rimettere la relativa valutazione alla stazione appaltante (cfr. Cons. Stato, sez. V, 3 settembre 2018, n. 5142).

Costo della manodopera e verifica anomalia

TAR Lombardia, Brescia, sez. I, 23 novembre 2022, n. 1182

APPALTI PUBBLICI – ANOMALIA DELL'OFFERTA – COMPENSAZIONE E MODIFICHE – LIMITI – VARIAZIONE COMPOSIZIONE DEI COSTI DEL PERSONALE – INAMMISSIBILITÀ.

La modifica dei costi della manodopera comporta un'inammissibile rettifica di un elemento costitutivo ed essenziale dell'offerta economica, che non è suscettibile di essere mutato nell'importo, al pari degli oneri aziendali per la sicurezza, pena l'incisione degli interessi pubblici posti a presidio delle esigenze di tutela delle condizioni di lavoro e di parità di trattamento dei concorrenti, come imposte dall'art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50/2016.

La giurisprudenza ritiene possibile procedere a compensazioni tra sottostime o sovrastime o, comunque, a modifiche delle voci di costo indicate negli stessi giustificativi, purché l'entità dell'offerta economica rimanga ferma in ossequio alla regola di immodificabilità dell'offerta, e le singole voci di costo siano modificate solo per sopravvenienze di fatto o normative che comportino una riduzione dei costi o per originari comprovati errori di

calcolo o per altre plausibili ragioni: fermo restando che non è possibile rimodulare le voci di costo senza alcuna motivazione e al solo scopo di “far quadrare i conti” ossia per assicurarsi che il prezzo complessivo offerto resti immutato ma siano superate le contestazioni sollevate dalla stazione appaltante su alcune voci di costo.

Impugnazione bando PNRR

Tribunale Regionale Giustizia Amministrativa Trentino Alto Adige Trento, 14 novembre 2022, n.190

PROCESSO AMMINISTRATIVO – COMPETENZA TERRITORIALE – IMPUGNAZIONE DI BANDI DI GARA – FINANZIATI CON RISORSE DEL PNRR E BANDITE DA AUTORITÀ CENTRALI STATALI – SPETTA AL TAR LAZIO.

Anche il profilo finanziario della realizzazione di un’opera assume rilevanza ai fini della determinazione della competenza territoriale del giudice amministrativo. Infatti, anche se al realizzazione dei lotti di un’opera ricadono nell’ambito del territorio del Trentino Alto Adige/ Südtirol – e, conseguentemente, il quello delle due Province autonome di Trento e di Bolzano – in realtà anche gli effetti di tale atto – adottato da un’autorità statale centrale con sede a Roma – a ben vedere neppure sono limitati “all’ambito territoriale di un tribunale periferico” (ma neppure di due tribunali periferici di cui uno in prevalenza), ma si inseriscono nel (e sono pertanto condizionati dai) ben più ampi contesti, prospettive e dimensioni nazionali di un’opera finanziata con le risorse previste dal PNRR. Il profilo finanziario assume evidentemente una rilevanza non inconsistente – e una dimensione finanche europea, quanto alla provvista delle risorse per la realizzazione delle opere – tanto più in quanto nel caso di specie non solo la realizzazione del progetto deriva, per l’appunto, dai finanziamenti europei del PNRR, ma altresì poiché l’opera, come si è detto, viene sovvenzionata mediante la concessione di contributi pubblici erogati dallo Stato, ai sensi del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 123. In ogni caso, a fortiori nel caso in cui inizialmente era prevista un’unica procedura di selezione per tutto il territorio nazionale suddivisa in lotti, sussistono quegli indici rivelatori dell’unitarietà della procedura nel senso riconosciuto dalla giurisprudenza, allo stato del tutto prevalente e consolidata, al fine di radicare al riguardo la competenza del TAR per il Lazio, Sede di Roma, ai sensi e per gli effetti dell’art. 13 comma 1 primo periodo e comma 3 c.p.a.

Al riguardo giova in particolare richiamare l’orientamento di cui all’ordinanza n. 83 dd. 11 gennaio 2019 della sez. V del Consiglio di Stato secondo cui: “come si evince dal bando di gara, la stazione appaltante ha dato luogo ad un’unica procedura di gara, ancorché divisa in lotti diversi, e non, invece, a diverse procedure di gara per quanti sono i lotti indicati dal bando ... l’unitarietà della gara è dimostrata tra l’altro dalla nomina di un’unica commissione giudicatrice e di un unico responsabile del procedimento, deputati ad adottare provvedimenti di gara riguardanti tutti i lotti, nonché dalla circostanza che non tutti i lotti coincidevano con un unico territorio regionale, comprendendo, in diversi casi, più regioni ... in tali situazioni, tutti gli atti della procedura di gara, fino alla stipulazione del contratto, producono effetti non limitati ad un ambito territoriale circoscritto e coincidente con il territorio regionale come sostenuto dall’odierno appellante, ma riferibili all’intero territorio nel quale si esplica la competenza della stazione appaltante, ovvero, nel caso di specie, il territorio nazionale.

In relazione a quanto precede, costituente vero e proprio “diritto vivente” di consolidata giurisprudenziale e riferito anche a procedimenti di scelta del contraente connotati dai sopradescritti indici e risalenti ad epoca antecedente a quelli attualmente contemplati dal PNRR, questo giudice, ai sensi dell’art. 15 c.p.a., non può dunque che dichiarare il proprio difetto di competenza territoriale e indicare quale competente il Tribunale amministrativo regionale del Lazio, Sede di Roma, innanzi al quale le parti potranno pertanto riassumere il

giudizio nel termine perentorio di trenta giorni, secondo quanto previsto dal comma 4 del menzionato art. 15 c.p.a. decorrente dalla comunicazione della presente ordinanza.

Solo incidentalmente va evidenziato che questa necessitata applicazione del sopradescritto “diritto vivente” di origine giurisprudenziale non implica l’adesione da parte del Collegio all’assunto secondo cui la rimessione della presente causa al TAR per il Lazio, Sede di Roma, consentirebbe una maggiore celerità processuale: a questo riguardo il Collegio rimarca che è notorio il consistente arretrato che grava sul giudice amministrativo di primo grado avente sede a Roma, e che il necessitato rispetto dei termini di definizione della presente controversia a quest’ultimo parimenti imposti dall’art. 12-*bis* del d.l. 16 giugno 2022, n. 68 convertito con l. 5 agosto 2022, n. 108 ineludibilmente determinerà il rinvio della trattazione di altre cause ivi già da tempo pendenti: il che, per contro, non si verificherebbe presso questo Tribunale, i cui tempi medi per la definizione dei ricorsi pendenti ordinariamente non eccedono i sei mesi decorrenti dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti evocate in giudizio, e ciò proprio in quanto presso il TRGA, sia di Trento che di Bolzano, allo stato non pendono cause arretrate.

Evidentemente il legislatore, nell’introdurre nel nostro ordinamento processuale la speciale disciplina contenuta nel surriferito art. 12-*bis* del d.l. n. 68 del 2022 convertito con l. n. 108 del 2022, ha inteso perseguire fini di omogeneità giurisprudenziale piuttosto che di celerità nella definizione delle controversie, pertanto da intendersi per questo ultimo profilo anche come consapevole scelta di appesantimento del complessivo carico di arretrato che seguita a gravare sulla Sede di Roma del TAR per il Lazio anche per effetto della disciplina contenuta nell’art. 135 c.p.a., vieppiù implementata nel tempo a discapito dei TAR funzionanti nelle altre Regioni: e ciò, dunque, anche a discapito del notorio e quanto mai generoso sforzo dei magistrati assegnati alla Sede di Roma per ridurre il cospicuo volume dell’arretrato, ossia per un fine che parimenti è pur perseguito da altre, apposite previsioni contenute nel medesimo PNRR e che vincolano lo Stato italiano nei confronti dell’Unione Europea.

Il Collegio, pertanto, non può che conformarsi all’anzidetto “diritto vivente” anche – e soprattutto – nella constatazione che il legislatore, con una sua scelta incensurabile di merito contenuta nel predetto art. 12-*bis*, non innovando con una norma espressa il “diritto vivente” medesimo, di fatto ha inteso confermarne la perdurante vigenza anche con riguardo a tutti i ricorsi relativi a procedimenti finanziati con i fondi del PNRR.

Principio di equivalenza

Consiglio di Stato, sez. V, 22 novembre 2022, n. 10292

CONTRATTI PUBBLICI – GARA PUBBLICA – PRINCIPIO DI EQUIVALENZA SANCITO DALL’ART. 68 DEL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI – NON ATTUENE ALL’AMBITO DEI REQUISITI SOGGETTIVI CHE L’OPERATORE ECONOMICO DEVE POSSEDERE PER PARTECIPARE ALLA SELEZIONE, MA A QUELLO DELLE OMOLOGAZIONI E DELLE SPECIFICHE TECNICHE CHE IL PRODOTTO (O IL SERVIZIO) OFFERTO DEVE POSSEDERE PER ESSERE CONFORME ALL’OGGETTO DEL CONTRATTO.

Il principio di equivalenza, sancito dall’art. 68 del Codice dei contratti pubblici e richiamato in sentenza, non attiene all’ambito dei requisiti soggettivi che l’operatore economico deve possedere per partecipare alla selezione, bensì a quello delle omologazioni e delle specifiche tecniche che il prodotto (o il servizio) offerto deve possedere per essere conforme all’oggetto del contratto (cfr., tra le altre, CGARS, 20 giugno 2020, n. 133). In tale prospettiva oggettiva, si giustificano altresì i limiti al principio di equivalenza elaborati dalla giurispru-

denza richiamata nella sentenza, volti ad evitare che il principio di equivalenza venga invocato per ammettere offerte tecnicamente non conformi a quelle richieste dalla stazione appaltante (cfr., da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 20 giugno 2022, n. 5034).

Specifiche tecniche

TAR Lazio, Roma, sez. III-quater, 22 novembre 2022, n. 15444

APPALTI PUBBLICI – SPECIFICHE TECNICHE – DISCREZIONALITÀ – PRINCIPIO DI CONCORRENZA.

L'individuazione delle specifiche tecniche di una fornitura costituisce estrinsecazione di ampia discrezionalità amministrativa; spetta alla p.a. la ricognizione delle esigenze da soddisfare mediante l'approvvigionamento e, in via consequenziale, dei requisiti necessari al relativo soddisfacimento. Tale discrezionalità è purtuttavia assoggettata ai limiti propri di ogni azione amministrativa e, nel settore dei contratti pubblici, al generale principio di concorrenza.

In virtù di ciò, le caratteristiche tecniche della fornitura devono essere enucleate dalla p.a. in modo tale da favorire la più ampia partecipazione alla gara, ferma restando la necessità di soddisfare appieno le esigenze della stazione appaltante.

L'amministrazione procedente, in sede di elaborazione della *lex specialis* della gara, dovrà pertanto evitare di inserire requisiti che in modo irragionevole restringano la platea dei concorrenti ammessi, individuando specifiche non rivolte al soddisfacimento di un effettivo bisogno, ma tendenti in via esclusiva a limitare *ex ante* gli interlocutori.

Aeroporti – Compensazione per obblighi di servizio pubblico – Aiuti di Stato

Corte di giustizia europea, sez. II, 17 novembre 2022, (nelle cause riunite C 331/20 P e C 343/20 P)

AIUTI DI STATO – ARTICOLO 107, PARAGRAFO 1, TFUE – DECISIONE DELLA COMMISSIONE EUROPEA SULLA COMPENSAZIONE AGLI AEROPORTI SARDI PER OBBLIGHI DI SERVIZIO PUBBLICO – ESISTENZA DI AIUTI DI STATO ILLEGALI E INCOMPATIBILI CON IL MERCATO INTERNO, CONCESSI DALLA REPUBBLICA ITALIANA A COMPAGNIE AEREE TRAMITE SOCIETÀ DI GESTIONE AEROPORTUALE – NOZIONE DI “AIUTO DI STATO” – DIMOSTRAZIONE DELL'ESISTENZA DI UN VANTAGGIO – DETERMINAZIONE DEL SUO IMPORTO – PRINCIPIO DELL'OPERATORE PRIVATO IN ECONOMIA DI MERCATO – APPLICABILITÀ E APPLICAZIONE – CRITERIO DELL'ACQUIRENTE PRIVATO DI BENI O DI SERVIZI – CONDIZIONI – ONERE DELLA PROVA.

Per determinare se le misure controverse e i contratti con cui esse sono state attuate costituissero vantaggi ai sensi dell'art. 107, paragrafo 1, TFUE, incombeva alla Commissione esaminare tali misure nonché tali contratti alla luce del principio dell'operatore privato in economia di mercato. Inoltre, gli obiettivi di interesse pubblico perseguiti dalla Regione autonoma e la natura privata delle società di gestione aeroportuale in questione non ostavano all'applicabilità di tale principio.

L'applicazione del principio dell'operatore privato in economia di mercato imponeva poi nel caso di specie alla Commissione di esaminare se si potesse considerare che la Regione autonoma, in quanto ente pubblico che ha istituito le misure contestate, nonché le società di gestione aeroportuale che la Commissione descrive come «intermediari», in quanto contraenti dei contratti stipulati con le compagnie aeree, avessero agito come acquirenti privati di beni o servizi che si trovavano in una situazione analoga, rispettivamente, nel prevedere la conclusione di contratti per la fornitura di servizi di trasporto aereo e nello stipulare siffatti contratti.

Infine, tale esame implicava di valutare, in modo globale e concreto, se tali enti avessero cercato, ciascuno per quanto lo riguarda, di acquistare i servizi interessati in condizioni normali di mercato tenuto conto, in particolare, della razionalità di una siffatta operazione, delle sue prevedibili prospettive di redditività, dell'interesse commerciale ed economico delle prestazioni previste a tal fine, del prezzo da versare come corrispettivo di queste ultime nonché delle modalità giuridiche e pratiche secondo le quali i contratti che stipulavano la fornitura di dette prestazioni e il pagamento di detto prezzo erano stati conclusi.

Orbene, la Commissione europea ha, da un lato, chiaramente escluso, per motivi erroneamente basati sugli obiettivi di interesse pubblico perseguiti dalla Regione autonoma, sulla natura privata delle società di gestione aeroportuale attraverso le quali essa ha attuato le misure controverse e sulla forma di tali misure, sia l'«applicabilità» del principio dell'operatore privato in economia di mercato, sia la «pertinenza» e la «possibilità» di applicare tale principio ai «rapporti» tra la Regione autonoma e le compagnie aeree e al «rapporto finanziario individuale» tra queste ultime e le società di gestione aeroportuale, in particolare al fine di valutare la razionalità e la prevedibile redditività dei contratti stipulati al fine di attuare dette misure.

Dall'altro lato, se è vero che, nonostante tale presa di posizione chiara e ripetuta, la Commissione ha formulato alcune valutazioni che potrebbero essere intese come un abbozzo di applicazione del principio dell'operatore privato in economia di mercato, occorre constatare, in primo luogo, che tali valutazioni vertono soltanto sul comportamento della Regione autonoma stessa, mentre quello delle società di gestione aeroportuale non è mai esaminato nel merito. In secondo luogo, dette valutazioni si concentrano, chiaramente, sulla questione se la Regione autonoma si sia comportata come un investitore privato che cerca di ottenere «dividendi», «plusvalenze» o altri «risultati finanziari» e non sulla questione se essa abbia agito come avrebbe fatto un acquirente privato di beni o servizi in una situazione analoga. In terzo luogo, la Commissione, sulla quale incombe l'onere della prova dell'esistenza di un vantaggio, si limita essenzialmente, in queste stesse considerazioni, ad affermare, in termini perentori, che la Regione autonoma «non poteva attendersi il rendimento» o altro beneficio che poteva essere preso in considerazione nell'ambito di un'analisi alla luce del principio dell'operatore privato in economia di mercato, prima di addebitare alla Repubblica italiana di non aver «individuato elementi di redditività» o, «in ogni caso», fornito informazioni «da cui risulti chiaramente» che la Regione autonoma si era comportata come un operatore privato in economia di mercato. In quarto luogo, tale istituzione non ha mai esaminato, in maniera approfondita, gli elementi di cui disponeva effettivamente.

Orbene, emerge chiaramente dalle disposizioni legislative e regolamentari in questione nel caso di specie nonché dalle loro modalità di attuazione, che i contratti che sono stati stipulati tra le società di gestione aeroportuale e le compagnie aeree costituiscono la concretizzazione bilaterale di programmi di attività soggetti alla previa approvazione e al controllo successivo della Regione autonoma, i quali dovevano contenere – e contenevano effettivamente, secondo la Commissione – dati relativi, segnatamente, alle «iniziative (...) considerate fattibili dai gestori aeroportuali» nonché alle «previsioni economiche e finanziarie [a sostegno del]le prospettive di redditività» dei servizi da fornire, sulle quali spetta a tale istituzione pronunciarsi.

Inoltre, dalla decisione controversa non emerge che la Commissione si sia avvalsa dei poteri che le consentivano di ottenere gli elementi di informazione supplementari che le sembravano necessari o utili, in particolare del suo potere di rivolgere alla Repubblica italiana un'ingiunzione diretta a che quest'ultima glieli fornisse, in forza dell'art. 12, paragrafo 3, del regolamento (UE) 2015/1589 del Consiglio, del 13 luglio 2015, recante modalità di applica-

zione dell'art. 108 [TFUE] (GU 2015, L 248, pag. 9), circostanza che si deve prendere in considerazione sentenza. Pertanto, la Commissione ha violato l'art. 107, paragrafo 1, TFUE non applicando il principio dell'operatore privato in economia di mercato nel caso di specie, nonché ravvisando l'esistenza di un vantaggio sulla base di considerazioni giuridiche e fattuali inidonee a fondare una siffatta valutazione.

Per questi motivi, la Corte (Seconda Sezione) dichiara e statuisce:

- 1) la sentenza del Tribunale dell'Unione europea del 13 maggio 2020, *Volotea/Commissione* (T 607/17, EU:T:2020:180), è annullata.
- 2) la sentenza del Tribunale dell'Unione europea del 13 maggio 2020, *easyJet Airline/Commissione* (T 8/18, EU:T:2020:182), è annullata nella parte in cui tale giudice ha respinto il ricorso di annullamento di *easyJet Airline Co. Ltd* in quanto infondato.
- 3) la decisione (UE) 2017/1861 della Commissione europea, del 29 luglio 2016, sull'aiuto di Stato SA.33983 (2013/C) (*ex* 2012/NN) (*ex* 2011/N) – Italia – Compensazione agli aeroporti sardi per obblighi di servizio pubblico (SIEG), è annullata nella parte in cui riguarda *Volotea SA*, da un lato, e *easyJet Airline Co. Ltd*, dall'altro.
- 4) la Commissione europea è condannata alle spese relative ai procedimenti di primo grado e ai procedimenti d'impugnazione.

(Edizione provvisoria)

Malfunzionamento MePA – Proroga termini

TAR Campania, Napoli, sez. I, 21 novembre 2022, n. 7202

APPALTI PUBBLICI – MALFUNZIONAMENTO DEL SISTEMA – BLOCCO GENERALIZZATO MEPA – PROROGA DEI TERMINI – OBBLIGATORIA – RIPRISTINO DEL SISTEMA A RIDOSSO DELLA SCADENZA – INSUFFICIENZA.

La giurisprudenza ha saldamente affermato che, laddove la stazione appaltante abbia condotto la gara telematica senza ravvisare malfunzionamenti impeditivi della piattaforma messa a disposizione “non può essere escluso dalla gara un concorrente che abbia curato il caricamento della documentazione di gara sulla piattaforma telematica entro l'orario fissato per tale operazione, ma non è riuscito a finalizzare l'invio a causa di un malfunzionamento del sistema, imputabile al gestore”.

Nel medesimo senso si è chiarito che “se rimane impossibile stabilire con certezza se vi sia stato un errore da parte del trasmittente o, piuttosto, la trasmissione sia stata danneggiata per un vizio del sistema, il pregiudizio ricade sull'ente che ha bandito, organizzato e gestito la gara”.

Secondo un condivisibile orientamento giurisprudenziale, il principio della c.d. “autoresponsabilità” della ditta partecipante per le ipotesi di mancata (o tardiva) presentazione, con modalità telematiche, della domanda di partecipazione ad una procedura di gara non può considerarsi assoluto, essendo inevitabilmente condizionato dalla idoneità delle piattaforme informatiche predisposte dalla amministrazione, al fine di assicurare il regolare e tempestivo inoltro delle domande da parte dei candidati; il principio di leale collaborazione tra l'amministrazione e il privato, ora codificato nell'art. 1, comma 2-bis, l. 241/1990 e s.m.i., induce a ritenere applicabile l'istituto del soccorso istruttorio laddove, nello svolgimento delle operazioni di presentazione per via telematica della domanda di partecipazione, il candidato incontri ostacoli oggettivi, non imputabili in via esclusiva al privato.

Gravi illeciti professionali

TAR Puglia, Lecce, sez. III, 21 novembre 2022, n. 1826

APPALTI PUBBLICI – GRAVI ILLECITI PROFESSIONALI – INDAGINI PENALI SOPRAVVENUTE IN FASE DI GARA – OBBLIGO DICHIARATIVO – SUSSISTE.

L'obbligo informativo gravante sull'operatore economico sussiste anche con riferimento alle circostanze sopravvenute rispetto al termine di scadenza delle offerte che sono in grado di incidere sulla valutazione di integrità o affidabilità che deve svolgere la S.A.

L'omissione di tale obbligo configura la fattispecie della «omissione di una informazione dovuta ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione» di cui all'art. 80, comma 5, lett. c-bis) quando riguarda indagini penali e misure cautelari che per gravità sono idonee ad incidere sul giudizio di affidabilità professionale dell'operatore economico.

Verifica costi manodopera – Necessaria anche in assenza anomalia

TAR Campania, Napoli, sez. II, 18 novembre 2022, n. 7131

APPALTI PUBBLICI – VERIFICA COSTI MANODOPERA – NECESSARIA ANCHE IN ASSENZA ANOMALIA – OMISSIONE – ILLEGITTIMITÀ.

La valutazione di congruità del costo della manodopera, per il profilo della garanzia del salario minimo oggetto di contrattazione collettiva, costituisce adempimento necessario, non solo al fine di verificare l'idoneità della forza lavoro indicata in offerta rispetto alla corretta e completa esecuzione della proposta progettuale presentata, ma soprattutto a garanzia dell'equa retribuzione del personale ivi impiegato, trattandosi di diritto costituzionalmente riconosciuto. Tale valutazione, sebbene frequentemente condotta nell'ambito del sub-procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta ai sensi dell'art. 97 del d.lgs. n. 50 del 2016, mantiene in ogni caso una propria autonoma *ratio* rispetto a quest'ultima, risultando necessaria anche nell'ipotesi in cui l'offerta non sia considerata anomala.

Avvalimento

TAR Sicilia, Catania, sez. II, 18 novembre 2022, n. 3002

APPALTI PUBBLICI – AVVALIMENTO – OMESSA DICHIARAZIONE IN FASE DI GARA – INTEGRAZIONE IN FASE DI COMPROVA – NON AMMESSA – PROVA DELLA DATA DI SOTTOSCRIZIONE – INSUFFICIENZA DATA MARCA DA BOLLO.

Al di là di quanto espressamente previsto negli atti di gara, non può ignorarsi che le previsioni di legge sono inequivoche nel richiedere che l'avvalimento – istituto di carattere generale che, dunque, non deve essere necessariamente richia-

mato nel singolo bando di gara – sia reso formalmente noto già in fase di presentazione della domanda e dell’offerta. Non può dunque ritenersi sufficiente che le dichiarazioni ed i contratti di avvalimento siano resi noti dal partecipante alla gara dopo l’aggiudicazione della stessa, in fase di riscontro ai chiarimenti richiesti a seguito delle verifiche compiute dalla stazione appaltante.

Privi di valore probatorio devono poi ritenersi, anche con riferimento alla data, in essi riportata, di loro presunta stipulazione, i contratti trasmessi dalla ricorrente in risposta alle richieste di integrazione documentale formulate dall’Amministrazione, non essendo a tal fine sufficienti né la data riportata nelle marche da bollo apposte sul contratto, né il timbro che ne ha annullato la validità, inidonei a fornire la relativa certezza legale.

Accesso civico generalizzato agli atti di gara

Consiglio di Stato sez. III 3 novembre 2022, n. 9567

GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA – ACCESSO AI DOCUMENTI – APPALTI PUBBLICI.

Sussiste una differenza tra l’accesso ordinario e quello civico, ove si consideri che l’art. 22 della legge n. 241 del 1990 consente l’accesso ai documenti a chiunque vi abbia un interesse finalizzato alla tutela di situazioni giuridicamente rilevanti, mentre l’accesso civico generalizzato è riconosciuto e tutelato al fine di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull’utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico può essere esercitato da chiunque (quanto alla legittimazione soggettiva) e senza alcun onere di motivazione circa l’interesse alla conoscenza.

L’art. 5, comma 2, d.lgs. n. 33 del 2013 ha inteso superare il limite del divieto del controllo generalizzato sull’attività delle pubbliche amministrazioni (e dei soggetti ad essa equiparati) previsto dallo strumento dell’accesso documentale come disciplinato dalla legge n. 241 del 1990, configurando un accesso dichiaratamente finalizzato a garantire il controllo democratico sull’attività amministrativa.

La disciplina dell’accesso civico generalizzato, fermi i divieti temporanei o assoluti di cui all’art. 53 del d.lgs. n. 50 del 2016, è applicabile anche agli atti delle procedure di gara, e in particolare all’esecuzione dei contratti pubblici (nel cui contesto si colloca la fase del collaudo), ma deve essere verificata la compatibilità di tale forma di accesso con le eccezioni enucleate dall’art. 5-*bis*, commi 1 e 2, del d.lgs. n. 33 del 2013, a tutela degli interessi-limite, pubblici e privati, previsti da tale disposizione, nel bilanciamento tra il valore della trasparenza e quello della riservatezza.

Accesso agli atti di gara

Corte di giustizia europea, sez. IV, 17 novembre 2022 (nella causa C 54/21)

APPALTI PUBBLICI – DIRETTIVA 2014/24/UE – PRINCIPI DI AGGIUDICAZIONE DEGLI APPALTI – ART. 18 – TRASPARENZA – ART. 21 – RISERVATEZZA – ADATTAMENTO DI TALI PRINCIPI NELLA LEGISLAZIONE NAZIONALE – DIRITTO DI ACCESSO AL CONTENUTO ESSENZIALE DELLE INFORMAZIONI TRASMESSE DAGLI OFFERENTI SULL’ESPERIENZA E SULLE REFERENZE

DEGLI STESSI, SUL PERSONALE PROPOSTO PER ESEGUIRE L'APPALTO, SULLA CONCEZIONE DEL PROGETTO PREVISTO E SULLE MODALITÀ DI ESECUZIONE – ART. 67 – CRITERI DI AGGIUDICAZIONE DELL'APPALTO – CRITERI RELATIVI ALLA QUALITÀ DEI LAVORI O DEI SERVIZI PROPOSTI – REQUISITO DI SPECIFICITÀ – DIRETTIVA 89/665/CEE – ARTICOLO 1, PARAGRAFI 1 E 3 – DIRITTO A UN RICORSO EFFETTIVO – RIMEDIO IN CASO DI VIOLAZIONE DI TALE DIRITTO DERIVANTE DAL RIFIUTO DI DARE ACCESSO ALLE INFORMAZIONI NON RISERVATE.

1. L'art. 18, paragrafo 1, e l'art. 21, paragrafo 1, in combinato disposto con l'art. 50, paragrafo 4, e l'art. 55, paragrafo 3, della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, devono essere interpretati nel senso che: essi ostano a una normativa nazionale in materia di aggiudicazione di appalti pubblici la quale imponga che, con la sola eccezione dei segreti commerciali, le informazioni trasmesse dagli offerenti alle amministrazioni aggiudicatrici siano integralmente pubblicate o comunicate agli altri offerenti, nonché a una prassi delle amministrazioni aggiudicatrici consistente nell'accogliere sistematicamente le richieste di trattamento riservato motivate da segreti commerciali.

2. L'art. 18, paragrafo 1, l'art. 21, paragrafo 1, e l'art. 55, paragrafo 3, della direttiva 2014/24, devono essere interpretati nel senso che l'amministrazione aggiudicatrice:

- deve, al fine di decidere se rifiutare, a un offerente la cui offerta ammissibile sia stata respinta, l'accesso alle informazioni presentate dagli altri offerenti in merito alla loro esperienza pertinente e alle relative referenze, all'identità e alle qualifiche professionali del personale proposto per eseguire l'appalto o dei subappaltatori, nonché alla concezione del progetto la cui realizzazione è prevista nell'ambito dell'appalto e alle modalità di esecuzione di quest'ultimo, valutare se tali informazioni abbiano un valore commerciale che non si limita all'appalto pubblico di cui trattasi, informazioni la cui divulgazione può pregiudicare legittimi interessi commerciali o la concorrenza leale;
- può, inoltre, rifiutare l'accesso a tali informazioni qualora la divulgazione di queste ultime, ancorché prive di siffatto valore commerciale, ostacoli l'applicazione della legge o sia contraria all'interesse pubblico, e
- deve, in caso di rifiuto dell'accesso integrale alle informazioni, concedere a detto offerente l'accesso al contenuto essenziale delle stesse informazioni, di modo che sia garantito il rispetto del diritto a un ricorso effettivo.

3. L'art. 18, paragrafo 1, della direttiva 2014/24, in combinato disposto con l'art. 67, paragrafo 4, di quest'ultima, deve essere interpretato nel senso che: esso non osta a che siano incluse, nei criteri di aggiudicazione dell'appalto, la «concezione dello sviluppo del progetto» la cui realizzazione è prevista nell'ambito dell'appalto pubblico di cui trattasi e la «descrizione delle modalità di esecuzione» di tale appalto, a condizione che tali criteri siano accompagnati da specifiche che consentano all'amministrazione aggiudicatrice una valutazione efficace ed obiettiva delle offerte presentate.

4. L'art. 1, paragrafi 1 e 3, della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, deve essere interpretato nel senso che: qualora si accertino, in sede di esame di un ricorso proposto contro una decisione di aggiudicazione di un appalto pubblico, un obbligo a carico dell'amministrazione aggiudicatrice di dare al ricorrente accesso a informazioni trattate a torto come riservate e una violazione del diritto a un ricorso effettivo derivante dalla mancata divulgazione di dette informazioni, tale accertamento non deve necessariamente comportare l'adozione, da parte di detta amministrazione aggiudicatrice, di una nuova decisione di aggiudicazione dell'appalto, a condizione che il diritto processuale nazionale consenta al giudice adito di adottare, nel corso del procedimento, provvedimenti che ristabiliscano il rispetto del diritto a un ricorso effettivo oppure gli consenta di stabilire che il ricorrente può proporre un nuovo ricorso avverso la decisione di aggiudicazione già adottata. Il termine per la proposizione di un siffatto ricorso deve decorrere solo dal momento in cui detto ricorrente ha accesso a tutte le informazioni qualificate a torto come riservate.

(Edizione provvisoria)

Principio equivalenza

TAR Lazio, Roma, sez. IV, 15 novembre 2022, n. 15002

CONTRATTI PUBBLICI – SPECIFICHE TECNICHE – PRINCIPIO EQUIVALENZA – PRODOTTI OFFERTI SOSTANZIALMENTE CONFORMI E DIFFICILMENTE REPERIBILI.

Le coordinate normative e giurisprudenziali appena esposte inducono a ritenere preferibile, perché più rispettosa dei principi di proporzionalità, non discriminazione e tutela della concorrenza, un'interpretazione non formalistica, che eviti il meccanismo espulsivo allorché vi sia una sostanziale conformità dell'offerta al bando e risulti impossibile o comunque estremamente difficile reperire sul mercato prodotti che soddisfino tutte le caratteristiche richieste dalle specifiche tecniche; e ciò sempreché le "diverse" caratteristiche del prodotto offerto non abbiano consentito al concorrente di proporre un prezzo più vantaggioso e dunque di ottenere l'aggiudicazione proprio grazie a tale aspetto.

Soccorso istruttorio

TAR Lazio, Roma, sez. III, 17 novembre 2022, n. 15232

CONTRATTI PUBBLICI – SOCCORSO ISTRUTTORIO – TERMINE SOCCORSO ISTRUTTORIO – PERENTORIO – INOTTEMPERANZA ALLA RICHIESTA ENTRO I TERMINI – COMPORTA L'ESCLUSIONE.

Risulta confermata la regola secondo la quale il mancato riscontro alla richiesta di soccorso istruttorio nel termine perentorio fissato dalla legge comporta *ex se* l'esclusione del concorrente inadempiente, giusta la necessità di garantire la salvaguardia del principio della par condicio tra i concorrenti, la celere definizione delle procedure ad evidenza pubblica, in uno con il rispetto dei termini decadenziali che ne presidono e scandiscono l'iter procedimentale.

Concessione in gestione impianti sportivi e proroga fino al 2025

Tribunale Regionale Giustizia Amministrativa Trentino Alto Adige Bolzano 10 novembre 2022, n. 276

1. BENI PUBBLICI – AFFIDAMENTO DELLA GESTIONE CON REMUNERAZIONE COSTITUITA DAGLI INTROITI DA PARTE DELL'UTENZA – NATURA DI CONCESSIONE DI SERVIZI – VA RICONOSCIUTA.
2. CONCESSIONE DI SERVIZI – GESTIONE DI IMPIANTI SPORTIVI DA PARTE DI ASSOCIAZIONI DILETTANTISTICHE PRIVE DI FINE DI LUCRO – PROROGA A FINE 2025 – RIEQUILIBRIO ECONOMICO – ESIGENZA – DIMOSTRAZIONE – NECESSITÀ – ESCLUSIONE.

1. Va qualificato come concessione di servizi il rapporto con cui l'Amministrazione affida al privato un bene in gestione per rendere a un pubblico di utenti il servizio conforme alla destinazione del bene medesimo, trasferendogli altresì il rischio di gestione, che non è, perciò, remunerata dall'Amministrazione, ma dalle entrate percepite dall'utenza. Pertanto, allorché sussistano entrambi gli elementi (gestione del servizio e rischio operativo) il rapporto in questione va qualificato come concessione di servizi, non assumendo rilevanza sulla natura del contratto la previsione di un "corrispettivo di gestione" a carico dell'Ente, costituente la base d'asta della gara, atteso che si tratta della contribuzione necessaria a riequilibrare i costi di gestione non sufficientemente remunerati dalle entrate ricavabili dall'utenza, comprese, per effetto delle tariffe contenute fino – in taluni casi – alla gratuità, imposte dal Comune allo scopo di garantire la fruizione del bene, nell'ottica del più ampio perseguimento del pubblico interesse cui il bene è dedicato.

Peraltro, nelle controversie sorte sulla base di tale concessione, la giurisdizione esclusiva non trova il proprio fondamento nella lett. b), dell'art. 133, comma 1, cod. proc. amm., bensì nella successiva lett. c) della medesima disposizione, atteso che, per quanto detto in precedenza, ci si trova al cospetto, non di una concessione di bene pubblico, ma della concessione del servizio di gestione. L'art. 133, comma 1, lett. c), cod. proc. amm. devolve, appunto, "alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo... c) le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi, ovvero relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo, ovvero ancora relative all'affidamento di un pubblico servizio, ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore, nonché afferenti alla vigilanza sul credito, sulle assicurazioni e sul mercato mobiliare, al servizio farmaceutico, ai trasporti, alle telecomunicazioni e ai servizi di pubblica utilità".

2. L'art. 10-ter del d.l. n. 73/2021, convertito nella l. n. 106/2021 e poi ulteriormente estesa dall'art. 14, comma 4-quater, del d.l. n. 228/2021, convertito nella l. 15/2022, stabilisce che "Al fine di sostenere le associazioni sportive dilettantistiche senza scopo di lucro colpite dall'emergenza epidemiologica da COVID-19, le concessioni a tali associazioni degli impianti sportivi ubicati su terreni demaniali o comunali, che siano in attesa di rinnovo o scadute ovvero in scadenza entro il 31 dicembre 2021, sono prorogate fino al 31 dicembre 2025, allo scopo di consentire il riequilibrio economico-finanziario delle associazioni stesse, in vista delle procedure di affidamento che saranno espletate ai sensi delle vigenti disposizioni legislative"

La disposizione introduce, a favore delle associazioni sportive dilettantistiche senza scopo di lucro che siano titolari di concessioni di impianti sportivi pubblici "in attesa di rinnovo o scadute o in scadenza entro il 31.12.2021", un automatismo che esclude ogni giudizio dell'amministrazione circa la sussistenza di una reale esigenza di riequilibrio economico – finanziario in riferimento alle specificità del caso che viene in rilievo di volta in volta. L'esplicita enunciazione del fine perseguito dal legislatore con la proroga ope legis delle concessioni contemplate dalla disposizione non vale ad attribuire alle amministrazioni chiamate alla sua applicazione alcun potere valutativo, avendo l'eventuale atto amministrativo che intervenga al riguardo mera natura ricognitiva.

Offerta non firmata digitalmente

Consiglio di Stato sez. IV 27 ottobre 2022, n. 9165

CONTRATTI PUBBLICI – GARA TELEMATICA – OFFERTA NON FIRMATA DIGITALMENTE – ESCLUSIONE – IRRILEVANZA PREVENTIVA ISCRIZIONE PORTALE.

Solo la firma digitale (come in passato la firma cartacea), assicura la paternità dell'offerta, l'assunzione di responsabilità in ordine al suo contenuto e l'impegno giuridicamente vincolante del concorrente.

In contrario, si osserva che la circostanza che la procedura di gara telematica preveda il "caricamento della documentazione previa registrazione e creazione di un account accreditato all'accesso alla piattaforma", attiene esclusivamente all'uso della piattaforma; diversamente opinando, non avrebbe alcun senso la previsione del disciplinare che richiede, per procedere nei vari step, la compilazione (off line) e sottoscrizione con firma digitale di una serie di Modelli, dichiarativi e di offerta.

È poi evidente che il caricamento dei documenti sulla piattaforma può essere fatto da chiunque sia in possesso delle credenziali di accesso mentre solo la firma digitale garantisce l'imputabilità soggettiva dell'offerta al legale rappresentante dell'impresa concorrente.

Chiarimenti in corso di gara

Consiglio di Stato, sez. V, 15 novembre 2022, n. 10023

CONTRATTI PUBBLICI – GARA PUBBLICA – CHIARIMENTI – SONO AMMISSIBILI SOLO SE CONTRIBUISCONO, CON UN'OPERAZIONE DI INTERPRETAZIONE DEL TESTO, A RENDERNE CHIARO E COMPRENSIBILE IL SIGNIFICATO.

Come risulta dalla consolidata giurisprudenza: "i chiarimenti resi nel corso di una gara d'appalto non hanno alcun contenuto provvedimentale, non potendo costituire, per giurisprudenza consolidata, integrazione o rettifica della *lex specialis*"; gli stessi "sono ammissibili solo se contribuiscono, con un'operazione di interpretazione del testo, a renderne chiaro e comprensibile il significato, ma non quando, proprio mediante l'attività interpretativa, si giunga ad attribuire ad una disposizione della *lex specialis*, un significato ed una portata diversa o maggiore di quella che risulta dal testo stesso, in tal caso violandosi il rigoroso principio formale della *lex specialis*, posto a garanzia dei principi di cui all'art. 97 Cost." (Cons. Stato, sez. V, 7 settembre 2022, n. 7793).

Offerte anomale e verifica facoltativa – Criteri ambientali minimi

Consiglio di Stato, sez. V, 10 novembre 2022, n. 9879

1. CONTRATTI PUBBLICI – VERIFICA OFFERTE ANOMALE – ARTICOLO 97 DEL D.LGS. 50 DEL 2016 – GIUDIZIO DI VERIFICA OFFERTA ANOMALA FACOLTATIVO – VALUTAZIONE DI NATURA DISCREZIONALE, NON SINDACABILE DAL GIUDICE AMMINISTRATIVO SE NON PER LE IPOTESI DI MANIFESTA ILLOGICITÀ E IRRAGIONEVOLEZZA – VERIFICA DEL COSTO DELLA MANODOPERA – NON COMPORTA CHE PRIMA DELL'AGGIUDICAZIONE SI PROCEDA SEMPRE ALL'ACCERTAMENTO DELLA CONGRUITÀ QUANTO AI COSTI PER LA SICUREZZA.

2. APPALTI VERDI – DISPOSIZIONI NORMATIVE IN MATERIA DI CAM – SONO OBBLIGATORIE – *RATIO* DELL'OBBLIGATORietà DEI CAM – STA 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 ANCHE IN QUELLO DI PROMUOVERE MODELLI DI PRODUZIONE E CONSUMO PIÙ SOSTENIBILI, "CIRCOLARI" E NEL DIFFONDERE L'OCCUPAZIONE "VERDE".

1. L'art. 97 comma 1, d.lgs. 50/2016 precisa che il giudizio di anomalia è un "giudizio tecnico sulla congruità, serietà, sostenibilità e realizzabilità dell'offerta".

Le condizioni in presenza delle quali è obbligatoria la verifica di anomalia dell'offerta sono stabilite dallo stesso art. 97 e nella fattispecie, pacificamente, non ricorrono.

Il comma 3 dell'art. 97 rinvia poi all'ultimo periodo del comma 6, con il che anche nel caso in cui non vi è obbligo di verifica dell'anomalia la stazione appaltante "può valutare la congruità dell'offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa": si tratta della c.d. verifica di anomalia "facoltativa".

La decisione dell'amministrazione di procedere o meno a verifica di anomalia dell'offerta nei casi in cui essa non è prevista dalla legge è una valutazione di natura discrezionale, non sindacabile dal giudice amministrativo se non per le ipotesi di manifesta illogicità e irragionevolezza (sez. V, 30 maggio 2022 n. 4365; sez. III, 9 marzo 2022 n. 1698; V, 15 settembre 2021 n. 6297; III, 20 agosto 2021 n. 5967), ovvero laddove emerga una "chiara incongruità" nell'offerta dell'aggiudicataria (CGARS, 21 giugno 2021 n. 586; Cons. Stato, sez. V, 2 ottobre 2020 n. 5782).

Quanto ai c.d. "oneri aziendali interni" per la sicurezza, essi, a differenza degli oneri di sicurezza c.d. "da interferenza" che sono predeterminati dalle stazioni appaltanti, sono rimessi all'esclusiva sfera di valutazione del singolo partecipante alla gara, poiché variano da un'impresa all'altra e sono influenzati nel loro ammontare dall'organizzazione produttiva e dal tipo di offerta (Cons. Stato, sez. V, 15 gennaio 2018 n. 177), e quindi rientrano nell'offerta economica dell'operatore come costo variabile da sostenere per l'esecuzione dell'appalto (Cons. Stato, sez. V, 19 gennaio 2020 n. 6306).

Al riguardo, si è osservato che il legislatore, se ha imposto per l'offerta dell'aggiudicataria la verifica di cui all'art. 95 comma 10 del d.lgs. 50/2016 per il costo della manodopera ("Le stazioni appaltanti, relativamente ai costi della manodopera, prima dell'aggiudicazione procedono a verificare il rispetto di quanto previsto all'art. 97, comma 5, lett. d)", che è quindi sempre necessaria (Cons. Stato, sez. V, 6 luglio 2020, n. 4308; III, 24 giugno 2019, n. 4317; 1° agosto 2018, n. 4763), non ha ritenuto parimenti obbligatoria né la generale verifica di anomalia della stessa offerta né ha imposto, come per i costi della manodopera, che prima dell'aggiudicazione si proceda sempre all'accertamento della sua congruità quanto ai costi per la sicurezza (Cons. Stato, sez. V, 13 marzo 2020, n. 1818).

2. In tema di disposizioni normative in materia di CAM, costituenti espressione del considerando 37 della direttiva 24/2014/UE, la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato (da ultimo, III, 14 ottobre 2022 n. 8773; ma vedasi anche sez. V, 26 aprile 2022 n. 3197; 3 febbraio 2021 n. 972), ha chiarito che le relative prescrizioni non si risolvono in mere norme programmatiche, bensì costituiscono obblighi immediatamente cogenti per le stazioni appaltanti, come si desume dall'art. 34, comma 3 del d.lgs. 50/2016 che 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". La ratio dell'obbligatorietà dei CAM sta 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 anche in quello di promuovere modelli di produzione e consumo più sostenibili, "circolari" e nel diffondere l'occupazione "verde" (Cons. Stato, sez. V, 5 agosto 2022 n. 6934).

Consorzio Stabile – Modifica in corso di gara per sopravvenuta perdita requisito

Consiglio di Stato, sez. V, 11 novembre 2022, n. 9923

CONTRATTI PUBBLICI – CONSORZIO STABILE – MODIFICA IN CORSO DI GARA PER SOPRAVENUTA PERDITA REQUISITO – LEGITTIMITÀ.

La modifica soggettiva del raggruppamento temporaneo di imprese, in caso di perdita dei requisiti di partecipazione di cui all'art. 80 d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 (Codice dei contratti pubblici) da parte del mandatario o di una delle mandanti, è consentita non solo in sede di esecuzione, ma anche in fase di gara, in tal senso interpretando l'art. 48, commi 17, 18 e 19-ter del medesimo Codice. Il principio è da ritenere applicabile anche ai consorzi stabili, in forza del rinvio contenuto nello stesso art. 48, comma 19 bis. La generale previsione del comma 19 ter (secondo cui i commi 17, 18, 19 “trovano applicazione anche laddove le modifiche soggettive ivi contemplate si verifichino in fase di gara”), pur non espressamente riferita alle fattispecie considerate dai precedenti commi 7 bis e 19 bis, è tuttavia interpretabile nel senso che le modifiche soggettive che riguardano il consorzio stabile ovvero la consorziata designata per l'esecuzione, purché riconducibili a quelle previste dai commi 17, 18 e 19 (rispettivamente richiamati per il consorzio stabile dal comma 19 bis e per la consorziata designata dal comma 7 bis), sono consentite sia in fase esecutiva che in fase di gara.

Concorrenza – Sanzioni AGCM: fatturato dell'impresa e situazione economica reale

Corte di giustizia Europea, sez. V, 10 novembre 2022 (nella causa C 385/21)

CONCORRENZA – INTESE – ARTICOLO 101 TFUE – SANZIONE INFLITTA DALL'AUTORITÀ NAZIONALE GARANTE DELLA CONCORRENZA – DETERMINAZIONE DELL'IMPORTO DELL'AMMENDA – PRESA IN CONSIDERAZIONE DEL FATTURATO INDICATO NEL CONTO PROFITTI E PERDITE – DOMANDA DIRETTA A CHE L'AUTORITÀ NAZIONALE GARANTE DELLA CONCORRENZA TENGA CONTO DI UN FATTURATO DIVERSO – RIFIUTO OPPOSTO DALL'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA – SITUAZIONE ECONOMICA REALE DELL'IMPRESA INTERESSATA – PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ.

L'art. 4, paragrafo 3, TUE e l'art. 101 TFUE devono essere interpretati nel senso che ostano a una normativa o a una prassi nazionale secondo cui, ai fini del calcolo dell'ammenda inflitta a un'impresa per violazione dell'art. 101 TFUE, l'autorità nazionale garante della concorrenza è tenuta, in ogni caso, a prendere in considerazione il fatturato di tale impresa quale indicato nel suo conto profitti e perdite, senza poter esaminare gli elementi presentati da quest'ultima per dimostrare che detto fatturato non riflette la sua reale situazione economica, e che, di conseguenza, occorre tener conto, a titolo del fatturato, di un altro importo che rifletta tale situazione, purché detti elementi siano precisi e documentati.

Iscrizione camerale – Codice ATECO

TAR Campania, Salerno, sez. I, 7 novembre 2022, n. 2965

CONTRATTI PUBBLICI – REQUISITI IDONEITÀ PROFESSIONALE ISCRIZIONE CAMERALE – ATTIVITÀ PREVALENTE O PRINCIPALE – CODICE ATECO – ININFLUENTE.

8.1.3. Il rilievo trova conforto nella giurisprudenza secondo la quale l'utilità sostanziale dell'iscrizione camerale è quella di filtrare l'ingresso in gara dei soli concorrenti forniti di una professionalità coerente con le prestazioni oggetto dell'affidamento pubblico (v. in particolare Cons. Stato, sez. V, n. 6341/2019, che richiama anche Cons. Stato, sez. III, n. 5170/2017; v. anche Cons. Stato, sez. V, n. 5257/2019), poiché l'individuazione ontologica della tipologia d'azienda, al di là dell'oggetto sociale indicato nell'atto costitutivo o nello statuto societario, può avvenire solo attraverso l'individuazione dell'attività, principale o prevalente, che sia in concreto espletata (TAR Milano, sez. IV, 1966/2021), la quale, se non identica a quelle oggetto dell'appalto, deve essere, pur sempre, collegata secondo un criterio di analogia o, appunto, di inerenza.

8.1.4.1. Sotto altro profilo, l'identificazione dell'attività prevalente non può essere basata sui codici ATECO perché tale sistema ha principalmente funzione statistica, in quanto finalizzato ad indicare l'attività nella domanda di iscrizione nel registro delle imprese senza alcun rilievo sulla connotazione come attività prevalente od accessoria (in termini Cons. Stato, sez. III, n. 3285/2015; Cons. Stato, sez. V, n. 7846/2019, n. 7846; Id., 21 maggio 2018, n. 3035; TAR Napoli, sez. III, 23 luglio 2020, n. 3264; TAR Roma, sez. III, 4 maggio 2020, n. 4570).

Proposte migliorative e unicità dell'offerta

Tribunale Regionale Giustizia Amministrativa Trentino Alto Adige Bolzano 2 novembre 2022, n. 272

APPALTI PUBBLICI – GARA – OFFERTA – PROPOSTE MIGLIORATIVE – CONDIZIONI DI AMMISSIBILITÀ – FATTISPECIE – *RATIO*.

Ai sensi dell'art. 32, comma 4, del d.lgs. 50/2016, ogni offerente può presentare una sola offerta negli appalti pubblici: questo principio di unicità dell'offerta si basa sulla necessità di garantire la *par condicio competitorum* ed è quindi espressione di una buona e trasparente gestione. Sono, peraltro, ammissibili deviazioni dal principio di unicità in casi eccezionali, ad esempio se le condizioni di gara prevedono la possibilità di presentare proposte di miglioramento tecnico: in questo caso, normalmente non viene violata la *par condicio* tra i fornitori, perché la possibilità di presentare miglioramenti tecnici si applica ugualmente a tutti i partecipanti.

Tuttavia, la *par condicio* risulterebbe violata qualora si ammettesse che l'offerta tecnica possa anche contenere una modifica sostanziale dell'oggetto della gara: infatti le possibilità di miglioramento incontrano il limite intrinseco consistente nel divieto di alterare i caratteri essenziali (i cosiddetti requisiti minimi) della prestazione oggetto del contratto, così come stabilità dalla *lex specialis*; la *ratio* della limitazione appena delineata riposa sulla duplice esigenza di non ledere la *par condicio* tra i concorrenti e, nel contempo, di garantire il concreto soddisfacimento delle finalità pubblicistiche sottese al progetto posto a base della gara. In tale prospettiva sono reputate ammissibili varianti migliorative riguardanti le modalità esecutive dell'opera (o del servizio), purché

non si traducano in una diversa ideazione dell'oggetto del contratto, che si ponga come del tutto in alternativa a quello voluto dalla stazione appaltante.

Al fine di facilitare l'accertamento se la presentazione di proposte di miglioramento tecnico abbia comportato una modifica dell'oggetto dell'appalto e quindi in violazione del principio di unicità dell'offerta, si distingue tra:

- un'offerta alternativa, che si verifica quando la stazione appaltante riceve più offerte da uno stesso richiedente, le esamina e seleziona la migliore ed effettuata tale selezione l'offerente non è più vincolato alle altre offerte;
- un'offerta cumulativa, che è il risultato di diverse soluzioni tecniche, che si presenta unitaria con un unico prezzo.

L'offerta alternativa viola la *par condicio competitorum* perché presentando più offerte l'offerente ha maggiori possibilità di aggiudicarsi l'appalto, mentre nel caso di migliori tecniche a parità di prezzo tale principio non si considera violato perché l'offerta resta unica.

Revisione prezzi a seguito aumenti verificatesi in sede di gara

Tribunale Regionale Giustizia Amministrativa Trentino Alto Adige Bolzano 2 novembre 2022, n. 271

APPALTI PUBBLICI – AUMENTI ECCEZIONALI – VERIFICATISI IN SEDE DI GARA – RICHIESTA DI REVISIONE DEL PREZZO – DINIEGO – LEGITTIMITÀ – RATIO – DISCIPLINA DEROGATORIA – APPLICAZIONE ESTENSIVA – ESCLUSIONE – QUESTIONE DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE – MANIFESTA INFONDATEZZA.

La revisione prezzi deve consistere in un rimedio temperato di riequilibrio del sinallagma funzionale, in modo da assolvere all'esigenza di assicurare continuità al rapporto contrattuale in corso di svolgimento, soprattutto nell'ottica del perseguimento del pubblico interesse, senza che si giunga ad una rideterminazione del prezzo originario del servizio o della fornitura. 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 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. Ciò anche al fine di evitare che il corrispettivo del contratto di durata subisca, nel corso del tempo, aumenti incontrollati tali da sconvolgere il quadro finanziario sulla cui base è avvenuta la stipulazione del contratto.

Pertanto, incombe sull'impresa l'onere di fornire la prova rigorosa della ricorrenza di fatti eccezionali e imprevedibili tali da abbattere l'alea contrattuale dell'imprenditore e tale prova può comunque essere legittimamente contraddetta dalla circostanza provata dall'amministrazione che i prezzi di mercato erano già in crisi nel momento della presentazione dell'offerta.

Se l'evento imprevedibile ed eccezionale causa un aumento straordinario dei prezzi:

- a) avviene durante la gara, l'operatore economico può legittimamente ritirarsi; se, invece, decide di firmare il contratto, significa che accetta il rischio imprenditoriale;
- b) si manifesta dopo la stipula del contratto, l'operatore economico può rivolgersi al giudice civile per chiedere la risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta ex art. 1467 c.c., ovvero chiedere all'Amministra-

zione l'applicazione dell'art. 106, comma 1, lett. a), del d.lgs. n. 50 del 2016, nel solo caso però in cui la revisione sia prevista nei documenti di gara.

Pertanto, appare legittima la decisione dell'amministrazione di non accogliere la richiesta di revisione dei prezzi contrattuali che abbia comunque esaminato la medesima alla luce dei principi di buon andamento e di leale collaborazione valutando seriamente la richiesta e facendo emergere le ragioni che hanno determinato l'Amministrazione a rigettare l'istanza.

Inoltre, ai fini dell'ottenimento della revisione dei prezzi non è invocabile l'applicazione dell'art. 106, comma 1, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016: infatti, tale norma disciplina i casi in cui, nel corso di svolgimento del rapporto contrattuale, si renda necessario, per circostanze imprevedute e imprevedibili, modificare "l'oggetto del contratto" attraverso "varianti in corso d'opera" che si devono sostanziare in modifiche del progetto dal punto di vista tipologico, strutturale e funzionale e non comprende, pertanto, l'adeguamento del prezzo dell'appalto agli asseriti aumenti del costo delle forniture. Si tratta indubbiamente di richiesta che non costituisce varianti in corso d'opera volte a modificare il progetto dal punto di vista tipologico, strutturale e funzionale", concernendo principalmente l'adeguamento del prezzo d'appalto e di alcune condizioni contrattuali, sempre legate all'asserito squilibrio contrattuale causato dall'aumento dei costi dei noli marittimi, che non vanno però a modificare la tipologia o la struttura del contratto.

Ad abundantiam si rileva che anche volendo far rientrare la richiesta della ricorrente nell'ambito di applicazione dell'art. 106, primo comma, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016, è necessario che l'impresa fornisca prove sufficienti in ordine alla sopravvenienza di quelle "circostanze imprevedute e imprevedibili" che costituiscono il presupposto per l'applicazione della norma: se è vero che il d.l. 1° marzo 2022, n. 17, convertito nella legge 27 aprile 2022, n. 34, recante "Misure urgenti per il contenimento dei costi dell'energia elettrica e del gas naturale, per lo sviluppo delle energie rinnovabili e per il rilancio delle politiche industriali" aveva previsto, all'art. 25, la revisione dei prezzi dei materiali da costruzione "in relazione ai contratti in corso di esecuzione alla data di entrata in vigore del presente decreto", tuttavia questa norma è stata successivamente abrogata dall'art. 26, comma 10, del d.l. 17 maggio 2022, n. 50, convertito nella legge 15 luglio 2022, n. 91, recante "Misure urgenti in materia di politiche energetiche nazionali, produttività delle imprese e attrazione degli investimenti, nonché in materia di politiche sociali e di crisi ucraina", oggi in vigore.

Il suddetto d.l. n. 50 del 2022, all'art. 26, contiene "Disposizioni urgenti in materia di appalti pubblici di lavori" e, al comma 1, dispone quanto segue: "Per fronteggiare gli aumenti eccezionali dei prezzi dei materiali da costruzione, nonché dei carburanti e dei prodotti energetici, in relazione agli appalti pubblici di lavori, ivi compresi quelli affidati a contraente generale, aggiudicati sulla base di offerte, con termine finale di presentazione entro il 31 dicembre 2021, lo stato di avanzamento dei lavori afferente alle lavorazioni eseguite e contabilizzate dal direttore dei lavori ovvero annotate, sotto la responsabilità dello stesso, nel libretto delle misure dal 1° gennaio 2022 fino al 31 dicembre 2022, è adottato, anche in deroga alle specifiche clausole contrattuali, applicando i prezzi aggiornati ai sensi del comma 2 ovvero, nelle more del predetto aggiornamento, quelli previsti dal comma 3. I maggiori importi derivanti dall'applicazione dei prezzi di cui al primo periodo, al netto dei ribassi formulati in sede di offerta, sono riconosciuti dalla stazione appaltante nella misura del 90 per cento, nei limiti delle risorse di cui al quarto e quinto periodo, nonché di quelle trasferite alla stazione appaltante a valere sulle risorse dei fondi di cui al comma 4..."

In base alla citata disposizione, l'operatore economico ha diritto a fruire del meccanismo obbligatorio di adeguamento dei prezzi, in relazione ai lavori eseguiti nel corso del 2022, afferenti alle lavorazioni eseguite e contabilizzate dal direttore dei lavori ovvero annotate nel libretto delle misure nel medesimo arco temporale. L'adeguamento, nella misura sopra indicata, è quindi determinato attraverso un aggiornamento straordinario del prezzario regionale che le regioni devono approvare entro il 31 luglio 2022.

Il successivo comma 4 consente la modifica dei prezzi anche in relazione ai contratti stipulati ai sensi del d.lgs. n. 163 del 2006 e il comma 8 del medesimo art. 26 salvaguarda gli accordi stipulati ai sensi dell'art. 54 del d.lgs. n. 50 del 2016.

Tuttavia, le sopra richiamate disposizioni si riferiscono espressamente al settore degli appalti pubblici di lavori. In particolare, l'art. 26 del d.l. n. 50 del 2022, specifica, al comma 1, che la norma si applica "agli appalti pubblici di lavori". Inoltre, con la locuzione "materiali di costruzione" il legislatore ha inteso riferirsi ad un ben definito e circoscritto paniere di materiali periodicamente monitorati in quanto ritenuti probanti ai fini delle misurazioni in questione.

In quanto norme eccezionali e derogatorie, le misure compensative ivi previste non possano essere applicate in via estensiva agli appalti di forniture (cfr. anche parere ANAC 18 luglio 2022, n. 20).

Il Ministero delle Infrastrutture e della Mobilità sostenibili (MIMS), nel recente parere n. 1465 dell'8 ottobre 2022, rispondendo al quesito con il quale si era chiesto al Ministero di "voler meglio precisare i limiti applicativi per tipologia di appalto", così si è espresso: "la disciplina emergenziale introdotta dal Legislatore in materia di adeguamento dei prezzi all'art. 26 del d.l. 50/2022 convertito con l. 91/2022 e ss.mm. si applica unicamente 'in relazione agli appalti pubblici di lavori', come indicato al comma 1 dell'articolo in esame".

Nel citato parere il Ministero ha precisato che "in caso di appalti di servizi e forniture la revisione dei prezzi appare consentita entro i limiti stabiliti dall'art. 106, comma 1, lett. a), del Codice, dunque disposta nei casi in cui sono state previste nei documenti di gara iniziali in 'clausole chiare, precise e inequivocabili', come di recente confermato dall'ANAC nel parere FUNZ CONS 20/2022. Infine si conferma, come rilevato dalla recente giurisprudenza, che la Stazione appaltante possa valutare la revoca dell'aggiudicazione nel caso in cui l'aumento del costo dell'opera per effetto dell'aumento dei prezzi determini un giudizio di 'non sostenibilità' dell'opera stessa".

In conclusione è corretto il provvedimento dell'amministrazione aggiudicatrice che abbia escluso l'applicabilità in via estensiva delle previsioni di cui alle sopra citate norme eccezionali, pur riconoscendo la necessità di un sollecito intervento normativo sulla revisione dei prezzi per tutte le tipologie di appalti pubblici.

Infine, il Collegio ritiene manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale delle previsioni dell'art. 29 del d.l. n. 4 del 2022 e dell'art. 26 del d.l. n. 50/2022, sollevata per asserito contrasto con gli artt. 2, 3 e 97 della Costituzione, nella parte in cui non prevedono un'analoga disciplina anche per gli appalti di servizi e di forniture. Invero, con le norme eccezionali sopra citate il legislatore, nell'esercizio delle proprie discrezionali prerogative, ha ritenuto di circoscrivere le specifiche misure ivi previste al solo settore degli appalti pubblici.

Il Collegio condivide quanto ha recentemente statuito il TAR del Lazio, sez. III, nella sentenza 3 giugno 2022, n. 7216, vagliando la ivi prospettata questione di legittimità costituzionale dell'art. 1-septies del d.l. n. 73 del 2021 (inserito dalla legge di conversione n. 106 del 2021), che aveva ugualmente limitato l'ambito applicativo della norma e la correlativa operatività delle misure compensative ai soli appalti di lavori, con conseguente esclusione degli appalti di servizi e forniture, per contrasto con l'art. 3 Cost.: "Osserva il Collegio che, secondo il costante orientamento della Corte Costituzionale, 'si ha violazione dell'art. 3 della Costituzione quando situazioni sostanzialmente identiche siano disciplinate in modo ingiustificatamente diverso, mentre non si manifesta tale contrasto quando alla diversità di disciplina corrispondano situazioni non sostanzialmente identiche, essendo insindacabile in tali casi la discrezionalità del legislatore' (sentenze n. 136 e n. 35 del 2004, n. 208 del 2002, ordinanza n. 168 del 2001, sentenza 12.11.2004, n.340).

Ulteriormente, si è precisato che, con riferimento al 'principio di eguaglianza, sancito nell'art. 3 della Costituzione, è ius receptum che esso postula l'omogeneità delle situazioni giuridiche messe a confronto e pertanto non può essere invocato quando trattasi di situazioni intrinsecamente eterogenee; in tal caso, invero, una disciplina differenziata non può essere ritenuta arbitraria, in quanto giustificata dalla diversità suddetta' (Corte cost., 26-10-1982, n. 171).

Nel caso in esame il legislatore, al fine di fronteggiare il diffuso problema del vorticoso incremento del prezzo dei materiali, ha approntato una serie di misure diversificate che tengono conto delle peculiari situazioni di ogni settore. Il quadro normativo delineato al punto 1 in diritto evidenzia, infatti, come il legislatore sia tutt'ora impegnato in una complessa azione volta a gestire la particolare fase congiunturale, e all'uopo abbia introdotto una pluralità

di misure di contrasto alle problematiche inerenti al significativo incremento dei prezzi dei materiali impiegati negli appalti.

Nell'esercizio della propria discrezionalità, ad esempio, è intervenuto recentemente – come sopra evidenziato – con il d.l. n. 4 del 2022 (conv. con mod. in l. n. 25 del 2022), che, fino al 31.12.2023, prevede l'obbligatorio l'inserimento nei documenti di gara iniziali della clausola revisione prezzi prevista dall'art. 106, comma 1, lett. a) del d.lgs. n. 50 del 2016; parimenti, nel cosiddetto 'decreto aiuti', è stata prevista l'elaborazione dei nuovi prezziari regionali. Con il d.l. n. 73 del 2021, sempre nell'ambito del ragionevole esercizio delle proprie discrezionali prerogative, ha ritenuto di circoscrivere le specifiche misure ivi previste – che si connotano, più che per essere volte al ripristino e la salvaguardia del sinallagma contrattuale, per la loro funzione compensativo-indennitaria resa necessaria dalla straordinarietà della situazione congiunturale – al solo settore dei lavori.

Ma tale modo di operare non appare in alcun modo connotato da profili di irrazionale e ingiusta discriminazione ai danni di un comparto come prospettato da parte ricorrente. È rimessa, infatti, al vaglio del legislatore l'individuazione delle più appropriate misure che, nel tenere conto della diversità dei contesti di settore, possano essere idonee a perseguire al meglio gli obiettivi di riferimento.

In definitiva, stante che 'L'art. 3 della Costituzione è applicabile quando vi sia omogeneità di situazioni da regolare legislativamente in modo unitario e coerente, non quando si tratti di situazioni che, pur derivanti da basi comuni, differiscano tra loro per aspetti distintivi particolari'(C .Cost. 100/1976) ne deriva che la non sovrapposibilità dei mercati di riferimento afferenti al settore dei lavori, dei servizi e delle forniture e la differente incidenza che le variazioni del prezzo dei materiali apportano nei vari settori, in relazione al complessivo equilibrio delle commesse, non consente di considerare l'introdotta misura, indirizzata all'erogazione delle compensazioni per i materiali impiegati nei soli appalti di lavori, violativa del predetto principio di eguaglianza”.

Alla luce della citata pronuncia la prospettata questione di legittimità costituzionale si palesa manifestamente infondata.

Valutazioni tecnico-discrezionali della commissione giudicatrice

TAR Campania-Napoli, sez. II, 7 novembre 2022, n. 6881

CONTRATTI PUBBLICI – GARA PUBBLICA – VALUTAZIONI COMPIUTE IN SEDE DI ATTRIBUZIONE DEL PUNTEGGIO NELL'AMBITO DEL METODO DELL'OFFERTA ECONOMICAMENTE PIÙ VANTAGGIOSA – È CIRCOSCRITTO AI SOLI CASI DI MANIFESTA E MACROSCOPICA ERRONEITÀ E IRRAGIONEVOLEZZA, IN CONSIDERAZIONE DELLA DISCREZIONALITÀ CHE CONNOTA TALE ATTIVITÀ.

Costituisce principio risalente e fortemente consolidato in giurisprudenza quello secondo cui «il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni compiute in sede di attribuzione del punteggio nell'ambito del metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa è circoscritto ai soli casi di manifesta e macroscopica erroneità e irragionevolezza, in considerazione della discrezionalità che connota tale attività» (*ex multis* Consiglio di Stato , sez. III , 29dicembre 2020 , n. 8492; Consiglio di Stato , sez. V 22 ottobre 2018 , n. 6012; TAR Campania Napoli , sez. I , 31 agosto 2020 , n. 3692).

Nel solco tracciato si inserisce anche recente giurisprudenza di questo Tribunale secondo cui «il principio secondo il quale nelle gare pubbliche, di norma, è inammissibile una contestazione delle valutazioni operate

dalla Commissione di gara volta a sollecitare l'esercizio di un sindacato di merito sull'attribuzione del punteggio alle offerte tecniche, salvo che queste non siano manifestamente illogiche, irrazionali, irragionevoli, arbitrarie ovvero fondate su un palese e manifesto travisamento dei fatti (cfr. TAR Campania, Salerno, sez. I, 20.11.2019, n. 2040; Consiglio di Stato, sez. III, 25.11.2016, n. 4990; Consiglio di Stato, sez. IV 26.8.2016, n. 3701; sez. V, 29.7.2019, n. 5308 e 26.5.2015, n. 2615). In altri termini, il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni compiute in sede di attribuzione del punteggio nell'ambito del metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ex art. 95 del d.lgs. 50/2016, è circoscritto ai soli casi di manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza, in considerazione della natura tecnico-discrezionale di tale attività, cosicché gli apprezzamenti compiuti dalla Commissione di gara non possono essere sostituiti da valutazioni di parte». (TAR Campania, Napoli sez. V, 7 aprile 2021, n.2294).